

ASKERİ CEZA HUKUKUNDA ASKERLİKTE KURTULMAK İÇİN HİLE YAPMAK SUÇU* (AsCK 81)

THE CRIME OF TRICKING FOR ESCAPING
FROM MILITARY SERVICE
IN THE MILITARY CRIMINAL LAW*
(MCC s. 81)

Gökhan Yaşar DURAN*

Özet: 1930 tarihli Askeri Ceza Kanunu (AsCK)'nin 81'inci maddesinde düzenlenen askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu ile askerlik yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün doğan askerlik hizmetinin devamlılığının teminat altına alınması amaçlanmıştır.

Nitekim söz konusu maddede, askerlik çağına girenlerden askerlikten ya da mecbur olduğu muvazaflik hizmetinden tamamen veya kısmen kurtulmak kasdı ile hile yapanlar ve bunların suç ortaklarının cezalandırılması öngörülmüştür.

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

Anahtar Sözcükler: Askerlik yükümlülüğü, askerî hizmet, askerlik çağı

Abstract: With the crime of tricking for escaping from the military service which has been regulated in the 81st article of the Military Criminal Law in 1930, it is aimed to guarantee the military service obligation and the permanence of military service arised from this obligation.

As a matter of fact, in the above-mentioned article, the people at military age who cheat and their accomplices with the intent of evading partially or completely from the military service or compulsory active duty service are envisioned to be punished.

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

Keywords : military service obligation, military service, military age.

* Makalede yayınlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel görüş ve düşüncelerini yansıtmaktadır.

** Dr. Donanma K'lığı Askeri Savcısı

I. GENEL BİLGİLER

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun (AsCK)¹ "Üçüncü Bap" "Dördüncü Fasil" ("Kendini askerliğe yaramıyacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak") başlığı altında: "Kendini askerliğe yaramıyacak hale getirmek (AsCK 79)"; "Başkasını askerliğe yaramıyacak hale getirmek(AsCK 80)" ve konumuz olan "Askerlikten kurtulmak için hile yapmak(AsCK 81)" suçları düzenlenmiştir.²

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu ilk düzenleniş metni³, 2862⁴ ve 4551⁵ Sayılı Kanunlarla çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu maddenin AsCK'da yer alan halen yürürlükteki en son hali ; "(1) Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere gönderen-

¹ 22 Mayıs 1930 tarihinde kabul edilmiş ve 15 Haziran 1930 tarih ve 1520 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

² Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu dışında bu suçla ilgili olarak daha önce 765 Sayılı Mülga TCK'nun 504/6'ncı fıkrasında, "Bir kimseyi askerlikten tamamen veya kısmen kurtarmak bahanesiyle" basit dolandırıcılığın nitelikli haline yer verilmiştir. Daha sonra 5237 sayılı yeni TCK'nun nitelikli dolandırıcılığı düzenleyen 158'inci maddesinde bu hüküm maddeden çıkarılmıştır.

³ 1930 tarihli Askerî Ceza Kanununda maddenin ilk düzenlenişi iki fıkra hâlinde; "(1) Askerlikten tamamen veya kısmen kurtulmak kastıyla hile yapanlar beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır. (2) Aynı ceza bu hileyi bilerek başkasına yapıverenler hakkında da tatbik olunur" biçimindedir. (Bkz. Fahrettin Demirağ, Askeri Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000, s.80)

⁴ 11.12.1935 tarih ve 2862/9 Sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, söz konusu maddede yine iki fıkra halinde, "(1) Askerlik çağına girenlerden askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile ismini değiştirenler, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere gönderenler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise yapanlarla kıt'aya veya bir müesseseye intisab ettikten sonra kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılırlar.(2) Yukarıdaki birinci fıkrada yazılı cezalar suçluların şerikleri hakkında da tatbik olunur. Vahim hallerde bu maddede yazılı cezalar beş seneye kadar hapis cezasına indirilerek verilebilir" şeklinde değiştirilmiştir. (Bkz. DEMİRAG, s.80)

⁵ 4551 sayılı Kanunla maddede yapılan değişiklikte maddenin birinci fıkrası aynen korunurken, ikinci fıkra; "Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır. Az vahim hallerde altı aydan beş seneye kadar hapis cezası verilir" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece "az vahim hallerde" uygulanacak asgari ceza miktarı, metinde açıkça gösterilerek altı ay olarak belirlenmiştir. Değişikliğe ilişkin madde gerekçesi şöyledir: "Madde ile, genel gerekçede açıklanan nedenlerle, cezanın etkinliğinin artırılması ve caydırıcılığın sağlanması amacıyla askerlikten kurtulmak için hile yapanların fillerine iştirak edenlere az vahim hallerde verilecek cezanın asgari haddi altı aya yükseltilecektir." Bu açıklama için bkz.. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm> (27.10.2012)

ler, başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullananlar, askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanan yahut her ne suretle olursa olsun hile ve desise⁶ yapanlarla kıt'aya veya bir müesseseye intisab ettikten sonra kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile hile yapanlar on seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılırlar. (2) Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır. Az vahim hallerde altı aydan beş seneye kadar hapis cezası verilir"⁷ şeklindedir.

Söz konusu maddede suç konusu hareketler tek tek sayıldıktan sonra, her türlü hileli hareketle suçun işlenebileceği öngörülmektedir. Kanaatimizce uygulamada suçun işlenişinde en sık rastlanan fiillere dikkat çekilmesi maksadıyla önce kazuistik bir yöntem izlendikten sonra genel olarak her türlü hile ile bu suçun işlenebileceği bir ifadeye yer verilmiştir.

Maddede geçen bazı kavramların açıklanmasında, öncelikle 1111 Sayılı Askerlik Kanunu, 1076 Sayılı Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu, 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu vb. askeri mevzuat hükümleri bize yol gösterici olacaktır. Bu kavramlardan ilki olan "askerlik çağı" na ilişkin hususlar 1111 Sayılı Askerlik Kanunu'nda şöyle açıklanmaktadır.

"Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göre- dir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir sene sürer. (1111 SK. m.2/1)

⁶ "Hile ve hûda aynı manayı ifade eden kelimeler olup, cümle içerisinde manayı kuvvetlendirmek amacıyla birlikte kullanılmışlardır." (Bkz.As.Yrg.3D., 1.3.1988, E.51, K.142; 3.D., 22.5.1990, E.304, K.291)

⁷ "Askerî Ceza Kanununda düzenlenmiş olan "askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçu, 1111 sayılı Askerlik Kanununa 4459 sayılı Kanun ile getirilen GEÇİCİ 37 nci maddesi kapsamına giren suçlardan değildir." Bkz.As.Yrg.1.D., 09.02.2000 tarih 2000/78-76 EK; As.Yar.DK., 23.03.2000 tarih 2000/78-70(11/4) EK. (Nakleden:Kemal Bal, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002. s.81-12); Askeri Yargıtay bir kararında konuyu şöyle açıklamaktadır:"4459 Sayılı Yasadan yararlanma hakkının elde edilmesi, sadece askerlik hizmetine başlamama nedeniyle söz konusu olabilecek saklı yoklama kaçağı ve bakaya suçları yönünden takibat yapılmayacağı sonucunu doğurup, bunun dışında kalan As.C.K.nunda yazılı diğer suçların bu kapsamda değerlendirilmesi, yasanın ve yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağı gibi, 4459 Sayılı Yasada yer alan "Her ne sebeple olursa olsun henüz askerlik hizmetine başlamamış yükümlüler" tabiri, bizatihi böyle bir kabul tarzını öngörmemektedir. Bu itibarla, askerlikten kısmen veya tamamen kurtulmak için hile yapmak suçunu işleyen bir kişinin, 4459 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar askerlik hizmetine başlamamış olması nedeniyle bedelli askerlik uygulamasından yararlanma hakkını elde etmesi ve anılan yasa hükümleri uyarınca bedel ödeyerek askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılması, daha önce işlediği As.C.K.nun 81 nci maddesine uyan fülü ile ilgili yasal takibat yapılmasını engelleme(z)..." As.Yrg.1.D., 9.2.2000, E.2000/78, K.2000/76. (Nakleden:Orhan Çelen, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s.315)

Askerlik çağı, yoklama devri, muvazafılık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır.(1111 SK. m.3) Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcından kıtaya katılmaya kadardır.(1111 SK. m.4/1)

211 Sayılı İç Hizmet Kanunun'da ise, askerlik çağına giren her "Türk erkek vatandaşının" ülkemizde kabul edilen zorunlu askerliğin bir sonucu olarak yapmak zorunda olduğu askerlik, "Türk vatanını, İstiklâl ve Cumhuriyetini korumak için harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyeti olarak tarif edilmiştir." (211 SK. m.1)

AsCK 81/1'inci maddesinde, "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak" ifadesi ile; her Türk erkek vatandaşının yapmakla mükellef olduğu "askerlik yükümlüğü" ile kıt'aya katılmayla başlayan ve tüm askeri şahısların yerine getirmekle mükellef olduğu "hizmet yükümlülüğü"nden kurtulmak anlaşılmalıdır. Nitekim AsCK 81/1'de her iki yükümlülükten hile ile kurtulma aynı cümle içinde birbirini takip eden açıklamalarla ifade edilmiştir.

Askerlik yükümlülüğü altına girebilmek için ilk şart, askerlik çağı içinde bulunmak ve daha sonra askerlik hizmetine kabul edilebilmek için yoklama döneminde yerine getirilmesi gereken (1111 ve 1076 Sayılı Kanunlarda açıklanan) askerlik işlemlerine ilişkin prosedürleri tamamlamaktır.⁸ Maddede geçen; "ismini değiştirmek, başkasını kendi yerine tabib muayenesine veya askere göndermek, başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullanmak" şeklinde sayılan fiiller, kanaatimizce daha çok askerlik yükümlülüğü altına girerken yapılan işlemler sırasında "tamamen" askerlikten kurtulmaya yönelik fiillerdir.

⁸ 22/5/2012 - 6318 sayılı Kanunla, "İlk yoklama" ve "Son Yoklama" tabirleri Kanundan çıkarılmış bunların düzenlendiği maddeler mülga olmuştur. Bunların yerine "Yoklama" tabiri almıştır. "Yoklama" işlemlerinin düzenlendiği 22/5/2012 Sayılı 6318 Kanunla değişik 14'üncü maddesinde şöyle açıklanmaktadır: "Yükümlülerin sağlık muayenelerinin yapılarak askerliğe elverişli olup olmadıkları, öğrenim durumları, meslekleri ve niteliklerinin belirlenmesi işlemine yoklama denir. Askerlik çağına gireceklerin kimlik bilgileri İçişleri Bakanlığınca her yıl ekim ayında Millî Savunma Bakanlığına bildirilir. Askerlik çağına girenler ile bunlarla işleme tabi olanların yoklaması, her yıl 1 Ocak günü başlar ve o yıl askerlik çağına giren doğumuların silah altına alınacağı ilk celp ve sevk tarihinin bitimine kadar devam eder..." ; 1111 Sayılı Askerlik Kanununda, askerlik yükümlülüklerini yedek subay olarak yerine getireceklerin askerlik işlemlerine ilişkin hususlar ise 1076 sayılı "Yedeksubay ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu"nda ayrıca düzenlenmiştir. 1076 sayılı Kanunda, "Yedek Subay ve memurlarının kayıt yoklama ve muayenelerini" düzenleyen 9-13 maddelerine bkz. Bu maddelerden 9 ve 10'uncu Maddeler 22/5/2012 tarihli 6318 Sayılı Kanunla mülga olmuştur; "Askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esaslar" için bkz. 1111 SK/ m.10

Askeri Yargıtay kararlarında, askerlikten “kısmen” kurtulmanın ne anlama geldiği konusu ise şöyle açıklanmaktadır: “ASCK'nın 81'inci maddesinde yazılı “kısmen” sözcüğü, sadece tabi olunan askerlik hizmeti süresini öngörmeyip, askerliği zamanında yapmamayı veya değişik statüde yapmayı da kapsadığından, askerlik hizmetinin yapılması gereken zamanda yapılmamış olması ve farklı statü ile farklı zaman dilimlerinde yapılmanın amaçlanmaması.., o an için askerlik hizmetinden kurtulma niteliğinde kabul edilme(lidir.)”⁹ “Hizmet müddeti çok olan bir sınıftan, hizmet müddeti az olan bir sınıfa geçirilmeyi temin zımında”¹⁰ yapılan hileli fiiller yine askerlikten kısmen kurtulma anlamındadır.

Askeri Yargıtay bu karar doğrultusunda; “fail(in) muayyen bir zaman için ve mesela bir manevra zamanı için veya eğitim dönemi için, dahili bir karışıklığın devamı müddeti için, harp halinin devamı müddeti için(de)..., keza ihtisasına taal'ûk eden (mesela denizaltıcılık, dalgıçlık, kurbağa adamlık, paraşütçülük v.b.) bir hizmetten kaçın(sını) (halleri ile) ...Failin kast ve niyetini, daha geç bir zamanda hizmet etmeye yahut daha ziyade sevdiği ve arzu ettiği bir nev'i hizmete tevcih etmiş olması(nın)”¹¹ kısmen askerlikten kurtulmaya yönelik eylemler olduğunu açıklamıştır.

Nitekim yedeksubay adayı olmadıkları halde¹² daha az askerlik hizmeti yapmak maksadıyla¹³ kendilerini hile ile bu statüde göstererek askerliğine karar aldırınların durumu uygulamada bu konuda en sık karşılaşılan örneklerden biridir.¹⁴

⁹ As.Yar.4D., 16.06.2010, 2010 1825-1775 EK. (TSK Net)

¹⁰ As.Yrg.Gn.Krl. 21.7.1934/248-285 EK.

¹¹ As.Yrg.Gn.Krl. 21.7.1934/248-285 EK.

¹² 1076 Sayılı Kanunda, “Dört yıl ve daha fazla süreli fakülte, akademi, yüksekokul ve enstitüler ile Milli Eğitim Bakanlığınca bunların dengi olduğu kabul edilen yurt dışı öğrenim kurumu mezunu olup da Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre askerliğe elverişli olanlar arasından, Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı kadar yedek subay adayı (c) ve (d) bendleri esaslarına göre ayrılır.” (1076 SK.m.3/b)

¹³ 1076 sayılı Kanun hükmüne tabi yükümlülerden; “bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayı olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır.” (1111 SK. m.5/2)

¹⁴ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, “Lise mezunu olan ve Anadolu Üniversitesi mezunu bir başka kişinin diplomasını ele geçirip kimlik bilgilerini kapatıp fotokopisini çektiren, daha sonra diplomanın boş kalmış olan kimlik bilgileri kısmına kendi ismini yazıp bununda fotokopisini çektikten sonra elde ettiği sahte diploma fotokopisini 19.2.1998 tarihinde Ankara'da 48 nci Noter'e “Aslı Gibidir” kaydı ile onaylatan sanığın Noter onaylı ancak sahte fotokopi diploma ile yükümlüsü olduğu Balı/ANKARA Askerlik Şubesine

Askerliğine karar aldırıp askerlik şubelerince kıt'alarına sevk edilenlerin "kıt'aya veya bir müesseseye intisab etmekle"¹⁵ artık muvazafılık hizmet yükümlülüğü başlamaktadır.¹⁶ Bu yükümlülüğün yerine getirildiği "muvazafılık dönemi"nde "kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile" yapılan suç konusu her türlü hileli fiiller yine AsCK 81/1'inci fıkrası kapsamında devam eden cümlede suç olarak kabul edilmiş bu cümle ile askerlik yükümlülüğü haricinde bu yükümlülüğün doğan askerlik hizmet yükümlülüğü teminat altına alınmıştır.¹⁷

Muvazafılık hizmet döneminde, tüm askeri şahıslar kendi kanunlarında açıklanan süreler kadar (erbaş/er,¹⁸ yedeksubaylar,¹⁹ subay/

müracaat ettiği, aynı tarihte Yedeksubay Aday Adayı olarak askerliğine karar aldırıldığı, erken sevk talebinde bulunduğu, talebinin kabul edildiği, MART 1998 celbinde sevk edildiği Test ve Mülakat Merkezinde "8 aylık kısa dönem er" statüsüne" ayrılması AsCK 81 kapsamında kısmen askerlikten kurtulma olarak kabul edilmiştir. As. Yrg. 2.D., 16.8.2000, E.2000/446, K.2000/476 (Nakleden: Çelen, s.319); Benzer karar için bkz. As. Yrg. 1.D., 26.4.2000, E.2000/259, K.2000/256. (Nakleden: Çelen, s.317)

¹⁵ 211 Sayılı İç Hizmet Kanununda; "Görevin yapılması için taktik ve idari birlikleri kapsıyan ve bir kumanda altında toplanan teşkiller kıta; Kumandan veya âmirlerin kıta veya kurumlarının sevk ve idarelerinde yardımcı olan toplum karargâh; Kıta ve karargâh anlamı dışında kalan askeri hastane, okul, orduvevi, dikimevi, fabrika, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri tesis ve teşkiller ise askerî kurum" olarak tanımlanmıştır." (211 SK. m.12/a, b, c)

¹⁶ Askerlik hizmeti, "...Askerlik şubesinden sevk tarihinden başlar. Belirtilen sürelerden fazla askerlik yapanların fazla hizmetleri, askerlik çağının sonundan iki kat olarak düşülmür. Bu Kanununun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazafılık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz." (1111 SK. 5/3,4)

¹⁷ Muvazafılık hizmetinden "Askeri Hizmet" anlaşılmalıdır. Bu hizmetin ne olduğu hususunda, 211 sayılı İç Hizmet Kanunu ve Asker Ceza Kanunu bize yol göstericidir. Nitekim İç Hizmet Kanununa göre; "Hizmet"; Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir." (211 SK.6) AsCK 12'inci maddesinde ise "Hizmetin Tarifi", "Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması halidir."

¹⁸ 1111 sayılı Askerlik Kanununda; "Erbaş ve erler için muvazafılık hizmet süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilâhare on iki aya kadar indirilmesine, Silâhlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. (1111 SK. m.5/1)

¹⁹ "Yedek subayların hizmet süreleri onsekiz aydır. Bu sürenin altı ayı yedek subay yetiştirilmekle oniki ayı da subay olarak atandıkları kıt'a ve kurumlarda geçer. Yedek subay yetiştirme süresi Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulunca uzatılabilir ve kısaltılabilir. Yedek subayların hizmet süreleri Genelkurmay Başkanının göstereceği lüzum üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile lüzumu kadar uzatılabilir. Bu uzatılan süreler yaş haddinin sonundan iki kat düşülmür. Yedek subayların hizmet

astsubaylar,²⁰uzman jandarmalar²¹) mecburi bir hizmet yükümlülüğü altındadır. Bu hizmet süresi sağlık, malüllük, ölüm vs istisnalar dışında, istifa, emeklilik ya da terhis olmakla tamamlanmaktadır. *İstisnalar dışında asker şahısların kendi kanunlarında açıklanan mecburi hizmet yükümlülüğünden hile ile kurtulma fiilleri AsCK 81 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yükümlülükten kurtulmak kanaatimizce askerlik hizmetinden “tamamen” kurtulma olarak sonuçlanabilir.*

süreleri barışta Genelkurmay Başkanının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile oniki aya kadar indirilebilir. Muvazaflık hizmetini yapmadıkça, 1111 sayılı Askerlik Kanunu ile bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında hiç bir yüksek öğrenim mezunu askerlik çağından çıkarılamaz.” (1076 S. m.3/f, g); “Yedek subay adayı olarak askere sevkden evvel veya yedek subay yetiştirilmekte iken aşağıdaki engel hali olduğu anlaşılanlar askerlik hizmetini durumlarına göre er veya erbaş olarak tamamlarlar.a) 1. Türk Silahlı Kuvvetlerinde subaylıktan çıkarmayı gerektiren bir suçtan mahkûm olanlar, 2. Kamu hizmetlerinden müebbeten yasaklı olanlar, 3. Hileli müflis olduğu ilan edilenler,b) Yönetmelikte belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde; 1. Disiplinsizlik ve ahlaki durumları sebebiyle yedek subay çıkarılması uygun görülmeyenler, 2. Türk Silahlı Kuvvetlerinin manevi şahsiyetine gölge düşüren veya askerliğin şeref ve haysiyetiyle bağdaşmayacak eylemlerde bulunanlar ile tutum ve davranışlarıyla yasa dışı siyasi, yıkıcı, bölücü ideolojik görüşü benimsemiş olduğu anlaşılanlar, Okul disiplin kurullarının vereceği subay olamaz kararı üzerine er olurlar. c) Yedek subay öğreniminde başarı gösteremeyenler, erbaş olurlar. Bunların yerine getirecekleri hizmet süresi 1111 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 1 inci fıkrasında belirtilen süre kadardır.” (1076 SK.m.8)

20) Subay ve astsubay için mecburi askerlik hizmeti 926 sayılı Personel Kanununda nasbedildikleri tarihten itibaren fiilen 10 yıl olarak belirlenmiştir. (22/5/2012 tarihli ve 6318 sayılı Kanunun 47 nci maddesi ile bu fıkrada yer alan 15 yıl ibaresi 10 yıl şeklinde değiştirilmiştir) Bu hizmet tamamlanmadıkça istifa edemezler.(926 SK. m.112/1); Ancak Yabancı uyruklu kişilerle evlenenlerden, bu evlilikleri yönetmelikte belirtilen esaslar dahilinde Genelkurmay Başkanlığınca uygun görülmeyenler ile çeşitli nedenlerle Türk vatandaşlığını kaybedenler veya Türk vatandaşlığından çıkarılan subay ve astsubaylar istifa etmiş sayılırlar (926 SK . m.112/3 a, b) Bunun dışında subay ve astsubaylar için hizmet yükümlülüğününün 10 yıllık süreden önce istifa veya TSK'den çıkarılma gibi nedenler dışında herhangi bir tazminat ödemediği tamamlanmış sayılması ancak “Türk Silahlı Kuvvetleri’nde görev yapamaz” şeklinde sağlık raporu alınması ya da “vazife malûlü” olarak TSK’den ayrılması koşuluna bağlıdır. (926 SK.m.112/son fıkra); 926 sayılı Kanunun “Ununcu Bölüm” başlığı altında 112-116’ncı maddeler arasında “Yükümlülük” konusundaki ayrıntılı düzenlemeler için bkz.

