

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ASKERİ CEZA KANUNU'NDA ZİMMET SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Hüsnü ERCAN

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ASKERİ CEZA KANUNU'NDA ZİMMET SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Hüsnü ERCAN

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Devrim GÜNGÖR

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (CEZA VE CEZA USUL HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ASKERİ CEZA KANUNU'NDA ZİMMET SUÇU

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı :

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim..../..../200...

Hüsnü ERCAN

KISALTMALAR

AAD.	Askeri Adalet Dergisi
AAM.	Askeri Adalet Mecmuası
ABD.	Ankara Barosu Dergisi
AD.	Adalet Dergisi
AMKYUK.	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Hakkında Kanun
As. Yrg.	Askeri Yargıtay
AsCK.	Askeri Ceza Kanunu
AÜHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBOD.	Ankara Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi
AYİM.	Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYKD.	Askeri Yargıtay Kararları Dergisi
B.	Baskı
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK.	Ceza Muhakemesi Kanunu
D.	Düştur
Da.	Daire
Drl. Krl.	Daireler Kurulu
Dz.	Dizi

E.	Esas
f.	Fıkra
GÜHFD.	Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HPD.	Hukuki Perspektifler Dergisi
İç. Brl. Krl.	İçtihatları Birleştirme Kurulu
İD.	İdare Dergisi
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.	Jandarma
K.	Karar
KHK.	Kanun Hükmünde Kararname
KİT.	Kamu İktisadi Teşebbüsü
Komd.	Komando
m.	Madde
MHD	Mali Hukuk Dergisi
MMHK	Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu
MSB.	Milli Savunma Bakanlığı
P.	Piyade
PTT.	Posta Telefon Telgraf İşletmesi
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
t.	Tarih

TBMM.	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	Türk Ceza Kanunu
TCMB.	Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TDK.	Türk Dil Kurumu
TİD	Türkiye İdare Dergisi
TODAİE	Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
TSK	Türk Silahlı Kuvvetleri
UMC	Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Kurulu
Vd.	Ve devamı
Y.	Yıl
Yay.	Yayınevi
YCGK.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD.	Yargıtay Dergisi
YTL.	Yeni Türk Lirası
YZB.	Yüzbaşı

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	I
İÇİNDEKİLER.....	IV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK.....	2
A. ASKERİ CEZA KANUNU'NUN ÖZELLİĞİ.....	2
B. ASKERİ SUÇLAR.....	4
II. ASKERİ CEZA KANUNU'NUN 131. MADDESİNİN GEÇİRDİĞİ AŞAMALAR	12

İKİNCİ BÖLÜM

ASKERİ CEZA KANUNUNDA ZİMMET SUÇU

I. GENEL OLARAK.....	22
II. HUKUKİ KONU.....	22
III.MADDİ KONU.....	30
IV. FAİL.....	43
A. ASKER KİŞİLER	43
B.MUVAZZAF ASKER KİŞİLER.....	51
1. Subaylar.....	51
2.Astsubaylar.....	52
3. Erbaş ve Erler.....	53
4.Askeri Hakimler.....	55
5.Askeri Öğrenciler.....	56
C. Yedek Asker Kişiler.....	57
D. Sivil Personel.....	58
E. Yabancı Asker Kişiler.....	61
V.MAĞDUR.....	62
VI. MADDİ UNSUR.....	64
A.ZİLYETLİK DEVRİ VE TEVDİ KAVRAMLARI.....	64
B. ZİMMETE GEÇİRME.....	74

1.Zimmeti Karşılacak Teminatın Bulunması.....	77
2.Müşamaha Edilen Zimmet.....	78
C. SUÇUN TAMAMLANMA ANI.....	80
D. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN BULUNMAMASI.....	82
1. AMİRİN EMRİNİ İFA ve KANUN HÜKMÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ.....	83
2. ZORUNLULUK HALİ.....	86
3. İLGİLİNİN(HAK SAHİBİNİN) RIZASI.....	88
4.HAKKIN KULLANILMASI	89
VII.MANEVİ UNSUR.....	90
VIII.SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ.....	97
A. SUÇA ve CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER.....	97
1.Ağırlaştırıcı Nedenler.....	97
a. İhtilas.....	97
b. Eşyanın Niteliği.....	104
c. Seferberlik Hali.....	104
d. Ast ile Suç İşlemek veya Astın Bir Suçuna Katılmak.....	107
2. Hafifletici Sebepler.....	107
a. Az Vahim Hal.....	108
b. Kullanma Zimmeti.....	110
B.TEŞEBBÜS.....	113
C.İŞTİRAK.....	114
D. İÇTİMA.....	116
IX. BENZER SUÇLARDAN FARKLARI.....	121
A. ASKERİ CEZA KANUNUNDAKİ SUÇLARDAN FARKLARI.....	121
1. Askeri Eşyayı Gizlemek Suçu Açısından.....	121
2. Askeri Eşyayı Çalmak Suçu Açısından.....	122
3.Memuriyet Görevini İhmal ve Kötüye Kullanma Suçları Açısından.....	122
4. Askeri Eşyayı Özel Menfaatinde Kullanmak Suçu Açısından.....	124
5. Erleri Kanuna Muhalif Olarak Çalıştırmak Suçu Açısından.....	124
B.TÜRK CEZA KANUNUNDAKİ BENZER SUÇLARDAN FARKLARI.....	125
1. Güveni Kötüye Kullanma Suçu Açısından.....	125
2. Dolandırıcılık Suçu Açısından.....	127
3. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu Açısından.....	129
4.İrtikap Suçu Açısından.....	130
5. Hırsızlık Suçu Açısından.....	130
X.ZİMMET SUÇUNUN YAPTIRIMI	131
XI.YARGILAMA HUKUKUNA İLŞİKİN HÜKÜMLER.....	141
A.SORUŞTURMA USULU.....	141
B.KOVUŞTURMA USULU.....	154

SONUÇ.....	160
ÖZET.....	167
ABSTRACT.....	169
KAYNAKÇA.....	170

GİRİŞ

Türkiye bulunduğu coğrafya itibariyle jeo-politik öneme sahip bir ülkedir. Bu konum ulaşım, haberleşme, ticaret gibi alanlarda önemli kolaylıklar sağlasa da, bulunulan coğrafyanın sürekli iç ve dış siyasi çekişmelere sahne olması Türkiye'nin bölge içinde güvenliğini ve istikrarını koruması adına caydırıcı bir askeri güce sahip olmasını gerektirmektedir. Bu gücün oluşması ve devamlılığı eğitimli askeri personel yanında yurt savunmasına özgülenmiş çok sayıda silâh, cephane, araç ve taşınmaz ile sağlanabilir. Tüm bu özgülenmiş eşyanın ordunun amaçlarına uygun olarak kullanılması bir savaş halinde başarıyı beraberinde getirecektir. Ordu malının korunup kollanması, korumakla yükümlü olduğu millet nezdindeki prestij ve güveninin sürekliliği açısından da önemlidir. Bu esaslardan hareket eden kanun koyucu Askeri Ceza Kanunu'na koyduğu hükümlerle orduya ait eşyanın mal edinilerek amacı dışına çıkarılmasını cezai yaptırıma bağlamıştır

Bu çalışmadaki konumuz da ordu malının özgülendiği amaç için kullanılmasını sağlayacak olan Askeri Ceza Kanunu m. 131'de yer verilen "*zimmet ve ihtilâs*" suçlarıdır. Çalışmamızın birinci bölümünde, özel bir ceza kanunu olan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun genel özelliklerine değinilerek, 131 maddede yer verilen zimmet ve ihtilâs suçlarının geçirdiği değişikliklere yer verilmiş; ikinci bölümde suçun kurucu unsurları Türk Ceza Kanunu ile karşılaştırmalı olarak irdelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. GENEL OLARAK

A. ASKERİ CEZA KANUNU’NUN ÖZELLİĞİ

Devletin varlığını korumak üzere oluşturduğu ordu düzeninin etkin bir şekilde faaliyette bulunmasını sağlamak üzere oluşturulan askeri yargı düzeni ve hukuku hukuk düzeninin bir parçasını oluşturur.

Ordu mensuplarına özgü bir ceza mevzuatının meydana getirilmesi çok eski bir geçmişe sahip olup, pratik ve gelişen ihtiyaçlardan doğmuştur.¹ Gerçekten ilk disiplinli topluluk, disiplinin korunmasında varlık sebebini bulan ilk örgüt, hemen hemen tüm toplumlarda ordu olmuştur. Bu nedenle henüz genel ceza kanunları oluşturulmadan orduyu ilgilendiren cezai nitelikte yaptırımlar oluşturulmuş , belki de hiçbir kişiye zarar vermeyen firar gibi bazı fiillerin bütün kamuyu ilgilendirdiği anlaşılarak kamu adına faillerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir.²

¹Ayrı bir askeri yargı düzeninin oluşum sebepleri için bkz. Hikmet Sami **TÜRK**, “2000 Yılında Yargı ve Askerî Yargı Oturumu”, in: Askerî Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999 , s. 19-20. “Askerî mahkemelerin varlığı askerler bakımından bir zarurettir. Çünkü, ordu birliklerinin bulunduğu her yerde genel mahkemeler bulunmaz. Oysa, buralarda da suç işlenmesiyle bozulan disiplini yeniden ve hızla kurmak gerekir. Ayrıca, savaş zamanında genel mahkemeler çalışamaz hâle gelebilir. Öte yandan, askerlik camiasının kendine özgü kuralları vardır. Bunları ancak bu camiaya mensup kişiler değerlendirebilir. Tüm bu nedenler askerî mahkemelerin varlığını haklı gösterir” Feridun **YENİSEY**, Askeri Yargıda Görev Yapan Hakimlerin Hukuki Statüsü Sempozyumunun Değerlendirilmesi, in: Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, www.msb.gov.tr. (19.04.2008).

² Sahir **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul , Sermet Matbaası, 6. Baskı, İstanbul 1974, s. 2.

Modern zamanda bu ihtiyaçlar ortadan kalkmış değildir, aksine ordu disiplininin daha sert kurallarla korunması yanında, sadece belli bir statüde bulunan kimseleri ilgilendiren hükümleri genel ceza kanununda düzenlememek ve ordu mensuplarına kendilerini ilgilendiren bütün ceza hükümlerini toplu olarak ve bir arada bulmak gibi başka amaçlar da eklenmiştir. ³

Dünya tarihine bakıldığında ayrı bir askeri yargı düzeni bulunmayan devletlerin askeri bakımdan zayıf devletler oldukları görülecektir.⁴ Bizim hukuk sistemimizde ayrı bir askeri ceza yargı düzeni bulunmakta olup, bu düzenin kurallarını belirleyen 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu⁵(bundan sonra AsCK. olarak anılacaktır.) Türk Ceza Kanununa⁶ (bundan sonra TCK. olarak anılacaktır.) göre özel bir kanun niteliğindedir. AsCK.’nın 1 . maddesi “*Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi surette cari olan esaslar, bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askeri cürümler ve cezalar hakkında da uygulanır.*” hükmünü içermektedir. Bu hükme rağmen TCK’daki bazı hükümler AsCK. ’da

³ Bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 2.

⁴ Sahir **ERMAN**, “Askeri Yargı”, AAD., S. 90, Mayıs 1994, s. 8.

