

ASKERÎ CEZA HUKUKUNDA AST'A MÜESSİR FİİL SUÇU (AsCK m.117)

THE OFFENCE OF BODILY HARM AGAINST SUBORDINATE
IN MILITARY CRIMINAL LAW
(Military Criminal Code : 117th article)

Gökhan Yaşar DURAN*

Özet: Askerî disiplinin tesisinde astlık üstlük ilişkileri önem taşımaktadır. Bu nedenle kanun koyucu bu ilişkinin tesisi açısından genel ceza kanununda yer alan bazı suç tiplerinin Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nda özel olarak düzenlenmesi yoluna gitmiştir.¹ İncelememizde bu özel düzenlemelerden biri olan ve Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 86'ncı maddesine ('*Kasten Yaralama*') karşılık gelen Askerî Ceza Kanunu'nun (AsCK) 117'nci ('*madununa müessir fiilde bulunanların cezaları*') maddesi ile yine bu madde ile bağlantılı olarak AsCK'nun 118 ('*Müessir fiillerle madununun vücudunda tahribat yapan veya ölümüne sebep olan mafevka verilecek ceza*') ve AsCK'nun 119'ncü ('*Mafevkin cürüm sayılmayacak olan fiilleri*') maddeleri birlikte incelenecektir. Ayrıca maddenin diğer suç tipleri ile karıştırılmaması bakımından, TCK'da ve askerî mevzuat içerisinde yer verilen bazı suç tipleri ile mukayesesi yapılacaktır.

Anahtar Sözcükler: Yaralama, Öldürme, Kötü Muamele

Abstract. Subordinate – Superior relationship is important in the establishment of military discipline. In terms of establishing this relationship, the legislator has chosen the way that some types of offences which are originally in the general criminal law are regulated specifically in the Military Criminal Code. In this study, Article 117

* Yrd.Doç.Dr.Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ 211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) İç Hizmet Kanunu 13'ncü maddesinde; "Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler(in) alın(ması)" hükmolunmuştur. Nitekim 'Askerî disiplinin sağlanması hususunda, genel hukuk kurallarının yanında, sadece belirli statüdeki kişilere uygulanabilen askeri hukuk kuralları gibi ayrı kuralların konulması bir zorunluluktur. Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, askeri disiplini sağlamanın en iyi yolu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle genel ceza kanununda bulunmayan suç tiplerinin ve cezaları içeren müeyyidelerin bulunması bütün Ülkeler tarafından benimsenmiştir.' (Gökhan Yaşar, Duran; Askerî Disiplin Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2012, s.4)

of Military Criminal Code, which is one of these specifical regulations and originally corresponding to Article 86 of Turkish Criminal Code, will be examined together with the Articles 118 and 119 of Military Criminal Code relevant to this Article. Furthermore, in terms of not confusing this article with other types of some offences, a comparison will be made between the crime types in the Turkish Criminal Code and Military Legislation.

Keywords: Bodily injury, Murder, Ill-treatment

I. MADDENİN DÜZENLENİŞİNE İLİŞKİN GENEL HUSUSLAR

Askerî yargının varlık nedenine dayalı olarak² askerî mevzuat içindeki hükümlerde kanun koyucu emir vermeye yetkili her üste, disipline aykırı gördüğü her duruma müdahale etme görevi yüklemiştir.³ Buna aykırı davranışlar ise kanun koyucu nazarında, amir veya üstün makam ve memuriyet görevine aykırı davranışlar kategorisinde özel olarak cezalandırılmayı gerektiren suç tiplerinin düzenlenmesine yol açmıştır.

Nitekim bu nedenle bir kişinin diğer kişiyi yaralaması halinde, tarafların sivil şahıs olması durumunda genel ceza kanununa göre kasten yaralama suçundan dolayı adli işlem yapılacakken tarafların asker şahıs olması halinde, aralarındaki astlık üstlük ilişkisine göre özel bir kanun olan askerî ceza kanununa göre uygulama yapılarak suç vasfı belirlenecektir. Asker kişiler arasında böyle bir astlık üstlük ilişkisinin

² “Bir ordunun varlığı başlıca iki yükümlülüğü de birlikte getirir: Bunlardan birincisi “hazır bulunmak”, ikincisi de “emre itaat etmek” tir... Çünkü bu iki yükümlülük yerine getirilmeksizin, hiç bir ordu kendisinden beklenen görevi ifa edemez ve disiplini asıl bozan fiiller de bu iki yükümlülüğün birinin ihlalini ifade eder... Şu halde bir ülkeyi dış ve iç düşmanlara karşı koruyacak çapta bir ordunun bulunduğu her yerde, askeri yargının da bulunmasının gerekli, hatta zorunlu olduğunu söylemek, yani askeri yargının varlık sebebini, silahlı kuvvetlerin varlık sebebi ile izah etmek mümkündür.” Bu açıklamalar için bkz. Sahir, Erman; “Askerî Yargı”, Askerî Adalet Dergisi, Y.22, S.90, Mayıs1994, s.6-7.

³ Hulusi, Özbakan; Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990, s.403; ‘Disiplinin anlam ve özellikleri, ast ve üstlerin uymakla yükümlü oldukları kurallar, disiplinin korunmasında ve ceza uygulamalarında gözetilecek ilkeler, İç Hizmet Kanunu’nun 13 ila18, 24, 32 ve İç Hizmet Yönetmeliği’nin 1 ila 22, 41 ila 49, 54 ila 56 ve 86’ncı maddelerinde, özenle oluşturulmuş, duru ve yalın bir dille vurgulanmıştır.’ Bu açıklama için bkz. A.Osman, Kaynak; Disiplin Amirleri İçin Ceza İşlemleri Muhtırası, Donanma K’lığı Basımevi, Kocaeli, 1988, s.1.

bulunmadığı durumlarda diğer bir deyişle eşit rütbedeki asker şahıslar arasındaki kasten yaralama eylemlerinde ise yine genel ceza kanunu hükümlerine göre askerî mahkemelerce yargılama yapılacaktır.⁴

Bir örnekle açıklamak gerekirse; asker kişi olan bir suç failinin, biri rütbece üstü, biri astı, diğeri rütbece eşiti konumunda bulunan üç farklı asker kişiye karşı, aynı anda işlediği aynı nitelikteki kasten yaralama eylemleri; failin ilk fiili için üste fiilen taarruz' (AsCK m.91) ikinci fiili için birazdan inceleme konumuz olan '*asta müessir fiil*' (AsCK m.117) suçunu oluştururken, failin son eylemi ise genel ceza hükümleri kapsamında '*kasten yaralama*' (TCK m.86) suçundan dolayı uygulama yapılmasını gerektirecektir.⁵

Düzenleme yeri olarak, AsCK'nun 117 ve bu madde ile bağlantılı olarak incelenecek olan 118 ve 119'ncu maddeleri AsCK'nun 'Üçüncü Bap', '*Makam ve Memuriyet Nüfuzunu Suiistimal*' başlıklı 'Altıncı' faslında düzenlenmiştir.⁶

Konu ile ilgili AsCK 117, 118 ve 119'ncu madde düzenlemelerinin geçmişten günümüze geçirdiği değişiklikler şöyledir:

AsCK 117'nci maddesi 1'nci fıkra hükmü kabul edilışinden itibaren herhangi bir değişiklik olmadan günümüze kadar gelmiştir.

Ancak maddenin ikinci fıkrasında (*kısa hapis*) sözcüğünden sonra gelen '*ve efrat hakkında katıksız hapis*' ibaresi, katıksız hapis cezasının 4551 sayılı Kanunun 38'nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.⁷

⁴ As.Yrg.3D., 22.06.1993, 1993/321-319 EK; As.Yrg.Drl.Krl., 15.02.1990, 1990/27-26 EK; As.Yrg., 4D., 13.12.1988, 1988/613-600 EK. (Nakleden:Kemal, Bal; Askeri Ceza Kanunu ile İlgili İçtihatlar, Ankara 2002, s.117-1)

⁵ Askeri Yargıtay kararları da benzer doğrultudadır. 'Sanığın astı konumundaki mağdur ere tokat atması, AsCK'nun 117/1'inci maddesinde yazılı "*asta müessir fiil*" suçunu, üstü konumunda bulunan mağdur çavuşu yakasından tutarak aracın içine doğru itirmesi de AsCK'nun 91/1'inci maddesinde yazılı "*üste fiilen taarruz*" suçunu oluştur(ur)'. As.Yar.3D., 14.2.2006, 2006/233-233 EK. (TSK Net)

⁶ Bu fasıl başlığında yer alan diğer düzenlemeler şöyledir: 'Madununa suç yapmak için emir verenlerin cezası (m.109); Madunun şikayenamesini saklayan veya geri aldırınların cezası (m.110); Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası (m.111); Askeri mahkemeler üzerinde tesir yapanların cezası (m.112); Askeri şahısları mürettep oldukları yerlerden geriye sevkedenlerin cezası (m.113); Erleri kanuna muhalif olarak hizmetçiliğe verenlerin cezası (m.114); Memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması (m.115); Askerliğe ait vesika, evrak, harita ve şekilleri yakanlar (m.121)'.

⁷ Fahrettin Demirağ, Askeri Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000,

Madde 31.01.2013 tarih 6413 sayılı Kanunun 45/3 (c) bendi⁸ ile tamamen kaldırılmadan önce '*az vahim hallerde kısa hapis verilir*' şeklinde bir disiplin kabahati⁹ olarak uzun süre yürürlükte kalmıştır.¹⁰

Bu hususun üzerinde durulma nedeni TCK 86/2'nci fıkrasında düzenlenen kasten yaralamanın '*basit tıbbi müdahale ile giderilecek ölçüde hafif*' olması halinde bunun AsCK 117'nci maddesi bakımından uygulamasının nasıl olacağına ilişkindir.

TCK 86/2'nci fıkrası mağdurun şikayetine tabi olarak faillerinin daha hafif cezalandırılması gerektirmektedir. AsCK'da askerî suçların takibi şikayete bağlı olmadığından (AsCK 48/A), AsCK 117'deki suç faillerinin '*basit tıbbi müdahale ile giderilecek ölçüde hafif*' eylemleri mağdurun şikayetine tabi olmadan mutlaka cezalandırılacaktır.

AsCK 117/2'nci fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde '*az vahim halin*' hangi durumları kapsadığı tartışma konusu olmuştur.

s.97.

⁸ 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu 45/3 (c) bendi şöyledir: '22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun; '18 inci maddesi, 19 uncu maddesi, 82 nci maddesinin birinci fıkrası, 84 üncü maddesinin ikinci fıkrası, 93 üncü maddesinin ikinci fıkrası, 117 nci maddesinin ikinci fıkrası, 150 nci, 151 inci ve 162 ila 191 inci maddeleri yürürlükten kaldırılmış ve 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kısa hapis veya" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.'

⁹ AsCK'da, askerî suç türleri olarak, askerî cürüm ve askerî kabahatler (AsCK m.1) ile disiplin tecavüzlerinden (AsCK m.19) bahsedilmeydi. AsCK'nun ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırdığı suçlar, askerî cürümler (AsCK m.1/1), kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar ise, askerî kabahatlerdir.(AsCK m.1/2) Askerî kabahat oluşturan fiillerin nelerden ibaret olduğu, mülga AsCK 18'nci maddesinde şöyle açıklanmaktadır: "Bu kanunda yazılı olan bir ceza ancak bir mahkemenin kararıyla infaz olunur. Aşağıdaki hallerde disiplin cezalarıyla mücazat yapılabilir. A: 82, 96 ve 136 ncı maddelerin 1 numaralı ve 93, 116, 117 ve 150 nci maddelerin 2 numaralı fıkralarında, B: 68, 83, 86, 108, 130, 137 ve 145 inci maddelerde yazılı kısa hapis cezaları'

¹⁰ 'AsCK'da, askerî suçlar yanında, askerî disiplin kabahatlerine (bunlardan birçoğu 477 sayılı DMK yürürlüğe girdikten sonra disiplin suçu olarak düzenlenmiş olmakla birlikte disiplin kabahatleri 6413 sayılı Kanunun 45'nci maddesi ile kaldırılmadan önce varlığını uzun süre sürdürmüştür) yer verilme nedeni şöyle açıklanmıştır: "Suçla disiplin cezasını gerektiren fiil arasında bağlantı vardır ve bu bağlantı özellikle suç teşkil eden fiilin, failin mensup olduğu grup bakımından disiplin cezasını da gerektirmesi halinde ortaya çıkar. Bu bağlantı, bazen disiplin cezalarının meslek kanunlarında değil, fakat doğrudan doğruya cezai nitelikte olan kanunlarda yer almalarını bile gerektirir. Mesela Askerî Ceza Kanunumuz, disiplin cezalarını gerektiren fiilleri ve bunlarla ilgili hükümleri ihtiva etmektedir" Bu açıklama için bkz. Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11.Bası, İstanbul, 1994, s.344.

Askerî Yargıtay'ın bir kararında 'az vahim hal' şöyle açıklanmaktadır¹¹: 'As.C.K.nun 117 nci maddesinin birinci fıkrasında, Asta Müessir Fiil suçunun maddi unsuruna vücut verebilecek hareketlerin nelerden ibaret olduğu sayılmakta ve bu suçun failinin iki seneye kadar hapsolunacağı belirtilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, az vahim hallerde kısa hapis ve efrat hakkında katıksız hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Asıl olan maddenin birinci fıkrası olup, fiilin az vahim hal teşkil etmesi halinde, hukuka uygun gerekçesi gösterilmek suretiyle ikinci fıkranın tatbikinin de mümkün olduğu, Askerî Ceza Kanununun, bazı suçlar için az vahim hal durumunu kabul ederek, bu ahvalde faile daha az ceza tertip etmiş olmasına rağmen; bu deyimmin tanımını yapmadığı, hangi durumların varlığında kanunun bu haline ilişkin cezanın uygulanacağı hususunda hakime bir direktif de vermediği, Kanunun "az vahim hal"e işaret ettiği hallerde de suçun unsurları aynı olduğuna göre, bu halin, tamamen şahsa bağlı olan "takdiri indirim" sebebi olmadığı, suçun işlendiği zaman ve mekana, eylemin ika edilme tarzına ve gayesine, yahut suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre "az vahim" halin uygulanıp uygulanmayacağını hakimnin takdir edeceği, diğer bir ifade ile, kanunda uygulama koşulları gösterilmemiş bulunan "az vahim hal uygulamasının hakimnin genel takdir haklarına ilişkin bir keyfiyet olduğu; bu nedenle bütün takdir haklarının kontrolünde olduğu gibi, bunun da Askerî Yargıtay'ca denetlenebileceği, ancak bu denetlemenin, takdirin objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, makul ve mantıklı olup olmadığına, takdirde herhangi bir zaafa düşülüp düşülmediğine ilişkin olabileceği (As.Yrg.Drl.Krl.nun 29.4.1977 gün ve 1977/44-37 sayılı Kararı) kuşkusuzdur.'

Askerî Yargıtay kararlarında¹² TCK 86/2'nci fıkradaki 'basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüdeki' haller neticenin ağırlığı bakımından AsCK 117/2'nci fıkrasındaki 'az vahim hal' olarak değerlendirilmekle¹³

¹¹ As.Yar.DK., 13.1.2000, 2000/4-12 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.285-287)

¹² Nitekim Askerî Yargıtay'ın AsCK 117/2'nci fıkrasının yürürlükte olduğu bir dönemde verdiği bir kararında, 'kasten itip kakma, cismen eza verecek veya mağdurun sıhhatini bozacak mahiyette olmasa dahi, bu suretle işlenen asta müessir fiil suçu Askerî mahkemenin görevine gire(ceğine)' karar vermiştir. As.Yrg.2.D.26.10.1967 E.477 K.480 (Nakleden:Özbakan, s.276)

¹³ AsCK 117/2'nci fıkrasındaki 'az vahim' hallerde disiplin amiri tarafından kendi yetkisi dahilinde fail cezalandırılıyordu. Ancak bu suça ilişkin olarak AsCK 117/1'den dolayı Askerî mahkemede yapılan yargılamada eylemin AsCK 117/2 kapsamında kaldığının tespiti halinde artık mahkeme soruşturma evrakını disiplin amirine gönderemeyip kendisi bir ceza veriyordu.Özbakan, s.274.

birlikte, *'basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek'* bir eylemin cismen eza vermesi mümkün olduğundan AsCK 117/1'nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.¹⁴ AsCK 117/2'nci maddenin yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle artık *'basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek'* bir eylem söz konusu olsa dahi sadece AsCK 117/1'nci maddesi kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Bu kapsama dahi girmeyen eylemler ise 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu kapsamında değerlendirilecektir.

AsCK 117/2'nci fıkrasının mülga olmasından sonra maddenin yürürlükteki en son hali sadece AsCK 117/1'nci fıkra olarak; *"Madununun kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha eden amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur"* şeklinde başkaca herhangi bir değişikliğe uğramadan günümüze kadar gelmiştir.

AsCK'nın 115'nci maddesinde; *'Emir vermek yetkisini veya memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak mevzuatın tayin ettiği ahvalden başka bir suretle herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yahut astı hakkında keyfi bir işlem yapan yahut yapılmasını emreden amir veya üst, bir aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Bu işlem, siyasi bir amaçla yahut kişisel bir çıkar sağlamak için yapılmış veya yapılması emredilmiş ise, fiil başka bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir' hükmü yer almaktadır.

AsCK 117/1'deki *'tazip maksadiyle madunun hizmetini(n) lüzumsuz yere güçleştir(ilmesi) veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)'* eylemi kanaatimizce AsCK 115'de açıklanan suçun işleniş biçimlerinden biri olup aslında AsCK 115'de ayrı bir fıkra düzenlenebilir. AsCK 117'nci maddesi kasten yaralama (TCK m.86) suçunu içinde barındırmakla birlikte

¹⁴ *'...Mağdurun nöbet esnasında radyo dinlemesi disiplinsiz bir davranış olmakla birlikte, bu durum sanığın eyleminin az vahim olarak kabul edilmesini gerektirecek bir neden değildir. Aksinin kabulü halinde, astını döven her üst ya da amirin, askerlik mesleğinin şartlarına uygun olarak, mutlaka bir disiplinsizlik nedeni bulacağı ve bu saikle işlenen bütün Asta Müessir Fiil suçlarının az vahim olduğu gibi yanlış bir sonuca ulaşılır ki, bunun yasaya uygun olmayacağı pek tabiidir...'* As. Yar.DK., 13.01.2000, 2000/4-12 EK (Askeri Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.285-287)

aynı zamanda AsCK 115'deki memuriyet nüfuzunun kasten yaralama ile sonuçlanan kötüye kullanılma biçimlerinden biridir.

AsCK 117'nci maddesinin 'netice sebebiyle ağırlaşmış şekli'ni içeren AsCK'nın 118'nci maddesinin; 1, 2 ve 4'ncü fıkraları ile aynı madde içinde suçun nitelikli haline ilişkin bir düzenleme olan 3'ncü fıkrası ise günümüze kadar herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Madde-nin yürürlükteki son hali;

'1.117'nci maddede yazılan fiiller madunun vücudunda tahribatı mucip olmuş ise amir veya mafevk beş seneye kadar hapsolunur.

2. Daha ziyade vahim hallerde amir ve mafevk altı aydan beş seneye kadar hapsolunur.

3. Fiil taammüden yapılmış ise amir veya mafevk on seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.

4. Fiil ölümü intaç etmiş ise fail on seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur' biçiminde düzenlenmiştir.

Son olarak inceleme konumuzu oluşturan 'Mafevkin cürüm sayıl-mayacak olan fiilleri' başlıklı 119'ncu maddesinin 1 ve 3'ncü fıkraları 27/6/1932 tarih ve 2034 sayılı Kanunun 5'nci maddesi ile değiştirilmiştir.¹⁵ Maddenin yürürlükteki son hali 3 fıkra halinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

'1 - Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için bir mafevk tarafından yapılan müessir fiiller makam ve memuriyet nüfuzunu suistimal telakki edilmez ve suç sayılmaz.

2 - Bu hükmü harbde veya eşkıya müsademeleri ve isyan yahut askerlik harekatı ve mücrim takibatı gibi vazifeler başında mübrem surette elzem bir itaati temin için başka vasıtalar bulunmadığı takdirde bir subayın madunun ısrar ve mukavemetine karşı silah kullanmaya mecbur kalması halinde de caridir.

¹⁵ Bu maddenin 27/6/1932 tarih ve 2034 sayılı kanunun 5'nci maddesi ile değiştirilmeden önceki 1 ve 3'ncü fıkraları şöyleydi: '1.Madunun fiilen taarruzuna karşı müdafaa etmek, son derece zaruret ve tehlike karşısında madunu emrine itaat ettirmek için mafevkin ölümden gayri yapacağı fiiller cürüm sayılmaz. 2. Meşru müdafaada bulunmak veya harpte ilân olunan harekât muntikasında firar edenleri çevirmek veyahut yağma ve tahribin önünü almak için sair vasıtalar kalmadığı takdirde bir zabitanın silâhını kullanması cürüm sayılmaz..'

3 - Mafevkin, hizmete ve askerliğe dair kusur ve hatalardan dolayı madunu tenkit ve muanaze etmesi hakaret sayılmaz.'

Maddelerin düzenlenişine ilişkin açıklamalardan sonra burada açıklanması gereken diğer bir husus AsCK 117'nci maddesindeki suçun niteliği konusudur. Askerî Yargıtay İBK (İçtihadı Birleştirme Kurulu) kararlarına göre, AsCK'nın 3'ncü babının 5'nci faslında düzenlenen itaat ve inkıyadı bozan suçlar *sırf askerî suç* olarak nitelendirilirken,¹⁶ 'Makam ve Memuriyet Nüfuzunu Suiistimal' başlığı altında farklı bir bab'ta düzenlenen asta müessir fiil suçu (AsCK m.117) ise *sırf askerî* suçlar kategorisinde sayılmamıştır.¹⁷ ,

Kangal, TCK'nda düzenlenmiş kasten yaralama suçunun AsCK'ya aktarılmış türlerinden biri olan amire veya üste fiilen taarruz suçunun (AsCK m. 91) *sırf askerî suç* sayılmasına karşın, diğer türü olan asta müessir fiil suçunun (AsCK m. 117) askerî suç benzeri kabul edilmesini eleştirerek, Askerî Yargıtay'ın askerî suçları ayırmadaki kriterlerinin yetersiz kaldığını, suçun niteliğinden çok, başka mülahazalarla hareket ettiğini, bu yüzden de kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyduğunu ifade etmektedir.¹⁸

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

AsCK'nın 117'nci maddesinde korunan hukuki menfaatin karma bir nitelik taşıdığı¹⁹ söylenebilir.