21) 3466 Sayılı “Uzman Jandarma Kanunu”nda; “Uzman jandarmaların mecburî hizmet süresi, uzman jandarma çavuşluğa nasıp tarihinden itibaren on yıl olup, yaş hadleri 56’dır. Bunun beş yıl fazlası ise askerlik çağı sonudur. Barışta ve seferde bu süreye kadar yedeğe ayrılmış uzman jandarmalar en genç olanlarından başlanmak üzere hizmete çağrılabilirler. 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 112 nci maddesindeki, subay ve astsubayların istifa etmiş sayılacağı haller ile bu hususa ilişkin tazminat hükümleri, Uzman Jandarmalar hakkında da uygulanır.” (3466 SK. m.7)

TSK kadrolarında sözleşmeli olarak istihdam edilen askeri şahısların (uzman erbaş,²² sözleşmeli subay/astsubay,²³ sözleşmeli erbaş/er²⁴) belirli süreli sözleşme ile askerlik hizmeti altına girdiklerinde kuşku bulunmasa da bunların AsCK 81'nci maddesi anlamında sorumluluklarının kanaatimizce bu sözleşmeyi tek taraflı irade beyanı ile sona erdirip erdiremeyeceklerine göre değerlendirilmesi gerekecektir. Zira tek taraflı sözleşme ile askerlik hizmet yükümlülüğünden ayrılma imkanı olan asker şahısların bu hizmetten kısmen kurtulmak için hile yapmaları mümkünken tamamen askerlikten kurtulmak için hile yapmaları kanaatimizce zor bir ihtimal olarak gözükmektedir. Ancak ihtimal varsa mutlaka bunun araştırılması gerekmektedir.

²² 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununda; "Uzman erbaşlar; iki yıldan az, beş yıldan fazla olmamak şartıyla sözleşme yaparak göreve başlar ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler. Bunlardan; istihdam edildikleri kadronun görev özelliklerine göre sınıf ve branşları ile ilgili sağlık nitelikleri uygun olanların müteakip sözleşmeleri, bir yıldan az, beş yıldan fazla olmamak şartıyla azami kırkbeş yaşına girdikleri yıla kadar uzatılabilir." (3269 SK.m.5/1); "Sözleşmenin imzalanmasından sonra ilk beş aylık intibak dönemi içerisinde göreve intibak edemeyenler ile ayrılma isteyenlerin sözleşmeleri feshedilerek, Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesilir. Peşin olarak ödenen aylık ve aylık ile birlikte ödenen diğer tüm özlük haklarının çalışılmayan günlere ait kısmı geri alınır." (3269 SK.m. 12/1)

²³ 4678 sayılı "Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun" da; "Sözleşmeli subay adayları ön sözleşme yapılarak askeri eğitime alınırlar. Bu eğitimi başarı ile tamamlayanlardan yönetmelikte belirtilen şartları taşıyanlarla sözleşme yapılır ve bu kişiler teğmen rütbesine nasbedilirler. Sözleşme süreleri üç yıldan az ve dokuz yıldan fazla olmamak şartıyla, hizmet gerekleri ve yetiştirme maliyetlerine bağlı olarak kuvvet, sınıf ve branşlara göre yönetmelikte belirlenir. Yönetmelikte belirlenen şartları taşıyanların talepleri halinde sözleşmeleri yenilenebilir. Ancak sözleşmeli subaylardan rütbe yaş haddini dolduranlar hakkında 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Sözleşme süreleri; sıkıyönetim, seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince Genelkurmay Başkanının onayı ile talebe bakılmaksızın uzatılabilir. Sözleşme işlemleri, Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca yapılır. (4678 SK.m.6); "Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunda" "Sözleşmeli subay veya astsubaylar, sözleşme süreleri sona ermeden sözleşmelerini **tek taraflı olarak fesh edemezler.**" (4678 SK m.12/3)

²⁴ 6191 Sayılı "Sözleşmeli Erbaş/Er Kanunu" nda; "Sözleşmeli er adayları, ön sözleşme yapılarak askeri eğitime alınır. Askerî eğitimi başarı ile tamamlayanlarla, dört yıldan fazla olmamak kaydıyla en az üç yıllık sözleşme yapılır. Müteakip sözleşmeler, bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak şartıyla azami yirmidokuz yaşın bitirildiği yılın aralık ayı sonuna kadar uzatılabilir. (6191 SK.m.4/1); "Sözleşmeli erbaş ve erler, sözleşme süreleri sona ermeden sözleşmelerini **tek taraflı olarak feshedemezler.** Ancak, ilk sözleşmeyi müteakip yapılacak sözleşmelerin süresi bitmeden, fesih talebine ilişkin sebepleri Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığınca yönetmelikte belirtilen hizmet gerekleri ve koşullar gözetilerek uygun olduğuna karar verilen sözleşmeli erbaş ve erlerin sözleşmeleri idarece feshedilebilir..." (6191 SK.m.5/3)

Muvazzaflık devrinin hitamundan, askerlik çağının nihayetine kadar olan kısım yedeklik devridir. (1111 SK.m.7/1) Askerlik hizmet yükümlülüğü muvazzaflık dönemindeki mecburi hizmet süresinin tamamlanması ile bitmekte ve emeklilik istifa vs. nedenlerle terhis edilen asker şahıslar belli süreliğine artık askerlik çağının son dönemi olan yedeklik döneminde “ihtiyat (yedek) askeri şahıs” statüsündedir. “İhtiyat askeri şahıslar askerî hizmetlerde buldukları müddetçe bu kanun (AsCK) hükümlerine tabidirler.” (AsCK m.4) Yine Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK) 10/B bendinde, “Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece)” AsYUK uygulanmasında da asker kişi sayılacaktır.

Yedeklik döneminde bulunanlar gerektiğinde barış zamanı ya da olağanüstü haller ile sıkıyönetim veya savaş, seferberlik vs.çeşitli nedenlerle yeniden askeri hizmete çağrılabilirler.²⁵ AsCK 81/1’de “askerlik çağına girenlerden” bahsedildiğinden ihtiyat (yedek) askeri şahısların, bu çağrıya icabet etmemeleri ya da icabet edip kıt’alarına katıldıktan sonra muvazzaflık hizmetinden kurtulmak için hile yapmaları kanaatimizce yine AsCK 81 kapsamında değerlendirilecektir.

Askeri Ceza Kanunu’nda birçok suçun düzenlenişinde barış dönemi ile birlikte “seferberlik”²⁶ ve “savaş” döneminde suç ile korunan hukuki değerlerin daha fazla koruma altına alındığı (“suça ilişkin cezaları artırılmak ya da suçun oluşumu için gerekli olan süreler daha da azaltılmak

²⁵ “Talim ve manevra için çağrıldıkları halde 1111 sayılı Kanununun 47 nci maddesine göre özürsüz gelmedikleri anlaşılanlar hakkında 1111 sayılı Kanununun 89 uncu maddesi hükümleri uygulanır ve ayrıca emsalleri kadar hizmete tabi tutulurlar.(1076 sk. m.15); “Hazarda askeri hizmete çağrıldığı halde 1076 sayılı kanunun 15 inci maddesine teofikan Milli Müdafaa Vekâletince emredilen müddet içinde askerlik şubesine gelmeyen yedek subay ve askeri memurlardan bu müddetin bitmesinden sonra on beş gün içinde elde edilenler bir aydan altı aya kadar, on beş günden sonra üç ay içinde elde edilenler altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç aydan sonra elde edilenler beş seneye kadar ağır hapis cezasıyla” cezalandırılacakları hüküm altına alınır. Bu müddetler içinde kendiliğinden gelenlerin cezaları yarıya indirilir.” (AsCK 64/1); Hangi maksatlarla İhtiyat (Yedek) askeri şahısların çağrılacağı ve bu konudaki diğer açıklamalar için: Yedek astsubaylar için 926 Sayılı Kanununun 107’inci, yedek erbaş ve erlerle ilgili olarak 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 56, 57 ve müteakip maddelerine bakınız.

²⁶ AsCK 8’inci maddesinde “Seferberlik ve tarifi” şöyle düzenlenmiştir: “1 - Sefer tabiri harb halini ihtiva eden seferberliktir.2 - Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını âmir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir.3 - Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekerinden birine varıncaya kadar bu kanununun tatbikatında seferber sayılır.” (AsCK m.8)

suretiyle”) anlaşılmaktadır. Oysa askeri hizmetin zamanında yerine getirilmesini ve devamlılığını teminat altına alan AsCK 81 ile benzer hukuki değerleri koruyan bazı askeri suçlarda²⁷, barış dönemi dışında “seferberlik” dönemi uygulamalarına yer verilirken AsCK 81’de buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi kanaatimizce bir eksikliktir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer, suç tipinin ihdas edilmesi ile korunmak istenen değerdir.²⁸ Bu suç tipinde korunmak istenen hukuki değer, askerlik yükümlülüğü ve askerlik hizmetinin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesidir. Bu değerlere ilişkin açıklamalara ayrıca Anayasa’nın emredici hükümlerinde ve askeri mevzuatta yer verilmektedir. Nitekim Anayasa’nın emredici hükmü gereği vatan hizmetinin yerine getirilmesi her Türk’ün hakkı ve ödevidir. (Anayasa m.72) Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkek askerlik yapmak zorundadır. (1111 SK.m.1)

Askeri Ceza Kanununda önemli değişiklikler getiren 22.03.2000 tarihli 4551 sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu konuda yapılan bir açıklamada; “askerlik çağına girenlerden Anayasa, İç Hizmet Kanunu ve Askerlik Kanununda açıklanan bu ödev ve yükümlülüklerle aykırı hareket ederek askerlikten ya da mecbur olduğu askeri hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdı ile hile yapanların” AsCK 81 ile cezalandırılmasının amaçlandığı açıklanmıştır.²⁹

²⁷ Örençin; “Kendini Kısmen veya Tamamen Askerliğe Elverişsiz Hale Getirme” suçlarında, “Fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.” (AsCK 79/3); “Fırar” suçunda, “Seferberlikte bu maddede yazılı mehiller yarıya indirilir.” (AsCK 66/3); “Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı” suçunda, “Seferberlikte birinci fıkrada yazılı olanlarla ruhsatlılardan sevk gününün bitmesinden itibaren yedi gün içinde gelenler bir aydan bir seneye, elde edilenler dört aydan iki seneye kadar, yedi günden sonra üç ay içinde gelenler iki seneden aşağı olmamak üzere elde edilenler üç seneden aşağı olmamak üzere hapis, üç aydan sonra kendiliğinden gelenler beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, elde edilenler ölüm cezasına mahkum edilirler. Az vahim hallerde ölüm cezası yerine müebbet veya on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir ve diğer hallerde gösterilen cezalar yarıya indirilir.” (AsCK 63/2)

²⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011, s.26.

²⁹ Bu açıklama için bkz.4551 sayılı Kanunun “Genel Gereksesi”. 22/03/2000 tarihli 4551 sayılı Kanunun genel gerekçesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm> (23/10/2012); AsCK’da AsCK 81’in koruduğu hukuki değer ile benzer olan suç tiplerine rastlamak mümkündür. Korunan hukuki AsCK

Askeri Yargıtay benzer bir açıklamada bulunarak bu madde ile *“anayasal bir hak, aynı zamanda bir yükümlülük olan, vatan hizmeti ve askerî menfaatler”* yanında *“askerlik hizmetinin yasanın öngördüğü herkes tarafından ve zamanında yapılması”*³⁰ nın teminat altına alındığı, *“Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun koruduğu hukuki değer(in), Anayasanın 72’nci maddesinde düzenlenen askerlik hizmetinin kanunlarda belirtilen usul ve esaslar dahilinde, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlamak”*³¹ olduğu ifade edilmektedir.

III. SUÇUN UNSURLARI

A.Maddi Unsur

1. Fiil

a. Genel Olarak

AsCK 81/1’de hile olarak kabul edilen fiillerden bazıları (*“ismini değiştirmek”, “başkası kendi yerine tabib muayenesine veya askere göndermek”, “başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullanmak”, “Askerlik işlerinde sahte şehadetname veya evrak kullanmak”*) tek tek sayılmıştır. Ancak daha sonra her türlü hileli vasıta ile bu suçun işlenebileceği açıklanmıştır.

Kanunkoyucu, suç faillerinin askerlik yükümlülüğünden tamamen ya da kısmen kurtulmak amacıyla yapabilecekleri hileli fiilleri önce sınırlandırarak tek tek sayma yoluna gittiğinden *“bağlı hareketli”* bir

81 ile AsCK 66 benzer hukuki menfaatleri korumak adına askeri ceza uygulamasında kabul edildiği konusundaki açıklama için bkz.22/03/2000 tarihli 4551 Sayılı Kanun Genel Gereğesi. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm>.(23/10/2012) Askeri Yargıtay yeni tarihli bir kararında, firar ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçlarının farklı hukuki değerleri koruduğunu açıklamaktadır. Askeri Yargıtay’ın bu kararına karşı bizimde katıldığımız *“Ayrışik Oy”* gerekçesinde ise farklı bir görüş şöyledir: *“Gerek firar suçunun, gerekse askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun koruduğu hukuki değer, Anayasanın 72’nci maddesinde düzenlenen askerlik hizmetinin kanunlarda belirtilen usul ve esaslar dahilinde, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yerine getirilmesini sağlamaktır. Her iki suçta esas itibarıyla “Askerlik hizmetini “korumakta, firar suçu hilesiz hizmetten ayrı kalışı; askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu ise amacı gerçekleştirmeye elverişli hile gerçekleştirilerek hizmetten ayrı kalışı cezalandırmaktadır.”* Bkz.As.Yar.DK., 21.6.2012, 2012/91-87 EK.(TSK Net)

³⁰ As.Yar.DK., 13.05.2010, 2010/48-44 EK. (TSK Net)

³¹ As.Yar.DK., 27.10.2011, 2011/93-97 EK; As.Yar.DK., 21.6.2012, 2012/91-87 EK.(TSK Net)

suçtan sözedilebilirse de, daha sonra “*her ne suretle olursa olsun yapılan hile ve desise*” ile herhangi bir sınırlama olmaksızın yapılan her türlü hileli fiillerle bu suçun işlenebileceği açıklandığından AsCK 81’in artık “*serbest hareketli*” bir suç olduğu kabul edilmelidir. Suç, maddede tek tek sayılan hareketlerden ya da herhangi bir sınırlamaya tabi olmayan genel olarak ifade edilen serbest hareketlerden sadece birinin ya da bunlardan birkaçının birlikte yapılması ile işlenebileceğinden AsCK 81 bu yönüyle “*seçimlik hareketli*” bir suçtur.³²

Suçun işleniş şeklini sınırlayıcı nedenlere ve vasıtalara bağlamak mümkün olmadığından bu suçun iğfal ve ikna kabiliyeti olan her türlü belge üzerinde işlenebileceği gibi bunun dışında kast olunan amacı gerçekleştirmeye yönelik her türlü vasıta üzerinde yapılan hile ile de işlenebilir.³³ Bu özellikleri nedeniyle bu suç TCK’da yer alan sahtecilik suçlarından farklı ve daha geniş kapsamlıdır.³⁴

b. Sahte Belge Düzenlemek ve Kullanmak

(1) Genel Olarak

AsCK 81/1’de hile olarak kabul edilen fiillerden; “*ismini değiştirmek*”, “*askerlik işlerinde sahte şahadetname veya evrak kullanmak*” gibi tek tek sayılan eylemler sahte belge düzenlemenin yanında ayrıca bu belgenin kullanılmasını da gerektiren eylemlerdir. Maddede tek tek sayılan fiiller dışında her türlü hileli vasıtalar olarak ifade edilen husus, şüphesiz belge üzerinde yapılan her türlü sahteciliği de kapsamaktadır.

³² Zeynel T. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, Ankara, 2.Bası, 2012, s.97.

³³ Hatta failin hileli vasıta olarak kendisini de kullanması mümkündür. Bu duruma örnek olarak failin kendi sağlık durumunu bozarak askerlik hizmetinden uzaklaşması hali gösterilebilir. Nitekim Askeri Yargıtay “*..sanığın, Bölükteki spor hizmetine katılmaktan muaf tutulmak suretiyle, askerlikten kısmen de olsa kurtulmak amacıyla, kendini böbrek taşı hastası gibi göstermek için on adet taş yuttu(ğu) olay(da)*” failin fiilinin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek (AsCK 79) suçu kapsamında değil, AsCK 81 kapsamında ele alınmıştır. As.Yar.DK., 08.11.2007, 2007/113-116 EK. (TSK Net)

³⁴ Bu açıklamalar için bkz.As.Yrg.4.D., 26.9.1995, E.629, K.627; DrI.KrI.nun 08.01.1998 tarihli ve 10-4 sayılı 12.11.1998 tarihli ve 156-146, 29.11.1990 tarihli ve 159-148, 19.10.2000 tarihli ve 142-151 sayılı kararları; As.Yrg. 3D., 21.12.1999 tarih 1999/827 - 825 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-1); Benzer karar için bkz.As.Yar.DK., 01.07.1999, 1999/137-148 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.200)

Bu suçun işlenmesinde kanatimizce sadece sahte belgenin düzenlenmesi yeterli olmamakta ayrıca bu belgenin fail ya da suç ortakları tarafından kullanılması da gerekmektedir. Ancak askerlikten kurtulmak özel kastı altında sahte belgenin düzenlenmiş olması suçun oluşumu için yeterli olup bu belgenin kullanılmadan olayın ortaya çıkması halinde dahi AsCK 81'in oluşumu açısından netice değişmemektedir. Bu husus ileri de teşebbüs başlığı altında incelenecektir.

AsCK 81'de açıklanan suçun belge üzerinde işlenmesi halinde TCK'nda düzenlenen sahtecilik suçlarında olduğu gibi belgenin "resmi ya da özel bir belge" olup olmadığı ya da belgenin "kamu görevlisi ya da bir tabip veya diğer sağlık mesleği mensubları" tarafından düzenlenip düzenlenmediğinin suçun vasıflandırılmasında herhangi bir önem ve etkisi bulunmamaktadır.³⁵

Sahtekarlık suçları kasten işlenen suçlardan olup TCK'nun 22/1'inci maddesinde yer alan "Taksirle işlenen fiiller kanununun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" hükmü ve AsCK 81'deki suçun taksirle işlenmesine dair herhangi bir düzenleme bulunmamasına göre, bu suçun taksirle işlenmesi mümkün gözükmemektedir.³⁶

Askeri Yargıtay kararlarında; "ilk ve son yoklamalarını şahsen yaptırdıktan sonra kendisine ait nüfus hüviyet cüzdanına kardeşi S.A.nın resmini yapıştırıp tastik ettir(en) ve kendisinin yerine S.A.nın yerine askere yolla(yan)",³⁷ "...askerliğe elverişli olduğu hâlde askerlik hizmetinden kurtulmak kastıyla (fotoğrafını verip kendi yerine askerliğe elverişsiz olan) İ.D'nin sağlık muayenesine girmesini sağlایa(n)"³⁸ "kardeşi L'nin kimlik bilgilerinin yer aldığı; yeni düzenlenen nüfus cüzdanına resmini yapıştırmak suretiyle

³⁵ 5237 sayılı TCK.nda, 765 sayılı TCK.ndaki gibi belgenin üç çeşidi olduğu kabul edilmiş ve belgede sahtecilik suçları bu ayırımın dikkate alınarak tanzim edilmiştir. Bunlar; "a)resmi belge, b) özel belge c) resmi belge hükmündeki belge"dir. TCK 204'üncü maddesinde "Resmi Belgede Sahtecilik"; TCK 205'inci maddesinde "Resmi Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek"; TCK 207-208'inci maddelerde ise "Özel Belgede Sahtecilik"; TCK 208'inci maddesinde "Özel Belgeyi Bozmak, Yok Etmek veya Gizlemek"; TCK 210/2'inci fıkrasında "Tabip, Diş Tabibi, Eczacı, Ebe, Hemşire veya Diğer Sağlık Mesleği Mensubu Kişilerin Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi" suçları düzenlenmiştir. Bu suçlar inceleme konumuzun dışında olduğundan bunlarla ilgili ayrıntıya girilmeyecektir.

³⁶ Sedat Bakıcı, Gürsel Yalvaç, Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.2, Ankara, 2008, s.691.

³⁷ As.Yrg. 2.D., 15.6.1972, E.162, K.155 (Nakleden: Çelen, s.306)

³⁸ As.Yar.4D., 19.07.2005, 2005/858-857 EK. (As.Yar.Der., S.19, Y.2006, s.172-174)

kardeşi adına sevk edilip askerlik hizmetini tamamla(yan)",³⁹ "hastaneye yatmaksızın yatmış gibi göster(erek) tamamen sahte 2 hasta taburcu tezkeresini para karşılığında ala(n)",⁴⁰ "yapılan muayenesinde reçetesi verilerek kitasına gönderilen sanığın, sevk belgesine 10 gün istirahat verildiğine ve Ankara GATA'ya sevk edildiğine dair ibareler yaza(n)",⁴¹ "firarda iken (askerlikten kurtulma maksadı ile) düzenlediği sahte belgenin 20.11.2001 tarihinde işlem görmesiyle nüfus kütüğünde ölüm kaydı düşül(en)"⁴² "herhangi bir resmî başvurusu veya geçerli bir belgesi bulunmaksızın, usulsüz bir şekilde, 27.5.2004 tarihinde bilgisayar kütüğüne hayali yoklama bilgileri girerek, 31.12.2006 tarihine kadar askere sevkinin ertelendiğini gösterir askerlik durum belgesi düzenleyip, askere sevkini erteletmek suretiyle askerlikten kısmen kurtul(an)"⁴³ sanık/iştirakçilerinin eylemleri sahtecilik yoluyla yapılan askerlikten kısmen/tamamen kurtulmak için hile yapmak/ iştirak etmek suçuna örnek olarak gösterilebilir.