“.... Bir ordunun varlığı; adli suçlardan ayrı bir takım askeri suçların bulunması, ordu birliklerinin her bulunduğu yerde genel mahkemelerin bulunmayışı, ordu içinde disiplinin sağlanması için yine ordu içinde bir mahkemenin bulunup suçun işlenmesiyle bozulan disiplinin yeniden ve süratle kurulmasına ihtiyaç duyulması, savaş zamanında genel mahkemelerin çalışamaz hale gelmeleri olasılığına karşın bu gibi zamanlarda görev yapacak Askeri Mahkemelerin daha barış zamanında kurulup çalışmaya başlamaları askeri yargının varlık sebebidir.” **ERMAN** Sahir, Askeri Yargı, in: Askeri Yargıtay’ın 80 nci Kuruluş Sempozyumu (Askeri Yargı), Ankara, 1994, s.45.

TAŞKIN ise, askeri yargının adli yargıdan ayrılmasının özelliğinin amaçlarındaki farklılık olduğunu belirtmektedir. Buna göre, birisinin amacı adalet, diğ erinin amacı ise disiplindir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rifat **TAŞKIN**, Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1946, s.6. “*Büyük bir karaktere sahip olan orduda çok çeşitli kültür ve mesleklere sahip insanların meydana getirdiğı bu büyük kitleyi oluşturan mekanizmanın disiplin sağlanması için ayrı bir yargı sistemiyle desteklenmesi zorunluluktur.*” Benzer yönde açıklamalar için Vasfi Raşid **SEVİĞ** , “Askeri Adalet”, AÜHFD., C. 9, S.1-2, Ankara 1952, s.236 vd.

⁵ RG. 15/06/1930- 1520.

⁶ RG. 12/10/2004- 25611.

aynen tekrarlanmıştır. Bunun dışında AsCK. bazı durumlarda kendiliğinden uygulanacak TCK hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Örneğin AsCK'da teşebbüs ve iştirak konusunda TCK'ya atıflar bulunmaktadır. (AsCK. m. 40-41). Özel bir kanun ancak genel kanundan ayrıldığı noktalarda hüküm ihtiva eder, bu yerlerin dışında genel kanun kendiliğinden uygulanacağından, TCK.'da yer alan genel hükümlere AsCK.'da yeniden atıf yapılması gereksizdir.

Bunun yanında AsCK. ceza hükümleri içeren diğer bazı askeri mevzuata oranla genel kanun niteliği taşıyabilir. Zira 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulu Hakkında Kanun'un⁷ 63. maddesine göre, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde AsCK. uygulanacaktır.

Özel bir ceza kanunu olması nedeniyle AsCK da suçta ve cezada kanunilik ilkesine tabidir. AsCK devletin siyasi bütünlük, egemenlik ve güvenliğini çok daha esaslı bir şekilde korumak amacını gütmektedir. Bu özelliklerin yanında AsCK. prensip itibariyle sadece belirli statüde bulunan kişilere hitap etmektedir.⁸

B. ASKERİ SUÇLAR

AsCK.'nın 1. maddesine göre bu kanunun ölüm⁹, ağır hapis¹⁰ ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askeri suç; kanunun kısa hapis¹¹ cezasıyla

⁷RG. 26/06/1964- 11738.

⁸Bu konudaki tartışmalar için bkz. İmran **BULUT**, Türkiye'de Yabancı Askeri Kişilerin Yargılanması, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2006, Bolu, s.14 vd.

⁹ 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 15,17,38 ve 87. maddelerinde yapılan değişikliklerle ölüm cezası kaldırılmış, 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Ölüm Cezalarının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla da ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür. Ancak 5218 sayılı Kanunda AsCK.'da yer alan ölüm cezaları ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır.

cezalandırdığı suçlar ise askeri kabahatlerdir. Bu tanım verilecek cezanın niteliği ve suçun nerede düzenlenmiş olduğu kriterinden hareket etmektedir.¹²

5237 sayılı TCK.’nın 5. maddesinde yer alan hüküm karşısında AsCK. açısından geçerli olabilecek cezaların ve AsCK’nın genel hükümlerinin durumunun da ayrıca tartışılması gerekmektedir. Çünkü AsCK. bir özel kanundur ve bünyesinde bulunan genel hükümlerin TCK.’nın genel hükümleri ile çelişmesi halinde TCK. m. 5 hükmü gereği bu genel hükümlerin zimnen yürürlükten kalktığı kabul edilmesi gerekebilir. Bu durum hukukçuya AsCK.’nın genel hükümlerinin yürürlük durumunu araştırma gibi bir görev yükleyebilir.

477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte AsCK.’da yer alan kabahatlerin çoğu bu kanun kapsamına alınarak birer disiplin suçu haline getirilmiştir. Disiplin Mahkemeleri Kanununa alınmayan, “Asker kişilerden birini amire veya üste itaatsizliğe, mukavemete fiilen taarruza tahrik(AsCK.m. 93/2)”, “Az vahim hallerde asta müessir fiil(AsCK.m.117/2)”, “İhmal suretiyle askeri malzeme hasarları(AsCK.m.137)” gibi eylemler AsCK.’da halen varlığını sürdürmektedir.¹³ Askeri kabahatler karşılığında uygulanacak yaptırımlar oda ve göz hapsi iken; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu¹⁴ gereğince uygulanacak yaptırımlar idari para cezası ve idari tedbirlerdir.

TCK’nın 5. maddesi “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” şeklindedir. Hüküm TCK’nın iki

¹⁰ 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 5349 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değişik 6. maddesiyle kanunlarda öngörülen ağır hapis cezaları, hapis cezasına dönüştürüldüğünden AsCK’da yer alan ağır hapis cezalarının hapis cezası olarak uygulanması gerekmektedir.

¹¹ Kısa hapis cezaları oda ve göz hapsi olarak ikiye ayrılmaktadır. Ayrıntılar için bkz. AsCK. m. 19.

¹² Hakkı **ERKAN**, “Sırf Askeri Suçlar”, AAD, S. 89, Ocak 1994, s. 3.

¹³ Askeri Kabahatler için bkz. Cihan **KOÇ**, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Kartal Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 254.

¹⁴ R.G. 31.03.2005-25772.

tür kanunla ilişkisini düzenlemektedir. Bunlardan ilki ve konumuzu ilgilendiren kısmı özel ceza kanunlarıdır. Özel ceza kanunları, tüm suçların TCK gibi genel nitelik taşıyan kanunlarda düzenlenmesinin pratik olmaması dolayısıyla, TCK’da yer almayan, konu olarak daha özel suçlara ilişkin düzenlemeleri içeren ve “tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan”¹⁵ kanunlardır. Konumuz itibariyle Askeri Ceza Kanunu bu tür kanunlara örnek olarak verilebilir. Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle adeta yeni bir sayfa açmayı ve TCK’nın genel hükümlerini özel kanunlar bakımından da geçerli kılmayı amaçlamıştır. Bu yaklaşımın yerinde olup olmadığı elbette tartışmaya açıktır. Zira özel kanunların düzenlenmesini gerektiren nedenler, zaman zaman bu kanunların genel hükümlere ilişkin düzenlemeler bakımından TCK’dan ayrılımlarını gerektirebilir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Kanunun 10. maddesi uyarınca kural, “özel kanunlarda aksine bir düzenleme olmaması halinde TCK’nın genel hükümlerinin uygulanması” şeklindeydi¹⁶. 5237 sayılı TCK’da ise, 765 sayılı TCK’nın tam aksi yönünde bir sistem benimsenmiştir. Bilindiği üzere genel hükümler ile özel hükümler arasındaki ilişkide, özel hüküm tarafından ayrı bir düzenleme getirildiğinde kural, “özel hükmün önceliği” ilkesi gereğince bu hükümlerin uygulanmasıdır.¹⁷ Aslında TCK’nın 5. maddesinin, özel hükümlerle yapılan düzenlemelere yönelik ihtiyacı tamamen ortadan kaldırdığını söylemek de mümkün değildir¹⁸. Bu durumu dikkate

¹⁵ Faruk **EREM**- Ahmet **DANIŞMAN**- Mehmet Emin **ARTUK**: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 1997, s. 89.

¹⁶ TCK. m.5’in uygulanması ve sakıncaları konusunda kapsamlı birer çalışma olarak bkz.; Fahri Gökçen **TANER** “TCK’nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu”, (<http://www.turkhukusitesi.com>); Doç. Dr. V. Özer **ÖZBEK** - Y. Doç. Dr. Vural **SEVEN**, “31.12.2008 Tarihi Sonrasında, Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçuna Uygulanacak Olan Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (<http://www.turkhukusitesi.com>).

¹⁷ Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s. 58.

¹⁸ Öğretide haklı olarak TCK’nın 5. maddesinin bir temenniyi (tavsiyeyi) yansıttığı ifade edilmektedir. Eğer kanun koyucunun TCK’nın genel hükümlerini tüm özel ceza kanunları bakımından geçerli hale

alan kanun koyucu ortaya çıkabilecek sakıncaları önlemek amacıyla, 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanunla 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bir geçici madde eklenerek; “diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 aralık 2006 tarihine kadar uygulanır.” Hükmü getirilmiştir. Bu sürenin yeterli olmayacağının görülmesi üzerine 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla 5. maddenin askıdaki yürürlük süresi 31.12.2008 tarihine kadar uzatılmıştır. Bu hükme göre 31.12.2008 tarihine kadar özel kanunlarda yapılan değişiklikler TCK’ya aykırı olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulama imkanı kazanacaktır. Şayet özel kanunlarda herhangi bir değişiklik yapılmazsa bu durumda artık 5. madde ve dolayısıyla TCK.’nın genel hükümleri uygulanacaktır. Ancak 5. maddenin 01 Haziran 2005 tarihinden sonra çıkarılacak kanunlar bakımından hiçbir bağlayıcılığı da bulunmamaktadır.

TCK. m. 5’in yürürlüğünden önce 1632 sayılı AsCK.’ya eklenen Ek 10. madde ile¹⁹ “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 8²⁰ ve 9 uncu²¹ maddeleri ile 16/6/1964

getirmek gibi bir amacı ve düşüncesi olsaydı, TCK’nın 5. maddesine paralel bir düzenlemeyi Anayasa’ya eklemesi gerekirdi. Zira kanun koyucun kendi kendisine talimat vermesi mümkün değildir. Böyle bir talimatı ancak Anayasa koyucu verebilir. Bu nedenle yapılanın kanun yapma tekniğine uygun olduğunu söylemek de pek mümkün gözükmemektedir. Açıklamalar için bkz. **TANER ve ÖZBEK-SEVEN**, TCK. m. 5 değerlendirmeleri, s.1.

¹⁹ 01.03.2008 tarih ve 5739 sayılı Kanunun 1. maddesi ile; R.G. 01.03.2008-26803.

²⁰ 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer’î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.

tarıhli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluđu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.” Hükümü getirilerek TCK.’nın genel hükümlerinin AsCK’ya etkisi sınırlanmıştır. Buna göre erteleme, fer’i ceza ve paraya çevirme konusunda AsCK.’da yer alan hükümler yürürlüğünü sürdürecektir, bunların dışında kalan genel hükümler ise gerekli değışiklikler yapılmıca ve en geç 31.12.2008 tarihine kadar yürürlükte kalacaklardır.

31.12.2008 tarihine kadar AsCK.’da suç karşılığı uygulanacak yaptırımlar konusunda, fer’i askeri cezalar dışında, bir düzenleme yapılmamıştır. TCK. açısından bakıldığında suçlarda cürüm ve kabahat ayırımına son verilerek 765 sayılı TCK.’da yer alan birkaç kabahat suçı dönüştürülmüş, diğerleri ise Kabahatler Kanununa alınmıştır. TCK.’da suçlar cürüm ve kabahat olarak ayrılmadığı için yaptırım türleri de değışmiştir. Yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleri olarak

Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenektir yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz.

