

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İlhan İPEK

YAPTIRIM TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE
ASKERİ CEZA HUKUKUNA ÖZGÜ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN
TÜRK CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2014

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İlhan İPEK

YAPTIRIM TEORİSİ ÇERÇEVESİNDE
ASKERİ CEZA HUKUKUNA ÖZGÜ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN
TÜRK CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2014

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

İlhan İPEK'in bu çalışması jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye (Danışmanı) : Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR (İmza)

Üye : Doç. Dr. İsa DÖNER (İmza)

Tez Başlığı : Yaptırım Teorisi Çerçevesinde Askeri Ceza Hukukuna Özgü
Yaptırımlar Bakımından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümlerinin
Uygulanması

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 21/11/2014

Mezuniyet Tarihi : 27/11/2014

Prof. Dr. Zekeriya KARADAVUT
Müdür

İÇİNDEKİLER

TABLO LİSTESİ.....	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR, TÜRK CEZA KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN ASKERİ CEZA HUKUKUNDA UYGULANMASI

1.1	Ceza Hukuku Yaptırımlarına İlişkin Genel Esaslar	2
1.1.1	Genel Olarak.....	2
1.1.2	Cezalandırmaya İlişkin Temel İlkeler	4
1.1.2.1	Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi.....	4
1.1.2.2	Ceza Sorumluluğunun Bireyselliği.....	6
1.1.2.3	Cezanın İnsan Onuru İle Bağdaşması İlkesi.....	7
1.1.3	Ceza Yaptırımına İlişkin Özellikler.....	8
1.1.3.1	Genel Olarak Devletin Cezalandırmada Temel Amacı	8
1.1.3.1.1	Öçalma (Ödetme)	8
1.1.3.1.2	Önleme-Caydırıcılık Teorisi.....	9
1.1.3.1.3	Uzlaştırıcı Teoriler.....	10
1.1.4	Cezanın Nitelikleri.....	11
1.2	Türk Ceza Kanunu Genel Hükümlerinin Askeri Ceza Hukukunda Uygulanması ...	12
1.2.1	Genel Olarak.....	12
1.2.2	Türk Ceza Kanunu – Askeri Ceza Kanunu İlişkisi.....	14
1.2.3	Askeri Suç Kavramı	22

İKİNCİ BÖLÜM

ASKERİ YAPTIRIMLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ, ASKERİ CEZA HUKUKUNA ÖZGÜ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN TÜRK CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

2.1	Askeri Yaptırımların Tarihsel Gelişimi.....	24
-----	---	----

2.2 Askeri Ceza Hukukuna Özgü Yaptırımlar Bakımından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümlerinin Uygulanması	27
2.2.1 Askeri Yaptırımlar	27
2.2.1.1 Cezalar	29
2.2.1.1.1 Asli Cezalar	29
2.2.1.1.1.1 Genel Olarak	29
2.2.1.1.1.2 Ölüm Cezası	30
2.2.1.1.1.3 Adli Para Cezası	32
2.2.1.1.1.4 Hapis Cezaları	33
2.2.1.1.1.4.1 Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar	38
2.2.1.1.1.4.1.1 Adli Para Cezası	42
2.2.1.1.1.4.1.2 Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Aynen İade, Suçtan Önceki Hâle Getirme veya Tazmin Suretiyle, Tamamen Giderilmesi Tedbiri	42
2.2.1.1.1.4.1.3 En Az İki Yıl Süreyle, Bir Meslek Veya Sanat Edinmeyi Sağlamak Amacıyla, Gerekliğinde Barınma İmkânı Da Bulunan Bir Eğitim Kurumuna Devam Etme Tedbiri	43
2.2.1.1.1.4.1.4 Mahkûm Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle, Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma Tedbiri	43
2.2.1.1.1.4.1.5 (Sağladığı Hak ve Yetkiler Kötüye Kullanılmak Suretiyle Veya Gerekletirdiği Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranılarak Suç İşlenmiş Olması Durumunda;) Mahkûm Olunan Cezanın Yansından Bir Katına Kadar Süreyle, İlgili Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınmasına, Belli Bir Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Tedbiri	43
2.2.1.1.1.4.1.6 Mahkûm Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle ve Gönüllü Olmak Koşuluyla Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma Tedbiri	44
2.2.1.1.1.4.2 Adli Para Cezası Ya Da Tedbire Çevirmenin Sonuçları	44
2.2.1.1.1.4.3 Çevrilen Ceza veya Tedbire Uymamanın Yaptırımı	45
2.2.1.1.1.4.4 Kısa Süreli Hapis Cezalarının Sadece Belli Seçenek Yaptırımlara Çevrilebilmesi	45
2.2.1.1.1.4.5 Hapis Cezasının Ertelenmesi	47
2.2.1.1.1.4.5.1 Hapis Cezasının Ertelenmesinin Şartları	48
2.2.1.1.1.4.5.1.1 Hükmolunan Cezanın Türü ve Miktarı	48

2.2.1.1.1.4.5.1.2	Failin Geçmişine İlişkin Koşul	49
2.2.1.1.1.4.5.1.3	Failin Yeniden Suç İşlemeyeceği Kanaatinin Oluşması	49
2.2.1.1.1.4.5.1.4	İşlenen Suç Sebebiyle Verilen Zararın Giderilmesi....	50
2.2.1.1.1.4.5.1.5	Ertelemenin Askeri Ceza Hukukunda Uygulanması...	50
2.2.1.1.1.4.6	Hapis Cezalarının Toplanması ve Koşullu Salıverilme	56
2.2.1.1.1.4.6.1	Hapis Cezalarının Toplanması	56
2.2.1.1.1.4.6.2	Koşullu Salıverme	57
2.2.1.1.1.4.6.2.1	Koşullu Salıvermenin Şartları	58
2.2.1.1.1.4.6.2.1.1	Cezanın Bir Bölümünün İnfaz Kurumunda Çekilmiş Olması	58
2.2.1.1.1.4.6.2.1.2	İnfaz Süresinin İyi Halli Olarak Geçirilmesi.....	58
2.2.1.1.2	Feri Cezalar	59
2.2.1.1.2.1	Genel Olarak.....	59
2.2.1.1.2.2	Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma (AsCK m. 30)	61
2.2.1.1.2.3	Rütbenin Geri Alınması (AsCK m. 35).....	68
2.2.1.1.2.4	Askeri Öğrencilik Hukukunu Kaybettirme (AsCK m. 32)	71
2.2.1.1.2.5	AsCK 30'uncu Maddesindeki "... gibi ... suçlardan biri..." İbaresinin Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi.....	73
2.2.1.2	Güvenlik Tedbirleri.....	77
2.2.1.2.1	Genel Olarak.....	77
2.2.1.2.2	Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma	79
2.2.1.2.3	Müsadere	80
2.2.1.2.4	Tekerrür	81
SONUÇ		86
KAYNAKÇA.....		94
ÖZGEÇMİŞ		97

TABLO LİSTESİ

Tablo 2.1 AsCK'nın 47/B ve C Fıkralarına Göre Hapis Cezasının Ertelenmesine İlişkin Tablo	53
---	----

KISALTMALAR LİSTESİ

TCK	: Türk Ceza Kanunu
MSB	: Milli Savunma Bakanlığı
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
AsCK	: Askeri Ceza Kanunu
Uz.Jan.K	: Uzman Jandarma Kanunu
TSK Per.K	: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu
As.Yrg	: Askeri Yargıtay
As.Yrg.Drl.Krl	: Askeri Yargıtay Daireler Kurulu
Yarg. İBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
AsAD	: Askeri Adalet Dergisi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: Sayfa
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AsYD	: Askeri Yargıtay Dergisi
C	: Cilt
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı.
Ay	: Anayasa
m	: Madde
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu

ÖZET

Bu çalışmada ayrı bir ceza yargılaması sistemine tabi kılınan ve zorunlu askerlik sistemi ile birlikte değerlendirildiğinde toplumun geniş bir kesimini etkileyen Askeri Ceza Hukukuna dair yaptırım sisteminin TCK genel hükümleri çerçevesinde incelenmesi amaçlanmıştır. Ceza hukuku mevzuatının hızlı bir değişim yaşadığı günümüzde Askeri Ceza Hukukuna ilişkin kurumların diğer yasal mevzuat ile eşgüdüm içerisinde olması, gerek anayasal ilkeler gerekse de hukukun evrensel ilkeleri açısından önem arz etmektedir. Zaman içerisinde bazen yasal düzenlemelerle bazen de Anayasa Mahkemesi eliyle Askeri Ceza mevzuatında değişiklik ve düzenlemelere gidildiği görülmekte ancak bu değişiklik ve düzenlemelerin yetersiz kaldığı müşahade edilmektedir.

Askeri Ceza Kanunu yaptırım sisteminin, bu kanunun içerisinde öngörülen öncelikle ceza türleri, bu cezaların uygulanma kabiliyetleri, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, erteleme gibi kurumlar yönünden Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yaptırım sistemi ile uyumsuzluklar arz ettiği izlenmektedir. Askeri alanın kendine has özellikleri dolayısıyla kanun koyucu tarafından bu alanlarda istisnai düzenlemelere gidilebilmektedir. Askeri yargının bu kendine has özellikleri ile mevzuatta yaşanan hızlı değişim süreci içerisinde Askeri Ceza Hukukunun yaptırım sisteminin yeni Türk Ceza Hukuku sistemi ile ne kadar uyumlu olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

SUMMARY

**IMPLEMENTATION OF GENERAL PROVISIONS OF THE TURKISH
CRIMINAL LAW IN TERMS OF SANCTIONS SPESIFIC TO THE MILITARY
CRIMINAL CODE IN THE CONTEXT OF THE THEORY OF SANCTIONS**

In this study it is aimed to analyse the enforcement system of the Military Criminal Code, within the framework of the general provisions of the Turkish Criminal Code, which is subordinated to a separate criminal judgement procedure and which affects a large segment of the society if commentated along with the compulsory military service system. As the Criminal law legislation undergoing a rapid changes nowadays, it is important to keep the institutions related to Military Criminal Law in coordination with other legal legislation in terms of constitutional principles and universal principles of law. Regulations and changes are observed time to time in the Military Criminal Code sometimes by legislative changes and sometimes by the Constitutional Court, however it is realised that these regulations and changes are inadequate.

Inconsistencies are observed with the enforcement system of the Military Criminal Code and the new Turkish Criminal Code in terms of institutions such as and primarily with the types of penalties and implementation capabilities of these penalties, alternative penalties for short-term imprisonment and sentence suspension which are stipulated in this law. Due to the unique characteristics of Military field, exceptional arrangements can be made by the legislator. It has been tried to expose the compatibility of the enforcement system of the Military Criminal Code with the new Turkish Criminal Code, within the process of rapid change of legislation with the unique features of military justice.

GİRİŞ

Bir toplumdaki insanların ortak yaşamlarını belirli bir intizam içerisinde sürdürebilmeleri için aralarında belirli bir düzenin ve bunun sağlayıcısı olarak da yaptırımlar düzeninin kurulması zorunludur. Toplumsal yaşama göre daha küçük gruplardan oluşan ordularda, bu düzen ihtiyacı daha da önem arz etmektedir. Askeri vazifelerin ifası ile askeri hizmetlerin devamlılığı, orduları oluşturan fertlerin şaşmaz bir disiplin ve uyum içerisinde bulunmasına bağlıdır. Askeri Ceza Kanunu da bu düzen ve disiplinin sağlanmasına yönelik olarak birtakım yaptırımlar öngörmektedir.

Bu çalışmada Askeri Ceza Kanununda öngörülen yaptırım türleri ile bu yaptırımların uygulanması, Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin Askeri Ceza Kanunu'ndaki uygulanma alan ve kabiliyetleri ile her iki kanunun yaptırım sistemlerinin birbirleriyle uyumu incelenecektir.

Çalışmanın ilk bölümünde ceza hukuku yaptırımlarına ilişkin genel esaslar ile Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin Askeri Ceza Hukukunda uygulanması konusu ele alınacak, ikinci bölümde ise askeri yaptırımların tarihsel gelişimine ilişkin bilgiler verildikten sonra Türk Ceza Kanunu genel hükümlerinin Askeri Ceza Kanununda belirtilen yaptırımlar yönünden uygulanması ayrı ayrı incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKU YAPTIRIMLARINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR, TÜRK CEZA KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN ASKERİ CEZA HUKUKUNDA UYGULANMASI

1.1 Ceza Hukuku Yaptırımlarına İlişkin Genel Esaslar

1.1.1 Genel Olarak

TCK madde 45’te ceza “suç karşılığında uygulanan yaptırım” olarak tanımlanmıştır.

ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE’ye göre ceza; “suç karşılığında uygulanan yaptırım olup en önemli özelliği devlet tarafından uygulanmasıdır”¹

DÖNMEZER-ERMAN cezayı “topluma büyük ölçüde zarar veren fiiller karşılığı olarak Devletin kanun ile yarattığı ve izlediği diğer amaçlar yanında, özellikle suçu işleyeni bazı yoksunluklara tabi kılmak ve böylece toplumun işlenen fiili tasvip etmeme duygusunu belirtmek üzere bir yargı kararı ve sorumluluk derecesi ile orantılı olarak uygulanan korkutucu bir müeyyide” şeklinde,²

İÇEL-AKINCI-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER; “yasalarda suç olarak belirlenmiş eylemlere karşı yine yasalarda öngörülen, kişiyi bazı yoksunluklara sokan, suçluyu ıslah etme, topluma yeniden kazandırma ve korkutuculuk özelliğinden dolayı suç işlenmesini önleme amaçlarına yönelik bir yaptırım” olarak tanımlamışlardır.³

CENTEL-ZAFER’e göre ceza suç karşılığında devlet tarafından uygulanan yaptırımdır.⁴

TOROSLU’ya göre “suç karşılığında devlet tarafından uygulanan, acı ve ızdırap veren bir yaptırım çeşididir ve toplum düzeni bakımından gereklidir”⁵

¹Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, Türk Ceza hukuku Genel Hükümler, Ankara, Eylül 2014, s.613.

²Dönmezer Sulhi-Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım c.II, s.585.

³İçel, Sokullu-Akinci, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, Yaptırım Teorisi, Beta Yay. İstanbul 2002, s.4.

⁴Centel, Zafer, Çakmut, s.543.

⁵Zafer, Hamide Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s.497; Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınları, Ankara 2010, s. 25.

ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA cezayı; “suç teşkil eden eylemi nedeniyle suçlu hakkında yargı organlarınca hükmedilen bir mahkumiyetin infazı çerçevesinde tatbik olunan ve esasen ıslahı sağlamaya yönelik ızdırıp verici, korkutucu ve caydırıcı bir müeyyidedir.”⁶

ÖZTÜRK-ERDEM; “ancak kanunla konulabilen; amacı, suç işlediği yargısal bir karar ile sabit olan kimseyi yargısal bir kararla kusurunun karşılığı olarak bazı yoksunluklara tabi kılarak ıslah etmek (özel önleme) ve genel önlemeyi temin etmek olan korkutucu yaptırıma ceza denir” şeklinde⁷ tanımlamışlardır.

ÖZGENÇ’e göre, ceza uygulaması sayesinde, suç oluşturan haksız davranışı gerçekleştiren kişi, içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olur. Buna göre ceza, işlemiş olduğu bir haksızlıktan dolayı bir insanın muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaşmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır.⁸

HAKERİ, ceza için bir tanım yapmak yerine karakteristik özelliklerini sıralamış, buna göre;

- Ceza, yerleşik davranış kurallarının ihlali nedeniyle uygulanır,
- Ceza, zararlı veya en azından tatsız sonuçlar içerir,
- Bu sonuçlar bir hüküm ile uygulanır,
- Otorite sahibi bir makam tarafından dayatılır,
- Ancak insanlar tarafından uygulanabilir,
- Ceza, zarar veren kişilere uygulanır.⁹

KOCA-ÜZÜLMEZ’e göre “suç teşkil eden fiilleri kusurlu bir iradeyle işleyenler hakkında devlet eliyle uygulanan ve onları bazı yoksunluklara tabi kılan, sosyalleştirme amacına yönelik olan ıstırap verici, korkutucu ve caydırıcı bir yaptırım türüdür.”¹⁰

Tüm bu tanımlar incelendiğinde cezanın işlenen bir suç karşılığında uygulanan yaptırım olduğu, korkutucu ve caydırıcı özelliğinin öne çıktığı, ayrıca bir üst otorite (devlet) tarafından yargı organları eliyle uygulanması gerektiği, özelde suç işleyen kişinin ıslahını, genel manada ise kamu düzenini hedeflediği, anlaşılmaktadır. Askeri Ceza Hukukunda ise kamu düzeninin sağlanması amacının yanı sıra bu kavramın silahlı kuvvetlerdeki karşılığı olarak görülebilecek

⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya s.668.

⁷ Öztürk, Erdem s.386.

⁸ Özgenç, 2011, s.566.

⁹ Hakeri, Hakan, Ceza hukuku, Ankara 2014, s.621.

¹⁰ Koca, Mahmut - Üzülmöz, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s.517.

“askeri disiplin” kavramı öne çıkmaktadır. Böylece Askeri Ceza Hukukunda cezanın; askeri disiplinin tesisi gibi özel bir amacı da bulunduğu söylenebilecektir.

1.1.2 Cezalandırmaya İlişkin Temel İlkeler

Ceza hukukunun ve cezalandırmanın fonksiyonları, amaçları ve unsurlarının yanı sıra modern ceza hukuklarında kabul edilmiş ve artık hiçbir şekilde değiştirilmesi mümkün olmayan, hatta değiştirilmesi düşünülemeyen bazı temel ilkeler geliştirilmiştir. Bu teoriler üstü ve onlardan bağımsız olarak gelişmiş temel ilkeler, bütün modern ceza hukuklarında cezalandırmanın üst normları olarak kabul edilmektedir. Bunlar belirli bir toplumdaki suç ve ceza anlayışından bağımsız ve toplumun düşünsel ve kültürel gelişmişlik düzeyini gösteren temel ilkelerdir. Modern ceza hukuklarında çeşitli konularda farklılıklar gözlenebilir; örneğin bazı ceza hukuklarında cezalandırılanın kusurlu irade olduğuna ya da kusurun suçun manevi yönünü teşkil ettiğine dair görüşler ileri sürülüyor olması yahut cezanın korkutucu veya caydırıcı özelliğinin daha önemli sayılması veyahut suç işlemiş kişilerin topluma kazandırılması gibi değişik düşüncelerin benimsenmiş bulunmasına karşın, bu temel ilkeler bakımından tam bir birlik söz konusudur ve modern toplumlarda bunlar hukuk devletinin vazgeçilmeyecek unsurlarıdır.¹¹

Bu temel ilkeler cezaların kanuniliği, bireysellik ilkesi ve cezanın insan haysiyet ve onuru ile bağdaşması şeklinde üç başlık altında toplanabilir.

1.1.2.1 Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Cezada ve güvenlik tedbirlerinde kanunilik ilkesi benimsenmiştir (*TCK.m.2, Ay. m.38, 13*). Bu ilke gereğince Ceza Kanununda yaptırım çeşitleri genel hükümler kısmında cezalar ve güvenlik tedbirleri şeklinde belirtilmiştir.¹²

Cezaların kanuniliği ilkesi yaptırım teorisinin temel ilkelerinin başında yer alır.¹³ Kanunsuz suç olmaz ilkesi ile birlikte gelişen kanunsuz ceza olmaz ilkesi, modern toplumlardaki temel kurallardan biridir. Ceza kanun tarafından tespit edilir. Suçta kanunilik prensibi kadar ve hatta ondan daha kuvvetli olarak cezada kanunilik ilkesi çağdaş Kamu ve Anayasa hukukunun temel prensibidir ve anayasalar ile milletlerarası hukuk bildirilerinde

¹¹ İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, s.4.

¹² Zafer, s.496.

¹³ İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, s.5.

belirtilmektedir.¹⁴ İlke, AİHS'nin 7'nci, Anayasanın 38'inci ve TCK'nın 2/1'inci maddesinde düzenlenmektedir.¹⁵

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38'inci maddesinde düzenlenmiştir.¹⁶ Anayasada yer alan bu pozitif hukuk düzenlemesine göre failin cezalandırılabilmesi için ilk aranacak koşul, failin eylemlerinin ceza yaptırımı ile karşılanacağını kanunlarda belirtilmiş olmasıdır. Suçta kanunilik ilkesi olarak adlandırılan ve suçların kanun ile belirlenmesi ilkesinin bir diğer yüzü olan cezaların kanuniliği ilkesi, cezaların daha önceden kanun ile belirlenmesi ve dolayısıyla bireylerin yaptıkları hareketlerin sonuçlarını önceden bilmelerini sağlaması bakımından son derece önemlidir.¹⁷ İnsanların nelerin yasaklanmış nelerin, toplumca hiçbir şekilde kabul edilemez olduğunu bilmeleri ve davranışlarını buna göre ayarlamaları kadar, yapmış oldukları davranışların sonuçlarının önceden kanun ile belirlenmiş olması, karşılaşılabilecek keyfi davranışlara karşı da bir güvence oluşturmaktadır.¹⁸ Yani başka bir ifade ile, suçta kanunilik ilkesi tek başına kişilerin haklarını korumada yeterli olmamakta, ayrıca cezaların da kanun ile belirlenmiş olması gerekmektedir. Suçun kanun ile belirlenmiş olmasına karşılık bu davranışın cezası kanun ile belirlenmemişse, bireyin karşılaşılabilecek ceza ve ceza adaleti bakımından ciddi kuşkular var demektir ve bunun keyfiliğe yol açması kaçınılmazdır.¹⁹

Cezada kanunilik ilkesinin ikinci unsuru, cezanın türünün de kanunda belirlenmesi gereğidir. Yani kanunda suç tipinin tanımlanmasından sonra sadece ceza yaptırımı ile karşılanacağını belirtilmiş olması yetmez, ayrıca cezanın türünün ve miktarının belirlenmesi de gerekir.²⁰

Kanunilik ilkesinin son ve en önemli unsuru ise, failin aleyhine olan cezaların geçmişe yürümezliği ilkesidir. Kişi suç teşkil eden eylemini gerçekleştirdiği anda yürürlükte olan kanunlara göre cezalandırılacaktır. Aksi bir uygulama, yani sonradan yapılacak ve failin

¹⁴ Dönmezer, Erman c.I, s.8.

¹⁵ Demirbaş, s.114.

¹⁶ Anayasa Madde 38 – “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

¹⁷ Tosun, Öztekin, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, İÜHFM, C. XXVII, S. 1-4, 1962, s..61.

¹⁸ *Temyiz konusu olay incelendiğinde, sanığın kışla içerisinde içki sokup içtiği anlaşılmaktadır..... kanunda açıkça suç teşkil ettiği belirtilmeyen disiplinsizlikler ile ilgili olarak, yasaklayıcı bir emir bulunsa da, ayrıca emre itaatsizlikte ısrar suçunun oluştuğu kabul edilemez. Zira TCK'nın 2'nci maddesinde düzenlenen “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gereğince müeyyidesi başka kanunlarla yaptırıma bağlanmış bir eylemin emirlere konu edilerek suç haline dönüştürülmesi ya da suç olmaktan çıkarılması hukuken mümkün değildir. (As.Yrg.2D'nin 03.04.2013 tarihli 2013/673-667 E/K sayılı ilamı)*

¹⁹ Taner, Tahir, Ceza Hukuku, İstanbul 1953, s.134.

²⁰ İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, s.8.

durumunu ağırlaştıracak düzenlemelere göre cezalandırma, cezanın belirli olması ya da kanunda yer alması ilkelerini anlamsız hale getirir.²¹

Cezada kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki en önemli sonuçları “Kuralda kesinlik ve örnekseme yasağı” ile “Kanun ile düzenlenmiş olma” koşuludur. Kuralda kesinlik ve örnekseme yasağına göre suç ve cezanın belirli olması gerekecek, bunun sonucu olarak da cezalandırmada örnekseme (kıyas) yapılamayacaktır.²² Kanun ile düzenlenmiş olma koşuluna göre ise cezalar sadece yasama organı tarafından yapılmış olan kanunlar ile konulabilecektir.²³

Erdoğan’ın, kanunilik ilkesi çerçevesinde Askeri Ceza Kanunu’na dair yaptığı değerlendirmesinde; “AsCK’nın yürürlüğe girdiği 1930 tarihi itibarıyla dilinin anlaşılabilir olduğu, kanunda yer alan bazı suçlarda ceza aralığının çok fazla olduğu, toplam 22 farklı suçta suçun işlenme şekline, suçun konusuna ve fiilin askeri disiplin açısından önemine göre “az vahim hallerin kabul edildiği, “az vahim hal”in herhangi bir kanunda tanımlanmadığı, AsCK’nın 87’nci maddesinde düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar suçunda yer alan “hizmete ilişkin emrin” içeriğinin askeri idare tarafından belirlenmesinin” suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği” ileri sürülmüştür.²⁴

Kanaatimizce AsCK’da kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecek düzenlemelerin bunlarla sınırlı kalmadığı, “sırf askeri suç” ve 30’uncu madde düzenlemelerinde geçen “yüz kızartıcı suç” kavramlarının da bu ilkeye aykırı yönlerinin olduğu değerlendirilmektedir. Zira AsCK’ya göre önemli sonuçlar doğurabilmekte olmalarına karşın her iki kavramın da kanunda herhangi bir şekilde tanımlanmamıştır.

1.1.2.2 Ceza Sorumluluğunun Bireyselliği

Kanunda suç olarak tanımlanmış davranışı kim yapmış ise ceza sorumluluğu da o kişiye ait olacaktır. İlkel toplumlarda norma uymayı sağlamak için etkili bir yol olarak kabul edilebilecek kolektif sorumluluk sistemi modern toplumlarda geliştirilen hukuki ve sosyal

²¹ Taner, I, s. 174.

²² “Bölük Komutanlığınca yayınlanan 362 No’lu günlük emrin 34’üncü maddesinde “.... Bölük komutanlığınca sigara içme yasağı ile ilgili emrin, koşulların dışını da kapsadığı hususunun açık olmadığı, sanıktan sigara yasağı ile ilgili emrin koşulların dışındaki koridorları da kapsadığına dair yorum yapıp buna göre hareket etmesinin beklenemeyeceği, keza emrin kapsamının yorum yoluyla genişletilmesinin 5237 sayılı TCK’nın 2/3 madde ve fıkrasına da aykırı düşeceği, bu nedenlerle sanığa atılı emre itaatsizlikte ısrar suçunun unsurlarının oluşmadığı, ...”. (As.Yrg.Drl.Krl.nun 19.06.2008 tarihli, 2008/133-121 E/K sayılı kararı)

²³ İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s.8.

²⁴ Erdoğan, s.100.

denetim yöntemleri ile gereksiz hale gelmiştir. Ancak başkasının eyleminden ya da kolektif sorumluluktan şahsi ceza sorumluluğuna geçiş, toplumsal yaşamdaki gelişme ve iyileşmelere paralel olarak gerçekleşmiştir. Ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesi, suç failinin cezadan bizzat sorumlu olması ve failin dışındaki üçüncü kişilerin suç olarak nitelendirilen davranış için cezalandırılmamalarını ifade eder.²⁵

Kusur ilkesi ile de bağlantılı olmak üzere ancak kusurlu kimsenin cezalandırılması prensibinin bir sonucu olarak anayasanın 38 ve TCK'nın 20/1'inci maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu esas kabul edilmiştir.²⁶

Mevcut yasal düzenlemeler ve uygulamalar karşısında ceza sorumluluğunda bireysellik ilkesini, kanunda suç olarak belirlenmiş hareketin kusurlu failinin, ya da kanunlarda istenmeyen durum olarak belirlenmiş hale neden olan kişinin bizzat cezalandırılması olarak anlamak gerekir. Bu ilkeye aykırılık teşkil ettiğini değerlendirdiğimiz AsCK'nın 78/C-2 maddesi halen varlığını devam ettirmektedir.²⁷

1.1.2.3 Cezanın İnsan Onuru İle Bağdaşması İlkesi

Günümüz toplumlarında kabul edilmiş en önemli cezalandırma ilkelerinden biri de cezanın insan onuru ile bağdaşması ilkesidir. Cezalar faili birtakım haklarından yoksun bırakacak, acı ve ızdırap verecekse de, bu hiçbir şekilde cismani eziyet şeklinde olmamalıdır.²⁸

Cezanın insan onuru ile bağdaşması ilkesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17'nci maddesinde "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi Erbaşların rütbelerinin kıtası huzurunda söküleceğine dair düzenlemeyi cezanın insan onuru ile bağdaşması ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.²⁹

²⁵ İçel, Sokullu-Akinci, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s.12.

²⁶ Hakeri, s.34.

²⁷ AsCK Madde 78 – A:1 - *Düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastiyle yabancı bir memlekete sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mevcut ve ileride vücut bulacak menkul ve gayrimenkul bütün mal ve mülklerinin millet namına zaptına karar verilir. Bu karar verilirken suçlunun hısımları bir müdafî tayin etmek hakkını haizdirler.C: 2 - "A" fıkrasında gösterilen suçlunun mallarının zaptına karar verilmeden veya verildikten sonra bu suçlunun bütün mallarının veya bir kısmının kaçırılmasına veya azaltılmasına doğrudan doğruya ve bilvasıta bilerek yardım eden bütün devlet memurları, varisler, ticari, ve mali müesseseler, şirketler ve bütün üçüncü şahıslar bu suretle gizlenen veya kaçırılan mallar kıymetinin iki mislinden az ve üç mislinden çok olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm olurlar.*

²⁸ Erem, s. 737-738.

²⁹ *'Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza "cezanın kıtası huzurunda rütbesinin" sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezanın teşhir*

Cezaların insan onuru ile bağdaşması ilkesinin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki, pozitif hukuk metinlerindeki işkence, eziyet ve diğer insanlık dışı ceza türlerinin kaldırılması, ikincisi ise kanun koyucuların bu konudaki kısıtlamaları kabul ettiklerinin açıklanmasıdır.³⁰

1.1.3 Ceza Yaptırımına İlişkin Özellikler

1.1.3.1 Genel Olarak Devletin Cezalandırmada Temel Amacı

TCK m.1’de “Kanunun amacının kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek olduğu belirtilmiştir”. Kanunun ilk maddesinde suç işlenmesinin önlenmesinin bir amaç olarak belirtilmesi kanun koyucunun cezalandırmada güttüğü amaç yönünden dikkat çekicidir.³¹

Ceza hukuku yaptırımlarının amaçları ile ilgili olarak değişik teoriler ileri sürülmüştür. Bu teorilerin mutlak teoriler, nispi teoriler ve karma (uzlaşmacı) teoriler şeklinde tasnifi mümkündür. Cezalar sisteminin ana amacı olanak ölçüsünde çok kişinin Ceza hukuku kurallarına uymasını sağlamak dolayısıyla suçluluğu azaltmaktır. Bundan çıkarılacak sonuç ise şudur: devletin ceza yaptırımı uygulaması ancak iki amacı olduğu takdirde meşrudur: birincisi suçun azaltılmasını, ikincisi ise ceza kanunlarına uyulmasını sağlamak.³²

1.1.3.1.1 Öçalma (Ödetme)

Mutlak ceza teorileri olarak da adlandırılan kefaret ve adalet görüşlerine göre, cezadan herhangi bir fayda veya netice beklenmemektedir.³³ Öçalmacı teorilerin temelinde hem suç nedeniyle ortaya çıkmış olan toplumsal zararın ortadan kaldırılması, hem hukuka uygun davranan, yasalara saygılı kişilerin duydukları öfkenin adaletin sağlanması suretiyle dindirilmesi, yatıştırılması, hem de cezanın suçun ağırlığı ile orantılı olması ilkeleri yatmaktadır.

Mutlak teorilere göre, cezanın uygulanmasıyla güdülebilecek herhangi bir amaç yoktur. Cezanın sırf kendisi bir amaçtır ve bu amaç, suç nedeniyle topluma verilen zararın ödetilmesi

edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesi, 25.11.2005. 2000/34, 2005/91; 8 Kasım 1006 tarih ve 26340 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır).

³⁰ İçel, Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, Beşinci Bası, s.72.

³¹ Maden, Mehmet, Hapis cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

³² İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s.28.

³³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.705.

ve kusurun kefaretidir. Mutlak teorilere göre ceza gelecek için değil; failin işlemiş olduğu fiil dolayısıyla ve geçmişe yönelik olarak uygulanmalıdır.³⁴

Öçalma kötü davranışların önlenmesi ya da azaltılmasını amaçlamaksızın, yalnızca bu tür davranışta bulunan bir kişinin “müstezak” olduğu için ölmesini, acı çekmesini, zorluklara veya en azından bazı sıkıntı ve rahatsızlıklara maruz kalmasını hedefler.³⁵

Bu teori açısından, cezada sosyal bir fayda amaçlanmış değildir. Cezanın anlamı onun sosyal etkisinden bağımsızlaşmış, ondan ayrılmıştır. Teoriye mutlak denmesinin nedeni de bu bağımsızlık ve kopmadır.³⁶

Mutlak teoriye anlamını verenler Alman filozoflar Kant ve Hegel olmuştur. Kant’a göre “cezalandırmanın başka hiçbir yararı olmasa bile suçlu yine de cezalandırılmalıdır”. Kant’ın buna ilişkin düşüncesi şu şekildedir: “Bir sivil toplum kendi üyelerinin iradesi ile kendisini feshetmeye karar verse bile hapisnede kalan son canının cezası, fesih kararı uygulanmadan önce infaz edilmelidir. Bu şekilde her birey, toplum içindeki hareketinin değerini anlamış ve üzerinde başkasının kanını taşımamış olur.”³⁷

Hegel ise kefareti mantıki diyalektik olarak kabul eder. Hegel, suç hukukun bir inkarı olarak kabul eder ve bunun ortadan kaldırılabilmesi için ceza uygulanarak inkarın inkar edilmesi gerekir. Bu şekilde suçla bozulan hukuk düzeni yeniden tesis edilmiş olur.³⁸

1.1.3.1.2 Önleme-Caydırıcılık Teorisi

Nispi teoriler ise cezanın geçmişe yönelik olarak değil başka amaçlara ve geleceğe yönelik olarak uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Nispi teorilerin kendi içerisinde genel önleme ve özel önleme şeklinde ikiye ayrılması mümkündür. Nispi ceza teorileri olarak da anılan bu görüşlere göre, cezanın amacı geleceğe yöneliktir. Ceza, kişiyi gelecekteki suçlardan korumayı hedefler.³⁹

Nispi teorilere göre ceza, suç işlenmesini önlemeye yarayan bir araçtır. Cezanın uygulanmasının amacı kişiye acı çektirmek, ona yaptığını ödetmek değil, suç işlenmesini

³⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 532, 533.

³⁵ İçel, Sokullu-Akinci, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s.30.

³⁶ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.614.

³⁷ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.614.

³⁸ Demirbaş, s.475.

³⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.708.

önlemek olmalıdır. Bu görüşe göre fail kusuru oranında değil, yeniden sosyalleşmesini sağlayacak oranda cezalandırılır.⁴⁰

Cezanın, suç işleyen kişinin toplum bakımından zararsız hale getirilmesini amaçlayan etkisine özel önleme etkisi denir. Özel önleme, kişinin işlemiş olduğu fiilin bir haksızlık oluşturduğu konusunda uyarıda bulunmaya yöneliktir. Bu teoriye göre ceza, suçluyu sadece zararsız hale getirmekle kalmamalı; ayrıca onu ıslah etmek suretiyle suç işlenmesine engel olmalıdır.⁴¹

Genel önleme teorisine göre; cezanın amacı ceza tehdidi ve cezanın infazı yoluyla yasadaki yasakları öğretmek ve onların çiğnenmesini engellemek, menetmektir, yani acı üzerinden etki sağlamaktır.⁴²

1.1.3.1.3 Uzlaştırıcı Teoriler

Günümüzde suçluların uygun ıslah ve rehabilitasyon araçlarıyla yeniden topluma kazandırılmaları, tekrar suç işlemelerinin önlenmesi vazgeçilmez bir idealdir. Ancak bu ideal hedeflenirken cezanın kefaret teşkil edici niteliğinden de vazgeçilemez. Bu anlamda cezaya işlenen suçun karşılığı olarak failin kusuru ile orantılı şekilde hükmedilmelidir. Aynı zamanda toplum düzeninin korunması bakımından genel önleme de sağlanmalıdır.⁴³

Karma (uzlaşmacı) teoriler, mutlak adalet teorileri ile nispi adalet teorilerini bağdaştırmaya çalışmıştır. Buna göre; ceza hem adaleti yerine getirmek amacıyla geçmişe yönelik olarak hem genel ve özel önlemeyi sağlamak amacıyla geleceğe yönelik olarak verilmelidir. Cezalandırmada sınırı belirleyecek olansa adalet ve yararadır; bu anlamda ceza adil ve yararlı bulunuyorsa verilmelidir.⁴⁴ Ceza bir yandan suçluyu topluma uyumlu bir hale getirmeyi, gerekirse toplumdan uzaklaştırmayı amaçlarken, diğer yandan kanunda düzenlenmek ve infaz edilmek suretiyle korkutmalıdır.⁴⁵

Yeni ceza ve infaz sisteminde de bu prensiplerden etkilenildiği belirtilmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 1'inci maddesinde “ceza kanununun amacı” başlığı altında “suçun

⁴⁰ Zafer, s.498.

⁴¹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.615.

⁴² Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.616.