(2) Sahte Belgenin Aldatmaya

("İkna İğfal Yeteneği") Elverişli Olması

Uygulamada belgede sahtecilik suçları bakımından kabul edilen, "İğfal kabiliyeti" "aldatma gücü", "aldatma yeteneği" olarak da ifade edilen aldatma kabiliyeti kavramı, 765 sayılı TCK'nun metninde yer almamakla beraber doktrin ve yargı kararlarında aranmaktaydı. Bunun ortak bir unsur olup olmadığı ise doktrinde tartışma konusu olmuştur.⁴⁴ Doktrinde kabul edilen görüşe göre, 5237 sayılı TCK'nun düzenlemeler ve gerekçeleri dikkate alındığında, suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirilmesi gereken belgede "aldatma kabiliyeti"nin bir başkasını aldatacak nitelikte olmaması halinde, suçun maddi unsurunun oluşmayacağı açıklanmıştır.⁴⁵ Aldatma kabiliyeti ile yapılan sahteciliğin üçüncü kişileri kandırıcı nitelikte olması ifade edilmek istenmiştir.⁴⁶

³⁹ As.Yrg.2.D., 8.3.2000, E.2000/117, K.2000/114 (Nakleden: Çelen, s.316)

⁴⁰ As.Yrg.Drl.Krl., 9.2.1989, E.66, K.44.

⁴¹ As.Yar.DK., 19.10.2000 tarih 2000/142-151 EK. (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.185-186)

⁴² As.Yar.2D., 03.11.2004, 2004/1341-1331 EK.(TSK Net)

⁴³ As.Yar.4D., 16.06.2010, 2010 1825-1775 EK. (TSK Net)

⁴⁴ Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz.Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.479-485.

⁴⁵ Nitekim TCK 204/1, 2 ve 207 maddelerinde "aldatacak şekilde" ibaresi kullanılmıştır. Bu açıklama için bkz.Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.480.

⁴⁶ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.479..

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında tartışmalı olan diğer konu aldatma yeteneğinin tespiti olmuştur. Yargıtay çeşitli kararlarında aldatma yeteneğinin kimi zaman objektif kriterlere göre belirlenmesi gerektiğini,⁴⁷ kimi zaman ise nesnel olarak olması gerektiğine⁴⁸ karar vermiştir.⁴⁹

AsCK'nun 81'inci maddesinde yazılı suçun sahte evrak ile işlenmesi halinde bunun hile oluşturabilecek niteliğe sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.⁵⁰ Belgedeki hilenin kaba saba oluşu, bilirkişi dinlenmesine dahi ihtiyaç göstermeyebilir.⁵¹ Ancak diğer durumlarda bir bilirkişi marifetiyle bunun tespiti önem taşımaktadır. Aksi takdirde bu husus noksan soruşturmadan bozmayı gerektirecektir.⁵² Belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayini hakime ait bir husustur.⁵³

Yine sahte belgenin aslı suç dosyasında bulunmadığı sürece delil olarak değerlendirmeye esas alınması ise mümkün değildir.⁵⁴ Onay-

⁴⁷ "Suça konu senette ilgili ekspertiz raporuna senetteki 450.000 rakamlarının sol başına farklı bir kalemlle (15) rakamları eklenip alacak miktarının yazı ile doldurulduğu, yapılan tahrifatın ilk bakışta kolaylıkla anlaşıldığı cihetle, işgal kabiliyetine haiz olmadığına.." Yarg.CGK.nun 1.4.2003 tarih ve 6-12/76 sayılı kararı (Nakleden:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.481)

⁴⁸ "Mahkemece resmi belgede bulunması gereken başlık, sayı, tarih, imza, mühür gibi zorunlu öğeler incelenmeli, belgenin niteliği ve nesnel olarak aldatma gücü olup olmadığı saptanmalıdır" Yarg.CGK.nun 22.5.1989 tarih ve 6-144/200 sayılı kararı (Nakleden:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.481)

⁴⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.481.

⁵⁰ Benzer yöndeki kararlar için bkz.As.Yrg.3D., 21.12.1999 tarih 1999/827 - 825 EK. (Nakleden:BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-2); As.Yrg.2.D., 6.11.1958, E.3435, K.4095 (Nakleden: Hulusi Özbakan, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1990, s.189)

⁵¹ Benzer yöndeki karar bkz.As.Yar. DK., 18.04.2002, 2002/23-31 EK (As.Yar.Der., S.15, Y.2003, s.241-243)

⁵² Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında; "Sanık Ü.S.'in normal vaktinden 3 gün önce terhis edilmesini sağlayan sevk belgelerindeki tahrifatın Aydın Askerlik Şube Başkanlığı görevlileri tarafından derhal fark edilerek, durumun sanığın birlik komutanlığına bildirildiği.belgeler üzerinde sanıklar tarafından yapılan değişikliklerin aldatma yeteneğine sahip olup olmadığının dinlenilecek bilirkişi marifetiyle açıklığa kavuşturulmasının ardından, elde edilecek sonuca göre sanıkların hukuku durumlarının tayin ve tespiti gerektiği(ne)" karar verilmiştir. As.Yar.2D., 29.11.2006, 2006/1600-1589 EK.(TSK Net)

⁵³ Yargıtay kararları da bu doğrultudadır. Bkz.Yargıtay 11.CD.24.12.2009 gan ve 2051/16746 E.K (Nakleden: Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Cilt, 3.Baskı, 2010, s.3176)

⁵⁴ Bu konudaki kararlar için bkz. As.Yar.DK., 04.11.1999 tarih 1999/162 - 191 EK. (Nakleden:BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-3); As.Yar.DK., 01.07.1999, 1999/137-148 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.200)

sız olması nedeniyle suret belge özelliği bulunmayan ve hukuki sonuç doğurmaya elverişsiz belge ile⁵⁵ “ilgili mevzuata aykırı olarak düzenlenmiş”⁵⁶ belgenin de aldatma özelliği yoktur.

Salt geçerli ve sağlıklı bir belgede yapılan her değişiklik hile sayılmamakla birlikte bir belgedeki sahtekarlığın “hile” sayılabilmesi için, yetkili kişilerin yanlış işlem yapmasına elverişli, aldatıcı ve inandırıcı özellikte olması gerekmektedir.⁵⁷ Ancak yapılan sahteciliğin veya hilenin kusursuz bir biçimde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerçeğe aykırı olarak düzenlenen belgenin, ortalama dikkat ve algılama yeteneğine sahip kişileri gerçek olarak düzenlendiği konusunda kandırabilmek için elverişli olması yeterlidir.⁵⁸

Ancak aldatma yeteneğine sahip olmamasına rağmen ilgililerin bu belgeler üzerinde gerekli inceleme, mukayese ve kontrol işlemlerini özensiz veya dikkatsiz bir şekilde yapması veya hiç yapmaması sonucu amaçlanan sonuç ve netice meydana gelmiş olsa bile bu durum aldatma yeteneği bulunmayan sahte belgeleri askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu açısından elverişli vasita haline dönüştürmeyecektir.⁵⁹

⁵⁵ Bakıcı-Yalvaç, s.728; Yargıtay görüşü de benzer doğrultudadır. Bkz. Yargıtay 11.CD.31.5.2006, 1928/4968 (Nakleden:Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.482)

⁵⁶ Yargıtay’ın görüşü de aynı doğrultudadır. Yar.6.CD.16.9.1993, 4847/6293. Bu görüş ve Yargıtay kararı için bkz.Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.482;

⁵⁷ Benzer yöndeki karar için bkz.As.Yar.DK., 18.4.2002, 2002/23-31 EK. (TSK Net)

⁵⁸ Askeri Yargıtay;“...*Sanığın jandarma birliğinde ve jandarma sınıfında bir er olarak görev yapmasından esinlenerek sağlık kurulu raporunda yer alan tüm askerî tabipleri “jandarma tabip...” olarak göstermiş olması, hatta Tortum Askerlik Şubesinin üst yazısında yer alan Şube Başkanının sınıfını dahi “J.Kd.Ütğm.” olarak yazmış olması... Sağlık kurulu raporunun ön yüzünde konulan tanı “bilateral inguinal herni” iken, arka yüzünde “akciğer tüberkülozu” gibi farklı ve değişik bir teşhise yer veril(mesinin)...*” (As.Yar.DK., 27.12.2006, 2006/1784-1770 EK. (TSK Net));“*Tahrifat yapılan belgenin sunulduğu Bölük Komutanı J.Boş.E.Y.’nun, belge üzerinde muayeneyi yapan doktorun ismi ve imzasının bulunmaması, sadece Baştabip ismi, imzası ve mührünün bulunması(nun) ...*,” (As. Yar.1D., 21.01.2009, 2009/008-0103 EK. (TSK Net)) ortalama dikkat ve algılama yeteneğine sahip kişiler tarafından ilk bakışta tespit edilebilecek aldatma yeteneği teşkil etmeyen sahtecilik eylemleri olduğuna karar vermiştir.

⁵⁹ Benzer karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.10.2003 gün 232/250 Sayılı Kararı (Nakleden: Bakıcı-Yalvaç, s.728); Askeri Yargıtay’ın benzer doğrultudaki kararları için bkz. As.Yar.DK., 27.12.2006, 2006/1784-1770 EK. (TSK Net); As.Yrg.Drl.Krl.nun 05.05.2005 gün ve 48-43; 12.11.1998 ve 156-146; 12.02.1998 gün ve 31-27; 12.02.1998 gün ve 30-26 sayılı kararı; As.Yrg.2’nci Dairesinin 22.04.2003 gün ve 468-456; 3’ncü Dairesinin 22.01.2002 gün ve 61-60 sayılı kararları. Ancak Askeri Yargıtay daha önceki tarihli aksi yöndeki kararlarında, sanığın askerlikten kurtulmak şeklindeki amacını gerçekleştirmesi halinde, sahte belgenin artık ikna

(3) Birlik Yetkililerinin İhmali Sonucu Aldatmaya Elverişli Olmayan Sahte Belge İle Yine de Askerlikten Kurtulunması Hali/ Firar Suçu Arasındaki İlişki

Müsaadesiz olarak kıtadan ayrılış halinde, aynı zamanda askerlik hizmetinden de uzak kalınmaktadır. Ancak yapılan her hileli hareketin AsCK'nun 81 kapsamında kabulü mümkün değildir.⁶⁰ Nitekim AsCK 81 gibi askerlik hizmetinden kısmen ya da tamamen kurtulmayı amaçlayan suçlardan birisi de AsCK 66/1-a bendinde düzenlenen "firar" suçudur. Maddeye göre; "Kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşan" askeri şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir.

Bu suçta işleniş yöntemi bakımından AsCK 81'den farklı olarak, askerlik hizmetinden hile ile değil de birliğin izinsiz olarak terk edilmesi suretiyle kaçarak uzaklaşılması ve kanunda yazılı süre kadar (7 tam gün) birliğe dönülmemesi ile suç oluşmakta ve faili yakalanıncaya ya da kendiliğinden dönünceye kadar suç temadi etmektedir. Askerlikten kurtulmak için hile suçunda failin özel olarak askerlikten kurtulma kastı aranırken firar suçunda genel kasıt yeterli olup failin hangi saik altında suçu işlediğinin önemi yoktur. Bu nedenle failin gayesi, AsCK 81'de olduğu gibi kısmen askerlik hizmetinden uzaklaşmak olabileceği gibi tamamen muvazaflık hizmet yükümlülüğünden kurtulmak ta olabilir.

Özellikle firar suçu ile AsCK 81 arasındaki ilişki; AsCK 81'de askerlik hizmetinden kısmen kurtulmak kapsamında yapılan sahtecilik unsurunun oluşmadığı ancak birlik yetkililerinin ihmali sonucu alınarak faile izin verdikleri durumda failin fiili durumunun firar suçu olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında tartışılmaktadır.

ve işgal kabiliyeti taşıyıp taşıyamamasının bir önemi olmadığına karar vermektedir. Örneğin: "...Sahte belge kullanılarak ilgili makam ve merciler aldatılmış arzu edilen netice gerçekleştirilmiş ise; artık bu belgenin ikna ve işgal kabiliyetini taşıyıp taşımadığının araştırılmasına As.Yrg.Drl.Krl.nun 29.11.1990 tarih ve 1990/159-148 sayılı kararında belirtildiği üzere suç bütün unsurları yönünden oluştuğu için gerek bulunmamaktadır..." (As.Yrg.4.D., 26.9.1995, E.629, K.627) Benzer mahiyetteki kararlar için bkz. As.Yar. DK., 19.10.2000 tarih 2000/142-51 EK; As.Yar.4D., 10.01.2001 tarih 2001/5-1 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-6)

⁶⁰ Bu açıklama için bkz. As.Yrg.Drl.Krl., 21.4.1988, E.72, K.48. (Nakleden: Çelen, s.308)

Askeri Yargıtay'ın önceki tarihli kararlarında,⁶¹ failin hizmetten uzaklaşması fail açısından herhangi bir suçu oluşturmayacaktır. Ancak daha sonra Askeri Yargıtay bu konudaki görüşünü değiştirerek, suç failinin *"meşru bir izin almak yerine aksine izin vermeye yetkili amirinin iradesini ifsad ederek, kanunî bir izin almanın şartları olduğu konusunda onu iğfal ederek "gayri meşru" biçimde birliğinden ayrılması"*nın firar suçunu oluşturacağına karar vermiştir.⁶²

AsCK 66/1-a bendinde firar suçu *"izinsiz olarak"* uzaklaşma ile oluşmakta ancak maddede izinsiz uzaklaşmanın hangi fiilleri ya da durumları kapsadığı yargı kararlarına bırakılmaktadır. Ancak uygulamada en sık karşılaşılan firar eylemleri birliğin kaçarak terk edilmesi ya da günlük çarşı izninden dönülmemesi şeklindedir. Nitekim 1111 sayılı Askerlik Kanununda firar, madde başlığından da açıkça anlaşılacağı üzere *"izin almaksızın savuşmak"* olarak tanımlanmaktadır. (1111 SK.m.12) Yine firar suçunu düzenleyen AsCK 66'ncı madde ile bağlantılı olan AsCK 73 ve 75'inci maddelerde *"geri gelen kaçak"* ya da *"kaçaklara yardım eden"* tabirleri kullanılmaktadır. Kanundaki bu düzenlemelerden firar suçunu oluşturan maddi fiilin, kıtanın izin alınmaksızın *"kaçmak"* suretiyle terk edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle *"gayri meşru"* yöntemle de olsa yasal olarak kendisine birlik yetkililerince düzenlenen yasal izin kağıdı ile ayrılan kişinin eylemi maddi fiil ile örtüşmemektedir. Ancak failin bu eylemi ceza hukuku anlamında bir suç teşkil etmese de gayri meşru yöntemle uzaklaştığı süre kadar askerliğinin uzayacağına bir kuşku yoktur.

Ancak firar edenin firar süresi içinde çeşitli hilelerle askerlik yükümlülüğünden kurtulmak kastı ile yaptığı başkaca hileli fiiller olabilir. Bu durum firar suçundan ayrı olarak failin eyleminin unsurları gerçekleşmişse AsCK 81'deki suç olarak kabulüne engel değildir.⁶³

⁶¹ As.Yar.DK., 5.5.2005, 2005/48-43 EK. (TSK Net)

⁶² *"...ASCK'nın 81/1'inci maddesinin öngördüğü biçimde hile yeterliliği taşımayan olmasının, gayri meşru şekilde birliğinden bir buçuk ay süreyle ayrılmasını sağlayan sanık açısından firar suçunun oluşumunu etkilemeyeceği sonuç ve kanaatine varılmıştır."* As.Yar.1D., 18.4.2007 tarih 2007/763-758 EK. (As.Yar.Der., S.21, Y.2008, s.89-91)

⁶³ Askeri Yargıtay, "10.2.1999 tarihinde birliğinden firar edip babası olan M.P.'tan kendisini Ş.P.adıyla sahte bir şekilde nüfusa kaydettirmesini istemek, babası tarafından gerçeğe aykırı bir Mernis Doğum Tutanağı düzenlettilmesinden ve Ş.P. olarak nüfusa kaydının yapılmasından sonra, sol gözü kör olan H.D.ile irtibata geçerek kendisi yerine Ş.P. adıyla askerlik işlemlerini başlatmasını ve "Askerliğe Elverişli Değildir" raporu almasını istemek, bu kişiyi Ş.P. sahte kimliği ile yoklama işlemlerine sokmak ve bu şekilde temin ettiği

c. Aldatmaya Elverişli Her Türü Hileli Vasıta Kullanmak

AsCK 81'in sahtecilik dışında her türlü hileli vasıta ile de işlenebileceğinden bahsedilmişti. AsCK 81 gibi TCK'da da "hile" ile işlenebilen bir çok suç yer almaktadır.⁶⁴ Ancak gerek AsCK'da gerekse TCK'da hilenin neden ibaret olduğunu gösteren bir tanım mevcut değildir. Doktrinde dolandırıcılık suçunun unsurlarından olan hile ve sanianın tanımı ve niteliği şöyle açıklanmıştır: "Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarfedilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bıraktıracak bir takım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve şartlardan yararlanarak hile ve sania teşkil eden bu hareketler bulunmasaydı, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatmak, bu suretle başkasının zihni, fikri ve eylemlerinde bir hata meydana getirmektir."⁶⁵ "Hile bir kimseyi kandırarak nitelikte olmalıdır. Bu durumu hilenin yöneldiği kişinin sübjektif durumu ve aldanma yeteneği bakımından müatalaa etmek gerekir. Böylece hileyi her olayda ayrıca gözönüne alarak bunların aldatıcı nitelikte bulunup bulunmadığının tespiti hakime düşen bir görev olmaktadır."⁶⁶ Kanaatimizce bu açıklamalar AsCK 81'deki suçun unsuru olan hile için de geçerlidir.

AsCK'da tek tek sayılan eylemlerden "başkasının hüviyet cüzdanını veya askeri vesikasını kullanmak" eylemi hileli vasıtalarından biri olarak sayılmıştır. Askeri Yargıtay kararlarında; "Ayak parmaklarından dördü kesik bir şahsı kendi yerine heyet muayenesine sokan",⁶⁷ "Hepatit B Virüsü taşıdığını öğrendiği, (şahsa kendi adına) kan verdirterek... 6 ay hava değişimi

26.12.2001 tarihli sahte sağlık kurulu raporuyla yakalandığı (olayda)... sanığın İ.P. olan asıl kimliğiyle firari asker olarak aranmaya devam edilmekte olması ve bu kimliğiyle askerlikten kurtulmasına yönelik bir hilenin söz konusu olmaması nedenleriyle, Ş.P. ismiyle sahte olarak kendisini ikinci defa nüfusa kaydettirmiş ve bu kişi adına askerliğe elverişli olmadığına ilişkin sahte rapor almış olmasının askerlikten kısmen de olsa kurtulmasına elverişli hileler olmadığı, dolayısıyla bu eylemlerinin askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu değil, 765 sayılı TCK'nın 342 ve 350 veya 5237 sayılı TCK'nın 204 ve devamındaki hükümler kapsamında belgede sahtecilik suçlarını oluşturabileceği kabul edilmiştir" As.Yar.DK., 21.06.2012, 2012/91-87 EK (TSK Net)

⁶⁴ Örneğin "Dolandırıcılık" suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK 157/1'inci maddesinde; "Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir" sadece bunlardan biridir. Diğer düzenlemeler için bkz. "Hileli iflâs (TCK 161), Fuhuş (TCK 227/4), Hileli evlenme (TCK 230); İhaleye fesat karıştırma (TCK 235/2 a); Zimmet (247/2) vd.)

⁶⁵ Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, İstanbul 1990, s.414.

⁶⁶ Dönmezer, s.425.

⁶⁷ As.Yrg.Drl.Krl., 27.12.1990, E.183, K.159

raporu“ alan”,⁶⁸ sanık/iştirakçilerinin eylemleri hileli vasıtalar kullanılarak yapılan askerlikten kısmen/tamamen kurtulmak için hile yapmak/ iştirak etmek suçuna örnek olarak gösterilebilir.

AsCK 81’de sahtecilik suçları dışında yukarıda Askeri Yargıtay kararlarında örnekleri verilen hileli hareketler özel amaca yönelik iradi bir davranışla (“*askerlikten ya da hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile*”) işlenebileceğinden kanatimizce icrai olan hileli vasıtalarla işlenebilen bu suçun ihmali olarak işlenebilmesi mümkün değildir.

2. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri de suçun konusudur. Konusuz suç olmaz. Suçun konusu doktrinde, “*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi*”⁶⁹ ya da “*hareketin yöneldiği kişi ya da şey*”⁷⁰ olarak açıklanmıştır.

Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Ancak suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Suçun konusunun olmadığı durumda ortada işlenemez bir suç vardır⁷¹.