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

Yedek subaylar hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ve Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında, askerî ve adliye mahkemelerince verilen kısa süreli hapis cezaları Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenektir yaptırımlara çevrilemez.

²¹ Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları "bir sene" olarak uygulanır.

değiştirilmiş, cezalar hapis ve/veya adli para cezası olarak düzenlenmiş, güvenlik tedbiri olarak da müsadere, akıl hastalarına özgü olmak üzere bir sağlık kurumunda tedavi edilme gibi kurumlar getirilmiştir.²² Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunda belirtilmeyen bir ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilemez. Bu durumda AsCK.'da yer alan ve kabahatler karşılığında uygulanacak kısa hapis cezalarının hapis cezasına dönüşüp dönüşmeyeceği tartışılabilir. Çünkü TCK.'nın genel hükümlerine göre suç karşılığında uygulanacak olan yaptırım ancak hapis cezası olabilecektir. Yine AsCK.'nın askeri suç tarif konusunda benimsediği sistem şu bakımdan da sakıncalıdır. Şöyle ki; AsCK.'da yer alan bazı suçların cezası ne ölüm, ne ağır hapis ne de kısa hapistir. AsCK'da yer alan bazı suçların kanuni yaptırımı belli bir statüden çıkarma şeklindedir. Belli bir statüden çıkarma cezasının fer'i veya mütemmim bir ceza olduğu durumlarda suçun niteliği ve cezanın uygulanması konusunda sorun yaşanmasa da; asli bir ceza olduğu durumlarda böyle bir sorun vardır. Örneğin AsCK. m. 153'e göre iffetsizliği anlaşılmış bir kimseyle bilerek evlenen veya evlilik bağına sürdürmekte ısrar eden asker kişi Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına çarptırılır.²³ Böyle bir ceza TCK.'da yer almadığından uygulama konusunda sıkıntılı bir durum söz konusudur. Bu durumda yaptırımın askeri suç karşılığında AsCK.'nın özel hükümlerinde yer aldığı bu nedenle de TCK.'nın genel hükümlerinin önemli ve etkili olmadığı söylenebilir, ancak suç karşılığında uygulanacak cezanın TCK.'nın genel hükümlerinde düzenlenmesi karşısında bu görüş doğru kabul edilemez. Kanun Koyucu 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli

²² Ali Rıza **ÇINAR**, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 23 vd, Bahri **ÖZTÜRK**- Mustafa Ruhan **ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2006, s. 257, **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 265.

²³ Bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s.144.

Hakkında Kanunun 6. maddesi ile 01.06.2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlardaki ağır hapis cezalarını hapis cezasına çevirmişse de; kısa hapis ve TSK.’dan çıkarma konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Doktrinde askeri suç tanımı konusunda az çok bir uzlaşıdan söz edilebilir. Buna göre askeri suç, unsurları ve cezaları AsCK’da gösterilen suçlar ile unsur ve cezaları itibariyle TCK.’ya atıf suretiyle cezalandırılan suçlardır.²⁴

Bu sebeple askeri suçları iki kategoriye ayırarak incelemek gerekmektedir. Birinci kategori, asker olmayan kişiler tarafından da işlenmesi mümkün olup, askeri bir menfaati korumak amacı güden, bütün veya bir kısım unsurları ile TCK.’da öngörülen ve AsCK. tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunun uygulama alanına giren suçlardır ki; doktrinde “askeri suç benzerleri” olarak ifade edilmektedirler. Örneğin konumuzu oluşturan AsCK. m. 131’de düzenlenen zimmet suçu, bütün unsurları ile olmasa bile, kısmen TCK.’nın 247 maddesi tarafından düzenlendiği için askeri suç benzeridir. İkinci kategori ise,

²⁴ “ Bir suçun askeri bir cürüm olarak vasıflandırılması için şu iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekir : a) Ya o suçun maddi unsurlarının hususi surette Askeri Ceza Kanununda gösterilmiş ve bir ceza ile tehdit edilmiş olması b) Ya da, umumi suç karakterinde olan bir fiilin maddi unsurları Türk Ceza Kanununda gösterilmekle beraber o fiilin bir askeri görevin ifası sırasında veya ifasından dolayı vuku bulması ve cezai müeyyide uygulanması için Askeri Ceza Kanununda da Türk Ceza Kanununa atıf suretiyle gösterilmiş bulunması.

Maddi unsurları münhasıran, Askeri Ceza Kanununda gösterilen ve bir ceza ile tehdit edilmiş bulunan askeri cürümlere, firar suçuyla ilgili Askeri Ceza Kanunu’ nun 66. maddesi, Askeri Ceza Kanununun, cezasını, Türk Ceza Kanununa atıf suretiyle tayin ettiği askeri suçlara da Askeri Ceza Kanununun 135. maddesinde zikredilen rüşvet suçu ile 140. maddesinde yazılı mahpus ve mevkıfları kasten kaçırmak veya firarını kolaylaştırmak suçları örnek olarak gösterilebilir.” Ragıp **AYCAN**, “ Türk Ceza Kanunu ile Askeri Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Mukayesesi Üzerine Bir İnceleme” , AAD, S. 32, Yıl 8, s. 3

sadece asker kişiler tarafından işlenebilen, tüm unsur ve cezaları yalnız AsCK.'da yer alan suçlar olup, doktrinde “sırf askeri suçlar” olarak ifade edilmektedir.²⁵

Askeri cürümleri sırf askeri suçlar ile askeri suç benzerleri olarak ayırmanın pratikte bir takım sonuçları vardır. Örneğin sırf askeri suçlarda verilen cezalar para cezasına veya bir başka tedbire çevrilemez (AsCK. Ek 8 m.), suçluların iadesi ile ilgili hükümlere göre sırf askeri suç işleyen failer iade edilemezler.²⁶ (TCK. m.

²⁵ “....Askeri Ceza Kanununun birinci maddesi hükmüne göre, As.C.Kanununda yazılı suçlar ASKERİ Suçtur.

Askeri Suçlar;

1) Unsurlarının ve cezalarının tamamı askeri ceza kanununda yazılı olan, bir diğer ifade ile Askeri Ceza Kanunu dışında hiç bir ceza Kanunu ile cezalandırılmayan suçlar,

2) Unsurları, kısmen As.C.Kanunda kısmen de diğer ceza Kanunlarında gösterilen suçlar,

3) T.C.Kanununa atıf suretile, askeri suç haline getirilen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilebilir.

Bunlardan, 3 ncü grubun kapsamına giren askeri suçlar, T.C.Kanununa atıf suretile askeri suç haline getirildikleri ve dolayısıyla unsurları ve cezalarının tamamı T.C.K.da yer alıp bu nedenle genel nitelikte oldukları için "Sırf Askeri Suç" niteliğinde kabul edilmelerine olanak yoktur. Bu duruma göre esas inceleme konusunun; 1 ve 2 ci gruba giren askeri suçların tamamının yada bir kısmının "Sırf Askeri Suç" olup olmadığını tespitten ibaret bulunduğu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

"Sırf Askeri Suçları" tayin ve tespit ederken aşağıda belirtilen üç esasın dikkate alınması gerekmektedir.

1- Failin statüsü.

2- Suçun unsurlarının yalnızca As.Ceza Kanununda yer alması.

3- Unsurlarının tamamı yada bir kısmı T.C.Kanununda yer alan askeri suçların; Yurt savunması sanatını öğrenmek ve yapmak görevine doğrudan doğruya etken olan (Askeri iaat ve inkiyad)la ilişkisi,

As.C.Kanunu dışında hiç bir Ceza Kanununun cezalandırmadığı fiillerden bir kısmı, yalnız askerler tarafından işlenebildiği halde, aynı nitelikteki bir kısım askeri suçlar ise, askerlerden ayrı olarak diğer askeri kişiler tarafından da işlenebilir. (Örneğin :Askeri kişi statüsünde olan sivil şoförün işleyebileceği münhasıran Askeri Ceza Kanununda yazılı olan 137 nci maddedeki suç gibi).

O halde diğer hiç bir ceza Kanunu ile cezalandırılmıyan askeri suçlardan; "yalnız askerler tarafından işlenebilen suçlar, hem failinin yalnızca asker olabilmesi, hemde suçun tüm unsurları ve cezalarının yalnız Askeri Ceza Kanununda yer alması nedenlerle "Sırf Askeri Suç" niteliğini kazanmaktadır. (Örneğin, As.C.K.66,136 ve 150/c maddeleri gibi.)...". Bakaya suçunun sırf askeri suç olup olmadığı konusunda yapılan değerlendirmeler bağlamında askeri suç benzeri ve sırf askeri suçun tanımı için bkz. As. Yrg. İçt. Brl. Krl'nun 20.06.1975 t. ve 6/4 sayılı kararı.

²⁶ “ Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesine göre; ‘Adli suç teşkil etmeyen askeri suçlar nedeniyle iade Sözleşmenin kapsamı dışındadır.’ ‘Adli suç teşkil etmeyen’ tabirinden genel ceza hukukunda suç sayılmayan fiiller anlaşılır. Görüldüğü gibi, Sözleşme sırf askeri suçlarda iadeyi anlaşma haricinde bırakmakla taraf devletleri bu gibi suçların faillerini iadeye zorlamamaktadır. Buna karşın Sözleşmede askeri suç benzerleri konusunda bir hüküm yoktur.” Açıklamalar için bkz., **ARTUK –GÖKCEN –YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s.376, Askeri suç ve geri verme konusunda kapsamlı tartışmalar için bkz. Eralp **ÖZGEN**, “Suçluların Geri Verilmesi (Doktora Tezi)”, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1962, s. 108 vd, Sözleşme metni için bkz. RG. 26/11/1959-10365. Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; AsCK.'da yer alan zimmet suçu askeri suç benzeri olduğu için bu suçun faili iade edilebilecektir.

18/1-b), sırf askeri suçlara ilişkin mahkûmiyet hükümleri adli sicile kaydedilmez. (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m. 5). Bundan başka sırf askeri suçlar ile genel suçlar arasında tekerrür söz konusu değildir. (TCK. m. 58/4.).

II. ASKERİ CEZA KANUNUNUN 131. MADDESİNİN GEÇİRDİĞİ AŞAMALAR

AsCK.'nın 131. maddesinin ilk şekli “ Askeri eşyayı ve malları çalan, satan, rehine veren ve alanlar”²⁷

1- Askeri bir hizmet yaparken veyahut bir vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazife dolayısıyla tevdi veya emanet edilmiş olan parayı, az veya çok kıymetli eşyayı veyahut kendisine emanet edilmiş olsun olmasın her nevi erzak ve silah ve cephaneden başka, her nevi askeri eşyayı ve hayvanatı çalan veya ihtilas eden veya satan, rehine veren veya bunları bilerek satın alan ve rehine kabul eden ve gizliyen beş seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır. Az vahim halde üç seneye kadar hapsolunur. Çalınan mallar varsa alınır, yok edilmiş ise kıymeti ödettirilir.

2 – Fiil silaha, cephane ve her hangi bir müdafaa vasıtasına taallûk ederse ceza arttırılır.

3 - Yukarıki iki fıkra yazılı fiiller seferberlikte yapılırsa on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde beş seneye kadar hapis cezası verilir.”²⁸
hükümünü içermektedir.