Zira kasten yaralama suçunun (TCK m.86) askerî ceza kanunun-

¹⁶ Askerî Yargıtay bir İBK Kararı'nda, unsurları kısmen veya tamamen genel nitelikteki kanunlarda tanımlanan suçlarda yer alsa bile, AsCK'nun 3. babının 5. faslında düzenlenen askerî itaat ve inkıyadı bozan suçları *sırf askerî suç* olarak nitelendirmekte, buna gerekçe olarak da bu suçların yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etken olmasını göstermektedir. Bkz.As.Yrg., İBK, 20.06.1975, 1975/6-4 EK.(Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, Y.1997, S.11, Özel Sayı, İçtihadı Birleştirme Kurul Kararları, s: 279-281)

¹⁷ 'Unsurlarının ekseriyeti TCK'nun 456 ve müteakip maddelerinde de mevcut olan AsCK 117 inci maddesindeki asta müessir fiil suçu, AsCK 3. Bap 5. Faslında Askerî itaat ve inkıyadı bozucu suçlar arasında yer almaması nedeniyle, *sırf Askerî suç* mahiyetinde sayılmaz.' As.Yrg.Drl.Krl. 21.11.1975 E.62 K.60; As.Yrg. Drl.Krl. 17.10.1975 E.38 K.40.(Nakleden: Özbakan; s.275)

¹⁸ Zeynel T., Kangal, Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012, s.87.

¹⁹ Benzer görüş için bkz.Olgun Değirmenci, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara, Kasım 2013, s.337.

daki karşılığı AsCK'nın 117'nci maddesi olup²⁰ kasten yaralama suçunda korunan hukuki yarar mağdurun beden dokunulmazlığı, beden bütünlüğüdür.²¹ Bu hak; gerek iç hukukta 1982 Anayasası'nın 17'nci maddesinde ve gerekse İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (3-5 maddeleri), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (2-3-5 maddeleri) gibi uluslararası belgelerde düzenlenmiştir. Ayrıca bu hakka müdahale insan haysiyeti ile de doğrudan ilintilidir.²²

Asta müessir fiil eylemi ile astın beden bütünlüğü ihlal edilmekle birlikte askerî ceza kanunu konuya mağdurun uğradığı zarardan çok failin işgal ettiği makam ve memuriyet yetki ve görevinin ihlali açısından bakmaktadır. Nitekim bu nedenle bu suçla korunan hukuki yarar, makam ve memuriyet nüfuzunun kötüye kullanmasının önüne geçilerek²³ askerî disiplinin korunmasıdır. Maddenin düzenleme yerine bakıldığında bu husus açıkça görülmektedir. Zira kasten yaralama suçu (TCK m.86) genel ceza kanununda 'vücut dokunulmazlığına karşı suçlar' başlığı altında düzenlenmiştir. Oysa AsCK 117'de ki bu suçun '*makam ve memuriyet nüfuzunun kötüye kullanılması*' başlığı altında düzenlenmesi bu suçla korunan hukuki yararın makam ve memuriyet nüfuzunun kötüye kullanması olduğunun açık bir göstergesidir.

Bu suçla bağlantılı olarak disiplinin korunması maksadıyla, bunu sağlamakla yükümlü olan üst ya da amirin, '*Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için*'(AsCK m.119/1) yaptığı müessir fiillerin ise

²⁰ Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında TCK 86'nci maddesinin mülga 765 sayılı TCK'ndaki eski düzenlemesine atıfta bulunarak; '...sanığa isnat olunan asta müessir fiil suçunun maddi unsuru(nun), TCK'nın 456 ve müteakip maddelerinde düzenlenen kasten müessir fiil suçunun maddi unsuruyla aynı' olduğunu açıklamıştır. (As.Yar.DK., 04.07.2002, 2002/58-61 EK)

²¹ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan, Erdem, R.Murat, Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.194.(Makalede bu alıntı Tezcan vd. olarak anılacaktır.) Askerî Yargıtay benzer biçimde bir kararında, 'Müessir fiil suçunda korunan hukuki menfaatin kişilerin vücut tamamıyeti, beden en şiddet ifade eden muamelelerden masun bulunmak hususundaki hakları ile bedeni, ruhi ve akli sıhhatlerini korumak hakları olduğu(nu)' ifade etmiştir. As.Yar. DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

²² Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker, Tepe, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012, s.201. (Makalede bu alıntı Özbek vd olarak anılacaktır)

²³ Benzer görüş için bkz.Değirmenci, s.337.

korunan hukuki yararı zedelediği, aksine kanun koyucu nazarında disiplin gibi askerlik mesleğine has daha üstün bir yararı koruduğu için hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.

II. ASCK VE TCK YER ALAN DİĞER SUÇ TIPLERİ İLE İLİŞKİSİ

A. ASKERİ SUÇLAR

1. Barış Zamanında Uygulanan 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) Disiplin Kanunu'ndaki²⁴ Düzenleme (6413 SK.m.19/1 (f), (m))

6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendinde; 'Kötü muamele yapmak' ('Astına, askerî usul ve kurallar dışında kötü davranmak, eziyet amacıyla hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek veya başkaları tarafından kötü muamelede bulunulmasına müsamaha göstermek'), ile 19/1 (m) bendinde ki; 'Kavga etmek' ('Meşru savunmaya ilişkin şartlar saklı kalmak kaydıyla, askerî mahâl içerisinde, fiilen birisine vurmak') şeklinde tanımlanan eylemlerin faillerinin, disiplin amiri ya da disiplin kurulunca 'Hizmet yerini terk etmeme cezası'²⁵ ile cezalandırılabilceği hüküm altına alınmıştır.

Özellikle 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendindeki; disiplin eylemine konu astının 'eziyet amacıyla hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek veya başkaları tarafından kötü muamelede bulunulmasına müsamaha göstermek' cümlesi ile AsCK 117/1'nci fıkrasındaki 'tazip maksadıyla madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)' cümlesi kanaatimizce aynı maddi unsurları içeren ancak biri

²⁴ Kanun Numarası: 6413, Kabul Tarihi: 31/1/2013, Yayımlandığı R.Gazete: Tarih: 16/2/2013, Sayı : 28561, Yayımlandığı Düstur:Tertip:5 Cilt:53. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.6413&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=&Tur=1&Tertip=5&No=6413> (23.12.2013)

²⁵ 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 12/(5) fıkrası şöyledir: 'Hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılıp resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesidir. Bu ceza disiplin amirleri tarafından ekli (1) sayılı çizelgeye göre; disiplin kurulları tarafından dört ila on güne kadar verilebilir. Ceza verilen personel için uygun bir yatma yeri tahsis edilir. Tatil günlerinde cezanın yerine getirilmesine ara verilir. Cezanın yerine getirilmesi sırasında, hizmete ilişkin hâller hariç, günde toplam bir saati geçmemek üzere ziyaretçi kabul edilebilir.'

adli diğeri disiplin cezasını gerektiren düzenlemelerdir. Bu durumda akla bu eylemlerden ötürü hangi kanuna göre işlem yapılacağı her iki maddenin de aynı zamanda uygulanmasının bir eylemden iki defa cezalandırılma yasağına girip girmeyeceği sorularını getirebilir.

Aslında 6413 sayılı Kanunun 5/1'nci fıkrasında bu sorulara açıklık getirilmektedir²⁶. Fıkra şöyledir: *'Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.'*

Böylece sanığın eyleminin kanunun hem AsCK 117/1 hem de 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendi kapsamında bir ihlale konu olması durumunda ayrıca disiplin amiri ya da disiplin kurulunca *'Hizmet yerini terk etmeme cezası'* ile cezalandırılmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 131/2'nci fıkrasında *'Memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz'* hükmü Askerî disiplin hukukunda da bu konuda özel bir düzenleme olmadığından kanaatimizce geçerlidir.

Ancak burada belirtilmesi gereken bir husus, *"Ceza mahkemesi, fiilin memur tarafından işlenmemiş olduğu gerekçesine dayanarak beraat kararı verirse, bu karar disiplin mercilerini bağlar; bu fiilden dolayı memur hakkında ceza verilemez. Ancak Ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararının, işlendiği sabit olan fiilin kanunda yazılı bir suçu meydana getirmediği gerekçesine dayanıyorsa, disiplin mercileri buna rağmen disiplin cezası verebilir.*

²⁶ Bu madde ile bağlantılı olarak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 125/son maddesinde, *"Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez", "Cezai kovuşturma ile disiplin kovuşturmasının bir arada yürütülmesi"* başlıklı 131/1,2. fıkrasında ise, *" Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkum olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz"* hükümleri yer almaktadır. TSK Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmeliğin 14/son fıkrasında yukarıdaki hükümlere benzer bir biçimde, *"Disiplin kovuşturması yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez"* hükümleri yer almaktadır.

*Zira, fiil, ceza kanununda yazılı suçun unsurlarını taşımadığı halde, disiplin suçu” oluşturabilir.*²⁷

Ceza kovuşturmasının zamanaşımı ya da genel veya özel aflı suçun veya cezanın düşmesi de disiplin kovuşturmasını etkilemez ve disiplin cezası verilmesine engel olmaz.²⁸

2. Savaş Zamanı Uygulanacak olan 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunundaki (DMK) Düzenleme (477 SK.m.55)

6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun ‘*Değiştirilen ve yürürlükten kaldırılan hükümler*’ başlıklı 45/(5) fıkrası ile; 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı DMK’nun 1’nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “*Disiplin mahkemesi*” ibaresi “*Disiplin mahkemesi savaş zamanında*” şeklinde değiştirilmiştir.²⁹ Daha önce barış zamanında sadece asker kişilerin kanunda belirtilen disiplin suçlarından yargılama yapmak üzere kurulan disiplin mahkemeleri artık bu düzenleme ile sadece savaş zamanı kurulacak ve yargılama yapacaktır.

477 sayılı DMK’nın uygulandığı dönemde, 477 sayılı DMK’nın 55’nci maddesinde yer alan ‘*Astına sövenler, hakaret edenler veya askerî usul ve kurallar ve nizamlar dışında kötü davrananlar iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar*’ hükmü ile AsCK’nın 117/1’inci fıkrasının birbirine karıştırılması ve bunlar arasında ayrımın ne şekilde

²⁷ Danıştay 10. Dairesinin 27.10.1987 tarih ve E.1987/2015, K.1987/1721 sayılı kararında, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararının, mutlak anlamda bağlayıcı olmayacağı ifade edilmiştir. Bu açıklama ve diğerleri için bkz. Muzaffer, Dilek; “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, s.12-13 <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr> (1.1.2012)

²⁸ Bkz.Dönmezer-Erman, I, s.345.

²⁹ ‘Disiplin mahkemesi savaş zamanında; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığında eşidi) kıt’a, karargâh ve askerî kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığı teşkilâtında kurulur. Sahil Güvenlik Komutanının, Jandarma Genel Komutanının, kuvvet komutanlarının ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarının göstereceği lüzum üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığınca, diğer komutanlıklar, karargâhlar veya askerî kurum amirlikleri teşkilâtında da Disiplin mahkemesi kurulabilir. Aynı garnizonda; birden fazla disiplin mahkemesi kurulması gereken kıt’a komutanlığı, karargâh ve askerî kurum amirlikleri bulunursa, Genelkurmay Başkanlığınca yeteri kadar disiplin mahkemesi kurulması ile yetinilebilir.’ (477 SK.m.1)

yapılması gerektiği Askerî Yargıtay kararlarında tartışma konusu olmuştur.

Nitekim Askerî Yargıtay kararlarına göre; “araca binme meselesinden çıkan münakaşada sanıklardan Tğm.TM.’nin astı olan diğer sanık Tğm....’in yakasından tutarak araca binenlerin listesini göstermek üzere aracın yanına götürmesi(nin), asta müessir fiil olmayıp, asta kötü muamele suçunu teşkil”³⁰ edeceği, “esas duruşunu düzeltmeyen astına (mülga)AsCK’nun 169’ncu maddesi gereğince tutuklandığını belirttikten sonra arkasından dolu silahını tevcih eden sanığın hareketini(n) TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 254’ncü maddesi hükmü muvacehesinde ‘astına kötü davranmak’ olarak” nitelendirilmesi gerektiği³¹ açıklanmışken bu kararlarının aksine; “...sanığın astı olan er(i) tokatla dövmesi olayında, eylemin AsCK’nın 117/1 maddesine mümas bulunması ve yargılamanın askerî mahkemede yapılmasının gerekmesine rağmen hükümlünün eyleminin astına kötü davranmak olarak tavsif edilip, disiplin mahkemesinde yargılanıp 477 sayılı Kanunun 55. maddesinden cezalandırılması cihetine gidilmiş olması(nin) kanuna aykırı bulunduğ”³², “astı olan mağdurun başına sopa ile vurmak ve yere yıkılınca da tekme ile müessir fiille devam etmekten ibaret olan eylemin; AsCK 117/1. maddesine mümas olup, 477 sayılı Kanunun 55. maddesinde yazılı “asta kötü muamele” suçunu teşkil”³³ etmeyeceğine karar vermiştir.

Askerî Yargıtay’ın yukarıdaki kararlarının, artık savaş zamanı uygulanacak olan 477 sayılı DMK’nın 55’nci maddesi bakımından bir önemi kalmamıştır. Ancak 477 sayılı DMK’nın 55’nci maddesinde yer alan ‘askerî usul ve kurallar ve nizamlar dışında kötü davrananlar’ hükmü ile 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununun 19/1 (f) bendindeki ‘askerî usul ve kurallar dışında kötü davranmak’ hükümleri aynıdır. Bu nedenle Askerî

³⁰ As.Yrg.3.D., 27.5.1986, Es.169 Ka.142. (Nakleden: Hulusi, Özbakan; Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara 1990. s.50)

³¹ As.Yrg.2.D., 20.09.1989, E.450, K.443. (Nakleden: Ali, Koçyiğit; Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askerî Disiplin Suçları ve Cezaları, (Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2007, s.108) <http://www.belgeler.com/blg/16br/disiplin-mahkemeleri-kanununa-gore-Askeri-disiplin-suclari-ve-cezalari-military-discipline-crimes-and-discipline-punishment-according-to-law-of-discipline-crime-court>. (1.1.2012)

³² As.Yrg.3.D. E.1988/457, K.1988/443, T.5.7.1988 (Ramazan, Yıldırım; “Türk Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış”, AYİM Dergisi, S.14, Genelkurmay Basımevi, Ankara 2000, s.100)

³³ As.Yrg.3.D. 30.7.1968, 567-581 EK. (Nakleden: Özbakan, Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri..., s.150)

Yargıtay'ın bu konuda verdiği eski tarihli kararlarının 6413 sayılı kanunun 19/1 (f) bendine göre işlem yapacak olan disiplin amirleri bakımından halâ göz önüne alınabileceği değerlendirilmektedir.

3. “Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek” (AsCK m.79)/ “Başkasını askerliğe yaramayacak hale getirmek” Suçu (AsCK m.80) ³⁴

“Kendini askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası” başlıklı AsCK’nın 79’ncu maddesinde; “(1)Kendisini kasten sakatlayan³⁵ veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren³⁶ veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır...” hükmü yer almaktadır.

Bu madde ile kendini sakatlamak suretiyle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya getirterek askerlik hizmetinden kaçan kişilerin cezalandırması amaçlanmaktadır.³⁷ Bu zorunluluğun bir gereği olarak normal şartlarda bir kişinin kendini yaralaması genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmemişken askerî ceza kanununda eğer suç failinin kastı askerlikten kurtulma ise bu eylem artık AsCK 79’da yer alan askerî bir suçtur.

Sakatlama sonucu, mükellefin kısmen askerlikten kurtulmasıyla suç oluşur. Failin beden kabiliyetini tamamen kaybetmesi şart değildir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında; “Nöbet esnasında taşıdığı silah ile kendini sağ el işaret parmağı ve sağ ayak bileğinden kasten sakatlayan”,³⁸ “Daha evvelce bir kere kıt’asından firar edip babası tarafından birliğine teslim

³⁴ Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Yaşar Duran, ‘Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)’, MÜ. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl:2013, C.19, S.2s.1031-1065.

³⁵ Askerî Yargıtay kararlarında; “Sakatlamak” eylemi, vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle işlev yapamaz hale getirme olarak tanımlanmaktadır. Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 27.9.2001 tarih 2001/79-76 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.173)

³⁶ “Askerliğe yaramayacak hale” gelmek, askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması olarak kabul edilmektedir. Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 27.9.2001 tarih 2001/79-76 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.173)

³⁷ Özbakan, s.184.

³⁸ As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

edilen, son kez de izindeyken sırf askere gitmemek için balta ile sol el parmaklarını kesen"³⁹ "namlunun ucunu koyduğu sol el avuç içine bir el ateş eden"⁴⁰ suç faillerinin eylemlerini AsCK'nın 79/1'nci maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.

Hareketin şekline göre, AsCK 79'da ki bu suç ancak failin ya da başkasının icrai hareketleri sonucu vücut üzerinde yaralama veya sakatlama şeklinde tarif edilen yöntemlerle işlenebilmektedir.⁴¹

Asıl konumuzla ilgili olan husus bu suçun, AsCK 79'daki suç failinin rızası ile bir başkasının icrai hareketleri sonucu vücut üzerinde yaralama veya sakatlama şeklinde gerçekleştirilmesidir. Nitekim bu durum AsCK 79'u takip eden müteakip AsCK 80'nci maddesinde, "79 uncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılacaktır" hükmü ile açıklanmaktadır.

Burada mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği gibi, failin özel kasıt altında AsCK 79'daki suç failini aralarındaki anlaşmaya dayanarak askerlikten kurtarmak gayesiyle yaptığı kasten yaralama eylemleri, AsCK 117'nci maddesine göre değil özel bir iştirak şekli olarak AsCK 80'nci maddesi kapsamında cezalandırılmayı gerektirecektir.

4. Üste Fiilen Taarruz Suçu(AsCK m.91)

Astlık üstlük münasebetlerinin göz önüne alındığı bir başka suçta, bu kez astların üstlerine karşı işledikleri kasten yaralama eylemlerine ilişkin 'Amire ve mafevka fiilen taarruz edenler' başlıklı AsCK'nın 91'nci maddesidir. Madde metni şöyledir:

'1. Amire veya mafevka fiilen taarruz eden veya fiilen taarruza teşebbüs eden üç seneden, az vahim hallerde altı aydan aşağı olmamak üzere hapsolunur.

2. Taarruz veya taarruza teşebbüs silahlı olarak veya bir hizmet esnasında

³⁹ As.Yar.2D., 16.02.1988, 130/115 EK. (Nakleden: İsmet, Polatcan, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı Askerî Ceza Kanunu, 26.Bası, İstanbul 2000, s.347)

⁴⁰ As.Yar.2D., 08.10.2008, 2008/2127-2229 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.22, Y.2009, s.38-39)

⁴¹ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 25.09.2003, 2003/73-67 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.16, Y.2004, s.205-207)

veya toplu asker karşısında veyahut silah ve tehlikeli bir alet ile yapılmış ise beş seneden, az vahim hallerde bir seneden aşağı olmamak üzere suçluya hapis cezası verilir.

3.Taarruz, amirin veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşsa on beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, eğer ölümü mucip olmuşsa müebbet ağır hapis, az vahim hâllerde yirmi dört seneden otuz seneye kadar ağır hapis cezası verilir.

4.Taarruz veya taarruza teşebbüs seferberlikte yapılmışsa yirmi seneden, az vahim hâllerde on beş seneden az olmamak üzere ağır hapis, eylem amir veya mafevkin vücudunda tahribatı mucip olmuşsa müebbet ağır hapis, ölümü mucip olmuş ise ölüm cezası verilir.'

AsCK 117'den farklı olarak, ayrı bir bap başlığı altında düzenlenen AsCK 91'de tanımlanan suçun; bir kalkışma suçu olduğu, teşebbüs halinde dahi suçun **işlenmiş sayıldığı**, yine bu suçun silahlı olarak veya bir hizmet esnasında⁴² veya toplu asker karşısında veyahut silah ve tehlikeli bir alet ile yapılmasının suçun nitelikli halleri arasında kabul edildiği, bu suçun seferberlik halinde işlenmesi halinde ise suç faillerinin cezasının ağırlaştırıldığı anlaşılmaktadır.⁴³

AsCK 91/3'ncü fıkrasında, AsCK 118/1, 2 ve 4'ncü fıkrasındaki suçun netice nedeniyle ağırlaştırılmış hallerine ilişkin benzer bir düzenleme getirilmiş AsCK 118/3'deki taammüd haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁴² Askerî Yargıtay İBK'nun 12.3.1969 gün ve 1869/4-4 Sayılı kararında; AsCK'nun 91/1'nci maddesine mümas üste fiilen taarruz suçunun aynı maddenin 2'nci fıkrasında gösterilen (hizmet esnasında) işlenmiş olmasının kabulü için '1) Tarafların her ikisinin filhal hizmet halinde bulunmaları, 2) Aralarında hizmet münasebetinin teessüs etmiş olması, 3)Fiilin hizmet gereklerinden doğmuş olması' şartlarının mevcudiyeti aranmaktadır.' (Orhan Çelen, En Son İçtihatlı, Notlu, açıklamalı, Örnekli İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Ankara 1997, s.337); Askerî Yargıtay bir kararında, "Üste fiilen taarruz suçu, içtima mahalline geç gelen sanığa, nöbetçi onbaşısı olan diğer sanığın vazife dışına taşan bir haksız hareketinden, başka bir deyimle tokat atması olayından meydana geldiğine göre, olayda "hizmet hali"nin unsurları" olmadığına karar vermiştir. As.Yar.3D., 15.04.1988, 1988/276-258 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.7, Y.1990, s.124)

⁴³ Bunun nedenine ilişkin olarak Askerî Yargıtay'ın bir kararındaki muhalefet gerekçesinde, '... TCK'na göre özel bir ceza yasası niteliğinde olup, askerlik hizmetinin özelliğine nazaran, üstün hukukunu koruyan bir suç ve ceza sistemine sahip ol(duğu)' açıklanmıştır. As.Yar.DK., 04.03.2004, 2004/55-44 EK. (TSK Net)

5. 'Büyük Zararlar Veren Emre İtaatsizlikte Israr' (AsCK m.89)

AsCK 89'ncu maddesine göre; '*Emre itaatsizlik sonucu bir insanın hayatını tehlikeye koyan, memleketin veya bir Askerî birliğin güvenliğini veya savaş hazırlığını veya eğitimini önemli derecede ihlal eden veya büyük bir zarar meydana getiren yahut başkasının malına önemli bir zarar veren asker kişiler, bir seneden on seneye kadar hapis, seferberlikte iki seneden onbeş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır*' hükmü yer almaktadır.