⁴³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.713.; ayrıntılı bilgi için bkz. Jescheck, Hans Heinrich, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri” İÜHF., c.:XLVIII-XLIV, s.:1-4, İstanbul 1983, s.486.

⁴⁴ Koca - Üzülmüş, s. 490.

⁴⁵ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.617.

işlenmesini önlemek” gayesine de yer verilerek özel ve genel önlemeye işaret edilmiştir. Ayrıca TCK’nın 3’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” denilmiş ve cezanın belirlenmesine ilişkin 61’inci madde 1’inci fıkrasında da cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak kıstaslar gösterilmiştir. Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde TCK’da “fiilin ağırlığıyla orantılı ceza” düşüncesinin esas alındığı ve burada “kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığının” cezanın tayininde belirleyici bir kriter olarak yer almaktadır.⁴⁶

Günümüz ceza hukukunda uzlaştırıcı (karma) görüş egemen olup bu durum cezanın amaçlarını;

- Genel önleme,
- Özel önleme,
- Tasfiye

olarak ortaya koymaktadır. Tasfiye suçlunun toplumdan uzaklaştırılması suretiyle yerine getirilmektedir. Çok ağır suçlar bakımından ölüm cezası şeklinde uygulanır. Çağdaş ceza hukukunda genellikle ölüm cezasına yer verilmediğinden cezanın bu fonksiyonu gittikçe önemini yitirmektedir.⁴⁷

1.1.4 Cezanın Nitelikleri

Cezadan beklenen amaçların gerçekleşmesi, adaletin ve sosyal yararın en yüksek düzeyde sağlanabilmesi için, cezanın birtakım niteliklere sahip bulunması gereklidir.⁴⁸ Esasen bu özellikler, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine getirdiği kısıtlamalar dolayısıyla yaptırımın meşruluğunu da ortaya koyar. Günümüz ceza hukukunda iyi bir yaptırımda bulunması gereken nitelikler şu şekilde özetlenebilecektir:

1. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza, yasa tarafından gösterilmelidir.
2. Ceza eşit olmalıdır. Aynı suçu işleyen herkes aynı ceza ile cezalandırılmalıdır.
3. Ahlaki ve insan onuru ile bağdaşır nitelikte olmalıdır.⁴⁹
4. Bölünebilir (*işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine ve kusuruna uydurulabilmesi*) olmalıdır.
5. Ceza, adli hata halinde geri alınabilmeli, kabili tamir olmalıdır.
6. Cezanın şahsiliği ilkesi uyarınca, yaptırım sadece suç işleyen faile uygulanmalıdır.

⁴⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya s.713.

⁴⁷ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s.480-481..

⁴⁸ Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet yayınevi, 2013, s.8

⁴⁹ Demirbaş, s.479.

7. Suçun ağırlığı ile orantılı ve etkili olmalıdır.⁵⁰
8. Devlete mümkün olduğu kadar az yük getirmelidir.⁵¹
9. Faydacı yani ıslah edici olmalıdır.
10. Ceza muhakemesi sonucunda yargı organları tarafından verilmelidir.⁵²

1.2 Türk Ceza Kanunu Genel Hükümlerinin Askeri Ceza Hukukunda Uygulanması

1.2.1 Genel Olarak

Devlet varlığını ve gayesini hukuk nizamında bulur. Devletin gayesi, ülkesinde yaşayan şahısların refah ve saadetini sağlayacak bir düzen kurmaktan ibarettir. Bu düzenin en şiddetli şekilde ihlali, suç tarzında belirlediği için ceza da aynı düzenin korunması bakımından zaruridir ve devletin hukuk nizamının bir parçası da askeri hukuktur. Devlet kendi varlığını korumak için orduya ve milli savunmanın nizamlanmasına muhtaçtır. Ülkesinde yaşayan insanların refah ve mutluluğunu sağlama amacıyla hareket eden devletin en önemli görevlerinden birisi de güvenliğin sağlanmasıdır.⁵³ Milli güvenlik, ülkede ortaya çıkan iç ve dış tehlikelere karşı devletin savunulması ve güvenlik altına alınması anlamına gelmektedir.⁵⁴

Milli Savunma, daha geniş anlamı ile milli güvenlik faaliyetinin yerine getirilebilmesi için güçlü ordulara ihtiyaç vardır. Güçlü orduyu ayakta tutan en önemli unsurlardan biri ise disiplindir.⁵⁵ İç Hizmet Kanunu'nun 13/2'nci maddesi askerliğin temelini disiplin olarak tarif eder. Disiplinin muhafazası ve idamesi için de özel kanunlar ile ceza hukukuna özgü önlemlerin alınması zorunludur (*İç Hizmet Kanunu md. 13/3*). Böylece askeri disiplinin sağlanması bir ülkede herkesi ilgilendiren hukuk kurallarının yanında, sadece belirli kişilere uygulanabilen ayrı hukuk kurallarının da konulmasını gerekli kılmaktadır. Çünkü bahsi geçen hukuk kuralları sadece belirli statüde bulunan kişileri ilgilendirmektedir. Belirli statüdeki kişilere özgü bu kurallar da genel nitelik taşıyan kurallara dâhil edilmemekte ve bu belirli statüde bulunan kişilere kendilerini ilgilendiren kurallar toplu olarak sunulmaktadır.⁵⁶

⁵⁰ *Sanığın üste fiilen taarruz teşkil eden eyleminin, katılanın tabiplik hizmetine devam ettiği bir sırada ve tamamıyla tıbbi mevzuata uygun bir biçimde icra ettiği mesleki faaliyetine duyulan haksız ve yersiz bir tepkiden kaynaklanan sebeplerle işlenmesi, keza, sanığın eylemi sonucunda katılanın dudağında sıyrık ve sol el parmağında iki ay süre ile istirahatini gerektirir şekilde kırılma meydana gelmesi, yine sağlık hizmetleri sunan bir hastanede işlenen eyleme pek çok kişinin şahit olması nedeniyle gerek askeri disiplinin gerekse de katılanın mesleki onurunun ağır bir biçimde ihlal edilmesi gözetilerek, sabit görülen eyleme TCK'nın 3/1 ve 61/1'inci maddeleri gereğince alt haddten uzaklaşarak ceza tayin edilmesi gerekirken asgari haddten ceza tertibinde isabet görülmemiştir. (As.Yrg. 'D.'nin 15.01.2014 tarihli ve 2014/82-81 E/K sayılı ilamı)*

⁵¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya s.716-717; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.617.

⁵² Zafer, s.498-499

⁵³ Erman, Sahir, "Askeri Ceza Hukuku"5. Bası, İstanbul 1970 s.1.

⁵⁴ Yılmaz, Halit, "Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti" AÜHFD, C.54, S.4, Y.2005, s.375.

⁵⁵ Erman, s.1.; Değirmenci, Olgun, "Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku", Ankara, 2013 s.25.

⁵⁶ Kangal, Zeynel, "Askeri Ceza Hukuku", 2012 s.29.

Ceza hukuku askeri disiplini sağlamanın en etkili yolu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak genel nitelik taşıyan ceza kanununun askeri disiplini sağlayamayacağı açıktır. Askeri disiplini sağlama zorunluluğu, bir ülkede herkes için hükümler ihtiva eden genel ceza hukukunun yanı sıra sadece ordulara özgü kurallar içeren ayrı bir hukuk dalının da ortaya çıkmasını gerektirecektir. Çünkü askeri disiplin sadece belirli statüde bulunan kişileri ilgilendirdiği gibi askeri disiplinin sağlanması da genel ceza kanununda bulunmayan suç tiplerinin ve cezaların mevcudiyetini gerekli kılmaktadır.⁵⁷

Ordu mensuplarına özgü bir ceza mevzuatının meydana getirilmesi çok eski bir geçmişe sahip olduğu gibi, tamamıyla pratik ihtiyaçlardan doğmuş olan bir keyfiyettir. Gerçekten ilk disiplinli topluluk, disiplinin mutlak suretle korunmasında varlık sebebini bulan ilk örgüt, hemen bütün milletlerin tarihinde ordu olmuştur. Askerlik kurumunun adeta ana yapısını oluşturan disiplinin bozulmasına yönelik fiiller ordu düzeninde karmaşa yaratmaya elverişlidirler. Böylece bu disiplini bozan fiillerin en ağır olanlarının cezalandırılmasını sağlamak için özel bir ceza hukuku dalı gelişmiştir.⁵⁸

Fransız Askeri Ceza Yasasının hazırlanması için kurulan parlamento dışı komisyon raporunda dile getirilen “*Bulunmadığı takdirde ordunun da yok olmasını doğuracak disiplin mülahazaları ile bulunmadığı takdirde hukukun da yok olmasını gerektiren adalet mülahazalarını bağdaştırmak*” şeklindeki düşünce Askeri Ceza Hukukunun pratik ve bilimsel temeli olarak kabul edilmektedir.⁵⁹

AsCK'nın konusu esas itibarıyla, AsCK ile diğer askerî kanunlarda yazılı bulunan suçlarla bunların gerekli kıldığı müeyyidelerin incelenmesinden ibarettir. Bütün ceza hukuku alanında olduğu gibi, askeri ceza hukukunun da başlıca kaynağı kanundur; fakat bu kanun ancak belli durumdaki kişileri ilgilendirmekle ve genel ceza kanununda bulunmayan birtakım suçlarla yine genel ceza kanununun tanımadığı bazı ceza ve cezaya benzer müeyyideleri içermektedir.⁶⁰

Askerî ceza kanunlarının konuluş amaçları arasında milli savunmaya özgü bir hukuk düzeninin kurulması, disiplin ve adaleti bağdaştırma ihtiyacı, sadece belirli statüde bulunan

⁵⁷ Kangal, s.30.

⁵⁸ Erman, s.2.

⁵⁹ Erman, s.1.; Erdoğan, Yavuz, Hukuk Güvenliği Bağlamında Askeri Yargı, Ağustos 2013, S.22, s.92.; Karakaya Alaattin, Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası standartlar açısından değerlendirilmesi, Başakşehir Üniv. Sos.Bil.Ens. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.71.

⁶⁰ Erman, s.1.

kimseleri ilgilendiren hükümleri genel ceza kanununa sokmamak ve ordu mensuplarının kendilerini ilgilendiren bütün ceza hükümlerini toplu olarak, bir arada vermek sayılabilir.⁶¹

Ayrı bir askeri ceza kanunu yapılmasını gerekli kılan nedenlerden biri askerlerin tabi oldukları mevzuatları toplu ve bir arada verebilme ihtiyacıdır. Bu ihtiyacın karşılanmasında iki temel düşünce öne çıkmıştır. İlki; askeri ceza mevzuatının bağımsız bir metinde ve genel ceza kanunu ile hiçbir ilişkisi olmayacak şekilde düzenlenmesi, ikincisi ise askeri ceza kanununun genel ceza kanununa göre özel bir kanun şeklinde düzenlenmesidir.⁶²

Askeri ceza kanununu kendine yeter bir kanun olarak düzenlemek, genel ceza kanunlarının genel hükümlerinin birçoğuna askeri ceza kanunlarında da yer vermeyi gerektirecektir. Bu durum ise lüzumsuz tekrarlara yol açacaktır.⁶³

1.2.2 Türk Ceza Kanunu – Askeri Ceza Kanunu İlişkisi

Askeri Ceza Kanunu'nun 1/1'inci maddesinde; *“Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilaflı yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur.”* ifadesi yer almaktadır.

Askeri Ceza Kanunu'nun belirli statüde bulunan kişileri ilgilendirmesi, askerlik hizmetine özgü suç tiplerini ve cezaları içermesi, genel ceza kanununun karşısındaki konumunun belirlenmesini önemli hale getirmektedir.⁶⁴

Özel ceza kanunları, tüm suçların TCK gibi genel nitelik taşıyan kanunlarda düzenlenmesinin pratik olmaması dolayısıyla, bu kanunda yer almayan, konu olarak daha özel suçlara ilişkin düzenlemeleri içeren ve tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan kanunlardır.⁶⁵

Özel ceza yasaları kendi alanlarında suç ve ceza yaratır; ancak çoğunlukla bu suçlar hakkında uygulanacak genel hükümlere ilişkin düzenlemeler getirmez. İşte bu durumda TCK'daki genel hükümler özel ceza kanununu ihlal eden fiiller için de uygulanır. Ancak kanun koyucu suç siyaseti nedenleriyle, özel ceza kanunlarında bu kanuna özgü olarak farklı

⁶¹ Erman, s.3.

⁶² Değirmenci, s.32.

⁶³ Erman s.4; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku Genel Hükümler, İzmir, 2008, s.3; Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s.131.

⁶⁴ Kangal, s.33.

⁶⁵ Taner Fahri Gökçen, *TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu*” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 83, 2009, s. 137-154.

genel hükümler öngörmek isteyebilir. Örneğin zamanaşımı süresini uzun tutma veya teşebbüs indirimine, ertelemeye izin vermeme gibi.⁶⁶ Bu tür düzenlemelere olanak tanımak üzere, 765 sayılı TCK'da özel ceza kanunlarının 5237 sayılı TCK'dakinden farklı hükümler içerebileceği çekincesine yer verilip, 5237 sayılı TCK'da bu çekinceye yer verilmemiş olması “bu kanuna tanınan bir üstünlük” olarak yorumlanmıştır.⁶⁷

TCK genel bir kanun olduğu için birinci kitabında yer alan genel hükümler, özel kanunlar yönünden de geçerlidir. 765 sayılı TCK'nın 10'uncu maddesindeki düzenlemenin aksine, 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesi, özel kanunların niteliği gereği getirilen düzenlemeleri uygulanmaz hale getirmiştir.⁶⁸

AsCK ise, 5237 sayılı TCK'ya göre özel bir kanun niteliği taşımaktadır.⁶⁹ AsCK'nın 1'inci maddesi ile 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesi, AsCK'nın özel bir kanun olarak kabul edilmesinin nedeni olarak gösterilmektedir.⁷⁰ Ayrıca Askeri Ceza Kanunu'nun genel hükümler de dahil olmak üzere TCK'dan ayrılan pek çok hükme sahip olması da özel kanun niteliğinde olduğunun bir göstergesi olarak görülmüştür.⁷¹

TCK'nun 5'inci maddesi “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” hükmünü içermektedir. İlgili maddenin gerekçesinde “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık

⁶⁶ Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. bası, İstanbul 2008, s.79.

⁶⁷ Centel, Zafer, Çakmut, s.79.

⁶⁸ Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. baskı, Ankara 2007, s. 98.

⁶⁹ Şimşek, Askeri Ceza Hukuku... s.3; Erman, s.4; Kangal, s. 34; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.130.

⁷⁰ Erman, s.4.

⁷¹ Erdoğan, s.85.

oluşturması nedeniyle Hükümet tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir” ifadelerine yer verilmiştir.⁷²

TCK m.5 ile getirilen düzenleme 765 sayılı TCK’nın 10’uncu maddesindeki düzenlemeden oldukça farklıdır.⁷³ Her iki düzenleme arasındaki en önemli fark genel kanun olarak TCK’nın sadece özel kanunda bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde uygulanabileceği yönündeki sınırlamanın kalkmış olmasıdır. Gerçekten 765 sayılı TCK m. 10’a göre herhangi bir özel ceza kanununda örneğin teşebbüs, erteleme vb. konuda hüküm varsa o kanun hükmü uygulanmaktaydı. TCK ancak özel kanunda bu konuda hüküm bulunmaması halinde uygulanabiliyordu.⁷⁴ Diğer bir deyişle; bir suç veya ceza ile ilgili olarak Askeri Ceza Kanunu’nda bir hüküm varsa, öncelikle Askeri Ceza Kanunu uygulanmakta, bu konuda AsCK’da hüküm yoksa o zaman Türk Ceza Kanunu uygulanmakta idi.⁷⁵

Yeni düzenlemeye göre ise özel ceza kanunlarında ya da ceza içeren kanunlarda TCK’nın genel hükümleri içinde yer alan bir düzenleme olsa da artık TCK’nın ilgili hükmü uygulanacaktır. Bu anlamda özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar sadece suç tipi ve yaptırım bakımından uygulanacak, teşebbüs, tekerrür, erteleme, çevirme, iştirak vb. hususlar bakımından ise TCK uygulama alanı bulacaktır.⁷⁶

Bununla birlikte özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlarda sonradan yapılan ve fakat TCK genel hükümlere aykırı bulunan düzenlemeler varlığını korumaya devam edeceğinden TCK m.5 hükmünün bir tür temenni niteliği taşıdığı söylenebilir. Böyle bir düzenlemeye Kanunda değil Anayasada yer verilmesi daha doğru olacaktır.⁷⁷

AsCK genel ceza mevzuatına oranla özel bir kanun niteliğini taşımakla birlikte, diğer askeri ceza mevzuatı bakımından genel kanun özelliği gösterebilir. Askeri ceza kanunu sadece belirli statüde bulunan kişiler bakımından uygulama alanı bulduğundan, bu ceza kanununun uygulama alanı bakımından kişisel ilkesi mülkiyet (ülkesellik) ilkesine göre daha ağır

⁷² Özgenç, İzzet, TCK Gazi Şerhi, 3. baskı, Ankara 2006, s.90.

⁷³ 765 sayılı TCK Madde 10: *“Bu kanundaki hükümler, hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur”*

⁷⁴ Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, Ankara 2010, s.107.

⁷⁵ Polatcan, İsmet, Notlu Açıklamalı, İçtihatlı, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Personel Kanunu, Bayrak Yayıncılık, İstanbul 2010, s.247.

⁷⁶ Özbek, TCK İzmir Şerhi... s.107.

⁷⁷ Özbek, TCK İzmir Şerhi... s.108

basılmaktadır. Askeri ceza kanunları açısından “asker kendi kanununu gittiği yere götürür” ilkesi geçerlidir.⁷⁸

Netice itibariyle; Askerî Ceza Kanunu’nun Türk Ceza Kanunu’na göre özel bir kanun niteliğinde olduğu söylenebilecektir. AsCK’nın özel nitelikte olması, bazı faydalar sağlamaktadır. AsCK’nın sadece ordu mensupları ve ihtiyaçları ile ilgili hükümler getirmekle yetinmesi, özellikle TCK’nın genel hükümlerinin birçoğuna yer vermeyerek gereksiz tekrarları önlemekte ve hacmini genişletme sakıncasını taşımamaktadır”.⁷⁹

Ancak AsCK’nın özel bir kanun olma niteliği tam ve kesin değildir. Nitekim tekrarlanmasına veya atıf yapılmasına gerek duyulmayan birçok hükme AsCK’da yer verildiği görülmektedir. AsCK, “özel bir kanun olmakla beraber, asker kişiler tarafından çoklukla işlenen birtakım suçlara da yer verdiği gibi, askeri mahkemelere yol gösterecek bazı genel hükümleri de tekrarlamakta ve adeta genel bir nitelik almaya doğru yönelmektedir.”⁸⁰

Bazı yazarlar AsCK’nın özel kanun niteliğinin tam ve kesin olmadığını ileri sürerken^{81 82} bazıları ise AsCK’nın özel bir kanun niteliğini tam ve kesin olarak taşımaktan uzak olduğu, kısmi özel bir kanun olduğu şeklindeki görüşe katılmamakta, bu tür tekrar veya atıfların AsMKYUK md.17’nin uygulama alanı bakımından önem taşıyabileceğini ileri sürmektedirler.⁸³

AsCK’nın özel nitelikte olması, bazı faydalar sağlamaktadır. AsCK’nın sadece ordu mensupları ve ihtiyaçları ile ilgili hükümler getirmekle yetinmesi, özellikle TCK’nın genel hükümlerinin birçoğuna yer vermeyerek gereksiz tekrarları önlemekte ve hacmini genişletme sakıncası taşımamaktadır⁸⁴

⁷⁸ Erman, s.5; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku... s.15

⁷⁹ Erman, s.4.

⁸⁰ Değirmenci, s.33; Erman, s.5.

⁸¹ Değirmenci, “Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku”, sayfa 33’te “AsCK tam anlamıyla özel bir kanun olsaydı tekrarlanmasına veya atıf yapılmasına gerek duyulmayan birçok hükme AsCK’da yer verilmeyecek olduğunu, fakat yer verildiğini” ifade etmektedir.

⁸² Erman, Askeri Ceza Hukuku s.5’te “özel bir kanun olmakla beraber, asker kişiler tarafından çoklukla işlenen bir takım suçlara da yer verdiği gibi, askeri mahkemelere yol gösterecek bazı genel hükümleri de tekrarlamakla, adeta genel bir nitelik almaya doğru yöneldiğini.” savunmaktadır.

⁸³ Kangal, s.34.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu Madde 17 (Değişik : 9/10/1996 - 4191/3md.) Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi:
Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askeri bir suç olmaması, askeri bir suça bağlı bulunmaması (...) halinde askeri mahkemenin görevi sona erer.

⁸⁴ Erman, s.4; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku... s.15.

Ceza hukukunun genel prensiplerinde birlik ve bütünlüğün sağlanması açısından 5'inci madde faydalı bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.⁸⁵ Ancak neticede 5'inci madde bir kanun hükmüdür, anayasa hükmü değildir. Kanun koyucu bir kanun yaparken yasa ile değil anayasa ile bağlıdır; dolayısıyla bu hükme aykırı düzenlemeler pekala getirilebilir. TCK'nın 5'inci maddesi kanun koyucu bakımından tavsiye niteliğinden öte bir anlam taşımamaktadır. Bu sebepten 01 Ocak 2009'dan sonra çıkarılacak ve TCK'nın genel hükümlerine aykırı özel kanun düzenlemeleri varlığını sürdürecektir.⁸⁶

Özel ceza kanunlarında TCK'nın genel hükümlerinden farklı hükümler öngörülmesi belli açılardan zorunluluk olabilir. Kanun koyucu suç siyaseti açısından örneğin bazı suçların ertelenmesini uygun bulmayabilir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda özel ceza kanunlarında TCK'dakinden farklı düzenlemeler öngörülmesi doğal sayılmalıdır. Kaldı ki açıklanan nedenlerle kanun koyucu özel ceza kanunlarında 5'inci madde ile çelişen düzenlemeler öngörebilecektir. 5'inci madde ilk başta, sonraki kanun koyucunun iradesini bağlayıcı bir hüküm gibi görünse de, bir kanun hükmünden öte bir anlam taşımadığı ve Türk Anayasal Sisteminde kanunlar arasında temel kanun- kanun hiyerarşisi bulunmadığı için örneğin AsCK'da TCK'dan ayrışık düzenlemeler öngörülebilir.⁸⁷

ÖZGENÇ'e göre; AsCK'da, 5237 sayılı TCK'nın suç ve yaptırım teorilerine uygun olacak şekilde gerekli değişiklikler yapılmamış ve bu amaçla Ek 8 ve 9'uncu maddeler ile bazı hükümler saklı tutulmuş ise de 31 Aralık 2008 tarihine kadar verilen süre içerisinde gerekli değişiklikler yapılmamış olmakla bu tarih itibarıyla AsCK'nın söz konusu hükümleri ilga edilmiş ve bu tarihten sonra uygulama kabiliyetleri kalmamıştır.⁸⁸

TCK genel hükümlerinin uygulanabilmesi için yan ceza kanununda TCK'ya ayrıca gönderme yapılmasına gerek yoktur. Ancak TCK m.5'te yer alan kural sonuçta bir kanun kuralı olduğuna, ve kanun kuralları arasında hiyerarşi söz konusu olamayacağına göre, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla TCK m.5'e aykırı bir düzenleme getirilmesine herhangi bir engel yoktur. Nitekim kanun koyucu koyduğu bu kuralı kendisi ihlal etmiş ve 5532 sayılı kanun ile Terörle Mücadele Kanununda yaptığı değişiklikle TCK'nın genel hükümlerindeki düzenlemelere aykırı pek çok düzenlemeye bu kanunda yer vermiştir.⁸⁹

⁸⁵ Şen Ersan, Türk Ceza Kanunu Yorumu C. 1, İstanbul 2006, s.19.

⁸⁶ Koca, Mahmut, Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s.52.

⁸⁷ Önsel Oğuzhan, Askeri Adalet Dergisi, Ocak 2012, s.19.

⁸⁸ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası Ankara 2014, s.90.

⁸⁹ Öztürk, Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.55-56.

TCK 5'inci maddesi hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için oldukça önemli bir düzenleme getirmekle birlikte ulaşılmak istenen hedefe götürmede yeterli değildir. Zira 5'inci madde bir anayasa hükmü olmadığı için bu maddenin yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak kanunlarda buna aykırı düzenlemelerin yapılması mümkün olabilecektir.⁹⁰

Askeri Ceza Kanunu'nun 1/1'inci maddesinde yer alan düzenleme, bu kanunun genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olsa bile, 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerinin uygulanmasının yolunu açmaktadır. Bir başka deyişle TCK m.5, 5237 sayılı TCK genel hükümlerini bütün özel veya yan ceza kanunları bakımından da istisnasız egemen kılmak amacındadır. Böyle bir yaklaşımın özellikle Askeri Ceza Kanunu bakımından sakıncalar ortaya çıkaracağı aşikardır. Ancak ilerleyen süreçte 31.03.2005 tarihli ve 5329 sayılı kanunun 1'inci maddesiyle AsCK'ya ek madde 8'in eklenmesi ile AsCK'nın fer'i askeri cezalara, cezaların ertelenmesine, ve md. 49/A'daki zamanaşımına ilişkin düzenlemeleri hariç olmak üzere 5237 sayılı TCK'nun genel hükümlerinin AsCK'da yer verilen suçlar hakkında da uygulama alanı bulması sağlanmıştır.⁹¹ Kanun koyucu müteakiben 5739 sayılı kanun ile AsCK'ya Ek Madde 10'u eklemiş ve söz konusu madde ile Ek Madde 8'in geçerliliğini koruduğunu bir kez daha teyit etmiştir.⁹²

TCK'nın 5'inci maddesi ile özel ceza kanunlarının ve ceza hükmü içeren kanunların TCK genel hükümlerine aykırı düzenlemeleri Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Haziran 2005'te zımnen ilga edilmiş olacak iken sözkonusu kanunlarda ilgili değişikliklerin zamanında değiştirilmesi imkanı bulunmaması nedeniyle uygulamada herhangi bir boşluğun doğmaması için 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna, 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı kanunun 6'ncı maddesi ile eklenen Geçici Madde 1 hükmü ile TCK'nun 5'inci maddesinin yürürlüğü 31 Aralık 2005 tarihine kadar ertelenmişti. Bu tarih 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunun 15'inci maddesi ile "31 Aralık 2008" olarak değiştirilmiş ve böylece TCK'nın 5'inci maddesine aykırı düzenlemeler içeren kanun hükümlerinin uygulanma süresi sözkonusu tarihe kadar uzatılmıştı.⁹³ Yürürlük kanununda belirtilen süre dolduğundan TCK'nın 5'inci maddesi, 1 Ocak 2009 tarihi itibarıyla özel ceza

⁹⁰ Koca, Mahmut, Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay. Ankara 2010, s. 58.

⁹¹ Kangal, s.33

⁹² Değirmenci, s.32.

⁹³ Demirağ Fahrettin, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2007, s.60.

kanunları ve ceza hükmü içeren kanunlar hakkında da uygulanmaya başlanmış ve bu kanunların TCK'ya aykırı düzenlemeleri zımnen ilga edilmiştir.⁹⁴

Askeri Ceza Kanunu Ek Madde 8 ile AsCK'ya da TCK Madde 5 paralelinde bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, TCK'nın genel hükümleri genel kanun-özel kanun niteliğine bakılmaksızın AsCK'daki suçlar hakkında da uygulanacaktır. TCK'nın 5'inci maddesiyle bu Kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları hakkında da uygulanacağı öngörülmeyle birlikte askerlik hizmetinin hususi keyfiyetinden dolayı AsCK bakımından bu hükme istisnalar getirilmiştir.⁹⁵ Şöyle ki, AsCK'nın Ek 10'uncu maddesinin güvencesi ile Ek 8, Ek 9'uncu maddelerinde sayılan hususlar açısından TCK'nın genel hükümleri değil, AsCK'nın ilgili maddeleri hüküm doğuracaktır.⁹⁶

AsCK Ek Madde 8; (Ek: 31/3/2005 – 5329/1 md.) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.

Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, (...) ⁹⁷ ön ödeme hükümleri uygulanmaz” ⁹⁸

AsCK Ek Madde 9 – (Ek: 31/3/2005 – 5329/1 md.)

“Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları "bir sene" olarak uygulanır.”

AsCK Ek Madde 10 – (Ek: 26/2/2008-5739/1 md.)

“Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler

⁹⁴ Önsel Oğuzhan, “AsCK’nın 1 ve Ek 8’inci maddeleri Işığında TCK Genel Hükümlerinin Askeri Ceza Kanununa Etkisi”, Askeri Adalet Dergisi, Ocak 2012, s.17

⁹⁵ Önsel s.20.

⁹⁶ Önsel s.20.

⁹⁷ Bu fıkra da yer alan “...Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ...” ibaresi; Anayasa Mahkemesinin 5/7/2012 tarihli ve E.: 2012/9, K.: 2012/103 sayılı Kararı ile “izin tecavüzü suçu” yönünden iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 05.07.2012 tarih, 2012/9-103 E/K sayılı iptal kararıyla birlikte AsCK’nın 66/1-B maddesinde düzenlenen izin tecavüzü suçundan tayin olunan iki yıl ve daha az hapis cezalarının, yasal şartların oluşması halinde, TCK’nın 51’inci maddesi gereğince ertelenmesi, CMK’nın 231’inci maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ayrıca bir yıldan kısa süreli olarak tayin olunan hapis cezalarının da TCK’nın 5’inci maddesi gereğince adli para cezasına veya maddede yazılı diğer seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi mümkün hale gelmiştir”(As.Yrg.3.D., 09.01.2013 tarihli, 2013/263-58 E/K)

⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin 17/1/2013 tarihli ve E.: 2012/80, K.: 2013/16 sayılı Kararı ile bu fıkra da yer alan “...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile...” ibaresi iptal edilmiştir.

bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluđu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.” hükmünü içermektedir.

Kangal’a göre AsCK Ek Madde 8’de yer alan düzenleme AsCK md. 1/1’den daha ileri gitmektedir. Çünkü AsCK md.1/1, AsCK’da bir düzenleme bulunmadığı takdirde genel hükümlerin uygulanacağını kabul etmişken, ek madde 8, belirtilen üç durum dışında genel hükümlerin uygulanacağını öngörmektedir. Böylece AsCK’nun teşebbüse ilişkin 40’inci maddesi 1’inci fıkrası, iştirake ilişkin 41’inci maddesi, suçların ve cezaların toplanmasına ilişkin 43’üncü maddesi, hukuka uygunluk nedenlerine, kusuru ortadan kaldıran ve etkileyen nedenlere ilişkin 44’üncü maddesindeki düzenleme ve atıfların artık bir önemi kalmamıştır. Bu hükümlerde düzenlenen konuların TCK’daki karşılıkları doğrudan uygulama alanı bulacaktır.⁹⁹

Ne var ki “Ek madde 8/1 ’in mutlak olarak uygulanması AsCK’yı uygulanamaz hâle getirecektir. Çünkü AsCK’nın genel hükümlerinde kendine özgü pek çok düzenlemesi vardır. Bunların yerini TCK’nın genel hükümlerinin alacağını kabul etmek olanaksızdır. Örneğin, AsCK’nın uygulama alanını gösteren hükümleri (md. 3-7), cezanın artırılmasına ilişkin durumları gösteren düzenlemeleri (md. 50-51) kendine özgü düzenlemeleridir. Bu nedenle TCK’nın genel hükümlerinde karşılığı bulunmayan AsCK’nın kendine özgü hükümleri hâlen uygulama alanı bulacaktır. Bunların yerine TCK’nın genel hükümlerinin geçerli olduğunu kabul etmek, kanun boşluklarının oluşumuna sebebiyet verebilecektir.”¹⁰⁰

Erdoğan da, AsCK’nın kendine has genel hükümlerinin (Örneğin AsCK 41/1’inci md.) varlıklarını devam ettirdikleri görüşünü savunmaktadır. Erdoğan; “TCK 5’inci maddesinde “bu kanunun (TCK’nın) genel hükümleri....” ifadesinin kullanıldığı, AsCK’nın kendine has genel hükümlerinin ise doğal olarak TCK’da yer almadığı, bu itibarla da TCK 5’inci maddesindeki düzenlemenin AsCK’nın kendine has genel hükümlerini kapsamadığı” görüşünü ileri sürmektedir.¹⁰¹

⁹⁹ Kangal, s.34; Erman, s.4; Değirmenci, s. 33; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku..., s.15.

¹⁰⁰ Erman, s.5; Değirmenci, s.33; Kangal, s.34.

¹⁰¹ Erdoğan, s.93.

Kanaatimizce de TCK genel hükümlerinin mutlak manada AsCK'da uygulanma imkanı bulunmamaktadır. AsCK'nın kendine has genel hükümlerini uygulanamaz hale getirecek bir yaklaşım, kanun boşluklarına ve uygulamada problemlere neden olabilecektir.

Ceza Hukuku Yaptırımlarına ilişkin genel esaslara geçmeden önce askeri suç kavramına değinmekte fayda olduğu değerlendirilmiştir.

1.2.3 Askeri Suç Kavramı

Askerî Ceza Kanunu'nun l'inci maddesine göre Askeri Suç; kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar, şeklindedir. Doktrinde askerî suçun tanımı ise şu şekilde yapılmıştır: *“Unsurları ve cezaları AsCK'da gösterilen suçlarla unsur ve cezaları itibariyle AsCK'nun TCK'ya atıfta bulunduğu suçlar askerî suçtur. Bunlar dışında kalan suçlar askerî suç değildir.”*¹⁰² Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 1993 tarihli bir kararı da bu yöndedir.¹⁰³

Askerî suçlar iki kategoride incelenmektedir. 1-Sırf askerî suçlar 2-Askeri suç benzerleri. Sırf askeri suçlar, bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de, bu sıfatı taşımayan kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel ceza kanununda kısmen ya da tamamen öngörülmeleyen suçlardır. Askerî suç benzerleri ise, asker olmayan kişiler tarafından da işlenmesi mümkün olup askerî bir menfaati korumak gayesini taşıyan, bütün veya bir kısım unsurları ile genel ceza kanununda öngörülen ve askerî ceza kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suçlardır.¹⁰⁴

Askeri Yargıtay askerî suçları, unsurlarının ve cezalarının tamamı AsCK'da yazılı olan, diğer bir ifadeyle AsCK. dışında hiçbir ceza kanunu ile cezalandırılmayan suçlar ile unsurları kısmen AsCK'da, kısmen de diğer ceza kanunlarında gösterilen suçlar ve TCK'ya atıf suretiyle askerî suç haline getirilen suçlar olmak üzere üç grupta değerlendirmektedir.¹⁰⁵

¹⁰² Şimşek, Askeri Ceza Hukuku... s.160.

¹⁰³ Uyuşmazlık Mahkemesi 01.03.1993, E.33, K.28.

¹⁰⁴ Erman, s.151; Centel, Zafer, Çakmut, s.188.

¹⁰⁵ *Sırf askeri suçları hiçbir ceza kanununda yer almayan ve sadece askerler tarafından işlenebilen askeri suçlarla; diğer askeri şahıslar tarafından işlenebileceği, kanunlarla kabul edilen askeri suçlar ve unsurlarının tamamı veya bir kısmı Türk Ceza Kanununda yer alsa bile Askeri Ceza Kanunu'nun 3'üncü bapı 5'inci fıslında yer alan “Askeri itaat ve inkiyadı bozan suçlar” olarak kabulü gerekir.; As.Yrg. İBK, 20.06.1975, E/6, K/4.; Polatcan, s.309.*

Sırf askeri suç ve askeri suç benzeri ayrımı nazari bir ayrım olmayıp uygulamada pratik sonuçları da bulunmaktadır. Örneğin askeri suç benzerlerinden dolayı suçluların iadesi mümkün olduğu halde sırf askeri suçlar kapsam dışı bırakılmıştır.¹⁰⁶ Keza AsCK 47/B-C bentlerinde düzenlenen cezaların ertelenmesi hükümlerinde de benzer bir farklılık söz konusudur.

Bir suçun sırf askerî suç olarak nitelendirilmesi için bir arada bulunması gereken 3 şartı şu şekilde belirtmek mümkündür:

- 1-Failin asker kişi olması,¹⁰⁷
- 2-Fiilin askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmesi
- 3-Fiilin kısmen veya tamamen başka bir kanunda suç olarak öngörülmemiş olması.¹⁰⁸

Kangal, TCK'da yer alan kasten yaralama suçunun Askeri Ceza Kanunu'na aktarılmış türlerinden biri olan amire veya üste fiilen taarruz suçunun (AsCK m.91) sırf askeri suç sayılmasına karşın diğer türü olan asta müessir fiil suçunun (AsCK m.117) askeri suç benzeri kabul edilmesini eleştirerek, Askeri Yargıtay'ın askeri suçları ayırmadaki kriterlerinin yetersiz kaldığını, suçun niteliğinden çok başka mülahazalarla hareket ettiğini, bu yüzden de kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Bkz. Suçluların iadesine dair Avrupa Sözleşmesi, m.4.; Çelen, Orhan, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 78.

¹⁰⁷ *Kıtaya geç katılmak suretiyle işlenen bakaya suçu, "yalnız AsCK'da yer almakla beraber bu suçun faili suç ve ceza yönünden asker sayılamayacağından sırf askeri suç niteliğinde değildir."* (As.Yrg. İçt.Brl.Krl., 20.06.1975, E/6, K/4)

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun asker kişiler tarafından işlenebildiği gibi sivil kişiler tarafından da işlenebildiğinde kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçun sırf askeri suç olarak kabulü mümkün değildir. (As.Yrg.Drl.Krl., 22.09.1994 E/98, K/95); Çelen, s. 78.