AsCK. 22 Mayıs 1930 tarihinde kabul edilmiştir. Her maddesi ile ilgili gerekçe yoktur. AsCK.'nın bütününe yönelik genel gerekçesi bulunmaktadır. Genel kanun gerekçesinde : “ Napolyon zamanından kalmış Fransız Askeri Ceza Kanunundan iktibas olunan Hicri 1286 tarihli AsCK.'nın muasır hukuk anlayışıyla

²⁷ Mayıs 1930 ilk metin.

²⁸ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 19, İ.: 3, TBMM Matbaası, Ankara, 31 Mayıs 1930, s. 75.

bağdaşmaması ve günün ihtiyaçlarına cevap vermemesi nedeniyle AsCK.'nın yeni baştan tanzimi gerekmektedir. Askeri Usul ve Ceza Kanunlarımız Almanya ve 1928 tarihli Fransız Askeri Adliye kanunları üzerinde yapılan çalışma sonucunda ordumuz teşkilat ve ihtiyaçlarıyla telif olunarak vücuda getirilmiştir....”²⁹denilmektedir. Görüldüğü üzere madde gerekçesinin bulunmaması nedeniyle yorum yapılırken gerekçeye dayanılamamaktadır.

1935 yılında 131. madde 2862 sayılı kanun ile değişikliğe uğramış, değişiklik genel gerekçesinde, “131. maddede zimmetin mevsuf hali olan ihtilas suçunun yazılmış olmasına rağmen zimmet suçunun yazılmamış olmasında tatbikatta tereddütler ve mahkemelerce aykırı kararlar çıkmasına sebep olduğunun görülmesi üzerine bu maddeye açıkça zimmet kelimesinin eklenmesi, ayrıca maddenin ikinci fıkrasında yazılı olan esliha ve cephaneye ait hükmün birinci fıkrada istisna olarak yazılı kalmasında zihinleri karıştırmaktan başka fayda görülmediğinden esliha ve cephane ibaresinin birinci fıkradan çıkarılmasında lüzum ve zaruret hasıl olmuştur”³⁰ denilmek suretiyle değişiklik gerekçesi öz olarak izah edilmiştir.

Askeri Ceza Kanununun 131. maddesinin 11.12.1935 tarihli ve 2862 sayılı Kanunla değişik hali şu şekildedir.“ 1- Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler, yahut ihtilas edenler veya satanlar, yahut rehine verenler ve

²⁹ TBMM Zabıt Ceridesi, C. 19, D. 3, İ. 3, s. 2.

³⁰ TBMM Zabıt Ceridesi, D. 5, C. 7, İ. 1, TBMM. Matbaası, Ankara 11.12. 1935, s.3.

bunları bilerek satın alanlar veya rehin kabul edenler veya gizliyenler beş seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılırlar.

(Değişik paragraf (Değişik madde: 22/03/2000 - 4551 S.K./27 md.) Az vahim hallerde, üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir.

Çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairenin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur.

2 - Yukarıki fıkra yazılı fiiller silah, cephane veya her hangi bir müdafaa vasıtasına taallük ederse ceza arttırılır.

3 - Yukarıki iki fıkra yazılı fiiller seferberlikte yapılırsa yapanlar hakkında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.”

131. maddede 4551 sayılı Kanunun 27. maddesi ile yapılan değişiklik ise 1. fıkranın 2. cümlesine ilişkindir. 131. maddede düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının az vahim olarak işlenmesi halinde alt ceza sınırının belirtilmemesi nedeniyle değişikliğe gidilmiştir. Bu durum değişikliğe ilişkin genel gerekçede : “Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden birçok eylem, Askerî Ceza Kanunu bünyesinde yer almakta ve cezaları da belirtilmiş bulunmaktadır. 1930’lu yılların geleneği gereği, cezaların sadece üst sınırı tayin edilmiş, alt sınırı gösterilmemiştir. Mahkemelerin temel cezayı tayinde takdir hakları bulunmakla beraber, bu takdir Askerî Yargıtay denetimine tabi kalmakta ve asgarî haddenden uzaklaşma hali çoğu kez bozma sebebi olmaktadır. Dolayısıyla hüküm mahkemeleri üç veya beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suçtan ötürü yedi gün hapis cezası tayin etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalmakta ve uygulama bu yolda gerçekleşmektedir” şeklinde ifade edilmiş, madde gerekçesinde ise bu gerekçelere ek olarak, “Madde ile, genel

gerekçede açıklanan nedenlerle, 1632 sayılı Kanunun 131 inci maddesinin birinci fıkrasının az vahim hallerle ilgili hükmünde cezanın etkinliğinin artırılması ve ceza adaletinin sağlanması amacıyla, bu hükmünde öngörülen cezanın asgarî haddinde artırım yapılmaktadır.”³¹ Şeklinde açıklamaktadır.

Tüm bu değişikliklerden sonra AsCK.’nın 131. maddesinin son hali şu şekildedir:

“1- Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler, yahut ihtilas edenler veya satanlar, yahut rehine verenler ve bunları bilerek satın alanlar veya rehin kabul edenler veya gizliyenler beş seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılırlar.

Az vahim hallerde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir.

Çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairinin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur.

2 - Yukarıki fıkarda yazılı fiiller silah, cephane veya her hangi bir müdafaa vasıtasına taallük ederse ceza arttırılır.

3 - Yukarıki iki fıkarda yazılı fiiller seferberlikte yapılırsa yapanlar hakkında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir.”

131. maddenin genel özelliklerine baktığımızda TCK.’nın değişik kısım ve bölümlerinde düzenlenmiş bulunan suçların tek bir maddede düzenlenmiş olduğu görülecektir. TCK.’nın 4. kısım 1. bölümünde kamu idaresinin güvenilirliğine ve

³¹ TBMM Tutanak Dergisi, D.21, Y. 2, C. 29, Ankara 22.03.2000, s.36.

işleyişine karşı suçlar içinde zimmet suçu ve nitelikli halinin; 2. kısım 10. bölümde malvarlığına karşı suçlar içinde hırsızlık suçunun düzenlendiğini, ancak AsCK. m. 131’de bu suç tiplerinin aynı madde içerisinde yer aldığını, ayrıca bu suç tiplerine askeri eşyayı satmak ve satın almak, rehin vermek, rehin almak ve askeri eşyayı gizlemek suçlarının da eklendiğini, böylelikle sekiz çeşit suç tipinin aynı madde içinde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz.

Maddedeki suç tipleri ve unsurları birbirinden farklı olmasına rağmen bu unsurlar ayırtılmamıştır. Bu halde suçun unsurlarının belirlenebilmesi için TCK. hükümlerinden de yararlanmak gerekecektir.

131. maddede yapılan değişiklikler incelendiğinde değişiklik gerekçesinde maddenin ilk halinde zimmetten bahsedilmemesine rağmen zimmetin nitelikli hali olan ihtilas suçundan bahsedildiği yorum sonucunda zimmet suçundan karar verilebileceği buna ilişkin mahkeme kararları bulunduğu ancak Ceza Hukukunun temel prensiplerinden olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince açıkça bahsedilmemesi nedeniyle zimmet suçundan karar vermenin tartışmalı olacağı bu sebeple 1935 değişikliğinde maddeye açıkça zimmet kelimesinin eklenerek karışıklığın giderilmesinin sağlandığı belirtilmiştir. Bahsedilen nedenlerle kanun değişikliği yerindedir.

İlk metnin birinci fıkrasında yer alan “esliha ve cephaneden başka” ibaresinin bu fıkradan çıkarılması da, değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi yerindedir, çünkü ikinci fıkrada açıkça silah ve cephaneye ilişkin eylemlerin ağırlatıcı etkisi olduğu belirtilmesine rağmen birinci fıkrada silah ve cephaneden bahsetmek yersizdir. 1935 yılında yapılan önemli bir değişiklik de 3. fıkrada gösterilen suçun seferberlik halinde işlenmesi halinde cezanın alt sınırının 2 yıl olarak

belirlenmesidir. Çünkü AsCK. m. 1 yollaması ve 5237 sayılı TCK. m. 49 gereğince önceki halde alt sınırın 1 ay hapis cezası olarak uygulanması durumunda cezanın caydırıcılığı sağlanamamış olacaktır.³²

131. maddede 4551 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin de yerinde ve gerekli olduğu söylenebilir, çünkü bu değişikliğe kadar ki uygulamada, askeri mahkemeler üç veya beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir suçtan ötürü yedi gün hapis cezası tayin etmek gibi bir durumla karşı karşıya kalmakta ve uygulama bu yolda işlemekteydi.

AsCK'da yapılan değişiklikler dikkate alındığında esasa ilişkin yapılan tek değişiklik zimmet suçunun ayrı bir suç olarak düzenlenmesidir. Maddenin günümüz ihtiyaçlarına bu şekilde cevap vermesi zordur.

Türkiye'de 1960'lı yıllardan itibaren yeni bir askeri ceza kanunu yapma çabaları sürmektedir. Bu nedenle değişik tarihlerde Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı ve Kanunlar Kararlar Daire Başkanlığında oluşturulan çalışma gruplarında yapılan toplantılar sonucunda bir ön tasarı oluşturularak; Ekim 1965 yılında yayınlanarak görüş bildirilebilmesi için Askeri Mahkemelere, Savcılıklara, Komutanlıklara, Üniversitelere, Barolara gönderilmiş, gelen teklifler değerlendirilerek 14 Mart 1966 tarihinde ön tasarıya son şekli verilmiştir.³³

Tasarının Konumuzla ilgili 104. maddesi şu şekildedir:

³² “TCK.’ nuna nazaran (madde 13,15, 19, 20, 21, 22, 25) asgari hadler şöyledir. Ağır hapiste bir sene, hapiste yedi gün, hafif hapiste bir gün, ağır para cezasında on lira, hafif para cezasında üç lira, muayyen bir meslek veya sanatın tatilinde üç gün ve muvakkaten hıdamenti ammeden memnuiyet cezasında ise üç aydır. Gerek AsCK.’da ve gerekse diğer hususi kanunlarda umumi asgari had TCK.’nın yukarıda gösterilen asgari hadleridir. Bu husus AsCK.’nın birinci maddesinde TCK.’nuna atıf yapılmak suretiyle açıklanmıştır.” 765 sayılı TCK. Döneminde AsCK.’daki cezaların asgari hadlerinin nasıl belirleneceği ile ilgili bir değerlendirme için bkz. A. Rıza **HAFIZOĞLU**, “Cezalarda Asgari ve Azami Had Meselesi”, AAD, Yıl 4, S. 13, Haziran 1958, s. 917.;

³³ Ercüment **ELİBOL**- Yüksel **ERSOY**, “Yeni Bir Askeri Ceza Kanununa İhtiyaç ve Hazırlanan Tasarının Ana Esasları Hakkında”, AAD, Y. 10, S. 39, Ankara 1967, s. 3.

“Askeri kişilerin askeri mahallerde yahut asker kişilere karşı veya askeri eşya aleyhine işledikleri hırsızlık fiillerine T.C.K.’nın ilgili hükümleri uygulanır.

Askeri hizmete ilişkin olarak, zimmet, ihtilas, irtikap ve rüşvet fiillerini işleyen asker kişiler T.C.K.’nın ilgili hükümleri uyarınca cezalandırılırlar.”