AsCK 89'ncu maddesinde açıklanan suçun oluşumu için failin doğrudan doğruya itaatsizlik teşkil eden fiilinden bir yaralamanın meydana gelmesi gerekmektedir. Failin bu neticeyi isteyip istememesinin bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁴

AsCK'nın 89'ncu maddesinde düzenlenen suç "*netice sebebiyle ağırlaşmış suç*" niteliğinde olup, maddede zararın sınırı ve boyutları belirtilmemekle birlikte, bunun "*büyük ve önemli bir zarar*" olması gerekmektedir.⁴⁵ Bu suçun oluşabilmesi için, meydana gelen zarar ile itaatsizlik konusu fiil arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunmalıdır.⁴⁶

⁴⁴ Özbakan, s.227.

⁴⁵ '...J.Er V.G.'nin hayatı tehlike geçirmemekle birlikte 15 gün iş ve güçten kalacak biçimde yaralanması olgusu, bir insanın hayatının tehlikeye koyulması mahiyetinde önemli bir sonuçtur. Öte yandan, keşif ve gözetleme yapmak görevini üstlenen 13 kişilik timin 4 elemanının yemek alımı için karakolda olduğu sırada 8 elemanın mayınlı bölgeye girmesi ve ardından vuku bulan yaralanma nedeniyle bu elemanların yaralıları karakola taşımaları ile puslu mevkiinin kontrolsüz kaldığı ve bu suretle karakolun güvenliğinin önemli derecede ihlâl edildiği de kuşkusuz bir biçimde ortaya çıkmış bulunduğu; sanığın, amiri tarafından verilip kendisine tebliğ edilmek suretiyle özelleştirilip somut hâle getirilen ve hizmete ilişkin bulunduğu kuşku bulunmayan «mayınlı bölgeye girilmeyeceğine» ilişkin emrin gereğini hiç yapmadığı, karakol komutan yardımcısı olarak bizzat uygulaması gereken hizmetle doğrudan ilgili bu emirlerin gereğini yoğun bir suç kastı ile hareket ederek yerine getirmediği, gerçekleşen itaatsizlik eylemi ile doğrudan doğruya nedensellik bağı içinde büyük ve önemli bir zarar oluştuğu ve bu suretle «büyük zararlar veren emre itaatsizlik» suçunu işlediği sonucuna varılmıştır.'

⁴⁶ As.Yar. 1D., 23.1.2008 tarih 2008/241-236 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.22,Y.2009, s.147-151)

⁴⁶ As.Yar.3D., 09.05.2000 tarih 2000/296 - 296 EK; As.Yar.DK., 28.09.2000 tarih 2000/141 - 137 EK. (BAL, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , s.?'den naklen)

B. TÜRK CEZA KANUNU

1. Kasten Yaralama (TCK m.86/1,2)

TCK İkinci Kitap, İkinci Bölüm 'Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar' bahsinde düzenlenen kasten yaralama suçu, TCK 86 (1) fıkrasında⁴⁷; '*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*' biçiminde düzenlenmiştir.

TCK 86'ncı maddesinde suçun maddi unsurunu oluşturan fiiller; genel olarak başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma biçiminde seçimlik olarak gösterilmiştir. Yine bu suç icrai bir hareketle işlenebileceği gibi ihmal suretiyle de işlenebilir. Nitekim TCK 88'nci maddesinde kasten yaralamanın ihmali bir davranışla işlenmesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

AsCK 117'nci maddesindeki birazdan incelenecek olan maddi fiiller ise, TCK 86'ya göre benzerlik arz etmektedir.

Nitekim AsCK 117'nin ilk cümlelerinde yer alan '*kasten itip kakma, dövme, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunma*' ile TCK 86'ncı maddesindeki '*Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden*' olma cümleleri içerik olarak birbiri karşılayacak niteliktedir.⁴⁸ Bu nedenle Askerî Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları yanında TCK 86'ncı maddesine ilişkin doktrindeki görüş ve açıklamalar ve Yargıtay'ın kararları da AsCK 117'nci maddenin açıklanmasında yol göstericidir.

AsCK 117'nin devam eden, '*tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştirme veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine*

⁴⁷ Doktrindeki bir görüşte, TCK'da benimsenen yaralama teriminin yara açılması gibi gözle görünür bir oluş ifade etmesi oysa psikolojik arazlarında bu suç kapsamında olması nedeniyle içerik olarak madde başlığı ile örtüşmediği bu yönüyle 'müessir fiil ya da etkin (etkili) eylem' terimlerinin daha uygun olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Özbek vd., s.199; TCK 86 maddesine 765 sayılı mülga TCK'nun 271, 456, 457, 458 maddeleri karşılık gelmektedir. (Gürsel, Yalvaç; Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 13.Baskı, Ankara 2013, s.111)

⁴⁸ Askerî Yargıtay eski tarihli bir kararlarında, AsCK 117'nci maddesindeki asta müessir fiil suçunun unsurlarının çoğunluğu itibarıyla TCK'nun 456 ve müteakip maddelerinde de mevcut olduğu açıklamasında bulunulmuştur. As.Yrg.Drl.Krl. 21.11.1975 E.62 K.60; As.Yrg.Drl.Krl. 17.10.1975 E.38 K.40.(Nakleden:Özbakan, s.275)

veya suumuamele de bulunulmasına müsamaha edilmesi' cümlesi TCK 86'ya göre suçun işleniş şekli ve faillerin suçtaki amacını ortaya koymak bakımından daha özel nitelikte bir düzenlemedir. Yine bu düzenlemedeki eylemler neticesinde bir kişinin sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması gibi bir sonuç ortaya çıkabilecekse de kanun koyucu kanaatimizce suçun oluşumu için böyle bir sonuç aramamaktadır.

TCK 86'da yer alan kasten yaralama suçu, suç faillerinin ihmali sonucu da kasten işlenebilen bir suçtur. TCK bu konuda bir ayrıma giderek, 88'nci maddede '*kasten yaralamanın ihmali bir davranışla işlenmesi*' halini ayrı bir madde başlığı altında düzenlenmiştir.

AsCK 117'de işleniş şekli bakımından '*müsamaha etmek*' gibi bir cümleye yer verilmesi suç faillerinin bu suçu ihmal suretiyle de işleyebileceklerini göstermektedir. Ancak AsCK'da, TCK 88'de ki gibi bu konuda ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu ile ilgili açıklamalara yeri geldiğinde tekrar dönülecektir.

Diğer bir husus kovuşturma şartına ilişkindir. TCK 86/2'nci fıkrasında kasten yaralamanın '*basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması*' halinde mağdurun şikayeti üzerine kovuşturma başlatılacakken, AsCK 117'de dahil olmak üzere tüm Askerî suçlar, AsCK 48/A bendi '*Askerî suçların takibi şikayete bağlı değildir*' hükmü gereği resen kovuşturulacaktır. Ancak eşit rütbede yani aralarında herhangi bir astlık üstlük ilişkisi bulunmayan asker şahıslar arasındaki kasten yaralama eylemlerinde dava AsCK 117'nci maddeye göre değil, TCK 86'ya göre açılacağından bu durumda mağdurun şikayeti bir kovuşturma şartı olarak mutlaka aranacaktır.

2. Kasten Yaralamanın Nitelikli Halleri

a. Kasten Yaralamanın TCK 86/3'deki Nitelikli Halleri

TCK 86/3'ncü fıkrasında; mağdurun sıfatı, kişinin yerine getirdiği kamu görevi ya da kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılması, suçun işlenişinde kullanılan araçlara bağlı olarak şikayet şartı aranmaksızın failin cezalandırılmasını ve cezasının artırılmasını gerektiren nitelikli hallere yer verilmiştir.

TCK 86'ncı maddesinin 3'ncü fıkrası şöyledir:

'Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silahla, işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.'

AsCK 117'de yukarıda açıklanan TCK 86/3'deki gibi nitelikli hallerle ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte ileride incelenecek olan ve tüm askeri suçlar bakımından şartları varsa uygulanabilecek bir artırım maddesi olan AsCK 51'nci maddesi kapsamında AsCK 117'nci maddesindeki suçun cezası artırılabilir.

AsCK 51'deki 'Cezanın arttırılması icap eden sebepler';

'A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek;

B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak;

C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek' olarak sayılmaktadır.

Aslında AsCK 51/1-B bendi, TCK 86/3(d), (e) fıkralarına karşılık gelmektedir. Ancak AsCK 117'deki suçun TCK 86/3 (a),(b) (c) bentlerinde yazılı biçimde işlenmesi haline ilişkin herhangi bir artırım maddesi düzenlenmediğinden bu husus ancak hakim tarafından cezanın verilmesinde bir artırım nedeni olarak göz önüne alınabilir.

Örneğin Askerî mahal nizamiyesinde kapıda görevli olan ve giriş yapan üstüne görevi gereği kimliğini soran görevli astına vuran üstün eylemi TCK 86/3 (c)'deki suçun nitelikli haline uymakla birlikte burada sadece AsCK 117'ye göre işlem yapılacaktır. Aynı eylemin eşidi rütbede bir asker şahıs tarafından işlenmesi halinde ise 765 sayılı TCK döneminde kasten yaralama suçundan değil TCK 271'deki görevli memura müessir fiil suçundan dolayı uygulama yapılmıyordu. Askerî Yar-

gıtay kararları da bu yönde idi.⁴⁹ 5271 sayılı yeni TCK'nda 271'nci maddede karşılık gelen suç kasten yaralamanın nitelikli hali olarak *'kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle'* (TCK 86/3 (c))- düzenlendiğinden artık bu bende göre işlem yapılması gerekecektir.

Kasten yaralamanın *'kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle'* (TCK 86/3 (d)) işlenmesi halin de bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin sadece kamu görevlisi olması yeterli olmayıp ayrıca kamu görevi gereği sahip olduğu otoriteden sözünü kabul ettirme gücünden yararlanarak suçu işlemesi gerekecektir. Kamu görevlisi aynı zamanda zor kullanma yetkisine de sahipse zor kullanma yetkisinin aşılması halinde TCK 256'ncı madde uygulanacaktır.⁵⁰

Yine zor kullanma yetkisine haiz bir üst ya da amirin bu yetkisini kötüye kullanarak astlarının yaralanmasına neden olması durumunda TCK 256'da kasten yaralama suçuna yapılan atıf AsCK'da özel düzenleme olması nedeniyle AsCK 117'nci maddesi uyarınca uygulama yapılmasını gerektirecektir.⁵¹

⁴⁹ Nitekim Askerî Yargıtay, '1.Koğuş nöbetçiliği amirlik sıfatını gerektiren bir nöbet hizmeti niteliğinde olmamakla birlikte, askerlik hizmetine özgü olarak ihdas edilmiş "amirlik" kavramı ile kamu otoritesinin kullanılmasını gerektiren "kamu görevlisi" kavramı birbirlerinden farklı olduğundan, hukuken korunmaya muhtaç koğuş nöbetçisine "memur" sıfatının tanınması gerekir. Bu nedenle, koğuş nöbetçisine yönelik fiili taarruz eylemi, amire fiilen taarruz değil memura müessir fiil vasfındadır. 2.Asker kişinin terhis olsa dahi, ASCK'nın Ek-6'ncı maddesinde sayılan suçlar nedeniyle askerî mahkemede yargılanması gerek(tiğine)' karar vermiştir.As.Yar.DK., 30.9.2004 tarih 2004/36-119 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.17, Y.2005, s.339)

⁵⁰ Tezcan vd., s.207

⁵¹ '...Onbaşı rütbesinde olan sanığın, tutuklu Er Vedat'ın sevki sırasında muhafız olarak görevlendirildiği ve bu görevi gereği tutuklunun kaçmasını önlemek amacıyla ile zor kullanma yetkisine de sahip olduğu açık ve tartışmasızdır. ASCK'nın 118/4'üncü maddesinde düzenlenen asta müessir fiil sonucu astının ölümüne sebep olmak suçunun oluşabilmesi için; failin müessir fiil kastıyla eylemde bulunması, bu eylem sonucunda istenmemesine rağmen ölümün gerçekleşmesi ve müessir fiil ile ölüm arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Somut olayda; tutuklu muhafızı olarak görevlendirilen sanığın kastının, astı durumundaki Er Vedat'a cismen eza vermek olmadığı, bir başka anlatımla görevi ile ilgili olmayan bir müessir fiilde bulunmadığı açıktır. Görevinin gereği olarak zor kullanma yetkisine sahip olan sanığın, firar girişiminde bulunarak kaçan tutuklu Er Vedat'ın peşinden koşarak yeniden ele geçirilmesi sırasında kaçmasını önlemek ve onu kontrol altına almak isterken, ölenin karşı koyması ve kaçmaya kalkışması üzerine etkili eylemde bulunduğu, herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Askerî Mahkemeye; sanığın eyleminin, TCK'nın 256 ve 87/4'üncü maddelerinde düzenlenen "Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama suçunu" oluşturduğu kabul edilerek, bu suçun askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı

b.Kasten Yaralamanın TCK'87de Öngörülen ve Netice Sebebiyle Cezanın Ağırlaştırılmasını Gerektiren Nitelikli Halleri

TCK'da '*netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama*' başlıklı TCK 87'nci maddesinin 4 fıkradan oluşan hükümleri şöyledir:

(1) *Kasten yaralama fiili, mağdurun;*

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli za-
yıflamasına, b) Konuşmasında sürekli zorluğa,

c) *Yüzünde sabit ize,*

d) *Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,*

e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına,*

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz.

(2) *Kasten yaralama fiili, mağdurun;*

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel ha-
yata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin
yitirilmesine,

c) *Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,*

d) *Yüzünün sürekli değişikliğine,*

e) *Gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine,*

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, iki kat artırılır. Ancak, verilecek ceza, birinci fıkraya giren hallerde beş yıl-
dan, üçüncü fıkraya giren hallerde sekiz yıldan az olamaz.

(3) *Kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden
olması halinde, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, kırık veya çı-
kığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre, yarısına kadar artırılır.*

bulunmaması ve sanığın da terhis edilmekle Askerî Mahkemede yargılanmasını ge-
rektiren ilginin kesilmesi nedenleri ile yazılı olduğu şekilde görevsizlik kararı veril-
mesinde herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden; Askerî Savcının kabule değer
görülmeyen temyiz sebeplerinin reddi ile görevsizlik hükmünün onanmasına karar
verilmiştir." As.Yar.1D.,16.06.2010, 2010/1666-1636 EK. (TSK Net)

(4) *Kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan oniki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

AsCK 117/1'nci fıkrasının ölüm dahil netice sebebiyle ağırlaşmış halleri AsCK 118'nci madde 1, 2 ve 4 fıkralarında ise şöyle düzenlenmiştir:

'1.117 nci maddede yazılan fiiller madunun vücudunda tahribatı mucip olmuş ise amir veya mafevk beş seneye kadar hapsolunur.

2. Daha ziyade vahim hallerde amir ve mafevk altı aydan beş seneye kadar hapsolunur.

4. Fiil ölümü intaç etmiş ise fail on seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.'

Her iki hüküm kıyaslandığında AsCK'nın 118'nci maddesinde müessir fiilin ağır dereceleri gerek 5237 sayılı kanunun 87'nci maddesinde (765 sayılı TCK 'nın 456 ncı maddesi), olduğu gibi belirtilmemiş sadece bu fiillerin mağdurun vücudunda *"tahribatı mucip olması"* ve *"daha ziyade vahim hâller"* gibi kriterlere yer verilmiştir.⁵² Bu kriterlerin ne anlama geldiği ve uygulaması birazdan açıklanacaktır.

3. Taksirle Yaralama (TCK m.89)

AsCK 117'nci maddesinin taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle üstün taksirle astının yaralanmasına neden olması halinde aşağıda incelenecek olan AsCK 146'ncı maddesindeki özel düzenleme dışında, TCK'nın taksirle yaralamaya ilişkin 89'ncü maddesine göre işlem yapılması gerektirecektir.

Taksirle yaralamanın TCK 89/1'deki düzenleniş biçimi şöyledir: (1) *Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır...*

Kasten yaralama ile taksirle yaralama arasındaki fark fiilin neti-

⁵² Askerî Yargıtay kararlarında benzer açıklamalara yer verilmektedir. Bkz. As.Yar.1D., 19.02.2003, 2003/146-144 EK ((As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.329-332)

celeri değil sadece suçun işlenişinde failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğine ilişkindir. Suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde, şikayet şartı aranmaksızın (TCK m.89/5), TCK 22/3'ncü fıkra gereği failin cezası ağırlştırılır.

Taksirle yaralamanın nitelikli halleri ağırlatıcı sebepler bakımından kasten yaralama suçuna ilişkin TCK 87/1 ve 2'nci fıkraları ile aynıdır. Ancak Kanun 86/3'ncü fıkrada yer alan ağırlatıcı sebepler ile TCK 87/4'te yer alan ölüm neticesinin gerçekleşmesi ağırlatıcı sebebi ve TCK 86/2'de yer alan hafifletici sebebe taksirle yaralama suçu bakımından yer vermemiştir. Taksirle yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olmasına sonuç bağlanmaması yerinde olmamıştır. Bu halde artık m.89/1'in uygulanması dışında bir seçenek yoktur.⁵³

AsCK'da *'Başkasının yaralanmasına ve ölmesine sebep olanlar'* başlıklı 146'ncı maddesinde taksirle yaralamaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Madde şöyledir: *'Silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla ve emirlere talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olanlar hakkında Türk Ceza Kanununun 455 ve 459 uncu maddelerine göre ceza verilir.'*

*'As.C.K.nun 146 ncı maddesinde, görevleri gereği Türk Silahlı Kuvvetlerine ait silah ve cephane ile yakın temas halinde bulunan asker kişilerin taksirli eylemlerinin cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçta kullanılan Askerî silah ve Askerî cephanenin sanığa bizzat teslim edilmiş olması veya o kişinin zilyetliğinde bulunması şart değildir.'*⁵⁴

Madde de sadece silah ve cephane ile ilgili olarak taksirle hareket etme şartı aradığından⁵⁵ bu özel düzenleme dışındaki asker kişiler ara-

⁵³ Özbek vd., s.239.

⁵⁴ As.Yar.DK., 29.6.2000 tarih 2000/130-131 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.374)

⁵⁵ '...olay öncesinde kendisine tebliğ edilen emniyet ve kaza önleme ile nöbet talimatlarına aykırı hareket ederek, gece nöbeti sırasında tüfeğini tam dolduruşa getiren sanığın, tüfeğin namlusunu mağdura doğrultması, diğer nöbetçilerin uyarısı üzerine şarjörü çıkartırken ve kurma kolunu çekip bırakırken tüfeğini mağdura doğrultmaya devam etmesi, gayri iradide olsa tetiğe basması sonucunda mağdurun yaralanmasına sebebiyet vermesi karşısında, sanığın, davranışları neticesinde arkadaşının yaralanmasına sebep olabileceğini öngördüğü, ancak bu neticeyi istemediği anlaşıldığından, atılı suçun bilinçli taksirle işlendiğinin kabulü (ile) ASCK'nın 146'ncı maddesi delaletiyle, 5237 sayılı TCK'nın 89/1 (Teşdiden), 52,

sındaki taksirle yaralama hallerinde TCK 89'ncu maddeye (765 sayılı mülga TCK 459 karşılık gelen) göre Askerî mahkemeler uygulama yapacaktır.

4. İşkence ve Eziyet Suçları (TCK m.94 ve m.96)

İşkencenin ulusal ceza hukukumuzda yasak olduğu, 5237 sayılı TCK'nun 94'üncü maddesinde yer verilen; "(1) Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanması yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." ifadesi ile vurgulanmaktadır.

Kasten yaralama suçu ile mukayese edildiğinde kasten yaralama suçuna yönelik hareketler de esasen kişi haysiyetini ihlal eder, ancak söz konusu hareketlerin işkence suçunda olduğu gibi kişinin aşağılanmasına insan onuruna yönelik olması gerekmez. Nitekim işkence suçunda, insan onuru, kişi dokunulmazlığı ve adliye korunurken diğer yandan kamu yönetiminde disiplin sağlama amacı da korunan hukuksal yararlar olarak kendini göstermektedir.⁵⁶

İşkence suçunun failleri açısından TCK 94'de herhangi bir istisnaya yer vermeden kamu görevlisi tabiri kullanılmıştır. Ancak bu suçun faili olabilmek için suçun maddi gerekçesinde de belirtildiği üzere kamu görevlisinin bu sıfattan kaynaklanan otorite ve gücü kullanarak suç işlemesi gerekmektedir. Aksi halde bu suç oluşmaz. Ancak kamu görevlilerinin görev nedeniyle olmayan işkence türü fiilleri de eziyet suçuna (TCK m.96) vücut verebilir.⁵⁷

Doktrinde işkence suçunun maddi unsurları arasında, mağdurun bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine veya algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi yanında aşağılanmasına yol açacak davranışlardan⁵⁸ bahsedilmektedir. Kişiye verilecek bedensel ve ruhsal acının

61/1-8-9, 22/3 (1/3 oranında) ve 62/1'inci maddeleri gereğince dörtbin TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına, adli para cezasının, aylık yirmi eşit taksitte tahsiline, meydana gelen 0,91 TL tutarındaki Hazine zararının, 353 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi gereğince sanıktan tazminen tahsiline karar verilmiş(esinde)' hukuksal aykırılık görülmemiştir. As.Yar.2D., 08.02.2012, 2012/247-243 EK. (TSK Net)

⁵⁶ Tezcan vd., s.238-239.

⁵⁷ Tezcan vd., s.238-240.

⁵⁸ Örneğin, kişiye dışkı yedirilmesi. (Tezcan vd., s.243)

mutlaka mağdura temas edilerek gerçekleşmesi gerekmez. Nitekim Yargıtay bir kaptan diğer kaba su boşaltılarak su arzusunu kamçılamayı da işkence olarak değerlendirmiştir.⁵⁹

Hareket icrai ya da ihmali olabilir. İhmali bir hareket olduğu zaman, failin neticeyi önleme hukuksal yükümlülüğü altında olması gerekmektedir.⁶⁰ Ancak işkence suçuna ilişkin madde gerekçesinde, bu fiillerin ani olmayıp sistematik biçimde ve belirli bir süreç içerisinde işlenip süreklilik arz etmesi gerektiği açıklanmıştır.⁶¹ Bu durumun tespit ve takdiri hakim tarafından belirlenecektir.⁶²

İşkence suçuna ilişkin bu hususlar belirlendikten sonra özellikle konumuz açısından AsCK 117'nci maddesinin işkence suçuna ilişkin unsurları barındırıp barındırmadığı tartışılabilir. Bu konuya suçun maddi unsurları içinde yer verilecektir.