¹⁰⁸ Önsel, s.31

¹⁰⁹ Kangal, s.87; Duran, Gökhan Yaşar, Askeri Ceza Hukukunda Asta Müessir Fiil Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, sayı 113, s. 224.

İKİNCİ BÖLÜM

ASKERİ YAPTIRIMLARIN TARİHSEL GELİŞİMİ, ASKERİ CEZA HUKUKUNA ÖZGÜ YAPTIRIMLAR BAKIMINDAN TÜRK CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI

2.1 Askeri Yaptırımların Tarihsel Gelişimi

Askeri Ceza Hukuku belki de Genel ceza Hukukundan önce gelmiş ve Askeri Ceza Hukukuna ait kaideler insan topluluğunun ilk temelini teşkil eden savaşlarla birlikte doğmuştur.¹¹⁰

Ordu mensuplarına özgü bir ceza mevzuatının meydana getirilmesi çok eski bir geçmişe sahiptir. Gerçekten ilk disiplinli topluluk, disiplinin mutlak suretle korunmasında varlık sebebini bulan ilk örgüt, hemen bütün milletlerin tarihinde ordu olmuştur. Bunun içindir ki daha henüz umumi ceza kanunları vücuda getirilmediği, daha bütün dünyada kısas diyet gibi esaslarını medeni hukukun tamir ve tazmin müeyyidelerinde bulan hükümlerin cari bulunduğu devirlerde, sadece orduya ait cezai nitelikte müeyyideler konulması yoluna gidilmiş ve belki de hiçbir ferde zarar vermeyen firar gibi bazı fiillerin bütün kamuyu ilgilendirdiği anlaşılarak yine kanun adına faillerin cezalandırılması kabul olunmuştur.¹¹¹

İnsanlık tarihinde orduların var olduğu andan beri, söz konusu ordulara ilişkin kurallar da kendini göstermiştir. Hammurabi Kanunlarında, kendisi yerine bir başkasını askere gönderen veya askerlik yapma görevinden kaçınan kişi ile başkasını onun yerine kabul eden çavuş veya yüzbaşının cezalandırılacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Manu Kanunlarında, ordunun devletin yedi unsurundan birini teşkil ettiği, silah çalmak, bayrak ve köprü imha etmek, düşmanla anlaşmak, firar etmek, muharebe dışı kalanlarla savaş esirlerini yaralamak, zehirli veya gizli silahla düşmana hücum etmek, gibi eylemler ölüm cezasına varan cezalarla cezalandırılacağı belirtilmiştir.¹¹²

Moğol Kanunları'nda da askerî disiplin ve düzenle ilgili suçlara rastlanmaktadır. Genelde savaşta ganimetin paylaşımına dair düzenlemeler bulunmasına rağmen, savaştan kaçanlar

¹¹⁰ Erman, s.17.

¹¹¹ Şimşek, Şimşek, Mustafa, 5237 sayılı TCK ile karşılaştırmalı Askeri Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Hava Teknik Okullar Komutanlığı, Temel Bilimler Bölüm Başkanlığı Yayınları, İzmir 2008, s.388.s.13; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku..., s.6.

¹¹² Erman, s.18.

veya toplanma yerine geç kalanlar hakkında da cezai hükümler bulunmaktadır. Verilecek cezalardan özellikle kadın elbisesi ile ortalıkta dolaştırma cezası dikkat çekmektedir.¹¹³

Eski Yunan'da da askerliğe verilen önemin büyük olduğu anlaşılmaktadır. Eflatun'a göre asker sınıfı Devletin esas sınıflarından biri olduğu gibi, askerliğe icabet etmemek, ocaktan kaçmak, silahları terk veya teslim etmek çeşitli cezalar gerektiren eylemlerdendi. Ispartalılar itaatsizliği şiddetli şekilde cezalandırmakta; bunun için şerefsizlik cezası öngörülmekte idi. Firar edenler veya savaştan kaçanlar daha ağır bir şerefsizliğe mahkum edilir, böyle kimselerle kimse evlenilmez, temiz elbise giyemezler, sakalının bir kısmını traş edip diğer kısmını salıverirlerdi. Yardım beklemeden bir bölgeyi düşmana teslim eden komutan ise ölüm cezası ile cezalandırılırdı.¹¹⁴

Bu konuda en ayrıntılı düzenlemeler ise Roma Hukuku'nda görülmektedir. Sağlam bir disipline sahip olduğu bilinen Roma ordusunda disiplinin idamesi, basit disiplinsizlikler için bile ağır cezalar ile sağlanmaktaydı. Örneğin nöbette uyumak eylemi bile Romalılarda ölüm cezasını gerektiren bir eylem olarak kabul edilmiştir. Roma ordusunda asker kişiler üzerinde komutanların cezalandırma yetkisi bulunmaktaydı. Örneğin yüzbaşılar dövme, generaller ise ölüm cezası verme yetkisine sahipti. Ayrıca Roma Hukuku'nda askeri suç - genel suç ayrımının da ilk kez yapıldığını görmekteyiz. Bu kapsamda; kendini askerlik hizmetine elverişsiz hâle getirmek, emre itaatsizlik, silahını terk etmek, firar suçları askerî suç olarak düzenlenmiştir. Askerî suçlara verilecek cezalar da farklılık göstermekteydi. Bu cezalar; ölüm cezası, şeref ve onur kırıcı nitelikteki dayak cezası, para cezası, sıra harici hizmet, daha alt derece askerî vazifeye nakil, rütbeden ıskat, ordudan çıkarılmadır.¹¹⁵

Asker kişilere verilen cezaların infazlarında da farklılıklar oluşturulduğu dikkat çekmektedir. Romalılarda askerler, vahşi hayvanlara parçatılmaz, asılmazdı. Bunun yerine başları kılıçla kesilirdi.¹¹⁶ Osmanlı'da da farklı infaz usulleri uygulanmakta idi. Ordu mensubu asker kişinin idamından önce rütbeleri alınır, sarığı çıkarılır, yakası yırtılırdı. Bu usul gerçekleştirilmek suretiyle kişi askerlikten uzaklaştırılırdı. İnfazlarda askerî sınıfın kanı dökülmez, infaz

¹¹³ Erman, s.18.; Alinge. Curt. Moğol Kanunları, (Çeviren: Prof. Dr. Coşkun Üçok) Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 227, Sevinç Matbaası 1967, s. 173.

¹¹⁴ Erman, s.18.

¹¹⁵ Şimşek, 5237 sayılı TCK ile Karşılaştırmalı... s.13. Şimşek, Askeri Ceza Hukuku..., s.6.; Erman, Askeri Ceza Hukuku s.18.

¹¹⁶ Erman, s.18.; Şimşek, 5237 sayılı TCK ile Karşılaştırmalı... s.13.; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku..., s.6.

boğulmak suretiyle gerçekleştirilirdi. Ancak ölümden sonra kafası kesilir ve infaz taşrada gerçekleştirilmiş ise İstanbul'a gönderilir ve İstanbul'da saray kapısı önünde teşhir edilirdi.¹¹⁷

Osmanlı imparatorluğu döneminde askeri - reaya ayrımı bulunmaktaydı. Söz konusu ayırım, askerî sınıfa yönelik ayrı bir yargılama hukukunun doğmasına neden olmuştur. Ancak Osmanlı dönemindeki askerî sınıf, bizzat askerî görev yapan ordu mensubu kul statüsündeki kişiler ile devletin din, yargı ve eğitim işlerini gören ulemayı da kapsamaktadır. Kul statüsünde bulunan Yeniçeri, Sipahi ve Sadrazam gibi kapı kullarıyla diğer maaşlılar, tımarlı sipahi ve zeamet sahipleri icrai askerler ayrı bir ceza muhakemesine gerek kalmadan padişahın fermanıyla siyaseten katledilebilirlerdi.¹¹⁸

Osmanlı ordusu ilk başlarda gönüllü askerliğe dayanmış daha sonra ise tımar ve zeamet sahiplerinin beslemekle yükümlü oldukları feodal nitelikte kuvvetler ağırlık kazanmıştır. Orhan Gazi zamanında sürekli ordunun temellerinin atılmasıyla birlikte askerî yargı da oluşmaya başlamıştır. I. Murat zamanında yeniden oluşturulan askerî sınıfın kendini göstermesi ile söz konusu sınıfa ait bazı davaların ordu ile hareket edebilecek yargılama makamlarına bağlanması zorunluluğu ortaya çıkmış ve bu durumun sonucu olarak da ayrı bir kadı atanması suretiyle sorun çözülmeye çalışılmıştır. Osmanlılarda söz konusu kadıya, "Kadıasker" veya "Kazasker" şeklinde isim verilmiştir.¹¹⁹

Ordudaki ıslahat hareketleri kapsamında tanzimatın ilanı ile birlikte "Kanunname-i Ceza-i Askerîyye" ve "Kanunname-i Asakiri Mansure-i Muhammediye" isimli kanunnameler ile askerî yargı düzenlenmeye çalışılmıştır.¹²⁰

Daha sonra yapılan düzenleme 1837 tarihli "Kanunname-i Ceza-i Askerîyye'dir. Söz konusu düzenleme askeri suçları esas alan ve günümüzdeki 1632 sayılı AsCK ile 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'na karşılık gelen bir düzenlemedir. Askerî şahısların işledikleri bazı suçlardan dolayı askerî mahkemelerde yargılanabilmesi ve Divan-ı Harp olarak isimlendirilen askerî mahkemeler ilk kez Kanunname-i Ceza-i Askerîyye'de yer almıştır. Kanunname-i Ceza-i Askerîyye'nin 1 ve 2'nci maddelerinde suçların kanuniliği, duruşmaların

¹¹⁷ Yolyapan. Aydoğan, 'Osmanlı Devletinde Askerî Yargı'. Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi, C. 3. S. 9-10. s. 158.

¹¹⁸ Koç, Yasin, Tuğluca, Murat, 'Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı', Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları. S. 2, 2006 (Güz), s. 16; Yolyapan. s. 153; Erman. s. 10.

¹¹⁹ Yolyapan. s. 154; Erman. s. 10; Şimşek, Mustafa, 5237 sayılı TCK ile Karşılaştırmalı... s.26; Şimşek, Askerî Ceza Hukuku... s.8.

¹²⁰ Yolyapan. s. 15; Şimşek, 5237 sayılı TCK ile Karşılaştırmalı... s.26.

aleniliği esası benimsenmiş, sanığın müdafî bulundurma hakkı ile davanın nakli kurumuna yer verilmiştir. 1857 tarihli Fransız Askerî Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen "Askerî Ceza Kanunname-i Hümayunu" 1869 tarihinde kabul edilmiştir.¹²¹

Askerî Ceza Kanunnamesi'nde yer almayan suçlar için Kanunnamenin 5'inci maddesi gereğince Mülki Ceza Kanunnamesi'ne sık sık müracaat edilmesi gerektiğinden Alman Askerî Ceza Kanunu Türkçe'ye çevrilmiş ve Askerî Ceza Kanunnamesinin eksikleri tamamlanmıştır.¹²² Nitekim firar, emre itaatsizlik, gizli örgüt kurma (fesad), görevi kötüye kullanma, hırsızlık, gasp, yağma, yalan beyan, vazifenin ifasına engel olma, suça göz yummak gibi suçlar Alman Askerî Ceza Kanunu'ndan alınarak 1632 sayılı AsCK'na kadar gelen suçlardır.¹²³

Cumhuriyetin ilanından sonra Alman Askerî Ceza Kanunu esas alınarak hâlen yürürlükte bulunan 1632 sayılı AsCK kabul edilmiştir. 1632 sayılı AsCK'da yıllar içinde birçok değişiklik yapılmıştır. Kanun, temel olarak askerî suçları, söz konusu suçlara uygulanacak genel hükümleri ve disiplin hükümlerini düzenlemekteydi. AsCK'da askerî suçlar; askerî cürümler ve askerî kabahatler olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Kanun'un 18'inci maddesi gereğince "askerî kabahatler" bakımından amire cezalandırma hakkı tanındığı gibi disiplin tecavüzlerinde verilecek cezalara ilişkin düzenlemeler de söz konusu Kanun'da yer almaktaydı. Ancak TSK Disiplin Kanunu'nun kabulü ile AsCK'daki askerî kabahatlerin hukuki varlıklarına son verilmiştir.¹²⁴

2.2 Askeri Ceza Hukukuna Özgü Yaptırımlar Bakımından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümlerinin Uygulanması

2.2.1 Askeri Yaptırımlar

AsCK'da; ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları olmak üzere üç adet asli cezaya yer verildiği ve TSK'dan çıkarılma, rütbenin geri alınması ve askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme olmak üzere fer'i cezaların da varlıklarını muhafaza ettirdikleri görülmektedir.

Hukuki nitelikleri bakımından cezalar asli ceza ve ek ceza olarak ikiye ayrılır.¹²⁵ Asli ceza kanunda doğrudan doğruya suçun karşılığı olarak öngörülmüş bulunan ve tek başına

¹²¹ Yolyapan, s.159, 161;

¹²² Koyuncu, Nuran, Kış, Salih, 'Alman Askeri Ceza Kanunnamesinin Osmanlı Askerî Ceza Kanunnamesine Tatbiki', Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S.: 5. 2011. s. 178 vd.

¹²³ Değirmenci, s.31.

¹²⁴ Değirmenci, s.32.

¹²⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s.539.

uygulanma kabiliyetine sahip olan cezadır. Kanunun cezalandırmak amacını takip ederken özellikle göz önünde tuttuğu ceza asli cezadır.¹²⁶ Kanun koyucu bir cezayı, izlediği suç ve ceza politikasına göre asli veya ek ceza olarak düzenleyebilir. Ek cezalar asli cezayı daha etkili hale getirmeyi amaçlayan ve suçluyu bazı sosyal, siyasal ve mesleki haklardan yoksun bırakan cezalardır. Kural olarak ek cezalara tek başına hükmedilmesi mümkün değildir.¹²⁷

Ek cezalar öğretide, fer'i ve mütemmim cezalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kendiliğinden hüküm ifade eden ve hâkimin hükmetmek mecburiyetinde olmadığı, infaz sırasında dikkate alınabilecek cezalar fer'i, hâkimin hükmedip hükmetmemekte serbest olduğu ancak hükmedecekse mutlaka hükümde göstermek zorunda olduğu cezalar ise mütemmim cezalardır.¹²⁸ Kendiliğinden hüküm ifade eden, asli cezaya kanuni netice olarak bağlanmış oldukları için fer'i cezalara mahkûmiyetin kanuni neticeleri de denilmektedir.¹²⁹

5237 sayılı TCK'da asli-ek ceza ayrımı kaldırılmıştır. 5237 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri olarak yer alan; hak yoksunluğu (TCK m.53/1-5), belirli bir meslek veya sanatın icrasının tatili (TCK m.53/6), sürücü belgesinin alınması (TCK m.53/6), sınır dışı edilme (TCK m.59), tüzel kişinin faaliyet izninin iptali (TCK m.60), denetimli serbestlik (TCK m.51,58,191,221; CGTİHK m.104, 105 A, 107, 108), akıl hastalarına özgü tedbirler (TCK m.57), alkol ve uyuşturucu bağımlılarının tedavi altına alınması (TCK m.57), eşya ve kazanç müsadere (TCK m.54, 55) 765 sayılı TCK'da ek ceza niteliğinde düzenlenmiştir.¹³⁰

5237 sayılı kanun ile terk edilen asli ceza-fer'i ceza ayrımı AsCK ek madde 8 ve 10 gereğince askeri ceza hukukunda uygulanmaya devam olunmaktadır. Askeri Ceza Kanunu'nun şahsi hürriyeti kısıtlayan cezalar başlıklı 21'inci maddesinde asli cezalar ağır hapis, hapis ve kısa hapis olarak sayılmaktadır. Fer'i cezalar ise Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, Rütbenin geri alınması, askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme olarak sayılmıştır.¹³¹

Askerî Ceza Kanunu cezaları aslî cezalar ve fer'î cezalar şeklinde ikiye ayırmıştır. AsCK Ek md. 8 fer'î askerî cezalar, cezaların ertelenmesi ve md. 49/A'daki zamanaşımı hakkındaki düzenlemeler

¹²⁶ Dönmezer, Erman, s.587.; Yerdelen, s.15; Centel, Zafer, Çakmut, s.539.

¹²⁷ Yerdelen, s.15; Erem,Danışman,Artuk, 1997, s.700; Dönmezer, Erman, s.589.

¹²⁸ Yerdelen, s.15.

¹²⁹ Önder 1992, s.24.; Yerdelen, s.15.

¹³⁰ Centel,Zafer,Çakmut, s.550; Yerdelen, s.12-18; Toroslu, s.115.

¹³¹ Değirmenci, s.211.

dışındaki AsCK'nın genel hükümleri bakımından TCK'nın genel hükümlerinin geçerli olduğunu öngördüğünden, asli cezalar bakımından TCK'daki cezalar sistemi geçerlidir.¹³²

2.2.1.1 Cezalar

2.2.1.1.1 Asli Cezalar

2.2.1.1.1.1 Genel Olarak

AsCK'ya bakıldığında üç adet asli ceza bulunduğu görülmektedir. Bunlar; ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıdır. Bu sınıflandırma mülga 765 sayılı TCK'nın sistematığına da uygun düşmekte idi. 765 s.TCK m.11 gerektirdikleri cezalara göre suçları cürüm ve kabahat şeklinde ayırmış, cürümler başlığı altında ölüm, ağır hapis, hapis, ağır para, kamu hizmetlerinden yasaklılık cezalarına yer vermiştir.¹³³

TCK'nın genel hükümleri, AsCK için de uygulanacağından 5237 s. TCK m. 46'da yer alan ayırım, asli ceza bakımından AsCK için de geçerlidir.

AsCK'nın madde metninde müebbet hapis cezası bulunmamaktadır. AsCK'da yer alan bazı askerî suçlarda, TCK'ya yapılan atıf dolayısıyla adli para cezaları da AsCK bakımından asli ceza olarak uygulanabilir hâle gelmiştir¹³⁴

Bunun yanı sıra AsCK m. l'de kısa hapis cezası yer almaktadır. Söz konusu ceza, askerî kabahatler için öngörülen bir cezadır. 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu ile beraber askerî kabahatler AsCK'dan çıkarılarak disiplinsizlik hâline getirildiğinden kısa hapis cezalarına ayrıca değinilmemiştir.¹³⁵

Öte yandan DEĞİRMENCİ; kısa hapis cezaları ile ilgili olarak “AsCK'da kısa hapis cezalarının varlığını korumaya devam ettiğini, nitekim AsCK m. 145'te düzenlenen "astına nezarete ihmal etme, astının suçları hakkında kanuni takibat yapmama" suçunda 'kısa hapis' cezası verilmekte olduğunu, her ne kadar 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun gerekçesinde "askerî/disiplin kabahatleri'ne hukuken son verildiği yer olsa bile kanun koyucunun 145'inci maddeyi yürürlükten kaldırmayı unuttuğu için askerî kabahatlerin hukuki varlıklarını koruduklarını ileri sürmekte, ayrıca kısa hapis cezalarının nasıl uygulanacağına ilişkin AsCK m. 23 vd. hükümlerinin de mülga edilmemiş olduğunu” ifade etmektedir.

¹³² Kangal, s.181.

¹³³ Demirbaş, s.491.

¹³⁴ Değirmenci, s.210.

¹³⁵ 31.01.2013 tarihli, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 45'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanaatimizce de Askeri Ceza Kanununun kısa hapis cezasının uygulanma şekillerini düzenleyen 23, 24, 25, 26, 27 ve 28'inci maddelerinin yürürlükten kaldırılmasının kanun koyucu tarafından atlandığı ve AsCK md. 145'te yer alan "astına nezarete ihmal etme, astının suçları hakkında kanuni takibat yapmama" suçu ile sınırlı olmak üzere halen varlığını devam ettirdiği değerlendirilmektedir.

Adli para cezası Askeri Ceza Kanunu'nda öngörülen yaptırım türlerinden biri olmamakla birlikte, gerek AsCK'dan TCK'nın adli para cezası öngörülen suç tiplerine yapılan atıflar dolayısıyla gerekse de AsCK'da öngörülen iki istisnai durum nedeniyle bu cezanın uygulanma kabiliyeti bulunduğundan bu başlık altında incelenmiştir.

2.2.1.1.1.2 Ölüm Cezası

Ölüm cezası, AsCK'nın 1/2'nci maddesinde askeri cürüm tanımı içerisinde öngörülmekte, 20'nci maddesinde de infaz şekline ilişkin açıklamalar yer almaktadır. AsCK'nin metninde Anayasaya uygun olacak şekilde herhangi bir değişiklik yapılmadığından ölüm cezasının Kanun metninde halen yer aldığı (AsCK m.20) görülmektedir.

2001 yılında Avrupa Birliği'ne uyum süreci kapsamında Anayasa'nın 38'inci maddesinde değişiklik yapılmış ve "savaş, savaş tehdidi ve terör suçları" hariç ölüm cezasının verilemeyeceği Anayasaya eklenmiştir.¹³⁶ Türkiye tarafından da imzalanan, 28 Mayıs 1983 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair 6 numaralı Protokol gereğince ölüm cezası kaldırılmış ancak sözleşmecı devletlere, yasalarında savaş veya yakın savaş tehlikesi zamanında işlenmiş olan fiiller için ölüm cezasını öngörebilmesi noktasında takdir yetkisi verilmiştir (m. 2). Türkiye, 2001 yılındaki Anayasaya değişikliğinden sonra 2003 yılında 6 numaralı Protokolü imzalamıştır.¹³⁷

Avrupa Konseyi ölüm cezasını tamamen kaldıran 13 numaralı Protokolü 3 Mayıs 2002 tarihinde imzaya açmış ve söz konusu Protokol, Türkiye tarafından 9 Ocak 2004 tarihinde imzalanmıştır. Müteakiben 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'da değişiklik yapılarak ölüm cezası tamamen kaldırılmış ve söz konusu değişiklik 14 Temmuz 2004 tarih

¹³⁶ 17 Ekim 2001 tarih ve 24566 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun ile.

¹³⁷ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, 11. Protokol İle Değiştirilen Metin, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 93. s. 40 vd.; Değirmenci, s.211.

ve 5218 sayılı Kanun ile diğer kanunlara yansıtılmıştır. Ancak ölüm cezasının, Anayasaya uygun olarak kaldırılması süreci içerisinde AsCK'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.¹³⁸

Ölüm cezasının anayasadan çıkarılmasına ilişkin bu sürecin akabinde kanun koyucu 14.07.2004 tarihinde 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile bünyesinde ölüm cezasına ilişkin hükümler/ifadeler barındıran çeşitli kanunlarda (765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun, 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu) değişikliklere gitmiş ve bu kanunların anayasaya aykırı hükümlerinin yürürlükten kaldırılmasını vazetmiştir. Yine bu süreçte TCK'da da ölüm cezasına yer verilmemiştir.¹³⁹

Kanun koyucunun Askeri Ceza Kanununda herhangi bir değişikliğe gitmemiş olmakla birlikte “ölüm cezasının tehiri sebebi ve yerine getirilme usulüne” ilişkin 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunun 245’inci maddesini 5530 sayılı kanunun 62’nci maddesi ile 29.6.2006 tarihinde yürürlükten kaldırmıştır.¹⁴⁰ Ayrıca 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda diğer kanunlarda yer alıp da 5237 sayılı TCK’ya uyumlu olmayan cezaların dönüştürülerek uyumlu hale getirilmesi amaçlanmış, ancak bu kanunda da ölüm cezasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Öğretide Anayasa'nın 38'inci maddesinde açık bir şekilde "ölüm cezası verilemeyeceği" düzenlendiğinden,¹⁴¹ ve 5237 sayılı TCK'da ölüm cezasına yer verilmediğinden uygulama alanı bulunmadığı ifade edilmekte,¹⁴² askerî suçlar için de ölüm cezası verilebilmesinin mümkün olmadığı dile getirilmektedir.¹⁴³

¹³⁸ Değirmenci, s.212.

¹³⁹ Özgenç, 2014, s.633.

¹⁴⁰ www.hukukimevzuat.com, 5530 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 05 Temmuz 2006 tarih ve 26219 sayılı RG.,

¹⁴¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanun'un 5'inci maddesi ile değişik 38/10'uncu maddesi “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.”

¹⁴² Özgenç, 633; Değirmenci, s.211; Koca, Üzülmüş, s.521; Hakeri, s.622.

¹⁴³ Değirmenci, s.211.

Kanaatimizce ölüm cezası ile ilgili olarak herhangi bir değişiklik ve düzenlemeye tabi tutulmamış olan Askeri Ceza Kanunu'nun, bünyesinde barındırdığı ölüm cezası gerektiren suçlardan birinin işlenmesi üzerine ölüm cezasına hükmedilmesi halinde Askeri Ceza Kanununda yer alan ve Anayasa'ya açıkça aykırı olan ölüm cezasına ilişkin düzenlemelerin ancak tarafların itirazı üzerine somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptali yoluna gidilebileceği değerlendirilmektedir.

2.2.1.1.1.3 Adli Para Cezası

Para cezaları çok eskiden beri başvurulmuş bir cezalandırma biçimidir.¹⁴⁴ Adli para cezası “işlediği suç nedeniyle kusurlu bulunan kişi tarafından belli bir miktar paranın devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir” (TCK m.52/1)¹⁴⁵.

Adli para cezası bakımından kanunumuzun kabul ettiği sistem gün para cezası sistemidir. Gün para cezası sisteminin temel amacı; para cezasının kişinin ödeme gücüne göre belirlenmesi yoluyla, suç işleyen zengin ile fakir arasındaki eşitsizliği gidermektir.¹⁴⁶

Gün para cezası sisteminde öncelikle adli para cezasının uygulanacağı gün sayısının belirlenmesi gerekir. (birim tespiti). Uygulanacak adli para cezasının gün sayısı kanunda gösterilmişse problem yoktur. Bu sınırlar arasından gün sayısı TCK 61 esasları çerçevesinde belirlenecektir. Kanunda gün sayısı gösterilmemişse m. 52/1 gereğince aly sınırı 5 gün üst sınırı yediyüzotuz gün olarak kabul edilip bu sınırlar arasından gün sayısı belirlenecektir.

İkinci olarak her bir gün birimi için uygulanacak parasal miktar belirlenecektir. Kanuna göre bu miktar en az yirmi en fazla yüz lira olarak belirtilmiştir. Üçüncü aşamada belirlenen gün sayısı ile parasal miktar çarpılarak sonuç ceza elde edilecektir.¹⁴⁷

Adli para cezalarının infazı Cumhuriyet Savcılıklarınca takip edilecektir. Adli para cezasının ödenmemesi halinde ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir. Adli para cezasından çevrilen hapis cezasının infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverme hükümleri uygulanamaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.

¹⁴⁴ Çetin, Soner Hamza, Türk Ceza Kanunu'nda Adli Para Cezası, Ankara, 2012, s.233.

¹⁴⁵ Özgenç s.736.

¹⁴⁶ Hakeri, s.638.; Bkz. Madde gerekçesi.

¹⁴⁷ Koca-Üzülmez, s.532.; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 867.; Özgenç, Gazi Şerhi s.667.; Örnek hesaplama için bkz. Hakeri, s.638.

Kural olarak AsCK'da adlî para cezası yaptırım olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte, AsCK'nın TCK'ya atıfta bulunmak suretiyle askerî suç hâline getirdiği suçlarda para cezası öngörülmüş olabilir. Bu durumlarda adlî para cezası artık askerî cezalardan kabul edilecektir. Örneğin AsCK md. 146 gereğince, silâhları ve cephanesi konusunda taksirle hareket ederek birinin yaralanmasına neden olan asker kişi hakkında taksirle yaralama suçuna ilişkin TCK md. 89 uygulanacağından adlî para cezasına hükmedilebilecektir.¹⁴⁸

AsCK'da adlî para cezası, yaptırım olarak öngörülmemişse de iki istisnası bulunmaktadır.

1- AsCK ek md. 4'e göre, olağanüstü hâlin, seferberliğin ya da savaş hâlinin devamı boyunca askerî hizmet yaparken maddede sayılan işlerde zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet veya hırsızlık suçunu işleyen asker kişi hapis cezasının yanında, beş yüz liradan aşağı olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu durumda para cezası temin olunan menfaatin iki mislinden az olamaz. Zarar hafif ise, adlî para cezası yarıya, pek az ise üçte bire indirilir.¹⁴⁹

2- İkinci istisna ise AsCK m. 78/C-2'de öngörülen nisbi ağır para cezasıdır.¹⁵⁰ Buna göre; düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastıyla yabancı bir ülkeye sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mallarının müsaderesine karar verilecektir. Söz konusu karar verilmeden önce veya verildikten sonra hükümlünün bütün mallarının veya bir kısmının kaçırılmasına veya azaltılmasına doğrudan doğruya veya aracılık ile bilerek yardım eden bütün devlet memurları, vârisler, ticari ve malî müesseseler, şirketler ve bütün üçüncü şahıslar bu suretle gizlenen veya kaçırılan mallar kıymetini iki mislinden az ve üç milinden çok olmamak üzere ağır para cezasına mahkûm edileceklerdir.¹⁵¹ Ayrıca maddedeki suçlar hakkında dava ve ceza zamanaşımının işlemeyeceği öngörülmüştür.¹⁵²

2.2.1.1.1.4 Hapis Cezaları

Hapis cezası (özgürlüğü bağlayıcı ceza) kişinin özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle yerine getirilen cezadır.¹⁵³ Hapis cezası; failin işlediği suç karşılığında kanunda öngörülen sürelerle hürriyetinden yoksun bırakılması olup, hükümlünün belirli hak ve yükümlülöklere tabi olması suretiyle ceza infaz kurumlarında infaz edilir.¹⁵⁴

¹⁴⁸ Kangal s. 189.

¹⁴⁹ Değirmenci, s.214; Kangal s. 188.

¹⁵⁰ Erman, s.248.

¹⁵¹ Değirmenci, s.214; Kangal s. 189.

¹⁵² Çelen, s.288.

¹⁵³ Centel, Zafer, Çakmut, 2014, s.543.

¹⁵⁴ Demirbaş, s.64; Yerdelen, s.18.

TCK m. 46 uyarınca hapis cezaları infaz süresi ve şartları dikkate alınmak suretiyle üçe ayrılmıştır; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve hapis cezası.¹⁵⁵ Hapis cezaları sürelerine göre süresiz veya süreli olarak sınıflandırılabilir.

Hapis Cezaları:

- 1- Süreli hapis cezası,
- 2- Süresiz hapis cezası (Müebbet)

Süresiz (müebbet) hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder (TCK m.47-48). Süresiz hapis cezası da ağırlığına, bir başka anlatımla infaz şeklindeki özelliklere göre ikiye ayrılmaktadır.¹⁵⁶

- 1-Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası,
- 2-Müebbet hapis cezası.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yüksek güvenlikli infaz kurumlarında sıkı güvenlik rejimine göre infaz edilir. (TCK m.47; CGİK m.9,25,107) Hükümlü, tek kişilik odada bulundurulur; günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır, diğer hükümlülerle görüşmesine sınırlı olarak izin verilir, yakınlarıyla onbeş günde bir on dakikalık telefon görüşmesi yapabilir, yakınları onbeş günlük aralıklarla, günde bir saati geçmemek üzere hükümlüyü ziyaret edebilir, dışarıda çalıştırılmaz, izin alamaz, cezasının infazına hiçbir surette ara verilmez (CGİK m.25).¹⁵⁷

Müebbet hapis cezası ise belirli suçlardan dolayı hükmedilenler dışında, kapalı infaz kurumlarında normal infaz rejimine göre infaz edilir. Yasada gösterilen belirli suçlardan dolayı hükmedilen müebbet hapis cezaları, yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilir. (CGİK m. 9/2)¹⁵⁸

Süreli hapis cezası yasada aksi belirtilmeyen hallerde “*bir aydan yirmi yıla kadar olan*” özgürlüğü bağlayıcı cezadır (TCK m.49). Süreli hapis cezası kısa süreli ve uzun süreli hapis cezası olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası,

¹⁵⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.698.

¹⁵⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s.543.

¹⁵⁷ Centel, Zafer, Çakmut, s.544. Zafer, s.502.

¹⁵⁸ Centel, Zafer, Çakmut, s.544.

kısa süreli hapis cezası, (m.49/2)¹⁵⁹; bir yıldan yukarı hapis cezası ise uzun süreli hapis cezasıdır. Cezanın kısa süreli olup olmadığını belirlemek için yargılama sonunda hükmedilen somut ceza esas alınır. Birden fazla cezaya mahkumiyet halinde, her bir cezanın süresi ayrı ayrı göz önünde bulundurulur.¹⁶⁰

Süreli hapis cezası için belirlenen 20 yıllık üst sınır, sadece ilgili suçtan dolayı temel cezanın üst sınırının belirtilmediği hallerde uygulanacak üst sınır olarak anlaşılmalıdır. Bu itibarla 49'uncu maddedeki üst sınır, sonuç cezanın üst sınırı olarak anlaşılmamalıdır. Nitekim kanunun 61'inci maddesine bu durum için özel bir hüküm konulmuştur. *“Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde (TCK 61) hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz”* Bu gibi hallerde sonuç cezanın üst sınırı olan yirmi yılın üstüne çıkılması mümkün ise de, ancak otuz yıl aşılamayacaktır.¹⁶¹

Yeni TCK'nun sisteminde sadece hapis cezasına yer verilmiş olması karşısında, yürürlükte olan diğer kanunlarda “ağır hapis cezası” olarak öngörülen yaptırımlar, 04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve uygulama Şekli Hakkında Kanun'la hapis cezasına dönüştürülmüştür.¹⁶²

TCK'nun genel hükümleri AsCK'da yer alan hürriyeti bağlayıcı cezalar yönünden de geçerli olacaktır. Bununla birlikte AsCK'nun pek çok maddesinde "ağır hapis" cezasının mevcudiyetini devam ettirdiği görülmektedir.¹⁶³ Ancak 5237 sayılı TCK'da "ağır hapis" "hapis" cezası ayrımı kaldırılmış olup bunun yerine ağırlaştırılmış müebbet cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçlü bir ayrıma gidilmiştir. (TCK m. 46) TCK m. 49/2'ye göre süreli hapis cezası 1 yıl veya daha az bir miktarda ise, kısa süreli hapis cezasıdır.

TCK m. 49'a göre süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde 1 aydan az, 20 yıldan fazla olamaz. AsCK, TCK'ya henüz uyumlu hale getirilmediği için bazı maddelerinde ağır hapis cezası ifadeleri yer almaya devam etmektedir. Şüphesiz bu şekildeki ağır hapis

¹⁵⁹ “.....Sanığın astı olan mağduru tokatla dövmek suretiyle AsCK'nın 117/1'inci maddesinde düzenlenmiş bulunan “asta müessir fil” suçunu işlediğinin sabit görülmesinde, 5237 s. TCK'nın 49/1'inci maddesine nazaran alt sınırın bir ay hapis olarak belirlenmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” (As.Yrg. 2.D'nin 29.11.2006 tarih ve 2006/1622, 2006/1611 E/K sayılı ilamı)

¹⁶⁰ Centel, Zafer, Çakmut, s.544.

¹⁶¹ Özgenç, 2014, s.636; Koca, Üzülmmez, s.495

¹⁶² Özgenç, 2014, s. 636.

¹⁶³ Değirmenci, s.212.

cezası ifadelerinin hapis cezası olarak ele alınması gerekmektedir.¹⁶⁴ AsCK'nın bazı maddelerinde yer alan ağır hapis cezalarının alt sınırı gösterilmemiş olabilir. (Ör: AsCK m. 131). Bu durumlarda ağır hapis cezasının alt sınırı bakımından hapis cezasının alt sınırı olan 1 ayın esas alınmasının cezanın suçun ağırlığı ile orantılı olması ilkesine ters düşmesini AsCK ek m. 9 engellemektedir. AsCK'ya 31.03.2005 tarih ve 5329 sayılı Kanun ile eklenen bu düzenlemeye göre AsCK'da alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları 1 sene olarak uygulanacaktır.¹⁶⁵

Şu durumda TCK m. 49 gereği AsCK'da yer alan hapis cezaları, Kanunda aksi gösterilmediği müddetçe 1 aydan az, 20 yıldan fazla olamayacak, "ağır hapis" cezası öngörülen ve alt sınırı gösterilmeyen hapis cezalarında ise alt sınır AsCK ek madde 9 gereği 1 yıl olarak uygulanacaktır.^{166/167}

Askeri Yargıtay 1969 tarihli bir kararında üst sınırı belirtilmemiş AsCK 91/2'deki hapis cezasının, asgari ve azami hadlerinin 765 sayılı TCK m.15 doğrultusunda belirlenmesi gerektiğine içtihat etmiştir.¹⁶⁸

Öte yandan AsCK'da ağır hapis cezası yaptırımına bağlanan fakat üst sınırı belirtilmemiş cezalarda üst sınırın nasıl tespit edileceğine ilişkin olarak konunun 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ile birlikte ele alınması uygun olacaktır¹⁶⁹.

¹⁶⁴ 5237 sayılı TCK'nın 46'ncı maddesi madde gerekçesinde "hukuk sistemimizde ölüm cezası kaldırılmıştır. Bunun yerine sıkı güvenlik rejimine göre çektirilecek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası kabul edilmiştir" şeklinde açıklanmıştır.