Bu maddeye ilişkin ön tasarı madde gerekçesinde ise değişiklik şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

“1632 sayılı Kanunun 131 ve 132. maddeleri hükümlerine göre askeri hırsızlık, zimmet, ihtilas, irtikap ve rüşvet fiilleri, T.C.K’ya nazaran farklı bir şekilde ele alınmış bulunmaktadır. Bu hükümlerde öngörülen kurallar dışında ise yine T.C.K’nın hükümleri uygulanmaktadır. Ayrıca 131. madde bütün fiilleri ve ayrıca askeri eşyayı satmak, satın almak, rehine vermek ve saklamak fiillerinin hepsini birlikte ele almıştır. 132. maddede ise askeri hırsızlık fiillerinin bir kısmını yani “üstünün, arkadaşının, astının bir şeyini çalanların durumu ayrıca mütalaa edilmiştir.

Bu konu yeniden ele alınırken, yerine göre ayrımlar yapmak suretiyle TCK. hükümlerinin ve bu hükümlerde öngörülen müeyyidelerin AsCK bakımından da yeterli olacağı düşünülmüştür. Hırsızlık fiilinin üst, arkadaş ve asta ait bir şeye karşı işlenmesi ile askeri eşyaya karşı işlenmesi halleri arasında da fark gözetilmesi de lüzumsuz bulunmuştur. Askeri hırsızlık fiilleri diye ayrı bir kategori yaratmaktan amaç, bu fiillerin askeri mahkemelerde ele alınıp sonuçlandırılmasıdır. Yoksa manevi unsur açısından aralarında bir fark yoktur.Bu sebeple asker kişilerin, askeri mahallerde yahut asker kişilere karşı veya askeri eşya aleyhine işlediği bütün hırsızlık fiillerine askeri mahkemelerde bakılması ve fiillere T.C.K.’nın öngördüğü müeyyidelerin uygulanması için bu madde hükmü

konmuştur. Bu madde konmasaydı dahi, genel kurallar ve usul hükümleri gereğince aynı sonuca varılacaktır. Ancak böyle bir madde konmak suretiyle bu fiiller askeri suç haline getirilmiş ve buna bağlı sonuçların uygulanması imkân dahiline girmiştir.

Aynı hususlar, askeri hizmete ilişkin olarak işlenen zimmet, ihtilas, irtikap ve rüşvet fiilleri hakkında da söylenebilir.”³⁴

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile AsCK.’da düzenlenmiş zimmet ve ihtilas düzenlemelerinden önemli farklılıklar içermeyen TCK.’da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarına atıf yapılmakla yetinilmiştir.

Askeri makamlarca hazırlanan bu Ön Tasarı Başbakanlığa gönderildikten sonra hükümet tasarısı halini almış ve 21.08.1992 tarihinde son şekli verilerek Meclise gönderilmiştir. AsCK. m. 131’e ilişkin ön tasarı hükmü tasarının 25. maddesinde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“ 1632 sayılı Kanun’un değişik 131. maddesinin 1 numaralı fıkrasının ikinci paragrafı şu şekilde değiştirilmiştir.

Az vahim hallerde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir.”³⁵

Tasarının 25. maddesi Milli Savunma ve Adalet Komisyonlarında da aynen kabul edilmiştir.³⁶ Sonuç olarak konumuzu ilgilendiren zimmet ve ihtilas suçları ile ilgili ön tasarı metni korunmamış ve sadece az vahim hallerde cezanın alt sınırı yükseltilmiştir. Az vahim hale ilişkin bu düzenleme daha önce sözü edildiği gibi

³⁴ Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığınca hazırlanan Ekim 1965 tarihli Askeri Ceza Kanunu Ön Tasarısı, s. 92.

³⁵ 21.08.1992 tarihli AsCK’da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı, s. 34.

³⁶ AsCK’da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı, s. 35.

2000 yılında 4551 sayılı Kanunla yasalaşmıştır. Değınilen tüm bu değışikliklerden sonra yapılacak yeni bir düzenleme için řu önerilebilir:

Askeri eşyanın zimmete geçirilmesi suçunda TCK. hükümlerine atıf yapılması ile sorun çözülebilecektir. Böylece ceza miktarları arasındaki oransızlık, az vahim halin belirlenmesindeki güçlükler ortadan kalkacaktır. Ancak askeri eşyanın yurt savunmasındaki önemi dikkate alınarak TCK'ya veya AsCK'ya eklenecek bir fıkra ile suçun silah, cepbane ve savunma aracına karşı işlenmesi ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak belirlenebilecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ASKERİ CEZA KANUNUNDA ZİMMET SUÇU

I. GENEL OLARAK

1632 sayılı AsCK.'nın 3. Babının 8. faslında “Mallara Karşı Yapılan Diğer Cürümler” düzenlenmiştir.

Mallara karşı işlenen suçlar, asker kişiler yahut sivil kişiler tarafından işlenebilmelerine göre iki gruba ayrılabilirler. Nitekim zimmet ve ihtilas (m.131), hizmete mahsus eşyayı kasten terk veya kaybetmek(m.130), üstünün bir şeyini çalmak(m. 132) suçları sadece asker kişiler tarafından işlenebilirken; askeri eşyayı tahrip(m.130), askeri eşyayı rehin veya satın almak suçları sivil kişiler tarafından da işlenebilmektedir.

Zimmet suçu 1632 sayılı AsCK.'nın 3.Babının Mallara Karşı Yapılan Diğer Cürümler başlıklı 8. Faslında, 131. maddede düzenlenmiştir.

Zimmet suçu, TCK.'nın yanısıra, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda³⁷ ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda³⁸ da ayrıca düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçları, bankanın malvarlığına ilişkin menfaatlerini ihlal eden suçlardır.³⁹

1632 sayılı AsCK.'nın 131. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanları*

³⁷R.G.:01.11.2005-25983.

³⁸R.G.:06.14.2007-26552, bu kanun TCK.'ya yollama yapmak yerine zimmet suçunu ayrıca düzenleme yoluna gitmiştir. Adı geçen Kanun zimmet suçunu 35. maddesinin 3. fıkrasında düzenlemiştir. Söz konusu fıkra uyarınca, “Sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetimleri ve sorumlulukları altında bulunan kuruluşa ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirmeleri halinde, altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, kuruluşun uğradığı zararı da tazmine mahkûm edilir.”

³⁹ Bankacılık zimmeti ile ilgili olarak bkz. . Güneş **OKUYUCU ERGÜN**, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınları, Ankara 2008, s. 1.

çalanlar veya zimmetine geçirenler, yahut ihtilas edenler veya satanlar, yahut rehine verenler ve bunları bilerek satın alanlar veya rehin kabul edenler veya gizliyenler beş seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılırlar.

Az vahim hallerde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir.

Çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairenin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur”

Aynı maddenin 2. fıkrasında “Yukarıki fıkra yazılı fiiller silah, cephanes veya her hangi bir müdafaa vasıtasına taallük ederse ceza”nın arttırılacağı görülmüştür.

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise “ Yukarıki iki fıkra yazılı fiiller seferberlikte yapılırsa yapanlar hakkında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası” verileceği belirtilmiştir.

II. HUKUKİ KONU

Suçun ihlal ediciliği, kaynağını hukuki konudan alır. Her suçta nasıl bir fail varsa, bir de hukuki konu vardır. Suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık⁴⁰ ya da menfaattir⁴¹. Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder. Menfaat ise, kişi ile varlık arasında var olan ve kişinin bir ihtiyacını gidermek için varlığı kullanmasına imkan sağlayan ilişkidir. Bunlar hukuken

⁴⁰Hukuki varlık kavramı yerine hukuksal değer kavramı da kullanılmaktadır. “ Hukuksal değer kavramı da çok geniş, kapsamlı ve tartışmalı bir kavramdır. Hukuksal değer kavramı “hukuksal yararlar”, “hukuksal değerler”, “toplumsal düzenin ideal değerleri”, “genel görünüm şekilleri içinde belirli değerlere ilişkin hukuken kabul edilmiş yararlar”, “hak/özen talepleri” şekillerinde ifade edilmektedir.” Yener **ÜNVER**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 58.

⁴¹ **TOROSLU**, Genel Kısım, Ankara 2005, s. 65, Kavram ve kavramı açıklamaya yönelik teoriler için bkz. **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi, s.87 vd.

korunduklarında hukuki varlık ya da hukuki menfaat adını almaktadırlar. Suçun hukuki konusunu oluşturan, yani suç tarafından ihlal edilen varlık ya da menfaatler bireylere, topluma veya devlete ait olabilir; dolayısıyla bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir.⁴² Suçun ortaya çıkabilmesi için de hukuki konunun zarara uğraması ya da suçun niteliğine göre, zarar tehlikesinin doğması gerekir.

Hukuki konu, suçların sınıflandırılmasında önemli bir ölçüt olarak yasama organları tarafından kullanılmaktadır. Suçun hukuki konusu, suçları birbirinden farklılaştırarak her birine ayrı bir nitelik ve ayrı bir hukuki ad sağlar. Devlet, hukuki varlık ya da menfaate atfettiği önemin derecesine göre suçları sıralar. Devletin bu yöndeki tercihleri, suç kategorilerinin kanundaki yerini belirler.⁴³

Suçun hukuki konusunun saptanması, sınıflandırma dışında bir çok sorunun çözümünde yardımcı olmaktadır. Her şeyden önce normun amaçsal yorumunun yapılabilmesi ve fiilin cezalandırılmasıyla kanun koyucunun ulaşmak istediği sonucun saptanması açısından büyük önem taşımaktadır. Bir suçun ceza kanununda düzenlendiği yer o suçun hukuki konusu hakkında fikir vermektedir.⁴⁴

AsCK'nın 131. maddesinde düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının hukuki konusunu belirlemeden önce 5237 sayılı TCK. açısından konuya nasıl yaklaşıldığını belirlemek faydalı olacaktır. Çünkü Askeri Yargıtay hukuki konu konusundaki içtihatlarında sıklıkla TCK.'ya atıfta bulunmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nda bahsi geçen Kamu idaresi⁴⁵ kavramı devletin ve diğer kamu kurumlarının faaliyetlerini içermektedir. Dolayısı ile kanunun "Kamu

⁴² **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 65.

⁴³ Zeki **HAFIZOĞULLARI**- Devrim **GÜNGÖR**, " Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", TBBD., 2007, s. 69.

⁴⁴ Yüksel **ERSOY**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 70.

⁴⁵ Aslında İdare hukukunun konusunu oluşturan "kamu idaresi" veya başka anlatımla devlet idaresi kavramının, belli başlı iki anlamda kullanıldığı kabul edilmektedir. İlk olarak devletin belli tür organlarını, kuruluşlarını ifade eden, "organik" veya "yapısal" anlamda; ikinci olarak devletin belli

İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde sadece teknik ve dar anlamda devletin idari faaliyetleri değil devletin yasama yürütme ve yargılama faaliyetlerinin idari fonksiyon içeren bölümlerini de kapsadığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda devlet mekanizmasının normal suretle işlenişini sağlamak için görevin ihlali, sadakatin ihmali gibi hususlar TCK. tarafından değişik suçların unsuru olarak düzenlenmişlerdir.⁴⁶

Özel çıkar saikiyle devletin normal fonksiyonlarının yerine getirilmesine yapılacak engellemelerin cezalandırılması en uygun yoldur. Devletin fonksiyonlarının işlemesiyle menfaatleri çatışan kişiler memur olabileceği gibi özel kişiler da olabilir. Birinci grup, devletle yaptığı anlaşmaya sadakatsizlik göstermiş, uyması gereken disipline uymamış, vatandaşın devlete olan güvenini sarsmış ve devletin beklediği hizmet güvenliğini yıkmış olur. İkinci grup ise devlet idaresine ve otoritesine karşı gelmiş ve kamusal faaliyetlerin aksamasına sebep olmuştur.⁴⁷

“Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”dan olan zimmet suçunun koruduğu hukuki değerle ilgili değişik görüşler bulunmaktadır.⁴⁸

Birinci görüşe göre söz konusu suçla devletin mali menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle zimmet suçu, kalpazanlık, kamu kredisine zarar verme, devlete ait mallara zarar verme suçları yanında düzenlenmelidir. Bu görüşün doğal sonucu bu suçun devlet mallarını idare yükümlülüğü olmayan yani mal ve paralara zilyet olmayanlar tarafından da işlenebilmesidir ki eski Fransız hukukunda geçerli olan görüş buydu.⁴⁹ 5237 sayılı TCK.’da suçun maddi konusunu oluşturan değer

tür faaliyetlerini ifade etmek amacıyla “görevsel”, “işlevsel” ya da fonksiyonel anlamda idareden söz edildiği görülmektedir. Açıklamalar için bkz. **GÖZÜBÜYÜK- TAN**, İdare Hukuku, C. I, s. 1 vd. ; **GÜNDAY**, İdare Hukuku, s. 3 vd.; **Siddık Sami ONAR**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul 1966, s. 1.