Ancak Askerî Yargıtay bir yeni tarihli bir kararında, failin mağdur *'kafasına yumrukla vurduğu, kulağından tutup götürerek konteynırların arasındaki demir direğe elleri havada olacak şekilde bağladığı, bu şekilde içtima ettirdiği 60-70 kadar bölük personeli önünde teşhir edip "G..t veren" diyerek hakaret ettiği ve işten atacağını söyleyerek tehdit ettiği, başına nöbetçi koyup iki saate yakın bir süre elleri bağlı vaziyette beklettiği, ardından beton zemine oturtup başından aşağıya üç kova su döküp kovayı kafasına geçirdiği, elbiseleri ıslak ve kafasında kova olduğu hâlde başına nöbetçi koyup bir saate yakın*

⁵⁹ CGK, 04.04.1983, E.1983/8-64, 1983/156 (YKD, C.IX, Temmuz, 1983, s.1059) (Naklen: Özbek vd., s.277)

⁶⁰ Tezcan vd., s.241.

⁶¹ Tezcan vd., s.245; Askerî Yargıtay kararı da benzer doğrultudadır. '...Üstün asta karşı ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği, insan onuruyla bağdaşmayan, katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine ve aşağılanmasına yol açan eylemlerinin asta müessir fiil suçunu aştığı ve bu eylemlerin TCK'nın 94'üncü madde kapsamında 'İşkence' suçunu oluşturacağına...' As.Yar.2D., 16.05.2012, 2012/706-700 EK.(TSK Net)

⁶² '...Üç gün oda hapsi cezası ile cezalandırılan bir mağdurun cezasını; 29.1.2005-1.2.2005 tarihleri arasında, daha önce sera olarak kullanılan, üstü açık, etrafı tel örgüyle çevrili tel kafes içinde, üç gün süresince dışarı çıkarılmamak ve tuvalet ihtiyacının aynı kafeste giderilmesini sağlamak suretiyle infaz ettiği; böylece, tazip maksadıyla madunu olan müştekinin hizmetini lüzumsuz yere güçleştirip su-iuamelede bulunmak suretiyle asta müessir fiil suçunu işlediği iddiasıyla açılan bir dava ile ilgili hükme varılabilmesi için 'maddi olayın, tüm yönleriyle açıklıkla ortaya konulması, infazın nerede, ne şekilde ve hangi koşullarda yapıldığının; tuvalet, beslenme, ısınma ve korunma ihtiyaçlarının ne şekilde sağlandığını da ortaya koyacak şekilde belirlenmesi' gerektiğinden eksik soruşturma nedeniyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir. As.Yar., DK., 26.01.2012, 2010/15-10 EK.(TSK Net)

beklettiği'' olayda ..katılanın bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine sebep olduğu, aşağılanması yol açtığı' olayda failin eyleminin işkence suçunu oluşturduğuna'⁶³ karar verilmiştir.

III. SUÇUN UNSURLARI

A.MADDİ UNSUR

1. Fiil

AsCK 117'nci maddesi 1'nci fıkra hükmünde failin suç konusu eylemleri; Madunun '*kasten itilip kakılması dövülmesi veya sair suretlerle cismen eza verilecek*' veya '*sıhhatini bozacak hallerde bulunulması*' veya '*tazip maksadiyle madunun hizmetinin lüzumsuz yere güçleştirilmesi*' veya '*madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha edilmesi*' şeklinde sıralanabilir.

Hareketin önemine göre ele alındığında, AsCK 117'de '*cismen eza verme*', '*sıhhatini bozma*', '*madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştirilme*' veya '*madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha etme*' gibi neticeler doğuran eylemler, suç tipinde seçimlik olarak sayıldığından bu yönüyle suç seçimlik hareketli bir suçtur. AsCK 117'de seçimlik hareketin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden bu suç aynı zamanda serbest hareketli bir suçtur.

Yine hareketin fail tarafından yapılması dışında bizzat mağdura yaptırılması da mümkündür. Nitekim Yargıtay'da mağdurun ırzına geçilmek istenmesi üzerine saldırıdan kurtulmak için balkondan aşağı atlayarak yaralanmasının bu suçu oluşturduğunu belirtmiştir.⁶⁴

Kanaatimizce amir ya da üstün makam ve memuriyet yetkisini kötüye kullanarak bir eğitimin gerektirdiği amaçlar dışında uygunsuz emirlerle mağdura zarar vermesi hali de bu duruma örnektir. Örneğin: *mağdurun keyfi olarak yerde süründürülmesi, eğitimin amacı dışında yüksek bir yerden atlatılarak yaralanma ve sakatlanmasına neden olunması hali gibi.*

Burada mağdurun aşağılanması hakarete uğraması nedeniyle

⁶³ As.Yar.2D., 16.05.2012, 2012/706-700 EK.(TSK Net)

⁶⁴ Yar.5.CD 18.1.1984 3617/30. (Nakleden: Tezcan vd., s.197)

kendine zarar vermesi söz konusu olabilir. Eğer bu hakaret neticesinde fail kendine zarar verir yaralarsa hakaret ile yaralama arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunmadığından fail yaralama suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Yukarıda açıklanan serbest hareketlerle, seçimlik harekete ilişkin sonuçlardan herhangi birinin oluşması halinde suç oluşacaktır. Seçimlik hareketle, birden fazla neticenin meydana gelmesi halinde birden fazla suç oluşmayıp yine ortada tek bir suç vardır ancak bu husus cezanın tayininde cezanın üst sınırdan verilmesi için bir gerekçe olabilir.

Suçun neticesi bakımından ağırlaşmış şeklinin ya da ölüm neticesinin oluşması halinde artık AsCK 117'ye göre değil, suçun netice nedeniyle ağırlaşmış şekli olan AsCK 118/4'ncü fıkraya göre failin cezalandırılması gerekecektir.

a. Ast'ın 'Kasten itilip kakılması dövülmesi veya sair suretlerle cismen eza verilecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunulması'

Müessir fiil suçunu düzenleyen TCK'nın ve AsCK'nın hükümleri incelendiğinde; müessir fiil sonucunu doğuran hareketlerin, esas olarak bedene yönelik olan ve bedene tesir eden hareketler olduğu görülmektedir. Örneğin, bir kimsenin bedenine vurma, şiddetle bedeni sarsma gibi hareketlerin müessir fiil teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Nitekim, AsCK'nın 117'nci maddesinde "*Madununu itip kakmak*" dahi asta müessir fiil suçunun maddi unsurunu teşkil eden hareketlerden sayılmıştır.⁶⁵

Burada kasten yaralama fiilinin işleniş şekillerinden, *itilme kakılma dövülme* şeklinde bazı örnekler verildikten sonra veya sair suretlerle cümlesi ile devam edilmesi kasten yaralamanın daha çok icrai her türlü fiillerle işlenebileceğini göstermektedir. Bu haliyle suç serbest hareketli bir suçtur. Kanaatimizce fiilin işleniş şekillerinden çok TCK 86'daki gibi yol açtığı neticeye göre bir tanım yapmak daha doğrudur. Bu nedenle örnekleme yöntemi ile *itilme kakılma dövülme* gibi fiillerin sayılması gereksizdir.

⁶⁵ Bu açıklamalar için bkz.As.Yar.DK., 04.03.1999, 1999/27-45 EK (As.Yar.Der. S.13, Y.2001, s.313-314)

TCK 86'daki suçun oluşumu için vücuda yönelik etkinin önemli olması ve belirli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir.⁶⁶

AsCK 117/1'deki suçun oluşumu için benzer bir biçimde sadece mağdurun itilme kakılma ya da dövülmesi değil aynı zamanda bu tür sair suretlerle yapılacak eylemin mağdura cismen eza vermesi veya sağlığının bozulmasına da yol açması gerekmektedir.⁶⁷

Askerî Yargıtay kararlarında '*esas olarak madunun bedenine yönelik olan ve bedene tesir eden, vurma, şiddetle bedeni sarsma, itip kakma gibi hareketlerin*',⁶⁸ '*en ufak bir itme eyleminin dahi*'⁶⁹ asta müessir fiil suçuna vücut verebileceğine karar vermiştir. Kanaatimizce yukarıda açıklanan AsCK 117/2'deki *az vahim halin* kaldırılması ile ufak bir itmenin dahi AsCK 117/1'nci fıkra kapsamında değerlendirilmesi haklı ise de, bu eylemin mağdurda maddi veya manevi olarak '*basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde*' bir eylem olması gerekmektedir. Aksi halde sadece bir disiplin işlemine konu olabilir.

Doktrindeki bir açıklamada, TCK'nın 86'ncı maddesindeki maddi fiillerden '*vücuda acı verilmesi*' hali, beden bütünlüğünü önemsiz olmayan biçimde yüze kafa veya tekme atma gibi doğrudan temas edilerek bozmaya yönelik her türlü temas teşkil eden hareketle işlenebileceği gibi mağdurun şiddetli bir sese maruz bırakılması yoluyla herhangi bir temas olmadan da gerçekleştirilir. Birisinin saçının veya sakalının uygunsuz kesilmesi gibi vücuda acı vermeyen hallerin ancak mağdurun algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması halinde kasten yaralamadan söz edilebilecektir.⁷⁰

⁶⁶ Tezcan vd., s.198.

⁶⁷ Doktrinde benzer görüşlerde konu şöyle açıklanmaktadır: 'İtip kakmak ve dövmek fiillerinin cezaı mucip olabilmesi için astın vücudu üzerinde eza verecek bir tarzda işlenmesi şarttır. Bu fiiller eza derecesine varmamış ehemmiyetsiz sayılacak basit hareketler derecesinde (astı yakasından tutup itmek, silkelemek) kalmış ise eylem, 477 sayılı Kanunun 55 nci maddesinde yazılı astına kötü davranmak olarak kabul edilir. Buradaki (itip kakmak ve dövmek) fiilleri, vücut üzerinde cismen eza verecek hareketlere birer misal olarak verilmiştir. Bu misaller daha da çoğaltılabilir. Astına tekme, tokat, yumruk, veya aletle vurma bu fiillerin uygulamada en çok işlenen belirgin örnekleridir.' Özbakan, s.276; Benzer görüş için bkz. Taşkın, s.207.

⁶⁸ As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

⁶⁹ (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 05.02.2004 tarihli, 2004/18-20 Esas ve Karar sayılı kararı bu yöndedir). As.Yar.DK., 14.04.2011, 2011/31-31 EK. (TSK Net)

⁷⁰ Tezcan vd., s.197-198.

TCK 86'da ki '*vücuda acı verilmesi*' haline karşılık olarak AsCK 117'de '*Cismen eza verme*'den bahsedilmektedir. Bu terim doktrinde; '*vücut üzerinde ehemmiyetsiz olmayacak derecede doğrudan ya da dolayısıyla fena ve hoş olmayan tesirler yapan fiil ve hareketler*'⁷¹, '*bir kimsenin acı çekmesine yol açan her türlü hareket*'⁷² şeklinde tanımlanmaktadır. Sözlük anlamına göre⁷³; '*cismen*', '*cisim olarak, vücutça, bedence*' ve '*Eza*' ise '*üzme, sıkıntı verme, üzgü*' anlamına gelmektedir.

Buna göre kanaatimizce '*cismen eza*', vücuda sıkıntı ve üzüntü veren maddi ve manevi her türlü acı olarak tanımlanabilir. Yine bu tanıma göre, '*cismen eza verme*'nin TCK 86/1'deki mağdurun '*vücuda acı veren, sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulmasına neden olacak*' sonuçlara yol açabilecek türde failin kasten icrai veya ihmali olarak gerçekleştirilen her türlü maddi ve manevi eylemlerini kapsadığı ve TCK 86/1'de yer alan maddi unsurlarla örtüştüğü söylenebilir.

AsCK 117'nci madde de, işkence suçunun (TCK m.94) maddi unsurları bakımından sadece cismen eza verilmesi değil aynı zamanda fiilin '*insan onuruyla bağdaşmayan ve aşağılanmasına yol açacak davranışlar*'la da gerçekleştirilmesi gerektiğinden bu davranışlarla gerçekleşen eylemlerde artık AsCK 117'ye göre değil TCK 94'ncü maddeye göre işlem yapılması gerekmektedir. Ancak bir fiilin '*insan onuruyla bağdaşmayan ve aşağılanmasına yol açacak davranışlar*'la işlenip işlenmediğinin takdiri hakim'e ait bir husustur. Ancak şüphesiz üst mahkemenin denetime tabidir.

Doktrinde; '*bir Askerin ciddi bir biçimde kafasına vurulması, başının su içine daldırılması, saçlarındaki kılların koparılması, beton zeminde uzunca bekletilmesi, pille çalışan telefon cereyanına tutulması*'⁷⁴ '*dizleri büküldürülmesi, korkutmak, tiksindirmek, koku ve tat alma hisleri üzerinde etkide bulunmak, yüzüne tükürmek*'⁷⁵ gibi eylemler cismen eza veren eylemler olarak sıralanmıştır.

Askerî Yargıtay kararlarında, '*mağdurun kulağından tutup, buruşturmak, aşağı yukarı çekmek, ileriye doğru itekleme*'⁷⁶, '*mağdurların yüzlerine*

⁷¹ Özbakan, s.273; Taşkın, s.207.

⁷² Tezcan vd., s.197.

⁷³ http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52fcd43f247bc5.62872554 (13.02.2014)

⁷⁴ Özbakan, s.273.

⁷⁵ Rifat, s.207.

⁷⁶ As.Yar. DK., 27.3.2008 tarih 2008/47- 54 EK.

*tokat atma, ensesine vurma*⁷⁷ gibi eylemler asta müessir fiil suçu kapsamında kabul edilmektedir.

Askerî Yargıtay'ın bir kararında, "*eratın favorilerini(n) berbere tükürükle kestir(ilmesi)*"⁷⁸ gibi mağdurda manevi çöküntü ile acıya neden olmanın dışında aslında insan onuruyla bağdaşmayan ve aşağılanmasına yol açabilecek bu eylem işkence suçu kapsamında değerlendirilebilecek AsCK 117'nci madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Yine TCK 86'da sayılan '*sağlığının bozulmasına neden olma*' hali AsCK'nın 117'nci maddesi 1'inci fıkrasında '*sıhhatini bozacak haller*'le benzer bir düzenlemedir.

Sağlığın bozulması için mutlaka tıbbi anlamda bir hastalığın ortaya çıkması gerekmediği gibi bu durumun mağdurun vücudunda acıya da yol açması gerekmez. Bunun dışında TCK 86'da '*sağlığının bozulmasına neden olma*' hali dışında AsCK 117'de olmayan '*Algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*' haline ayrıca yer verilmiştir. Bu gibi haller korku, uyku bozukluğu gibi kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan şok geçirme bayılma vs. her türlü olumsuz değişikliği ifade etmektedir.⁷⁹

Doktrinde bir görüşe göre mağdurun sinir sisteminde olumsuz değişikliğe yol açan her durum aynı zamanda sağlığının da bozulmasına neden olacağından ayrıca algılama yeteneğinin bozulması gibi bir fiile yer yoktur.⁸⁰ Katıldığımız bu görüşe göre, AsCK 117/1'deki '*algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*' haline ilişkin bir düzenlemenin yer almaması bir eksiklik değildir.

Burada bahsedilmesi gereken bir başka hususta korku haline ilişkin AsCK'da ki özel düzenlemedir. Asker kişiler yaptıkları görev ve hizmetin niteliği gereğince tehlikeye katlanma hukuksal yükümlülüğü altında bulunmaktadırlar. Bu nedenle AsCK 46/1'nci fıkrasında '*Vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez*' hükmü yer almaktadır.⁸¹

⁷⁷ As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

⁷⁸ As.Yrg.2.D., 5.3.1970, 106/103 EK. (Nakleden: Özbakan, Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri..., s.150)

⁷⁹ Tezcan vd., s.199.

⁸⁰ Tezcan vd., s.199-200.

⁸¹ Kangal, s.127.

Görev ve hizmet kapsamı içinde üst ya da amir tarafından verilen emirleri şahsi tehlike korkusu içinde yerine getirilmeyen ast, emre itaatsizlik (AsCK m.87) suçundan dolayı cezalandırılacağı gibi şahsi korkusu nedeniyle algılama yeteneğinin bozulması emri veren açısından da asta müessir fiil suçunu (AsCK m.117) oluşturmayacaktır.

Ancak görev ve hizmetle ilişkili olmayan üstün keyfi uygulamaları ile ya da mağdur açısından sağlığını bozabileceği için doktor raporuyla yasaklanmış görevlerin kasten keyfi emirlerle yaptırılması sonucu mağdurun sağlığında meydana gelen bozulmalar kanaatimizce AsCK 117'nci madde kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin; *psikolojik rahatsızlığı nedeniyle nöbetten korktuğu doktor raporuyla sabit olan birine zorunluluk gerekmediği halde nöbet tutturulması ve bu kişinin bundan dolayı psikolojik rahatsızlığının artması hali gibi.*

b. 'Tazip maksadiyle madunun hizmetinin lüzumsuz yere güçleştirilmesi'

Sözlük anlamına göre de '*tazip*' Arapça bir kelime olup '*sıkıntıya sokma, üzme*' anlamına gelmektedir.⁸² Doktrinde Taşkın '*tazip*' terimini; '*uzun müddet devam eden veya fasılalarla tekerrür eden ehemmiyetli tesirlere sebebiyet vermektir; buradaki tesirler yalnız manevi olabilir*'⁸³ şeklinde açıklamaktadır.

Bu hükümde failin, mağdurun üstü ya da amiri olması bakımından bir fark yoktur. Ancak bu kişinin hizmet emrini vermeye yetkili kişi olması muhtemelse de verilen bir emri kontrol ve denetim görevi yapan kişinin de verilen emrin sınırlarını aşarak astın yaptığı hizmeti güçleştirmesi mümkündür. Suç tipinde hizmetin ne şekilde güçleştirileceği konusunda açık bir hüküm olmadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur. Yine bu suç failin '*tazip maksadı*' gibi özel bir saikle işlenebileceğinden suçun bu hali, olası kastla işlenmeye elverişli değildir.

AsCK 117'deki '*tazip maksadiyle madunun hizmetini(n) lüzumsuz yere güçleştir(ilmesi)*' eylemi daha çok icrai olarak işlenebilecek türden eylemlerdir.

⁸² http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52fcdacf7390d0.45102107 (13.02.2014)

⁸³ Taşkın, s.208.

Ancak bu eylem failin ihmali suretiyle de işlenebilir. Örneğin; *'emri altındaki bölüğün* kışın eğitim alanına çıkarılması emrini verdikten sonra *tazip maksadıyla zamanında eğitim alanına gelmeyen bölük komutanın bölüğün üşüyerek donma tehlikesi geçirmesine neden olması hali'* kanaatimizce bunun bir örneğini teşkil etmektedir. Ancak daha önce açıklandığı üzere AsCK 117'nci maddenin TCK 88'deki gibi ihmâl suretiyle işlenmesi durumuna ilişkin AsCK'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Askerî Yargıtay bir kararında, *'As.C.K.nun 117 nci maddesinde yer alan tazip (eziyet etme) ederek astının hizmetini güçleştirme suçunun oluşması için; üst veya âmirin astına bir görevin yapılması emrini verdikten sonra görevin gereklerinden olmayan zorlaştırmacı ve eziyet sayılabilecek hareketleri bir kasıt altında yaptırmaması gerekir. Makul ve mantıklı bir sebep yok iken, herhangi bir ceza uygulanmasını ağırlaştırma, sporda çok yorma, rahatsız kişiye spor yaptırmaya gibi davranışlar bu kavram içinde değerlendirilmektedir.'*⁸⁴

Nitekim Askerî Yargıtay, *'ölenin ağır spor yapamaz raporu bulunmasına, bu husus sanığa bildirilmesine ve ölenin tıkanıldığını, koşamayacağını söylemesine karşın ceza olarak ağır spor yaptırmaya devam eden sanığın eylemi(ni)'*, eziyet ederek astının görevini güçleştirmek kapsamında AsCK 117'nci maddesinde tanımlanan suçu oluşturduğuna⁸⁵ karar vermiştir.

⁸⁴ As.Yar.DK., 19.10.2000, 2000/155-154 EK (As.Yar.Der., S.14, Y.2002, s.191-193) Benzer açıklama için bkz.As.Yar.DK., 13.1.2000 tarih 2000/4-12 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.285-287)

⁸⁵ *'...Olay günü Karakol Komutanı, odasından kalem kaybolması nedeniyle öleni suçlayarak hakaret etmiş, eğitimin yaptırılmasını sanığa devretmiştir. Ölenin ağır spor yapamaz raporu bulunmasına, bu konu sanığa bildirilmesine, hatta ölenin tıkanıldığını, koşamayacağını söylemesine karşın, ceza olarak ağır spor yaptırmaya devam etmesi, sanığın ölenin eğitimini veya disiplini pekiştirmek amacıyla değil eziyet vermek kastıyla hareket ettiğini göstermektedir. Sanığın bu şekilde oluşan eylemi, yine As.C.K.nun 117/1 nci maddesinde cezai yaptırım altına alınan "astının sıhhatini bozacak eylemler" olarak da nitelendirilebilir. Bilirkişilerin eri muayene etmeksizin ölenin hastalığının ağır spor yapmasına engel olmadığı yolundaki açıklamaları subjektif ve er tarafından ifade edilen rahatsızlığa ilişkin olmaması nedeniyle sanığın kastını etkileyen bir husus olarak değerlendirilemeyeceğinden, sanığın eyleminin As.C.K.nun 117/1 nci maddesinde düzenlenen eziyet ederek astının görevini güçleştirmek suçunu oluşturduğu sonucuna varıldığından, Yerel Mahkemece direnilerek tesis edilen beraat kararının bozulması gerekmiştir.'* As.Yar.DK., 19.10.2000, 2000/155-154 EK (As.Yar. Der., S.14, Y.2002, s.191-193)

Kanaatimizce burada failin saikini ortaya koyan hareketlerin objektif olarak tazip edici olduğunun belirlenmesi yeterli olup ayrıca hareketin mağdurun vücudunda yukarıda açıklandığı gibi acıya neden olmasına gerek yoktur. Çünkü burada cezalandırılan failin mağduru tazip etme maksadıyla bağlantılı olarak nüfuzunu kötüye kullanması maksadıdır.

AsCK 117'inci maddesi 1'inci fıkra hükmünde; *'tazip maksadıyla madunun hizmetinin lüzumsuz yere güçleştirilmesi'* eyleminde suç failinin eziyet gibi özel saikle hareket ederek kişinin bedensel ve ruhsal yönden sistematik olarak acı çekmesine yol açması da mümkündür. Ancak bu acı yanında bu eylemin insan onuru ile bağdaşmaması ve kişinin aşağılanmasına yol açması durumunda kanaatimizce AsCK 117 yerine artık fail hakkında işkence (TCK m.94) veya eziyet suçu (TCK m.96) bakımından bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

c. Madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha edilmesi

AsCK 117/1'nci fıkra yer alan *'madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)'* cümlesinde yukarıda açıklanan *'tazip'* kavramı dışında *'kötü muamele'* kavramından bahsedilmektedir. *'Kötü muamele'*nin ne olduğu, nasıl tanımlandığı hususu maddede açıklanmamaktadır.

