Ceza Bölümü 1990/37 E. , 1991/3 K.

- NÖBETÇI ÇAVUŞUNUN, ASKERI MAHALDE, ÇAVUŞ ER ALEYHINE ASKERLIK HIZMETIYLE ILGILI OLARAK IŞLEDIĞI MÜESSIR FIILE ILIŞKIN DAVA

  - ASKERİ CEZA KANUNU (1632) Madde 12

"İçtihat Metni"

Davacı : K.H.

Sanık : İ. H. T.

OLAY : 59. Top. Tuğ. Uçş. Tb. 1. Bat. Komutanlığı'nda çavuş olan sanığın 05.10.1988 tarihinde nöbet görevini yürüttüğü sırada nöbetçi amirin emri ile yemekhanede sayım düzeninin alınması için verdiği "dikkat" komutuna mağdur çavuş Hüseyin Diril'in uymaması üzerine kendisiyle tartıştığı ve çenesine yumrukla vurarak 2 gün iş ve gücünden kalır derecede müessir fiil suçu işlediği ileri sürülerek Türk Ceza Kanunu'nun eylemine uyan 456/4. maddesi gereğince cezalandırılması isteğiyle **3. Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığı**'nın 26.10.1988 gün ve 868-495 sayılı iddianamesi ile kamu davası açılmıştır.

Erzincan 3. 0rdu Komutanlığı Askeri Mahkemesi : 08.02.1989 günlü ve 107/21 sayılı kararında; sanığa atılı müessir fiil suçunun mahiyeti itibariyle sırf askeri bir suç veya askeri suça bağlı bir suç olmadığı, sanığın terhisi ile Askeri mahkemede yargılanmasını gerektiren ilginin kesildiği gerekçesiyle davayı görev yönünden reddetmiş, karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Erzincan Sulh Ceza Mahkemesi : 18.04.1990 günlü, E.1989/529, K.199O/295 sayı ile: her nekadar iddianamede Türk Ceza Kanununun 456/4. maddenin uygulanması istenmişse de olayın suç biçimine göre Askeri Ceza Kanununun 117. maddesi uygulanması gerektiği ve nöbetçi çavuşu olan sanığın astına karşı ika ettiği müessir fiil nedeniyle davanın olayın Askeri Ceza Kanununun 120/1 maddesi kapsamına gireceği ve Askeri suça ait davanın askeri mahkemede görülmesi gerektiğini belirterek davayı görev yönünden reddetmiş, karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir.

Erzincan C.Savcısı : 24.10.1990 gün ve 15016 sayılı yazısıyla adli ve askeri yargı kararları arasında meydana gelen olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesini istemiş, dosya aynı yazı ekinde Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmiştir.

İnceleme ve Gerekçe : Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü Yılmaz Aliefendioğlu'nun Başkanlığı'nda, Adnan Hamzaoğulları, İhsan Özkaya, Osman Kadri Keskin, Ersin Eserol, Nursafa Pandar ve Dr. Önder Ayhan'ın katılmaları ile yaptığı 07.01.1991 günlü toplantıda, geçici raportör Hakim Ayten Anıl'ın raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; toplantıya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yerine katılan Savcı İsmet Gökalp'in davaya Askeri Ceza Kanunu'nun 117., 13/2. maddeleri ile 353 sayılı Kanunun 9. maddesi gereğince askeri yargı yerinde bakılması gerektiği şeklindeki; Askeri Yargıtay Başsavcısı yerine katılan Savcı Ahmet Alkış'ın davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği yolundaki sözlü ve yazılı düşünceleri alındıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun (genel görev) başlığını taşıyan 9. maddesi, "Askeri Mahkemeler, kanunlarda aksi yazılı olmadıkça asker kişilerin askeri olan suçlarıyla bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler." hükmünü taşımaktadır.

Askeri Ceza Kanunu'nun 12. maddesinde hizmet, malum ve muayyen olan veya amir tarazından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması şeklinde tanımlanmış; aynı kanunun 13/2. maddesinde de amir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek selahiyetini haiz kimse olarak belirtilmiştir. Memur terimi ise, geniş anlamda resmi vazife sahibini ifade etmektedir. Askeri Ceza Kanununun 15. maddesinde nöbetçi, hazar da ve seferde emniyet, muhafaza ve disiplin, tarassut maksatlarıyla silahlı olarak bir yere konulan ve muayyen bir talimatı bulunan tek veya çift asker olarak tarif edilmekte; 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanununun 76. maddesinde de nöbet hizmeti, ortak askeri hizmetlerin yapılmasını ve devamını sağlamak maksadı ile bu hizmetlerin belli bir sıra ve sure ile subay, asker, memur, astsubay, askeri öğrenci, erbaş ve erler ile Silahlı Kuvvetler Teşkilatı içinde vazifeli olan bilumum sivil şahıslar tarafından yapılması şeklinde yer almakta; nöbetçi ise nöbet hizmetinin yapılması için görevlendirilen şahıs olarak gösterilmektedir.