⁴⁶ **ÜZÜLMEZ**, s. 217, **ÖZGENÇ**, s. 134-135.

⁴⁷ **Duygun YARSUVAT**, “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM, C.:XXX, S.:3-4, 1965, s.671.

⁴⁸ **Sulhi, DÖNMEZER**, Ceza Özel Hukuku Dersleri, İstanbul, 1984, s. 76; **ERMAN, Sahir - ÖZEK, Çetin** :Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1992, s.7

s. 7.; **ARTUK –GÖKCEN–YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s.516.

⁴⁹ **DÖNMEZER**, Ceza Özel, s.76.

mutlaka devlete ait olması gerekmediğinden, bu görüşün tek başına isabetli olmadığı söylenebilir.⁵⁰

İkinci görüşe göre zimmet, bir yandan kamu görevlilerinin taşıması gereken sadakat yükümlülüğüne aykırıdır, hem de icra ettikleri fonksiyon sebebiyle vatandaşların duyması gereken itimadın, güvenin zedelenmesidir. Böyle olunca zimmet bir görev, fonksiyon suçudur, bir tür yetkinin suiistimalidir. O halde zimmet kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar arasına konulmalıdır. Diğer taraftan zimmet failin fonksiyonu dolayısı ile ağırlaştırılmış bir emniyeti suiistimaldir.⁵¹

Birleştirici olan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, zimmet suçu birden fazla hukuki yararı korumaya yöneliktir⁵². Bu suçla bir taraftan devletin mali menfaatlerini korumak; diğer taraftan da memurların devlete olan sadakat ve dürüstlikle görevini yerine getirme yükümlülüğüne aykırı davranışı cezalandırılmak istenmiştir.⁵³ Bu görüşe göre TCK.'da zimmet suçunun düzenlendiği bölümün,

⁵⁰ **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.652, “*Alman hukukunda bu suçla korunan hukuki yararın mülkiyet olduğu belirtilmektedir.*” Mehmet Emin **ARTUK –Ahmet GÖKCEN– A.Caner YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 574, dpn.76.

⁵¹ **DÖNMEZER**, Ceza Özel, s.65, **ARTUK –GÖKCEN–YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 575 vd.

⁵² “*Hukuki konu kriterinin diğer bir hudutu ise, çoğu defa aynı suçun muhtelif hukuki varlıkları ızzar etmesi veya tehlikeye koyması vakiasından doğar. Bir tek suçun çeşitli varlıklara tecavüz etmesi vakiası, sadece mürekkep suçlarda değil, fakat diğer hallerde de gerçekleşebilir. Bu itibarla, mesela, mürekkep, muhtelit ve birbirine bağlı suçların hangi sınıf suçlar arasına yerleştirilmeleri gerektiği meselesi ortaya çıkar. Aynı güçlük, basit suçlar yönünden de mevcuttur. Bu durumda hukuki konunun tayini ve şu veya bu kategoriye sokulması üstünlük kriterine müsteniden gerçekleştirilir. Ancak bu konudaki hükmü, herhangi bir kontrole tabi olmayan politik değerlendirmesine göre yine bizzat kanun koyucu verir.*” Karma hukuki konu teorisi konusundaki açıklamalar için bkz. Nevzat **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 288 vd.

⁵³ **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s.652; aynı yönde bkz. **EREM- TOROSLU**, Özel Kısım, s. 152.

Bu iki hukuki konu arasında bir üstünlük sorununun olup olmadığı, böyle bir sorun varsa hangisinin daha üstün olduğu hususu ayrı bir tartışma konusudur. Birden fazla hukuki varlık ya da menfaati ihlal eden suçlarda, bunlardan yalnız biri suçun hukuki konusunu oluşturacaktır. Üstün olan bu hukuki konu üstünlük ölçütüne göre belirlenecektir. Bu belirlemeyi yapacak olan kanun koyucudur. Ancak, zimmet suçu açısından durum özellik arz etmektedir. Çünkü zimmet suçunun ihlal ettiği hukuki varlık veya menfaatlerin hepsi aynı süjeye, yani devlete aittir. Dolayısıyla, zimmet suçu ile ihlal edilen ve

“Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” şeklindeki başlığı, söz konusu bölümde yer alan normlarla, hem kamu idaresinin güvenilirliği hem de düzenli işleyişindeki devlete ait birden fazla hukuki varlık veya menfaatin korunduğunu ortaya koymaktadır. Burada kamu idaresinin güvenilirliği ibaresi ile devletin kamu görevlilerinin doğruluğuna ve dürüstlüğüne ilişkin menfaatinin kastedildiği açıktır. Kamu idaresinin işleyişi ibaresi ise, Devletin kamu idaresinin düzenli işleyişindeki menfaati ile birlikte malvarlığına ilişkin menfaatini de kapsamaktadır. Aksi takdirde kamu idaresinin malvarlığının uğrayacağı zararlar düzenli işleyişini de engelleyecektir.⁵⁴

Zimmet suçunun gerek eski TCK’daki gerekse yeni TCK’daki düzenleme şekilleri paralellik arz etmektedir. ETCK’nın 1990 yılında 3679 sayılı kanunla değişik şeklinin 202’inci maddesinin gerekçesinde, “...*zimmet fiilinin basit (adi) ve nitelikli şekilleri gösterilmekte ve bu suretle esas olarak kişilerin Devlete karşı muhafaza etmeleri zaruri olan itimat duygusu ve memuriyet görevi korunmaktadır. Bu sebeple zimmet bir fonksiyon suçudur; yoksa zimmetin faili, devletin mali menfaatlerini ihlal eylemiş olması sebebiyle cezalandırılmamaktadır. Tasarı bu hükmüyle memura halkın güveninin sürekli olmasındaki toplum yararını korumak amacını gütmektedir*” denilmektedir. Bu ifadelerden de anlaşıldığı üzere kanun koyucu korunan hukuki değer açısından ikinci görüşü benimsemektedir.

yukarıda belirtilen menfaatlerden hangisinin suçun hukuki konusunu oluşturduğu üzerinde durmaya gerek yoktur. Zira bu suçun hukuki konusu devlete ait, kamu görevlilerinin doğruluğuna, dürüstlüğüne ve güvenilirliğine ilişkin menfaat ile kamu idaresinin düzenli işleyişi ve malvarlığına ilişkin menfaattir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz **OKUYUCU ERGÜN**, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, s. 71., Üstünlük ölçütü konusunda bkz. Nevzat **TOROSLU**, “İftira Cürmünün Hukuki Konusu”, AÜHFD, 1980, S.1-4, s. 110.

⁵⁴ **OKUYUCU ERGÜN**, Türk Ceza Hukukunda..., s. 69, **TOROSLU**, Özel kısım, s.274, **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s.652.

5237 sayılı yeni TCK’da zimmet suçuna ilişkin madde gerekçesi de kanun koyucunun önceki kanunda olduğu gibi ikinci görüşü benimsediğini göstermektedir.⁵⁵

Bu düzenlemeler ve gerekçelerden devlet yönetimi prestij ve itibarının sürekliliğinin sağlanmasının üstün ve öncelikli amaç olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Devlet yönetiminin varlık amacı toplumun esenlik ve refahının artırılmasıdır. Devlet idaresine kamu gücünü veren ve işlevini yerine getirmesi yönünde maddi ve ekonomik değerleri sağlayan toplumu oluşturan bireylerdir. Sürekli ve vazgeçilmez nitelikteki işlevlerin yerine getirilmesinde hiç kuşkusuz en önemli araç, devlete sağlanmış olan maddi ve ekonomik değerlerdir ve bunlara yönelik saldırı sonucunda, sözü edilen işlevlerin aksaması ve duraksaması olgusunun, korunması gereken hukuki yarar olarak açıklanması daha doğru bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Kaldı ki; Devletin prestiji, Devlet ve kamu görevlisinin güvenilirliği ile çok daha ilgili olan TCK.’nın 250 ve 252. maddelerinin yaptırımları ile karşılaştırıldığında; zimmet suçunun yaptırımı açıklanamayacak şekilde ağırdır. Ayrıca 248. maddede yer alan; etkin pişmanlığa ilişkin hükmün sadece devlete ve kamu görevlisine olan güven duygusunu korumak şeklinde açıklanan düşünceyle açıklamak mümkün değildir.

Yapılan bu düzenlemeler karşısında Devlet ve kamu görevlisine duyulan güvenin sürekliliğinin sağlanması yanında devletin ekonomik değerlerinin korunmasının da amaçlandığı anlaşılmaktadır.⁵⁶

⁵⁵ “Kamu görevlisi, bu görevi dolayısıyla kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde ancak görevinin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunabilir. Madde metninde, Kamu görevlisinin bu mallar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir surette tasarrufta bulunması, bu malları kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır.” Gerekçe ve değerlendirmeler için bkz. **ARTUK –GÖKCEN–YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 582.

AsCK.’da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının koruduğu hukuki yararın belirlenmesi ise oldukça zordur. Çünkü hukuki yararın belirlenmesi konusunda sıklıkla başvurulanan “Kanun koyucunun o eyleme ceza kanunu içerisinde verdiği yer ve değer” kriteri akla gelen soruları net olarak cevaplamamaktadır⁵⁷. 131. maddede TCK.’nın değişik kısım ve bölümlerinde yer verilen suç tipleri aynı fasıl altında ve mallara karşı yapılan diğer cürümler başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre askeri eşyanın çalınması, satılması, rehnedilmesi, satın alınması, gizlenmesi ve bilerek rehin kabul edilmesi yanında zimmete geçirilmesi ve ihtilas edilmesi de suçtur ve aynı ceza ile aynı fasılda yaptırıma bağlanmıştır.

Buna karşılık Askeri Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında zimmet ve ihtilas suçunun kamu idaresinin işleyişine ve güvenilirliğine karşı işlenen suçlardan olduğu vurgulanmakta,⁵⁸, ancak suçun kanunda düzenlendiği yerden söz edilmeyerek TCK.