5349 sayılı kanunla değişik 5252 sayılı kanunun 6/1'inci maddesi ile "ağır hapis" cezalarının "hapis" cezasına dönüştürüldüğü anlaşılmaktadır. AsCK'nın 91/3'üncü maddesi "müebbet ağır hapis" cezasını içermekte, "ölüm" cezasını içermemektedir. Sanık hakkında tayin edilen müebbet ağır hapis cezasının, ölüm cezalarının karşılığı olan "ağırlaştırılmış müebbet hapis" olarak kabulü cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğundan... (As.Yrg. 2.D.'nin 12.10.2005 tarih, 2005/998-991 E/K sayılı kararı)

¹⁶⁵ Kangal, s.181.

¹⁶⁶ Değirmenci, s.211.

¹⁶⁷ Kangal s.181.

¹⁶⁸ Askeri Ceza Kanununun 91/2 maddesinin (... taarruz veya taarruza teşebbüs silahlı veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veyahut silah veya tehlikeli bir aletle yapılmış ise 5 seneden Aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası verilir) hükmündeki hapis cezasının TCK 15'inci maddesinde yazılı 5 senelik özel tavanı, azami haddinin de 20 senelik genel tavanı kapsamakta olduğunun kabulüne. (As.Yrg.İçt.Brl.Krl. 08.01.1969 tarih ve 1969/3-1 E/K sayılı Kararı)

¹⁶⁹ 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve uygulama Şekli Hakkında Kanunun "Ağır hapis cezasının dönüştürülmesi" başlıklı 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasındaki "kanunlarda öngörülen ağır hapis cezaları, hapis cezasına dönüştürülmüştür" hükmü karşısında, hükümlü hakkındaki ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüştürülmesine ilişkin Esas ve Karar sayılı duruşmasız işlere dair kararda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından. (As.Yrg. 3.D. 10.11.2009 tarihli, 2009/2898, 2009/2897 E/K sayılı ilamı)

Kanaatimizce AsCK'da yer alan ağır hapis cezalarının üst sınırlarının tespitinde AsCK Ek madde 9 gibi özel bir düzenleme bulunmadığından ve fakat konu ile ilgili özel bir düzenleme olduğundan 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun hükümlerinin TCK genel hükümlerinden öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir.

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 6'ncı maddesi "Ağır hapis cezalarının dönüştürülmesi" başlıklı olup Kanunlarda öngörülen "ağır hapis" cezalarının, "hapis" cezasına dönüştürüldüğünü, Askeri Ceza Kanununu da kapsayacak şekilde 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda;

a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezaların, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınırın bir yıl, üst sınırın yirmidört yıl olarak,

b) Hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınırın bir ay, üst sınırın beş yıl olarak uygulanacağını vaz'etmektedir.

Bu düzenlemenin ağır hapis cezalarının alt sınırı itibariyle AsCK Ek Md. 9'daki düzenleme ile uyumlu olduğu görülmektedir. Ancak ağır hapis cezasından dönüştürülen hapis cezalarının üst sınırı konusunda 5237 sayılı TCK genel hükümleri ile 5252 sayılı kanunun 6'ncı maddesi hükümleri arasında farklılık oluşmaktadır. Kanaatimizce ağır hapis cezasından dönüştürülen hapis cezalarının üst sınırı yönünden daha özel bir düzenleme niteliğinde olan 5252 sayılı kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

5252 sayılı kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi, bazı ağır suçlar için daha hafif suçlardan da az ceza öngörülmesine, kanunun ceza sistemiğinin bozulmasına ve adaletsizliklere sebebiyet vermenin önüne geçmek için, 5252 sayılı kanun "ağır hapis" cezalarını "hapis" cezasına çevirmekle beraber, bunların alt sınırını bir yıl olarak belirlemiştir. Çünkü "hapis" cezaları için yine 5252 sayılı Kanunla öngörülen alt sınır "bir aydır."¹⁷⁰

Buna göre AsCK'nın 55, 56, 59, 61, 62, 63, 64, 67, 69, 70, 75, 79, 81, 87, 88, 89, 91, 94, 97, 100, 101, 105, 118, 126, 127, 128, 131, 136 ve Ek madde 4 maddelerinde yer alan ağır hapis cezaları "hapis" cezası olarak kabul edilecek, alt sınırları belirtilmemişse "1" yıl, üst sınırları belirtilmemişse de "24" yıl olarak uygulanacaktır. Yine TCK 61'inci maddesi gereği, bu madde doğrultusunda belirlenecek sonuç ceza "30" yıldan fazla olamayacaktır.

¹⁷⁰ Önsel, s.33.

Örneğin Üste Fiilen Taarruz suçunun vasıflı halinin düzenlendiği AsCK md. 91/3'te (Tahribatı Mucip Üste Fiilen Taarruz) cezanın alt sınırı belirtilmiş fakat üst sınırı belirtilmemiştir.¹⁷¹ Bu durumda ise 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 6'ncı maddesi "a" bendi doğrultusunda Üste Fiilen Taarruz suçunun amirin veya mafevkin vücudunda tahribata sebep olması halinde üst sınır 24 yıl olarak uygulanacak, TCK 61'inci madde hükümleri gereği belirlenecek sonuç ceza 30 yıldan fazla olamayacaktır.

2.2.1.1.1.4.1 Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar

Bir yıl ve daha az süreli hapis cezasının kısa süreli hapis cezası olduğu yukarıda belirtilmişti. Cezanın kısa süreli olup olmadığını belirlemek için yargılama sonucunda hükmedilen somut (sonuç) ceza esas alınmalı, birden fazla cezaya mahkumiyet halinde, her bir cezanın süresi ayrı ayrı göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁷²

Cezaların, özellikle de kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların diğer bir yaptırıma çevrilmesine, seçenek yaptırım veya cezaların dönüşümü denmektedir.¹⁷³ ÖZGENÇ seçenek yaptırıma çevirme kurumunu "ilk defa suç işleyen kişinin işlediği suç sebebiyle mahkum edildiği belirli bir süreyi aşmayan hapis cezasının, infaz kurumunda değil, mahkumiyet hükmünde kendisine yüklenen yükümlülüğü yerine getirmesi koşuluyla, toplumsal ortamda da çekebilmesi gerektiği" ifadeleri ile savunmaktadır.¹⁷⁴ Seçenek yaptırımlara çevirme, hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik kurumlardan biridir. Seçenek yaptırıma çevrilecek olan ceza suçun soyut cezası olmayıp, hakim TCK 61'i uygulayarak ulaştığı somut cezadır. Seçenek yaptırımlara çevirmenin söz konusu olabilmesi için somut cezanın, bir yıl veya daha kısa süreli hapis cezası olması gerekir.¹⁷⁵

HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; "kanunun kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar dediği kişi hürriyetini kayıtlayan tedbirlerin, tıpkı hapis cezası, adli para cezası gibi ismine ister ceza densin ister denmesin, ceza müeyyidesi olduklarını" ifade etmektedir.¹⁷⁶

¹⁷¹ AsCK m. 91/3 "Taarruz, amirin veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşa onbeş seneden az olmamak üzere ağır hapis..... cezası verilir."

¹⁷² Centel, Zafer, Çakmut, s.580.

¹⁷³ Koca, Üzülmüş, s.495.

¹⁷⁴ Özgenç, s.669.

¹⁷⁵ Zafer, s.504.

¹⁷⁶ Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s.470.

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlıklı, TCK'nın 50'nci maddesinin 1 'inci fıkrası, bu tür cezanın suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilebileceğini öngörmektedir.¹⁷⁷ Bu tedbirler; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, bir eğitim kurumuna devam etme, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımlarıdır.¹⁷⁸

TCK m.50/1'de "çevrilebilir" ibaresi yer aldığından hakim, kısa süreli hapis cezasını, 50'nci maddede öngörülen yaptırımlardan (adli para cezası, tedbirler) birine çevirmek zorunda değildir. Konuyla ilgili hakimin takdir hakkı bulunmaktadır.¹⁷⁹ Seçenek yaptırım uygulanırken; işlenen suçla uygulanacak seçenek yaptırım arasında bir irtibatın kurulması da aranmıştır. Örneğin ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınabilmesi için ehliyet ve ruhsatın sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılarak bir suçun işlenmiş olması gerekir. Yine maddede yer alan yaptırımlar örnekleme yoluyla değil tahdidi olarak sayıldığından kısa süreli hapis cezasının maddede öngörülme-yen bir tedbire çevrilmesi mümkün değildir.¹⁸⁰

Kural olarak seçenek yaptırımlara çevirme bakımından işlenen suçun önemi yoktur. Ancak bazı kanunlarda istisnaen bazı suç tipleri bakımından seçenek yaptırıma çevirme yasağı öngörülmüş olabilir.¹⁸¹ Benzer bir yasak Askeri Ceza Kanununda yer alan bazı suç tipleri için de söz konusu idi.¹⁸²

¹⁷⁷ Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmasına karar verildiği takdirde bu yaptırımlardan hangisinin uygulanacağı konusunda denetlenebilir bir gerekçe gösterilmemesi, CMK'nın 34/1 ile 230/1-d maddelerine aykırılık oluşturacaktır. Sanığın, kısa süreli hapis cezasının kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilmesi yönündeki talebinin hiç değerlendirilmemiş olması, bu seçenek yaptırımın uygulanmama gerekçesinin ve seçenek yaptırım olarak adli para cezasını tercih edilme gerekçesinin temyiz incelemesine olanak sağlayacak şekilde gösterilmemiş olmasının...

¹⁷⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.866.

¹⁷⁹ "Kimliğinin tespiti sırasında "inşaat işi ile uğraştığını ve aylık gelirinin olmadığını" beyan eden sanığın, "Sosyal ve ekonomik durumu" dikkate alınarak TCK'nın 50'nci maddesinde öngörülen diğer tedbirler de göz önünde bulundurulmak suretiyle seçenek yaptırıma çevrilmesi gerekirken, "Sanığın yargılama süresinde gösterdiği pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler" şeklindeki gerekçe ile adli para cezasına çevrilmesi hukuka aykırı olduğundan.." (As.Yrg.1.D'nin 21.05.2014 tarih ve 2014/543-534 E/K sayılı ilamı) Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.704.

¹⁸⁰ Koca, Üzülmüş, s.501.

¹⁸¹ Örneğin Terörle Mücadele Kanunu m.13'e göre TM Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı, onsekiz yaşını tamamlamamış çocuklarla ilgili olarak verilenler hariç, kısa süreli hapis cezalarının TCK m.50'deki seçenek yaptırımlara çevrilmesi yasaktı. Terörle MK m.13, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı kanunun 105/2-b maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.; Zafer, s.504.

¹⁸² "Sanığa isnat olunan askeri eşyayı kasten tahrip etmek suçunun, sırf askeri suç olmadığı gözetildiğinde, TCK'nın 50 ve 51'inci maddeleri ile AsCK'nın 47/1-A ve Ek madde 8'inci maddesinin 1 ve 2'nci fıkraları

AsCK Ek m. 8/1'de “fer'i askeri cezalar, cezaların ertelenmesi ve m. 49/A' daki zamanaşımı hakkındaki düzenlemeler dışındaki AsCK'nın genel hükümleri bakımından TCK'nın genel hükümlerinin geçerli olduğu” ifade edilmiştir.

17.01.2013 tarihinden önce Ek madde 8/2 “sırf askeri suçlar ile bu kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile önödeme hükümleri uygulanmaz” şeklinde iken Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli kararı ile “kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile” ifadesinin iptaline karar verilmiştir.¹⁸³

gereğince, öngörülen hapis cezasının, seçenек yaptırımlara çevrilmesi veya ertelenmesi mümkündür.” (As.Yrg.1.D 08.02.2012 tarih ve 2012/201-183 E/K sayılı ilamı)

¹⁸³ Anayasa Mahkemesinin 23 Ocak tarih ve 28537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 17.1.2013, 2012/80 E. 2013/16 K. sayılı Kararı. Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların seçenек yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suç karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir. Ceza hukukunda, cezanın infaz edilmesiyle güdülen amaç kişiye gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla etkili bir uyarıda bulunmak ve etkin pişmanlık duymasını sağlamaktır. Cezasının infazıyla hükümlünün gelecekte sosyal sorumluluğa sahip olarak suçsuz bir hayat sürmeye yatkın duruma getirilmesi gerekmektedir. Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç ise suçlunun ıslahı, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirilmesini sağlamaktır. Bu nedenle günümüzde suçlar için ceza yanında ya da yerine bir kısım tedbirler uygulanması söz konusu olmaktadır. Yine sanık hakkında hükmolunacak olan hapis cezasının ertelenebilmesi ile suçlunun, toplum içinde özgürlüğü kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve her şeyden de önemlisi hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmesi amaçlanmaktadır. Cezaların kişiselleştirilmesine yönelik bu düzenlemeler, kamu yararının da bir gereğidir. İtiraz konusu kuralın gerekçesinde, maddede belirtilen suçlar nedeniyle hükmolunacak kısa süreli hapis cezalarının para cezası ya da diğer seçenек yaptırımlara çevrilebilmesi yahut ertelenmesinin bu suçların etkili bir şekilde cezalandırılmasını engelleyeceği, kişilerin suç işleme yönündeki eğilimlerini artıracak ve disiplini bozacak, bu nedenle söz konusu kısıtlamanın gerekli olduğu belirtilmişse de kanun koyucu, askeri ceza hukukunda erteleme kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik” başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise başvuru önlem ile ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Söz konusu hükümden yola çıkılarak sırf askerî suçlar ile AsCK m. 79'da düzenlenen "kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme" suçu, AsCK m. 80'de düzenlenen "başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme" suçu ve AsCK m.81'de düzenlenen "askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçları, TCK m. 50'de yer alan seçenek yaptırımlara çevrilmemektedir.

Şu halde Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra sırf askerî suçlar ile AsCK'nın 79, 80 ve 81'inci maddelerinde yer alan suçları ile ilgili verilecek 1 yıl ve daha az süreli hapis

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla getirilen kural ve gerekçesi dikkate alındığında, belirli suçlar açısından askerî disiplinin tesisinin suçluların yalnızca hapis cezasıyla cezalandırılmalarıyla sağlanabileceği şeklinde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Kanun koyucunun, 1632 sayılı Kanun'da erteleme kapsamı dışındaki suçları belirlerken suçların niteliğini, işleniş şekillerini, ağırlığını, askerî disiplin üzerindeki etkisini, öngörülen ceza miktarlarını ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenleri gözeteceği açıktır. Oysa itiraz konusu kuralla erteleme kapsamının dışında tutulan suçlar arasında savaş ve seferberlik halinde işlenen suçlar ile ceza üst sınırı on yıl hatta müebbet hapis cezası olanlarla birlikte cezası çok hafif olan suçlar da bulunmaktadır. Bu durumda, asker kişiler yönünden itiraz konusu kuralla erteleme kapsamı dışındaki suçlar belirlenirken suçların niteliği, işleniş şekilleri, ağırlığı, askerî disiplin üzerindeki etkisi, öngörülen ceza miktarları ve suçla korunan hukuki yarar gibi etkenlerin göz ardı edildiği, bu yönüyle de kuralın kamu yararı ve bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

Öte yandan, iki yıl veya daha az süreli hapis cezası gerektiren eylemler nedeniyle hükmolunacak olan hapis cezalarının suçlunun kişiliği ve suça etki eden diğer etkenler ve hükmolunacak yaptırımın da göz önünde tutulması suretiyle erteleme imkânının tanınması cezaların kişiselleştirilmesi ve suçlunun yeniden topluma kazandırılması açısından önem taşımaktadır. Failin kişilik yapısı, psikolojik ve ahlaki eğilimleri ile kendisini suç işlemeye sevk eden saikler dikkate alındığında, failin hapis cezasıyla cezalandırılarak cezaevine konulmasına gerek kalmaksızın kanun ve toplumsal kurallara uygun davranması sağlanabilir. İtiraz konusu kural nedeniyle, iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum olan tüm sanıklar yönünden yargılama mercilerine erteleme konusunda hiçbir seçenek bırakılmaması her şeyden önce suçluda gözlenen iyi halin ve bir daha suç işlememeye yönelik oluşan pişmanlığın, failin geçmişinin, ilk kez suç işlemiş olma halinin de değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkarır. Ertelemenin, cezanın kişiselleştirilmesinde hakime takdir hakkı tanıyan bir kurum olduğu da dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın hakimnin takdir hakkını ortadan kaldırdığı da açıktır. Bu yönüyle de itiraz konusu kuralda, çağdaş ceza hukukundaki ceza ve ceza yerine uygulanabilecek olan alternatif yaptırımların ve cezanın şahsileştirilmesi ilkesinin de göz ardı edildiği sonucuna varılmakla;

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun;

A- 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- 1- 31.3.2005 günlü, 5329 sayılı Askerî Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının "Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." bölümüne ilişkin esas incelemenin, "...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, 2- 5329 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

C- 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddesinin;

1.Birinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ile ilgili başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2. İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, karar verilmiştir.

cezaları da diğer şartları haiz olduğu takdirde TCK 50'nci maddesinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir.¹⁸⁴

Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre cezanın kişiselleştirilmesidir. Hakim kısa süreli hapis cezasının, hapis cezası olarak infaz edilmesi yerine, cezayı kişiselleştirerek daha etkili, caydırıcı ve ıslah edici olduğu kanaati ile cezayı seçenek yaptırıma çevirmektedir. Dolayısıyla ister askerî mahkemeler tarafından verilsin ister adli mahkemeler tarafından verilsin, bir yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar sanığın kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre aşağıda belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir.¹⁸⁵

2.2.1.1.4.1.1 Adli Para Cezası

Kısa süreli hapis cezasındaki gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanır. İlk aşamada bir gün karşılığı en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olarak takdir edilir. İkinci aşamada bir gün karşılığı takdir edilen miktar, kısa süreli hapis cezasındaki gün sayısı ile çarpılarak netice adli para cezasına ulaşılır. Bu durumda asıl mahkûmiyet TCK m.50/1'e göre çevrilen adli para cezasıdır.¹⁸⁶

Kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi halinde, hükümlü hakkında CGTİK'nun 106'ncı maddesi uyarınca tazyik hapsi uygulanacaktır. Bu durumda hapis cezasına mahkûmiyete bağlı sonuçlar hükümlü açısından ortaya çıkmayacaktır.¹⁸⁷

2.2.1.1.4.1.2 Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Aynen İade, Suçtan Önceki Hâle Getirme veya Tazmin Suretiyle, Tamamen Giderilmesi Tedbiri

Bu tedbire çevirmeye karar verilmeden önce işlenen fiil dolayısıyla mağdur veya kamu aleyhine maddi nitelikte bir zarar meydana geldiğinin¹⁸⁸ ve bu zararın miktarının objektif olarak tespit edilmesi gerekir.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Değirmenci, s.212.

¹⁸⁵ Değirmenci, s.213.

¹⁸⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s.584; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.710.

¹⁸⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.710; Özgenç, s.662, 663.

¹⁸⁸ *Mühür bozma suçunun topluma karşı suçlar arasında yer alıp, kamu idaresinin mühür bozmaya yönelik iradesine karşı işlenmesi nedeniyle, mühür bozma eyleminin meydana getirdiği somut bir zarardan söz edilemeyeceği ve bu nedenle TCK 50/1-b maddesinin uygulama olanağı bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi (Yrg. 5.C.D. 20.03.2012, 9289/2307); Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.711.*

Bent “tamamen” ibaresine yer verdiğinden zararın kısmen giderilmesine ilişkin karar verilemez.¹⁹⁰

2.2.1.1.4.1.3 En Az İki Yıl Süreyle, Bir Meslek Veya Sanat Edinmeyi Sağlamak Amacıyla, Gerektiğinde Barınma İmkânı Da Bulunan Bir Eğitim Kurumuna Devam Etme Tedbiri

Gerektiğinde barınma imkanı bulunan bir eğitim kurumu da tercih edilebilir. Bu tedbirin süresi en az iki yıldır. Yasada üst sınır öngörülmemiştir. Ancak üst sınır yönünden bilimsel kıstaslar ve hükümlünün özel durumu göz önünde tutulmalıdır.¹⁹¹ Bu tedbir mahkûmun bir meslek ve sanat edinmesini sağlamak amacıyla uygulanmalıdır.¹⁹²

2.2.1.1.4.1.4 Mahkûm Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle, Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma Tedbiri

Bu tedbirin süresi mahkûm olunan hapis cezasının yarısından az olamayacağı gibi bir katını da aşamaz. Örneğin sekiz ay hapis cezasına mahkûm olan kişinin cezası en az dört ve en fazla sekiz ay süreyle içki satılan yerlere gitmeme tedbirine çevrilebilecektir.¹⁹³

Bu çerçevede tedbir olarak eğlence yerine gitmenin yasaklanması, sportif faaliyetlere katılımın yasaklanması gibi önlemler ilgili kişi hakkında uygulama alanı bulabilecektir. Ayrıca belirli yerlere gitmekten yasaklama, seyahat özgürlüğünü ihlal etmemelidir.¹⁹⁴

2.2.1.1.4.1.5 (Sağladığı Hak ve Yetkiler Kötüye Kullanılmak Suretiyle Veya Gerektirdiği Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranılarak Suç İşlenmiş Olması Durumunda;) Mahkûm Olunan Cezanın Yansından Bir Katına Kadar Süreyle, İlgili Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınmasına, Belli Bir Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Tedbiri

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçun ehliyet ve ruhsatla ya da meslek ve sanatın icrasıyla bağlantılı olması halinde, ehliyet ve ruhsatların geri alınması ya da meslek ve

¹⁸⁹ Katılanın olay nedeniyle uğradığı zarar miktarı objektif olarak saptanmadan ve sanığa bu zararı karşılamaya yönelik imkan tanınmadan hükmolunan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, 5237 sayılı TCK’nun 50’ncimaddesi 1/b bendindeki “mağdurun uğradığı zararın tamamen tazmin suretiyle giderilmesi” seçenek yaptırımına çevrilmesine karar verilmesi (Yrg. 12.CD. 13.03.2012, 23806/6942); Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.711.

¹⁹⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.711.

¹⁹¹ Centel-Zafer-Çakmut, s.584; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.712.

¹⁹² Koca, Üzülmüş s.503.

¹⁹³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, s.713.

¹⁹⁴ Centel-Zafer-Çakmut, s.584.; Artuk, Mehmet Emin, Yaptırımlar Sistemi, s.73.

sanatın yasaklanması yaptırımına hükmedilebilecektir.¹⁹⁵ Örneğin traş ettiği müşterisinin yüzünü kesen berber hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezasının, sürücü belgesinin alınması tedbirine çevrilmesi mümkün değildir.¹⁹⁶ Geri alma süresi, mahkum olunan hapis cezasının yarısından az, bir katından fazla olamaz (*TCK m.50/1-e*)

2.2.1.1.4.1.6 Mahkûm Olunan Cezanın Yarısından Bir Katına Kadar Süreyle ve Gönüllü Olmak Koşuluyla Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma Tedbiri

Kısa süreli hapis cezası bu yaptırıma çevrilmiş ise hükümlü, ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılacaktır.¹⁹⁷

Bu tedbirin uygulanabilmesi için hükümlünün, belirlenen tedbir kapsamında çalıştırılma konusunda rızasının bulunması gerekir. Şayet rızası yoksa hapis cezası bu tedbire çevrilemeyecektir.¹⁹⁸

2.2.1.1.4.2 Adli Para Cezası Ya Da Tedbire Çevirmenin Sonuçları

Kişi, kendisi hakkında, hapis cezası yerine hükmolunan yükümlülüklerin gereklerini denetim süresi içerisinde yerine getirdiği takdirde, bu hapis cezası infaz edilmiş sayılmalıdır.¹⁹⁹

Mahkemenin belirlediği zarar miktarı ve bu miktarın ödenmesine ilişkin şartlar suçun mağdurunun veya suçtan zarar görenin kabulüne bağlı olmamalıdır. Bu itibarla, suçun mağduru veya suçtan zarar gören, ceza mahkemesinin belirlemiş olduğu zarar miktarının yetersiz olduğunu düşündüğü takdirde, hukuk mahkemesinde özel hukuk hükümlerine istinaden dava açarak maddi tazminat talebinde bulunabilir. Ancak ceza mahkemesinde nispi muhakeme yöntemi ile tespit edilmiş olan ve mahkûmiyet hükmünde gösterilmiş olan zararın ilamlı icra yoluyla tazmini cihetine gidilemez.²⁰⁰

¹⁹⁵ Koca-Üzülmez s.503.

¹⁹⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014, s.713.

¹⁹⁷ Koca-Üzülmez, s.505.

¹⁹⁸ “Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 50/1-f maddesinde, gönüllü olmak kaydıyla kamuya yararlı bir işte ücret ödemeksizin çalıştırılmaya karar verilebileceği belirtilmesine rağmen sanığın rızası da alınmadan yazılı şekilde Emet Belediyesinde ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilmesi,” Yrg.2CD, 05.10.2006, 1616/16026 (YKD, C.:33, 2007/4, s.796-797).

¹⁹⁹ Özgenç, s.672.

²⁰⁰ Özgenç, s.672.

Kısa süreli hapis cezası, adli para cezası veya tedbire çevrildiğinde uygulamada asıl hükümlülük (mahkûmiyet) çevrilen adli para cezası veya tedbirdir. (TCK m.50/5)²⁰¹

Böylece cezanın ertelenmesi ve tekerrür bakımından önceki mahkûmiyetin hapis cezası değil, çevrilen adli para cezası veya tedbir olduğu kabul edilir. Önceki hükümlülük adli para cezası ya da tedbir sayıldığı için, bundan sonra hükmolunan kısa süreli hapis cezası zorunlu olarak adli para cezası veya tedbirlerden birine çevrilir. (TCK m.50/3)²⁰²

2.2.1.1.1.4.3 Çevrilen Ceza veya Tedbire Uymamanın Yaptırımı

Kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde infaz CGTİK'nın 106'ncı maddesi hükümlerine göre gerçekleştirilecektir. Bu doğrultuda gönderilen ödeme emrine rağmen, adli para cezası süresi içerisinde ödenmezse, hükümlü, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısmına karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir. Şayet hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkarılır. Burada bahsi geçen hapis tazyik hapsi olduğundan infazı ertelenemez ve şartla salıverilme hükümleri uygulanamaz.²⁰³

Seçenek tedbire hükümlünün elinde olmayan nedenlerle başlanamaması veya başlanmış olmasına rağmen devam edilememesi halinde, hükmü veren mahkeme tedbiri değiştirir (TCK m.50/7). Tedbirin yerine getirilmesinde hükümlünün kusuru olmadığını tespit eden mahkeme, tedbiri başka bir tedbire çevirmek zorundadır.²⁰⁴

2.2.1.1.1.4.4 Kısa Süreli Hapis Cezalarının Sadece Belli Seçenek Yaptırımlara Çevrilebilmesi

AsCK ek madde 8/4 gereğince sanığın statüsü göz önüne alınarak çevrilebilecek yaptırım seçeneklerinde azaltma yoluna gidilmiştir. Önceki uygulamada; kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar hem suçun niteliği yönünden (ek madde 8/2) hem de uygulanacak yaptırımın türü ve uygulanacak kişiler yönünden (Ek madde 8/4) kısıtlama öngörülmüşken

²⁰¹ Kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak hükmedilen güvenlik tedbirinin gereklerinin yerine getirilmemesi dolayısıyla hapis cezasının infazına ilişkin karar adli sicile kaydedilir. Bak. 26.02.2008 gün ve 5739 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.7, RG 01.03.2008 No:26803.Centel, Zafer, Çakmut, s.584.

²⁰² Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 715;

²⁰³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.715.

²⁰⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s.586.

iptal kararından²⁰⁵ sonra Ek madde 8/4'te belirtildiği şekilde sadece uygulanacak yaptırımın türü ve uygulanacak kişiler yönünden kısıtlamaya gidilmiştir.²⁰⁶

AsCK ek md. 8/4'te dikkat çeken diğer bir husus, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesindeki sınırlamanın, kısa süreli hapis cezası adliye mahkemeleri tarafından verilmiş olsa bile, geçerli olmasıdır. Buna göre, kısa süreli hapis cezası ister askerî mahkemeler ister adliye mahkemeleri tarafından verilmiş olsun seçenek yaptırımlara çevirme ile ilgili sınırlamalar belirtilen kişiler bakımından geçerli olacaktır. Bu nedenle mahkûm olunan suçun niteliğinin önemi yoktur.²⁰⁷

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesinde düzenlenen "hükümün açıklanmasının geri bırakılması" kurumu AsCK ek madde 10'un son fıkrasında yer alan düzenleme nedeniyle askeri suçlar hakkında uygulanamamaktaydı. Ancak yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararı ile söz konusu hüküm de Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Şu halde askeri suçlar hakkında da 2 yılın altında hapis cezasına hükmedilmesi halinde verilen hapis cezası ile ilgili hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir.²⁰⁸

Ek madde 8/4'e göre yedek subaylar haricindeki subaylar, astsubaylar, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler ve MSB ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında kısa süreli hapis cezaları yalnızca TCK'nın 50'nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olan;

(1) Adli para cezasına,

(2) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

(3) Mahkûm olunan cezanın yansından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma tedbirlerine çevrilebilir.

²⁰⁵ Anayasa Mahkemesinin 23 Ocak tarih ve 28537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 17.1.2013, 2012/80 E. 2013/16 K. sayılı Kararı.

²⁰⁶ AsCK Ek madde 8/4'e göre "Yedek subaylar hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ve Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında, askerî ve adliye mahkemelerince verilen kısa süreli hapis cezaları Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilemeyecektir."

²⁰⁷ Kangal s. 183.

²⁰⁸ Anayasa Mahkemesinin 23 Ocak tarih ve 28537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 17.1.2013, 2012/80 E. 2013/16 K. sayılı Kararı.

Bu kişilerin kısa süreli hapis cezaları bir eğitim kurumuna devam etme, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belirli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma, kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbirlerine çevrilemez.²⁰⁹

2.2.1.1.1.4.5 Hapis Cezasının Ertelenmesi

Erteleme, ilk defa suç işleyen veya öyle sayılan bir kimsenin cezasının yerine getirilmesinin belirli bir süre için geri bırakılması ve failin bu süre içinde yeniden suç işlememesi halinde cezanın infaz edilmiş sayılmasıdır.²¹⁰ Bu kurum, hükümlüye öngörülen denetim süresi içerisinde kendisi için öngörülen koşulları yerine getirdiği ve özellikle yeni bir suç işlemediği takdirde hapis cezasının infaz edilmemesi güvencesi veren bir kurum olarak düşünülmüştür.²¹¹ Erteleme de bir tür cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır.²¹²

İşlediği suç dolayısıyla kişinin cezalandırılması kural olmakla birlikte; bazı koşullarda mahkum olunan cezanın infazından vazgeçilebilmesi ceza siyasetinin gereği olarak kabul edilmektedir.²¹³ Erteleme, cezanın suçlunun kişiliğine uydurulmasının, bireyselleştirilmesinin en önemli yollarından birini oluşturmaktadır.²¹⁴ Erteleme cezanın doğrudan doğruya sanığın kişiliğine uydurulmasını öngören yargısal bir şahsileştirme kurumudur.²¹⁵ Ertelemeden amaç, cezanın suç işleyene uydurulması ve ceza yerine getirilmeden iyi hal göstereceği ve bir daha suç işlemeyeceği konusundaki kanıya dayanmaktadır.²¹⁶

Erteleme olarak adlandırılan bu kurum, kamu davasının açılmasından kaçınılması, davanın açılıp duruşmanın yapılmasından kaçınılması, yargılama sonucunda failin suçluluğu tespit edilip cezanın verilmemesi veya yargılama sonunda fail hakkında verilen cezanın infaz edilmemesi biçiminde uygulanabilmekte, böylelikle cezanın bireyselleştirilmesi yoluyla cezaların infazıyla sağlanamayan özel önleme amacının gerçekleştirilmesine çalışılmaktadır.²¹⁷

²⁰⁹ Kargal s. 183.; Değirmenci, s.213.

²¹⁰ Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, 7'nci baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s.277.

²¹¹ Öztürk, Erdem, s.412.

²¹² Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara, 2014, s.296.

²¹³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku..., Ankara 2007, s. 593.

²¹⁴ Turhan Faruk, Yeni Türk Ceza Kanununa göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı sorunlar, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt X, sayı 3-4, yıl 2006, s. 28.

²¹⁵ Yarg. İBBGK, 7.6.7976, 3-4/3 (YKD, Ağustos 1976, s. 1197 vd.) CGK, 31.1.1994, 5-306/10 (YKD. Ağustos 1994, s. 1324 vd.)

²¹⁶ Özgenç, s.686.; 8 CD. 30.1.1985, 171/288 (YKD, Temmuz 1985, s. 1074 vd.)

²¹⁷ Koca-Üzülmez, s.508; Artuk, Yenidünya, "Mukayeseli hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi", İstanbul 1999, s.55; Yenidünya, Ahmet Caner "5237 s.TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi", HPD, 2006/7, s.63.

Türk hukukunda erteleme kurumunun bu farklı şekillerinin kabul edildiği görülmektedir. Gerçekten, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, (CMK m.171/2 vd.) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m.231/5) müesseseleri Ceza Muhakemesi kanunu ile, hükmedilen cezanın infazının belli deneme sürelerince geri bırakılmasını öngören sistem ise TCK ile getirilmiştir. Erteleme, TCK'nın 51'inci maddesinde hapis cezasıyla ilgili bir infaz kurumu olarak düzenlenmiştir.²¹⁸ Ertelemenin bir infaz kurumu olmasına rağmen ceza kanununda düzenlenmiş olmasının nedeni, hükmedilen cezanın bu şekilde infaz edileceğinin hakimnin hükmünde belirtilmiş olmasının gerekli olmasıdır.²¹⁹

Hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümler, 5237 sayılı Kanun'un 51 inci maddesinde yer almaktadır. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında, miktar ve tür bakımından hangi cezaların ertelenebileceği ile erteleme koşulları düzenlenmektedir. Buna göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilecektir. Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

2.2.1.1.1.4.5.1 Hapis Cezasının Ertelenmesinin Şartları

2.2.1.1.1.4.5.1.1 Hükmolunan Cezanın Türü ve Miktarı

Kanunda ancak belli ağırlıkta cezaların ertelenmesine olanak tanınmıştır.²²⁰ Hükmolunan ceza ancak hapis cezası ise ertelenebilecektir. Buna karşılık TCK'nın sisteminde adli para cezasının ertelenmesi söz konusu değildir.²²¹ Yine güvenlik tedbirleri de ertelemeye konu olamaz. Nitekim Yargıtay “sürücü belgesinin geri alınması, ceza değil tedbir niteliğinde olduğundan TCK 51 hükmü karşısında ertelenemeyeceğinin gözetilmemesinin yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir”²²²

Şu halde sanığın işlediği suçtan dolayı mahkum olduğu hapis cezasının süresi iki yıl veya daha az ise erteleme mümkündür. Kişinin fiili işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını bitirmiş olması halinde bu süre 3 yıla kadar çıkabilir. Şüphesiz kanunda kastedilen somut cezadır. Bu itibarla tutukluluğun mahsubu sonrası belirlenen ceza ertelemeye esas

²¹⁸Koca-Üzülmez, s.508; Bkz. Madde gerekçesi.

²¹⁹Koca-Üzülmez, s.508; Özgenç, Suç ve Yaptırım Teorisine ilişkin, s.58; Turhan, Yeni TCK'ya göre Cezaların Ertelenmesi.

²²⁰ Centel, Zafer, Çakmut, s.625.

²²¹ Özgenç, s.687.

²²² Hakeri, s.630.

alınamaz.²²³ Failin birden fazla hapis cezasına mahkum edilmesi halinde her bir ceza erteleme açısından bağımsız olarak değerlendirilmelidir.²²⁴ Bir suçun yaptırımını olarak hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, şartları varsa hapis cezası ertelenecek, adli para cezası ise infaz edilecektir.²²⁵

2.2.1.1.1.4.5.1.2 Failin Geçmişine İlişkin Koşul

Mahkumiyet konusu hapis cezası ile ilgili erteleme kararı verilebilmesi için “Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak” gereklidir.(TCK m.51/1)²²⁶

Daha önce mahkum olunan 3 aydan fazla süreli hapis cezasının ertelemeye engel teşkil edebilmesi için kesinleşmiş olması gerekir. Yine daha önce mahkum olunan adli para cezası (TCK m. 50 hükümlerine göre hapis cezasından çevrilmiş olsa dahi) veya tedbir de yeni cezanın ertelenmesine engel teşkil etmeyecektir.²²⁷ Sırf askeri suçlardan ötürü verilen mahkûmiyetler, adli sicile kaydedilmediğinden ertelemeye engel oluşturmaz.²²⁸

2.2.1.1.1.4.5.1.3 Failin Yeniden Suç İşlemeyeceği Kanaatinin Oluşması

Erteleme kararı verilebilmesi için, kişinin “suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması” gerekir. (TCK 51/1) 5237 sayılı yasada, önceki dönemden farklı olarak sanığın geçmişteki hali ve suç işleme eğilimi bir yana bırakılarak, sadece yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığın değerlendirilmesi öngörülmüştür. (TCK 51/1-b). Artık sadece sanığın yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede oluşan kanaate göre cezanın ertelenmesi değerlendirilecek, sanığın kişiliği, suç işleme eğilimi ve sabıkalı geçmişi gibi hususlara dayanılarak ertelemeye yer olmadığına dair karar verilemeyecektir.²²⁹

²²³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 763.