Uygulamada Askeri Yargıtay’ın bir kararına göre suçun konusu “*her türlü hileli vasıta*”⁷² olarak açıklanmıştır. “*Failin askerliğe elverişli*” olmadığı durumlarda suçun konusu da sözkonusu değildir. Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, “*AsCK’nun 81’inci maddesi ile yaptırım altına alınan hileli hareketin, askerliğe muktedir ve askerlik yapacak olan mükellef kişiyi tamamen veya kısmen askerlikten kurtarmaya müteveccih olması gerekli olup, mükellef kişi hileli hareketin yapıldığı tarihte veya öncesinde esasen askerliğe elverişli olmaması nedeniyle askerlik yapamayacak durumda iken, suçun konusu ortada bulunmayacağı ve hileli hareket de böyle bir neticeyi sağlayamayacağı için, bu suç yönünden elverişli kabul edileme(yeceği),*

⁶⁸ As.Yar.3D., 05.06.2007, 2007/1425-1415 EK. (TSK Net)

⁶⁹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ocak 2006, Üçüncü Bası, s.215

⁷⁰ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.25.

⁷¹ Özgenç, s.467

⁷² Bu açıklama için bkz. As.Yar.3D., 1.3.1988, 1988/51- 142 EK.

Bu nedenle sanığın sonradan aldığı askerliğe elverişsizlik raporunun, hileli hareketin yapıldığı tarihe ve öncesine şamil olup olmadığı tespiti ve bunun neticesine göre yüklenen suç veya başka bir suç oluşturup oluşturmayacağı hükmü yerinde tartışılmadan noksan soruşturma ile hüküm tesisi(nin)”⁷³ kanuna aykırı olduğunu açıklamıştır.

Gerçekten AsCK 81’deki suçun faili olabilmek için aranan en önemli şart olay tarihi itibarıyla failin askerliğe elverişli olmasıdır. Zira Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği’ne göre, bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanlar askerlik hizmetinden muaf tutulurlar.(1111 SK.m.10/4A-8) Suç faillerinin olay tarihi itibarıyla askerliğe elverişli olup olmadıkları bu nedenle her olayda mutlaka araştırılmalıdır⁷⁴. Yine AsCK 81 açısından suç faili olamayan birinin bir eyleminin, genel hükümler kapsamında başka bir suçun konusunu oluşturması mümkündür.⁷⁵

⁷³ As.Yar.3D., 26.1.1988, 1988/3-51 EK.; Askeri Yargıtay bir başka kararında, “Askerliğe elverişli olmayan bir kişinin bu suçu işleyemeyeceği ve suçun işlenemez suç kapsamına gireceği, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun ise sırf askeri suç olmamakla birlikte, suçun askerlikten kurtulma amacına yöneldiği dikkate alındığında, suçu işleyecek kişinin asker şahıs olma niteliklerini taşımasının gerektiği(ni)” açıklamıştır.As.Yar.5D., 04.12.2007, 2007/26/9-2606 EK. (TSK Net)

⁷⁴ “Fırar ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçlarının oluşabilmesi için suç tarihi itibarıyla sanığın askerliğe elverişli olması gerektiğinden, bu hususta araştırma yapılmadan hüküm kurulması noksan soruşturma olarak görülmüştür.”As.Yar.5D., 04.12.2007, 2007/26/9-2606 EK. (TSK Net)

⁷⁵ “...Suç tarihinden önce kilo fazlalığı rahatsızlığından dolayı üç kez ertesi yıla sevk tehiri kararı verilen ve dava konusu olayın ortaya çıkmasından hemen sonra yapılan kontrol ve hakem muayeneleri neticesinde de aynı rahatsızlıktan dolayı hakkında askerliğe elverişli değildir kararı verilen, bu nedenle suç tarihinde fiziki yönden askerliğe elverişli olmadığı açıklığa kavuşan sanık bakımından, yüklenen askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun işlenemez suç niteliğinde kaldığı anlaşılmalı birlikte, sanığın eyleminin genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde tesis olunan görevsizlik hükmünde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından, sanık müdafinin temyiz sebeplerinin reddi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir (As.Yrgt.1 nci D.nin 15.01.2003 tarihli, 2003/67-65 Esas ve Karar sayılı ilamı da bu yöndedir.)” As.Yar.3D., 26.07.2007, 2007/1740-1736 EK. (TSK Net); “...Haklarında askerlikten kurtulmak için hile yaptıklarından bahisle kamu davası açılan sanıklar H.B.ve M.P.’un yaptırılan kontrol muayeneleri sonucunda **suç tarihlerinde askerliğe elverişli olmadıklarının saptanması**, sanık Em. Tbp.Bnb. Ü.H.’ın bahse konu askerliğe elverişsizlik raporlarının düzenlenmesi konusunda hiçbir görev ve yetkilerinin bulunmaması sebebiyle; sanık Ü.H.’ın eyleminin 765 sayılı TCK’nın 218’inci maddesinde düzenlenen görevine girmeyen bir işte rüşvet almak suçunu oluşturduğu, diğer sanıkların eyleminin ise bu suça iştirak niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği”ne karar verilmiştir. Bkz.As.Yar.5D., 22.11.2006, 2006/15261522 EK. (TSK Net)

3. Netice

AsCK 81'deki suç, hileli hareketin yapılması ile tamamlanır. Bu suçun oluşumu için "askerlikten kısmen ya da tamamen kurtulmak gibi" bir neticenin gerçekleşmesine gerek yoktur. Bu nedenle bu suç "ani" suçlar kategorisinde "sırf hareket" suçudur⁷⁶.

Kanunkoyucu bazı suçlarda ("tehlike suçları") hareketin yöneldiği konunun objektif olarak zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşmasını suçun oluşumu için yeterli kabul ederek daha zarar doğmadan müdahale edilmesi gerektiği düşüncesinden hareketle bu fiilleri suç haline getirmiştir. Tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesine ihtiyaç olmayan bu suç tipi doktrinde, sırf hareket suçları (neticesiz suç), neticesi harekete bitişik suç veya şekli suç olarak tanımlanmaktadır. Sadece tipiklik açısından hukuka aykırı fiilin icrasının, failin cezalandırılması için yeterli olduğu sırf hareket suçlarında sebep-sonuç ilişkisi anlamına gelen nedensellik bağının araştırılması gerekmekte fiilin gerçekleştiğinin saptanması, suçun tamamlandığının tespiti yönünden yeterli sayılmaktadır.⁷⁷

Nitekim Askeri Yargıtay, AsCK 81'deki suçun konusunu her türlü hileli vasıtaların teşkil edebileceğini, ancak kullanılan vasıtaların sonuç doğurmaya elverişli olması halinde, suçun teşekkülü için kanunda

⁷⁶ Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, "...Sanık C.A.'ın, 28.11.1985 tarihinde Karabük Asliye 2 nci Hukuk Mahkemesine başvurarak asker firarisi olarak aranan oğlu sanık M.Y.A.'ın askerlikten tamamen kurtulması amacıyla, 31.03.1987 tarihinde gaiplik kararı aldırıldığı (Dos.Dz. 61) ve bu durum itibarıyla sanıklara isnat olunan suçların tüm unsurları yönünden bu tarihte oluştuğu anlaşıldığından, sanıkların işledikleri müsnet suçun tarihinin, 31.03.1987 olduğunun kabulü gerekmektedir. Dava zaman aşımının düzenlendiği T.C.K.nun 102/4 ve 104 ncü maddeleri çerçevesinde, As.C.K.nun 81 nci maddesinde belirtilen Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak suçunun dava zaman aşımı süresinin 10 yıl olduğu, suç tarihi olan 31.03.1987 tarihinden itibaren bu sürenin (10 yılın) 31.03.1997 tarihinde dolduğu ve bu süre içerisinde, zamanaşımını durduran ve kesen T.C.K.nun 104 ncü maddesinde belirtilen herhangi bir sebebin de söz konusu olmadığı anlaşıldığından, sanıkların işledikleri kabul edilen Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak ve bu Suça İştirak etmek suçlarının 31.03.1997 tarihinde T.C.K.nun 102/4 ve 104 ncü maddelerine göre dava zaman aşımına uğradıkları anlaşıldığından, Askeri Mahkemece sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşmesine karar verilmesi gerekirken, "müsnet suçların mütemadi suç niteliğinde olduklarının ve hileli muameleler neticesinde askerlikten kurtulma halinin devam ettiği müddetçe suç temadilerinin de devam ettiğinin" kabulü ile sanıkların mahkumiyetleri cihetine gidilmesi yasaya aykırı görüldüğünden, mahkumiyet hükümlerinin açıklanan bu nedenlerle bozulması cihetine gidilmiştir." As.Yar.2D., 05.03.2003, 2003/238-232 EK. (TSK Net)

⁷⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.26, 273, 275.

aranan unsurların oluşacağını⁷⁸, ayrıca sanığın fiilen askerlikten kurtulmuş olup olmasının suçun oluşumuna bir etkisi bulunmadığını⁷⁹, suçun “netice suçu” olmayıp neticesinin gerçekleşmesine ihtiyaç göstermeyen “şekli suç” niteliğinde olduğunu, hilenin neticeyi meydana getirmeye (doğurmaya) elverişli olması gerektiğinden bu yönüyle de “tehlike suçu” olduğunu⁸⁰ açıklamıştır.

Tehlike suçlarında icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusudur. Korunan hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilmektedir. Buna karşılık suçun işlenmesiyle, suçun konusuna zarar verilmekte veya tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Ancak suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki değer ile maddi unsurlardan birini oluşturan suçun konusu kavramları birbirine karıştırılmamalıdır.⁸¹

Sırf hareket suçlarında hareket yapılır yapılmaz suç tamamlandığından zamanaşımı o andan itibaren işleyecektir. Bu suçlarda hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından fiilin işlenmesiyle suç tamamlanır.⁸² Nitekim Askeri Yargıtay, AsCK 81’deki suçun “sahte resmi belgenin (sahte raporun) tanzimi ile değil, bu belgenin işlem yapmaya yetkili mercilerde kullanılması ile teşekkül (ettiğini).., Sahte belge(nin) tanzim edilmekle beraber hiç kullanılmamışsa bu suç(un) oluşmayacağına”⁸³ karar vermiştir.

4. Fail

Madde düzenlemesine göre, askerlik çağına girenler, kıtasına katılanlardan bahsedilmektedir. Askerlik çağına giren ancak kıtasına katılmayan askerlik yükümlülüğü altında yoklama döneminde bulunan her sivil erkek Türk vatandaşlarıdır.(1111 SK. m.2/1)⁸⁴

⁷⁸ Bu açıklama için bkz.As.Yrg.3.D., 1.3.1988, E.51, K.142; 3.D., 22.5.1990, E.304, K.291.

⁷⁹ As.Yrg.Drl.Krl., 30.11.1995, E.117, K.118.

⁸⁰ Bu açıklamalar için bkz.As.Yar.DK., 26.4.2007, 2007/36-41 EK. (TSK Net)

⁸¹ Özgenç. S.216

⁸² Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.274..

⁸³ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 6.3.2003, 2003/21-18 EK.(TSK Net), Benzer karar için bkz. As.Yar.1D., 14.12.2005, 2005/1296-1289 EK. (TSK Net)

⁸⁴ “Mülteciler ve Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayanlar asker edilmezler.” (1111 SK.m.10/4 A-12)

Askerlik şubesinden kıt'aya sevk ve kıt'a ya da askeri bir kuruma katılmakla muvazzaf askerlik hizmeti başlayacaktır. Bu nedenle mecburi askerlik yükümlülüğü altında olan tüm "asker şahıslar"⁸⁵ bu suçun faili olabilirler.

Ancak bu askeri şahıslardan askeri öğrenci statüsünde bulunan, Lise, orta ve eşidi okullar askeri öğrencilerinin, askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle AsCK 81'deki suçun faili olmaları kanaatimizce mümkün değildir.⁸⁶

Yedeklik döneminde bulunan ihtiyat (yedek) askeri şahısların yeniden askerlik hizmetine çağrılmaları mümkündür. Bunlar askeri hizmetlerde buldukları müddetçe AsCK hükümlerine tabidir.(AsCK m.4; 353 SK 10/B) İhtiyat (yedek) askeri şahısların kıtasına katılmakla bu suçun asker faili olabilecekleri gibi kıtaya katılmamak için hile yapmaları durumunda sivil şahıs olarak da bu suçun faili olmaları kanaatimizce mümkündür.⁸⁷

⁸⁵ Askeri hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin; İç Hizmet Kanunu 2'inci maddesine göre, Asker, "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir"; AsCK 3/1'inci fıkrasında ise, "Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler" dir; AsYUK 10/A maddesinde ise, "A) Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, B) Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece), C) Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel (Bu bend Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 EK. İle Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484) D) Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler, E) Rızası ile Türk Silâhlı Kuvvetlerine katılanlar" ın bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır. AsCK 3'üncü maddesinde yedek askerler askeri şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK 4. maddesi ile AsYUK 10/B bendinde "yedek askerlerin" askeri hizmette buldukları sürece askeri ceza kanunu hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda AsCK 3. maddesindeki eksikliğin AsCK 4 ve AsYUK 10/B bendi ile tamamlanmış olduğu söylenebilir. Doktrinde AsCK 3. maddesindeki asker şahıs tanımının bu manada eksik olduğu açıklanmıştır.(Çelen, s.31)

⁸⁶ "Lise, orta ve eşidi okullar askeri öğrencilerinin askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle sırf askeri nitelikteki firar suçunu işleyemeyeceklerini, okuldan izinsiz ayrılmamaları konusunda kendilerine emir verilmiş olsa dahi bu emrin hizmete taalluku bulunmaması nedeniyle eylemlerinin emre itaatsizlik suçunu da teşkil etmeyeceği..." As.Yar.İBK., 15.11.1975 1975/2-5 EK (TSK Net)

⁸⁷ Erbaş ve erler bakımından yedeklik devri, muvazzaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadardır. Askerlik çağı kişinin 41 yaşına girdiği yılın 1 Ocak tarihinde biter. (1111 SK. 7, 2). Böylece muvazzaflık hizmetini erbaş veya er olarak tamamlayan kişi bu

AsCK 81'inci maddesinde düzenlenen suç, failleri ve ortaklarının asker ya da sivil şahıs olabilmeleri nedeniyle "sırf askeri suçlar"⁸⁸ kategorisinde değildir. Nitekim AsCK Ek madde 8/2'inci fıkra düzenlemesinde de bu suçun sırf askeri suç olmadığı açıklanmaktadır.⁸⁹

Askeri suç doktrininde, "asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askerî bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel Ceza Kanununda öngörülen ve Askerî Ceza Kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suç" askerî suç benzerleri olarak tanımlanmaktadır.⁹⁰ Bir suçun askeri suç benzeri olabilmesi için hukuki konusunun askeri bir yararın korunması şeklinde belirlenmesi şarttır.⁹¹

AsCK 81'deki suç; faillerinin sivil şahıs olabilmesi, suçun unsurlarının ise başka bir kanunda düzenlenmesi ("hile" unsurunun TCK'da sahtecilik suçu içinde öngörülmesi) ve hukuki konusunun askeri bir menfaati korunması nedenleriyle nitelik olarak "askeri suç benzeri" dir.

Sadece asker kişiler veya belirli sınırlı durumlarda sivil personel tarafından işlenebilen sırf askerî suçlar mahsus (özgü) suç niteliğini taşımaktayken yine askerî suç benzeri olan bazı suçlar da "mahsus (özgü) suç" niteliğinde olabilirler.⁹²

Sırf askeri bir suçun faili münhasıran asker kişi olduğu gibi askeri suç benzerinin faili de kural olarak asker kişidir ve ancak o suçu yaratan madde metninde veya diğer kanun hükmünde açıklık bulundu-

yaşa kadar yedeklik evresinde bulunur. Subaylar ve astsubaylar bakımında yedeklik devri, emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesinde gösterilen yaşları doldurdıkları tarihte sona erer (1076 SK.22; 926 SK. 107). Uzman jandarmaların yedeklik dönemi emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 61 yaşında sona erer. (3466 SK. 7). Uzman erbaşlar ise, yedeklik dönemleri bakımından 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na tabidirler. (3269 SK. 6/3).

⁸⁸ Sırf askeri suçun TCK ya da AsCK ya da herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış olmakla birlikte, doktrinde kabul edilen tanıma göre; bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de sivil kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel Ceza Kanunda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülmeleyen suçlar sırf askeri suçlar olarak tanımlanmaktadır. Sırf askeri suçların unsurları için bkz.Sahir Erman, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, s.151.

⁸⁹ "Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz..." (AsCK Ek Madde 8/2)

⁹⁰ Bkz.Erman, s.151.

⁹¹ Bkz.Erman, s.157.

⁹² Kangal, s.167.

ğu takdirde sivildir.⁹³ AsCK 81'inci maddesindeki suçun failleri, sivil ve asker şahıslardır. Bu nedenle bu suç kanaatimizce failleri açısından "özgü (mahsus)" suç niteliğinde değildir.

5. Mağdur

Suçun mağduru ordu ve milli savunmanın zaafiyete uğratılması bakımından kanaatimizce Devletin kendisidir.

B. Suçun Manevi Unsuru

1. Askerlikten Kurtulma Özel Kastı

Kast, kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir.⁹⁴ TCK 21'inci maddesinde iki çeşit kastta yer verilmiştir. TCK 21/1'inci fıkrasında "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi" hali "doğrudan kast" olarak tanımlanırken, 2'inci fıkrada; "kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fülü işlemesi hali" olası kast olarak düzenlenmiştir.

Olası kast halinde, kanuni tarifte uygun neticenin gerçekleşmesi, olayın seyrine bırakılmakta, fail bunun gerçekleşmesi için özel bir çaba göstermemektedir.⁹⁵

Bazı suç tanımlarında, suçun unsurlarına ilişkin kastın yanı sıra, failin belli bir amaç doğrultusunda veya belirli bir saikle hareket etmesi, bir manevi unsur olarak aranmaktadır. Amaç ve saik, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir düşüncedir. Yeni TCK'nun sisteminde, amaç veya saik, kastta özdeş veya kastın bir türü değildir. Bu bakımdan özel kast-genel kast ayrımı terk edilmiştir.⁹⁶

Nitekim Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunda kanun-koyucu failin kastı dışında, belirli saikle hareket etmesini aramıştır. Bu saik madde metninde; "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak kasdile/ kendisinin yapmağa mecbur olduğu hizmetten büsbütün veya kısmen kurtulmak" şeklinde gösterilmiştir.

⁹³ Erman, s.158

⁹⁴ Özgenç, s.280.

⁹⁵ Özgenç, s.294.

⁹⁶ Özgenç, s.235.

*“Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında “bilerek” ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kast ile işlenebilir.”*⁹⁷ Şu halde, AsCK 81’de belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek düşüncesiyle hareket eden failin, olası kasttan dolayı (m. 21/2) cezasının indirilmesi kanaatimizce mümkün gözükmemelidir.

2. Failin Kastının Başka Bir Amaca Yöneldiği Aynı Hukuki Menfaati Koruyan Diğer Suç Tipleri İle İlişkisi

a. Yoklama Kaçağı, Bakaya, Saklı (AsCK 63)

AsCK 63/1’inci fıkrasında; *“Barışta, 1111 sayılı Askerlik Kanununun 89 uncu maddesi uyarınca haklarında verilen idarî para cezası kesinleştikten sonra kabul edilecek bir özrü olmadan, a) Yoklama kaçaklarından birlikte (...) (1) yoklamaya tabi oldukları doğumluların yurt genelinde normal sevk yılı içindeki son kafilesini gönderilmiş bulunanlar için, son kafilenin gönderilmesi tarihinden, b) Bakaya kalanlar için, bakaya kaldıkları tarihten, c) İhtiyat erattan çağrılıp da birlikte işleme tabi olduğu kişiler gönderilmiş bulunanlar için, en son gönderilme tarihinden, d) Yoklama kaçağı, saklı veya bakaya olup olmamasına bakılmaksızın askerlik şubesince sevk edildiği kitasına katılmayan veya geç katılanlar için, kendilerine tanınan kanuni yol süresinin bitiminden, itibaren dört ay içinde gelenler altı aya kadar, yakalananlar iki aydan altı aya kadar; dört aydan sonra bir yıl içinde gelenler iki aydan bir yıla kadar, yakalananlar dört aydan bir yıla kadar; bir yıldan sonra gelenler dört aydan iki yıla kadar, yakalananlar altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”* hükmü yer almaktadır.

AsCK 63’üncü maddesinde söz edilen yoklama kaçağı, bakaya ve saklı terimleri 1111 Sayılı Askerlik Kanunu’nun 12’inci maddesinde şöyle tanımlanmaktadır. *“Yoklamada bulunmayan ve bulunamadıklarına dair bu kanunda yazılı bir mazeret gösterememiş olanlara (Yoklama kaçağı), (...)yoklamada bulunarak (...) asker edildikleri halde istenildikleri sırada gelmeyenlere veya gelipte askerlik yapacakları kıtalara gitmeksizin toplandıkları yerlerden veya yollardan savuşanlara (bakaya), askere girdikten sonra izin almaksızın savuşanlara (fırar), askerde iken işleri için veya hastalanarak izin veya tebdilihava aldıkları halde izin veya tebdilihava gününü geçirenlere de*

⁹⁷ Bu açıklama için bkz.Özgenç, s.281.

(izinsiz), yirmi yaşlarına girmiş oldukları halde isimlerini nüfus (...) kütüğüne geçirmemiş bulunanlara da (saklı) denir. Alelümum altı ay ve daha fazla talim görmüş erbaş ve ere (usta asker), altı aydan daha az talim görmüş veya hiç talim görmemiş erbaş ve ere (acemi asker) denir."

AsCK 63'üncü maddesinde açıklanan suçun failleri askerlik çağına giren, yoklama çağında bulunan ve kıt'asına henüz katılmayan sivil şahıslardır. AsCK 81'deki suç tipinde failin özel kastı aranırken AsCK 63'teki suçun manevi unsuru genel kasttır. Yine AsCK 63'teki suçun oluşumu için suç faillerinin kastı yanında ayrıca kanunda kabul edilebilecek bir özrü olmaması gibi bir mazeret nedenine de yer verilmektedir.