⁵⁶ Bkz. **SOYASLAN**, Özel Hükümler, s. 497, “.....Zimmet suçu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı bir suç olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirme doğru olmakla birlikte kanaatimize göre biraz eksiktir. Uzun yıllardan beri Devletin ekonomik ve sosyal düzenini etkileyecek boyutlardaki paranın zimmete geçirilmiş olması ve yarattığı sonuçlar suçun aynı zamanda Devletin veya toplumun malına karşı işlenmiş bir suç olması vasfını da ortaya koymaktadır. Aslında 247. madde ve devamında bu mantıktan hareket edildiğini, zimmet suçunun malvarlığına karşı suçlara benzetilerek düzenlemelere gidildiğini görüyoruz. Etkin pişmanlık hükümleri, malın değerinin azlığı, kullanma zimmeti ve benzeri düzenlemeler bu düşüncemizi teyit eder mahiyettedir.” Açıklamalar için bkz. Ahmet **GÜNDEL**, 5237 sayılı TCK’da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2009, s. 1124 vd.

⁵⁷ “.....özellikle suçun hukuki konusuna müstenit bir tasnifte, failin vasfı veya durumu, hareketin muhtelif şekilleri, suçun maddi konusu ve suç vasıtası gibi hususları nazara almamazlık edemez. Şu kadar ki, failin durumu veya vasfı, suçun subjektif unsurları gibi kriterler, sadece kısmi, yani tamamlayıcı mahiyette olan kriterlerdir.” Nevzat **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 185 vd.

⁵⁸ “Somut olayda, Eyüp İlçe Jandarma Komutanlığı birlik bedelen beslenme heyetinde görevli olan sanığın bu görevinin askeri hizmet olduğunda kuşku bulunmadığı gibi, banka hesabı ve çeklerinin de sanığa görev sebebiyle tevdi edildiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Sanığın üstlendiği askerî hizmetin kendisine sağladığı fonksiyon ve prosedür kolaylığını mal edinme özel kastıyla hareket ederek suiistimale yöneldiği ve bu çerçevede banka hesabındaki paraları bizzat veya aracı vasıtasıyla çekerek kullanmak suretiyle maddî menfaat temin ettiği anlaşılmıştır.

Zimmet suçlarını cezalandırmakla korunan hukukî menfaat, mal varlığına zarar verilmemesini korumak olmayıp, kamu idaresine karşı dürüst davranılmasını temin etmek olduğundan mali bir

konusunda doktrindeki tartışmalara atf ile yetinilmekte ya da AsCK.'da düzenlenen bu suçun mala karşı işlenen suçlar arasında düzenlendiği söylenmekte, bu duruma ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır.⁵⁹

Genel olarak bir eylemin suç olarak düzenlenmesinde birden fazla hukuki yararın korunması söz konusu olabilirse de, hedeflenen hukuki yararı, kanun koyucunun o eyleme ceza kanunu çerçevesinde verdiği yer ve değer ile süreç içerisinde yapılan değişikliklerin ruhunu açıklayan gerekçeler gözetilerek saptamak mümkündür. Ancak AsCK.'nın 131'in madde gerekçesi olmadığından gerekçe üzerinden sonuca ulaşmak mümkün görünmemektedir. AsCK. özel bir kanun olması nedeniyle TCK. kadar kapsamlı bir içeriğe sahip değildir. TCK.'da yer alan birçok suç AsCK.'da yer almamaktadır. Zimmeti, askerlik hizmetinin gereklerine göre düzenlemek isteyen kanun koyucunun bilinçli bir tercihle bu suçu mala karşı işlenen cürümler faslında düzenlediğini düşünmek doğru bir yaklaşım olmayabilir. Çünkü AsCK.'da zaten TCK.'ya benzer bir "Kamu idaresinin işleyişine ve güvenilirliğine karşı suçlar" bölümü yer almamaktadır. Ayrıca sivil kamu idaresi için aranan

zararın doğmuş olmaması veya telâfi edilmiş olması suçun tamamlanmış olması açısından ehemmiyet taşımaz.." As. Yrg. 1. D. 14.06.2006 1062/1047 sayılı kararı.

⁵⁹“ Sanığın TCG Kerempe Komutanlığında (Gemisinde) görevli bulunduğu sırada boya ambarları sorumlusu olması nedeniyle kendisine teslim edilen malzemelerden 5 kg yağlı boya, 2 adet boya fırçası, 1 adet tulum ve 1 adet sarı gamselayı Mayıs 1999 ayı içerisinde Gemiden çıkartarak Balıkesir/Ören'deki evine götürdüğü, bilahare olayın ortaya çıkması ve hakkında adli soruşturmaya başlanması üzerine bu malzemeleri evinden geri getirdiği (Dz.42) tüm dosya kapsamından maddî bir vakia olarak anlaşılmaktadır.

Bir memurun vazife veya hizmet dolayısıyla tevdi edilmiş olan veya muhafaza, murakabe ve sorumluluğu altında bulunan kamu idaresine veya kişilere ait paranın, para hükmündeki evrak ve senetlerin ve sair eşyanın kendisi veya başkasının menfaatinde temellük edilmesi şeklinde tanımlanması mümkün olan zimmet suçu TCK'nın 202 ve müteakip maddelerinde Devlet idaresi aleyhinde bir cürüm, ASCK'nın 131 nci maddesinde de mala karşı bir cürüm olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yukarıdaki tanıma göre zimmet suçunun maddî unsuru görev sebebiyle kendisine tevdi edilmiş olan veya muhafaza, murakabe sorumluluğu altında bulunan kamuya veya kişilere ait paranın, para hükmündeki evrak ve senetlerin ve sair eşyanın memur tarafından aşırılması, mal edinilmesidir. Zimmete geçirme ise zimmete konu para, para hükmündeki evrak ve eşya üzerinde maliki gibi tasarrufta bulunulması ile olur.” As. Yrg. 3. D., 06.07.2004 707/702.

güvenilirlik ve dürüstlük değerlerinin askeri idare için aranmayacağını söylemek gerçekçi olmaz. Ordu-Millet şeklinde örgütlenen ve günlük sivil yaşamda etkisi bir hayli fazla olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin prestij ve yaygın kamuoyu desteği olmadan iç ve dış tehdit odakları ile mücadelesi mümkün olamaz. Bu durumu bilen kanun koyucunun TCK ile paralel şekilde askeri idarenin güvenilirliği ve işleyişi hukuki yararını korumayı amaçladığını kabul etmek yanlış bir yaklaşım olmaz.⁶⁰

III. MADDİ KONU

Tipik fiilin üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu olan kişi veya şeydir.⁶¹ AsCK. m. 131'in metninden anlaşıldığı üzere; faile tevdi olunan veya vazife dolayısıyla emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşya, her türlü askeri erzak, eşya ve hayvanlar suçun maddi konusunu oluşturmaktadır. 5237 sayılı TCK. açısından ise suça konu olan şey mal olarak belirtilmiştir. 765 sayılı TCK.'da ise suçun maddi konusu; “para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya malları” sözcükleri ile ayrıntılı olarak sayılmıştır. 5237 sayılı TCK.'da yalnızca mal teriminin kullanılması gereksiz tekrarlardan kaçınmak için yapılmıştır ve yerindedir.⁶²

⁶⁰ Halkın Silahlı kuvvetlere bakış açısı konusunda bkz. Serdar **ŞEN**, Cumhuriyet Kültürünün Oluşum Sürecinde Bir İdeolojik Aygıt Olarak Silahlı Kuvvetler ve Modernizm, İstanbul 1996, s. 27 vd.

“..... bütün Türk erkekleri askerlik görevini yapıyor ve halk generallere, parça parça olmuş ve sık sık yolsuzluğa bulaşan siyasetçilerden daha çok güveniyor.” Giles **MERRIT**, “Asıl Engel Türk Ordusu”, Radikal, 22 Eylül 2004, s. 8.

⁶¹ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 276., **TOROSLU**, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 185 vd.

⁶² İlhan **ÜZÜLMEZ**, “Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu”, HPD., Aralık 2005, s. 217.; aynı yönde bkz., Mehmet Emin **ARTUK** –Ahmet **GÖKCEN**– A.Caner **YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 585 vd.

Zimmet ve ihtilas açısından değinilmesi gereken asıl ayrım taşınır ve taşınmaz⁶³ mal ayrımı ve taşınmazların zimmet suçunun maddi konusu olup olamayacağıdır. Mal ibaresi dar yorumlandığında bu ifadeden sadece taşınır mallar anlaşılacaktır.⁶⁴ 765 sayılı TCK. döneminde “mal” ifadesinden sadece taşınır eşyanın anlaşılacağı yaygın olarak kabul görmüştür. Ancak taşınmaz nitelikteki malların zimmet konusu olarak kabul edilmemesi konusunda tatmin edici bir açıklama yapılmamıştır.⁶⁵ Bu dönemdeki farklı bir görüşe göre ise; kanunda açıkça belirtilmedikçe mevzuatta kullanılan deyimlere özel hukukta ayrı, ceza hukukunda ayrı bir anlam vermeye gerek bulunmamaktadır. 765 sayılı TCK. m. 202’de geçen “sair mallar” ibaresine taşınmazlar da dahildir.⁶⁶ 765 s. TCK. döneminde taşınmaz malın semerelerinin taşınır mal niteliğinde olması nedeniyle zimmete geçirilebileceği ise tartışmasız kabul görmüştür.

⁶³ “Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır:

1. Arazi,

2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar,

3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler.” 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 704. R.G. 08/12/2001-24607.

⁶⁴ Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 497.

⁶⁵ Bu görüşün asıl dayanağını 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 168. maddesinde yer alan “*para veya sair taşınır mal*” ibaresi oluşturmaktadır. Buna göre zimmet suçunun maddi konusu para veya diğer taşınabilir eşyadır. Hatta bu ibareden yola çıkılarak İtalyan uygulamasında para hükmündeki evrak ve senetler zimmet suçunun konusu olarak kabul edilmemiştir. 765 sayılı TCK.’nın 202. maddesinde ise açıkça para yerine geçen evrak ve senetlerin suçun konusunu oluşturabileceği düzenlenmişti. Açıklamalar için bkz. **MAJNO**, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 2, Ankara 1978, s. 164 vd.

⁶⁶ **ARTUK –GÖKCEN –YENİDÜNYA**, Özel Hükümler s.586. ; Sahir **ERMAN- Çetin ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1992, s.23. **ERMAN- ÖZEK**, 765 sayılı TCK. döneminde mal kavramının sadece menkullerle sınırlandırılmış olması halinde ekonomik anlamda düşük bir malı temellük eden veya kullanan fail, zimmet gibi ağır bir suçtan cezalandırıldığı halde; ekonomik değeri çok yüksek olan taşınmazların herhangi bir yöntemle fail tarafından kendisi veya başkasının mülkiyetine geçirilmesi halinde, daha hafif bir yaptırıma maruz kalmasını hak ve nesafet kurallarına aykırı olarak nitelendirmektedir.

5237 sayılı TCK.’nın gerekçesinde ise, “zimmet suçunun konusu taşınır ve taşınmaz maldır” denilerek bu tartışmalar sona erdirilmiştir.⁶⁷

İnsan vücudu ve organları hukuki anlamda eşya olmadığı gibi cesedin de eşya olarak nitelendirilemeyeceği hukuk düzenince kabul edilmektedir.⁶⁸ Cesedin eşya sayılmayacağı yolundaki hakim görüş gelişen teknoloji ile birlikte cesetlerden alınan doku parçaları ve organlara yüksek miktarda değerler ödenmesinin cesedin ekonomik değeri olduğunu gösterdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁶⁹

1632 sayılı AsCK’nın 131 nci maddesinde düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları esas olarak askeri eşya üzerinde işlenebilir.