²²⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s.627.

²²⁵ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 763.

²²⁶ “.... Mahkemenin sanık için erteleme hükümlerini uygulamama gerekçesinin “.... Kasıtlı bir suçtan mahkum edilmiş olduklarından dolayı sanıklar hakkında uygulanamamıştır” şeklinde olduğu, ..., halbuki sanığın Adana 14. Asliye Ceza Mahkemesinin sayılı kararıyla 16.05.2009 tarihinde işlemiş olduğu mala zarar verme suçundan 2000 TL adli para cezası ile cezalandırıldığı, bu kararın 19.06.2010 tarihinde kesinleştiği görülmekle sanık hakkında erteleme hükümlerinin uygulanmasını önleyecek objektif şartlara ilişkin gerekçenin hukuka aykırı olduğu anlaşıldığından....” (As.Yrg. 1. D’nin 04.06.2014 tarih ve 2014/570-561 E/K sayılı ilamı)

²²⁷ Özgenç, , s.687; Centel, Zafer, Çakmut, s.624.

²²⁸ Hakeri, s.631; Koca-Üzülmez, s.508; Ayrıca hapis cezasının ertelenmesi yönünden mahkumiyet sayılan/sayılmayan haller için bkz. Hakeri, s.632.

²²⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s.628.

2.2.1.1.1.4.5.1.4 İşlenen Suç Sebebiyle Verilen Zararın Giderilmesi

TCK 51/2’de ertelemenin mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlanabileceği belirtilmiştir. Burada tazmini istenen zarar sadece mağdurun uğradığı maddi zarardır. Zararın kısmen ödenmesi halinde erteleme şartı gerçekleşmiş sayılmaz.²³⁰

Ertelme kararı verilmesi halinde bunun gerekçesinin de hükümde gösterilmesi gerekir. Ertelenmiş cezanın infazı yeni bir suçun işlenmesine veya deneme süresinde öngörülen yükümlülöklere uyulmamasına kadar geri bırakılır. Cezası ertelenen kişi tutuklu ise ertelme kararı verilmesiyle birlikte ve bu kararın kesinleşmesi beklenmeden derhal serbest bırakılır.²³¹

2.2.1.1.1.4.5.1.5 Ertelemenin Askeri Ceza Hukukunda Uygulanması

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 6. maddesi hapis ve para cezalarının ertelenmesi olanağını öngörmüşken, TCK md. 51 sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul etmiştir. TCK’nın hapis cezasının ertelenmesine ilişkin düzenlemeleri (md. 51) askerî suçlar bakımından da kural olarak uygulama alanı bulacaktır. AsCK md. 47, AsCK ek md. 8 gereğince 5237 sayılı TCK tarafından zımnen ilga edilememiş, ve 47’nci madde ile ertelme hükümlerine birtakım kısıtlamalar getirilmişti.²³²

Anayasa Mahkemesi’nin 17.01.2013 tarihli kararından önce AsCK’nın 47’nci maddesinde bu kurala bazı istisnalar getirilmekteydi. Askeri Ceza Kanununun 47’nci maddesi 1’inci fıkrası “Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askerî şahıslar hakkında da tatbik olunur.” demek suretiyle cezaların ertelenmesi hükümlerinin askerî şahıslar hakkında da tatbikini birtakım şartlara tabi kılmakta, devamında “A” fıkrası 1 ve 2’nci cümleleri ile “Askerî Mahkemelerden AsCK’nun üçüncü babının üçüncü ve dördüncü fasıllar ile 84’üncü maddesi hariç olmak üzere beşinci ve 130’uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez” ifadeleri ile ertelme hükümlerine ciddi kısıtlamalar getirmekte idi.²³³

²³⁰ Özgenç, s.687; Erem, Danışman, Artuk, s.837/838.

²³¹ Centel, Zafer, Çakmut, s.631.

²³² Kangal, s. 184.

²³³ Değirmenci, s.212.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararı²³⁴ ile AsCK'nın 47. maddesinin birinci fıkrasının, (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermesi ile AsCK'da düzenlenmiş tüm suçlar yönünden şartları olduğu takdirde erteleme hükümleri uygulanabilir hale gelmiştir. Şu halde Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan; kendini askerliğe elverişsiz hale getirme, askerlikten kurtulmak için hile yapmak, yoklama kaçağı, bakaya, saklı, firar, üstü tehdit, üste hakaret, emre itaatsizlikte ısrar, amire mukavemet, üste fiilen taarruz, askerlikten soğutma, fesat, askeri isyan, askeri eşyayı çalma, zimmete geçirme, ihtilas etme, satma, rehine verme, satın alma, rehin kabul etme, gizleme suçları ile üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalmak, bozuk ölçü kullanmak gibi pek çok suçla ilgili verilen hapis cezaları ertelenemezken ertelenebilir hale gelmiştir.²³⁵

AsCK'nın 47'nci maddesi "A" fıkrasında yer alan ertelemeye ilişkin kısıtlamalar Anayasa mahkemesi kararı ile tamamen kaldırılmakla birlikte fiili işlediği zaman 18 yaşını doldurmamış çocuklar ile hüküm zamanında 70 yaşına girmiş kimseler bakımından koşulları varsa erteleme olanağının mevcut olduğuna dair düzenleme varlığını muhafaza ettirmektedir. AsCK'nın 47/A maddesine göre bu kişiler hakkında hükmolunan hapis cezasının 1 yıldan az olması halinde cezaları ertelenebilecektir.²³⁶

AsCK md. 47/B'de, daha önce TCK'ya göre cezalandırıldığı hapis cezası ertelenen kişinin denetim süresi içerisinde askerî bir suç işlemesi ihtimali ele alınmaktadır.²³⁷ Bununla birlikte, AsCK md. 47/B'nin TCK md. 51 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, denetim süresi AsCK md. 47/B gereğince beş yıl değil, TCK md. 51/3 gereğince belirlenen 1 ila 3 yıl arası bir süredir. TCK hükümlerine göre mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen kişi, denetim süresi içerisinde sırf askerî bir suç işlediği takdirde, ertelenen önceki cezasının kısmen veya tamamen

²³⁴ Anayasa Mahkemesinin 23 Ocak tarih ve 28537 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 17.1.2013, 2012/80 E. 2013/16 K. sayılı Kararı. Bu karar ile iptal edilen AsCK'nın 47/A maddesinin 1 ve 2'nci cümleleri, daha önce yine Anayasa Mahkemesi'nin 5/7/2012 tarihli ve E.: 2012/9, K.: 2012/103 sayılı Kararı ile " izin tecavüzü suçu" yönünden iptal edilmiştir.

²³⁵ Değirmenci, s.212.

²³⁶ AsCK Madde 47 – (Değişik: 13/5/1940 - 3823/1 md.)

Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askeri şahıslar hakkında da tatbik olunur.

A) (Değişik : 22/3/2000 - 4551/12 md.; İptal birinci ve ikinci cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 17/1/2013 tarihli ve E.: 2012/80, K.: 2013/16 sayılı Kararı ile.) *Ancak fiili işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, hüküm zamanında yetmiş yaşına girmiş olanların mahkum oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir.*

²³⁷ AsCK Madde 47 – (Değişik: 13/5/1940 - 3823/1 md.).....

B) *Türk Ceza Kanunu mucibince bir kabahat fiilinden dolayı mahkum olan ve cezası tecil edilen kimse bir sene içinde ve yine mezkûr kanuna tevfikân hapis cezasile mahkum olan ve cezası tecil edilen bir kimse beş sene içinde; askeri bir suçtan dolayı hapis veya daha ağır bir cezaya mahkum olur ve bu askeri cürüm Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucip fiillerden bulunmazsa, ikinci mahkûmiyet evvelki cezanın teciline mani olmaz.*

infaz kurumunda çektirilmesine karar verilemez. Buna karşın, denetim süresi içerisinde kişi kasıtlı bir askerî suç benzeri işlediği zaman önceki mahkûmiyetinin ertelenmesi kaldırılarak hapis cezası kısmen veya tamamen infaz edilir.²³⁸

KANGAL'a göre "Buradaki sırf askerî suçun Askerî Yargıtay'ın anladığı anlamda değil, doktrinin anladığı anlamda kullanıldığı, AsCK md. 47/B'nin de bu yaklaşımlarını doğrular nitelikte olduğu, zira bu düzenlemede *"bu askerî cürüm Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucip fiillerden bulunmazsa"* ifadesinin kullanılmakta olduğu, TCK'ya göre mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen kişinin denetim süresi içerisinde işlemiş olduğu askerî suçtan dolayı hükmedilen hapis cezasının ertelenmesi sorununun, ertelenmesi mümkün suçlardan ise, genel hükümlere tabi olduğu, çünkü kişi denetim süresinde sırf askerî bir suç işlemiş olsa bile, ertelemeye denetim süresinin sonunda hapis cezasının bütün sonuçlarının ortadan kalkmayacağı, sadece ceza infaz edilmiş sayılacağı için TCK'ya göre mahkûm olduğu suçun, sonraki askerî suçun cezasının ertelenmesi bakımından dikkate alınacağı" ifade edilmektedir.

Aynı şekilde KANGAL'a göre TCK hükümlerine göre mahkûm olup da, hapis cezası ertelenen kişi denetim süresi bittikten sonra askerî bir suç işlerse, erteleme sadece cezanın infaz edilmiş sayılması sonucunu doğurduğu için, ertelenmesi mümkün olan askerî suç bakımından ertelemenin genel kuralları bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır.

Yine TCK hükümleri gereğince mahkûm olduğu hapis cezası ertelenmeyen kişinin, sonradan işlediği askerî suçun (sırf askerî suçun veya askerî suç benzerinin) cezasının ertelenmesi sorunu, ertelenmesi mümkün olmayan suçlardan olmadığı sürece, genel hükümlere tabidir.

AsCK md. 47/C fıkrasında, sırf askerî bir suçtan dolayı mahkûm olmuş kişinin, daha sonra genel hükümler çerçevesinde bir suç işlemesi hâlinde cezasının ertelenip ertelenmeyeceği sorunu ele alınmaktadır.²³⁹ AsCK md. 47/C'ye göre, sırf askerî bir suçtan dolayı mahkûm olan kişinin sonradan işlemiş olduğu TCK'ya tabi bir suçtan dolayı mahkûm olduğu cezanın ertelenmesi, diğer koşulları da varsa, mümkün olacaktır.²⁴⁰ İlk suçun askerî suç benzeri olması halinde, genel hükümlere tabi suçu işleyen kişinin hükümlü olduğu cezanın ertelenmesi TCK md. 51 'in koşullarına göre değerlendirilecektir

²³⁸ Kangal s. 186.

²³⁹ AsCK Madde 47 – (Değişik: 13/5/1940 - 3823/1 md.).....

C) Evvelki mahkûmiyet askeri bir suç için verilmiş bir ceza olur ve bu askeri suç Türk Ceza Kanunu mucibince cezayı mucib bir fiil bulunmazsa ikinci fiilden dolayı Türk Ceza Kanunu mucibince verilecek cezanın teciline birinci fiil mani olamaz.

²⁴⁰ Çelen, s.130.

Askerî bir suç işleyip de, denetim süresi içerisinde yine askerî bir suç işleyen kişinin mahkûm olduğu ikinci cezanın ertelenmesi, genel hükümlere tabi olacaktır.²⁴¹

Tablo 2.1 AsCK'nın 47/B ve C Fıkralarına Göre Hapis Cezasının Ertelenmesine İlişkin

Tablo

Daha önce hangi kanun kapsamında hüküm giydiği	Erteleme / Denetim süresi	Sonradan, bir sırf askeri suç işlenmesi halinde	Sonradan kasıtlı bir askeri suç benzeri işlenmesi halinde	Sonradan TCK'ya tabi bir suç işlenmesi halinde
TCK	Evet (1-3 yıl) ²⁴²	Ertelenen önceki cezasının kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilemez.	Daha önceki erteleme kaldırılarak hapis cezası kısmen veya tamamen infaz edilir.	
TCK	Hayır	Sonradan işlediği sırf askeri suç veya askeri suç benzeri, şartları oluşmuşsa genel hükümlere göre (TCK 51) ertelenebilecektir.		
AsCK (Sırf askeri suç)	Evet			Şartları oluşmuşsa genel hükümlere göre (TCK 51) ertelenebilecektir.
AsCK (Askeri suç benzeri)	Evet			Şartları oluşmuşsa genel hükümlere göre (TCK 51) ertelenebilecektir.
AsCK (Sırf askeri suç veya askeri suç benzeri)	Evet	Şartları oluşmuşsa genel hükümlere göre (TCK 51) ertelenebilecektir.		

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 91. maddesi, mahkeme kararında aksi açıkça gösterilmediği sürece erteleme hükümlerinin fer'î cezalar bakımından da uygulanacağı düzenlemesini ihtiva etmekteydi. 5237 sayılı TCK sisteminde fer'î ceza kavramına yer verilmediğinden, doğal olarak da bu cezaların ertelenmesine ilişkin düzenleme sevk edilmemiştir. Bu durumda AsCK'da yer alan fer'î cezaların aslî cezalarla birlikte ertelenip ertelenemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Askerî Yargıtay aslî cezayla birlikte fer'î cezaların ertelenebileceği gibi, aslî cezanın ertelenmesine

²⁴¹ Kangal, s. 187.

²⁴² AsCK 47/B'ye göre bu süre kabahatler için 1 yıl, hapis cezası gerektiren suçlar için 5 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak erteleme ile ilgili genel hususlarda TCK hükümleri uygulanacağından bu sürenin 1-3 yıl olarak uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Kangal, s.186.

rağmen gerekçesi gösterilmek koşuluyla fer'i cezaların da ertelenmeyebileceğini kabul etmektedir.^{243/244}

Bununla birlikte Askerî Yargıtay'ın daha yeni tarihli bir içtihadıyla, AsCK'nın cezaların ertelenmesi konusunda TCK'nın ilgili hükümlerine atıf yaptığı 5237 sayılı TCK'da ise 765 sayılı TCK'dan farklı olarak fer'i cezalara yer verilmediği gerekçeleriyle erteleme müessesesinin sadece hapis cezalarına uygulanması gerektiği, bu nedenle fer'i askerî ceza niteliğindeki TSK'dan çıkarma cezasının da ertelenmiş olmasının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.²⁴⁵ Doktrinde de, hapis cezasının, 1 yıl veya daha fazla süreli olup da ertelenmesi durumunda, 5237 sayılı TCK ile erteleme, koşullu af olmaktan çıkarılıp bir ceza infaz kurumu haline getirildiğinden, yine de TSK'dan çıkarılma cezası verilmesi gerekeceği savunulmaktadır.²⁴⁶

Yine Önsel tarafından “TCK'ya göre hapis cezasının ertelenmesinin sonucu olarak, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi durumunda cezanın infaz edilmiş sayılacağına hükme bağlandığı, diğer bir deyişle, mahkûmiyet hükmünün ortadan kalkmadığı, ayrıca yeni sistemde fer'i cezalara yer verilmemesinin doğal sonucu olarak fer'i cezaların ertelenmesi kurumu ortadan kalktığından, hapis cezasının ertelenmesi durumunda dahi fer'i cezanın ertelenemeyeceği” ifade edilmiştir.²⁴⁷

KANGAL'a göre: TCK 51/8, denetim süresinin yükümlülükler uygun veya iyi halli olarak geçirilmesi hâlinde cezanın infaz edilmiş sayılacağını, böylece mahkûmiyet kararının infazın

²⁴³ Suç tarihinde yürürlükte bulunan 647 sayılı Kanunun 6'ncı ve 765 sayılı TCK'mn 91'inci maddelerinde yer alan hükümler ile Askerî Yargıtay'ın yerleşik kararları ve uygulamada ise: koşulları oluştuğunda aslî cezaların ertelenebileceği, hükümde aksi kararlaştırılmadıkça aslî cezalar hakkındaki hükümlerin fer'i cezalar hakkında da tatbik olunacağı, gerekçe gösterilmek koşuluyla aslî ceza ertelenmesine rağmen fer'i cezanın ertelenmeyebileceği esasları benimsenmiştir..... ASCK'nın benimsediği sistem açısından aslî ceza ile birlikte fer'i cezanın da ertelenmesine karar verilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak, aslî cezanın ertelenip, fer'i cezanın ertelenmemesine karar verilmesi olanağı bulunmakla birlikte, fer'i cezanın neden ertelenmediği konusunda gerekçe gösterilmesi gerektiği kuşkusuzdur. ASCK'nın 30'uncu maddesinin uygulanmasının zorunlu olduğu hâllerde TSK'dan çıkarma şeklindeki fer'i cezanın hükümde gösterilmese dahi idarece resen uygulanacak olması, yasal düzenlemelere göre ertelenebilir nitelikte olan aslî veya fer'i cezanın ertelenmemesine gerekçe olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. As.Yrg.DK., 25.01.2007, 2007/1-1 E/K As.Yarg. Dergisi yıl 2008 sy:21, s. 423-428; Kangal s. 187.

²⁴⁴ ASCK'nın benimsediği sistem açısından aslî ceza ile birlikte fer'i cezanın da ertelenmesine karar verilmesine yasal bir engel bulunmadığına dair. As.Yrg.DK., 25.01.2007, 2007/1-1 E/K As.Yarg. Dergisi yıl 2008 sy:21, s. 423-428; "Geçmişte sabıkası bulunmayan sanığın, cezasının ertelenmesi halinde ileride suç işlemekten çekineceğine kanaat getirerek aslî cezayı erteleyen Askeri Mahkemenin, aynı kişinin TSK'da kalmasında sakınca görerek, keza sanıkların memuriyet hizmeti yapmalarını kamu açısından zararlı görerek fer'i cezaları erteleme kapsamı dışında bırakabileceği mümkün ise de, gerekçeli kararda bu konuda (neden ertelenmediğine ilişkin) gerekçe gösterilmesi zorunlu olmasına rağmen gösterilmemiş olması kanuna aykırı bulunmuştur." As.Yrg. 3.D. 03.04.2007, E. 2007/670, K. 2007/777; Çelen, Orhan, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Personel Kanunu, Ankara 2010, s.413)

²⁴⁵ As.Yrg. 4.D. 13.01.2009, E.2009/1, K.2009/1 (Çelen İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği,... s.406)

²⁴⁶ Polatcan s. 283.

²⁴⁷ Önsel Oğuzhan, TCK ve AsCK sisteminde Cezanın Ertelenmesi Kurumu, Askeri Adalet Dergisi, s.133, Ocak 2011, s.38.

yapılmaması dışındaki sonuçlarının devam edeceğini öngördüğünden, hapis cezası ertelenmiş olsa dahi, fer'i cezalar ertelenemeyecektir.²⁴⁸

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE Fer'i cezaların nitelikleri şu şekilde sıralamıştır;²⁴⁹

- “Fer'i cezalar mahkumiyetin yasal sonucudur, bazı haller mahkumiyetin yasal zorunlu sonucu olup, hükmedip hükmetmemek hususunda hakimın takdir yetkisi bulunmazken, bazı hallerde yine mahkumiyetin bir sonucu olmakla birlikte hükmedip hükmetmemekte hakime tam bir takdir yetkisi verilmiştir,
- Tek başlarına değil ancak bir cezaya ek olarak hükmedilip, asli cezanın etkinliğini arttırmak için uygulanırlar. Fer'i ve mütemmim cezaların en önemli özelliği failin kusuru nedeniyle hükmedilmekte olmaları, işlenen fiil ile ceza arasında maddi bir bağlantı olmasıdır,
- İnfazları asli cezanın infazından farklıdır,
- Fer'i cezalar geri alınamaz ve değiştirilemezler.”

ÖNDER'e göre “Fer'i cezalar verilinceye kadar asli cezaya bağımlıdır ve ek ceza şeklinde bağımsız olarak verilemezler. Ancak kanun koyucu bir cezayı isterse asli isterse ek ceza olarak kullanabilir. Ek ceza bağımlı olduğu asli ceza ile birlikte verildikten sonra, kural olarak bağımsızlaşır ve genellikle asli cezanın akıbetine tabi değildir. (mesela; zamanaşımı, af gibi)”²⁵⁰

Kanaatimizce; öncelikle fer'i cezalar 5237 sayılı TCK'da ertelenmesi mümkün olan cezalar arasında sayılmamıştır. Ayrıca yukarıda saydığımız “infazlarının asli cezanın infazından farklı olması ile geri alınamayıp değiştirilememeleri” şeklindeki özellikleri dikkate alındığında asli cezadan bağımsız oldukları, asli ceza ertelense dahi fer'i cezanın infazına devam olunması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

Bu noktada KARDAŞ, ÇINGİ'nin fer'i cezaların “şeref ve haysiyet suçları oldukları” şeklindeki²⁵¹ görüşlerine katılmaktayız. Ayrıca bu cezaların AsCK'da yer almasının, kanun koyucunun TSK'yı oluşturan insan yapısında gösterdiği hassasiyetten kaynaklandığı kanaatindeyiz. Fer'i cezalarda asıl amacın; bu eylemleri gerçekleştiren Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının TSK bünyesinde görev yapabilmeyi, devletçe verilen rütbeyi taşımaya gerektiren vasıflara sahip olmadıklarının, (yahut bu vasıfları yitirdiklerinin) yargı kararıyla ortaya konması

²⁴⁸ Kangal s. 187.

²⁴⁹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.652.

²⁵⁰ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1989, C.III, s.24.

²⁵¹ Kardaş, H. Ümit, Çingı, Mehmet, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Ankara, 2001, s.103.

halinde TSK'dan uzaklaştırılmasını sağlamak olduğu düşüncesindeyiz. Bu açıdan bakıldığında asıl ceza mahiyetindeki hapis cezası ertelense dahi ona bağlı olarak verilen fer'i cezanın ertelenmesinin mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz.

2.2.1.1.1.4.6 Hapis Cezalarının Toplanması ve Koşullu Salıverilme

2.2.1.1.1.4.6.1 Hapis Cezalarının Toplanması

5237 sayılı TCK'da aynı kararda hükmedilen cezaların toplanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı davada birden fazla hapis cezası verilmiş olsa bile bunların toplanması söz konusu olamayacak, her bir ceza müstakil olarak varlıklarını devam ettirecektir.²⁵² 5275 sayılı CGTİK m. 99'a göre *"Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107'nci maddenin (koşullu salıverme) uygulanabilmesi yönünden mahkemeden toplama kararı alınması istenir"*²⁵³ Fail hakkında birden fazla suçlardan dolayı verilen birden fazla cezanın CGTİK m.99 çerçevesinde toplanmasına cezaların içtimai (toplanması) denir.²⁵⁴ Böylece birden fazla mahkûmiyet durumunda mahkeme sonuçta cezaları toplayacak ve koşullu salıverme süresi bu toplam ceza üzerinden hesaplanacaktır.²⁵⁵

TCK'da kural olarak kanun cezaların toplanması sistemini benimsenmemiştir. Bununla birlikte, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için bir hükümlü hakkında kesinleşmiş birden fazla cezanın toplanması mümkündür. Bu toplama cezaların her birinin bağımsızlığını korumasına engel olmamaktadır. İnfazda kolaylığın sağlanması bakımından sembolik bir toplama işlemidir.²⁵⁶

CGTİK md. 99'a göre, bir hükümlü hakkındaki birden fazla mahkûmiyetin her biri varlıklarını ayrı ayrı korumakta, birbirlerinden bağımsız olarak varlıklarını devam ettirmektedirler. CGTİHK md. 99, *"başka başka kesinleşmiş hükümler"* ifadesini kullandığı için aynı hükümle verilmiş birden fazla süreli hapis cezalarının duruşmasız işlere ait kararlarla toplanması yerine, ceza toplamının kesinleştirme şerhinde gösterilmesi gerekir²⁵⁷ (Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki tüzük md. 66/1-d, 1). Hapis cezalarını toplama

²⁵² Yerdelen, s.332.

²⁵³ Bu yasal düzenleme (5275 sk. M. 99- 107) çerçevesinde Askeri Mahkemece infaz aşamasında koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmasına yönelik olarak hükümlü hakkında her iki suçtan dolayı verilip de kesinleşen her iki hapis cezasının toplanmasına, nezaret ve tutukluluk sürelerinin bu sonuç cezadan indirilmesine karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (As.Yrg. 2.D., 20.06.2007 tarih, 2007/1124-1106 E/K)

²⁵⁴ Öztürk, Erdem, s.478.

²⁵⁵ Hakeri, s. 689.

²⁵⁶ Yerdelen, s.333.

²⁵⁷ As.Yrg. 4.D. 07.07.2009 2009/1467-1461 E-K (As.Ad. Temmuz 2009, yıl:37 sy:130, sh:168-170)

kararı, gerekli görüldüğü takdirde, çözülerek toplamaya konu olan her bir mahkûmiyet hükmünün ayrı ayrı infaz edilmesine karar verilebilir²⁵⁸.

Koşullu salıverilme yalnızca hapis cezaları bakımından uygulanabilen bir müessese olduğu için, cezaların toplanması da artık sadece hapis cezalarının toplanmasıyla sınırlı olarak uygulanabilecektir. Buna göre, bir hükümlü hakkındaki hapis cezası ile adli para cezasının veya fer'î askerî cezaların toplanması mümkün değildir. Aynı şekilde birden fazla para cezasının veya birden fazla fer'î askerî cezanın da kendi içlerinde ya da birbirleriyle toplanmaları olanaklı değildir²⁵⁹. Ayrıca hapis cezalarının toplanabilmesi için bunların ayrı koşullu salıverilme hükümlerine tabi olmaları gerekmektedir. Farklı koşullu salıverilme hükümleri uygulanacak hapis cezalarının toplanması mümkün değildir²⁶⁰.

2.2.1.1.1.4.6.2 Koşullu Salıverme

Hapis cezasının kanunda gösterilen kısmının ceza infaz kurumunda iyi halli geçirilmesi halinde, geri kalan kısmının özgür geçirilmesine fırsat veren kurum, koşullu salıverme (meşruten tahliye) dir.²⁶¹ Koşullu salıverme cezanın özel önleme fonksiyonunu gerçekleştirdiği anda infaza son verilmesi esasına dayanır. Anayasa Mahkemesine göre koşullu salıverme “cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi durumuyla) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün ödüllendirilmesi’dir.”²⁶²

Koşullu salıverme cezanın infaz sırasında bireyselleşmesini sağlayan bir infaz kurumudur.²⁶³ Bu kurumdan beklenen sonuçların elde edilebilmesi için, mahkûmun infaz kurumunda uygun iyileştirme programına tabi tutulması ve salıverilmeden sonra da denetime tabi tutulması gerekmektedir²⁶⁴

²⁵⁸ "... hükümlü hakkındaki mahkûmiyet hükümlerinin kesinleşmesinin ardından, infaz için değişik hükümlerdeki hapis cezalarının toplanmasında yasaya aykırılık bulunmayıp, hükümlerden birisindeki cezanın münferiden infazına başlanıp hükümlünün koşullu salıverilmesi üzerine toplama kararının çözülerek ayrı ayrı infaz karar verilmesi de mümkündür" (As. Yrg. 1. D., 04.04.2007, 2007/651-648 E.-K., AsYD 2008, sy: 21, sh: 721-724).

²⁵⁹ "... hükümlü hakkında işlediği birden fazla suç dolayısıyla verilmiş birden fazla adli para cezasının, sadece kesinleşmiş hapis cezalarının infaz için toplanmasını öngören 5275 sayılı Kanunun 99'uncu maddesine dayanılarak toplanması isabetsiz olduğundan, ..." (As. Yrg. 1. D., 14.03.2007, 2007/443-440 E.-K., AsYD 2008, sy: 21, sh: 716-720).

²⁶⁰ Kangal s. 188.

²⁶¹ Zafer, s.519.

²⁶² Anayasa Mahkemesinin 18.07.2001 tarih ve 2001 4/332 E/K sayılı kararı; Zafer, s.519.

²⁶³ Centel, Zafer, Çakmut, s.638 .

²⁶⁴ Koca, Üzülmüş, s.520.

Şartlarını gerçekleştiren her mahkum koşullu salıvermeden faydalanır. Bu yönüyle salıverme bir haktır.²⁶⁵ Koşullu salıvermenin kabul edilmesinin nedenlerini ve yararlarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Mahkumun iyi halini teşvik eder,
2. Cezaların bireyselleştirilmesinde yararı vardır,
3. Cezaevlerinde disiplini ve düzeni sağlar,
4. Devlet yönünden tasarruf sağlar,
5. Cezaevinde uslanmasından sonra onu orada tutmanın gereksizliği yönünde önemli bir kurumdur.²⁶⁶

2.2.1.1.1.4.6.2.1 Koşullu Salıvermenin Şartları

2.2.1.1.1.4.6.2.1.1 Cezanın Bir Bölümünün İnfaz Kurumunda Çekilmiş Olması

Sürelı hapis cezasına mahkumiyet durumunda koşullu salıvermeden yararlanabilmek için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre toplam cezanın 2/3'üdür.

Ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmiş olanlar 30 yılını, ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmiş olanlar 24 yılını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıvermeden yararlanabilirler. (CGTİK m.107/2) Kısa süreli hapis cezalarında koşullu salıvermeden yararlanılması mümkündür.

2.2.1.1.1.4.6.2.1.2 İnfaz Süresinin İyi Halli Olarak Geçirilmesi

Koşullu salıvermeden yararlanabilmek için mahkumun kurumdaki infaz süresini iyi halli olarak geçirmesi gerekir. (CGTİK m.107/1) Mahkumun infaz kurumundaki iyi hali, serbest bırakıldığında bir daha suç işlemeyeceği konusunda bir emare olarak kabul edilmektedir.²⁶⁷

İyi hal, disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca tespit edilir. (CGTİK m.89) Hükümlünün disiplin suçu işlemiş olması halinde, disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverme işlemi yapılmaz, ancak bu süre hakederek tahliye tarihini geçemez. (CGTİK m.48/3-b)²⁶⁸

²⁶⁵ Öztürk, Erdem, s.483.

²⁶⁶ Demirbaş, Timur, İnfaz Hukuku. Ankara, 2013, s.479.

²⁶⁷ Koca-Üzülmez s.524; Özgenç, s.632; Centel, Zafer, Çakmut, s.683.

²⁶⁸ "Tutukluluğu sırasında almış olduğu hücre hapsi cezasının infazı 04.10.2010 tarihinde tamamlanan hükümlünün, hücre hapsi cezasının kalkması için geçmesi gereken 6 aylık süre dolmadan iyi halli sayılması, dolayısıyla koşullu salıverilmesi mümkün değildir. Firar suçundan aldığı 10 ay hapis cezasının 5275 sk'un 107/2'nci maddesi gereğince, 2/3'üne tekabül eden ve koşullu salıverilmeden hak kazanacağı 200 günlük sürenin 02.12.2010 tarihinde tamamlandığı görülmekle beraber, disiplin cezasının 04.04.2011 tarihinden

Koşullu salıvermeyi mahkemenin uygun görmemesi kararına karşı, itiraz yoluna başvurmak mümkündür. (CGTİK m.107/11)

Askerî suçlardan mahkûm olan hükümlülerin koşullu salıverilmeleri ve koşullu salıverilme kararının geri alınması bakımından genel kurallar geçerlidir (AsCK md. 53). Buna göre, CGTİHK md. 107 gereğince, askerî bir suçtan verilen mahkûmiyetin belirli bir kısmını infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçiren hükümlü, hak ederek tahliye tarihine kadar koşullu salıverilmektedir.²⁶⁹

AsCK md. 53/2'nci maddesinde koşullu salıverilen hükümlünün tamamlanması gereken askerî yükümlülüğü koşullu salıverilmesinde tamamlattırılacağı düzenlenmiştir.

2.2.1.1.2 Feri Cezalar

2.2.1.1.2.1 Genel Olarak

Belli bir suçun yasadaki asıl karşılığı olarak öngörülen cezalara "asli ceza" denmektedir. Yasanın asıl cezaya ek olarak belirlediği cezaya da fer'i ceza denmektedir. Fer'i cezanın en önemli özelliği asli cezadan bağımsız olarak, tek başına hükmedilmesinin olanaksız olmasıdır.²⁷⁰ AsCK'da asli cezanın kanuni sonucu olan ve asli cezaya eklenen veya asıl cezayı tamamlayan ek cezalar da öngörülmüştür.²⁷¹ Buna göre fer'i ceza, asli cezaya ilişkin mahkûmiyetin sonucu olarak ona eklenen ikinci bir cezadır. Örneğin hırsızlık suçunu işleyen bir asker kişinin belli bir süre hapis cezasına mahkum olmasının yanında ayrıca TSK'dan ilişkisinin kesilmesi durumunda burada mahkum olunan hapis cezası asli ceza, "TSK'dan ilişkisinin kesilmesi cezası" ise fer'i cezadır.²⁷²

Feri cezalar bazı yazarlar tarafından "*şeref ve haysiyet cezaları*" olarak nitelendirilmekte²⁷³ olup TCK'da mevcudiyetlerine son verilmesine karşılık, AsCK'da yer alan fer'i cezalar varlıklarını korumaktadır. AsCK'nın fer'i askerî cezalara ilişkin hükümleri, *Ek Madde 8* hükmü uyarınca uygulanmaya devam olunacaktır. Fer'i askeri ceza, asker kişilerin işlediği bazı suçlardan dolayı ceza ne olursa olsun mahkûmiyeti halinde suçun asli cezasına ek olarak

önce kaldırılamayacak olması nedeniyle, bu tarihten önce koşullu salıverilmeden istifade edemeyeceği açıktır." (As.Yrg.1.D. 29.06.2011 tarih, 2011/595-590 E/K)

²⁶⁹ Kangal s. 189.

²⁷⁰ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.613.

²⁷¹ Değirmenci, s.215.

²⁷² Polatcan, s.279.

²⁷³ Kardaş, H. Ümit, Çingı, Mehmet, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Ankara, 2001, s.103.

verilen veya kasten işlenmek şartıyla hangi suçtan olursa olsun 1 yıldan fazla hapis cezasını mahkûm olunması halinde kanunen mahkûmiyetin sonucu olarak öngörülen ek cezadır.²⁷⁴

Asker kişiler hakkında uygulanacak ferî cezalar şunlardır (AsCK. m.29)²⁷⁵:

- a. Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma
- b. Rütbenin geri alınması
- c. Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme

AsCK'da ferî cezalar, belirli cezalara çarptırılan kimseler hakkında kendiliğinden ve zorunlu olarak asli cezaya eklenirler. Bu gibi hâllerde söz konusu ferî cezaya hükmedildiği ilgili mahkeme kararında belirtilmemiş olsa dahi kendiliğinden uygulanır. Ferî cezalar kesin ve zorunlu şekilde uygulandıkları zaman "ceza mahkumiyetinin bir sonucu" niteliğini taşırlar. Bazı hâllerde ise ferî cezanın asli cezaya eklenip eklenmemesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. (AsCK m. 30,32,35).²⁷⁶

Ferî askerî cezalara hükmedilirken, failin suçu işlediği andaki sıfatı dikkate alınmalıdır. Fail suç tarihinden sonra emekliye ayrılmış yahut TSK ile ilişkisi kesilmiş olsa dahi, koşulları varsa, ferî cezalara karar verilmelidir.^{277 278}

AsCK m. 153'teki düzenleme (*İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar*) hariç olmak üzere ferî cezanın uygulanabilmesi için asıl ceza olarak hapis cezasına hükmedilmesi gerekmektedir.²⁷⁹ 153'üncü madde kapsamında fiilin asli yaptırımı olarak verilen asli ceza şeklinde de verildiği görülmektedir.²⁸⁰ Asıl ceza olarak para cezasının verildiği durumlarda ise ferî ceza uygulanamayacaktır.²⁸¹ Sonuçta ferî cezalar, sadece asker kişilere özgü verilerek sonuç doğuran, hak kaybını gerektiren yaptırımlardır.²⁸²

²⁷⁴ Şimşek, Mustafa, 5237 sayılı TCK ile karşılaştırmalı... s.388.

²⁷⁵ AsCK. m.29'uncu maddesinin önceki metninde "ihraç" ve "tard" ferî cezaları da yer almakta iken bu cezalar 22.03.2000 tarih ve 4551 sayılı kanun ile kaldırılmıştır.

²⁷⁶ Değirmenci, s.215.

²⁷⁷ Erman, s.251; Şimşek, Askeri Ceza Hukuku..., s.389-390; Kangal, s.189.

²⁷⁸ "Askerî şahıslar hakkında ferî cezaların, bu şahısların emekliye ayrılmaları halinde dahi uygulanması icap eder." As.Yrg.Drl.Krl. 12.03.1965, E. 1965/26, K. 1965/35.; Çelen, s. 78.

²⁷⁹ Değirmenci, s.215.

²⁸⁰ Önsel s.21.

²⁸¹ "Asıl mahkûmiyetin para cezası olması halinde ferî ceza uygulanamaz." (As.Yrg.4.D., 10.10.1989, 438/438,); Kardaş-Çingir, s.115.

²⁸² Şimşek, 5237 sayılı TCK ile karşılaştırmalı... s.388.