Sanırız bu konuda doktrinde TCK'nın *'Kötü muamele'* başlıklı 232'nci maddesi bakımından yapılan açıklamalar yol gösterici olacaktır.

Doktrinde Zafer⁸⁶ tarafından konu ile ilgili yapılan açıklama şöyledir: *'Yasa metninin gerekçesinde de belirtildiği üzere, kötü muamele, merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşmayacak nitelikte olmalıdır. Fiziksel eylemlerin kötü muamele sayılabilmesi için, bu eylemler sonucunda meydana gelen yaralanmaların basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek nitelikte olması; diğer bir söyleyişle bu eylemlerin ağır yaralama seviyesine ulaşmaması, ha-*

⁸⁶ Hamide Zafer, *Kötü Muamele Suçu* (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması) <http://hamidezafar.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA-PDF.pdf>.(27.02.2014)

yati tehlike doğurmaması gerekir. Psikik kötü muamele, “mağdurda duygusal bozukluğa/düzensizliğe yol açabilecek, rahatsızlık verici kasıtlı herhangi bir eylem ya da davranıştır”. Bu eylemler; korkutma, tehdit, hakaret (sövme), aşırı kontrol altında tutma, izole etme şeklinde olabilir. Bu eylemlerin aynı zamanda farklı suç kalıplarını ihlal etmesi mümkündür. Tehdit (TCK m.106), hakaret (sövme) (TCK m.125), iftira (TCK m.267), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (hürriyeti tahdit) (TCK m.109), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134) gibi. Bu suçlar ile kötü muamele suçu arasında fikri içtima söz konusu olur.’

AsCK 117/1’de yer alan ‘madunun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suumuamelede bulunulmasına müsamaha’ edilmesinde suç faili tazip ya da kötü muamele eylemini bizzat yapan kişi olmayıp bu eylemi yapan kişilere müdahale yetkisi olduğu halde müdahale etmeyen üst ya da amirdir. Diğer askerler, mağdura kötü muamelede bulunarak AsCK 117 ya da mağdurla eşit rütbede iseler TCK 86/2’de basit tıbbi müdahale giderilebilecek ölçüde yaralama suçu işlerlerken buna müdahale de bulunacak üst ya da amir kasıtlı olarak yapılanları görmemezlikten gelmekte ve yapılanlara müsamaha göstermektedir.

Bu suçta müsamaha eyleminin şekline ilişkin bir açıklama yer almadığından suç faili açısından, serbest hareketli bir suçtur. Müsamaha eylemi içinde bir hareketsizlik hali barındırdığından bu suç ancak failin ihmali suretiyle işlenebilecektir. *Bir amirin haksız bir ceza talimi yaptıran bir astının bu eylemine göz yumması hali kanaatimizce bu duruma örnek olarak gösterilebilir.*

‘Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi’ başlıklı TCK 88’nci madde de; ‘Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur’ hükmü yer almaktadır. Bu suç ancak belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail tarafından işlenebilir. Diğer bir deyişle kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün (garantör) bulunması gerekmektedir⁸⁷. Örneğin; evli kadının ıstırap çeken kocası için doktor çağırması, bir kişinin beslenmekten yoksun bırakılması veya heki-

⁸⁷ Özbek vd., s.166-167.r1

min acı çeken hastasına tedavi veya ağrılarını dindirmek için gerekli ilaçları vermemesi böyledir.⁸⁸

AsCK 117'deki '*tazip maksadiyle madunun hizmetini(n) lüzumsuz yere güçleştir(ilmesi) veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya sui-muamelede bulunulmasına müsamaha ed(ilmesi)*' eylemlerinde suçun failinin belli bir yükümlülük altında emir vermeye yetkili bir üst ya da amir olması durumunda TCK 88'deki şartların⁸⁹ burada da olduğu söylenebilir. Ancak burada failin genel kastı yeterli olmayıp ayrıca tazip gibi bir saik altında suç işlemelidir.

Ancak AsCK'da TCK 88'nci madde gibi bir düzenleme olmadığından kanaatimizce AsCK 117'nci maddesinin ihmal suretiyle işlenmesi hali ancak ceza takdirinde hakim tarafından cezanın alt sınırdan verilmesinde göz önüne alınabilir.⁹⁰

2. Suçun Faili

Bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere haiz kişiler tarafından işlenebilir. Böyle suçlara '*belirli kişiler tarafından işlenebilen suçlar*' veya '*mahsus suçlar*', '*özgü suçlar*' adı verilmektedir.⁹¹AsCK 117'deki suç sadece '*askerî şahıslar*'⁹² arasında

⁸⁸ Özbek vd., s.197.

⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan vd., s.229.

⁹⁰ Doktrinde kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezanın nasıl verileceği tartışılmış ve böyle bir durumda, netice faile isnad edilebiliyor ise m.23 de göz önüne alındığında en azından taksir seviyesinde kusurunun olması şartıyla ihmali bir hareket içindeki failin ağır neticeden sorumlu olacağı açıklanmıştır. (Bkz. Özbek vd., s.204) AsCK 118'deki ağır neticelerin uygulanması bakımından sadece AsCK 117'deki suçun işlenmiş olması arandığından suçun icrai ya da ihmali olarak işlenmesi arasında bu açıdan kanaatimizce bir tartışma bulunmamaktadır.

⁹¹ Artuk Gökçen, Yenidünya, s.22.

⁹² Askerî hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin; İç Hizmet Kanunu 2'inci maddesine göre, Asker, "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir"; AsCK 3/1'inci fıkrasında ise, "Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk 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 bulundukları sürece), C) Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı

işlenebilir. Yine bu suçun failinin, suçun işlendiği anda mağdur astın (madun) üstü (mafevk) ya da amiri olması gerekmektedir. Zira suç tarihinden sonra mağdurun örneğin erken terfi etmesi ile faille aynı rütbe gelmesi bu suçun vasfını değiştirmeyecektir. Suçun faili bakımından özellik göstermesi nedeniyle bu suç mahsus (özgü) suçlardan-
dır. Amir ve üstün tarifi askerî mevzuat içinde tanımlanmıştır.⁹³

Bu suçun failinin Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) veya Milli Savunma Bakanlığı (MSB) kadrolarında görevli sivil şahıslar olması mümkün değildir.⁹⁴

Herhangi bir nedenle tutuklu hükümlü bulunan rütbeli personelin rütbe sahibi olmaları nedeniyle ceza ve tutukevlerinde astlarına karşı işledikleri kasten yaralama eylemleri yine AsCK 117'nci madde kapsamında değerlendirilecektir.⁹⁵

Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel (Bu bend Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 EK. İle Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.) D) Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler (Bu bend Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarih 2012/117-204 EK. ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir) E) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar” in bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır. AsCK 3'üncü maddesinde yedek askerler Askerî şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK 4. maddesi ile AsYUK 10/B bendinde “yedek askerlerin” Askerî hizmette bulundukları sürece Askerî ceza kanunu hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır.

⁹³ Askerî ceza kanunu uygulamasına göre; Amir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek yetkisini haiz kimsedir. (AsCK m.13/2) Bunun emri altındakilere maiyet denir. (211 SK.m.9) Üst tabiri rütbe ve kıdem büyüklüğünü gösterir. (AsCK m.13/3)Yine 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu uygulamasında ise, ‘Amir: Kadro ve kuruluş yönünden bağlı olunan kimse ile amir olarak yetkilendirilmiş olan diğer kişileri’ ifade eder.’(6413 SK.m.3/1(a))

⁹⁴ 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK) 10/C bendindeki; “Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”in bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı ve Askerî yargıya tabi olacağı hükmünün 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 (RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484) ile Anayasaya aykırı bulunup iptal edilmesiyle artık TSK veya MSB'lığı kadrolarında görevli sivil şahıslar hiçbir surette Askerî mahkemelerde yargılanamayacaklardır..

⁹⁵ ‘Her ne kadar oda hapsi cezasının infazı sırasında subay ve astsubaylar genel hizmet yapmaktan ve emir vermekten yoksun iseler de, rütbe sahibi olmaları nedeniyle, diğer asker kişileri arasında önceden mevcut olan ast-üst ilişkisinin sona ermiyeceği, ...bu nedenle oda hapsi cezası çekmekteyken astını döven astsubayın fiilinin ast'a müessir fiil suçunu oluşturacağı’ (As.Yrg.3.D., 18.6.1996, E.363, K.362) (Nakleden: Çelen, s.360)

Lise veya eşiti okuldaki askerî bir öğrencinin bir fiili emre itaat-sizlikte ısrar, amir ve üste hakaret, amir ve üste fiilen taarruz gibi İç Hizmet Kanunu'nun 14'üncü maddesindeki yükümlülükleri ihlâl edici nitelikte ise, AsCK uygulama alanı bulur. Bunun dışındaki fiillere TCK'nu uygulanır.⁹⁶

Burada incelenmesi gereken bir başka hususta, arasında astlık üstlük ilişkisi bulunan ancak evli olan askerî şahıslar arasında işlenen suçlarda suç vasfının belirlenmesine ilişkindir. Askeri Yargıtay aralarında hizmet ilişkisi dışında ast-üst eşler arasında AsCK **hükümlerinin uygulanamayacağına** dair emsal bir karar vermiştir.⁹⁷

Bu karara göre hizmet hali dışında AsCK 117'deki eylemi astı olan eşine uygulayan üst TCK 86'ncı madde hükümlerine göre cezalandırılacaktır. Askerî Yargıtay'ın bu kararına göre kanaatimizce sadece evlilik bağı değil ast-üst olan baba-oğul, kardeşler, yakın akrabalar arasındaki ilişkilerde de aynı karara göre hareket edilmesi mümkündür.

Yine ast-üst eşler arasında hizmet ilişkisinin olmadığı hallerde

⁹⁶ "211 sayılı T.S.K. İç Hizmet Kanunu'nun 113'üncü maddesi (a) bendinde; askerî öğrencilerden, liseden yukarı okulda olanların Askerî Ceza ve Askerî Ceza Muhakeme Usulü Kanunu'nun uygulanması bakımından mükellefiyet altına girmiş sayılıp diğer askerler hakkında tatbik olunan hükümlerin bunlar hakkında da aynen uygulanacağı esasını getirmiş olmakla beraber, aynı yasanın 113m. (b) bendinde; bütün askerî öğrencilerin ancak subay ve askerî memurlara karşı ast durumunda oldukları, gerek kendi aralarında, gerekse astsubaylara, erbaşlara ve erlere karşı astlık ve üstlük münasebetlerinin bulunmadığı esasını getirmiş bulunmaktadır. Anılan yasa düzenlemesi muvacehesinde olay tarihinde liseden yukarı bir askerî okul öğrencisi olan sanık N.E.'nin diğer sanık astsubaylara karşı sırf askerî suç vasfındaki üste fiilen taarruz suçunu işlemiş sayılamayacağı gibi, astsubay R.Ö. ile L.K. 'ye yüklenen suçun asta müessir fiil vasfında olmayıp, tüm sanıkların suçlarının sübutu halinde adiyen müessir fiil vasfında olacağı teemmül edilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi kanuna aykırı bulunmuştur» As.Yrg.1D., 30.05.1977, 1977/204-199 EK. (Nakleden:Kangal, s.71-72)

⁹⁷ Emsal niteliğindeki bu kararın gerekçesi şöyledir: "Suç tarihinde evli olan ve biri diğerinden kıdemli olan sanık Albayların resmi mesai ve Askerî mahal dışında, Askerî konumlarına bağlı olmaksızın, Askerî hizmet ile hiçbir ilgisi olmayan ve tümüyle evli olmalarının yarattığı statüden kaynaklanan sebeplerle birbirlerine karşı işledikleri iddia olunan eylemlerin astlık-üstlük ilişkileri içinde değil 765 sayılı TCK'nın genel hükümleri çerçevesinde (5237 sayılı YTCK'nın lehe olan düzenlemeleri de dikkate alınarak) değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Aksi yönde değerlendirmenin, eşlerden birisine diğerinin zararına olacak şekilde ayrıcalıklı bir korunma ve ilişki üstünlüğü sağlayacağı, böyle bir durumun ise eşler arasında eşitliği öngören Anayasa kuralına, Medeni Kanun'un 'aile' ile ilgili düzenlemelerine ve evrensel değerlere uygun düşmeyeceği açıktır." As.Yrg.Drl.Krl., 15.12.2005, 117/111.(Nakleden: Değirmenci, s.339, dpn.300)

TCK 86'ncı maddesine göre yapılan uygulamada aynı zamanda TCK 86/3 (a) bendi kapsamında suçun eşe karşı işlenmesi nedeniyle nitelikli hal kapsamında ceza artırılabacaktır.

Askerî Yargıtay'ın emsal niteliğindeki bu kararı kendi içinde mantıklı ise de kanaatimizce hukuki değildir. Çünkü failin hangi kanuna göre hangi mahkemede yargılanacağı hususu yargı kararı ile değil, "*tabîi hâkim ilkesi (doğal yargıç ilkesi)*"⁹⁸ gereği ancak kanunlarla belirlenecek bir husustur.⁹⁹

3. Suçun Mağduru

AsCK'nun 117'nci maddesinde madununa karşı denildiğinden bu suçun mağduru ancak failin astı olabilir. Ast tabiri, İç Hizmet

⁹⁸ "Zira tabîi hâkim ilkesinin temel öğeleri "kanunilik" ve "öncedenlik" unsurlarıdır. Kanunilik unsuru gereği mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usullerinin ancak kanunla düzenlenmesi; idarenin, düzenleyici idarî işlemleri ve özellikle bu tür işlemlerin en önemli kategorisini oluşturan ve normlar hiyerarşisinde de idarenin diğer düzenleyici işlemlerine nazaran en üst seviyede bulunan kanun hükmünde kararnameler aracılığıyla yeni mahkemeler kurulamaması; kurulmuş olan bir mahkemenin görev alanını genişletip daraltamaması ve işlerlik kazanmış olan yargılama usulüne ilişkin olarak değişiklik öngören herhangi bir belirlemede bulunamamasıdır...Kanunilik ögesi, tek başına hak arayanlar açısından yargı yerlerinin oluşturulması ve işleyişlerinin belirlenmesinde, hukukî güvenliğin gerçekleştirilmesi ile temel bir hak ve özgürlük olan kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığının teminine hizmet edecek bir yeterliliğe sahip değildir. Bu nedenle, tabîi hâkim ilkesinin bünyesinde, kanuniliğin yanı sıra "öncedenliğe" de yer verilmiştir. Tabîi hâkim ilkesini karakterize eden, ona asıl rengini veren öğe de, "öncedenlik" ögesidir. Dolayısıyla, bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukukî yapılanmasının, tabîi hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez; ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış bulunması da şarttır." Süha Tanrıver, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013 (104), s.13. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>. (24.01.2014)

⁹⁹ 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu (AsYUK)'nun 9'ncü maddesi ('genel görev') aynı kanunun 'Askerî mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi' başlıklı 17'nci maddesi göz önüne alındığında Askerî Yargıtay'ın bu kararına göre, örneğin AsCK 117'deki suçun aralarında astlık üstlük bulunan eşler arasında işlenmesi halinde, aralarında hizmet ilişkisi yoksa genel hükümlere göre kasten yaralama suçundan (TCK m.86) dava Askerî mahkemede açılacaktır. Ancak soruşturma ya da kovuşturma sırasında eşlerden birinin emeklilik, istifa vs. nedenlerle TSK'dan ilişikinin kesilmesi halinde suçun Askerî bir suç olmaması nedeniyle dava olay yeri Asliye Ceza Mahkemesine görevsizlik kararı verilerek yargılama görevi adli yargıya geçecektir.

Kanunu'nda 'üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimse' olarak tanımlanmaktadır. (211 SK. m.10) Mağdurun sanığın emri altında olmasına gerek yoktur. Bu suçun mağdurunun TSK veya MSB'lığı kadrolarında görevli sivil şahıslar olması mümkün değildir.¹⁰⁰

Yukarıda açıklandığı üzere sanığın mağdurun rütbe kendisinden ast olduğunu bilmesi yeterlidir. Ancak sanığın mağdurun rütbe kendisinden ast olduğunu bilmediği durumlarda AsCK 117'ye göre mi genel hükümlere göre mi cezalandırılacağı kanaatimizce tartışma konusu yapılabilir.

Zira AsCK 'Beşinci Fasil' başlığında yer alan 'Askerî itaat ve inkiyadı bozan suçlar' bakımından bu konuda bir açıklama getirilerek 'Bu fasıldaki cezalar maduna tatbik olunabilmesinin şartı' başlıklı AsCK 107'nci maddesinde; 'Bu fasılda madunlar hakkında tayin edilen ağır cezaların verilmesi için mafevkin rütbesi ve kıdemi herhangi bir suretle madunun malûmu bulunması şarttır. Madunun mafevkin vaziyetini bilmediği sabit olursa hakkında tertip olunacak ceza umumi hükümlere tabidir' hükmüne yer verilmiştir. Ancak konumuz olan AsCK 117'nci maddesi bu fasılda yer alan suç tiplerinden biri olmadığı gibi AsCK 107'nci madde başlığı maduna (asta) yönelik olarak açıklanmıştır.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse 'Beşinci Fasılda' yer alan AsCK 91'de yer alan üste fiilen taarruz suçunun işlenebilmesi için failin mağdurun rütbe kendisinden üst olduğunu bilmesi gerekmektedir. Eğer fail bilmezse AsCK 107'ye göre fail hakkında TCK'da yer alan genel hükümlere göre işlem yapılacaktır.

Kanunda astlık üstlük münasebetlerini ilgilendiren bir konuya ilişkin olarak sadece AsCK 91'deki üste fiilen taarruz suçu bakımından AsCK 107'de ki gibi özel bir düzenlemeye yer vermiş olması ve aynı ilişkinin arandığı asta müessir fiil suçunun (AsCK m.117) düzenlendiği fasılda bu kapsamda bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, AsCK 117'nin uygulanması bakımından üstün ya da amirin müessir fiilde bulunduğu kişinin astı olduğunu bilmesine gerek olmadığını düşündürülebilir.

¹⁰⁰ 'Askerî amirlerin silahlı kuvvetlerde görevli Devlet Memurlarına karşı yaptıkları haksız fiiller yönünden, AsCK'na tabi olmaları öngörülmediğinden, sanığın eylemi TCK'nın 86'ncı maddesinde düzenlenen 'kasten yaralama' suçunu oluşturur.' As.Yar.4D., 28.09.2010, 2247/2223 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.24, Y.2011, s.107-108)

Ancak doktrinde *Değirmenci* tarafından yapılan bir açıklamada, failin kastına, müessir fiilde bulunduğu kişinin astı olduğu bilgisinin de dahil olduğu bunun bilinmemesi halinde genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği açıklanmıştır.¹⁰¹ Nitekim Askerî Yargıtay'da kararlarında *'mağdur ve sanığın birbirlerini tanımamaları sebebiyle failin mağdurun rütbesini bilmeden gerçekleştirdiği eylemin adiyen müessir fiil' suçunu oluşturacağı* açıklanmıştır.¹⁰²

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer durumda mağdurun normal şartlarda sanığın astı olduğu ancak icra ettiği görevi nedeniyle üst sayılacağı özel bir duruma ilişkin uygulamadır. Bu husus *'Askerî karakol ve nöbetçi ve devriyeye taarruz edenlerin cezaları'* başlıklı AsCK 106'ncı maddesinde *'Askerî karakola, nöbetçiye ve devriyeye hakaret eden veya bunları dinlemeyen veya bunlara mukavemette bulunan yahut fiilen taarruz eden bu suçları amire karşı yapmış sayılır ve öylece cezalandırılır'* şeklinde açıklanmıştır.

Burada rütbece üst olan birinin, normal şartlarda kendisinden rütbece eşit ya da küçük olan ancak AsCK'nın 106'ncı maddesi anlamında nöbet görevini yerine getiren birine karşı işlendiği kasten yaralama eylemi amire karşı işlenmiş sayılacak ve AsCK 91'nci maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Aksi bir kabul Askerî Yargıtay kararlarına göre de hukuka uygun değildir.¹⁰³ Nitekim Askerî Yargıtay kararları benzer doğrultudadır.¹⁰⁴

¹⁰¹ Değirmenci, s.341

¹⁰² As.Yrg.2.D., 18.5.1999, 390/387 (Nakleden: Değirmenci, s.341 dpn.308)

¹⁰³ 'Özel bir talimatı bulunan mağdur erin tutmakta olduğu nöbet görevinin AsCK'nun 15/1, 211 sayılı Kanunun 76 ve 77 nci maddeleri ile İç Hizmet Yönetmeliği'nin 395'nci maddesine uygunluk arz etmesi ve nöbetçi erin nöbet talimatıyla tesbit edilmiş olan görev hudutları dışına çıkan bir hareketinin de söz konusu olmaması karşısında; nöbet tuttuğu sırada kendisini döven binbaşıya karşı AsCK'nun 106'nci maddesinde yazılı kanuni himayeden yararlanılması ve suçu amire karşı işlemiş olduğunun kabulü ile sanık binbaşının AsCK'nun 91'nci maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken, aynı kanunun 117/1 nci maddesi gereğince ceza tayini kanuna aykırıdır.' As.Yar.2D., 27/4/1988, 1988/376-355 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.7, Y.1990, s.125)

¹⁰⁴ "Sanığın yumruk vurduğu şahsın onbaşı rütbesinde olduğunu görüp bilmeden eylemde bulunduğu sabit olduğuna göre, hakkında TCK'nun 456 nci maddesi gereğince hüküm tesisi icap ederken, üste fiilen taarruz suçundan dolayı AsCK. nun 91 nci maddesi gereğince' ceza tayini kanuna aykırıdır. As.Yar.1.D, 06.05.1987, 1987/271-261 EK. (Nakleden:Polatcan, s.368)

4. Hukuka Uygunluk Nedenleri

TCK 86'da düzenlenen kasten yaralama suçunda hukuka aykırılığı kaldıran nedenler olarak, görevin ifası (TCK m.24), meşru savunma ve zorunluluk hali (TCK m.25) gibi genel hukuka uygunluk nedenleri yanında, özellikle mağdurun rızası, tıbbi müdahaleler, spor hakkının icrası, uslandırma hakkı ve fiilin toplumsal uygunluğundan söz edilmektedir.¹⁰⁵

AsCK 117'de düzenlenen suç açısından şartları varsa yukarıda açıklanan hukuka uygunluk sebepleri kanaatimizce de geçerlidirler. Bu kapsamda futbol maçı esnasında astını yaralayan üst, başarılı bir tıbbi bir müdahale sırasında astının vücuda acı veren Askerî tabip, askerlik mesleğinin gereği olarak eğitim yaptırırken astının yaralanmasına neden olan bölük komutanı, hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak cezalandırılmayacaktır.