1111 sayılı Askerlik Kanununda hangi hallerin mazeret kapsamında bulunduğu düzenlenmiş⁹⁸ olmakla birlikte sayılan bu hallerin dışında Askeri Yargıtay mazeret hallerinin sınırlı ve sayılı olmadığını içtihat ettiğinden başka bir takım hallerde yine mazeret nedeni olarak Mahkemece kabul edilebilecektir.⁹⁹

AsCK 63'teki suç tipinde faillerin suç kastı AsCK 81'deki gibi askerlik yükümlülüğü ya da hizmetinden tamamen ya da kısmen kurtulmak olmayıp sadece askerlik yükümlülüğünün geciktirilmesine yöneliktir. Yine askerlik şubesince sevk edilenlerin yoldan savuşmaları da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

⁹⁸ "Askere sevk için çağrıldıkları halde; a) Kendisinin tutukluluğu veya hükümlülüğü ya da herhangi bir resmi sağlık kurumu raporuyla belgelendirilmiş istirahat gerektiren hastalığı, b) Ana, baba, eş, kardeş veya çocuğunun resmi sağlık kurumu heyet raporuyla belgelendirilmiş hayati tehlike içinde olduklarını gösteren hastalığı, c) Sevkten önceki veya sonraki onbeş gün içinde ikinci derece dâhil kan veya kayın husumlarından birinin ölümü, d) Sevkten önceki veya sonraki onbeş gün içinde kendisi veya ikinci derece dâhil kan veya kayın husumlarından birinin evlenmesi, e) Sevkten önceki veya sonraki iki ay içinde çocuğunun doğması, nedeniyle askerlik şubesine gelemeyecek olanlar, bu mazeretlerini kanıtlayan belgeleri askerlik şubesinde bulundurulur. Bunlar hakkında bakaya işlemi yapılmaz. Bu mazeretler dışındaki nedenlerle sevkin son gününe kadar askerlik şubesine gelmeyenler ile gelip de sevk evrakını alanlardan, kendilerine verilen yol süresi sonunda birliğine katılmayanlar, bakaya olarak kabul edilirler. Bakayalar, askerlik ödevlerini yerine getirmek maksadıyla yakalanmaları için Milli Savunma Bakanlığınca İçişleri Bakanlığına, askerlik şubelerince de mahallin en büyük mülki amirine bildirilirler. Yakalanarak muhafaza altına alınan yükümlüler, vakit geçirmeksizin ve en geç yirmidört saat içerisinde en yakın askerlik şubesine getirilirler. Askerlik şubesince teslim alınamayan yükümlüler, ilgili kolluk kuvveti tarafından hazırlanan tutanağa istinaden derhal serbest bırakılırlar." (1111 SK. m.47)

⁹⁹ Ergün Ergül, Uygulamada Yoklama Kaçağı Bakaya ve Saklı Suçları, Ankara 1997, s.22.

Suç faillerinin askerlik yükümlülüklerini geciktirmede haklı mazeretleri varsa suç oluşmayacaktır. İşte bu noktada ileri sürülen mazeret konusu hususlarda (Örneğin: Sevkinin geciktirerek kıt'asına bir sonraki celp döneminde katılmak isteyen birinin mazeret olarak sevk dönemini kapsayan sahte bir doktor raporu ibraz edilmesi ya da sevk dönemlerinde kendisini yurtdışında göstermek maksadıyla sahte bir pasaport sunulması vs) sahtecilik yapılması uygulamada en sık karşılaşılan durumdur. Burada faillerin amacı askerlik yükümlülüğünden kurtulmak olmayıp amaçlanan sadece AsCK 63'teki suçu gizlemek ve bu sayede zamanında askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemektir. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹⁰⁰ Ancak Askerî Yargıtay'ın bu konuda aksi kararlarına da rastlamak mümkündür.¹⁰¹

¹⁰⁰ "...Afsin Askerlik Şubesi Başkanlığında asker alma işlem memuru olarak görevli sanık M.B.'un, Ağustos 1996 celbine katılmaması nedeniyle bakaya olarak aranmakta olan Y.K.'nin istemi üzerine bilgisayardaki kayıtlara girerek daha önce tanzim edilmiş olan sevk işlemlerini yok ettiği, adı geçen yükümlünün bakaya takibini durdurduğu, bu hususta Afsin Kaymakamlığına yazı yazılmasını ve yükümlüye de yüksek okula kaydında askerlik yönünden sakınca bulunmadığına dair belge verilmesini sağladığı, ayrıca yurt dışında bulunan ve yoklama kaçağı olarak aranmakta olan S.G. isimli şahsın yerine kardeşi H.G.'in resmini evraka yapıştırmak ve H.G.'i doktora muayene ettirmek suretiyle S.G.'in son yoklama işlemlerini tamamlattığı ve anılan yükümlünün yoklama kaçağı durumunu sona erdirdiği ve bu hususta Afsin Kaymakamlığına yazı yazılmasını ve yurt dışına çıkmasında askerlik yönünden sakınca olmadığına dair belge verilmesini sağladığı, sanık H.G.'in de kardeşinin isim ve kimlik bilgileri yazılı ancak kendi fotoğrafı yapıştırılmış belge ile kardeşi S.G.'in son yoklama muayenesini yaptırdığı...Askerî Ceza Kanununun 81 nci maddesinde, "askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçunun oluşması için failin eylemlerinin, "askerlikten büsbütün veya kısmen kurtulmak" kastına yönelik olması kanunî unsur olarak öngörüldüğünden ve dava konusu olayda da büsbütün kurtulmaya yönelik bir eylem bulunmadığından sanıkların eylemlerinin askerlikten kısmen kurtulmak kapsamında kabul edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerek(tiği), "Kısmen" sözcüğü "kısmi olarak" anlamına gelen ve arapça "kısm" sözcüğünden türetilmiştir. "Kısm/Kısm" ise, "parçalara ayrılmış bir şeyin her bölümü, bölüm, kesim" anlamına gel(diği), (Meydan Larousse Cilt 7 S.265). Sözcüğün bu anlamı karşısında; askerlik hizmetinden "kısmen kurtulmak" amacına yönelik fiillerin askerlik hizmetinin bir bölümünden kurtulmayı hedef alması gerektiği, bunu hedef almayan ve askerlik işlemlerinin geciktirilmesine yönelik eylemlerin bu kapsamda kabul edilemeyeceği, ... Bunun aksine bir düşünce ile ve askerlik hizmetinin geç yapılmasını da "kısmen kurtulmak" olarak kabul etmek, ancak yorum yoluyla mümkün olabilece(ği), Maddî ceza hukukunda yorum yoluyla kanunen tarif edilmiş bir suç tipinin kapsamının genişletilmesine olanak bulunmadığından, askerlik hizmetinin geç yapılmasına yönelik fiillerin As.C.K.nun 81 nci maddesinde tanımlanan suç oluşturduğu(nun) kabul edileme(yeceği), Nitekim, bu tür fiillerin müeyyideleri AsCK.nun 63 ncü maddesinde düzenlendiği gibi, bu sırada işlenmiş sahtecilik v.s. suçlar söz konusu ise bunlar hakkında genel hükümlerin uygulanacağı" açıklanmıştır. Bu durumda suç failleri AsCK 63 yanında ayrıca TCK sahtecilik hükümleri gereğince cezalandırılacaktır. As.Yar.ĐK., 18.03.1999 tarih 1999/28-57 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.197-198)

¹⁰¹ Askerî Yargıtay, "sanık adına çıkarılan son yoklama çağrı pusulasının 24.6.1993 tarihinde teyzesinin oğluna tebliğ edilerek 27.7.1993 tarihinde son yoklamasını yaptırmak üzere Askerlik Şubesinde hazır bulunmasının istendiği, ancak, zamanında son yoklaması-

b. İzin Tecavüzü

Askerlik hizmetinden kısmen ya da tamamen kurtulmayı amaçlayan suçlardan bir diğeri de AsCK 66/1-b bendinde düzenlenen “İzin Tecavüzü” suçudur. Maddeye göre; “Kıt’asından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmeyen...” askerî şahıslar bir yıldan üç yıla kadar hapsedilir:

Bu suç firardan farklı olarak izinli (yasal izin ya da istirahat izni vs.) olarak birlikten ayrılmayı ve izin süresi bitiminden itibaren mazeretsiz olarak altı tam gün içinde birliğe katılınmasıyla oluşan bir suçtur. Hangi hallerin mazeret olarak sayılacağı maddede açıklanmamış bu husus uygulamada mahkemenin takdirine bırakılmıştır.¹⁰²

İzin tecavüzü suçunun manevi unsuru genel kasttır. Ancak izin tecavüzü ile birlikte sahteciliğin yapıldığı durumda failin hangi amaç ve saikle hareket ettiği hususu suç vasfının tespiti açısından önemlidir.

ny yaptırmaması nedeniyle Arpaçay Askerlik Şubesinde yoklama kaçağı olarak takibe alınan sanığın, maddî bir bedel karşılığında tanımadığı kişilerden elde ettiği, İstanbul Beykoz Fevzi Çakmak Lisesinde öğrenci olduğuna dair 9.9.1994 tarihli sahte öğrenci durum belgesini İstanbul Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığına ibraz ettiği, müteakiben bu belgenin sahteliği anlaşılmayarak askerliğin 1111 sayılı Kanununun 87’nci maddesi uyarınca ertelendiği, bu sürenin sonunda öğrenci olduğuna dair başka belge ibraz etmediğinden 1995 yılından itibaren tekrar yoklama kaçağı olarak aranmaya başlanan sanığın birkaç gün üst üste Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığının bahçesine geldiği ve 1994 yılında kendisine sahte öğrenci durum belgesi tedarik eden kişileri aradığı, bir süre sonra bu kişilerden birine şube bahçesinde rastlayarak bu kez yine sahte bir öğrenci durum belgesi tedarik ederek, 13.10.1995 tarihli bu belgeyi Kadıköy Askerlik Şubesi Başkanlığına ibraz ettiği ve bu belgedeki sahteciliğin farkına varılmayarak işleme konulduğu ve sanığın askerliğinin 31.10.1996 tarihine kadar ertelendiği, 31.10.1996 tarihinden sonra Askerlik şubesine, sanığın öğrencilik durumunun devam ettiğine dair başka bir belge gelmeyince sanığın tekrar yoklama kaçağı olarak takibe alındığı ve İstanbul Beykoz Fevzi Çakmak Lisesine durumu sorulan sanığın başlangıçtan itibaren anılan okulun öğrencisi olmadığı, niteliği, hayatın akışı ve toplumsal realitenin koşulları içerisinde makul ve mazur sayılabilecek bir düzeyde olup olmadığı ve tecavüz olunamaması, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediği kabul edilerek atılı suçtan sa mahkumiyetine karar” verilmiştir. As.Yar.4D., 6.7.2004, 2004/951-948 EK. (TSK Net)

¹⁰² “Askeri Ceza Kanununun 66/1-B maddesindeki suçun oluşması için, izin süresinin (MAZERETSİZ) olarak tecavüz edilmesi zorunlu olup, bu kanuni unsurun geçerli olup olmaması hususunun takdiri ise; ileri sürülen mazeretin gerçek olup olmadığı, niteliği, hayatın akışı ve toplumsal realitenin koşulları içerisinde makul ve mazur sayılabilecek bir düzeyde olup olmadığı ve tecavüz olunamaması, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediği kabul edilerek atılı suçtan sa mahkumiyetine karar” verilmiştir. As.Yar.4D., 6.7.2004, 2004/951-948 EK. (TSK Net)

Uygulamada özellikle izin tecavüzü suçunda suç faillerinin mazeretlerini haklı göstermek ve bu yolla suçlarını gizlemek maksadıyla yaptıkları sahtecilik en sık rastlanan durumdur. Burada failin maksadı askerlik hizmetinden kurtulmak olmadığından AsCK 81'den uygulama yapılmayacaktır. Bu durumda faillerin eyleminin, unsurları varsa hem izin tecavüzü hem de TCK'nun genel sahtecilik hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekecektir.

Nitekim Askerî Yargıtay, "İzin tecavüzü sırasında sahte evrak tanzimi askerlikten kısmen ya da tamamen kurtulmak amacına yönelik olmayıp başlamış olan izin tecavüzü suçunu gizlemeye yönelik (olduğundan) izin tecavüzü dışında resmî evrakta sahtecilik suçu(nun) da oluş(acağı) Eylemlerin bir bütün hâlinde askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu oluşturduğuna ilişkin kabul(ün) isabetli" ¹⁰³ olmadığı, "Sanı(ğın) uzun bir süre izin tecavüzünde kaldıktan sonra, bu eylemini gizlemek maksadıyla sahte terhis belgesi temin ettiğinden, tek bir suç değil iki ayrı suç oluş(tuğu) dolayısıyla sahtecilik eylemine dair soruşturmanın sonucunun beklenmesine gerek (olmadığına)" ¹⁰⁴ karar verilmiştir. ¹⁰⁵

Uygulamada karşılaşılan bir başka hususta sanıkların izin süreleri içinde askerlikten kurtulmaya yönelik eylemlerinin tek bir suçu mu yoksa izin tecavüzü ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak olmak üzere iki ayrı suçu mu oluşturacağına ilişkindir. Askerî Yargıtay'ın konuya ilişkin olarak, eylemin işleniş şekli ve failerin kastına göre suçun bazen sadece askerlikten kurtulmak için hile ¹⁰⁶, bazen de her

¹⁰³ As.Yar.1D., 10.03.2004, 2004/200-192 EK ((As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.286-287)); Doktrinde yapılan bir açıklamada; "Şayet hile suçu, başka bir suçu (mesela firarını devam ettirmek için nüfus cüzdanına sahte terhis kaydı işlemek gibi) gizlemek için yapılıyorsa bu takdirde TCK'nun (765 SK Mülga) 79'ncu maddesi gözden uzak tutulmamalıdır." Bkz.Özbakan, s.189.

¹⁰⁴ As.Yar.DK., 18.12.2003, 2003/106-111 EK ((As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.186-187).

¹⁰⁵ Ancak Askerî Yargıtay'ın aksi yönde kararlarına da rastlanması mümkündür. "İzinden birliğine dönmek için yasal ve kabul edilebilir bir özur uydurmak ve bunun delil ve belgelerini temin etmek amacıyla sahte doktor raporu temin eden sanığın ve bunu gerçekleştiren doktorun eylemleri As.C.K.nun 81 nci maddesindeki suçu oluşturur." As.Yar.DK., 8.6.2000 tarih 2000/118-116 EK. (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.183-184)

¹⁰⁶ "...28.2.2003 tarihinde toplam 24 gün süreyle kanuni izne gönderilen sanığın, henüz izninin ilk günlerinde rahatsız olduğunu beyan ederek Asker Hastanesine sevkini sağlattıktan sonra, sahte olarak temin ettiği 4.3.2003-20.3.2003 tarihleri arasında hastanede yatarak tedavi gördüğüne ve "Hepatit B Enfeksiyon" teşhisiyle 20 gün yatak istirahati verildiğine ilişkin hasta taburcu belgesi ile bu belgede yazılı istirahat süresi sona ermeden tekrar rahatsızlandığını beyan ederek hastaneye sevkini sağlattıktan sonra temin ettiği askerliğe elverişli olmadığına ilişkin sahte sağlık kurulu muayene sonuç belgesini Merkez

iki suçunda birlikte oluşabileceği¹⁰⁷ yönünde kararlarına rastlamak mümkündür.

Diğer bir durum izin veya istirahat süresini uzatmak maksadıyla yapılan hileli hareketlerdir. Askerî Yargıtay, “*Hastanece verilen 7 günlük istirahat kaydının önüne (on) yazısı ilave etmek suretiyle istirahat süresini 17 güne çıkaran sanığın kastı(nun), bir haftalık sıhhi izin süresini uzatmak için sahteciliğe yönelik olduğundan, eylemi(nin) (mülga)TCK’nun 356’nci*

Komutanlığına teslim etmesi karşısında, söz konusu hileli hareketlerinin, askerlik hizmet yükümlülüğünden kısmen kurtulmak amacıyla matuf olduğu, yani kastının, daha az süre askerlik yapmak amacıyla yönelik arzu ve isteğine dayandığı, bu nedenlerle eyleminin, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu oluşturduğu...,Sanığın, söz konusu hileli hareketlerini, henüz iznini tecavüz etmeden gerçekleştirmeye başlamış olması nedeniyle kastının, izinden dönmek veya izin tecavüzü suçunu gizlemek olduğu söylenemez. Bu nedenlerle, ibraz ettiği sahte belgelerin inandırıcılığına güvenerek kanuni izninden zamanında dönmeyen ve sonuçta fiilen askerlik hizmetinden uzak kalmış olan sanığın, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu dışında ayrıca izin tecavüzü suçunu işlediğini kabul etme(nin) mümkün (olmadığı)(Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 8.6.2000 tarihli, 2000/118-116; ve 28.5.1998 tarihli, 1998/74-79 Esas ve Karar sayılı kararları da bu yöndedir)...Sanığın, iddianamede ortaya konulan eylemlerinin bir bütün hâlinde zincirleme askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu oluşturduğu kabul edilip, bu suçtan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, izin tecavüzü suçundan dolayı karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, bu suçtan da mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırıdır.”As.Yar.DK., 13.05.2010, 2010/48-44 EK. (TSK Net)

¹⁰⁷ “...Trabzon Askerlik Dairesi Başkanlığı’na hazırlanan idari soruşturma ve vaka kanaat raporlarında; sanığın izin tecavüzü eylemi öncesinde muhtemel terhis tarihinin 3.5.1999 olduğu, terhis olduğuna ilişkin kaydın şube bilgisayarına 7.5.2001 tarihinde işlendiği ve sanığın sahte terhis belgesini menfaat karşılığı kendisine verdiğini öne sürdüğü Sivil Memur Ö.B.’ın 16.7.1999 tarihinden itibaren Torul Askerlik Şubesi Başkanlığı’nda çalışmaya başladığı belirtilmiştir. Gerek sanığın savunmaları ve gerekse bu tespitlere nazaran, sanığın istirahat süresinin bitiminde kıtasına dönmek suretiyle 11.3.1999 tarihinden itibaren işlemeye başladığı izin tecavüzü suçunu sürdürüp bir daha birliğine dönmek amacıyla ve en erken adı geçen sivil memurun Torul Askerlik Şubesi’nde göreve başladığı 16.7.1999 tarihinde sahte terhis belgesi temin etme cihetine gittiği anlaşılmaktadır.Sanıktan fotokopisi temin edilen ve hiçbir yerde aslı bulunamayan sahte terhis belgesinde terhis tarihi 11.8.1999 olarak gösterilmiştir. Ancak, sanık 11.3.1999 tarihinden itibaren izin tecavüzünde bulunduğu, terhis tarihinin izin tecavüzü başlangıcını kapsamaması nedeniyle bu sahte belgenin sanığın izin tecavüzü eylemine doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. *Gerek sahte belgedeki terhis tarihi ve gerekse izin tecavüzünün başlangıcı ile adı geçen sivil memurun göreve başladığı tarih arasında uzun bir sürenin bulunması dikkate alındığında, sanığın izin tecavüzü eylemine başlar-ken sahte belge ile askerlikten kurtulma düşüncesinin olmadığı ve sonradan yapılan sahtekarlık ile, dolaylı da olsa izin tecavüzü eylemini gizlemeyi, aslında, bu suç nedeniyle yapılacak soruşturmada kurtulmayı amaçladığı ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla; izin tecavüzü suçunun maddi ve manevi unsurlarının sahte terhis belgesi düzenlenmesiyle bir ilgisinin bulunmadığı, ikinci eylemle ilgili yürütülen adli soruşturma neticesinin izin tecavüzü suçundan yürütülen soruşturma ve kurulan hüküm açısından herhangi bir hukuki değer taşımadığı, dolayısıyla yasaya uygun bulunan mahkûmiyet hükmünü onayan Daire kararının yerinde olduğu kanısına varılmış; Başsavcılığın isabetli görülmeyen itirazının reddine karar vermek gerekmiştir As.Yar.DK., 18.12.2003, 2003/106-111 EK. (TSK Net)*

*maddesindeki suçu oluştur(acağına)*¹⁰⁸ karar verilmiştir. Ancak şartları varsa izin tecavüzü suçundan dolayı sanık hakkında ayrıca işlem yapılması gerekecektir.

c. Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek (AsCK 79)

Askerlik yükümlülüğü ve askerlik hizmetinden kurtulmaya yönelik hukuki değerleri koruyan bir başka suçta AsCK 79'da düzenlenmektedir. Maddeye göre; *"Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."* (AsCK m. 79/1)

Bu suçta fail kendi kendisini sakatlamak yöntemini kullanarak askerlik yükümlülüğünden ya da askerlik hizmetinden kurtulmak istemektedir. Buradaki *"Sakatlamak"* eylemi, *"vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle işlev yapamaz hale getirme olarak tanımlanmakta, "Askerliğe yaramayacak hal" e gelmek ise, askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması"* olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁹

AsCK 79 ve 81 arasındaki ayrımı failerin suç kastı belirleyecektir. Nitekim Askerî Yargıtay *"..sanığın, Bölükteki spor hizmetine katılmaktan muaf tutulmak suretiyle, askerlikten kısmen de olsa kurtulmak amacıyla, kendini böbrek taşı hastası gibi göstermek için on adet taş yuttu(ğu) olay(da)"* failin fiilinin, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek (AsCK 79) suç kapsamında değil, AsCK 81 kapsamında ele almıştır.¹¹⁰

Askerî Yargıtay konu ile ilgili bir başka kararı şöyledir: Sanığın, belindeki rahatsızlığı sebebiyle 17.07.2008-24.07.2008 tarihleri arasında İstanbul GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesi Beyin Cerrahi Kliniğinde yatarak tedavi gördükten sonra Fizik Tedavi Servisinde tedavisine devam edilmek üzere taburcu edildiği, 25.07.2008 tarihinde Fizik Tedavi Bölümüne müracaat ettiğinde ise boş yatak olmadığı söylenerek birliğine geri gönderildiği, Şile'deki Birliğine dönmekte olan sanığın, kendisini bıçakla yaralaması durumunda 10-15 gün hava değişimi alabileceğini ve bu sayede nişanlısıyla arasındaki problemleri halledebileceğini ve bu sayede nişanlısıyla arasındaki problemleri halledebileceğini

¹⁰⁸ As.Yrg.DrI.Krl., 21.4.1988, E.72, K.48. (Nakleden:Çelen, s.308)

¹⁰⁹ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 27.09.2001, 2001/79-76 EK. (TSK Net)

¹¹⁰ As.Yar.DK., 08.11.2007, 2007/113-116 EK. (TSK Net)

leceğini düşünerek, bir dükkândan “Çakı” olarak tabir edilen, kesici ve delici özelliği bulunan bir bıçak satın aldığı, akabinde birliğine yakın bir yerdeki çamlık alana gelerek elindeki çakıyı sağ bacağına batırmaya başladığı, kısa süre sonra canının acıması üzerine eylemine daha fazla devam edemeyerek bıçağı çalılık alana attığı ve sendeleyerek birliğine doğru yürümeye başladığı, 12 no’lu nöbet kulübesindeki nöbetçi tarafından durumun fark edilerek Nöbetçi Amirliğine haber verildiği, bu esnada yoldan geçen iki şahsın sanığa ilk yardımda buldukları, bilahare Şile Devlet Hastanesine sevk edilen sanığın yapılan muayenesinde sağ bacakta 4 ila 6 adet yarım santimlik “Yüzeysel kesi” tespit edildiğine dair adli rapor düzenlendiği, daha sonra GATA Haydarpaşa Eğitim Hastanesince düzenlenen 30.10.2008 tarihli kati raporda; sanıktaki yaralanmanın “Askerliğe elverişsizlik hâli oluşturmadığı, ortopedik açıdan askerliğe elverişli olduğu, yaralanmanın basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olduğunun” belirtildiği anlaşılmaktadır.