AsCK'nın teşebbüsü düzenleyen 40'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, bir suçun cezasıyla beraber fer'i askerî cezalardan birine hükmedilmesi gerekliyse suça teşebbüs halinde dahi o fer'i askerî ceza verilebilir.²⁸³

Fer'i askerî cezaların hükümde, ayrıca gösterilmesi gerekir. Bazı hallerde bu fer'i cezalar ceza mahkûmiyetinin bir sonucu niteliğini kazanırlar ve birtakım cezalara mahkûm olan kimse hakkında kendiliğinden ve zorunlu olarak asli cezaya eklenirler. Bu gibi hallerde sözü edilen cezalar kararda belirtilmemiş olsa dahi kendiliğinden uygulanır. Hatta bu cezaların kanuni sonuç olduğu hallerde asli cezaya adliye mahkemesince karar verilmiş olupda, kanuni sonuçtan ayrıca bahsedilmemiş olsa dahi herhangi bir başka karara ihtiyaç duyulmaksızın askeri makamlarca kendiliğinden uygulanır.²⁸⁴

Asker kişi sıfatını kazanmadan önce işlenmiş olan suçlardan dolayı fer'i askeri cezaların uygulanması mümkün değildir. Cezaların içtiması halinde, fer'i cezaya en son hükmolunur. Ancak gerekçede fer'i cezanın hangi hürriyeti bağlayıcı cezaya bağlı olarak verildiği gösterilir.²⁸⁵

2.2.1.1.2.2 Türk Silahlı Kuvvetlerinden Çıkarma (AsCK m. 30)

Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılma fer'i cezası subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişilere (örneğin sözleşmeli subay ve astsubaylara) uygulanır.²⁸⁶

Türk Silahlı Kuvvetleri'nden çıkarma cezasının hukukî niteliği, hükümlünün Silahlı Kuvvetler ile ilişkisinin kesilmesidir (*AsCK md. 31*). Buna göre, hakkında aslî cezanın yanısıra TSK'dan çıkarma cezası verilen asker kişinin TSK ile ilişkisi kesilerek sivil statüsüne sokulmaktadır.²⁸⁷

TSK'dan Çıkarılma cezası zorunlu ve takdiri olmak üzere iki şekilde tatbik edilebilir. TSK'dan çıkarılma fer'i cezası zorunlu uygulandığı takdirde askerî mahkemeler veya adliye mahkemeleri tarafından asıl cezanın verilmesi üzerine, mahkeme kararında TSK'dan çıkarılma cezası belirtilmese dahi uygulanır. Takdiri olarak TSK'dan çıkarılma cezası ise sadece askerî

²⁸³ Önsel, s.21.

²⁸⁴ Erman, s.250- 251.

²⁸⁵ Çelen, s. 78

²⁸⁶ *Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma fer'i cezasının sivil memurlar hakkında uygulanması mümkün bulunmamaktadır.*"(As.Yrg.3.D, 22.10.2002, 972/1009); Koç, Cihan, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, TSK Personel Kanunu ve ilgili mevzuat, 14. Baskı, Ankara, 2010 s. 307).; Polatcan s. 281.

²⁸⁷ Kangal, s. 190.

mahkemeler tarafından uygulanabilir, adliye mahkemeleri takdiri olarak bu ferî cezayı uygulayamazlar.²⁸⁸

TSK'dan çıkarma fer'i cezası uygulamasında her ne kadar sanıklar aleyhlerine olacak şekilde bu cezanın kendilerine uygulanmasını isteyemeyecekler ve Mahkemeler de sanıkların talebi ile bağlı değil iseler de Askeri Yargıtay'ın TSK'dan çıkarma fer'i cezası takdiri olarak uygulandığı durumlar ile ilgili muhtelif kararları bulunmaktadır.²⁸⁹

TSK'dan çıkarma cezası yedek subaylar hariç olmak üzere subaylar astsubaylar, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında uygulanır. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu böyle bir hüküm sevk etmediği için uzman erbaşlar bakımından TSK'dan çıkarma cezası uygulanamaz.²⁹⁰

TSK'dan çıkarılma ferî cezasının zorunlu uygulaması iki grup suç bakımından mümkündür. Birinci grupta çıkarma cezasının verilmesinin zorunlu olduğu hâller yer almaktadır.

²⁸⁸ Değirmenci, s. 216.

²⁸⁹ *Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma asıl cezaya ek olarak verilen ferî bir cezadır. Bu nedenle, sanığın aleyhine olacak şekilde bu cezanın kendisine uygulanmasını isteyemeyeceği gibi, Mahkemenin de sanığın bu talebine dayanarak, Türk Silahlı Kuvvetlerinde faydalı olamayacağı kanaati ile sanık hakkında bu cezayı tatbik etmesi yerinde değildir... Tanzim edilen sabıka kaydında, sanık hakkında görevi suiistimal etmek suçundan dava açıldığı, bu suçtan tutuklanıp tahliye edilmiş olduğu belirtilmekle beraber, yüklenen suçla ilgili kamu davasının ertelenmesine karar verilmiş olması nedeniyle, bu durum sabıka kaydı olarak değerlendirilemeyeceği, sonucu henüz belli olmayan böyle bir davanın TSK'dan çıkarma cezasına gerekçe oluşturamayacağı cihetle, tebliğnamedeki görüşe de iştirak edilmemiş, mahkûmiyet hükümlerinin 'Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasının verilmesinde gösterilen gerekçenin yerinde ve yeterli olmaması nedeniyle..' As.Yrg.4. D., 27.12.2005.1447/1445; Koç, s. 308).*

Sanığın sorgusunda söylediği "Askerlikten ayrılmak istiyorum, sivil doktor olarak yaşantıma devam etmek istiyorum" şeklindeki sözleri, firar eylemi nedeniyle bir yıl iki ay ve hüküm tarihi itibarıyla da tutukluluk nedeniyle yaklaşık iki ay olmak üzere, toplam 16 ay gibi uzunca bir süre hizmetten uzak kalmış olması, hizmete devam etmek istemediğini açıkça ifade eden bir kişinin hizmetinden arzu edilen faydanın sağlanamayacağına kuşku olmaması karşısında, Askerî Mahkemece, sanığın, ASCK'nın 30/2 inci maddesi gereğince TSK'dan çıkarılmasına karar verilirken, "Sanığın Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmak istemeyen ve askerliği benimsemeyen kişiliği" şeklinde gösterilen gerekçenin; dosya içeriğine uygun, yeterli ve yerinde olduğu sonucuna varılmıştır. As.Yrg.Drl.K. 23.06.2011, 2011/72-69.

²⁹⁰ *"Dosyada bulunan askeri kimlik belgesinden, sanığın 'Uzman Erbaş' statüsünde ve 'Onbaşı' rütbesinde olduğu anlaşılmaktadır. 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'nun 3/b maddesinde tanımlanan 'uzman jandarma', 3466 sayılı Kanuna göre Uzman Jandarma Okulunu başarı ile bitiren Uzman Jandarma çavuştan Uzman Jandarma sekizinci kademeli çavuşa kadar rütbeleri haiz asker kişileri ifade etmektedir. Bu durumda sanığın rütbe ve statü itibarıyla uzman jandarma olmadığı açıktır. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun ilgili maddeleri incelendiğinde; sanığın bu Kanun kapsamında Jandarma Genel Komutanlığı bünyesine alınmış ve aynı Kanun'un 3/b maddesi kapsamında 'Uzman Onbaşı' ve 'Uzman Erbaş' statüsünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu statüde bulunan uzman erbaşların ilişkilerinin kesilme koşulları ve yöntemi ise aynı Kanun'un 12'nci maddesinde düzenlenmiş olup, AsCK'nın 30'uncu maddesine bir atıf bulunmamaktadır. // Dolayısıyla sanığın, rütbe ve statü itibarıyla AsCK'nın 30'uncu maddesinde yazılı uzman jandarmalar ve diğer sayılanlar arasında bulunmadığı açıktır. Bu nedenle, sözleşmeleri feshedilmek suretiyle Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilişkilerinin kesilme koşullarını düzenleyen Uzman Erbaş Kanunu'nun 12'nci maddesinin, uzman erbaş sözleşmesini akdeden idari birim tarafından uygulanması gerektiğinden, Askeri Mahkemece, kabule göre, AsCK'nın 30'uncu maddesinin uygulanması yönünde karar verilmesi hatalı bulunmuştur" (As. Yrg. 1. D., 24.02.2010, 2010/540-526, AS.D. 2011,sy:24, sh: 3-4). KANGAL, s.190.*

İkinci grupta çıkarma cezasının takdire bağlı olarak verildiği hâller yer almaktadır. Bunlar aşağıda ele alınmıştır;

Zorunlu olarak TSK'dan çıkarmayı gerektiren haller (AsCK 30/1-A-B);

1- Mahkûm olunan suç tipine bakılmaksızın taksirli suçlar hariç herhangi bir suçtan bir seneden fazla mahkûmiyet kararının verilmesi hâlinde zorunlu olarak TSK'dan çıkarılma ferî cezası uygulanacaktır. Böylece çıkarma cezasının verilebilmesi için aslî cezanın kasıtlı bir suçtan dolayı verilmiş olması gerekir. Bunun yanısıra, bir seneden fazla hapis cezası tek bir suçtan dolayı verilmiş olmalıdır. Birden fazla suçtan dolayı verilmiş hapis cezalarının toplamı, herhangi biri bir seneden fazla hapis cezası değilse, bir seneyi geçtiği takdirde TSK'dan çıkarma cezası uygulanamaz.²⁹¹

2- Kanunda ismen sayılan suçlardan birisinden mahkûm olunması hâlinde zorunlu olarak TSK'dan çıkarılma ferî cezası uygulanacaktır. Bu suçlarda Kanun, hapis cezası alınmasını değil mahkum olunmasını koşul olarak aramıştır. Kanunda ismen sayılan suçlar şunlardır: *"Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, İnancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları"*.^{292 / 293}

Aslî cezanın türü ve süresi ile suçun niteliği hükümlü asker kişinin TSK'dan çıkarılmasına karar verilmesini zorunlu kılabilmektedir.²⁹⁴ Bu durumda hükümlünün TSK ile ilişkisinin kesilip kesilmemesi konusuna karar vermede mahkemenin bir takdir payı bulunmamaktadır. Bu suçlardan dolayı verilen cezanın türü ve süresi ne olursa olsun TSK'dan çıkarma cezası verilecektir. Bu suçlardan verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilmiş olsa bile, TSK'dan çıkarma cezası uygulanacaktır. Çünkü burada cezanın türü ve süresi değil, suçun niteliği esas alınmaktadır.

²⁹¹ Kangal, s. 190.

²⁹² Değirmenci, s. 216.

²⁹³ "Sanığın rütbe ve statü itibarıyla AsCK'nun 30'uncu maddesinde yazılı uzman jandarmalar ve diğer sayılanlar arasında bulunmadığı açıktır. Bu nedenle sözleşmeleri feshedilmek suretiyle TSK ile ilişkilerinin kesilme koşullarını düzenleyen Uzman Erbaş Kanununun 12'nci maddesinin Uzman Erbaş sözleşmesini akdeden idari birim tarafından uygulanması gerektiğinden Askeri Mahkemece AsCK'nun 30'uncu maddesinin tatbiki yönünde karar verilmesi hatalı bulunmuştur." (As.Yrg.1.D. 24.02.2010 tarih, 2010/540-526 E/K)

²⁹⁴ Polatcan, s.282.

AsCK md. 30/1-B'de sayılan suçlar arasında basit ve nitelikli zimmet de yer almaktadır. AsCK md. 131'de zimmet ve ihtilas suçları düzenlenmiştir. AsCK md. 131/2 aynı zamanda bu suçlarda az vahim hâl söz konusu olduğunda daha az cezaya hükmedileceğini de öngörmüştür. Bu bağlamda AsCK md. 30/1-B, basit ve nitelikli zimmet suçunun az vahim hâl şeklindeki nitelikli unsurunu dikkate almayarak zimmet suçundan mahkûm olan asker kişiler hakkında TSK'dan çıkarma cezasının uygulanmasını öngörmüştür. AsCK md. 30, 22.03.2000 tarih ve 4551 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle bugünkü hâlini almıştır. Bununla birlikte 926 sayılı TSK Personel Kanunu md. 50/d (subaylar bakımından), md. 94/c (astsubaylar bakımından) ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu md. 16/f (uzman jandarmalar bakımından), AsCK md. 131'deki az vahim hâli hariç olmak üzere basit ve nitelikli zimmet suçundan hükümlü olan asker kişiler hakkında idare tarafından TSK'dan ayırma işlemi yapılacağını öngörmektedir.²⁹⁵ TSK Personel Kanunu'ndaki bu düzenleme 28.06.2001 tarih ve 4699 sayılı Kanun'un 7. ve 12. maddesiyle, Uzman Jandarma Kanunu'ndaki düzenleme ise 12.06.2003 tarih ve 4892 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle getirilmiştir.²⁹⁶

AsCK md. 30/1-B ile Per. K. md. 50/d, 94/c ve Uz.Jan.K. md. 16/f yi birlikte yorumlamak gerekecektir. Çünkü 4699 ve 4892 sayılı kanunların sonraki tarihli kanunlar olmaları, kanun koyucunun zimmet suçunun az vahim hâl nitelikli unsurunu TSK'dan çıkarılmayı gerektirir düzeyde görmediğini ortaya koymaktadır. Aksi yöndeki bir yaklaşım Per. K. md. 50/d, 94/c ve Uz.Jan. K. md. 16/f nin hiçbir şekilde uygulanamayacağı sonucuna götürür. Başka bir ifadeyle, zimmet suçunun az vahim hâl nitelikli unsurundan hükümlü olan asker kişiler hakkında AsCK md. 30/1-B gereğince TSK'dan çıkarma fer'î cezası uygulanacağını kabul edilmesi Per. K. md. 50/d, 94/c ve Uz.Jan. K. md. 16/f nin uygulanamaz bir düzenleme olduğunu ortaya koyar ki, bu da kanun koyucunun güttüğü amaca ters düşer. Üstelik AsCK md. 30, TSK'dan çıkarma cezasının mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa bile uygulanacağını, başka bir ifadeyle kararda gösterilmemiş olsa da idare tarafından mahkeme ilâmı esas alınarak çıkarma işleminin yapılacağını öngördüğünden, idare Per. K. veya Uz. Jan. K. hükümlerine başvurmadan AsCK md. 30 gereğince çıkarma işlemi yapacağı için görüşümüzün aksine bir yaklaşım zimmet suçunun az vahim hâl nitelikli unsurunun hiçbir şekilde dikkate alınmaması tehlikesini doğurur. Bununla birlikte Askerî Yargıtay idarî nitelikteki kanunlarda yer alan düzenlemelerin kendi alanlarıyla sınırlı olarak hüküm ifade edeceğini ve bunlarda yapılacak

²⁹⁵ Koç, s.311.

²⁹⁶ Kangal, s. 191

değişikliklerin AsCK'ya teşmil edilemeyeceğini ifade ederek aksi yönde bir yaklaşım sergilemektedir.²⁹⁷

TSK'dan çıkarma cezasının takdire bağlı olarak verildiği hâl ise, AsCK md. 30/2'de gösterilmiştir. Buna göre, taksirli suçlardan verilenler hariç olmak üzere, aslî ceza 3 aydan fazla hapis cezası ise, aslî ceza ile birlikte TSK'dan çıkarma cezası da verilebilmektedir. Böylece taksirli suçlardan dolayı verilen 3 aydan fazla hapis cezalarının yanında takdire bağlı olarak TSK'dan çıkarma cezası verilemeyecektir. 3 aydan fazla hapis cezasını gerektiren suçun kasten işlenebilen suçlardan olması şarttır. Ayrıca verilen aslî ceza 3 ay hapis cezası olduğu zaman da takdire bağlı olarak TSK'dan çıkarma cezası verilemez. Çünkü AsCK md. 30/2 takdire bağlı olarak TSK'dan çıkarma cezasının verilebilmesi için aslî cezanın 3 aydan fazla hapis cezası olmasını açıkça aramıştır. 3 aydan fazla hapis cezası adli para cezasına çevrildiği takdirde, TCK md. 50/5 gereğince asıl mahkûmiyet çevrilen adli para cezası olacağından artık

²⁹⁷ Askerî Yargıtay bu yaklaşımında 28.04.1967 tarihli ve 1967/5-4 E.-K. sayılı bir İBK kararına (AsYKD 1997, sy: 11, Özel Sayı, İçtihadı Birleştirme Kurul Kararları, sh: 199-201) dayanmaktadır. Bu İBK'nın 4551 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle uygulama alanı kalmadığı hâlde, Askerî Yargıtay buradaki gerekçenin ve esas alınan ilkenin hayatiyetini sürdürdüğü için bu haliyle içtihadın yaşadığını belirtmiştir. Dolayısıyla bu İBK'nın değiştirilmesine ya da kaldırılmasına yer olmadığına karar vermiştir; "... içtihatları Birleştirme Kurul Kararında belirtilen ve sonuç karara varmada esas alınan 'Askerî Ceza Kanununun hükümlerini sarıh bir şekilde değiştiren bir kanun olmadıkça, personel statülerinde değişiklik ve yenilik getiren idari kanun düzenlemelerinin kendi sahasında hüküm ifade edeceğine ve bu değişikliklerin Askerî Ceza Kanununa teşmil edilemeyeceğine' dair ilke hayatiyetini sürdürmektedir. II Bilindiği gibi, Türk Ceza Kanunu veya ceza hükmü taşıyan özel kanunlarda yapılan değişiklikler, eğer sanık lehine iseler, yeni kanun TCK'nun 2'nci maddesi uyarınca sanık hakkında uygulanacaktır. TCK'nun 2'nci maddesindeki kanun kavramı ile maddi ceza hukukuna ait bütün kaynakları anlamak gerekmektedir. Ancak, 2'nci madde hükmü, usul kanunlarını, mahkeme teşkilâtı kanunlarını, idari mahiyette önlemler koyan kanunları ve personel statülerini düzenleyen idari kanunları kapsamaz. II Öte yandan, sonraki kanun ile önceki kanun hükümleri arasında birbirine aykırılık mevcut olduğu takdirde, sonraki kanun bu hususta açık bir kayıt içermese bile, önceki kanunu yürürlükten kaldırmış sayılır. Buna önceki kanunun 'yürürlükten üstü kapalı olarak kaldırılması (zımni ilga)' denilmektedir. Ancak, sonraki kanun önceki kanunu yürürlükten kaldırır kuralı kesin bir kural olmayıp her iki kanunun genel veya özel yahut birinin genel diğerinin özel oluşuna göre, yürürlükten üstü kapalı olarak kaldırılma sorununun çözüm şekli de değişir. Ceza kanunlarından başka kanunlarda meydana gelen değişikliği de bu kanunun bir tamamlayıcı ceza hukuku kaynağı olup olmadığına göre ele almak gerekir. II Somut olayda 926 sayılı Kanun, Askerî Ceza Kanunu yönünden bir tamamlayıcı ceza hukuku kaynağı değildir. Askerî Ceza Kanununun 30'uncu maddesindeki fer'i cezanın uygulanması, 926 sayılı Kanundaki bir kurala tâbi tutulmamıştır. Esasen, diğer kanun hükümleri ile ceza kanunu hükümleri farklı, hatta çatışma halinde olabilir, örneğin yakın akraba kavramı, Türk Ceza Kanununun 259'uncu maddesinde farklı biçimde tanımlanmıştır. Ceza Hukuku açısından memur (TCK. 279), İdare Hukukunun anlayışından ayrılmıştır. Yine bir çok askeri tanımlar TSK. iç Hizmet Kanununda yazılı olmasına rağmen, ceza tatbikatı bakımından göz önüne alınması gereken şekilleriyle Askerî Ceza Kanununda ayrıca tanımlanmıştır. II Bu açıklamalardan, Askerî Ceza Kanunun da açık bir kanunî düzenleme yapılmadıkça, 926 sayılı Kanunun 50'nci maddesinde başka türlü hükme bağlanmış olan bir hususun, Askerî Ceza Kanunu yönünden hüküm ifade etmediği sonucuna varılmaktadır. II 'Askerî Ceza Kanununun hükümlerini sarıh bir şekilde değiştiren bir kanun olmadıkça, personel statülerinde değişiklik ve yenilik getiren idari kanun düzenlemelerinin kendi sahasında hüküm ifade edeceğine ve bu değişikliklerin Askerî Ceza Kanununa teşmil edilemeyeceğine' dair ilkenin hayatiyetini koruduğu sonucuna varıldığından, ... 28.4.1967 tarih ve 1967/5-4 sayılı Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurul Kararının değiştirilmesi ya da kaldırılması yoluna gidilmesine gerek olmadığına, 24.10.2003 tarihinde oybirliği ile karar verildi" (As. Yrg. İçt. Bir. Kurulu, 24.10.2003, 2003/1-1 E.-K., <http://www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/asyrg.htm>, Erişim tarihi: 07.09.2014).

TSK'dan çıkarma cezası takdire uygulanamaz. TSK'dan çıkarma cezasının takdire bağlı olarak verildiği hâllerde yeterli gerekçenin ortaya konulması gerekir²⁹⁸

TSK'dan çıkarma cezası uygulanmasının zorunlu olduğu bir hâl de AsCK ek md. 1 'de öngörülmüştür. Buna göre, ticaret yapma veya yaptırma ya da ticarî ve sınaî kurumlarda görev kabul etme fiillerinin tekerrürü durumunda subay ve astsubaylar hakkında aslî ceza ile birlikte TSK'dan çıkarma cezasına da hükmedilecektir (AsCK ek md. 7/c).²⁹⁹

TSK'dan çıkarma fer'î cezasının uygulanmasının zorunlu olduğu hâllerde cezanın askerî mahkemeler veya adliye mahkemeleri tarafından verilmiş olmasının bir önemi yoktur. Başka bir deyişle, adliye mahkemeleri tarafından verilen aslî ceza veya işlendiği sabit görülen suç, TSK'dan çıkarma cezasının uygulanmasını gerektirdiği takdirde de bu fer'î ceza uygulanmak zorundadır. Buna karşılık TSK'dan çıkarma cezası sadece askerî mahkemeler tarafından takdire uygulanabilir. Adliye mahkemelerinin AsCK md. 30/2'ye dayanarak aslî cezanın yanında TSK'dan çıkarma cezasına hükmetme olanakları bulunmamaktadır.³⁰⁰

AsCK md. 31'inci maddesi TSK'dan çıkarma cezasının niteliği ve sonuçlarını düzenlemektedir. Hakkında TSK'dan çıkarma cezası verilen kişinin TSK'dan ilişkisi kesilir. Bu fer'î ceza askerî rütbe ve memuriyetlerin kaybedilmesi ile subay, astsubay, uzman jandarma ve devlet memuru olarak tekrar TSK'ya kabul edilmeme sonuçlarını doğurmaktadır. TSK'dan çıkarılarak askerî rütbelerini kaybeden asker kişiler yedeklik dönemlerinde er statüsünde bulunurlar. Bununla birlikte, TSK'da görev yaptıkları sırada aldıkları nişan, madalya, diploma ve şahadetnameler geri alınmamaktadır. Aynı şekilde emeklilik hakları da saklı kalmaktadır. Ancak emekli asker kişilere tanınan sağlık hizmetlerinden yararlanamayacakları gibi, silâh bulundurma ve taşıma ruhsatı da alamazlar (6136 sayılı Kanun md. 7/4).³⁰¹

²⁹⁸ “AsCK 30'uncu maddesi (B) fıkrasında belirtilen (Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma) suçları dışında kalan suçlar nedeniyle bir yıldan az hapis cezasına mahkumiyet halinde, TSK'dan çıkarma cezası verilmesi mahkemenin takdirine bırakılmış olmasına rağmen, izin tecavüzü suçu nedeniyle on ay hapis cezası ile cezalandırılan sanığın hiçbir gerekçe gösterilmeden TSK'dan çıkarılmasına karar verilmesi hukuka aykırı olduğundan...”, (As.Yrg.3D. 05.04.2011 tarih, 2011/250-245 E/K); Kangal, s. 191.

²⁹⁹ Her türlü olumsuz sonucu göze alarak kanuna aykırı ticari faaliyetini sürdürme kararlığında olan sanığın, TSK'na verimli bir şekilde hizmet edemeyeceği ve buna bağlı olarak da diğer birlik personelinin motivasyonunu olumsuz yönde etkileyeceği sonucuna varan Askeri Mahkemenin: hizmetinden yeterli fayda sağlanamayacağından bahisle sanığın TSK'dan (takdire) çıkarılmasına karar vermesinde kanuna aykırı bir yön ve isabetsizlik görülmemiş ve tüm yönleri itibarıyla kanuna uygun olan mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmiştir. (As.Yrg.2D.. 5.7.2006.1004/993; Koç, s. 308).

³⁰⁰ Kangal, s.194.

³⁰¹ Çelen, s.82; Koç, s.316.

AsCK'nın 153'üncü maddesinde belirtilen durumlarda, herhangi bir asli ceza olmasa bile fer'î ceza uygulaması yapılarak TSK'dan çıkarılma veya rütbenin geri alınmasına hükmolunur.³⁰² Buna göre, iffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler ile bir kimseyle gayrî tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında TSK'dan çıkarma cezası uygulanacaktır. Kuşkusuz fer'î cezalar zamanaşımı bakımından aslî cezalara bağlıdır. Ancak AsCK md. 153'te aslî ceza olarak öngörülen TSK'dan çıkarma cezasının zamanaşımı süresi hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.³⁰³

Askerî mahkemeler tarafından taksirli suçlar hariç olmak üzere üç aydan fazla hapis cezası verilmesi durumunda, TSK'dan çıkarılma ferî cezası takdiri olarak uygulanabilecektir. TSK'dan çıkarılma ferî cezasının takdiri uygulamasında mahkeme kararında, TSK'dan çıkarılma ferî cezasının gösterilmesi gerekmektedir. Mahkeme kararında bu durum açıkça belirtilmemişse idari işlem olarak TSK'dan çıkarılma uygulanamaz. Hapis cezasının askerî mahkeme tarafından verilmesi yeterlidir ayrıca AsCK'da yer alan bir suçtan dolayı hapis cezası verilmesine gerek yoktur.³⁰⁴

Fer'î cezalar, yukarıda belirtildiği üzere bir ceza mahkûmiyetine bağlanan, ceza mahkûmiyetinin neticesi olan ve onunla birlikte hukuki sonuçlar doğurabilen ceza türleridir. Bununla birlikte AsCK m. 153'te, herhangi bir ceza mahkûmiyeti öngörülmeden fer'î cezaların uygulanabilmesi olanağı tanınmıştır. Bu suçlardan dolayı haklarında kamu davası açılan subay ve astsubaylar açığa çıkarılırlar.³⁰⁵ (TSK Per.K. 65/a)

AsCK m. 153'e göre aşağıda yazılı fiilleri yapmakta ısrar eden kişiler hakkında TSK'dan çıkarılma veya rütbenin geri alınması cezasına mahkemeler tarafından hükmolunacaktır. Bu fiiller;

- (1) İffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile bilerek evlenmek,
- (2) İffetsizliği anlaşılmış bir kimse ile evlilik bağına devam ettirmek,
- (3) İffetsizliği anlaşılmış bir kimseyi yanında bulundurmamak,
- (4) Herhangi bir kimse ile karı koca gibi nikâhsız olarak devamlı surette yaşamaktır.

³⁰² Değirmenci, s.219.

³⁰³ Kangal, s. 194.

³⁰⁴ Değirmenci, s. 218.

³⁰⁵ Polatcan, s.477.

Bunlar aslen ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmış eylemler olmamakla beraber, bu eylemleri icra etmekte ısrar eden personelin TSK'nın üyesi olmaya devam etmesi Kanun Koyucu tarafından uygun görülmemiştir.³⁰⁶

Fer'î cezanın, asli ceza gibi uygulandığı diğer bir grup eylemde ise eylemin ceza kanununda suç olarak düzenlenip düzenlenmediği, cezasının miktarının ne olduğuna bakılmaksızın kişi hakkında fer'î ceza uygulanmıştır. Bu eylemler;

- (1) Başka bir kimseyle gayritabii mukarenette³⁰⁷ bulunmak,
- (2) Bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmaktır.

TSK'dan çıkarılma fer'î cezasının uygulandığı durumlarda kişinin TSK ile ilişkisi kesilir. Bu kapsamda;

(1) TSK'da kazanmış olduğu askerî rütbe ve memuriyetlerini kaybeder. Kişinin, kazanmış okluğu nişan, madalya ve diplomalar kişinin elinden alınmaz. TSK'dan çıkarılan kişiler, yedeklik dönemlerinde er statüsünde bulunurlar. 6136 sayılı Kanun gereği silah bulundurma ve taşıma ruhsatı da alamazlar (m. 7/4).

(2) Subay, astsubay, uzman jandarma ve devlet memuru olarak tekrar Türk Silahlı Kuvvetlerine kabul edilmez.³⁰⁸

2.2.1.1.2.3 Rütbenin Geri Alınması (AsCK m. 35)

TSK'dan çıkarılma cezasını gerektiren ve AsCK'nın 30'uncu maddesinde belirtilen suçlardan herhangi birinden mahkûm olunması hâlinde³⁰⁹ veya taksirli suçlar hariç üç aydan fazla askerî mahkemelerce, bir yıldan fazla askerî veya adliye mahkemelerince hapis cezası verilmesi hâlinde ilgili onbaşı veya çavuş hakkında rütbenin geri alınması ferî cezası uygulanır. Sözleşmeli erbaşlar hakkında söz konusu ceza uygulanamaz (6191 sayılı Kanun m. 4/3).³¹⁰

³⁰⁶ Değirmenci, s. 219.

³⁰⁷ Gayritabii mukarenet, Doğaya aykırı cinsel yaklaşma, örneğin kadına arkadan yanaşılması (Anüs yoluyla cinsel ilişkide bulunulması) Yılmaz, Ejder Hukuk Sözlüğü, Ankara 2012, s.258; Doğal olmayan ilişki demektir. Hukuki anlamda ise erkeğin erkekle, kadının kadınla veya bunların hayvanlarla yaptığı cinsi münasebettir. Özcan, Hüseyin Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü. 7.Baskı. İstanbul 1993. s.254.

³⁰⁸ Değirmenci, s. 219.

³⁰⁹ "... rütbesinin geri alınmasıyla ilgili AsCK'nun 35'inci maddesinin atıfta bulunduğu 4551 sayılı kanunla değişik 30'uncu madde gereğince suç tarihi itibarıyla hırsızlık suçundan, paraya çevrilse dahi, hükümlülük halinde rütbenin geri alınması gerekirken, temel cezanın ağır para cezası olduğundan bahisle, bu ferî cezanın uygulanmamış olması kanuna aykırıdır." (As.Yrg. 1.D. 12.02.2003 tarih, 2003/157-154 E/K).

³¹⁰ "AsCK'da 4551 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra rütbenin geri alınması cezası sadece erbaşlara uygulanabilen bir fer'i ceza olduğundan uzman jandarmalar hakkında koşulların bulunması halinde sadece TSK'den çıkarma cezası uygulanabilir." (As.Yrg.3.D., 13.2.2001. 139/132; Polatcan. s. 829.

Rütbenin geri alınması fer'î cezası sadece erbaşlar (onbaşı ve çavuş) hakkında uygulanabilen bir cezadır. Ancak sözleşmeli erbaşlar hakkında uygulanamaz (6191 sayılı K. md. 4/3). Yine bu ceza uzman erbaşlar hakkında uygulanamaz (3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu md. 6/1, c.4). Uzman jandarma hakkında TSK'dan çıkarma cezası uygulanabileceğinden (AsCK md. 30), bu cezaya mahkûm edilebilmeleri mümkün değildir.³¹¹

211 sayılı TSK İç Hizmet Kanununda Erbaş “İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte ve temin olunan onbaşı ve çavuş rütbelerini haiz asker.” şeklinde tanımlanmıştır.

Rütbenin geri alınması cezası asker kişiler hakkındaki çıkarma cezasına ilişkin AsCK md.30'da gösterilen hâllerde uygulanmaktadır. Böylece rütbenin geri alınması cezası, aslî cezanın türü ve süresi ile işlendiği sabit görülen suçun niteliği gereğince zorunlu olarak ya da kasıtlı bir suçtan dolayı verilen aslî cezanın 3 aydan fazla hapis cezası olması ihtimalinde takdirî olarak erbaşlar hakkında uygulanabilecektir.³¹²

Erbaşın, suçu işlediği tarih itibarıyla çavuş veya onbaşı olması gereklidir. Suçu işlediği tarihte er rütbesinde olan, ancak daha sonra onbaşı veya çavuş olan erbaş hakkında rütbenin geri alınması fer'î cezası verilemez.³¹³

Ayrıca erbaşların, AsCK'nın 66'ncı maddesinde düzenlenen firar ve izin tecavüzü suçlarından mahkûm olmaları halinde rütbeleri, AsCK md. 71 gereğince geri alınarak er statüsüne düşürülürler. İlgili maddeye göre firar ve izin tecavüzü cürümlerinden hüküm giyen çavuş onbaşılardan rütbelerinin geri alınması fer'î cezasına da mahkeme tarafından hükmolunur.³¹⁴

AsCK m. 153 rütbenin geri alınması cezasını gerektiren ve erbaş ve erler hakkında da uygulanabilen bir düzenleme olduğundan, AsCK m. 153 kapsamında yaptırıma bağlanan

³¹¹ Kangal, s. 195.

³¹² "Rütbenin geri alınması' ferî cezasının düzenlendiği AsCK'nın 35'inci maddesinin atıfta bulunduğu aynı Kanunun 30'uncu maddesinde Türk Silâhlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası' için öngörülen hâllerin tümü kasti suçlara ilişkin olup, taksirli suçlar açıkça hariç tutulduğundan, sanık hakkında atılı taksirli suçtan tertip edilen hapis cezası ile birlikte rütbenin geri alınması cezasına da hükmedilmesi hukuka aykırı olduğu ..." (As.Yrg. 3. D., 20.03.2007, 2007/578-616 E.-K., AsYD 2008, sy: 21, sh: 608-612).; Kangal, s. 195.

³¹³ "... Suç tarihinde er olan ve onbaşı rütbesine, suç tarihinden sonraki 6.6.2005 tarihli emirle nasbedildiği anlaşılan sanığın, suç tarihinde onbaşı olduğunun kabulüyle, rütbesinin geri alınmasına karar verilmiş olması hukuka aykırı olduğundan..." (As.Yrg.4.D., 8.1.2008. 75/66; Askerî Adalet Dergisi. Y. 37, S. 130. Temmuz 2009. s. 161.162); Kangal, s. 195; Değirmenci, s. 220.

³¹⁴ "Sanığın onbaşı rütbesini haiz olması karşısında, AsCK'nın 71'inci maddesi hükmü gereğince rütbesinin geri alınmasına karar verilmesi gerekirken bu hususta herhangi bir karar verilmemiş olması..." (As.Yrg.1.D., 04.12.2013 tarih, 2013/1281-1266 E/K); Kangal, s. 195.

eylemleri gerçekleştiren çavuş ve onbaşılar hakkında rütbenin geri alınması fer'î cezasının uygulanması gerekir.³¹⁵

Yine AsCK ek md. 2'de rütbenin geri alınması cezasının uygulanmasının zorunlu olduğu bir hâle yer verilmiştir. Buna göre, fiilî askerlik hizmetini yaptığı esnada bizzat ticaret veya sanatla iştigal etme ya da ticarî veya sınaî kurumlarda görev kabul etme fiillerinin tekerrürü durumunda erbaşlar hakkında aslî cezanın yanısıra, rütbenin geri alınması cezası da uygulanır. Rütbenin geri alınması cezasının uygulanmasının zorunlu olduğu hâllerde, bu ceza mahkeme hükmünde gösterilmemiş olsa bile, idare tarafından mahkeme kararı esas alınmak suretiyle re'sen uygulanacaktır.³¹⁶

Rütbenin geri alınması cezası, hükümlünün rütbesinin geri alınarak erlik statüsüne indirilmesi anlamına gelir. Buna göre, bir çavuş hakkında rütbenin geri alınması cezası verildiğinde onbaşı statüsüne değil, er statüsüne indirilmektedir. Suçu işlediği zaman onbaşı rütbesinde olup da, hüküm tarihinde çavuş rütbesinde olan asker kişi hakkında da rütbenin geri alınması cezası uygulanacaktır. Ayrıca rütbenin geri alınması cezası, askerî hizmetten doğan ve özel kanunda saklı tutulmayan bütün hakların kaybedilmesi sonucunu doğurur (*AsCK md. 35/2*).³¹⁷

Özetle rütbesi geri alınan erbaş hakkında iki sonuç ortaya çıkar;

- (1) Rütbesi geri alınarak er rütbesine indirilir,
- (2) Askeri hizmetten doğan ve özel kanunlarda saklı tutulmayan tüm haklarını kaybeder.

Rütbenin geri alınması cezası, aslî ceza ile birlikte uygulanabilen fer'î bir ceza olmasına karşın, AsCK md. 153'te aslî bir ceza olarak öngörülmüştür. Buna göre, iffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı-koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden erbaşlar ile bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran erbaşlar hakkında rütbenin geri alınması cezasına hükmolunur. Aslî ceza olarak düzenlenen rütbenin geri alınması cezasının zamanaşımı süresine ilişkin bir hükmün bulunmaması önemli bir eksiklik olarak görülmüştür.³¹⁸

³¹⁵ Değirmenci, s. 220.

³¹⁶ Çelen, s.88.; Koç, s.319., Kangal, s. 195.

³¹⁷ Çelen, s.88.; Kangal, s. 196.

³¹⁸ Kangal, s.196.