Mağdurun rızası ile bir başkasına kendini sakatlatması halinde sakatlayan açısından mağdurun rızası bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Ancak olsa olsa eğer yaralama basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde ise mağdurda faillle eşit rütbede ise mağdurun şikayetinin olmaması halinde kovuşturma başlamayacaktır. Ancak eğer sakatlama eylemi yukarıda açıklandığı üzere o kişiyi askerlikten kurtarmak için yapılmışsa hem sakatlayan hem de sakatlanan daha önce açıklandığı üzere AsCK 79 ve 80'nci maddelerinde yazılı '*kendini ve başkasını askerliğe yaramayacak hale getirmek*' suçlarından dolayı sorumlu olacaklardır.

Biz yukarıda açıklanan hususlar dışında, burada özellikle aşağıda açıklanacak olan AsCK 119'da düzenlenen özel hukuka uygunluk nedeni ile görevin ifası hukuka uygunluk nedenleri üzerinde duracağız.

a. Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek/ emirlere itaat ettirmek (AsCK m.119/1)

AsCK 119/1'nci fıkrası, genel ceza kanunundaki hukuka uygunluk nedenine ek olarak "*Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut müb-rem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için bir mafevk tarafından yapılan müessir fiiller makam ve memuriyet nufu-*

¹⁰⁵ Tezcan vd., s.201.

zunu suistimal telakki edilmez ve suç sayılmaz” hükmü ile özel bir hukuka uygunluk nedenine yer vermiştir.¹⁰⁶

Maddede iki nedene dayalı olarak yapılan eylemlerin hukuka uygun olacağı açıklanmaktadır. Bunlardan ilki, *‘Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek’* diğeri *‘mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek’* tir.

Asta müessir fiil eyleminde bu fiilin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin, bu yönde bir fiil işlenmiş ise bunun AsCK’nın 119’uncu maddesi kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olup olmayacağı’nın her zaman araştırılması gerekecektir.¹⁰⁷

Askerlik hizmetine özgü bir hukuka uygunluk sebebi niteliğini taşıyan bu hüküm uygulanırken, yasa koyucunun iradesi aşılmamalıdır. Yasa açıkça, fiili taarruzun defedilmesi veya mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike hâlinde emirlere itaatin sağlanması şartlarını öngörmüştür.¹⁰⁸

AsCK’nın 119/1’nci fıkrasında yer alan *‘Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek’* hükmü aslında dayanağını TCK genel hükümleri içinde yer alan meşru müdafaa (TCK 25/1; 765 sayılı TCK 49/2) maddesinden almaktadır¹⁰⁹. Zira bu hüküm aslında, TCK 25/ (1)’nci fıkrasındaki; *‘ Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez’* hükmü ile aynı içeriktedir. AsCK asta müessir fiil suçu bakımından meşru savunma hâlini özel olarak düzenlediğinden¹¹⁰, AsCK 119, TCK 25/1’den önce uygulanacaktır.¹¹¹ Asta

¹⁰⁶ Yine bu konuda benzer bir hukuka uygunluk nedenine 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu’nun 55’inci maddesinde yer verilmiştir: Madde de “Askerî usul ve kaide ve nizamlar dışında”, asta fena muamelede bulunan üst cezalandırılmaktadır. Bu fena muamele, Askerî usul ve kuralın kabul ettiği sınır ve ölçüler içindeyse kanun koyucu nazarında hukuka aykırı sayılmayacaktır. (Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, İstanbul:Üçdal Neşriyat, 7.Bası, Ankara, 1983, s.172-173)

¹⁰⁷ Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 12.02.2004, 2004/33-26 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.17, Y.2005, s.348-351)

¹⁰⁸ Bu açıklama için bkz.As.Yrg. 1D. 22.09.2010 tarih ve 2010/1995-1983 EK.(TSK Net)

¹⁰⁹ Özbakan, s.284.

¹¹⁰ Kangal, s.123.

¹¹¹ Askerî Yargıtay bir kararında bu konuya şöyle açıklık getirmiştir: ‘...AsCK’nın 44’üncü maddesi TCK’nın 1’inci kitabının 4’üncü babına atfı yapmış ve “Cezaya

müessir fiil bakımından özel durumlar dışında kalan meşru savunmalar TCK'daki genel hükümlere tabidir. Bu nedenle askerî suçlarda TCK 25/1'in koşulları varsa, meşru savunma gereğince gerçekleştirilen filer hukuka uygun olacaktır.¹¹²

Ancak AsCK 119'a ilişkin uygulamada, kanaatimizce TCK 25/1'e ilişkin şartların varlığının kabul edilmesi gerekecektir¹¹³. Örneğin ilk haksız hareketin mağdurdan kaynaklanması, üstün bu haksız hareket ile bu hareketi def eden eylemi arasında orantı olması ve bu hareketin müessir fiil seviyesinde kalması gibi. Eğer bu hareket müessir fiil ile karşılanabilecekken üstün silah veya tehlikeli aletle orantısız biçimde karşılık vermesi halinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Zira Kanun ancak AsCK 119/2'deki şartlara münhasır olarak silah kullanılması durumunu hukuka uygun olarak kabul etmiştir.¹¹⁴

Askerî Yargıtay bir kararında; *'sanığın, eş zamanlı olarak kendisine doğru gelmekte olan ve astı durumunda mağdurun üzerine yürüyerek onu iteklemesi eyleminde, ASCK'nın 119/1'nci maddesinde düzenlenen ve yukarı da belirtilen şartlar oluşmadığından'* temyiz nedenini kabule değer görmemiştir.¹¹⁵

ehliyet veren, kaldıran ve hafifleten sebepler" bakımından, ASCK'da aksi yazılı olmadığı hallerde TCK'daki genel hükümlerin uygulanacağını öngörmüş iken, kanun koyucu bununla yetinmemiş ve ayrıca ASCK'nın 119/1'inci maddesindeki hükmü getirmiştir. Söz konusu 4'üncü bab içerisinde yer alan TCK'nın 49'uncu maddesinin 2'nci bendi, meşru müdafaa kurumunu düzenlemekte olup, "Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu filhâl defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle" şeklindedir. Gerek her iki kanunun madde metinleri ve gerekse ASCK'nın 119'uncu maddesinin koruduğu hukukî menfaat nazara alındığında; Askerî Ceza Hukukuna özgü olarak ihdas edilmiş özel bir "hukuka uygunluk sebebi" düzenlemesi olan ASCK'nın 119'uncu maddesinin, TCK'nın 49/2'nci maddesinin aradığı şartların bir kısmını öngörmediği ve ASCK'nın 44'üncü maddesindeki "bu kanunda hilâfı yazılı olmadıkça askerî cezalar hakkında da mer'idir." hükmü uyarınca, TCK'nın 49/2'nci maddesine göre uygulama önceliğinin bulunduğu anlaşılmaktadır.' As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/18-20 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, s.355)

¹¹² Kangal, s.123

¹¹³ Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, 'Bilindiği gibi As.C.K.nun 119'ncu maddesinin uygulanabilmesi için; Ast tarafından yapılan bir taarruz olması, Bu taarruzun haksız olması, Astın fiili taarruzunun filhal mevcut bulunması, Üst yada amir tarafından yapılan müessir fiilin, astın fiili taarruzunu defetmeye yönelik olması zorunludur' açıklamasında bulunmuştur.' As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/18-20 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, Y.2005, s.355.)

¹¹⁴ Özbakan, s.284.

¹¹⁵ As.Yrg. 1D. 22.09.2010 tarih ve 2010/1995-1983 EK.(TSK Net)

Buna karşılık Askerî Yargıtay başka bir kararında, **‘Üstüne karşı saygısızca davranmakla yetinmeyip fiilen taarruzda da bulunan onbaşının eylemini defetmeye ve bozulan askerî disiplini yeniden tesis etmeye yönelik olarak sanık asteğmen tarafından gerçekleştirilen ölçülü müessir fiil eylemi(nin), ASCK’nın 119/1’inci maddesi kapsamında’** olduğuna karar vermiştir.¹¹⁶

AsCK 119/1’deki diğer hukuka uygunluk nedeni, *‘mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek’* maksadıyla mağdura kasten müessir fiil eyleminde bulunmaktır.

Mübrem (Kaçınılmaz) ve müstacel (ivedi) zaruret hallerinden maddede hangi hallerin kastedildiği açık değildir. Ancak doktrinde Özbakan tarafından yapılan açıklamada, üstlerin hangi hallerde emir vereceklerine ilişkin İç Hizmet Kanunu 23 ve 24’ncü maddelerindeki hallerin aynı zamanda bu haller kapsamında olduğu açıklanmıştır.¹¹⁷

İç Hizmet Kanunu 23’ncü maddesinde; *‘Fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargah veya Askerî kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir ve kumanda işini üzerine almak ile vazifesi ile mükelleftir.’* 24’ncü madde; *‘Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir’* hükümleri yer almaktadır.

Askerî Yargıtay bir kararında¹¹⁸, *‘Nöbetçi çavuşunun, temizlik yaptırmak üzere diğer vazifeli erler meyanında sanık ere de emir vermesi tabii ise de, bu emrin behemehal yerine getirilmesi maksadı ile zor kullanmaya lüzum*

¹¹⁶ ‘...Kendisine saygısızlık yapan onbaşı ile konuşmak için karanlık koridora çıkan, ancak ansızın arkasından gelen birisinin vurduğu tekmeyle yere düşünce, üzerine çıkan onbaşının vurduğu darbelere maruz kalan sanığın statüsü, olay anında düştüğü durum, yapılan taarruzun niteliği ile sanığın onbaşıya sarılıp onu tırmalamaktan ibaret kalan eylemi birlikte değerlendirilmelidir. Bu şartlarda, sanığın eyleminin beklenmedik, olağan dışı, fırsatçı, kötü niyetli ve savunma sınırını aşmış bir müessir fiil olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Tamamen fiili taarruzu ortadan kaldırmaya, darbelerden kurtulmaya, kendini savunmaya ve sonuçta ASCK’nın 119/1’inci maddesinde öngörüldüğü gibi “fiili taarruzu defetmeye” yönelik ölçülü bir eylem olduğu aşıkardır. Bu itibarla; sanığın eyleminin ASCK’nın 119/1’inci maddesi kapsamında kaldığını kabul eden Daire kararı yerinde bulunmuş, Başsavcılığın isabetli görülmeyen itirazının reddine karar vermek gerekmiştir.’ As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/18-20 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, Y.2005, s.355.)

¹¹⁷ Özbakan, s.284.

¹¹⁸ As.Yrg.2.D. 9.5.1968 E.423 K.424 (Nakleden: Özbakan, s.286)

ve zaruret yoktur. Zira itaat etmeyen er hakkında kanuni muameleye tevessül edilerek başka bir erin bu vazifeye gönderilmesi(nin)' mümkün olduğuna karar verilmiştir.

Askerî Yargıtay; 'üstü tarafından nöbetçi subayını bulmakla görevlendirilen mağdur er'in, nöbetçi subayını bulamaması üzerine sanık tarafından dövülmesi'¹¹⁹ 'yasal yollara başvurma imkanı varken toplu erat huzurunda emrini dinlemeyip olay yerinden hızla uzaklaşan astının arkasından etrafına rastlayacak şekilde 5 el ateş edilmesi'¹²⁰, 'aracın torpido gözünü temiz tutmayan ve bu suretle hizmet emrine kayıtsız kalan'¹²¹ astın dövülmesinde AsCK 119'ncu maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

b. Kanun Hükmü ve Amirin Emrini İfa (TCK m.24/2)

AsCK'da kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nede- ni (TCK m. 24/1), en çok asker kişilerin İç Hizmet Kanunu 80'nci maddesinde yer verilen zor ve silâh kullanma yetkileri açısından ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemeye göre, karakol hizmetinde bulunan subay, astsubay, erbaş ve erler ile karakol nöbetçileri ve devriyeleri kendi mıntıkaları dâhilinde asker ve sivil kişileri adli takibat, muhafaza-emniyet ve disiplin maksatlarıyla muvakkaten yakalayabilirler.¹²² Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir.¹²³ Ancak bu yetkinin aşılması halinde TCK 256'ncı madde uygulanacaktır.¹²⁴

TCK 24'ncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz". Ancak yetkili merciin verdiği emrin konusunun suç teşkil etmemesi lazımdır. Bu durumda konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emri veren sorumlu olacaktır (AY. m.137/2; TCK m. 24/3)

¹¹⁹ As.Yrg.Drl. Krl. 5.11.1987 E.197 K.173 (Nakleden: Özbakan, s.287)

¹²⁰ As.Yrg.Drl. Krl. 15.6.1989 E.149 K.159 (Nakleden: Özbakan, s.287)

¹²¹ As.Yrg.1.D. 14.12.1964 E.1392 K.1399 (Nakleden: Özbakan, s.285)

¹²² Kangal, s.120.

¹²³ 'Sanık astsubayın sarhoşluğunun tespiti için Alay K.nundan aldığı emir gereği bu emri gecikmeksizin yerine getirmekte bulunduğu durumda olan sanık üsteğmenin, astsubayın rızası ile gitmek istememesi karşısında adı geçeni zorla muayeneye götürmesinde suç unsuru yoktur. Zira bu üst'ün ve amir'in müstacel hallerde ast'ını emirlere itaat ettirmek için zor kullanmaya yetkili bulunduğu İç Hizmet Kanunu ile As.C.K. ve Askerî Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmiştir. Bu nedenle sanık Ütğm. nin bir emri icra zımında sanık astsubaya karşı zor kullanmasında T.C.K.nun 245 ne de As.C.K.nun 117 nci maddesinin unsurları mevcut değildir.' As.Yrg.1.D., 29.5.1985, E.155, K.140) (Nakleden: Çelen, s.362)

¹²⁴ Tezcan vd., s.207.

Amirin emrini ifa kapsamında, asta müessir fiil ya da kötü muamele yapılması konusunda verilen emrin konusu suç teşkil ettiğinden bunu emri yerine getiren ya da bu konuda yardımda bulunan asker kişiler emri veren ile birlikte sorumlu olacaktır.

B. SUÇUN MANEVİ UNSURU

1. Genel Olarak

TCK 86'daki kasten yaralama suçunun oluşması için genel kast yeterli olup suç olası kastla da işlenebilir¹²⁵. Bu durumda failin cezası indirilir. (TCK m.21/2) Ancak üst veya amir, öldürmek kastı ile hareket etmişlerse bu takdirde bu fiil için AsCK'nda bir hüküm bulunmadığından TCK'nun kasten adam öldürmek suçlarını düzenleyen hükümleri tatbik edilecektir.¹²⁶ Bu husus aşağıda kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış 'ölüm' haline ilişkin konu işlenirken açıklanacaktır.

Bu suçta faildeki kastın başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına yönelik olması aranır. Failin saiki önemli değildir. Neticenin gerçekleşeceği bilinerek hareketin gerçekleşmesi yeterlidir. Bu yüzden şaka ya da alay saiki ile işlenen fiillerde bu suçu oluşturur. Failin saiki bu suçu 'eziyet' (TCK m.96), 'kötü muamele' (TCK m.232) gibi suçlardan ayırır.¹²⁷

AsCK 117'nci maddesi 1'nci fıkra hükmünde; '*Madununu kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan*'lardan bahsedilerek özellikle suç failin eyleminde kasten hareket etmesi gerektiği madde içinde vurgulanmıştır. Bu suçun olası kastla da işlenmesi mümkündür.

¹²⁵ 'Sanık Mehmet'in olay günü köy içerisinde olması nedeniyle yavaşlayan araçla seyir halinde iken sağ ön ve arka tarafta oturan orman muhafaza memurları Talat ve Ahmet'e motosikleti ile yaklaşarak av tüfeği ile yakın mesafeden ateşi sırasınca, öldürmek istediği maktül Ahmet'e doğru ateşinde yanında bulunan ve aracı sürmekte olan mağdur Hüseyin'in isabet alacağını öngörmesine rağmen maktül Ahmet'e ateş ederek mağdurun da yaralanmasına neden olduğu olayda; sanığın mağdura karşı eylemini olası kastla gerçekleştirdiği anlaşılmakla...' Yar.1.CD., 13.10.2009, 11007/5873 (Nakleden:Tezcan vd., s.200, dpn.43)

¹²⁶ "Astin, bir üst tarafından kasten öldürülmesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması iktiza eder." Askerî Yargıtay Dr1.Krl.17.6.1966 56/64 EK sayılı Kararı Aktaran: Lüleci ve Özbakan, s.746.

¹²⁷ Tezcan vd., s.200-201.

AsCK 117/1'in devam eden cümlesinde *'veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelde bulunulmasına müsamaha eden'*lerden bahsedilerek bu suç faillerinin eylemlerinde *'tazip'* gibi özel bir saik altında hareket etme şartı aranmıştır. Bu özel kasıt altında hareket edilmemesi halinde bu suç oluşmayacaktır. Ancak daha önce açıklandığı üzere özel saik aranan durumlarda suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

Tazip maksadının bulunmaması durumunda şartları varsa bu eylemin AsCK 115'nci maddesinde yazılı *'sair suretle memuriyet nüfuzunu suistimal'* suçunu oluşturmaması kanaatimizce mümkündür.

Sanığın suç kastının değerlendirilmesi bu bakımdan önemlidir. Suç kastının değerlendirilmesinde, Askerî Yargıtay, sanığın beyanından çok fiilin oluşup oluşmadığı konusunda mağdurun beyanına önem vermektedir. Nitekim bir kararında, *'Sanığın eylemlerinde şefkat ve sevgiyle dokunma tarzında bir davranış biçimi sergilemediği, mağdur erlerin kendilerine atılan tokadı "dövme" olarak algıladıklarını beyan ettikleri, Bl.K.nun; sanığın bu tür hareketleri, bölüğe yeni gelen erbaş ve erleri korkutmak, sindirmek için yaptığı şeklindeki vaka kanaat raporu, Bl.K.nun sanık hakkında adli soruşturma için işlem yapıp, ceza yetkisini kullanmaması nedenleriyle, sanığın eylemi Asta Müessir Fiil suçunu oluşturur.*¹²⁸

Doktrindeki bir açıklamada, mahkemenin somut olayı değerlendirirken vücuda yönelik etkinin belirlenmesinde mağdurun subjektif duyarlılığı değil, objektif bir gözlemcinin değerlendirmesi ile konuyu ele alınması gerektiği açıklanmıştır.¹²⁹ Askerî Yargıtay'ın bu konuda mağdurun subjektif duyarlılığına da önem veren¹³⁰ kararlarına rast-

¹²⁸ As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

¹²⁹ Tezcan vd., s.198.

¹³⁰ 'Dava konusu olaylarda sanığın, er Ö.Y., Onb.R.H. ve Onb.M.A.'nin yüzlerine birer tokat atma ve er T.D.'in yemekhanede ensesine vurma şeklindeki eylemlerinde şefkat ve sevgiyle dokunma tarzında bir davranış biçimi sergilemediği mağdur erlerin, kendilerine atılan tokadı "dövme" olarak algıladıklarını beyan etmelerinden anlaşılmaktadır. Zira, bu hususu en iyi değerlendirebilecek olan böyle bir davranışa maruz kalan kimsedir. Ayrıca, Bölük Komutanının Vak'a ve Kanaat Raporunda "...şahıs bu tür hareketleri özellikle yeni gelmiş erbaş ve erlere onları sindirmek, korkutmak için yapmaktadır." şeklindeki kanaati de, bu düşüncüyü doğrulamaktadır. Bu nedenlerle, sanığın eylemi As.C.K.nun 117 nci maddesinde tanımlanan asta müessir fiil suçunu oluşturduğundan; Dairenin, eylemin 477 Sa-

lanması mümkündür.¹³¹

yılı Kanunun 55 nci maddesinde tanımlanan disiplin suçunu oluşturacağına ilişkin kabulü yerinde olmadığı gibi, Disiplin Amirinin, sanığın daha önce de bu tür eylemlerde bulunduğunu dikkate alarak, eylemi "az vahim hal" kapsamında, dolayısıyla kendi yetkisi dahilinde cezalandırmayı uygun görmeyerek suç evrakını adli soruşturma yapılması için işleme koyması karşısında, As.C.K.nun 117/2 nci maddesinin de uygulanması olanağı bulunmadığından bu hususa yönelik değerlendirmesi de yasaya aykırı görülmüş ve itirazın kabulü ile Daire kararının kaldırılmasına oybirliği ile karar verilmiştir.' As.Yar.DK., 04.03.1999 tarih 1999/27-45 EK. (Askeri Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.313-314)

- ¹³¹ Askeri Yargıtay'ın mağdurun sübjektif duyarlılığına önem vermediği bir başka kararı şöyledir: '...Mağdur J.Er NG., Askeri Mahkeme huzurundaki beyanında ve Askeri Savcı tarafından tespit edilen ifadesinde, iddianamede belirtilen olayın doğru olmadığını, dayak yemediğini, dolabında gofret bulundurması nedeniyle sanığın kendisini içtimada yanına çağırdığını, neden gofret bulundurduğunu sorarak omzuna dokunduğunu, bu eyleminin vurmak şeklinde olmadığını belirtmiş ise de, muhakkik tarafından tespit edilen 22.05.2008 tarihli ifadesinde, "... Üç hafta kadar önce dolabımda gofret olduğu için Recep Astsubayımız içtima alanında sopayla koluma birkaç defa hafifçe vurdu. ..." şeklinde beyanda bulunması; Tanıklardan J.Er E.Ç.'in, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Bir gün sabah içtimada NG.'e, dolabını ve yatağını düzeltmediği için Recep Astsubay eline aldığı bir sopa ile omzuna gelecek şekilde hafifçe vurdu. ..." şeklindeki ve aynı içerikteki muhakkik tarafından tespit edilen ifadeleri; J.Er Z.G.'in, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Recep Astsubay, NG.'ün dolabında gofret bulduktan sonra içtima esnasında NG.'e bir şeyler söyleyerek ensesine vurduğunu gördüm. ..." şeklindeki ve bu doğrultudaki hazırlık ifadeleri; J.Er EB.'nin, tanık sıfatıyla ve istinabe suretiyle tespit edilen, "... İçtima alanında Recep Astsubay, dolabında gofret bulduğu için NG.'ün eline sopa ile vurdu. ..." ve mağdur tanık sıfatıyla Askeri Mahkeme huzurunda tespit edilen, "... Koğuş kontrolü sırasında Naim'le ilgili bir problem çıkmış, bu nedenle içtima sırasında Recep Astsubay'ın Naim'in eline sopayla vurduğunu gördüm. ..." ; şeklindeki beyanları birlikte dikkate alındığında; sanık J.Kd.Üçvş. R.K'nın, koğuştaki dolabında gofret bulundurduğunu tespit ettiği J.Er N.G.'e sopayla vurmak suretiyle asta müessir fiil suçunu işlediği sonucuna varıldığından; direnilmek suretiyle verilen beraat hükmünün, sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir; Sanık J.Astsb.Çvş. Z.S. hakkında yapılan inceleme: Sanık sorgu ve savunmalarında özetle; iddianamede belirtilen olayın kesinlikle dövme şeklinde olmadığını, yanlış düzen eğitimi yaptırırken yerde bulduğu pilot kalem kadar bir çubuğu eline aldığını, bu sırada M.A'ın silahını yere düşürdüğünü gördüğünü ve elindeki çubukla çelik başlığına iki kez hafifçe dokunduğunu, bunu dövmek için yapmadığını beyan ederek, tevil yoluyla ikrarda bulunmuştur. Mağdur J.Er M.A., sanığın da hazır bulunduğu Askeri Mahkeme huzurundaki beyanında, iddianamede belirtilen olayın doğru olduğunu, ancak sanığın bunu dövmek için değil, şaka olsun diye yaptığını, elinde bulunan sopa ile çelik başlığına iki kez hafifçe dokunduğunu, kendisinin herhangi bir acı hissetmediğini belirtmiş ise de; Tanıklardan J.Er E.Ç.'in, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Zeynel Astsubay ise genellikle içtimalara elinde sopayla gelirdi ve bir keresinde M.A.'ı silahını düşürdü diye ... dövdüğünü görmüştüm. ..." şeklindeki ve aynı içerikteki muhakkik tarafından tespit edilen ifadeleri; J.Er S. D.'ün, istinabe suretiyle tespit edilen, "... Mayıs ayı içerisinde hatırlayamadığım bir tarihte nöbet tuttuğumuz bir gün, J.Er M.A.'ın silahını elinden düşürmesiyle Zeynel Astsubayın elindeki ağaç sopayla Mahmut AKIN'ın kafasında takılı olan çelik başlığa (2)

Bu suçun taksirle işlenmesi haline ilişkin TCK 89'da ki gibi özel bir düzenleme yoktur. Bu konuda daha önce yapılan açıklamalar geçerlidir.