Sabit bulunan olayla ilgili olarak; iddianamede, sanığın “Kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek” suçunu işlediğinden bahisle ASCK’nın 79’uncu maddesi uyarınca cezalandırılması talep edilmiş iken, Askerî Mahkemece; sanığın, hava değişimine gönderilmek amacıyla kendisini yaraladığı, eyleminin ASCK’nın 81’inci maddesinde düzenlenen “Askerlikten kurtulmak için hile yapmak” suçunu oluşturduğu kabul edilerek mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş ise de;

“Askerlikten kurtulmak için hile yapmak” suçu, askerlikten tamamen veya kısmen kurtulmak amacına yönelik olarak hile yapılması ve bu hilenin kast olunan amacı gerçekleştirmeye elverişli olması hâlinde oluşur. Bu suç netice suçu olmadığından, kast olunan amacı gerçekleştirmeye elverişli hilenin yapılması ile tamamlanır. Ayrıca sanığın fiilen askerlikten kurtulmuş olmasının suçun oluşumuna etkisi yoktur.

“Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek” suçu ise, asker kişinin kendisini kasten sakatlaması veya herhangi bir suretle kısmen veya tamamen askerliğe yaramayacak hâle getirmesi veya getirtmesidir. Suçun manevi unsuru için genel kast yetmemekte, yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi, sanıkların kendilerini askerliğe yaramayacak hale getirme özel kastı ile hareket ettiklerinin kuşkuyla yer veremeyecek şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında temyize konu olay incelendiğinde; sanığın eylemi askerlikten kurtulma neticesini gerçekleştirmeye elverişli olmadığından ve suçun oluşumun-

daki kast olunan amacı gerçekleştirmeye elverişli “Hile” unsuru gerçekleşmediğinden, askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunun oluşmadığı; sanığın kendisini yaralaması karşısında eyleminin “Kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek” suçunu oluşturabileceği düşünülebilir ise de; sanıkta meydana gelen yaralanmalarla ilgili tanzim olunan tıbbi raporlarda (Dz.4, 5, 6, 100), sağ bacakta 4 ila 6 adet yarım santimlik “Yüzeysel kesinin” mevcut olduğu, bu yaralanmadan dolayı istirahati gerektirir bir durum meydana gelmediğinin belirtildiği, sanığın olay sebebiyle askerlik hizmetinden geri kalmadığı, hatta kendisine istirahat dahi verilmediği dikkate alındığında, gerçekleştirilen eylemi sonuç doğurmaya elverişli bulunmadığından, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunun da oluşmadığı anlaşılmakla; sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmünün sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir. (Askerî Yargıtay 1’inci Dairesinin 24.01.2007 tarihli, 2007/85-85 Esas ve Karar sayılı ilamı da aynı doğrultudadır.)¹¹¹

IV. CEZANIN AZALTILMASI/ ARTIRILMASI

a. Failin Cezasının Azaltılmasını Gerektiren Fiilin Basit Hali (“Az Vahim Hal”)

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu düzenleyen AsCK 81’inci madde 1’inci fıkrasında suçun temel şekli belirtildikten sonra, 2’inci fıkrasında “*az vahim hâllerde*” faile daha az ceza verileceği açıklanmıştır.

Askerî Ceza Kanununun birçok maddesinde¹¹² “*Az vahim hal*” uygulamasına yer verilmiş olmakla birlikte, az vahim halin ne olduğu, hangi suçlarda, hangi hal ve durumların “*Az vahim halin*” kabulünü gerektirdiği düzenlenmemiş, bu husus uygulamaya ve uygulayıcıya bırakılmıştır.¹¹³

Askerî Yargıtay’ın konuya ilişkin kararlarında; “*Kanunun “Az vahim hal” uygulanmasına imkan verdiği hallerde de suçun unsurları aynı ol-*

¹¹¹ As.Yar.DK., 30.11.2011, 2011/973-960 EK. (TSK Net)

¹¹² Bu konuda AsCK’da yer alan benzer düzenlemeler için bkz. Mukavemet (AsCK m. 90), Amir ve üste fiilen taarruz (AsCK m. 91), Asta müessir fiil (AsCK m. 117/2)

¹¹³ Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 23.03.2000 tarih 2000/71 – 68 EK. (Nakleden: BAL, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-7)

duğuna göre bu halin, tamamen kişiye bağlı olan "Takdiri hafifletici sebep" olmadığı ...Şu halde: Zaman ve mekana, Eylemin işleniş tarzına ve gayesine, Suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre "Az vahim halin" uygulanıp uygulanmayacağını hükmü veren hâkim(in) takdir (edeceği)",¹¹⁴ "As.C.K. nun 81 inci maddesinde yazılı "az vahim hal" deyiminin; asli, fer'i bütün suça katılanların müşterek eylemleri sonucu ortaya çıkan duruma göre değerlendirilmesi",¹¹⁵ "Kanunun aynı maddesinde aynı suç için öngörülen iki halden birini seçmiş olan mahkemenin, buna ilişkin gerekçesini de göstermesi"¹¹⁶ gerektiği açıklanmıştır.

ASCK'nın 81'inci maddesinde yazılı suç, farklı şekil ve zamanda işleniş biçimlerine, askerlik hizmetinden uzak kalınan sürelerle, temin edilen menfaatlere, yaratılan tehlikelere, uğranılan zararlara, sanık ve sanıkların hareket tarzlarına, suça iten sebeplere, disiplinin zedelenişine vb. nedenlere binaen Kanun Koyucu tarafından vahim-az vahim ayırımına tabi tutulmuş; az vahim hallerde ASCK'nın 81/2'nci maddesine göre ceza verileceği öngörülmüştür. Hâkim, objektif kriterlere göre eylemin vahim ya da az vahim olduğunu takdir ederek, ceza adaletini sağlayacak şekilde uygulama yapacaktır.¹¹⁷

Askeri Yargıtay bazı kararlarında; "Sanığın şubeden aldığı sevk evrakını kardeşine vererek kendisinin yerine onu askere göndermesi şeklinde cereyan eden olayda, sanığın, olayın akabinde askere sevk edilmesi üzerine süresinde eğitim birliğine katılarak askerlik hizmetine başlaması ve halen de askerlik hizmetini ifa etmekte olması, suçun saikini aile içi ekonomik nedenlerin teşkil etmesi karşısında, eylemin As.C.K.nun 81/2 maddesinde yazılı az vahim hale uyduğunun gözetilmemesi",¹¹⁸ "1962 doğumlu olan sanığın, 1959 doğumlu ağabeyisine ait askerlik şubesinden gönderilen sevk evrakına kendi resmini yapıştırmak, diğer işlemleri de tamamlamak suretiyle onun yerine askerlik yapması...Ancak olayın cereyan şekli, her iki sanığın askerlik görevlerini yapmış olmaları ve suçun dolgun ücret alan ağabeyinin işe devamını sağlayarak aile bütçesine katkısını devam ettirmek saiki ile işlendiği

¹¹⁴ As.Yar.DK., 23.03.2000 tarih 2000/71 – 68 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-7)

¹¹⁵ (As.Yrg.Drl.Krl., 28.9.1989, E.173, K.197)

¹¹⁶ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 17.12.1998 tarih 1998/148-169 EK. (Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-8)

¹¹⁷ As.Yar.1D., 2009/0165-0213 EK. (TSK Net)

¹¹⁸ As.Yrg.3.D., 29.1.1991, E.93, K.90. (Nakleden: Çelen, s.310)

*dikkati nazara alındığında eylemin 81 nci maddenin 2 nci fıkrasında yazılı az vahim hale uyduğunun gözetilmemesi*¹¹⁹ nin bozmayı gerektireceğine karar vermiştir.

Buna karşılık Askerî Yargıtay'ın aksi yöndeki bazı kararlarında; *"Somut olay bakımından kendisi yerine sağlık kuruluna başka bir kişiyi çıkartarak rapor alan ve uzun bir süre askerlik hizmetinin ertelenmesine neden olan sanığın eylemi(nin) az vahim hâl olarak kabul edilemeyeceği"*,¹²⁰ *"Sanığın kişilik yapısı gözetilerek eylemin, "az vahim hal" kapsamında kabul edilmemesinde isabetsizlik"*¹²¹ bulunmadığı açıklanmıştır.

b. AsCK 51/1-A Bendindeki Artırım Nedeninin AsCK 81/2'deki Suç Ortağı Olan Fail Hakkında Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu

Askeri Ceza Kanunu 51'inci maddesi 1'inci fıkra A bendinde, *"hususî bir hüküm tâyin edilmemiş oldukça madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek"*, AsCK 50'inci maddesi¹²² hükmüne göre cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller arasında sayılmaktadır. AsCK 81/2'inci fıkrasında suç ortaklarından bahsedilmemektedir.

Burada açıklanması gereken husus madun (ast) ile birlikte suç işleyen suç ortağının madunun üst'ü olması durumunda cezasında AsCK 51/1-A bendi gereğince bir artırım yapıp yapılmayacağı hususudur.

Doktrinde bu konudaki bir açıklamada; *"Niteliği gereği birden fazla kişinin katılımıyla işlenebilen askerî suçlara çok failli askerî suçlar denilmektedir. Çok failli askerî suçlarda zorunlu sayıda fail ya da şerik arandığından suçun cezası AsCK md. 51/1-A veya C gereğince ayrıca artırılmayacaktır.*¹²³ Nitekim AsCK 81/2'inci fıkrasında suç ortağı

¹¹⁹ As.Yrg.Drl.KrI., 10.12.1987, E.201,K.191(Nakleden:Çelen, s.307)

¹²⁰ As.Yar.4D., 19.7.2005 tarih 2005/858-857 EK. (Askeri Yargıtay Dergisi, S.19, Y.2006)

¹²¹ As.Yar.DK., 23.3.2000 tarih 2000/71-68 EK. (Askeri Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14)

¹²² Askeri Ceza Kanununda, *"Cezanın nasıl arttırılacağı"* başlıklı 50'inci maddesi; *"Bu kanunda bir suç için şahsî hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı âzami haddi geçemez"* biçimindedir.

¹²³ Bu açıklama için bkz.Kangal, s.163.

ile de bu suçun işlenebileceğinden bahsedildiğinden açıklamaya katılmak mümkündür.

Kanaatimizce AsCK 81/2'inci fıkrasında suç ortaklarının nasıl cezalandırılacağına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verildiğinden AsCK 51'inci maddesinin mefhumu muhalifinden AsCK 51/1-A bendinin uygulanması artık mümkün olmayacaktır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Suçta teşebbüs için aranan ilk koşul gerçekleştirilen fiilin icra niteliğinde olmasıdır. Bir suçta teşebbüsten söz edebilmek için en azından o suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olması ancak failin "*elinde olmayan nedenlerle*" bu hareketlerini tamamlamamış olması veya kanuni tarifteki neticenin gerçekleşmemiş olması gerekmektedir.¹²⁴

Suçta teşebbüs için aranan bir diğer koşul, gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasıdır. Eğer kişinin gerçekleştirdiği fiil kanuni tarifte unsur olarak yer alan neticeyi gerçekleştirme açısından elverişsiz ise; bu davranış ceza hukuku açısından önem taşımamaktadır.¹²⁵ Bu nedenle de artık teşebbüsten de bahsedilemeyecektir.¹²⁶

Askerî suçlara teşebbüse ilişkin AsCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrası AsCK Ek 8'inci maddesi gereğince halen yürürlükte bulunduğundan askerî suçlara teşebbüs bakımından TCK m. 35-36'da yer alan düzenlemeler doğrudan uygulama alanı bulacaktır. (AsCK m. 40/2)¹²⁷

Ancak askerlikten kurtulmak için hile suçu "*netice suçu*" olmayıp,

¹²⁴ Özgenç, s.459, 469; Nitekim Askeri Yargıtay bir kararında, "*Sanıklardan A.E. namına sahte olarak tanzim edilmiş olan sakat raporunun kütük kaydına işlenmediğine ve kütasına da gönderilmediğine nazaran fiilin teşebbüs derecesinde kalıp kalmadığının düşünülmemesi yolsuz*" olduğuna karar vermiştir. As.Yrg.1D., 16.4.1956 E.55/3934, K.1367. (Nakleden:Çelen, s.306)

¹²⁵ Özgenç, s.467

¹²⁶ İcra edilen fiilin neticenin meydana gelmesi açısından elverişsiz olması ile, suçun konusunun yokluğu birbirine karıştırılmamalıdır. Zira suçun konusu yoksa elverişsizlikten değil, yokluktan bahsedilebilir. Suç açısından konu yoksa ortada işlenemez bir suç vardır. Özgenç, s.467

¹²⁷ Kangal, s.157-158.

neticesinin tahakkukuna ihtiyaç göstermeyen, fiilin işlenmesi ile suç tamamlanan “şekli suç” niteliğinde olduğundan teşebbüse elverişli gözükmemektedir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında bu doğrultudadır.¹²⁸

Neticesi harekete bitişik suçlarda teşebbüs ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünme imkanının bulunması halinde mümkün olabilir.¹²⁹ Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında; “*Neticesi harekete bitişik suçlarda hareket unsuru parçalara bölünebiliyorsa, bu suçlara mülga 765 sayılı Kanununun 61’inci maddesinde belirtilen eksik kalkışma (Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İ. MALKOÇ, M. GÜLER Sh.437) veya 5237 sayılı Kanununun 35’inci maddesindeki teşebbüs hükümlerini uygulama(nın) mümkün olduğu ...Failin yakalanma korkusu veya amaçladığı suçu gerçekleştirmesine başkalarının engel olunması gibi durumlar(ın) örnek gösterilebile(ceği) (Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İ. MALKOÇ, M. GÜLER sh.433)..sanık E.K.’in Hepatit B rahatsızlığı nedeniyle iki defa üçer aylık hava değişimi aldığı, bu arada rahatsızlığının geçtiğini öğrenmesi üzerine, 16.04.2002 tarihinde aynı rahatsızlığı bulunan sanık A.Ç.’la yerine kan vermesi konusunda anlaştığı, Adana Asker Hastanesinde kan*

¹²⁸ Askerî Yargıtay’ın bu konudaki kararları şöyledir: “...Sanığın durumuna muttali olunarak bilhare askere alınması ve hizmetinin tamamlanması, suçun tam olarak teşekkülüne engel teşkil etmemekte ve dolayısıyla fiilin teşebbüs derecesinde kaldığından da söz etmek mümkün görülmemektedir.” As.Yrg.Drl.Krl., 9.2.1989, E.60, K.42. (Nakleden: Çelen, s.309); “Ayak parmaklarından dördü kesik bir şahsı kendi yerine heyet muayenesine sokan sanık hakkında verilen askerliğe elverişsizlik raporunun, sağlık kuruluna iştirak eden tüm doktorlarca imzalanıp tamamıyet ve resmiyet kazanması karşısında, suçun teşekkül ettiği gözetilmeden teşebbüs derecesinde kaldığından bahisle kurulan hükümde isabet görülmemiştir.” As.Yrg.Drl.Krl., 27.12.1990, E.183, K.159. (Nakleden: Çelen, s.310); “...sanığın yaptığı hileler işgal kabiliyetini haiz bulunması sebebiyle alâkâli şahıslar tarafından anlaşılamiyarak sanığın durumundan şüphe eden bir erin erin yaptığı bir haber üzerine meydana çıkmasından dolayı gayesine vasil olamiyan sanık hakkındaki bu suçun tamamlandığının kabulü gerekecektir.” As.Yrg.2.D., 30.4.1970, E.119, K.237(Nakleden: Çelen, s.306); “Askerlik şubesinde görevli Yzb. B.A.nın yükümlü A.R.A. ile anlaşarak, erat kütük defterinin yükümlüye ait hanesini en ince teferruatına kadar gerçek dışı beyanlarla doldurduğu, şüpheye yer vermeyecek şekilde sahte terhis işlemi tamamladığı anlaşılmaktadır. Olay askerlik şubesindeki bakaya defterinin yükümlüye ait kısmının kapatılmaması ve bu bilgilerin kaynak defterine geçirilmemiş olması sonucu ortaya çıkmışsa da; asil olan kütük defteri olduğuna göre, diğer işlemlerin kütüğe uygun yürütülmesi ve bakaya takibinin hemen durdurulması halin gereğidir. As.C.K.nun 81 inci maddesinde tarif edilen suç neticeye bağlı olmayıp, şeklen tamamlanan fiillerin varlığı ile oluşur. Asil olan, istenilen amaca ulaşabilmenin mümkün hale gelebilmesi için gerekli şartların tahakkuk ettirilmesidir. Böylece suç tam oluşur veya suç derecesine varmayan bir fiil söz konusudur. Bu nedenle, suç tamamlanmış varsayılarak teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına imkan bulunmamıştır.” As.Yrg.3.D., 27.5.1986, E.171, K.144. (Nakleden: Çelen, s.307)

¹²⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.274.

vermesi için sanık E.K.'in çağırılması üzerine, sanık E.K.'in evrakıyla Ali ÇAM'ın kan vermeye girdiği, hemşirenin kimlik sorması üzerine kimliğinin olmadığını beyan ettiği, akabinde künyesinin sorulması üzerine onunda yanında olmadığını belirttiği, şüpheli hareketleri üzerine olayın ortaya çıktığı, böylece sanıkların atılı suçları işledikleri sabit görülerek (yerel mahkemece) mahkumiyetlerine karar veril(diği) ... (oysa) askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu(nun) teşebbüs aşamasında kal(dığından) (Dairemizin 29.09.2004 tarihli ve 2004/968-111 Esas ve Karar sayılı ilamı da bu yöndedir)" ¹³⁰ bahisle sanıklar yönünden ayrı ayrı bozulması gerektiğine karar verilmiştir

5237 sayılı Kanununun 36'ncı maddesinde yer alan sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi bir sebep olarak kabul edilen etkin pişmanlık müessesesinin (sayılan suçlar arasında AsCK 81 olmadığından) bu suçta uygulanması mümkün değildir. Ancak bu husus kanaatimizce takdiri bir indirim nedeni olarak kabul edilebilir.

B. İştirak

a. Genel Olarak

TCK iştirak şekillerini *faillik* ve *şeriklik* olarak ikiye ayırmıştır. Faillik kanunda tanımlanan askerî suç tipindeki hareketin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Suçun işlenmesine katkıda bulunmakla birlikte, bulunduğu katkı suç tipinde belirtilen hareketi oluşturmaya yeterli olmayan suç ortaklarına şerik adı verilir. Şeriklik de *azmettirme* ve *yardım etme* olarak ikiye ayrılır. Mütamadî suçlara hareket devam ettiği sürece iştirak etmek mümkünken anî bir suç türü olan AsCK 81'de hareket yapıldıktan ya da netice meydana geldikten sonra iştirak mümkün değildir.

¹³⁰ Askeri Yargıtay diğer bir kararında benzer biçimde; ASCK'nun 81'inci maddesinin, başkasını kendi yerine tabip muayenesine sokmayı da kapsamı ve yukarıda bahsedilen hilenin neticeyi gerçekleştirebilecek olması karşısında, tebliğnamede belirtilen, suçun unsurları yönünden oluşmadığına dair görüşe iştirak edilmemiştir. As.Yar.2D., 19.11.2008, 2008/2513-2513 EK. (TSK Net); Yine benzer bir olayda Askeri Yargıtay, "askerlikten kurtulmak için hepatit hastası bir kişiyi kendi yerine kan verdirerek askerlikten kurtulmaya çalıştığı ancak yerine kan veren şahsın kontrol kanını vermeden yakalanması nedeniyle eylemin "teşebbüs" aşamasında kaldığı(na)" karar vermiştir. As.Yar.2D., 02.03.2010, 2010/0613-0605 EK. (TSK Net)

AsCK 81/1'deki suç tipindeki haksızlık “doğrudan fail”¹³¹, “dolaylı fail”¹³² ya da AsCK 81/2'de açıklandığı gibi fail ve suç ortakları arasında bu konuda yapılan bir anlaşma ile ortaklaşa “müşterek failler”¹³³ tarafından gerçekleştirilebilir. Bu durumda müşterek faillerin ceza sorumlulukları aynıdır.(TCK m. 37/1). Yine azmettirenin sorumluluğu da işlenen suçun cezası kadardır. (TCK m.38/1) Nitekim AsCK 81/2'inci fıkrasında “Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır” hükmü ceza sorumluluğu açısından TCK'nun genel hükümleri ile paralellik arz etmektedir.