Daha önce madde metninde yer alırken 25.11.2005 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nce insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza (*rütbenin geri alınması*) verilemeyeceği gerekçesi ile iptal edilen AsCK'nın 35/3'üncü maddesi “*Bu ceza, cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir*” şeklinde idi.³¹⁹

2.2.1.1.2.4 Askeri Öğrencilik Hukukunu Kaybettirme (AsCK m. 32)

Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası yalnızca askerî öğrenciler hakkında uygulanabilen ferî bir cezadır. Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezası, TSK'dan çıkarılma ferî cezasına paralel şekilde düzenlenmiştir, iki bakımdan farklılık bulunmaktadır; öncelikle bu ceza sadece askerî öğrenciler için uygulanır, ikinci olarak da ceza sınırlarında değişiklik yapılmıştır.³²⁰

Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası zorunlu ve takdiri olmak üzere iki şekilde uygulanır. Bu ferî ceza zorunlu uygulandığı takdirde askerî mahkemeler veya adliye mahkemeleri tarafından asıl cezanın verilmesi üzerine, mahkeme kararında askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası belirtilmese dahi uygulanır. Takdiri olarak askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası ise sadece askerî mahkemeler tarafından uygulanabilir, adliye mahkemeleri takdiri olarak bu ferî cezayı uygulayamazlar.³²¹

Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası, aslî cezanın türü ve süresi ile işlendiği sabit görülen suçun niteliği gereği zorunlu olarak uygulanabilmektedir.³²² Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezasının zorunlu uygulaması iki grup suç bakımından mümkündür. Bunlar aşağıda ele alınmıştır;

Zorunlu olarak askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası verilecek haller;

(1) Öncelikle, mahkûm olunan suç tipine bakılmaksızın taksirli suçlar hariç herhangi bir suçtan üç aydan fazla mahkûmiyet kararının verilmesi hâlinde zorunlu olarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme ferî cezası uygulanacaktır.³²³

³¹⁹ 'Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesi, 25.11.2005. 2000/34, 2005/91; 8 Kasım 1006 tarih ve 26340 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

³²⁰ Değirmenci, s. 221

³²¹ Polatcan, s.289., Çelen, s.84., Değirmenci, s. 221.

³²² Kangal, s.196.

³²³ Değirmenci s.221.

Buna göre, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının verilebilmesi için aslî cezanın kasten işlenebilen bir suçtan dolayı hükmedilmiş olması şarttır. Hapis cezası 3 ay ise, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının uygulanmasına olanak yoktur. 3 aydan fazla kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan askerî öğrencinin cezası adlî para cezasına çevrilmişse, TCK md. 50/5 gereğince asıl mahkûmiyet çevrilen adlî para cezası olduğundan artık fer'î ceza olarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasına hükmedilmez.³²⁴

(2) İkinci olarak. Kanunda ismen sayılan suçlardan birinden mahkûm olunması hâlinde zorunlu olarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme fer'î cezası uygulanacaktır. Bu suçlarda Kanun, hapis cezası alınmasını değil mahkûm olunmasını öngörmüştür. Kanunda ismen sayılan suçlar şunlardır: *"Devletin şahsiyetine karşı istenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık sahtecilik inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma. Devlet sırlarını açığa vurma suçları."*³²⁵

Suçun niteliğine göre, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının verilmesinin zorunlu olduğu hâller, AsCK md. 32/1-B tarafından AsCK md. 30/1 -B'ye atıf yapılmak suretiyle gösterilmiştir. Bu suçlardan dolayı verilecek aslî cezanın türü ve süresinin fer'î cezanın uygulanabilirliği bakımından bir önemi yoktur. Aynı şekilde aslî ceza seçenek yaptırımlara çevrilmiş olsa bile, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası verilecektir.³²⁶

Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının takdire bağlı olarak uygulanabileceği hâl ise, AsCK md. 32/2'de gösterilmiştir.³²⁷ Buna göre, taksirli suçlardan verilenler hariç olmak üzere, aslî ceza 3 ay veya daha az hapis cezası olduğu takdirde, aslî ceza ile birlikte askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasına da hükmedilebilecektir.³²⁸ Böylece 3 ay ve daha az bir hapis cezasını gerekli kılan suçun kasten işlenebilen suçlardan olması şarttır. Bu hapis cezası adlî para cezasına çevrildiği takdirde, TCK md. 50/5 gereğince asıl mahkûmiyet çevrilen adlî para cezası olacağından artık askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası uygulanamayacaktır.³²⁹

Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme fer'î cezasının takdiri uygulamasında mahkeme kararında, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme fer'î cezasının gösterilmesi gerekmektedir.

³²⁴ Çelen, s.84., Kangal, s. 196.

³²⁵ Değirmenci, s. 221.

³²⁶ Kangal, s. 197.

³²⁷ Çelen, s.84.

³²⁸ Koç, s.317.

³²⁹ Kangal, s. 197.

Mahkeme kararında bu durum açıkça belirtilmemişse idari işlem olarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme uygulanamaz. Hapis cezasının askerî mahkeme tarafından verilmesi yeterlidir, ayrıca AsCK'da yer alan bir suçtan dolayı verilmesine gerek yoktur.³³⁰

Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının uygulanmasının zorunlu olduğu hâllerde aslî cezanın askerî mahkemeler veya adliye mahkemeleri tarafından verilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası askerî veya adlî mahkemenin ilâmında gösterilmemiş olsa bile, ilgili okul komutanlığı tarafından mahkeme hükmüne dayanılarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme işlemi yapılacaktır. Buna karşın, askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasının uygulanmasının takdire bağlı olduğu hâl, yalnızca askerî mahkeme tarafından uygulanabilir. Adliye mahkemeleri takdire bağlı olarak askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasına karar veremezler. Askerî mahkeme aslî cezaya ilişkin hükmünde askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasına takdiren karar vermemiş ise, ilgili okul komutanlığı artık bu yönde bir işlem yapamaz.³³¹

Hakkında Askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme fer'î cezası uygulanan kişi;

(1) Askerî öğrencilik sıfatını kaybeder,

(2) Bir daha muvazzaf askerî personel yetiştiren okullara giremez.³³² (AsCK m. 32/3)

2.2.1.1.2.5 AsCK 30'uncu Maddesindeki "... gibi ... suçlardan biri..." İbaresinin Kanunilik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi

Kanunilik ilkesinin anlamı özetle şu şekilde açıklanmaktadır: Yasada gösterilmeyen bir fiil suç oluşturmaz; suça ancak yasada gösterilen ceza uygulanabilir.³³³ Kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak ceza kanunları belirli ve açık olacak, ceza kanununda kıyas yapılamayacaktır. Kanun koyucu suç yaratırken hangi fiillerin suç olarak düzenlendiğini ve onun cezasını açık bir şekilde göstermelidir. Buna belirlilik ilkesi denir.³³⁴

³³⁰ Değirmenci, s.221.

³³¹ "AsCK'nın 32/1-A maddesi uyarınca, ceza miktarı itibarıyla, sanık hakkında askerî öğrencilik hukukunu kaybettirme cezasına da hükmedilmesi gerekmekte ise de; sanık aleyhine temyiz istemi olmaması ve bu cezanın hükmünde belirtilmemiş olması hâlinde bile uygulanması gereği dikkate alınarak, bu eksiklik bozma nedeni sayılmamıştır" (As. Yrg. 4. D., 04.12.2007, 2007/1970-1965 E.-K., AsYD 2008, sy: 21, sh: 17-18).

³³² Polatcan, s.317

³³³ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.75;

³³⁴ Demirbaş, s.114.

AsCK 30'uncu maddesinde "yüz kızartıcı suçlardan" bahsedilmektedir. Madde metninde geçen "yüz kızartıcı suç"³³⁵ sınıflandırması, suçların bilimsel sınıflandırılmasında kullanılmayan ancak 19. yüzyıl Osmanlı mevzuatı ile yasalarımızda yer almış bir kavramdır. Sözlük anlamı itibariyle "utanç verici, insanlık onuru ile bağdaşmayan" anlamına gelen "Yüz kızartıcı suç" ibaresi ilk kez 1914 sayılı Çarşı ve Mahallat Bekçileri Hakkında Kanunu Muvakkaten 2'nci maddesinde kullanılmıştır. Türk hukuk mevzuatında 1982 Anayasasının 76'ncı maddesinde söz konusu ibareye rastlandığı gibi memur disiplin hukuku ile ilgili olarak da 5728 sayılı Kanun ile değişiklikten önce 657 sayılı DMK'nın 48/5'inci maddesinde "yüz kızartıcı suç" ibaresi kullanılmıştır.³³⁶

Öğretide SELÇUK, yüz kızartıcı suç ile ilgili değerlendirmenin Fransız ceza yasasındaki sistemden kaynaklandığı, ahlaki bir değerlendirme ile cinayet niteliği verilen suçları işleyenleri, ıslah edilemez suçlular olarak nitelediğini belirtmektedir.³³⁷ CENTEL; yapılacak en doğru şeyin suçlar arasında kişilerin subjektif değerlendirmelerinden ziyade objektif olarak cezaların ağırlığına göre hareket etmek olduğunu ifade etmektedir.³³⁸

Yüksek yargıda "yüz kızartıcı suç" kavramı bazı kararlarda tanımlanmakla beraber asıl önemli sorun hangi suçların yüz kızartıcı suç kapsamında değerlendirileceği noktasında toplanmıştır. Maddede yer alan ve ismen sayılan suçların "yüz kızartıcı suç" olduğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak "gibi" bağlacının yorumu konusunda farklı kararlar bulunmaktadır. Örneğin Danıştay bir kararında "gibi" ibaresini "benzer" şeklinde yorumlamıştır.³³⁹ Yargıtay ise

³³⁵ 657 sayılı DMK 48/A-5. maddesi 5728 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, "...devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma. dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçtan.. ."mahkûm olmamayı öngörü yordu. Maddede "gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlardan" bahsedilmesi nedeniyle bu maddede sayılan suçlar dışında yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı başka suç olup olmadığı, hangi suçların yüz kızartıcı olduğu ve bu konudaki kıstasların neler olduğu konusu doktrin ve yargı kararlarında tartışılmıştı. Doktrinde; yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçların maddede sayılanlardan ibaret olmadığını, "gibi" sözcüğünün "ve benzeri" anlamına geldiğini, dolayısı ile başka yüz kızartıcı suçlar da olabileceğine işaret edilmesine karşın. Ceza Kanunumuzda yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar" diye bir suç kategorisinin olmadığını, kanunlardan çıkarılması gerektiğini, "gibi yüz kızartıcı suçlar" ibaresini, "ve benzeri yüz kızartıcı suçlar" şeklinde değil de. 'sadece bu nevi yüz kızartıcı suçlar' şeklinde anlamak gerektiği savunulmuştu. Bu suçlar dolayısı ile meydana gelen ehliyetsizlikler göz önüne alınınca kanunun dar yorumlanmasının yani sayılanlardan başka yüz kızartıcı suç tahsis edilmemesinin daha isabetli olacağını söylemeliyiz." (Karaarslan. Mehmet, "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi". C. 58, S. 1. 2009. s. 110).

³³⁶ Değirmenci, s. 217.

³³⁷ Selçuk, Sami, Dolandırıcılık, İstanbul 1982, s. 67.

³³⁸ Centel, Nur, Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2002, s.657.

³³⁹ Danıştay 12. D., 27.10.2003, 200/3128 (Danıştay Kararları Dergisi, S.5, s.351).

"gibi" sözcüğünün maddede sayılanlardan ibaret olduğuna karar vermiştir.³⁴⁰ Askerî Yargıtay da kararlarında, Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda görüş sergilemektedir.³⁴¹

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de Türk hukukunda "yüz kızartıcı suç" kavramına açıklık getirmek adına "gibi" bağlacını anlamlandırmış ve "'gibi" bağlacının "benzerleri" olarak değil, "sayılan suçlardan biri" olarak anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir.³⁴²

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu “AsCK 30’uncu maddesinin 1-B bendindeki “gibi” kelimesinin TSK’dan çıkartılmayı gerektiren fiillerin maddede sayılan suçlardan ibaret olduğunu, diğer bir deyişle yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçların kanun metninde

³⁴⁰ Yargıtay 4.D., 08.01.1966, 705/5781.

³⁴¹ "AsCK'nın 30'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının B bendindeki 'gibi' kelimesi, TSK'dan çıkartılmayı gerektiren fiillerin maddede sayılan suçlardan ibaret olduğunu, diğer deyişle yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçların kanun metninde belirtilenlerle sınırlı olduğunu ifade etmek için metne dâhil edilmiştir Dolayısıyla, 'sarkıntılık suçu' AsCK'nın 30/B maddesinde açıkça gösterilen suçlar arasında yer almadığından, bu suçun faili hakkında 'zorunlu TSK'dan çıkarma ferî cezası uygulanamaz (As.Yrg.Drl.Krl. 26.2.2004, 14/38; Koç. s. 308).

³⁴² Türk pozitif hukukunda 'yüz kızartıcı suç' kavramı tanımlanmamıştır. Hangi suçlar yüz kızartıcıdır, hangileri değildir yargısına baz oluşturacak elde somut bir done bulunmaktadır. Statü hukuku yönünden kavramın içeriğini belirlemede getirilen kurallarda sayma yöntemi izlenmiş, bazı suçlar yüz kızartıcı olarak örneklenmiş ayrıca bazı düzenlemelerde “gibi” sözcüğüne de yer verilmiştir. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 65/a maddesinin uygulanması, bunun sonucunda aynı Kanunun 36/a maddesi uyarınca İşlem yapılabilmesi için yüz kızartıcı suç kavramının açıklığa kavuşturulması gerekecektir. Değinilen bu yasal düzenlemelerin uygulanması açısından 926 sayılı Kanun'un kendisine ve Silahtı Kuvvetlerle ilgili diğer düzenlemelerde ölçü alınabilecek bir hüküm bulunmadığına göre, kavrama açıklık getirirken diğer yasal düzenlemelerin buna değin kurallarından pek doğaldır ki yararlanacaktır.

Bugün için "yüz kızartıcı suç" kavramını tanımlayan bir düzenleme bulunmamakla birlikte ilgili alanları bakımından getirilen yasal kurallara bakıldığında, hepsinde de sayılan suçların aynı suçlar olduğu görülecektir. Başta Anayasa kuralı olmak üzere 2839 sayılı. 657 sayılı 647 sayılı, 1136 sayılı Kanunların maddelerinde yüz kızartıcı suç diye hep aynı suçlara yer verilmiştir. Buna bakılarak tanımlı yapılmamakla birlikte, yüz kızartıcı suçların hangi suçlar olduğunda pozitif hukukumuzda birlik bulunduğu söylenebilir. Haliyle 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 65/a maddesinde geçen yüz kızartıcı bir suçtan' ifadesiyle murat edilen suçların, diğer statü ve infaz kanunlarında sayılan suçlar olduğunun kabulü kaçınılmazdır. "Yüz kızartıcı suç" bir kavram olduğuna ve bir içeriğinin bulunması gerekliliğine göre, toplum düzeni ve Devlet yönünden kavramın içeriğinde birlik sağlanması zorunludur. Ayrı yöreler ve toplumun çeşitli kesimleri için oluşan ahlak telakkilerine göre suçlara atfedilen değer yargıları belki değişik olacaktır. Ama Devlet yaşamında bu değişik telakki ve yargılara göre bir kavramın ifade ettiği anlamın belli bir süreçte ve değişik statüler açısından değişkenliğinden söz edilmesi kamu düzeni yönünden kabul edilemez. Daha açık anlatımla: Devlet memurları statüsüne. Hakimlik statüsüne. Milletvekili statüsüne. Subay ve Astsubaylık statülerine göre ayrı ve değişken bir "yüz kızartıcı suç" kavramı saptanması olanaksızdır. Kavram ifade ettiği anlam itibarıyla genel ve herkes yönünden aynı olmak durumundadır. Devlet belli yörelerin yargı değerlerine göre o bölgelerde görevlendireceği kamu görevlileri için ayrı ayrı 'yüz kızartıcı suç' kavramı getiremeyeceği gibi değişik statülere göre de değişik içerikli bir "yüz kızartıcı suç tanımlaması yapamaz. Bu fikir, zamanla "yüz kızartıcı suç" kapsamında değişiklik yapılamayacağı, kavramın statü ve dondurulmuş hâlde kalacağı anlamına alınmamalıdır. Devlet yaşamında oluşan yeni durumlara, saptanacak strateji ve siyasal tercihlere göre ihtiyacın karşılanması için kavrama dahil edilecek veya dışlanacak suç tipleri elbette olacaktır. Ama kavram o devlet içinde herkes yönünden aynı olmak durumunu yine de koruyacaktır.

Bu anlayış doğrultusunda bazı yasal kurallarda yüz kızartıcı suç olarak ismen sayılan suçlar yanında, ayrıca "gibi" sözcüğüne yer verilmiş olmasının ne anlama geldiğinin tartışılması önem kazanmaktadır.

... Gibi sözcüğünün sayılanlara benzer suçları ifade etmek için değil, kanunlarda "sayılan suçlardan biri" anlamında kullanıldığı aşikârdır. Sözcüğe, kullanılış biçimine, düzenlenen sahanın özelliğine bakılmaksızın bu anlamın dışında kanunlara ters gelen bir anlamın yüklenmesi görüşü paylaşılamaz."(AYİM 1. D. 29.01.1991. 91/122735 EK; www.msb.gov.tr. Erişim Tarihi: 26 Temmuz 2014).

sayılanlarla sınırlı olduğunu, ifade etmek için metne dahil edildiğini, dolayısıyla “sarkıntılık suçu” maddede sayılan suçlar arasında yer almadığından fail hakkında TSK’dan çıkarma fer’i cezası uygulanamayacağını” karara bağlamıştır. (As.Yrg.Drl.Krl. 26.02.2004, E.2004/14, K.2004/38)

KOÇ; “yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar sadece maddede sınırlı sayma yolu ile belirtilen suçları yüz kızartıcı suç olarak kabul etmek gerektiğini,”³⁴³

DEĞİRMENCİ; “maddede geçen "gibi" ibaresini, "basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas" suçlarından biri olarak anlamak gerektiğini,”³⁴⁴

ÇELEN de söz konusu ibare ile ilgili olarak “ceza kanunlarında yorum yapmaya imkan verecek düzenlemelerin Anayasa’nın 38’inci maddesine aykırı olduğunu”,³⁴⁵

KANGAL; “AsCK md. 30/1-B’de geçen “...gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suç” ibaresinden hareketle TSK’dan çıkarma cezasının uygulanacağı suçlar genişletilemeyeceğini, AsCK md. 30’un istisnâî bir düzenleme olduğunu ve istisnaların da dar yorumlanacağını, böylece TSK’dan çıkarma cezasının sadece maddede sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceğini” savunmaktadır.³⁴⁶

Kanaatimizce AsCK md. 30/1-B maddesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir yansıması olan ceza kanunlarının belirliliği ilkesine iki yönü ile aykırı bulunmaktadır. Öncelikle yüz kızartıcı suç tanımının herhangi bir yerde yapılmamış olması yönü ile madde sübjektif değerlendirmelere açık bırakılmıştır. İkinci olarak; “gibi...yüz kızartıcı suçlar” ibaresinin TSK’dan çıkarılmayı gerektiren suçların herhangi somut bir kritere bağlı olmaksızın genişletilmesine yol açabileceğinden kanunilik ilkesine açıkça aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Maddede geçen “gibi..” ibaresinin dar yorumlanması gerekir. Öte yandan kanun koyucu tarafından, bu maddenin kanunilik ilkesine aykırı yönlerinin yeniden düzenlenmesi elbette en sağlıklı yaklaşım olacaktır.

³⁴³ Koç, s.311.

³⁴⁴ Değirmenci, s.218.

³⁴⁵ Çelen,s.80.

³⁴⁶ Kangal, s.190.

2.2.1.2 Güvenlik Tedbirleri

2.2.1.2.1 Genel Olarak

Güvenlik tedbirleri öğretide “suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilen ve esas itibariyle sosyal savunma amacına yönelmiş yaptırımlar” olarak tanımlanmaktadır.³⁴⁷

Güvenlik tedbirleri, kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra fail hakkında hakim tarafından hükmedilen yaptırımlardır. Güvenlik tedbirlerinin amacı; suçlunun cezalandırılması olmayıp yeniden suç işlemesinin önlenmesi, böylelikle hem toplumun savunulması ve hem de suçlunun topluma kazandırılmasıdır.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanması, dört şartın varlığına bağlıdır:³⁴⁸

- a. Suç, toplum için tehlikeli halin belirtisini oluşturmaktadır,
- b. Güvenlik tedbirine suçun işlenmesinden sonra hükmedilmelidir,
- c. Güvenlik tedbiri kanun tarafından öngörülmelidir,
- d. Güvenlik tedbirine hakim tarafından hükmedilmelidir.

Öğretide, TCK’da güvenlik tedbirleri kapsamına alınan bazı tedbirlerin aslında fer’i ceza niteliğinde olduklarına dair görüşler mevcuttur.

ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE; Bazı güvenlik tedbirlerinin fer’i ceza niteliğinin öne çıktığını, 765 sayılı TCK’da fer’i ceza olarak düzenlenen bazı kurumların 5237 sayılı TCK’da güvenlik tedbiri şeklinde ifade edilmiş olmasının söz konusu kurumların hukuki niteliğini değiştirmek bakımından yeterli olmayacağını” ifade etmektedir. Ayrıca fer’i cezaların niteliklerine değinilerek “fer’i cezaların mahkumiyetin yasal sonucu olduğu, tek başlarına değil ancak bir cezaya ek olarak asli cezanın etkinliğini arttırmak için uygulandıkları, infazlarının asli cezanın infazından farklı olduğu, geri alınamayıp değiştirilemeyecekleri, halbuki güvenlik tedbirleri bakımından işlenen fiilin türü ve ağırlığının önemi olmadığı, fiil ile tedbir arasında bir bağlantı olmadığı, dolayısıyla fer’i ceza özelliklerinin ağır bastığı” ifade edilmiştir.³⁴⁹

HAKERİ; “kanunumuzda fer’i cezalara yer verilmediğini, bunun yerine emniyet tedbirleri adı altında daha önce fer’i ceza olarak nitelendirilen yaptırımların düzenlendiğine işaret etmiştir.³⁵⁰

³⁴⁷ Soyaslan, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Ankara, 2011, s.211; Artuk, Gökçen, Yenidünya. s. 851; Koca, Üzülmüş, s. 571; Hakeri, s.642; Özgenç, 761; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.650.

³⁴⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya. s. 851, 905;

³⁴⁹ Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.651.

³⁵⁰ Hakeri, s.643.

HAFIZOĞULLARI; güvenlik tedbirlerinin, Türk Ceza Kanunu sistematığı içerisinde bulunduğu yer itibarıyla bir müeyyide mi yoksa güvenlik tedbiri mi oldukları konusunda tereddüt oluştuğunu belirtmektedir. Yine mahiyeti bakımından ihlale tepkiden başka bir şey olmayan, dolayısıyla fer'i ceza olarak adlandırılan “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma”nın ceza müeyyidesi değil de güvenlik tedbiri sayılmasının çelişki olduğunu vurgulamaktadır.³⁵¹

Alman Ceza kanununda da ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak hak yoksunluklarının güvenlik tedbiri olarak değil; tam tersine ceza yanında fer'i ceza olarak görüldüğü belirtilmektedir.³⁵²

Bizce de güvenlik tedbirlerinin kural olarak ertelenememeleri, koşullu salıverilme halinde uygulanmaya devam etmeleri (TCK m.53/3) ve mahkumiyet hükmünün kanuni sonucu olarak hükmedilmeleri nedeniyle³⁵³ fer'i ceza özellikleri taşımaktadırlar. Ancak kuşkusuz kanun koyucunun söz konusu yaptırımları güvenlik tedbiri başlığı altında düzenlemiş olması karşısında, bu yaptırımlara fer'i ceza niteliği kazandırmanın imkanı bulunmamaktadır.

Kanunda öngörülen güvenlik tedbirleri şunlardır (TCK m. 53-60):

- 1- Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma,
- 2- Eşya müsadereşi,
- 3- Kazanç müsadereşi,
- 4- Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri,
- 5- Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri,
- 6- Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular,
- 7- Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri,
- 8- Alkol veya uyuşturucu bağımlısı kişiler hakkında güvenlik tedbiri,

TCK'da düzenlenen güvenlik tedbirlerinin askerî suçlar bakımından da uygulanabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak burada sadece asker kişiler bakımından özellik arz eden ve önemli görülen tedbirlere yer verilmiştir.

³⁵¹ Hafizoğulları, Zeki, Özen, s.491.

³⁵² Hafizoğulları, Zeki, Özen, s.491; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.652

³⁵³ “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş bulunan ve mahkumiyetin yasal sonucu olan bu hak mahrumiyetleri ... kazanılmış hakka konu olmazlar, bir başka anlatımla aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirilmezler. YCGK, 16.02.2010-7-36/30, kararı aktaran Zafer, s.597.

2.2.1.2.2 Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakma

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri, kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olma durumunda uygulanabilen bir güvenlik tedbiridir (TCK. m. 53/1). Söz konusu tedbir, kişinin sahip olduğu kamu görevinin üstlenilmesi, seçme ve seçilme hakkı, velayet hakkı, vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olma, bir meslek veya sanatı icra etmek gibi kanun metninde sözü edilen hakların kullanılamamasına neden olur. (TCK. m. 53/1)

TCK m.53'e göre belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak ortaya çıkabildiği gibi, hakimın zorunlu olarak hükmetmesiyle ya da hakimın takdiren hükmetmesiyle de ortaya çıkabilmektedir.³⁵⁴

Özellikle kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma askerî şahıslar için önem arz eden hak yoksunluklarından birisidir. Bundan dolayı, AsCK ek madde 8/3 söz konusu hak yoksunluğunun askerî personel hakkında uygulanabilmesine ilişkin istisnai düzenlemeler getirmiştir.³⁵⁵

İlgili düzenlemeye göre TSK mensupları hakkında uygulanması öngörülen kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma veya kamu görevi yetkisinin kullanılmasının yasaklanmasına dair güvenlik tedbiri, ilgili personelin belirtilen süre kadar açığa çıkarılması şeklinde uygulanacaktır. Söz konusu güvenlik tedbirinin yedek subaylar ile erbaş ve erler hakkında uygulanmasına karar verilirse, söz konusu güvenlik tedbirinin yerine getirilmesi askerlik hizmetinin tamamlanmasından sonrasına bırakılacaktır.³⁵⁶

Kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan asker kişinin bu cezası ertelenmiş ise, kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma güvenlik tedbirine karar verilemeyecektir (TCK md. 53/4). Bundan, kısa süreli olmayan hapis cezaları ertelenmiş olsa bile, hükümlü asker kişi hakkında kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin uygulanacağı sonucu çıkmaktadır.³⁵⁷

³⁵⁴ Hakeri, s.644.

³⁵⁵ AsCK Ek md. 8/3 ; "Kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma veya bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına dair güvenlik tedbirleri, Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları hakkında, öngörülen süre kadar açığa çıkarılma şeklinde uygulanır. Yedek subaylar ile erbaş ve erler hakkında bu tedbirin uygulanması, askerlik hizmetlerinin tamamlanmasından sonra yerine getirilir "

³⁵⁶ Değirmenci, s.222.

³⁵⁷ Kangal, s.200.

Kamu görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olan asker kişi hakkında, cezanın infazından sonra uygulanmak üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar kamu görevinin kullanılmasının yasaklanmasına ayrıca karar verilir. Sadece adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar kamu görevinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir (TCK md. 53/5).³⁵⁸

2.2.1.2.3 Müsadere

Müsadere sözlükte; *"işlenilen bir suç sebebiyle kişi veya kurumların mallarının bir kısmına veya tamamına el konulması, zorlama tabi tutulması ve bunların mülkiyetinin ya da bedelinin hazineye getirilmesi"* şeklinde veya *"bir kimsenin taşınır veya taşınmaz bir malının rızası olmaksızın devlet güçleri tarafından elinden alınması"* şeklinde tanımlanmaktadır.³⁵⁹

Anayasa'ya göre genel müsadere cezası verilemez (Ay m.38/7.) Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilemez. (TCK m.70).

TCK'da müsadere; eşya müsaderesi (TCK m. 54) ve kazanç müsaderesi (TCK m. 55) olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenmektedir. Eşya müsaderesinde; kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla³⁶⁰ devletin mülkiyetine geçirilmektedir. Kazanç müsaderesinde ise suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaat failden alınmaktadır. Müsadereye konu olacak eşyalar şunlardır:³⁶¹

- Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan³⁶² veya,

³⁵⁸ Kangal, s.200.

³⁵⁹ Şafak, Ali Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü.4. Baskı. Ankara, s. 380; Artuk, Gökçen, Yenidünya s.915; Şener Esat Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.568

³⁶⁰ Özgenç, s.788-789, Örnek: A, otomobili, trafiğe tescil edilmiş ve ruhsata bağlanmış olmasının oluşturduğu güvene dayanarak X'den noter huzurunda imzalanan sözleşme ile satın almış ve kendi üzerine tescil ettirmiştir. Bu nedenle A'nın kaçak eşyayı satın alma suçuna ilişkin kastının varlığından söz edilemez. Bu durum karşısında A'nın iyiniyetinin TMK 2'nci maddesi gereğince korunması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu durumda A'nın mülkiyetindeki otomobilin müsadere edilememesi gerekir.

³⁶¹ Zafer, s.602.

³⁶² "Olayda müsaderesi talep edilen tabanca herhangi bir suçun konusu olmayıp, özel ferdi ithal silah menşei belgesine bağlanması idare tarafından kabul edilmediği için, bulundurulması ve taşınması mevzuata göre mümkün olmayan ve bu nedenle münhasıran müsadereye tabi eşya niteliğindedir" (As.Yrg.1.D., 25.06.2008 tarih, 2008/1996-1994 E/K)

"... hükümlünün işlediği amiri tehdit suçunda kullanmış olduğu zati tabancasının ve anılan tabancaya ait şarjör ve mermilerin müsadere edilmesine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." (As.Yrg.2.D., 03.12.2008 tarih, 2008/2649-2636 E/K)

- Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya,
- Kasıtlı bir suçtan meydana gelen eşya.

Müşadere kararı verilebilmesi için kasıtlı bir suçun icrasına başlanmış olması yani suçun teşebbüs derecesinde kalmış olması yeterlidir.³⁶³ Kural olarak müşadere konusu suç hakkında kamu davası açılmışsa esasla birlikte karara bağlanır. Ancak kamu davası açılmamış veya esasla birlikte bir karar verilmemişse bu konuda bir karar verilmesi için yetkili mahkemeye başvurulabilir.(CMK 256/1)

TCK'nın eşya müşaderesine (md. 54) ve kazanç müşaderesine (md. 55) ilişkin hükümleri askerî suçlar açısından da uygulama alanı bulabilecektir.³⁶⁴ Bununla birlikte AsCK md. 78'de müşadereye ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. İlgili düzenlemeye göre *“düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastıyla yabancı bir ülkeye sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mallarının müşaderesine karar verilecektir”*.

KANGAL; “AsCK m. 78’de yer alan düzenlemenin kişinin suç ile ilgisi olup olmadığına bakılmaksızın tüm mallarının müşaderesine olanak tanıdığı, oysaki müşaderenin suçla ilgili eşyanın veya suçla elde edilen menfaatin devlete geçirilmesi hali olduğu, bu itibarla ilgili hükmün, Anayasanın 38’inci maddesinin 9’uncu fıkrasında düzenlenen "genel müşadere yasağına aykırılık teşkil ettiğini” ifade etmektedir.³⁶⁵ Kanaatimizce de; suçla ilgisi olmayan eşyanın müşaderesi mümkün olmamalıdır.

2.2.1.2.4 Tekerrür

Tekerrür, bir kişinin işlediği suçtan dolayı hüküm giydikten sonra yeni bir suç işlemesi veya önceki suçundan dolayı gerçekleşen cezalandırmadan sonra yeni bir suç işlemesi şeklinde

³⁶³ Özgenç, s.779; Zafer, s.604.

³⁶⁴ “ Suçta kullanılan zati tabancanın, silah taşıma yetkisini haiz bir askeri şahsa ait olması müşaderesine engel değildir.” (As.Yrg.3.D. 18.03.1969 E:152, K:146; 2.D. 25.12.1969 E:563, K:572.) Çelen, s.24.

"Cep telefonları, 5237 sayılı TCK'nın 54'üncü maddesinin 4'üncü fıkrası kapsamında mütalâa edilerek müşaderesine karar verilmesi mümkün olan, üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya niteliğinde değildir. Sanık Er'in, emirle yasaklanmasına rağmen kışla içerisinde cep telefonu bulundurulması, bu cihazı suçta kullandığı anlamına gelmemektedir. Cep telefonu burada suçun konusunu oluşturmaktadır. Cep telefonlarının, örneğin, bir hırsızlık suçunun işlenmesi, uzaktan komuta cihazı olarak kullanılmak suretiyle patlayıcı maddelerin infilak ettirilerek tahrip ve sabotaj yapılması, gizlilik dereceli bilgilerin kaydedilerek aktarılması gibi suç teşkil eden fiillerde bir araç olarak kullanılması ve bu suçtan mahkûm olunması hâlinde ancak 5237 sayılı TCK'nın 54'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gereğince müşaderesine hükmolunması mümkün olabilecektir. ... kışla içerisinde sanık Er'in üzerinde ele geçirilen cep telefonu, 'emre itaatsizlikte ısrar' suçunda kullanılan değil, bu suçun konusunu teşkil eden bir eşya niteliğinde bulunduğundan, 5237 sayılı TCK'nın 54'üncü maddesine göre müşaderesine karar verilmesi mümkün değildir" (As. Yrg. 4. D., 15.04.2008, 2008/788-779 E.-K., AsYD 2009, sy: 22, sh: 567-569).

³⁶⁵ Kangal, s. 201

tanımlanmaktadır.³⁶⁶ 765 sayılı TCK zamanında tekerrür cezayı ağırlatıcı bir neden olarak düzenlendiği hâlde 5237 sayılı TCK'da tekerrür cezayı etkilememekte, infaz rejimini değiştirmektedir.³⁶⁷

AsCK'da tekerrür özel hükümler bölümünde her bir suç bakımından ayrı olarak cezayı artırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu tekerrür hükümlerinin nasıl uygulanacağına ilişkin AsCK'nın 42'nci maddesinde de düzenleme yer almaktadır.³⁶⁸

AsCK ek madde 8 ile fer'î askerî cezalar, cezaların ertelenmesine ilişkin hükümler ile zamanaşımına ilişkin 49/A maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla TCK'nın genel hükümlerinin, AsCK bakımından da uygulanmasına başlanmıştır. Tekerrür hükümleri de, TCK'nın genel hükümlerinde düzenlendiğinden dolayı askerî suçlar bakımından uygulanabilecek hükümlerdendir.³⁶⁹

Ancak Askerî Yargıtay, 2005 tarihli bir Daireler Kurulu kararı ile Ek madde 8'de yer alan söz konusu düzenlemeye rağmen AsCK m. 42'de yer alan düzenlemenin TCK'nın 58'inci maddesindeki düzenlemeden tamamen farklı ve özel bir hüküm niteliğinde olmasına dayanarak AsCK m. 42'nin yürürlükte olduğuna karar vermiştir.³⁷⁰

³⁶⁶ Koca, Üzülmüş, s.540.

³⁶⁷ *Hükümlü hakkında firar suçlarından dolayı tesis olunan mahkumiyet hükümlerinin koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanabilmesi yönünden "onbeş ay hapis cezası" şeklinde toplanmasına karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak hükümlü hakkında cezalarının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesinin zorunlu olması, koşullu salıverme süresini etkilemesi dikkate alındığında Askeri Mahkemece içtima kararında bu konuda bir karar verilmemesi nedeniyle duruşmasız işlere dair kararın kaldırılmasına" (As.Yrg.1.D., 20.04.2011 tarih, 2011/384-377 E/K),; Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.937.*

³⁶⁸ Değirmenci, s.223.

³⁶⁹ Değirmenci, s.224.