2. Taammüden Yaralama (AsCK m.118/3)

AsCK 118/3'ncü fıkrasında TCK'da olmayan yaralamanın '*netice sebebiyle ağırlaştırılmış*' halinin '*taammüden*' işlenmesi şeklinde suçun nitelikli haline ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Burada taammüt kelimesi '*kast*' anlamında kullanılmıştır.¹³²Buradaki hal suçun işleniş şekillerinden failin kastının yoğunluğuna ilişkin bir nitelikli durumdur.

Doktrindeki bir görüşe göre, AsCK 118/3'ncü fıkradaki taammüdü-
n sadece suçun nitelikli halleri olan AsCK 118/1 ve 2'nci fıkralarında
gösterilen neticelere ilişkin olarak düzenlendiğine işaret edilmişken¹³³
benzer bir başka açıklamada '*astın vücudunda tahribat yaratmayı daha
önceden planlaması ve buna uygun olarak da eylemini gerçekleştirmesi duru-
munda taammüden işlendiği*'¹³⁴nin kabul edilmesi gerektiği ifade edil-
miştir.¹³⁵ Fail taammüden hareket etmemekle birlikte yine de eylemi 1
ve 2'nci fıkralarda yazılı sonuçları doğurursa bu durumda sadece 1 ve
2'nci fıkralara göre cezalandırma yapılacaktır.¹³⁶

kez sertçe vurduğunu görmüştüm. ... Zeynel Astsubay sopayla çok sert vurmuştu. Bu nedenle ben Zeynel Astsubay gittiğinde Mahmut'a 'Ne oldu, bir şey oldu mu?' diye sordum, o da bana başının çok ağrıdığını olay anında söylemişti. Zaten Mahmut, bu olaydan sonra (2) gün boyunca baş ağrısı çekti, geceleri yatamıyordu. ...'; şeklindeki yeminli beyanları karşısında; sanık J.Astsb.Çvş. Z.S.'ın, Mayıs ayı içerisinde bir tarihte, nöbeti sırasında silahını elinden düşürdüğü için J.Er Mahmut AKIN'ın kafasında takılı olan çelik başlığa sopayla iki kez sertçe vurmak suretiyle asta müessir fiil suçunu işlediği sonucuna varıldığından; direnilmek suretiyle verilen beraat hükmünün, sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir.' As.Yar.DK., 14.04.2011, 2011/31-31 EK.(TSK Net)

¹³² Çelen, s.361.

¹³³ Rifat Taşkın, «Askerî ceza kanunu şerhi», Ankara, 1941, s.209.

¹³⁴ Değirmenci, s.340.

¹³⁵ Gerçekten kanun koyucu AsCK 118/3'ncü fıkrasındaki 'taammüd' halini sadece 118'deki hallerle ilişkin kabul etmemiş olsaydı bu fıkranın 117'nci maddede müessir fiile ilişkin bütün halleri kapsayacak biçimde düzenlemesi gerekirdi. Ancak suçun nitelikli haline ilişkin taammüd fıkrasının suçun netice sebebiyle ağırlaştırılmış hallerini anlatan AsCK 118'nci maddesi içinde "Müessir fiillerle madununun vücudunda tahribat yapan veya ölümüne sebep olan mafevka verilecek ceza" başlığı altında düzenlenmesi madde başlığı ile pek uyumlu olmaması açısından uygun değildir. Bu düzenlemenin kanaatimizce AsCK 117'de ayrı bir fıkra da açıklanması daha uygun olacaktır.

¹³⁶ Çelen, s.361.

Tasarlama bir suçu önceden iyice düşünüp taşınarak işleme kastıdır. Tasarlama etraflıca düşünülmüş ve daha sonra harekete geçilmiş olması nedeniyle esasen kastın en yoğun şeklidir. TCK'da yer alan hemen her suç kural olarak tasarlanarak işlenebilir. Ancak bunun sonuç doğurması bakımından kanunda konuya ilişkin açıklık bulunmalıdır. TCK'da tasarlama tanımlanmış değildir. Ancak failin tehlikeli ruh halini ortaya koyması ve suçun başarılı bir sonuca varmasını olanaklı kıldığı için kasten öldürme suçu bakımından bir ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir (TCK m.82/1 a).¹³⁷

AsCK 118/3 fıkrasında üstün astına karşı tasarlayarak 117'nci maddede yazılı eylemleri işlemesi durumu suçun nitelikli halleri arasında sayılmıştır. Ancak AsCK 118'deki müessir fiil suçunun netice sebebiyle ağırlanmış halleri arasında 'taammüd' gibi failin kastına yönelik bir düzenlemeye yer vermesi maddenin konu bakımından düzenlenişine kaatimizce uygun olmamıştır.

3.Müessir Fiil Sonucu Ölüm (AsCK m.118/4)

Yukarıda açıklandığı üzere AsCK 118/3'deki taammüt hali AsCK 118/4'deki ölüme ilişkin değildir. Bu nedenle AsCK 118/4'ncü fıkrasında 117'nci maddede yazılı fiiller 'fiil ölümü intaç etmiş ise' cümlesindeki ölüm neticesi öldürme kasdına dayalı olarak meydana gelmemelidir. Yapılan fiilde astı öldürmek üst tarafından öngörülmüş istenmiş ve bu amaçla hareket edilmişse genel hükümlerde yazılı adam öldürme suçuna ilişkin (TCK 81-83 765 sayılı TCK 448-449) maddeler üst hakkında uygulanacaktır¹³⁸.

Ancak uygulamada kasten öldürmeye teşebbüs ile kasten yaralama ayrımında zorluk çıkabilir. Suçun niteliğinin belirlenmesinde failin kastı önem taşıyacaktır. Bu husus ancak dışa yansıyan bazı olgulardan yararlanılarak tespit edilebilir. Nitekim Türk ve Fransız Yargıtay'ı bu konuda çeşitli ölçüler geliştirmiştir. 'Buna göre failin olay öncesi, olay sırasındaki ve olaydan sonraki davranışları kastın belirlenmesinde ölçü olarak ele alınmalıdır. Bu iki suçu birbirinden ayıran ölçüler; fail ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmadığı (varsa nedeni ve niteliği), failin kullandığı saldırı aletinin mahiyeti ve kullanma şekli, atış ve darbe sayısı ile mesafesi, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri ile nitelik ve nicelikleri,

¹³⁷ Özbek vd., s.118-120.

¹³⁸ Çelen, s.361.

*hedef seçme olanağı olup olmadığı, olayın akışı ve sebebi, failin işlemeyi kast ettiği suçun meydana gelmesine iradesi dışında engel bir halin olup olmadığıdır. Tüm bu olgular olaysal değerlendirilmeli, sanığın kastı belirlenmelidir.*¹³⁹

Ancak üst veya amir, astını öldürmek kastı ile hareket ettikleri durumda TCK'nun kasten adam öldürmek suçlarını düzenleyen hükümleri tatbik edilecek aksi halde AsCK 118/4'ncü madde kapsamında işlem yapılacaktır. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında, 'üstün astını, öldürme kastı olmaksızın, silahla yaralaması halinde özel kanun olan AsCK 117 ve 118'nci maddelerindeki asta müessir fiil suçunun düşünülmesi gerektiği'¹⁴⁰ne karar vermiştir.

IV. SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

A. GENEL OLARAK

TCK'da kasten yaralama suçu bakımından düzenlenmiş olan nitelikli unsurları ağırlatıcı hafifletici sebepler, ağırlatıcı sebepleri de mağdurun sıfatından kaynaklanan ağırlatıcı sebepler ve meydana gelen neticeden kaynaklanan ağırlatıcı sebepler olarak sınıflandırmaktayken AsCK'da sadece neticeden kaynaklanan ağırlatıcı sebepler (AsCK m.118/1, 2, 4) ve mağdurun kastının yoğunluğuna dayanan (AsCK 118/3) olarak sayabiliriz. Taammüt haline ilişkin husus yukarıda incelendiği için burada sadece madunun vücudunda 'tahribata neden olma' (AsCK 118/1), 'daha vahim hal' (AsCK 118/2) ve 'müessir fiil sonucu ölüm neticesi' (AsCK 118/4) halleri incelenecektir.

Yukarıdaki suçun ağırlatıcı nedenine dayalı artırım nedeni dışında daha öncede bahsedilen AsCK 51'inci maddesinde AsCK'na has genel bir artırım nedeni bulunmaktadır. Maddeye göre; 'Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muciptir.

A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek;

B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak;

¹³⁹ Tezcan vd., s.137-138.

¹⁴⁰ As. Yrg.4.D. 18.12.1990, E.653, K.205 (Nakleden:Çelen, s.360)

C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek.'

AsCK 51/1-A ve D bentlerindeki durumlar AsCK 117'nci maddesinde yazılı suçun bir unsuru ya da artırım nedeni olmadığından bu bentlerdeki yazılı hallerde yine AsCK 50'nci maddesinde açıklandığı biçimde¹⁴¹ bir artırım gidilebilir. Ancak 'resmi nüfuz ve salahiyyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak' unsuru AsCK 117'nci fıkrasında "tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulması" bakımından suçun bir unsuru olarak kabul edilebilir bu durumda AsCK 51/1-B bendi kapsamında kanaatimizce cezada artırım gidilemez.

Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hâllerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırım sonra indirim yapılır (TCK m.61/4). Burada ortaya şu sorun çıkmaktadır: Aşağıda incelenmeye çalışılacak olan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerden birden fazlası tek bir suçta gerçekleşmiş olsa ya da bunlarla birlikte AsCK 51'nci maddesi birlikte bulursa nasıl bir uygulama yapılacaktır?

Yargıtay 5237 sayılı TCK zamanında verdiği bir kararında "5237 sayılı TCK'nın 86. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin bir bütün olarak sayıldığı ve her bir bentten dolayı ayrı ayrı artırım yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, birden fazla nitelikli halin aynı olayda birleşmesi durumunda mahkemenin temel cezayı tayin ederken bu hususu da göz önünde bulundurabileceği nazara alınarak, sanığın eşine karşı işlediği silahla kasten yaralama suçundan yukarıda belirtilen madde uyarınca bir kez artırım yapılması gerektiği gözetilmeyerek iki kez artırım yapılması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayininin bozmayı gerektireceğine" hükmetmiştir¹⁴².

Yine hem AsCK 118'deki suçun netice sebebiyle artırım ve hem

¹⁴¹ Askerî Ceza Kanununda, "Cezanın nasıl arttırılacağı" başlıklı 50'inci maddesi; "Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı âzami haddi geçemez" biçimindedir.

¹⁴² 2. CD., 25.1.2007 E. 2006/8827 K. 2007/841; www.kazanci.com.tr. (Özbek vd., s.207)

de AsCK 51'deki artırımın birlikte uygulanması-örneğin suçun silahla işlenmesi ve yaralamanın uzuv kaybına neden olması-halinde iki nedene dayalı olarak cezada artırım yapılabilecektir. Ancak AsCK 51'nci maddede birden fazla artırım nedeninden sadece birine dayalı olarak artırım yapılabilir. Diğer husus kanaatimizce belki hakimın cezaı tespit ederken takdir hakkına dayalı bir artırım nedeni olabilir.

A. 'MADUNUN VÜCUDUNDA TAHRİBATA NEDEN OLMA' (AsCK 118/1)/ 'DAHA VAHİM HAL' (AsCK 118/2)

AsCK 118/1'nci fıkrasında fiilin, '*madunun vücudunda tahribat(a)*' neden olması halinde cezanın ağırlaşacağından bahsedilmekle birlikte '*tahribat*' teriminin tanımı ve hangi hususları kapsadığı kanunda açıklanmamıştır.

Mağdurun vücudunda '*tahribat*' husule gelmiş olup olmadığı ve '*daha vahim halin*' ne olduğu hususlarının belirlenmesi suç vasfının tespiti açısından önemlidir. Aksi durum Askerî Yargıtay kararlarına göre de bozma nedenidir.¹⁴³ Ancak suçun netice nedeniyle ağırlaşmış nitelikli haline ilişkin bu tespit aslında kanunilik ilkesine uygun bir biçimde TCK'da kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hallerini düzenleyen 87'nci maddesinde olduğu gibi belirlenmediğinden AsCK 118/1 ve 2'nci fıkralarındaki bu boşluğun doldurulmasında Askerî Yargıtay kararları bize yol gösterici olacaktır.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, tahribatı mucip asta müessir fiil suçunu düzenleyen 118/1'nci maddelerinde yer alan vücuttaki tahribat deyiminin, '*vücudun harap olan noktasının, doğal görevini yapamaması anlamına gel(diği)*' ifade edilmiştir. Askerî Yargıtay bu sözcüğün, '*TCK'nın 456 ncı maddesinin 2 ve 3 üncü fıkralarında sayılan uzuv tatili, uzuv zaafı, çehrede sabit eser*¹⁴⁴, *çehrede daimî değişiklik, akıl hastalığı vb.*

¹⁴³ 'Mağdurun vücudunda tahribat husule gelmiş olup olmadığı, tahribat varsa bu tahribatın TCK'nın 456 (2, 3 madde ve fıkralarında belirtilen hallerden hangisine uyduğu tespit edilmeden AsCK 118 madde gereğince hüküm tesisi kanuna aykırıdır.' As.Yrg.2D., 13.06.2001, 453-448 EK. (Nakleden: Bal, s.118-1); As.Yar.3D., 24.1.2006, 2006/88-87 EK.

¹⁴⁴ 'Açıklandığı gibi, işlenen müessir fiilden dolayı astın yüzünde meydana gelen nedbenin "tahribat" kapsamında mütalâası ve sanık olan üstün ASCK'nın 118 inci maddesi gereğince cezalandırılabilmesi için, nedbenin TCK'nın 456/2 nci maddesinin kastettiği anlamda "çehrede sabit eser" niteliğinde olması gerekir...' (As.Yrg.3.D. 4.2.1969 tarih ve 1969/63-68 ile Yargıtay 4.C.D. 4.3.1958-12125/1937;

*hâlleri kapsadığı*¹⁴⁵, ‘5237 sayılı TCK’nın 87’nci maddesinin 1’nci fıkrasında belirtilen, mağdurun, duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan duruma, gebe bir kadına işlenip de çocuğun vaktinden önce doğmasına neden olunması halleri ile özdeş kabul edilmesi gerektiği”¹⁴⁶ “kalıcı hastalıklar(ın)”¹⁴⁷ da tahribat kapsamında olduğu ifade edilmiştir.

Askeri Yargıtay’ın konuya ışık tutan bir başka kararı şöyledir: ‘Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 31.12.1998/203-184, 1 inci Dairenin 31.07.1996/541-538, 05.04.2000/115-194, 2 nci Dairenin 13.06.2001/453-448, 3 üncü Dairenin 08.10.1996/574-574, 16.12.2003/1358-1356, 21.09.2004/820-811, 4 üncü Dairenin 12.12.1972/420-410 ve 5 inci Dairenin 13.03.1996/146-144, 17.05.2000/304-301 tarih ve sayılı kararlarında da belirtildiği gibi;

Askerî Ceza Kanununun tahribatı mucip üste fiilen taarruz suçunu düzenleyen 91/4 (5078 sayılı Kanun ile değişik 91/3) ve tahribatı mucip asta müessir fiil suçunu düzenleyen 118/1’inci maddelerinde yer alan **vücuttaki tahribat deyimi, vücudun harap olan noktasının doğal görevini yapamaması anlamına gelmektedir.** Yaralanmanın (mülga) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 456’nci maddesinin 2 ve 3’üncü fıkralarında belirtildiği şekilde, havastan veya azadan birinin devamlı zaafı (**uzuv zaafı**) veyahut ziyai (**uzuv tatili**) sayılacak nitelik ve derecede (01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama” suçunu düzenleyen 87/1-a ve 87/2-b madde, fıkra ve bentlerinde belirtildiği şekilde, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflaması veyahut işlevinin yitirilmesi derecesinde) olması hâlinde ancak, failin fiilinin tahribatı mucip asta müessir fiil suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Mağdurun vücudunda meydana gelen yaralanmanın, hem ceza hukuku ve hem de tıbbî yönden, kanunda belirtilen anlamda **tahribat**, diğer bir ifadeyle **uzuv zaafı** veya **uzuv tatili** niteliğinde bulunup bulunmadığının

3.10.1989- 5358/5754; 5.3.1990-668/1139 sayılı kararları da bu yöndedir.)
 145 As.Yar.1D., 19.02.2003, 2003/146-144 EK ((As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.329-332)
 As.Yar.3D., 24.1.2006, 2006/88-87 EK; Bu kararda As.Yrg.Drl.Krl. 31.12.1998 tarih ve 1998/203-184; As.Yrg.Gn. Krl. 11.11.1949 tarih ve E 1819 K.1994 atıfta bulunulur.
 146 As.Yar.1D., 22.10.2008, 2008/2639-2632 EK. (Nakleden: Kangal, s.115, dpn.177)
 147 ‘As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/24-22 (As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.352)

*tayini bakımından, işin çözümünün uzmanlığı gerektiren tıbbî yönü de göz önüne alındığında, adlî tıp uzmanının veya vücutta meydana gelen yaralanmanın türüne göre ilgili uzman hekimlerin meslekî görüşlerinin alınması zorunludur'*¹⁴⁸

Buradaki asıl zorluk tahribat olarak belirlenen hususlardan hangi hallerin AsCK 118/2'nci fıkrasındaki '*daha vahim haller*' kapsamında kaldığının belirlenmesidir. Askerî Yargıtay'ın bir kararında bu husus ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Karar şöyledir¹⁴⁹:

'...Her ne kadar ASCK'nın 118/2'nci maddesinde yazılı "daha ziyade vahim hâlin" belirlenmesinde, kanun, objektif bir kıstas öngörmemiş ise de, TCK'nın 456'ncı maddesindeki düzenlemeye başvurulup, buradaki kavramlardan istifade edilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı gibi, aksine, uygulamada tereddütler yaşanmaması ve uygulama birliği sağlanması bakımından böyle objektif bir ölçüte başvurmanın büyük faydaları mevcuttur. ASCK'nın 118'inci maddesinin 1 ve 2'nci bentlerinde öngörülen cezaların, TCK'nın 456'ncı maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında öngörülen cezalara göre hafif olduğu da dikkate alındığında, TCK'nın 456'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasına giren bir yaralanmaya sebep olmuş fail hakkında ASCK'nın 118/2'nci maddesi uyarınca uygulama yapılması, ceza adaletini de temin edecektir. Bu nedenle; tahribat olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayan ve uzuv tatili olarak nitelenen tek gözüün kaybının, ASCK'nın 118/2'nci maddesinde düzenlenen "daha ziyade vahim hâl" kapsamında olduğunun kabulü hakkaniyete uygun olacaktır.

Esasen, yukarıda değinilen Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 14.11.1969 tarih ve 1969/97-92 sayılı kararı ile 4'üncü Dairenin 2.3.1971 tarih ve 1971/96-94 ve 3'üncü Dairenin 18.11.1997 tarih ve 1997/634-632 sayılı kararları da bu yöndedir.

Bu itibarla, "uzuv zaafı " sayılacak arızalar için ASCK'nın 118'inci maddesinin ilk bendi, "uzuv tatili" sayılacak arızalar için ise ASCK'nın 118'inci maddesinin ikinci bendi uyarınca uygulama yapılması(na)' karar verilmiştir.

Askerî Yargıtay'ın yukarıda açıklanan yerleşmiş kararlarına göre;

¹⁴⁸ As.Yar.3D., 24.01.2006, 2006/0088-0087 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.20, Y.2008, s.220-225)

¹⁴⁹ As.Yar.DK., 05.02.2004, 2004/24-22 (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.17, Y.2005, s.352)

5237 sayılı TCK'nun 87/1-a maddesine giren haller AsCK 118/1'e göre cezalandırılmayı gerektirecekken, TCK 87/2-b'deki haller daha vahim haller kapsamında AsCK 118/2'nci fıkra göre cezalandırılmayı gerektirecektir.

Askeri Yargıtay bir kararında, *'Sanık Yzb.nun bölüğündeki eri tekme tokat dövmek suretiyle mağdurun böbreğinin yarılması, iç kanama geçirmesi olayında; mağdurun hayati tehlike geçirdiği ancak ameliyattan sonra bu tehlikenin ortadan kalktığı, 25 gün iş ve gücünden geri kaldığı, ameliyat sonucu organ ve doku kaybı olmadığı, sabit ise de, tahribatın AsCK.nun 118 inci maddesi kapsamında olduğu,... Mağdurun tıbbi müdahale sonucu iyileşmiş olması(nun) sonucu değiştirme(yeçeğine)'*¹⁵⁰ karar vermiştir.