Dava konusu olayda silahsız olmakla beraber, nöbetçi amiri tarafındanverilen emri yerine getirmek ve iç hizmet yönetmeliğine göre kendisine verilen görevleri yapmak durumunda bulunan sanık çavuş, göreviyle ilgili konuda ve görevin yapılmasıyla sınırlı olarak emrin gereğini yaptırmak ve erler ve öteki çavuşlar karşısında emretmek yetkisini taşıması nedeniyle amir durumunda bulunmaktadır.

Bu konuda Askeri Yargıtay'ın 08.11.1979 gün ve 77-86 sayılı Daireler Kurulu kararında, bölük nöbetçi çavuşunun aynı rütbede olan çavuşun üst ve amiri olup olmayacağı hususunda "İç Hizmet Yönetmeliği 395-399 maddeleri bölük nöbetçi çavuşluğu görevi verilen kıta çavuşuna kendisine verilen hizmetleri yapabilmesi bakımından bazı yetkiler vermektedir. Bu yetkilerin kullanıldığı hallerde nöbetçi çavuşun diğer kıta çavuşlarının amiri olabileceğinin kabulünde zaruret bulunmaktadır. Aksi halde görevin yapılması mümkün olamaz. Bu nedenle nöbetçi çavuşun amirlik durumunun saptanmasında, olayın özelliğine göre gavurun yapmakta olduğu görevin birinci derecede dikkate alınması gerekir. İnceleme konusu olayda Bl. Nöb. Çvş.nun TSK Hizmet Yönetmeliğinin 399 maddesinin 1. ve 7. fıkralarında öngörülen görevleri yapmakta olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Hakaret, nöbetçi çavuşunun yüklediği görevin yapılması sırasında meydana geldiğine göre, nöbetçi çavuşunun aynı rütbedeki kıta çavuşlarının üst ve amiri sayılması gerekmektedir." şeklindeki kararları da bu yöndedir. Askeri Yargıtay 5. Dairesinin 02.11.1988 tarih ve 638-618 sayılı kararında da, Daireler Kurulu Kararından söz edilmek suretiyle aynı gerekçeyle nöbetçi çavuşunun TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 399.maddesinde belirtilen görevleri yaparken meydana gelen olaylarda amir durumunda bulunduğu kabul edilmiştir.

Dava konusu olayda, her iki sanığın asker kişi oldukları ve suçun askeri mahalde ve askerlik hizmeti ile ilgili olarak işlendiği, sanık İ. H. T.'ın nöbet hizmeti ifa etmekte olduğu hususunda uyuşmazlık yoktur. Nöbet hizmetini ifa eden ve kendisine yasa ve yönetmelikle verilen görevleri yaptığı sırada amir durumunda bulunan sanık çavuş, mağdur çavuşa karşı müsnet suçu işlemiştir. Bu durunda Askeri Ceza Kanununun 117. maddesinin uygulanması söz konusu olduğuna göre ortada "askeri bir suç"un bulunduğunun kabulü gerekir.

353 sayılı Kanunun 17. maddesinde, ortada askeri bir suç olmadığı veya askeri bir suça bağlı bir suç bulunmadığı takdirde askerlikle ilişkisinin kesilmesinin, askeri mahkemenin görevini sona erdireceği belirtilmiştir. Dosya kapsamından sanığın terhis edildiği anlaşılmış ise de, sanığa atılı suç askeri suç olduğundan 353 sayılı Kanunun 9. maddesi hükmüne göre davanın askeri yargı yerinde görülmesi ve Erzincan 3. 0rdu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılması gerekir.

SONUÇ : Anlaşmazlığın nitelisine göre davanın askeri yargı yerinde görülmesi gerektiğine, bu nedenle Erzincan 3. 0rdu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin 08.02.1989 günlü ve 107-21 sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına, Başkan Yılmaz Aliefendioğlu ile üye Dr. Önder Ayhan'ın karşı oyuyla ve oy çokluğuyla 07.01.1991 gününde kesin olarak karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

Dosyada, kıta çavuşu olan sanık İ. H. T.'ın Batarya nöbetçi çavuşluğu görevini yürüttüğü esnada, yemekhanede sayım düzeninin alınması konusunda kendisiyle tartışan aynı birlikte görevli kıta çavuşu mağdur Hüseyin Diril'in çenesine yumrukla vurarak 2 gün iş ve gücünden kalacak derecede müessir fiil işlenmesi sebebiyle, Türk Ceza Kanununun 456/4 maddesi uyarınca cezalandırılması için Askeri Mahkemede açılmış davada, 3.Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin, sanığın terhis olması sebebiyle ve 353 sayılı Kanunun 17. maddedeki ilişkinin kesildiğinden bahisle, suçun askeri bir suç olmayıp askeri bir suça da bağlı bulunmadığı gözetilerek görevsizlik kararı verdiği anlaşılmaktadır.