³⁷⁰ *AsCK'nın 42'nci maddesinde yer alan tekerrür' hükmü. 765 sayılı TCK'nın 81 İla 5237 sayılı YTCK'nın 5 ve 58'inci maddelerinde yer alan tekerrüre ilişkin düzenlemelerden tamamen farklı ve özel bir hüküm niteliğindedir. Gerçekten AsCK'nın düzenleme biçimi ve sistematüğinden de anlaşılacağı üzere teşebbüs, iştirak, cürüm ve cezaların içtimai, cezaya ehliyet veren ve bunu kaldıran ve hafifleten sebepler TCK'ya atıf yapılmak suretiyle düzenlendiği hâlde, tekerrür müessesesi TCK'daki tekerrürden tanım ve uygulanma esasları bakımından tamamen farklı bir biçimde düzenlenmiştir. Nitekim, 765 sayılı TCK'nın tekerrürle ilgili düzenlemelerinde, suçların türleri konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemesine ve herhangi bir suçu işleyen hükümlünün kanunda belirtilen süre ve şartlar içerisinde ikinci bir kez suç işlemesi hâlinde cezasının tekerrür nedeniyle (kanunda belirtilen oranda) artırılması öngörüldüğü hâlde, 5237 sayılı YTCK'nın 58'inci maddesinin konuyla ilgili hükümleri, tekerrürün cezai artırım nedeni olmayıp, özel infaz rejimini düzenleyen bir müessese olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Oysa, AsCK'nın 42'nci maddesi, tekerrürün bu Kanun yönünden sadece AsCK'da yer alan ve madde metninde cezanın tekerrür sebebiyle arttırılmasına açıkça imkan veren askerî suçlarla sınırlı şekilde uygulanabileceğini ortaya koymaktadır. AsCK'nın 42'nci maddesinde yer alan tekerrür hükmü, bu güne kadarki yargısal uygulamalarda sadece madde metninde tekerrür sebebiyle cezanın artırılacağı öngören (Örneğin AsCK'nın 66/2-c. 67/c ve EK-1 'inci) maddelerindeki suçu ikinci bir kez işleyen kişiler hakkında uygulanmış olup, AsCK'nın da düzenlenen diğer suçları tekerrüren işleyenler hakkında 765 sayılı TCK'nın tekerrüre ilişkin hükümlerinin tatbikine cevaz verilmemiştir. Uygulamadaki istikrardan da anlaşılacağı üzere, AsCK'nın 42'nci maddesindeki tekerrür hükmü (aynı Kanun'un 11-15'inci maddelerinde tarifli yapılan ve AsCK'ya özgü artırım sebepleri sayılan diğer kavramlarla birlikte) yürürlükte dir. Kaldı ki, 5349 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile 5252 sayılı*

Askerî Yargıtay 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine aykırı hükümlerin ilgili kanunlarda değişiklikler yapılncaya ve en geç 31 Aralık 2008'e kadar uygulanacağını öngören 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesine dayanarak AsCK'daki tekerrürün genel hükümlere aykırı hükümler içermesi nedeniyle AsCK'daki tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündeydi. Askerî Yargıtay, tekerrürün AsCK'nın özel hükümlerinde yer aldığını, AsCK md. 42'nin ise, özel hükümlerde yer alan tekerrürün genel koşullarını gösterdiğini belirtmekteydi. Askerî Yargıtay, AsCK'nın genel hükümlerinde yer alan md. 42'nin özel hükümleriyle bağlantılı olan ve onların uygulanabilirliğini sağlayan bir düzenlemeyi ihtiva ettiğinden, AsCK ek md. 8 gereğince zımnen ilga edilmemiş olup, halen yürürlükte olduğu; AsCK tekerrür bakımından kendine özgü bir sistem benimsediğinden TCK md. 58'deki tekerrüre ilişkin düzenlemelerin askerî suçlar bakımından uygulama alanı bulamayacağı düşüncesindeydi.³⁷¹

Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi, TCK'da cezayı artıran bir neden olarak düzenlenmeyen tekerrürün, AsCK m.42 ve AsCK m. 66/2-c kapsamında cezayı artırıcı bir neden olarak düzenlenmesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu yolundaki Anayasaya aykırılık itirazını asker kişi ile sivil kişi arasında eşitlik ilkesi yönünden bir karşılaştırmanın yapılamayacağı gerekçesi ile reddetmiştir.³⁷²

Kanuna eklenen geçici 1'inci maddesinde; diğer kanunların 5237 sayılı TCK'nın Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümlerinin ilgili kanunlarda değişiklikler yapılncaya ve en geç 31.12.2006 tarihine kadar yürürlükte olduğu da açıkça belirtildiğinden, TCK'nın tekerrür ile ilgili genel hükümlerinden farklı doğrultuda hukuki yarar ve esasları düzenleyen AsCK'nın 42 ve 66/2-c maddelerinin bu yönüyle de halen yürürlükte olduğu ve sanığın sabit görülen eyleminin mükerrer firar suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmış ve aksi doğrultudaki Daire İlâminin isabetli görülen Başsavcılık İtirazı doğrultusunda kaldırılmasına karar verilmiştir. (As. Yrg. Dr. Krl. 27.10.2005.99/94),; Koç. s. 326

³⁷¹ 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 'özel kanunlarla ilişki' başlığı altında düzenlenen 5'inci maddesi; "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmünü içermekte olup, 5237 sayılı TCK'nın 5 ve 58/4'üncü maddeleri birlikte ele alındığında, ilk bakışta sırf askerî suç niteliğindeki emre itaatsizlikte ısrar suçunda tekerrür hükmünün uygulanabilir olduğu düşünülebilirse de, AsCK'nın hâlen yürürlükte bulunması, 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Geçici 1'inci maddesindeki; 'Diğer Kanunların (5'inci maddede sözü edilen; özel ceza kanunları ve ceza içeren TCK dışındaki kanunlar), 5237 sayılı TCK'nın birinci kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümler, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır' şeklindeki hükmü karşısında, bu aşamada AsCK kapsamında geçerli olan özel tekerrür hâlinin zımnen ilga edildiği söylenemez. // Askerî Ceza Kanununda yer alan 'tekerrür' hükmü, Türk Ceza Kanununda yer alan tekerrür düzenlemesinden tamamen farklı ve özel bir hüküm niteliğindedir. AsCK'nın 42'nci maddesi; tekerrürün sadece AsCK'da yer alan ve madde metninde cezanın tekerrür sebebiyle arttırılmasına açıkça imkân veren askerî suçlarla sınırlı olarak (Örneğin, AsCK'nın 65, 66, 67, 75, Ek-1 ve Ek-2'nci maddeleri) uygulanabileceğini ortaya koymaktadır. Uygulama bu şekilde istikrar bulmuş, AsCK'da düzenlenen diğer suçları mükerrer olarak işleyenler hakkında, TCK'nın tekerrüre ilişkin hükümlerinin tatbikine cevaz verilmemiştir" (As. Yrg. DK., 29.06.2006, 2006/151-147 E.-K., AsYD 2007, sy: 20, sh: 8). Aynı yönde bkz. As. Yrg. DK., 06.07.2006, 2006/144-151 E.-K. (AsYD 2007, sy: 20, sh: 10-12); As. Yrg. DK., 05.01.2006, 2006/2-2 E.-K. (AsYD 2007, sy: 20, sh: 3-5); As. Yrg. DK., 01.05.2008, 2008/83-79 E.-K. (AsYD 2009, sy: 22, sh: 1-6); Kangal, s.201.

³⁷² Kangal, s. 202; Değirmenci, s.224;

Daha sonraki bir kararında Askerî Yargıtay, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinde belirtilen sürenin dolması nedeniyle TCK md. 5'in AsCK bakımından da uygulama alanı bulacağı görüşünden hareket ederek, tekerrüre ilişkin AsCK md. 42'nin ve özel hükümlerde yer alan tekerrür düzenlemelerinin zımnen ilga edildiği, askerî suçlar bakımından TCK md. 58'deki tekerrür düzenlemesinin geçerli olacağı sonucuna ulaşmıştır³⁷³.

Askerî suçlar bakımından da TCK md. 58'deki tekerrüre ilişkin koşullar aranacaktır. Buna göre tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için;

Başvuru kararında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesi hükmü uyarınca tekerrür nedeniyle cezanın arttırılması uygulamasına son verildiği, tekerrürün artık cezanın infazı aşamasında dikkate alınacak bir kurum haline dönüştürüldüğü, aynı Yasanın 5'inci maddesinde Türk Ceza Kanunu'nun geçici hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza İçeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı hükmüne yer verildiği, ancak 5252 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi uyarınca bu hükmün 31.12.2008 tarihine kadar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan tekerrür hükümleri bakımından uygulanmaması nedeniyle Askerî Ceza Kanunu'nun tekerrür halinde cezanın artırılmasını öngören 42. ve 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinin bu tarihe kadar yürürlükte kalacağı, bu durumun ise Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik İlkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı İşleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen tekerrür kurumu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişi hakkında hüküm kurulurken ve hükmolunan hapis cezasının infazı sırasında dikkate alınacak bir neden olarak düzenlenen tekerrür kurumundan sadece tekerrürün özel olması bakımından değil, aynı zamanda tekerrürün yasal bir ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmesi açısından da farklı bir nitelik taşımaktadır. Bu durum, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen tekerrür kurumunda, Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, failin kişisel durumu yanında, askerlik hizmetinin gereklerinin dikkate alınmasından ve asker kişiler ile sivil kişilerin farklı hukuksal konumda bulunmalarından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, farklı konumda bulunan asker kişiler ile sivil kişilerin farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Askerî Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen mükerrerlik durumunun, aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen "fırar" ve "İzin, istirahat veya hava değişimi tecavüzü" suçlarına özgü bir artırım hükmü niteliğinde olduğu, sivil kişilerin böyle bir suçu işlemelerinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, asker kişi ile sivil kişi arasında eşitlik ilkesi yönünden böyle bir karşılaştırma yapılamayacağı da açıktır."

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu kurallar, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." (Anayasa Mahkemesi. 27.11.2008, 2007/48. 2008/178; 29 Ocak 2009 tarih ve 27125 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

³⁷³ Kangal, s.202; "... Askerî Ceza Kanununun 'Tekerrür' konusunu düzenleyen 42'nci maddesi, 5252 sayılı Kanunun Geçici 1'inci maddesinde tanınan sürenin dolduğu 31.12.2008 tarihini takip eden 01.01.2009 tarihinden itibaren, 5237 sayılı TCK'nın 5'inci maddesinin hiçbir tereddüde ve tartışmaya yer vermeyecek kadar açık emredici hükmü karşısında, uygulanamaz hâle gelmiş olup, bir bakıma zımnen ilga edilmiş bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, Askerî Ceza Kanununun 'İzin tecavüzü' suçunu düzenleyen 66'ncı maddesinin, suçlunun 'Mükerrir' olması hâlinde hapis cezasının iki yıldan az olamayacağını belirten 2'nci fıkrasının (c) bendi de zımnen ilga edilerek uygulanmasına son verilmiştir" (As. Yrg. DK., 12.02.2009, 2009/20-18 E.-K., AsAD Temmuz 2009, yıl: 37, sy: 130, sh: 117-122). Aynı yönde bkz. As. Yrg. DK., 07.05.2009, 2009/62-62 E.-K. (AsYD 2010, sy: 23, sh: 14-20).

1-Önceden işlenen bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkumiyet kararının verilmiş olması,^{374/375}

2-Kesinleşen mahkumiyet kararından sonra belirli bir süre içinde tekrar yeni bir suçun işlenmiş olması gerekir.³⁷⁶

Tekerrür hükümlerinin uygulanması ile mükerrirler hakkında; seçenek cezalardan ağır olanın uygulanması, cezaların yüksek güvenlikli kapalı infaz kurumlarında çekilmesi gibi özel infaz rejimine tabi olmaları, cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması ve koşullu salıverme sürelerinin uzaması gibi sonuçlar doğuracaktır.³⁷⁷

TCK md. 58/4, sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bundan, genel suçlar ile askerî suç benzerleri arasında tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır.

³⁷⁴ “..... suçta tekerrür hükümleri yönünden yapılması gereken değerlendirmede sanık hakkında, geçmişindeki mahkumiyetleri nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 58’inci maddesinin uygulanması ve cezanın infazının mükerrirlere özgü infaz rejimine göre yapılmasına karar verilmesi gerekirken aksi yönde uygulama yapılmış olması ...”, (As.Yrg. 2.D’nin 13.07.2011, 2011/578-578 E/K sayılı ilamı).

³⁷⁵ “Sanık hakkında adli para cezasına hükmedildiği için mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtilemeyeceği” (As.Yrg.1.D. 05.06.2013, 2013912-867 E/K)

³⁷⁶ Zafer, s.618.

³⁷⁷ Hakeri, s.666.

SONUÇ

Özel ceza yasaları kendi alanlarında suç ve ceza yaratır; ancak çoğunlukla bu suçlar hakkında uygulanacak genel hükümlere ilişkin düzenlemeler getirmez. Kanun koyucu TCK m.5 düzenlemesi ile TCK'daki genel hükümlerin Askeri Ceza Kanunu da dâhil olmak üzere diğer özel ceza kanunlarını ihlal eden fiiller için de uygulanmasını amaçlamıştır. Ancak kanun koyucu suç siyaseti nedenleriyle, özel ceza kanunlarında bu kanuna özgü olarak farklı genel hükümler öngörmek isteyebilir.

TCK ile AsCK arasındaki uyumu TCK'nın 5'inci maddesi, AsCK'nın 1'inci ve Ek 8'inci maddeleri sağlamaktadır. Ek 8'inci madde “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinin Askeri Ceza Kanununda yer verilen suçlar hakkında da uygulanacağı” ifade edilmektedir.

Ancak “Ek madde 8/1 'in mutlak olarak uygulanması AsCK'yı uygulanamaz hâle getirecektir. Çünkü AsCK'nın genel hükümlerinde kendine özgü pek çok düzenlemesi vardır. Bunların yerini TCK'nın genel hükümlerinin alacağını kabul etmek olanaksızdır. Örneğin, AsCK'nın “vazife esnasında korku” yu düzenleyen 46'ncı maddesi, uygulama alanını gösteren hükümleri (md. 3-7), cezanın artırılmasına ilişkin durumları gösteren düzenlemeleri (md. 50-51) kendine özgü düzenlemeleridir. Bu nedenle TCK'nın genel hükümlerinde karşılığı bulunmayan AsCK'nın kendine özgü hükümlerinin uygulanmaya devam etmesi gerekmektedir. Bunların yerine TCK'nın genel hükümlerinin geçerli olduğunu kabul etmek, kanun boşluklarının oluşumuna sebebiyet verebilecektir.”³⁷⁸

Bahsi geçen kanun maddeleri doğrultusunda TCK genel hükümleri AsCK'da da uygulanacağından TCK'nın genel hükümleri içerisinde düzenlenen yaptırım sistemine ilişkin hükümler de AsCK'da uygulanabilecektir. Şüphesiz ceza ve cezalandırmanın temelleri konusunda da Askeri Ceza Hukukunda aynı ilkeler çerçevesinde hareket edilecektir.

Öğretide yapılan tanımlardan “cezanın” işlenen bir suç karşılığında uygulanan yaptırım olduğu, korkutucu ve caydırıcı özelliğinin öne çıktığı, ayrıca bir üst otorite (devlet) tarafından yargı organları eliyle uygulanması gerektiği, özelde suç işleyen kişinin ıslahını, genel manada ise kamu düzenini hedeflediği, anlaşılmaktadır. Askeri Ceza Hukukunda ise kamu düzeninin

³⁷⁸ Kangal, Zeynel, “Askeri Ceza Hukuku” s.34; Erman, s.5; Değirmenci, s.33.

sağlanması amacının yanı sıra bu kavramın silahlı kuvvetlerdeki karşılığı olarak görülebilecek “askeri disiplin” kavramı öne çıkmaktadır. Böylece Askeri Ceza Hukukunda cezanın; askeri hizmetin devamlılığı ve askeri disiplinin tesisi gibi özel bir amacı da bulunduğu söylenebilecektir.

Cezalandırmanın üç temel ilke üzerine bina edildiği görülmektedir. Bunlar; cezaların kanuniliği, bireysellik ilkesi ve cezanın insan haysiyet ve onuru ile bağdaşması şeklindedir.

Kanunilik ilkesi çerçevesinde Askeri Ceza Kanunu’na bakıldığında; “kanunda yer alan bazı suçlarda ceza aralığının çok fazla olduğu, pek çok suçta suçun işlenme şekline, suçun konusuna ve fiilin askeri disiplin açısından önemine göre “az vahim hallerin kabul edildiği, “az vahim hal”in herhangi bir kanunda tanımlanmadığı, AsCK’nın 87’nci maddesinde düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar suçunda yer alan “hizmete ilişkin emrin” içeriğinin askeri idare tarafından belirlenmesinin” suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve “sırf askeri suç” ile “yüz kızartıcı suç” kavramlarının net bir tanımı yapılmamış olmakla farklı yorumlara sebep olabildikleri” görülmektedir.

Örneğin KANGAL, askeri Yargıtay’ın sırf askeri suç ile ilgili yorumuna eleştiri getirerek; “TCK’da yer alan kasten yaralama suçunun Askeri Ceza Kanunu’na aktarılmış türlerinden biri olan amire veya üste fiilen taarruz suçunun (AsCK m.91) sırf askeri suç sayılmasına karşın diğer türü olan asta müessir fiil suçunun (AsCK m.117) askeri suç benzeri kabul edilmesini eleştirerek, Askeri Yargıtay’ın askeri suçları ayırmadaki kriterlerinin yetersiz kaldığını, suçun niteliğinden çok başka mülahazalarla hareket ettiğini, bu yüzden de kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyduğunu ifade etmektedir.”³⁷⁹

Ceza Sorumluluğunun Bireyselliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğini değerlendirdiğimiz AsCK’nın 78/C-2 maddesinin de halen Askeri Ceza Kanunundaki yerini muhafaza ettiği, erbaşların rütbelerinin kıtası huzurunda söküleceğine dair düzenlemenin ise 2005 tarihinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararına konu olduğu görülmektedir.

Cezanın sahip olması gereken kriterler kısaca özetlenmek gerekirse;

1. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza, yasa tarafından gösterilmelidir.
2. Ceza eşit olmalıdır. Aynı suçu işleyen herkes aynı ceza ile cezalandırılmalıdır.

³⁷⁹ Kangal, s.87.; Duran Gökhan Yaşar, Askeri Ceza Hukukunda Asta Müessir Fiil Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, sayı 113, s. 224.

3. Ahlaki ve insan onuru ile bağdaşır nitelikte olmalıdır.
4. Bölünebilir (işlenen suçun ağırlığına, suçlunun kişiliğine ve kusuruna uydurulabilmesi) olmalıdır.
5. Ceza, adli hata halinde geri alınabilmeli, kabili tamir olmalıdır.
6. Cezanın şahsiliği ilkesi uyarınca, yaptırım sadece suç işleyen faile uygulanmalıdır.
7. Suçun ağırlığı ile orantılı ve etkili olmalıdır.
8. Devlete mümkün olduğu kadar az yük getirmelidir.
9. Faydacı yani ıslah edici olmalıdır.
10. Ceza muhakemesi sonucunda yargı organları tarafından verilmelidir.

Askeri Ceza Kanunu'nda öngörülen cezalara bakıldığında; 5237 sayılı kanun ile terk edilen asli ceza-fer'i ceza ayrımı AsCK ek madde 8 ve 10 gereğince askeri ceza hukukunda uygulanmaya devam olunmaktadır. AsCK'da; ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları olmak üzere üç adet asli cezaya yer verildiği ve TSK'dan çıkarılma, rütbenin geri alınması ve askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme olmak üzere fer'i cezaların da varlıklarını muhafaza ettirdikleri görülmektedir. Ayrıca kısa hapis cezası ile ölüm cezasının da kanun metninde halen yer aldıkları görülmekte ise de ölüm cezasının Anayasa hükmü ile kaldırılmış olması, kısa hapis cezasının da 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu vasıtasıyla uygulanamaz hale getirildiğinden pratikte bir önemi kalmamıştır. Ancak teorik olarak ölüm cezasına hükmedilmesi mümkün görülmektedir. Bu durumda Askeri Ceza Kanununda yer alan ve Anayasa'ya açıkça aykırı olan ölüm cezasına ilişkin düzenlemelerin ancak tarafların itirazı üzerine somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından iptali yoluna gidilebileceği değerlendirilmiştir.

AsCK'nun pek çok maddesinde mevcudiyetini devam ettirdiği görülen "ağır hapis" cezaları 5252 sayılı kanun gereği hapis cezası olarak uygulanacaktır. Bir diğer farklılık da Askeri Ceza Kanununda yer alıp da alt ve üst sınırları belirtilmemiş cezalarda yaşanmaktadır. Şu durumda TCK m. 49 gereği AsCK'da yer alan hapis cezaları, kanunda aksi gösterilmediği müddetçe 1 aydan az, 20 yıldan fazla olamayacak, "ağır hapis" cezası öngörülen ve alt sınırı gösterilmeyen hapis cezalarında ise alt sınır AsCK ek madde 9 gereği 1 yıl olarak uygulanacaktır.

Kural olarak adli para cezası AsCK'da bir yaptırım türü olarak belirtilmemiş ise de kanunun TCK'nın özel hükümlerine yaptığı atıflar yolu ile adli para cezası da uygulanabilmektedir. Ayrıca AsCK'da belirtilen iki istisnai durumda da doğrudan adli para cezasına hükmedilebilecektir.

AsCK ek md. 4'e göre, “*olağanüstü hâlin, seferberliğin ya da savaş hâlinin devamı boyunca askerî hizmet yaparken maddede sayılan işlerde zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet veya hırsızlık suçunu işleyen asker kişi hapis cezasının yanında, beş yüz liradan aşağı olmamak üzere adlî para cezasıyla cezalandırılacağı*” belirtilmiş, ikinci olarak AsCK m. 78/C-2'de; “*düşman tarafına kaçan veya seferberlikte mükellef olduğu hizmetten uzak kalmak kastıyla yabancı bir ülkeye sığınanların veya yabancı memlekette kalanların mallarının müsadereğine karar verileceği*” belirtilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu'nun sistematüğini anlayabilmek için askerî suçun tanımına bakmakta fayda olacaktır. Askerî Ceza Kanunu'nun l'inci maddesine göre Askerî Suç; kanunun ölüm, ağır hapis ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar, şeklindedir. Doktrinde askerî suçun tanımı ise şu şekilde yapılmıştır: “*Unsurları ve cezaları AsCK'da gösterilen suçlarla unsur ve cezaları itibariyle AsCK'nun TCK'ya atıfta bulunduğu suçlar askerî suçtur. Bunlar dışında kalan suçlar askerî suç değildir.*”

Bir başka ayrıma göre askerî suçlar iki kategoride incelenmektedir. 1-Sırf askerî suçlar 2-Askerî suç benzerleri. Sırf askerî suçlar, bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de, bu sıfatı taşımayan kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel ceza kanununda kısmen ya da tamamen öngörülmeleyen suçlardır. Askerî suç benzerleri ise, asker olmayan kişiler tarafından da işlenmesi mümkün olup askerî bir menfaati korumak gayesini taşıyan, bütün veya bir kısım unsurları ile genel ceza kanununda öngörülen ve askerî ceza kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suçlardır.³⁸⁰

Sırf askerî suç ve askerî suç benzeri ayrımı nazari bir ayrım olmayıp uygulamada pratik sonuçları da bulunmaktadır. Örneğin askerî suç benzerlerinden dolayı suçluların iadesi mümkün olduğu halde sırf askerî suçlar kapsam dışı bırakılmıştır.³⁸¹ Keza AsCK 47/B-C bentlerinde düzenlenen cezaların ertelenmesi hükümlerinde de benzer bir farklılık söz konusudur.

Bir suçun sırf askerî suç olarak nitelendirilmesi için bir arada bulunması gereken 3 şartı şu şekilde belirtmek mümkündür:

1-Failin asker kişi olması,

³⁸⁰ Erman, Sahir, “Askerî Ceza Hukuku”5. Bası, İstanbul 1970 sf.151.; Centel-Zafer-Çakmut, s.188.

³⁸¹ Bkz. Suçluların iadesine dair Avrupa Sözleşmesi, m.4.; Çelen, s. 78

2-Fiilin askeri bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmesi

3-Fiilin kısmen veya tamamen başka bir kanunda suç olarak öngörülmemiş olması.

Askeri suçları sınıflandırmada kullanılan bir diğer ayrım da Asli ceza-fer'i ceza ayrımıdır. Belli bir suçun karşılığı olarak öngörülen cezalara "asli ceza" denmektedir. Asli cezanın kanuni sonucu olan ve asli cezaya eklenen veya asıl cezayı tamamlayan ek cezalar da öngörülmüştür. Buna göre fer'i ceza, asli cezaya ilişkin mahkûmiyetin sonucu olarak ona eklenen ikinci bir cezadır.

AsCK'ya bakıldığında üç adet asli ceza bulunduğu görülmektedir. (AsCK. m.1/1) Bunlar;

a.Ölüm,

b.Ağır hapis ve

c.Hapis cezalarıdır.

Asker kişiler hakkında uygulanacak fer'i cezalar ise şunlardır (AsCK. m.29) :

a.Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma

b.Rütbenin geri alınması

c.Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme

Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma fer'i cezası subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişilere (örneğin sözleşmeli subay ve astsubaylara) AsCK m.30'da gösterilen şu hallerde uygulanır:

(1) Öncelikle, mahkûm olunan suç tipine bakılmaksızın taksirli suçlar hariç herhangi bir suçtan bir seneden fazla mahkûmiyet kararının verilmesi hâlinde zorunlu olarak TSK'dan çıkarılma fer'i cezası uygulanacaktır.

(2) "Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, İnancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma" suçlarından birisinden mahkûm olunması hâlinde zorunlu olarak TSK'dan çıkarılma fer'i cezası uygulanacaktır.

TCK'nın genel hükümleri, AsCK için de uygulanacağından 5237 s. TCK m. 46'da yer alan ayrım, asli ceza bakımından AsCK için de geçerlidir.

TSK'dan çıkarma cezası uygulanmasının zorunlu olduğu bir hâl de AsCK ek md. 1 'de öngörülmüştür. Buna göre, ticaret yapma veya yaptırma ya da ticarî ve sınaî kurumlarda görev kabul etme fiillerinin tekerrürü durumunda subay ve astsubaylar hakkında aslî cezayla birlikte TSK'dan çıkarma cezasına da hükmedilecektir.

TSK'dan çıkarma cezası AsCK md. 153'te aslî bir ceza olarak öngörülmüştür. Buna göre, iffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağına devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler ile bir kimseyle gayrî tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında TSK'dan çıkarma cezası uygulanacaktır.

Askeri cezalarla ilgili 5237 sayılı TCK'nın yaptırım sisteminden ayrılan en önemli farklılıklardan birisi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilmesi kurumunda ortaya çıkmakta idi. Cezaların, özellikle de kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların diğer bir yaptırıma çevrilmesine, seçenek yaptırım veya cezaların dönüşümü denmektedir

Askeri Ceza Kanunu Ek madde 8/2'de yer alan kısıtlama gereği; daha önce “*sırf askeri suçlar ile kanunun üçüncü babının dördüncü faslında yazılı suçlar hakkında kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar* uygulanamamakta idi. Anayasa Mahkemesinin 23 Ocak tarih ve 17.01.2013, 2012/80 E. 2013/16 K. sayılı iptal kararından sonra sırf askeri suçlar ile AsCK'nın 79, 80 ve 81'inci maddelerinde yer alan suçları ile ilgili verilecek 1 yıl ve daha az süreli hapis cezaları da diğer şartları haiz olduğu takdirde TCK 50'nci maddesinde belirtilen adli para cezası dahil seçenek yaptırımlara çevrilebilir hale gelmiştir.

Aynı şekilde cezaların ertelenmesi müessesesi de AsCK m. 47'de yer alan özel bir düzenleme ile ciddi kısıtlamalara tabi tutulmuştu. Anayasa mahkemesinin bahsi geçen iptal kararında bu maddenin erteleme yasakları ile ilgili bölümlerinin de iptaline karar verilmekle askeri suçlarla ilgili erteleme yasakları da kalkmış durumdadır.

Ancak seçenek yaptırımlar konusunda kanun koyucu birtakım kısıtlamalarını muhafaza etmeyi tercih etmiştir. AsCK Ek madde 8/4'e göre yedek subaylar haricindeki subaylar, astsubaylar, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, sözleşmeli erbaş ve erler ve MSB ile TSK kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında kısa süreli hapis cezaları yalnızca TCK'nın 50'nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olan;

1-Adli para cezasına,

2-Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

3-Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma tedbirlerine çevrilebilir.

TSK mensupları hakkında uygulanması öngörülen kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma veya kamu görevi yetkisinin kullanılmasının yasaklanmasına dair güvenlik tedbiri ise, AsCK Ek madde 8 gereği “*ilgili personelin belirtilen süre kadar açığa çıkarılması*” şeklinde uygulanacaktır.

Hapis cezalarının toplanması, koşullu salıverme, adlî para cezası, ve müsadere gibi yaptırım sistemine ilişkin TCK hükümlerinin Askeri Ceza Hukukunda uygulanması konusunda da kural olarak herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Hapis cezasının kanunda gösterilen kısmını ceza infaz kurumunda iyi halli geçiren askeri suçlardan hükümlü kişiler de, cezalarının geri kalan kısmını özgür olarak geçirebileceklerdir. Bunun için toplam cezanın 2/3’ünün infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi aranacaktır.

AsCK’da tekerrür özel hükümler bölümünde her bir suç bakımından ayrı olarak cezayı artırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu tekerrür hükümlerinin nasıl uygulanacağına ilişkin AsCK’nın 42’nci maddesinde de düzenleme yer almaktadır.

AsCK ek madde 8 ile fer’î askerî cezalar, cezaların ertelenmesine ilişkin hükümler ile zamanaşımına ilişkin 49/A maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla TCK’nın genel hükümlerinin, AsCK bakımından da uygulanmasına başlanmıştır. Tekerrür hükümleri de, TCK’nın genel hükümlerinde düzenlendiğinden dolayı askerî suçlar bakımından uygulanabilecek hükümlerdendir.

Askerî Yargıtay, farklı yöndeki kararlarından sonra, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un geçici 1. maddesinde belirtilen sürenin dolması nedeniyle TCK md. 5’in AsCK bakımından da uygulama alanı bulacağı görüşünden hareket ederek, tekerrüre ilişkin AsCK md. 42’nin ve özel hükümlerde yer alan tekerrür

düzenlemelerinin zımnen ilga edildiği, askerî suçlar bakımından TCK md. 58'deki tekerrür düzenlemesinin geçerli olacağı sonucuna ulaşmıştır.³⁸²

Sonuç olarak; Askeri Ceza Kanunu'nun fer'î askerî cezalar, cezaların ertelenmesine ilişkin hükümler ile zamanaşımına ilişkin 49/A maddesi hükümleri hariç olmak üzere TCK'nın genel hükümleri Askeri Ceza Hukukunda uygulanmaktadır. Genel kanun niteliğindeki TCK'nın genel hükümlerinin Askeri ceza Kanunu'nda uygulanmasının gereksiz tekrarları önlemek, uygulama birliğini sağlamak gibi faydaları olduğu tartışmasızdır. Bunun yanında özel bir ceza kanunu niteliğindeki Askeri Ceza Kanunu'nun kendine has genel hükümler ihtiva etmesi, askerî yargının kendisine özgü gereksinimlerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin “Vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusunun cezaı hafifletmeyeceğine” ilişkin AsCK 46'ncı madde düzenlemesinin yerini doldurabilecek herhangi bir TCK hükmü bulunmamaktadır. Dolayısıyla AsCK'nın kendine has genel hükümlerinin de muhafaza edilmesi gerekmektedir. Askeri Ceza Kanunu'nun 5237 sayılı TCK ile tam olarak uyumunun sağlanamamış olmasından dolayı yeni ceza sistematığına aykırı unsurları içermeye de devam ettiği, ayrıca AsCK'da suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düzenlemelerin yer almaya devam ettiği görülmektedir. Bu aykırılıkların önüne geçebilmek ve AsCK'yı yeni ceza sistematığı ile uyumlu hale getirebilmek için yeni bir Askeri Ceza Kanunu yapılmasının en uygun çözüm olacağı değerlendirilmektedir.

³⁸² (As. Yrg. DK., 12.02.2009, 2009/20-18 E.-K., AsAD Temmuz 2009, yıl: 37, sy: 130, sh: 117-122). Aynı yönde bkz. As. Yrg. DK., 07.05.2009, 2009/62-62 E.-K. (AsY.D.2010, sy: 23, sh: 14-20).

KAYNAKÇA

- Alinge. Curt. Moğol Kanunları, (Çeviren: Prof. Dr. Coşkun Üçok) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 227, Sevinç Matbaası 1967, Aktaran Sahir Erman.
- Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.
- Artuk, Mehmet Emin, Yaptırımlar Sistemi, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı: 4, Aralık 2007.
- Artuk, M.E., Yenidünya, A.C., “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”, Artuk, M.E., Yenidünya, A.C., Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008.
- Centel, Nur, Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2002.
- Çelen, Orhan, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 2001.
- Çelen, Orhan, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Personel Kanunu, Ankara 2010,
- Çetin, Soner Hamza, Türk Ceza Kanunu’nda Adli Para Cezası, Ankara, 2012,
- Değirmenci, Olgun, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara, 2013.
- Demirağ Fahrettin, Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2007.
- Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.
- Demirbaş Timur, İnfaz Hukuku. Ankara, 2013.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul, 1997.
- Duran Gökhan Yaşar, Askeri Ceza Hukukunda Asta Müessir Fiil Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Temmuz-Ağustos 2014, S.113.
- Erdoğan, Yavuz, Hukuk Güvenliği Bağlamında Askeri Yargı, Ağustos 2013, Chd. S.22.
- Karakaya Alaattin, Askeri Yargının Yargılama Birliği İlkesi ve Uluslararası Standartlar Açısından Değerlendirilmesi, Başakşehir Ün. Sos.Bil.Ens. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- Erman, Sahir, “Askeri Ceza Hukuku” 5. Bası, İstanbul 1970.

- Hafizoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Altıncı Bası, Ankara, 2012.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Onyedinci Bası, Ankara 2014.
- İçel, Kayıhan, Sokullu-Akıncı Füsün, Özgenç, İzzet, Sözüer, Adem, Mahmutoğlu, Fatih S., Ünver, Yener, Yaptırım Teorisi, Beta Yay. İstanbul 2002.
- İçel, Kayıhan, Donay, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, Beşinci Bası, İstanbul 2005.
- Jescheck, Hans Heinrich, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki İühfm., C.:Xlviii-Xliv, S.:1-4, İstanbul 1983, Aktaran Artuk, Mehmet Emin, Gökçen, Ahmet, Yenidünya, A.Caner,
- Kangal, Zeynel, "Askeri Ceza Hukuku", Seçkin Yayınevi, İkinci Bası, 2012.
- Karaarslan, Mehmet, "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi". C. 58, S. 1. 2009.
- Kardaş, H. Ümit, Çıngı, Mehmet, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Ankara, 2001.
- Koca, Mahmut - Üzülmmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.
- Koca, Mahmut, Üzülmmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Koç, Yasin - Tuğluca, Murat, 'Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı' Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları. S. 2, 2006 (Güz).
- Koyuncu, Nuran - Kış, Salih, 'Alman Askeri Ceza Kanunnamesinin Osmanlı Askerî Ceza Kanunnamesine Tatbiki', Uluslararası Tarih ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, S.: 5. 2011.
- Maden, Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1989, C.Iıı.
- Önsel Oğuzhan, "Asck'nın 1 ve Ek 8'inci Maddeleri Işığında Tck Genel Hükümlerinin Askeri Ceza Kanununa Etkisi", Askeri Adalet Dergisi, Ocak 2012.
- Önsel Oğuzhan, Tck ve Asck Sisteminde Cezanın Ertelenmesi Kurumu, Askeri Adalet Dergisi, S.133, Ocak 2011.
- Özbek Veli Özer, Tck İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, Ankara 2010.
- Özbek, Veli Özer, İnfaz Hukuku, Ankara, 2014.
- Özbek, Veli Özer, Kanbur, M.Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014.
- Özcan, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü. 7.Baskı. İstanbul 1993.
- Özgenç, İzzet, Tck Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2006.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası Ankara 2014.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

- Öztürk, Bahri, Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Polatcan, İsmet, Notlu Açıklamalı, İçtihatlı, İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Personel Kanunu, Bayrak Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Selçuk, Sami, Dolandırıcılık, İstanbul 1982.
- Soyaslan, Doğan, Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), Ankara, 2011.
- Şafak, Ali Ansiklopedik Hukuk Terimleri Sözlüğü.4. Bası. Ankara, 2002.
- Şen Ersan, Türk Ceza Kanunu Yorumu C. 1, İstanbul 2006.
- Şener Esat Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.
- Şimşek Mustafa, Askeri Ceza Hukuku Genel Hükümler, İzmir 2008.
- Şimşek, Mustafa, 5237 Sayılı Tck İle Karşılaştırmalı Askeri Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Hava Teknik Okullar Komutanlığı, Temel Bilimler Bölüm Başkanlığı Yayınları, İzmir 2008.
- Taner Fahri Gökçen, Tck'nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında Tck Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 83, 2009.
- Taner, Tahir. Ceza Hukuku, İstanbul 1953.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku, 7'nci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.
- Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Savaş Yayınları, Ankara 2010.
- Tosun, Öztekin, “Suçların Kanuniliği Prensibi Aleyhindeki Cereyan”, İühfm, C. XXvıı, S. 1-4, 1962.
- Turhan Faruk, Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt X, Sayı 3-4, Yıl 2006.
- Yenidünya, Ahmet Caner “5237 Tck'da Hapis Cezasının Ertelenmesi”, Hpd, 2006/7.
- Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yılmaz, Halit, “Türk Silahlı Kuvvetleri ve Milli Savunma Hizmeti” Aühfd, C.54, S.4, Y.2005.
- Yolyapan. Aydoğan, 'Osmanlı Devletinde Askerî Yargı'. Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi, C. 3. S. 9-10.
- Zafer, Hamide Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/asyrg.htm.
- www.hukukimevzuat.com.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI : İlhan İPEK
Doğum Tarihi ve Yeri : 25.04.1978 - Bilecik
Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Eskişehir Kılıçoğlu Anadolu Lisesi, Eskişehir, 1995
Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü, Ankara, 2000
Yüksek Lisans Diploması : Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, 2014
Tez Konusu : Yaptırım Teorisi Çerçevesinde Askeri Ceza Hukukuna Özgü Yaptırımlar Bakımından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümlerinin Uygulanması
Yabancı Dil : İngilizce

İş Denevimi

Çalıştığı Kurumlar : Milli Savunma Bakanlığı
E - Posta : ilhanipek175@gmail.com