Ancak bu suçun işlenmesine TCK 39'uncu maddesinde açıklandığı gibi yardım eden açısından verilecek cezalar daha hafif bir cezayı gerektirmesine rağmen, Askeri Yargıtay'ın bir kararında, yardım edenin ceza sorumluluğu da AsCK 81/2'inci maddesi kapsamında suç ortakları kapsamı içinde değerlendirilmiştir.¹³⁴

¹³¹ Suç tipinde tanımlanan fiili tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denilmektedir. (TCK m. 37/2)

¹³² Suç tipinde tanımlanan fiili başka bir kişiyi araç olarak kullanarak gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denilmektedir. (TCK m. 37/2); Kangal, “arka plânda bulunan bir kişi(nin de), asker kişiyi hata hâline düşürerek askerlikten kurtulmak için hile yapma suçunu işletebil(eceği)” görüşündedir. Bkz.Kangal, s.164.

¹³³ “Müşterek faillik suçun icra hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek fail suçun işlenmesine etkili bir katkıda bulunmalıdır. Müşterek failler suçun maddî unsurlarını tek başlarına gerçekleştirmek zorunda değildirler. Suçun işlenmesi konusunda yapmış oldukları işbölümü gereğince, maddî unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmeleri de yeterlidir. Müşterek faillik söz konusu olabilmesi için suçun işlenişinde müşterek hakimiyetin kurulması, failler arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve icra hareketlerine başlanmış olması gereklidir.” Bu açıklamalar ve “Müşterek Faillik” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.Özgenç, s.488-513.

¹³⁴ “ASCK'nun 81'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; “Yukarıdaki fıkrada yazan cezalar suç ortaklarına da uygulanır” şeklindeki düzenlemeden, askerlikten kurtulmak için hile yapan kişilere, bu eylemlerini gerçekleştirmede yardım eden kişilerin suça iştirak etmiş sayılacakları, ancak bu kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde değil “Asli faillere verilen ceza ile cezalandırılacakları” öngörülmektedir...Öte yandan; ASCK'nın 81'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, “Askerlikten kurtulmak için hile yapmak” suçunun unsurları ve cezası düzenlenirken, maddenin 2'nci fıkrasında da, “Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır.” şeklinde düzenleme yapılarak, TCK'nun 37 ilâ 40'nci maddelerinde tanımlanan iştirakin şekil ve dereceleri aranmaksızın, her ne suretle olursa olsun eyleme iştirak edenlerin, 1'inci fıkra hükmüne göre cezalandırılmaları öngörülmüş olup; bu suç ortakları bakımından TCK'nun 37 ve devamındaki maddelerin uygulama olanağı bulunmadığından, sanık Tbp.Yb.H. T.'a ile ilgili üzerine atılı olan suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulamaya yapılırken TCK'nun 37 ve sanıklar Sağ.Kd.Bçvş.E.Ç. ile Per.Kd.Bçvş. S.G.'nin üzerine atılı olan suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulamaya yapılırken TCK'nun 39'uncu maddelerinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğuna işaret edilmekle yetinilmiştir”. Bkz.As.Yar.2D., 29.02.2012, 2012/91-316 EK. (TSK Net)

AsCK Ek 8 ve 10'ncu maddeleri gereğince, askeri ceza kanununda özel bir düzenleme bulunmadığı sürece (AsCK m.1) askerî suçların iştirak hâlinde işlenmelerinde TCK'nun iştirake ilişkin kuralları geçerlidir. Ancak AsCK 81/2'inci fıkrasında özel düzenleme olması nedeniyle Askeri Yargıtay'ın vermiş olduğu karar doğru olmakla birlikte ceza adaleti açısından yardım edenin ceza sorumluluğunun TCK 39'ncu maddedeki gibi belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Suç vasfının belirlenmesi açısından AsCK 81'deki suçun ortaklaşa müşterek failler arasında işlenip işlenmediğinin arada bir anlaşma olup olmadığının her olayda Mahkeme tarafından araştırılması gerekecektir¹³⁵. Zira arada bir anlaşmanın bulunmaması olan halinde asli ve fer'i faillerin eylemleri birazdan incelenecek olan başka suç tiplerine vücut verebilecektir.

Askerî Yargıtay, "...Sanıkların önceden aralarında anlaşarak askerlik çağına girmiş bulunan ve yoklama kaçağı olarak aranan sanık R.Ü.'in askerlikten tamamen kurtulması amacıyla askerliğe elverişli olmadığı daha önce Askerî hastaneye saptanmış olan diğer sanık T.Ç.'in R.Ü.'in yerine sahte belgelerle askere sevkini sağla(maları)",¹³⁶ "sanıklardan M.A.nın ilk ve son yoklamalarını şahsen yaptırdıktan sonra kendisine ait nüfus hüviyet cüzdanına kardeşi S.A.nın resmini yapıştırıp tastik (edilmesi) ve kendisinin yerine S.A.nın askere yollanması",¹³⁷ "Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçundan hükümlü er'e, bu amaca ulaşmada kullandığı iki adet sahte raporu düzenlemede yardımcı ol(unması)",¹³⁸ "Hastanede görevli bazı şahıslarla anlaşarak onlar vasıtasıyla hasta olmadığı halde 20 gün istirahat alıp, bu süre kadar askerlik yapmaktan kurtulması",¹³⁹ "Kanuni izinlerinin tamamını kullanmış bulunan er'i anlaşarak menfaat karşılığı fazladan izne gönderen ve bu hare-

¹³⁵ Askeri Yargıtay, "...Askerî Mahkemenin Direnme hükmü gerekçesinde emsal karar olarak gösterdiği Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 24.4.1986 tarih ve 1986/48-44 sayılı içtihadına konu olan olayın, Bölük Komutanı olan sanığın kanuni haklarından fazla olarak izine gönderdiği askerlerle anlaşma yaptığı ve bu anlaşma sonucunda Bölüğe maddi yardımda bulunanları kanuni hakkından fazla ve çok uzun sürelerle izine göndermesi şeklinde cereyan eden farklı bir olay olması dikkate alınarak, Askerî Mahkemenin, sanık Hv.P.Ütğm.M. K. Ö. ile fazladan izine gönderdiği Çavuşlar A. Ç. ve Ş. S. ile Onb.M. A. S. arasında bir anlaşma yapıldığı kanıtlanmadığı için, işbu davada suç vasfını Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak olarak nitelendirmesi(nin) isabetli bulunmadığı"na karar verilmiştir. As.Yar.DK., 04.11.1999, 1999/206-195 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.202-205)

¹³⁶ As.Yrg.Drl.Krl., 24.10.1995, E.730, K.729 (Nakleden: Çelen, s.312)

¹³⁷ As.Yrg. 2.D., 15.6.1972, E.162, K.155. (Nakleden: Çelen, s.306)

¹³⁸ As.Yrg.Drl.Krl., 28.9.1989, E.173, K.197. (Nakleden: Çelen, s.309)

¹³⁹ As.Yrg.Drl.Krl., 5.2.1987, E.22, K.20. (Nakleden: Çelen, s.307)

ketin zahire çıkmasını önlemek için bölük evrak ve kuyudatında hileli işlemlere tevessül ed(ilmesi)",¹⁴⁰ "Er.M.K.nın "yapmaya mecbur olduğu askerlik hizmetinden kısmen kurtulması" hususunda mutabakata varan sanıklardan (Ütğ) İ.Ş.'nin diğer sanık er M.K.'yi 1966 yılı Temmuz ayı içinde müteaddit defa İstanbul'da'ki işyerinde çalışmak üzere İstanbul'a gönder(mesi)"¹⁴¹ suç fail ve ortakları açısından askerlikten kurtulmak için hile yapmak ve bu suça iştirak suçlarını oluşturacaktır. Askerî Yargıtay'ın bu konuda başkaca birçok kararına¹⁴² rastlamak mümkündür.

AsCK 81/2'nci maddesinde "Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır" hükmünü yukarıda açıklanan gerekçelerle sadece müşterek faillik gerektiren durumlara ilişkin olarak yorumlamak gerekirse de, bu suça iştirak şekillerinden; azmettirme (TCK m.38) ya da yardım etme (TCK m.39) yoluyla da katılınabilir. Bu durumda bağlılık kuralı gereği (TCK m.40) bu kişilerin işlenen suçtan dolayı sorumlu olması mümkündür. Ancak bu durumda failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Yine, cezayı hafifleten veya ortadan kaldıran kişisel nedenler ancak müşterek faillik açısından hukuki sonuç doğururlar.¹⁴³

AsCK 81/1'deki suç oluşmadan 81/2 oluşmayacaktır¹⁴⁴ Ancak asli failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kara-

¹⁴⁰ As.Yrg.Drl.Krl.24.4.1986 E.48 K.44) (Özbakan, s.192);

¹⁴¹ As.Yrg.1.D. 6.7.1967 E.318 K.313)(Özbakan, s.190)

¹⁴² "Kanuni izinlerinin tamamını kullanmış bulunan er'i menfaat karşılığı fazladan izne gönderen ve bu hareketin zahire çıkmasını önlemek için bölük evrak ve kuyudatında hileli işlemlere tevessül eden sanık Yzb.(Bl.K)nın fiili AsCK 81'de yazılı suçu oluşturur" As.Yrg. Drl.Krl.24.4.1986 E.48 K.44. (Nakleden:Özbakan, s.192); "Er.M.K.nın "yapmaya mecbur olduğu askerlik hizmetinden kısmen kurtulması" hususunda mutabakata varan sanıklardan (Ütğ) İ.Ş.'nin diğer sanık er M.K.'yi 1966 yılı Temmuz ayı içinde müteaddit defa İstanbul'da'ki işyerinde çalışmak üzere İstanbul'a gönderdiği, bu arada Manisada-ki Mesir Otelinde 9 gün kalmasına müsaade ettiği subûta erdiğiinden sanıklar hakkında AsCK 81'inci maddesi gereğince uygulama yapılması gerekir." As.Yrg.1.D. 6.7.1967 E.318 K.313. (Nakleden:Özbakan, s.190)

¹⁴³ Özgenç, s.527.

¹⁴⁴ Askerî Yargıtayın yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere; ASCK'nın 81'inci maddesinin 2'nci fıkrasının uygulanabilmesi için, birinci fıkrasında yazılı suçun failinin belli ve mahkûm edilmiş olması gerekmektedir (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 20.04.1989 tarihli, 1989/99-105 E.K., 30.04.1998 tarihli, 1998/60-63 E.K., Askerî Yargıtay 2'nci Dairesinin 31.08.2000 tarihli, 2000/473-479 E.K., Askerî Yargıtay 3'üncü Dairesinin 21.11.2000 tarihli, 2000/527-741 E.K ve 03.12.2009 tarihli, 2009/1951-3013 E.K., Askerî Yargıtay 4'üncü Dairesinin 09.12.2010 tarihli, 2010/2066-2432 E.K. sayılı kararları). Bu açıklama için bkz.As.Yar.2D., 29.02.2012, 2012/91-316 EK. (TSK Net)

rı verilmiş olması, bu faillerin suçuna iştirak eden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına engel teşkil etmeyecektir.¹⁴⁵

b. Müşterek Anlaşmanın Olmaması Halinde

Oluşan Diğer Suç Tipleri

(1) Görevi Kötüye Kullanmak / Resmi belgede sahtecilik/ Resmi belge hükmünde belgeler

AsCK 81 kapsamında müştereken işlenen suçlarda yapılan hilenin unsurları yönünden oluşmadığı ya da müşterek failer arasında anlaşma şartının şüpheli kaldığı ancak asli failin hizmetten uzak kalarak kamunun zararına başkasının yararına bir durumun oluştuğu hallerde suç ortağı kamu görevlisinin eylemi şartları varsa, TCK 257/1'deki

¹⁴⁵ Nitekim Askeri Yargıtay; "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.04.2009 tarihli, 2009/3-64 Esas ve 2009/83 Karar sayılı kararında belirtildiği üzere; "...sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden hükmün açıklanmasının geri bırakılması, esas itibarıyla bünyesinde iki karar barındıran bir kurumdur. İlk karar teknik anlamda hüküm sayılan ancak açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle hukuken varlık kazanamayan bu nedenle hüküm ifade etmeyen, koşullara uyulması halinde düşme hükmüne dönüşecek, koşullara uyulmaması halinde ise varlık kazanacak olan mahkûmiyet hükmü, ikinci karar ise, bu ön hükmün üzerine inşa edilen ve önceki hükmün varlık kazanmasını engelleyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıdır. Bu ikinci kararın en temel ve belirgin özelliği varlığı devam ettiği sürece, ön hükmün hukuken sonuç doğurma özelliği kazanamamasıdır ..."Somut olayda, asli fail sanıklar Bnd.Er Ö.K. ve Bnd.Onb. I.D.'in eylemleri mahkemeye sabit görülmüş, ancak yasal şartlar olduğundan haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş, sanık Bnd.Bçvş. M.C. hakkında ise objektif şart gerçekleşmediğinden, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. ASCK'nun 81'inci maddesi ile ilgili yerleşik içtihatlarda; asli failer hakkında 81/1'inci maddenin uygulanma imkânı bulunmadığı hâllerde iştirak hâlinin de söz konusu olamayacağı kabul edilmekte ve suça iştirak eden kişilerin asli faile tabi oldukları, hukuki durumlarının da asli failin sorumluluğuna göre belirleneceği belirtilmekle birlikte; bu husus, suça iştirak eden kişilerin, asli failerin cezalarının ortadan kaldırılmasını gerektiren veya cezalandırılmalarını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın, kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılmalarına engel değildir.Nitekim, "Bağlılık kuralı"nın düzenleyen TCK'nun 40/1'inci madde ve fıkrası; "Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" hükmünü amirdir.Bu açıklamalar ışığında; asli failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olmasının, bu failerin suçuna iştirak eden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına engel teşkil etmediği ve bu hususun bekletici mesele yapılmasının gerekmediği sonucuna varıldığından; Başsavcılık itirazının reddine karar verilmesi gerekmiştir." As.Yar.DK., 27.01.2011, 2011/8-8 EK. (TSK Net)

“görevi kötüye kullanma” suçunu oluşturacaktır.¹⁴⁶ Zira maddeye göre; “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırıl(acaktır).” (TCK 257/1)

Nitekim Askeri Yargıtay, *“Bir kısım erbaş ve erin (anlaşma olmaksızın) birliğin ihtiyaçlarının karşılanması için görev izni adı altında, askerlik şubelerine bilgi verilmeksizin fazladan izne gönderilmesi veya malzeme getiren bazı askerlerin mükafat izni olarak terhis mahiyetinde erkenden izne gönderilmesi ve bu izinlerinde askerlik şubelerine bildirilmeyip durumun belli olmaması için de birlikte ikinci bir kazan yoklama defterinin tutulması(nı)”¹⁴⁷ “...Dava konusu olayda da, sanık Üsteğmenin Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak suçunu işleyebilmesi için, öncelikle izine gönderdiği askerlerin bu suçu işlemeleri, sanık Üsteğmenin de bu askerlerin, Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçuna iştirak etmesi gerek(tiği) Oysa işbu davada, fazladan izine gönderilen askerler aleyhinde askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işledikleri yolunda bir iddia ve dava bulunmadığı gibi, dava dosyasındaki delil durumuna göre, sanığın görevini kötüye kullanarak fazladan izine gönderdiği Çavuşlar A. Ç. ve Ş. S. ile Onb.M. A. S.’in sanık tarafından hazırlanan izin belgeleri ile, hiç bir hileli ve desiseli davranış içine girmeden, herkesin gözü önünde ve hatta Bölük Yat Yoklamalarında dahi başkaları tarafından izinli gösterilmek suretiyle ve üstelik mükafat iznine gönderildiklerini düşünerek, izine gitmiş olmaktan başka, Askerlik Mükellefiyetinden kurtulmak için hile ve desise sayılabilecek hiç bir eylemleri bulunma(dığı)”¹⁴⁸ bu eylemlerin “askerlikten kurtulmak için hile yapmak veya bu suç iştirak etmek” suçunu değil (mülga) TCK.’nun 240 ıncı maddesinde yazılı “memuriyet görevini kötüye kullanmak” suçunu oluşturacağına karar verilmiştir.¹⁴⁹*

¹⁴⁶ *“Sahtecilik suçları memur açısından ele alındığında görevi kötüye kullanmanın özel hallerinden biridir. Bu nedenledir ki, sahtecilik suçunun öğelerinin (özellikle aldattıcılık) bulunmamasından ötürü bu suçun oluşmadığı hallerde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceğini dikkatten kaçırılmamalıdır.” (Nakleden:İsmail Malkoç, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara-1990. s.56)*

¹⁴⁷ *As.Yar.4D., 09.05.2001 tarih 2001/285 – 353 EK.(Nakleden: BAL, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.81-10)*

¹⁴⁸ *As.Yar.DK., 04.11.1999, 1999/206-195 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.202-205)*

¹⁴⁹ *Askeri Yargıtay bir başka kararında; “..Sanığın diğer sanık er Adem’in asker kişi sıfatını ve askerlikten bir süre de olsa uzak kalma isteğini bilerek rapor verdiğine dair yeterli delil bulunmadığı, bunun için temyize konu sanığın eyleminin askerlikten kurtulmak için hile yapmaya iştirak olarak nitelenemeyeceği, dolayısıyla sübutu halinde eylemin TCK.*

C. İçtima

1. Genel Olarak

AsCK 81 gibi seçimlik hareketli suçlarda alternatif hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup hareketlerden birden fazlasının veya tamamının gerçekleştirilmesi hâlinde, hareket sayısınca suç değil, tek bir suç oluşur.¹⁵⁰ Ancak failin bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda gerçekleştirdiği eylemleri ile kısmen de olsa askerlik hizmetinden kurtulunması durumunda artık zincirleme olarak (TCK 43/1) askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçundan bahsedilmesi gerekecektir. Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹⁵¹

nun 354 ncü maddesindeki hatıra binaen gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçunu oluşturacağı, bu suçun da sivil kişilerin askerî mahkemede yargılanmalarını öngören 353 sayılı Kanunun 11 nci maddesinde yazılı suçlardan olmaması sebebiyle, Askerî Mahkemeye verilen görevsizlik kararında isabetsizlik görülmemiştir." As.Yar.5D., 17.12.2003, 2003/1022-1021 EK. (TSK Net)

¹⁵⁰ Kangal, s.98; Askerî Yargıtay kararlarında, "Askerlikten kurtulmak maksadıyla yapılan hilenin zahire çıkmamasını sağlamak için yapılan aynı mahiyette ikinci bir hile(yi) takdiri şiddet sebebi" olarak kabul etmiştir. As.Yrg.Gen.Krl., 16.6.1962, E.540, K.38(Nakleden: Çelen, s.306)

¹⁵¹ Askerî Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir: "9 uncu P.Tümen Lv.Bölük Komutanlığında askerlik hizmetini yapan sanığın, 16.09.2003 tarihinde Birlik Tabibinden aldığı (5) günlük istirahatini, talebi üzerine evinde geçirmesi için sıhhi izine gönderildiği (Dz.8, 74), 23.09.2003 tarihinde Kuşadası Garnizon Komutanlığınca sevk edildiği Sağlık Ocağı Tabipliğince "A.Bronşit" tanısı ile (10) gün istirahat raporu verildiği (Dz.14, 169), 29.09.2003 tarihinde Kuşadası Askerlik Şubesine başvurduğu ve o sırada son yoklamalar için şubede bulunan Dz.Tbp.Ütğm.E.T.B. tarafından muayene edildiği ve "ÜSYE" tanısı ile ilâç tedavisi öngörülerek reçete düzenlendiği (Dz.128), sanığın bu reçete üzerinde tahrifat yaparak kendisine 30.09.2003 tarihinde (10) gün ve 10.10.2003 tarihinde (5) gün istirahat verilmiş iki ayrı rapor şeklindeki fotokopi belgeleri belirtilen tarihlerde Birliğine faks yolu ile gönderdiği (Dz.93, 95, 128, 129, 200, 211, 248), 17.10.2003 tarihinde Birliğine katıldığı, 27.10.2003 tarihinde Birlik Tabibince verilen (5) günlük istirahatinin yine talebi üzerine sıhhi izine dönüştürüldüğü (Dz.17, 72, 82), izinde iken başvurduğu Germencik İlçe Jandarma Komutanlığınca 30.10.2003 tarihinde sevk edildiği Sağlık Ocağı Tabipliğince verilen (20) günlük istirahat raporu ile 18.11.2003 tarihinde sevsiz olarak başvurduğu aynı yer Sağlık Ocağı Tabipliğince verilen (20) günlük istirahat raporunu Birliğine faksladığı (Dz.10, 42, 65, 114, 167, 216), ayrıca 23.09.2003 tarihli raporda tahrifat yaparak 08.12.2003 ve 26.12.2003 tarihlerinde (20)'şer gün istirahat almış gibi iki ayrı rapor şeklinde Birliğine faks yolu ile gönderdiği (Dz.58, 59, 71, 90, 94), rapor asıllarının gelmemesi üzerine durumdan kuşkulanan Bölük Komutanlığının 12.12.2003 tarihinde Kuşadası Garnizon Komutanlığı ile Germencik Askerlik Şubesine yazı yazması üzerine olayın ortaya çıkarılarak soruşturmaya başlanıldığı, böylelikle bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda gerçekleştirdiği eylemleri ile kısmen de olsa askerlik hizmetinden kurtulduğu anlaşılma, üzerine atılı zincirleme olarak askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçunu işlediğini kabul eden Askerî Mahkemenin yargılama aşamasında psikiyatrik yönden yaptırıldığı inceleme sonunda; sanığın cezaî ehliyetinin tam olduğunun anlaşılması