Askeri Ceza Kanununda müessir fiil suçları, üst-ast ilişkisi dikkate alınarak, "Üste fiilen taarruz" (As. C. K. Md. 9l). "asta Müessir fiil(As. C. K. Md. 117)" müessir fiillerle astının vücudunda tahribat yapma veya ölümüne sebep olmak" (md 118), olarak düzenlenmiş ve 119. maddede de üstün cürüm sayılmayacak olan müessir fiilleri ve bunun şartları belirtilmiştir.

Askeri Ceza Kanununun 120. maddesinde ise, bu suçlara atıfta bulunarak, "bu fasılda yazılı suçları yapan bir askeri karakol, devriye veyahut nöbetçi, bu suçları yapan mafevk "üst" gibi ceza görür" denilmiş ve ayrıca "karakol,devriye ve nöbetçi" lik sıfatlarını taşıyan askerlere fiilen taarruz edenlerin cezalarıyla ilgili 106. madde de, bunlara taarruzun "amire" karşı yapılmış sayılacağı belirtilmiştir.

Görülüyor ki "nöbetçilik" sıfatı, asker kişiye ayrı bir statü kazandırmakta ve onları "amir" olarak niteleyerek böylece Askeri Ceza Kanununun amire tanıdığı himayeden yararlandırmaktadır. Ancak Askeri Ceza Kanununun bu himayeyi nöbet görevi sebebiyle kendisine nöbetçi denilen herkese seyyanen tanımadığı bu himayeden istifade edecek "nöbetçi"nin bazı nitelikleri haiz olmasını istediği ve bu nedenle de 15. madde de bir tarif getirerek, Askeri Ceza Kanununun uygulanmasında bu kıstasların esas alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Söz konusu 15. maddede bu kanunun tatbikatında nöbetçi hazarda ve seferde, emniyet, muhafaza, disiplin ve tarassut maksatlarıyla silahlı olarak bir yere konulan ve muayyen bir talimatı bulunan tek veya çift askerdir."şeklindeki tarife göre nöbetçinin bu kanun bakımından üst sayılabilmesi için her şeyden önce silahlı olması gerekmektedir. Şayet asker kişi olay anında "silahlı nöbetçi" değilse görevi ne olursa olsun, aralarında amir-memur ilişkisi bulunmayan hem rütbe kişilere karşı "amir" durumunda bulunamayacaktır.

Dava konusu olayda, batarya nöbetçisi olan sanığın "silahlı nöbetçi" olmadığı ve batarya nöbetçiliği görevinin" silahlı nöbet görevi" olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Askeri Ceza Kanunu'nun tatbikatında, kendisi Askeri Ceza Kanunu'nun 15 ve 120. maddeleri uyarınca "amir" sayılmayacağından, kendisiyle aynı rütbede olan ve aslında amir-memur ilişkisi bulunmayan mağdur çavuşa karşı işlediği müessir fiil sebebiyle, Askeri Ceza Kanununun "ast müessir Fiil" suçunu düzenleyen 117. maddesi kapsamında mütalaa edilemeyecek, ancak TCK. nun 456. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

TCK.nun 456. maddesinde yazılı suçun ise "askeri bir suç" olmadığı ve askeri bir suça da bağlı bulunmadığı açıktır. 353 sayılı kanunun 9. maddesi uyarınca askerlik görevi esnasında sanık asker kişi sıfatından dolayı Askeri Mahkemede yargılanmaya başlamış ise de, yargılama aşamasında terhis olup askerlikle ilişkisi kalmadığından, 353 sayılı kanunun 17. maddesinin 2. cümlesi uyarınca askeri mahkemenin görevi sona erecek ve davanın askeri yargı ile görev bağı kesilecektir. Aksi düşünce belirtilen yasal düzenlemeye aykırı olacağı gibi İç Hizmet Yönetmeliği'nin 395399 maddelerinde yazılı düzenleme de bu durumu değiştiremeyecektir. Zira Yönetmeliklerle verilen görev ve statü yasanın üzerine çıkamaz. Aksine karar ise cezada yasallık ilkesine aykırı olur.

Bu nedenlerle, davada adli yargı görevli olacağından, çoğunluğun askeri yargıya görevli kılan kararına muhalifiz.