Askeri Yargıtay kararlarında, AsCK 118/2'nci fıkrasındaki *'daha ziyade vahim hal'* kıstasının bağımsız olarak değil 1'nci fıkrasındaki *'tahribat'* kavramı ile ilişkilendirildiği anlaşılmaktadır.

Kanatimizce AsCK 118/1 ve 2'nci maddelerine ilişkin belirlemelerin, her olay bakımından tartışmayı gerektirecek olması nedeniyle, AsCK 118'nci maddenin TCK'na atıf yapılmak suretiyle, TCK ile paralel hale getirilmesi hem ceza adaleti hem de uygulama kolaylığı sağlayacaktır.

B. ÖLÜMLE SONUÇLANAN YARALAMA (AsCK 118/4)

AsCK'nun 118'nci maddesinin 4'ncü fıkrasında, asta müessir fiilin ölümle sonuçlanması hali ağırlatıcı neden olarak öngörülmüştür. Bu fıkra hükmüne bağlanan "ölüm" neticesi yukarıda açıklandığı üzere asta müstenit olmayarak vuku bulmalıdır. Bu fıkra, tipik bir *"neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç"* halini cezalandırmakta olup TCK'nun 87/4'ncü fıkrasına emsal bir hüküm niteliğindedir.¹⁵¹ Şu halde amir veya üstün, müessir fiil kastı ile suçu işlemeleri neticesinde ölüm meydana gelmişse bu fıkra tatbik edilecektir.¹⁵²

¹⁵⁰ As.Yrg.DrI.KrI., 6.12.1992, E.22, K.17. (Nakleden:Çelen, s.362)

¹⁵¹ Taşkın, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, s.186.

¹⁵² "Astı olan er'e 2-3 tokat vurup sonra çelme takarak yere düşüren ve mağdurun başının beton zemine çarparak beyin kanaması sonucu ölümüne sebep olan çavuş hakkında As.C.K.nun 118/4.maddesinin uygulanması gerekeceği cihetle..." Askeri Yargıtay DrI. KrI. 22.6.1978 66/53(Yayınlanmamıştır)

V. KUSURLULUK

A.HAKSIZ TAHRİK

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimsenin haksız tahrik nedeniyle cezasında indirim yapılmaktadır.(TCK m.29)

AsCK 92'nci maddesinde, içinde inceleme konumuz olan AsCK 117'nci maddesi de dahil olmak üzere bazı suçlar bakımından haksız tahrik hali özel bir indirim nedeni olarak düzenlenmiştir.¹⁵³

Bu durum çoğu olayda suç failinin emrine itaat ettirmek maksadıyla mağdura karşı yaralama eyleminde bulunduğu ve bunun haksız tahrik oluşturduğunu savunma olarak ileri sürmesine neden olmaktadır. Ancak Askerî Yargıtay kararlarında bu husus sanıklar lehine bir indirim nedeni olarak kabul edilmemektedir.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, *'..mağdurların emre itaat etmemeleri ve disiplinsiz davranışlarının etkisi ile haksız tahrik altında kalarak eylemleri gerçekleştirdiğini ileri sürmüş ise de; Mağdurların disiplinsiz davranışlarının cezai yaptırımının mevzuatta yer almış olması, sanığın, mağdurlar hakkında mevzuata göre işlem yapma imkanına sahip olması ve mağdurların fiillerinin, sanığın şahsına yönelik haksız bir fiil niteliğinde bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, atılı suçlardan sanık hakkında haksız tahrik hükmü gereğince indirim yapılması hukuken mümkün olmaması nedeniyle sanığın bu yöndeki temyiz sebebi yerinde görülmemiştir.'*¹⁵⁴

Diğer bir husus mefruz tahriktir. Doktrinde mefruz tahrik konusu tartışmalıdır.¹⁵⁵ Askerî Yargıtay bir kararlarında *'Birlik yapıcısı er ile*

¹⁵³ "Tahrik suretiyle madunun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceği" başlıklı AsCK 92'de haksız tahrik özel olarak düzenlenmiştir. Madde şöyledir: "1. Bir amir veya mafevk, Askerî nizamla ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salâhiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu tahrik eyler ve madun bu tahrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91 inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir.2. Birinci fıkradaki tahriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır."

¹⁵⁴ (Askerî Yargıtay 3'üncü Dairesinin 01.12.2010 tarihli ve 2010/2075-2068 E.K.sayılı; 4'üncü Dairesinin 21.07.2009 tarihli ve 2009/1759-1748 E.K.sayılı kararları da aynı yöndedir). As.Yar.1D., 21.09.2011, 2010/0700-0744 EK.(TSK Net)

¹⁵⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Yaşar Duran, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik (Yayınlanmış Doktora Tezi) , İstanbul 2010, s.113-116.

*mağdur er arasında nöbet listesi yüzünden çıkan tartışma sırasında, mağdur Er'in, bölük yazıcısı Er'i hedef alarak sarfetmiş olduğu küfürlü sözler, sanık yüzbaşı bakımından haksız tahrik oluşturmadığı gibi; sanığın, kendisine küfür edildiğine ilişkin zan ve vehimi de mefruz tahrik olarak kabul edilemez.*¹⁵⁶ Bu örneğe göre mefruz tahrik etkisi altında astına müessir fiilde bulunan üstün cezasında indirim yapılması mümkün değildir.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A.TEŞEBBÜS

AsCK 91'deki 'üste fiilen taarruza teşebbüs suçu' bir kalkışma suçu iken aynı fiilin asta karşı yapılmaya kalkışılması durumu ancak teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. AsCK 117'nci maddesi teşebbüs hükümleri bakımından iki kısma ayırarak incelenmesi mümkündür.

Bunlardan ilki maddenin "*Madununun kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerine*" ilişkindir. Kanaatimizce TCK'da kasten yaralama suçu (TCK m.86) hakkında teşebbüs haline ilişkin açıklamalar bu cümle içinde geçerlidir. Bu nedenle AsCK 117'nci maddede de başkasının vücuduna acı verilmesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulması ya da tazip maksadıyla hizmetin güçleştirilmesi ya da kötü muamele yapılmasına göz yumulması hallerinde suç tamamlanmış olur. O halde bu suçun bir zarar suçu olduğu söylenmelidir. Kasten yaralama suçunun teşebbüs aşamasında kalmış olması durumunda da ceza o ana kadar yapılan hareketlerin meydana getirdiği zarar veya tehlikenin ağırlığına göre belirlenecektir.¹⁵⁷

Doktrinde, kasten yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış halleri bakımından teşebbüsün mümkün olup olmayacağı tartışılmalıdır. Fail doğrudan ağırlaşmış neticenin gerçekleşmesine kast etmişken bu amacına ulaşamamış olabilir. Bu durumda ağırlaşmış neticeye teşebbüsten söz edilebilir. Fail kasten yaralama kastıyla hareket eder. Ancak kasten yaralama teşebbüs aşamasında kalır. Ancak buna rağmen kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekli gerçekleşir. Bu durumda

¹⁵⁶ As.Yar.3D., 6.3.2007, 2007/541-541 EK. (Askerî Yargıtay Dergisi, S.21, Y.2008, s.229-231)

¹⁵⁷ Özbek vd., s.233.

temel suç tipi olan kasten yaralama teşebbüs aşamasında kalmıştır.¹⁵⁸

Diğer husus AsCK 117/1'de '*tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuaamelede bulunulmasına müsamaha edilmesi*' halidir.

Öncelikle cümledeki suçun tamamlanması için hizmetin güçleştirilmesi ya da diğer askerlerin mağdura yaptıkları kötü muamele işleminin gerçekleşmesine müsamaha edilmesi gerekir. Kötü muamele gerçekleşene kadar müsamaha gösteren fail bakımından suç artık tamamlanmıştır. Bir süre müdahale etmeden buna müsamaha gösteren daha sonra bundan pişman olan ve müdahale ederek kötü muamelelerin gerçekleşmesini önleyen bakımından TCK'daki gönüllü vazgeçme (TCK m.36)¹⁵⁹ hükümleri söz konusu olabilir. Bu durum kötü muamelede bulunan diğer askerlerin işlediği suçlar bakımından teşebbüs hâline ilişkin bir uygulamayı gerektirebilecekken AsCK 117/1'deki bu suçun işlenmesine müsamaha gösteren fail açısından ancak tamam olan kısım bir suçsa sadece o kısım için ceza verilebilecektir.

B. İŞTİRAK

AsCK 117'deki suç failinin suçuna, müşterek fail olarak katılınabileceği gibi, azmettirme ya da yardım etme suretiyle de katılınması kanaatimizce mümkündür. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu da işlenen suçun cezası kadarken (TCK m.38/1) bu suçun işlenmesine TCK 39'ncu maddesinde açıklandığı gibi yardım eden açısından verilecek cezalar daha hafif bir cezayı gerektirecektir. Zira AsCK'nun Ek 8 ve 10'ncu maddeleri gereğince¹⁶⁰, askerî suçların iştirak hâlinde işlenmelerinde TCK'nun iştirake ilişkin kuralları geçerlidir.

¹⁵⁸ Bu açıklamalar için bkz.Özbek vd., s.234.

¹⁵⁹ TCK'nın 36/(1) maddesinde: 'Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır' hükmü yer almaktadır.

¹⁶⁰ AsCK Ek Madde 8: "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanlaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır..." Ek Madde 10: "Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9'uncu maddeleri ...uygulanmasına devam olunur..."

AsCK 117/1'nci fıkrasında, *'onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha eden'* amir veya üstten bahsedilmektedir. Burada amir ya da üstün işlenen bir suça göz yumması söz konusu olup, maddede diğer askerler ve bunların suçuna göz yuman üst ya da amir arasında bir iştirak anlaşması söz konusu değildir.

Eğer amir ya da üst diğer askerlerle birlikte önceden anlaşarak müsamaha gösteriyorsa AsCK 117/1'nci madde kapsamında cezalandırılacağı gibi bu durumda failin cezası AsCK 51/1-A bendi *'Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek'* kapsamında artırılacaktır.

TCK 40. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur"* şeklindeki genel düzenlemeye AsCK'da bir istisna getirilmediğinden AsCK 117'de ki gibi fail açısından özgü suç niteliğinde olan bu suçun işlenişine iştirak eden kişilerin azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Bu durumda AsCK 51/1-A bendi gereği failin *'Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek'* maddesi kapsamında cezasının artırılması mümkündür.

C.İÇTİMA

Bu suçun birden fazla kişiye karşı aynı kasıt altında işlenmesi halindeki içtima durumu söz konusu olur. Askerî Yargıtay bir kararında, *'Olay sırasında, her biri bir birinden bağımsız eylemler ile dört ayrı mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olduğundan TCK'nın 42'nci maddesindeki bileşik suç, 43'üncü maddesindeki zincirleme suç ve 44'üncü maddesindeki fikri içtima halleri mevcut olmadığından sanık hakkında dört ayrı asta müessir fiil suçundan AsCK'nın 117/1'inci maddesinin dört kez ayrı ayrı tatbiki suretiyle cezalandırılmasında bir isabetsizlik bulunmadığı'* açıklanmıştır.¹⁶¹

Yine AsCK 117/1'deki *'onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha eden amir'* bakımından fail aynı zamanda AsCK'da *'Madununa nezarete ihmal edenler, madunun suçları hakkında takibatta bulunmayanlar'* başlıklı 145'nci maddesini de ihlal

¹⁶¹ Askerî Yargıtay 1D. 21.09.2011 tarih ve 2010/0700-0744 EK.

etmektedir.¹⁶² Ancak fikri içtima kuralı gereği(TCK m.44) fail, sadece cezası daha ağır olan AsCK 117'ye göre cezalandırılacaktır.

Diğer bir husus, bu suçun '*Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası*' (AsCK m.111) başlıklı suçla içtima edip edemeyeceğidir. Maddeye göre; '*Ceza vermek salahiyetini tecavüz ederek ve bilhassa hak edilmemiş veya müsaade olunmamış bir cezayı kasten verenler beş seneye kadar hapsolunur*' hükmü yer almaktadır.¹⁶³

Ceza vermek salahiyetini tecavüz ederek ve bilhassa hak edilmiş veya müsaade olunmamış bir ceza, cezayı çeken açısından ruhsal ve fiziki yönden sağlığının bozulmasına neden olabilecektir. Sanığın tek bir fiili ile hem AsCK 111 (ya da 115)¹⁶⁴ hem de AsCK 117'nci maddelerinde yazılı suçların birlikte işlenmesi kanaatimizce mümkündür.

Ancak Askerî Yargıtay kararlarında; '*Sanığın, "daha müessir olur, istirahat edemezler" düşüncesiyle çadır hapsi türünden bir ceza ihdas ederek, ceza verdiği astlarını kışın dondurucu soğuğun, yazın kavurucu sıcaklığın altında yaz ve kış çadırlara tıkarak cezalarını infaz ettirmiş olmasını sadece 'hak edilmemiş ve kanunda bulunmayan ceza vermek suçu' kapsamında değerlendirilmiştir.*¹⁶⁵ Kanaatimizce burada iki suç vardır. Ancak TCK m.44'ncü maddesindeki fikri içtima kuralı gereğince cezası daha ağır olan AsCK 111'nci maddesinin uygulanmasına yerindedir.

¹⁶² Taşkın, s.208.

¹⁶³ AsCK'nun 111'nci maddesi irdelendiğinde, bu suçun oluşabilmesi için; failin, ceza vermek yetkisini kasıtlı olarak aykırı hareket etmesi gerekmektedir. "Disiplin cezası vermeye selahiyetli amirler" AsCK'nun 168'nci maddesinde, "Ceza vermek selahiyetine haiz en yakın amir ile daha yüksek disiplin amirinin ceza verebileceği haller" AsCK'nun 170'nci maddesinde, "Disiplin amirlerinin ceza selahiyeti" AsCK'nun 171'nci maddesinde, "Disiplin amirlerine vekalet edenlerin ceza vermek yetkisi" ise AsCK'nun 172'nci maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁶⁴ AsCK 111'nci maddesinde yazılı suçlar ancak disiplin amirleri tarafından işlenebilen özgü bir suçtur. Bu yetkiye haiz olmayan bir kişinin bahse konu suç kapsamındaki eylemleri AsCK'nun başka bir maddesinde düzenlenen 'memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması' (AsCK m.115) suçunu oluşturacaktır. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, 'sanık Astsb.'ın marangozhanede yumurta pişirdikleri tespit ettiği Er H'i saçlarını sıfır numara traş ettirmek, bir ay süreyle çarşı iznine çıkmalarını yasaklamak ve akşamları ceza nöbeti tutturmak suretiyle ceza vermek yetkisini tecavüz' etmesinde ceza verme yetkisi olmaması nedeniyle eylemin AsCK 111 değil AsCK 115'nci maddesini oluşturacağına' karar vermiştir. Polatcan, s.379.

¹⁶⁵ (1.D.13/4/1989 E:48, K:38) (Nakleden: Polatcan, s.379)

VI. SUÇA UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

A.GENEL OLARAK

AsCK 117/1 ve 2'inci fıkralarının suç failleri için *beş seneye kadar hapis 3'ncü fıkrasındaki suç faili için ise on seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmektedir*. AsCK 1/1'inci fıkrasının TCK'na yaptığı genel atıf dolayısıyla hapis cezaları bakımından TCK'nun genel hükümleri uygulanacağından¹⁶⁶ artık AsCK'da yer alan *"ağır hapis cezası"* ifadelerinin *"hapis cezası"* olarak ele alınması gerekecektir.¹⁶⁷

AsCK 117/3'ncü fıkrasındaki ağır hapis cezasının alt sınırı en az on yıl olarak gösterilmiş ancak üst sınırı belirtilmediğinden genel hükümler uyarınca bu süre yirmi yıldan fazla olamayacaktır. (TCK m.49/1)

TCK 51'nci maddesinde sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul eden düzenlemesi kural olarak askerî suçlar bakımından da geçerli olup AsCK 47'nci maddesinde bu kurala bazı istisnalar getirerek bazı suçlardan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceğini öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı AsCK'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12'nci maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğu ve iptaline karar verildiğinden artık Askerî suçlarında TCK'daki erteleme şartları kapsamında ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi mümkün olacaktır.

Ancak hemen belirtelim ki AsCK 117'nci maddesi AsCK 47'nci maddede yer alan istisna suçlar arasında olmadığından bu suç faillerinin cezalarının paraya çevrilmesi ya da cezanın ertelenmesi uygulaması zaten Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararından öncede mümkündü.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Bu husus AsCK 1/1 fıkrasında; "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfı 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).

¹⁶⁷ Bu husus AsCK 1/1 fıkrasında; "Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfı 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). Benzer açıklama için bkz. Kangal, s.181.

¹⁶⁸ Ancak AsCK 117'nci maddesi AsCK 47/A kapsamında yer alsa dahi, Anayasa

Yine bir diğer hususta AsCK 117'deki suçun kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği hususudur. AsCK Ek 8/2'nci fıkrasında; *"Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz"* hükmü yer almaktaydı. AsCK 117'nci maddesi sırf askerî suçlardan olmadığından bu suçun şartları varsa kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.¹⁶⁹

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. Ancak bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile iptal edildiğinden Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, AsCK 117'nci maddesinden yargılanan suç faillerinin cezaları hakkında şartları varsa CMK 231. maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kural uygulanabilecektir.

VII. YARGILAMA GÖREVİ

353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usul Kanunun (AsYUK)'un *"Genel görev"* başlıklı 9'uncu maddesi; *"Askerî Mahkemeler, kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine ...yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler"* hükmünü içermektedir.

Aynı Kanun'un *"Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi"* başlıklı 17'inci maddesinde ise; *"Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu*

Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2.'inci maddesine aykırı olduğu ve iptaline karar verildiğinden cezanın ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi yine de mümkün olacaktır.

¹⁶⁹ Ancak AsCK 117 AsCK Ek /2'nci fıkrası kapsamında sırf Askerî suç olsa dahi, Ek/2'nci fıkranın da, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararı ile bu maddenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali edilmesi nedeniyle yine de kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlara çevrilmesi mümkün olacaktır.

mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevi sona erer” şeklindedir.

AsCK 117’nci maddesinde yazılı olan suç yukarıda açıklandığı üzere askerî bir suçtur. Bu nedenle bu suç failleri askerî mahkemede yargılanacaktır. Failin ya da mağdurun emekli olması askerî mahkemede yargılama ile bağlantıyı kesmez.

Ancak eşit rütbede olan asker kişiler ile Askeri Yargıtay’ın daha önce açıklanan emsal kararında aralarında astlık üstlük ilişkisi olsa dahi eşler arasında hizmet ilişkisinin bulunmadığı durumlarda eşler arasında AsCK 117’deki suça benzer eylemlerde TCK hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Bu durumda suç askerî bir suç olmadığından sadece suçun asker kişiler arasında işlenmesi nedeniyle askerî mahkemede dava açılacaktır.

Ancak asker kişi olan sanığın terhis ya da emeklilik gibi nedenlerle asker kişi sıfatlarının sona ermesi durumunda¹⁷⁰ artık sivil yargı görevli olacağından görevsizlik kararı verilerek suç dosyasının soruşturma aşamasında suç mahalli olan Cumhuriyet Savcılıklarına kovuşturma aşamasında ise aynı yer Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesi gerekecektir. Askerî Yargıtay kararları da benzer doğrultudadır.¹⁷¹

KAYNAKÇA

Kaynak A.Osman, Disiplin Amirleri İçin Ceza İşlemleri Muhtırası, Donanma K’lığı Basımevi, Kocaeli, 1988.

Koçyiğit Ali, Disiplin Mahkemeleri Kanununa Göre Askerî Disiplin Suçları ve Cezaları, (Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2007. <http://www.belgeler.com/blg/16br/diisiplin-mahkemeleri-kanununa-gore-Askeri-disiplin-suclari-ve-cezalari-military-discipline-crimes-and-discipline-punishment-according-to-law-of-discipline-crime-court>. (1.1.2012)

¹⁷⁰ ‘...Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi hususunda dikkate alınacak olan verinin mağdur değil sanık olduğunda bir duraksama bulunmamaktadır.’ As.Yar.1D., 01.12.2010, 2010/2247-2233.(TSK Net)

¹⁷¹ ‘Askerî Mahkemece; sanığın, 03.06.2011 tarihinde, mağdur J.Er Ali AKSAN’a yönelik olarak kasten yaralama suçunu işlediği iddiasıyla, TCK’nın 86/2’nci maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, atılı suçun askerî bir suç olmaması, askerî suça bağlı olmaması ve sanığın da terhis olması nedeniyle askerî mahkemede yargılanmasını gerektiren ilginin kesilmesi sebebiyle, Askerî Mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir.’ As.Yar.2D., 26.06.2012, 2012/886-871 EK. (TSK Net)

- Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan, Erdem; R.Murat, Önok; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 9.Baskı, 2013.
- Erman Sahir, "Askerî Yargı", *Askerî Adalet Dergisi*, Yıl:22, S.90, Mayıs1994.
- Demirağ Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Duran Gökhan Yaşar, Askerî Disiplin Hukuku, 1.Baskı. İstanbul 2012.
- Duran Gökhan Yaşar, 'Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)', *MÜ.Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmalar Dergisi* (Özel Sayı), Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Yıl:2013, C.19, S.2.
- Duran Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik (Yayınlanmış Doktora Tezi), İstanbul 2010.
- Yalvaç Gürsel, Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, 13.Baskı, Ankara 2013.
- Zafer Hamide, Kötü Muamele Suçu (TCK m.232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması) <http://hamidezafer.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA-PDF.pdf>, (27.02.2014)
- Özbakan** Hulusi, Açıklamalı Disiplin Mahkemeleri Ve Disiplin Suç ve Cezaları Kanunu, Ankara 1990.
- Özbakan Hulusi, İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990.
- Polatcan İsmet, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı Askerî Ceza Kanunu, 26.Bası, İstanbul 2000.
- Bal Kemal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002.
- Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Caner, Yenidünya; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Muzaffer, Dilek; "Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları", <http://www.mulkiyeteftis.gov.tr> (1.1.2012)
- Değirmenci Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara, Kasım 2013, s.337.
- Çelen Orhan, En Son İçtihatlı, Notlu, açıklamalı, Örnekli İç Hizmet Kanunu, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Ankara 1997.
- Yıldırım Ramazan, "Türk Disiplin Hukukuna Kısa Bir Bakış", *AYİM Dergisi*, Sayı 14, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2000.
- Taşkın Rıfat, "Askerî Ceza Kanunu Şerhi", Ankara, 1941.
- Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, **İstanbul:Üçdal** Neşriyat, 7.Bası, Ankara, 1983.
- Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.I, 11.Bası, İstanbul, 1994, s.344.
- Tanrıver Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013 (104), s.13. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>, (24.01.2014)
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Koray, Pınar Doğan, İlker Bacaksız, Tepe; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012.
- Kangal Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012.