TCK'da suçların içtimai bakımından kural olarak benimsenen "gerçek içtima ilkesi"¹⁵² ne göre, tipe uygun fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar da ceza vardır. Özellikle AsCK 81/2'deki suç ortağının, birden fazla kişinin askerlikten kısmen ya da tamamen kurtulması için yaptığı hileli eylemlerinde, kişi sayısı kadar ayrı ayrı AsCK 81'nci maddesinden cezalandırılması gerekecektir. Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.¹⁵²

Askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi uygulamada çok sık karşılaşıldığı gibi, iki veya daha fazla kişinin katılımıyla müşterek failler arasında bir rüşvet anlaşması yapılarak ta işlenebilir. Burada sağlanan menfaat ve müşterek faillerin yaptıkları anlaşma bir tarafın askerlikten kurtulması olduğunda özel kanun olan AsCK 81, rüşvet suçunu düzenleyen TCK 252'ye göre¹⁵³ daha önce uygulaması gerekecektir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında, "Sanığın ihtiyat askerlik hizmetini yapmadığı halde defterlere yapmış gibi şerh verilmesi, kısmen askerlikten kurtulmak amacını istihdaf eden bir hile olması itibarıyla bu hileden maddî ve manevî menfaatler de temin edilebileceğine göre sanığın ayrıca rüşvet suçundan da" cezalandırılmasının gerekmediği, "Karşılıklı anlaşma neticesi bölük komutanına menfaat temin etmeyi kabul eden ve vaadini yerine getiren er ile adı geçeni hakikat hilafına yoklamalarda mevcut göstererek askerlik hizmetini kayden yürüten

¹⁵² üzerine elverişli kanıtlar ve yeterli gerekçe ile alt sınırdan ceza uygulaması yaparak yazılı olduğu şekilde kurduğu mahkûmiyet hükmünde, usûl ve esas bakımından herhangi bir aykırılık görülmemiştir." As.Yar.1D., 04.05.2005, 2005/0461-0453 EK. (TSK Net)

¹⁵² Askerî Yargıtay; Önceden kurulan genel bir niyet ve plan ile hareket etmeyip, önüne çıkan her fırsatı değerlendirme babında değişik tarihlerde muhtelif kişilere "Askerliğe elverişli değildir" raporu alarak onları askerlikten kurtaran sanığın her hareketi ayrı bir suç olduğu" As.Yrg.3.D 26.1.1988, E.3, K.51.(Nakleden:Çelen, s.308); "Sanığın 9 Kasım 1993 tarihinde başlayıp 20 Haziran 1994 tarihinde, olaylara el konulması ile sona eren zaman dilimi içinde, 35 ayrı kişiye ayrı zamanlarda hileli davranışlarla askerliğe elverişli oldukları halde tamamen askerliğe elverişli değildir şeklinde, 2 kişiye de sağlam oldukları halde ertesi yıla terk (sevk tehiri) olacak şekilde hileli raporlar tanzim etmek suçlarını işlediği, her fiilde suç işleme kararı yenilendiği, fiillerin yapıldığı kişilerin de ayrı kişiler olması nedeniyle müteselsil suçtan bahsedilemeyeceğinden mahkemece sanığın 37 eylemden ayrı ayrı ceza tayin etmesi gerekirken, yazılı şekilde 37 eylemi "müteselsil suç" kabul edip o şekilde cezalandırılması yoluna gidilmesi(nin) kanuna aykırı olduğuna" karar vermiştir. (As.Yrg.Drl.Krl., 16.11.2000, E.2000/153, K.2000/166) (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.187-190)

¹⁵³ Genel olarak rüşvet memurun, Genel görevine giren bir tasarruf veya işlem sebebiyle, bir kimseden verilmesi gerekmeyen bir karşılık kabul edilmesine yol açan anlaşmayı ifade eder. Bkz.Sahir Erman-Çetin Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar), İstanbul 1992, s.88

*ve fakat ihbar tarihine kadar onu 11 ay gibi uzun bir süre askerlik hizmetinden uzak tutan bölük komutanının fülleri münferiden firar ve rüşvet suçlarını teşkil etmeyip bünyesinde her iki suçu da içtima ettiren askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçu*¹⁵⁴ olduğu açıklanmıştır.

VI. SUÇA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

A. Asli ve Fer'i Cezalar

AsCK 81'inci maddesinde suç failleri ve ortakları için on seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmektedir.¹⁵⁵ AsCK 1/1'inci fıkrasının¹⁵⁶ TCK'na yaptığı genel atıf dolayısıyla hapis cezaları bakımından TCK'nun genel hükümleri¹⁵⁷ uygulanacağından artık AsCK'da yer alan "ağır hapis cezası" ifadelerinin "hapis cezası" olarak ele alınması gerekecektir.¹⁵⁸

AsCK 81'inci maddesinde ağır hapis cezalarının alt sınırı gösterilmemiştir. AsCK Ek 9'uncu madde düzenlemesi¹⁵⁹ ile AsCK'da alt

¹⁵⁴ As. Yrg.3.D.13.8.1965 E.710 K. 694 (Özbakan, s.190);

¹⁵⁵ AsCK md. 1/f.2'ye göre, AsCK'nın ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırıldığı suçlar askerî cürümlerdir. AsCK'nın kısa hapis cezası ile cezalandırıldığı suçlar ise, askerî kabahatlerdir. Böylece AsCK askerî suçları askerî cürümler ve askerî kabahatler şeklinde ikiye ayırmaktadır.

¹⁵⁶ Bu husus AsCK 1/1 fıkrasında; "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumî suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfî yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur" şeklinde açıklanmaktadır. TCK'da hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. (TCK m. 46).

¹⁵⁸ Benzer açıklama için bkz.Kangal, s.181.

¹⁵⁹ AsCK Ek Madde 9- (Ek:31.3.2005-5329/2 md.) Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları "bir sene" olarak uygulanır. 5329 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmaktadır: "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5 inci maddesi hükmü ve gerekçesi; 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 10 uncu, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 1 inci ve yeni Türk Ceza Kanununun Hükümet Tasarısının 3 üncü maddesi hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı olan özel ceza kanunları ile ceza hükümleri içeren diğer kanunlardaki hükümlerin hükümsüz kalacağına şüphe bulunmamaktadır.1 Nisan 2005 tarihinden itibaren bazı askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerince 1632 sayılı Kanunun ve 16.6.1964 tarihli ve 477 sayılı Kanunun 5237 sayılı Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmasına son verileceği açıktır...Ayrıca, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüşecek ve bu sebeple Askerî Ceza Kanununda alt sınırı belirtilmemiş ağır hapis cezalarının alt sınırının bir yıldan bir aya inecek olması nedeniyle, bu hükümden etkilenen suçlulardan mahkûm olanlar hakkındaki kesinleşmiş veya infaz edilmekte olanlar ile ilgili dava dosyalarının yeniden ele alınması gibi mahkemelerin iş yüklerinin gereksiz yere artırılmasına ve diğer davalar için ayrılması gereken zamanın azalmasına yol açılmasına

sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları bir sene olarak belirlenmiştir.

Yine AsCK 81/2'inci fıkrasında yukarıda açıklanan "Az vahim hallerde" cezanın alt sınırının altı aydan başlamak üzere beş seneye kadar hapis cezasıdır.

Asker kişiler hakkında hükmolunacak fer'î askerî cezalar, Türk Silâhlı Kuvvetleri'nden çıkarılma, rütbenin geri alınması ve askerî öğrencilik hukukunu kaybettirmez. (AsCK m. 29) Fer'î askerî cezalara hükmedilirken, failin suçu işlediği andaki sıfatı dikkate alınır. Fail suç tarihinden sonra emekliye ayrılrsa ya da TSK ile ilişkisi kesilse de koşulları varsa, fer'î cezalara karar verilmelidir.¹⁶⁰

B. Erteleme/ Adli Para Cezasına Çevrilme

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

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

Ancak Askeri Yargıtay Daireleri ile bazı askerî mahkemelerin itirazı ile; "1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrası

engel olmak üzere bazı suçların cezalarının alt sınırının yeniden belirlenmesine ihtiyaç duyulmuştur." <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss849m.htm> (18.10.2012)

¹⁶⁰ Erman, s.251; Kangal, s.190.

sının (A) bendiyle anılan Kanun'un üçüncü babının 4. faslında düzenlenen suçlar nedeniyle hükmolunacak cezalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevrilme yasağı ile 3., 5. ve 8. fasıllarda düzenlenen suçlara ilişkin erteleme yasağının, ...aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın şahsileştirebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”¹⁶¹

Anayasa Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararında¹⁶² özet olarak; “Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir” şeklinde bir gerekçe ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2.'inci maddesine aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir.¹⁶³

Bu karar sonucu daha önce AsCK 47/ A maddesinde yer alan istisna hükmü gereği ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi mümkün olmayan AsCK Üçüncü Bap Dördüncü Fasılda yer alan askerî suçlardan biri olan AsCK 81'inci maddesinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesi artık mümkündür.

Yine bir diğer hususta AsCK 81'deki suçun kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği hususudur. AsCK Ek 8/2'inci fıkrasında; “Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz” hükmü yer almaktaydı.

¹⁶¹ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

¹⁶² RG: 23 Ocak 2013 tarih S:28537.

¹⁶³ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

Bu fıkra da, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı aynı kararına konu edilerek yukarıdaki aynı gerekçe ile “sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Kanun’un üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlarla ilgili olarak hükmolunacak cezalar hakkında 5237 sayılı Kanun’un kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan);... Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2’inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir¹⁶⁴

Bu karara göre AsCK 81’inci maddesinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi artık mümkündür.

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

Yine bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararına aynı gerekçe ile konu edilerek, “1632 sa-

¹⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: “5237 sayılı Kanun’un 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırıl(dığı); 50. maddenin birinci fıkrasında ise kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımlar gösterilerek bu konuda hâkime takdir yetkisi tanın(dığı), Kanun’un 50. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezalarının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etmeye, belirli yerlere ya da belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ya da ruhsatın geri alınmasına veya belirli meslek ya da sanatı yapmaktan yasaklanmaya yahut kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilebilmesi imkânı bulun(duğu), İtiraz konusu kural, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkar(dığı), Sonuç olarak kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yasağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun’un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerek(tiğine)” karar vermiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

yılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ile ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan) ..kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür." Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir.¹⁶⁵

Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, AsCK 81'inci maddesinden yargılanan suç faillerinin cezaları hakkında şartları varsa CMK 231. maddesinin beş ile ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kural artık geçerli olacaktır.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: "...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu günümüzde Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tabii tutulduğu denetim süresi içinde davranışları olumlu bulunduğu takdirde sanık için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarından...1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir. İtiraz konusu kuralla, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamaması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Sonuç olarak iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sanıklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kural, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

VI. SUÇA İLİŞKİN MUHAKEME ŞARTLARI

AsCK, savaş zamanı dışında, barış zamanı sadece asker kişilere uygulanabilmektir.¹⁶⁶ Nitekim bu husus “Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanunu’na tabi suçlarında yargılama merci” başlıklı AsYUK 13’üncü maddesinde; “Askerî Ceza Kanunu’nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131’inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak daha önce 353 sayılı Kanunun 12’inci madde düzenlemesinde, sivillerle askerlerin müştereken işlediği AsCK’na tabi suçlarda sivillerin istisnai olarak askeri mahkemelerde yargılanmasına ilişkin; “Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere; eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı olmayan bir suç ise, adliye mahkemelerine aittir” şeklinde bir düzenleme yer alıyordu.

Ancak, 09.07.2009 tarihli ve 27283 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 6’ncı maddesi ile, 5271 sayılı CMK’nın “Görev” başlıklı 3’üncü maddesine; “Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askerî Ceza Kanunu’nda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcuları, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri ta-

¹⁶⁶ “Anayasa’nın “Mahkemelerin Kuruluşu” başlıklı 142’nci maddesinde; “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” şeklinde olduğu, 12.09.2010 tarihindeki referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda Anayasa’nın “Askerî Yargı” başlıklı 145’inci maddesinde; “Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür. Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz. Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir...” hükümlerine yer verilmiştir.

rafından yapılır” şeklinde düzenleme içeren 2’nci fıkra eklenmiş, Anayasanın 145’inci maddesinde ve *CMK’nın 3’üncü maddesine* yapılan bu son düzenlemeler ile 353 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim Askeri Yargıtay’da kararlarında da bu husus doğrulanmıştır.¹⁶⁷

Daha sonra 353 sayılı Kanunun, “*Müşterek suçlar*” başlıklı 12’nci maddesi; Anayasanın 145’inci maddesinde yapılan düzenleme ile 353 sayılı Kanunun 12’nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı ancak değiştirildiğine ilişkin herhangi bir yasa işleminin olmadığı, halihazırda yürürlükte olan madde metninin üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması halinin yorumla giderilemeyeceği değerlendirilmesiyle, sözkonusu madde hükmü Anayasa Mahkemesinde iptale konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi bu maddenin “*eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere*” ifadesinin Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu bölümün iptaline, kalan bölümünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptaline, 353 sayılı Kanun’un 12. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün kararın resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine, 20.9.2012 gününde oybirliğiyle

¹⁶⁷ Nitekim Askeri Yargıtay, “...Anayasanın 145’inci maddesinde ve *CMK’nın 3’üncü maddesine* yapılan bu son düzenlemeler ile 353 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinin kısmen değiştirilerek örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı, bu bağlamda, barış zamanında;1) Sivil kişiler tarafından işlenen suçlar bakımından, suçun askerî bir suç olup olmadığına ve asker kişiler ile müştereken işlenip işlenilmediğine bakılmaksızın, askerî mahkemelerin görevinin sona erdiği, 2) Askerî mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi hâlinde, eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise; sivil kişilerin yargılanmalarının adliye mahkemelerine, asker kişilerin yargılanmalarının askerî mahkemelere ait olduğu,3) Müşterek işlenen suç Askerî Ceza Kanunu’nun da yazılı olmayan bir suç ise, hem sivil kişiler bakımından ve hem de asker kişiler bakımından, değişiklikten önce olduğu gibi adliye mahkemelerinin görevli olduğu (nun) kabul edil(diği) (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 25.11.2010 tarihli ve 2010/117-114 sayılı ile 04.02.2010 tarihli ve 2010/12-10 E.K.sayılı, As.Yrg. 4’üncü Dairesinin 28.09.2010 tarihli ve 2010/2233-2216 E.K. sayılı kararları(nın) da bu doğrultuda”) olduğu açıklanmıştır. Bkz.As.Yar.1D., 09.03.2011, 2011/0221-0216 EK. (TSK Net)

karar vermiştir.¹⁶⁸ Bu karardan sonra artık AsCK 81'in sivil şahıs suç failleri açısından kesin olarak askeri mahkemelerde yargılanması söz konusu değildir.

Yine burada bahsedilmesi gereken bir durumda 353 Sayılı AsYUK'un 10/C bendindeki düzenlemenin iptaline ilişkindir. Zira bahse konu düzenlemeye göre, daha önce; *“Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”* in bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı ve askeri yargıya tabi olacağı hükmü yer almaktaydı.

Ancak bu bend Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2'nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı da dikkate alınarak Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 Esas Kararı,¹⁶⁹ ile Anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Aslında aynı şekilde aynı madde-nin D bendinde *“Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler”* inde sivil şahıs kapsamında olmasına rağmen¹⁷⁰ iptali istenen maddenin sadece AsYUK 10/C bendi olması nedeniyle sadece bu bent iptal olmuştur. Ancak Askeri Yargıtay kararları gözönüne alındığında, halen yürürlükte olan AsYUK 10/D bendinde, sivil şahıs statüsünde olan işçilerinde AsCK 81/2 suçun suç ortağı olmaları halinde yine sivil yargı mercilerinin görevli olacağı değerlendirilmektedir.

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesinin 20.09.2012 tarih ve 2012/80-122 EK. RG: 01.12.2012 tarih ve Sayı:28484. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm> (24.01.2013)

¹⁶⁹ RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484.

¹⁷⁰ *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1'inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş ve bu ilkeyi destekleyici hükümler ve hukuk sistemimizin işleyişi ve bütünlüğü açısından, , 353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddeleri, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3 ncü maddesinin 1 nci fıkrasındaki “Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel” ibaresi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 3 ncü maddesinin 2 nci fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152 nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun yada kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığını ileri sürebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak Kanun hükmününün 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesi olması sebebiyle 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasasının 152 nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.”*

AsCK 81/1'deki suç faillerinin bir sivil şahıs olabileceği mümkün olduğu gibi AsCK 81/2'deki suç ortaklarının da bir sivil şahıs, MSB'lığı veya TSK kadrolarında görevli devlet memuru ya da askeri işyerlerinde çalışan bir işçi olması mümkündür. Yukarıdaki açıklamalara göre, sivil şahıs olan suç failleri ya da sivil şahıs suç ortakları sivil mahkemelerde yargılanacaktır. Bu yargılamada yargılama merci, AsYUK 13'üncü maddesi kapsamında yer alan suç tiplerinden biri olan AsCK 81'inci maddesine göre, suç failleri hakkında karar verecektir.

Burada suçun müşterek olarak işlenmesi halinde en büyük zorluk, müşterek faillerden birinin asker diğeri sivil şahıs olmaları halinde aynı konuda biri sivil diğeri askeri mahkemede yargılama yapacak mercilerden içtihat farklılıklarından dolayı farklı kararlar çıkma olasılığıdır. Bu durumun sanıklar ya da suç ortaklarının mağduriyetlerine yol açan hukuki sorunlara neden olma ihtimali kanaatimizce mümkündür. Zira AsCK 81/1'deki suç oluşmadan 81/2'deki suç ortaklarının suçu da oluşmayacaktır. Bu husus gözönüne alındığında suç ortağını yargılayacak yargılama merciinin, diğeri mahkemenin kararını *bekletici mesele* yapması uygun olacaktır. AsCK 81/1'den hüküm kuran mahkeme kararının kesinleşmesi durumunda ise bu karar artık diğeri mahkeme bakımından kendi içtihatlarına aykırı olsa da bağlayıcı olacaktır. Her iki yargı merci arasındaki içtihat farklılıklarının ise suç failleri açısından *adil yargılanma ilkesini* zedeleyici bir durum oluşturabileceği ve mağdur olan kişilerin anayasa şikayeti yoluyla bu durumu Anayasa Mahkemesine götürebilecekleri değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Devletin kendi varlığını koruması ve devam ettirmesi zorunluluğunun bir sonucu olarak orduya ve milli savunmanın düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁷¹ Bir ordunun varlığı ise *"hazır bulunmak"* ve *"emre itaat etmek"* gibi iki önemli yükümlülüğün bir arada bulunmasını gerektirmektedir.¹⁷² 4551 sayılı kanunun genel gerekçesinde, *"Askerlik görevinden kurtulmak isteyen suçlular etkili bir şekilde cezalandırılmadıkları takdirde, suç işleme temayülünde bir artış olduğu ve disipli-*

¹⁷¹ Erman, s.1.

¹⁷² Sahir Erman, *"Askeri Yargı"*, Askeri Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994, s.6-7.

*nin bozulduğu(nun) gözlen(diği)*¹⁷³ açıklanmıştır. Bizimde katıldığımız bu açıklamaya karşılık, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı iptal kararları ile AsCK 81'deki suç faillerinin cezalarının şartları varsa artık ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesinin suç failleri için etkili bir cezalandırmadan çok uzak aksine ordu içindeki disiplini zedeleyici bir karar olduğu değerlendirilmektedir.

Özellikle Kanunkoyucunun, bu maddeye ilişkin olarak seferberlik haline ilişkin ek bir düzenlemeye yer vermesinin ayrıca uygun olacağı kanaatindeyiz.

Her iki yargı merci arasındaki yukarıda açıklanan içtihat uyumsuzlukları yanında, görev uyumsuzluklarının da çözümlenmesi bakımından yargı birliğine gidilmesi, askeri yargının adliye mahkemeleri içinde sivil yapısı ile, asker ve sivil kişilerin müştereken işlediği askeri suçlar dahil, sadece asker kişilerin askeri suçlarını yargılayan bir ihtisas mahkemesi olarak yapılandırılmasının uygun olabileceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Bakıcı Sedat, Yalvaç, Gürsel, Ceza Hukuku Özel Hükümler, C.2, Ankara, 2008.
- Bal Kemal, Askeri Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002.
- Çelen Orhan, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 2001.
- Demirağ Fahrettin, Askeri Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13.Bası, İstanbul 1990.
- Ergül Ergün, Uygulamada Yoklama Kaçağı Bakaya ve Saklı Suçları, Ankara 1997.

¹⁷³ Bu açıklama için 22/03/2000 tarihli 4551 Sayılı Kanunun Genel Gereğçesine bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm.\(23/08/2012\)](http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm.(23/08/2012))

Erman Sahir, "Askeri Yargı", Askeri Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994.

Erman Sahir, Askeri Ceza Hukuku, İstanbul, 1983.

Erman Sahir - Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar), İstanbul 1992

Kangal Zeynel T., Askeri Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012.

Malkoç İsmail, Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara-1990.

Özbakan Hulusi, Askeri Ceza Kanunu, Ankara, 1990

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

Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3.Cilt, 3.Baskı, 2010.