Askeri eşya veya malzeme askeri hizmetin icabı olarak günlük çalışmalarda asker kişilerin kullandığı malzemelerdir. Bunlara kısaca Ordu Malı diyebiliriz.

⁶⁷ **ARTUK –GÖKCEN –YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 586.

⁶⁸ “ İnsan vücudu, organları, ceset de, eşya kavramına girmez. Bu sebeptendir ki 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması ve Nakli Hakkında Kanunun 3. maddesi bir bedel karşılığında organ ve doku naklini yasaklamaktadır. Yalnız insanın eşya sayılmayacağı, her hukuk sisteminde mutlak olarak kabul edilmiş değildir. Örneğin, Roma Hukukunda köleler eşya olarak kabul edilebiliyordu. Yalnız insanın tabii organları değil, insanın kendisinden ayıramayacak şekilde birleşmiş, kaynaşmış takma organları, örneğin takma göz, böbrek, sabit diş protezleri, eşya sayılmazlar. Buna karşılık , insanla bağlılığı bu şekilde kaynaşmamış olan diğer suni uzuvlar, eşya sayılır. Örneğin peruk, ağızda sabit olmayan takma altın dişler vs.” Eşya kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. Şeref **ERTAŞ**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. baskı, Ankara 2002, s. 5 vd. Aynı yönde bkz. Kemal **OĞUZMAN**- Özer **SELİÇİ**, Eşya Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, 2002, s. 4; Selahattin Sulhi **TEKİNAY**-Sermet **AKMAN**- Haluk **BURCUOĞLU**-Atilla **ALTOP**, Eşya Hukuku, C. 1, 5. Bası, İstanbul 1989, s. 20.

⁶⁹ **ARTUK –GÖKCEN–YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 586. EREM, iskelet satan mezarlık görevlisi, zimmet suçu nedeniyle değil; ölünün kemiklerini almak suçu nedeniyle cezalandırılır (765 s. TCK. m. 178- 5237 s. TCK. m. 130/2) demektedir. Bkz. Faruk **EREM**, “Zimmet ve İhtilas” , AÜHF.D. , C.14, S. 1-4, Ankara 1957, s. 39, “..... organ ve doku ticareti 5237 TCK’nın 91. maddesi ve Türkiye’nin de onayladığı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi’nin 21 ve 22. maddeleri ile yasaklanmıştır. Organ ve dokunun özel hukuk anlamında mal sayılmamasının tek nedeni, çeşitli hükümlerle ticaretin yasaklanmış olması da değildir. Organ ve dokuların özel hukuk anlamında mal sayılması, insan onuru ve bu bağlamda insanın araçlaştırılmaması düşüncesi ile de bağdaşmaz.” Tuğrul **KATOĞLU**, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” AÜHF.D., yıl: 2006, c. 55, S.1, s. 158 vd.

As.C.K.'nın değişik maddelerinde "askeri eşya", "askeri malzeme" veya "harp malzemesi" gibi tabirler geçmektedir.⁷⁰ Askeri eşyayı "askerlik amaç ve menfaatlerine tahsis edilen eşya" olarak tarif etmek mümkündür.⁷¹ Bir başka deyişle askeri eşya "Kamu mallarından olup mülkiyeti devlete ait ve fakat kullanılması Silahlı Kuvvetlere bırakılmış mallar" dır.⁷²

Maddede "... para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut her türlü askeri erzak, eşya veya hayvanları...." demek suretiyle ordu hizmetinde kullanılmakta olan veya kullanılacak olan paraların ve tüm eşya, erzak ve hayvanların hepsi askeri mal (ordu malı) statüsünde kabul edilerek, bu eşyalara veya hayvanlara karşı işlenecek suçların zimmet ve ihtilasa sebebiyet vereceği anlaşılmaktadır.

Askeri eşyanın çeşitleri, bakım- tutumu ve idaresi ile ilgili L-101 Ordu Mal Yönetmeliği⁷³'nin 2 nci maddesi ordu malını "ordu elinde bulunan her çeşit devlet malı" olarak tarif etmektedir. Ordu Malı kamu mallarının özel bir türünü oluşturur.⁷⁴

⁷⁰ AsCK. m.130, 137,192.

⁷¹ **ÖZBAKAN**, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990, s.294., Aynı yönde bkz. As. Yrg. 4. Da., 22.03.2005, 2005/171-377 sayılı kararı.

⁷² Ejder **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, 9. bası, Yetkin Yay., Ankara 2006, s. 101.

⁷³ R.G.- 01.03.1954

⁷⁴ L-101 Ordu Mal Yönetmeliği madde 3 - Ordu malının çeşitleri:

a. Gayrimenkul mal (Medeni Kanunun 632, 619 ve 621 nci maddeleri gereğince)

I. Arazi,

II. Tapu sicilinde müstakil ve daimi olmak üzere ayrıca kaydedilen haklar,

III. Madenler,

IV. Gayrimenkulün mütemmim cüzünden olan ordu malı sabit tesisler ile ayrıca teferruat gayrimenkul hükümlerine tabidir.

Gayrimenkullerin muhasebi özel talimatnamelerine göre yapılır.

b. Menkul mal: Gayrimenkul olmayan veya bunların mütemmim cüzlerinden bulunmayan bilumum ordu malı menkuldur.

Erzak, Türkçe sözlükte;⁷⁵ insan ve hayvanların beslenmesi için verilen şey olarak tanımlanmıştır. Hayvanlar tabiri ise çok geniş olarak mülkiyet konusu olan canlıları ifade etmektedir. Netice olarak As.C.K.'nın uygulamasında "*Askeri Menkul malı mülkiyeti devlete ait istimal veya istihlaki orduya tahsis edilmiş bulunan tekmil menkul mallar*" şeklinde tarif edebiliriz.⁷⁶

Bir eşyanın askeri eşya vasfında olup olmadığı hususunun tespiti bazı hallerde son derece güç olmaktadır. Bu durumda o eşya ile ilgili hukuki düzenlemelere bakılması gerekir. Silahlı Kuvvetlerde çeşitli kıta, karargâh, kurum bünyesinde personelin alışveriş ihtiyacının karşılanması amacıyla askeri kantinler kurularak işletilmektedir. Bu kantinlerin kuruluşlarını düzenleyen mevzuat 211 sayılı İç Hizmet Kanunu ve Askeri Kantin yönetmeliğidir⁷⁷. Bu düzenlemelere göre kantinlere tüzelkişilik tanınmamıştır ve sermayelerinde devlet katkısı yoktur. Bu nedenle kantin hasılatı ve eşyası askeri eşya olarak kabul edilmemektedir.⁷⁸

Kantin eşyası askeri eşya olarak kabul edilmediğinde zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı, zimmet suçunun olduğu kabul edildiğinde ise oluşan zararın hangi

Makinalar, teçhizat, sabit muhabere tesisleri gibi, binanın yapısını tahrip etmeden çıkarılabilen eşya menkuldür.

⁷⁵ www.tdk.gov.tr; Mustafa Nihat ÖZÖN, Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İnkılap Yay., İstanbul 1997, s. 207., YILMAZ, s.100.

⁷⁶ Ahmet KERSE, "Ordu Mallarına Karşı İşlenen Suçlar", AAM, Y.5, S.17, s.12-15.

⁷⁷ R.G. 22.03.2002- 24703.

⁷⁸ "Askeri kantinlere ait eşya ve paranın askeri eşya vasfı yoktur. Bu itibarla geceleyin askeri kantine girerek para çalan sanığın eyleminin AsCK'nın 131. maddesi değil, Türk Ceza Kanunu'nun 492/1. maddesi içinde değerlendirilmesi gerekir." (As. Yrg. 5. Da., 16.09.1987, 540-525.).

"Sermayesinde devlet katkısı olmaması nedeniyle kantin gelirinin devlet parası olarak ve dolayısıyla kantin zararının hazine zararı vasfında kabulü mümkün olmadığından, Askeri Kantin Yönetmeliğinin 58. maddesi ve 353 sayılı Kanunun 16. maddesi uyarınca askeri savcının takip konusu yapması halinde kantin zararının TCK.'nın 230. maddesi uyarınca ödetilme cihetine gidilmesi doğru olmakla beraber, askeri mahkemenin resen nazara alacağı bir hazine zararının mevcut bulunmaması nedeniyle, ceza davasıyla birlikte yürütülen şahsi alacak davasında, ancak istem kadarına hükmedilebileceği izahtan varestedir." (As. Yrg. 3. D., 10.069.2003, 716-713). Kararlar için bkz. KOÇ, Askeri Ceza Kanunu, s. 564-566.

kanun hükümlerine göre tazmin ve tahsili yoluna gidileceği problemleri doğmaktadır. Zira kantinlerin tüzel kişiliğinin olmadığı Askeri Yargıtay kararlarında açıkça kabul edilmektedir.⁷⁹ Kantin Başkanlığının tüzel kişiliği olmadığı gibi kantinin içinde bulunduğu birliğin ve hatta kuvvet komutanlıklarının dahi tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Tüzel kişilik olarak Millî Savunma Bakanlığı muhatap kabul edilmektedir.⁸⁰ Hatta bu nedenle 5237 sayılı TCK. m. 257/2’de düzenlenen memuriyet görevini ihmal suçu nedeniyle suçun oluşumu için aranan kişi mağduriyeti ile ilgili yapılan değerlendirmelerde kantin başkanlığının bir kişilik sahibi olmaması nedeniyle suçun oluşmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu kabul Askeri Yargıtay tarafından şu gerekçelerle kabul görmemektedir. “ *Sanığa atılı eylemin sabit görülmesi hâlinde, verilen açık miktarı kadar kantin sermayesi ve buna bağlı olarak kantin kârı azalacaktır. Kantinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Ancak kantin sermayesinin azalması nedeniyle yeteri kadar mal alınamadığı için istediği malı bulamayan ya da peşin para ile alınamadığı için istediği malı zamlı fiyattan alan personel mağdur olacağı gibi, kantin gelirini İç Hizmet Kanunu’nun 106/c ve Askerî Kantinler Yönetmeliğinin 37’nci maddeleri uyarınca kullanacak olan kışla komutanı da bu gelirden mahrum kalacağı için mağdur olacaktır. 5237 sayılı TCK’nın 257’nci maddesinin gerekçesinde, “... mağduriyet kavramı, zarar*

⁷⁹ As. Yrg. 3. D., 17.04.2008, 2007/981-977., As. Yrg. 1. D., 12.04.2006, 2006/586-625.

⁸⁰ Murat **YAMAN**, Açıklamalı-İçtihatlı- Dilekçe Örnekli Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Ankara 2006, s. 266-267.

“Hukukta haksahibi, yani açıklamış olduğu iradenin bir sonuç doğurduğu kabul edilenlere “kişi” denilir. Başlangıçta bunlar yalnızca gerçek kişiler, hatta gerçek kişilerden bazıları olduğu halde zamanla hukuk tekniğinin yarattığı tüzelkişiler de hak sahibi olarak kabul edilmişlerdir. ...özel hukuk alanında tüzelkişiliğin doğabilmesi için hukuk düzeninin buna elverişli olması, iradenin kişilik kurma sonucuna yönelmesi ve muamelenin yasal geçerlilik koşullarına uygun olarak yapılması yeterlidir. Buna karşılık Kamu hukuku alanında tüzelkişilik Anayasa’nın 123. maddesi uyarınca ancak kanunla veya kanunun verdiği açık yetkiye bağlı olarak bir idari işlemle kurulabilir.” Tüzelkişilik kavramı konusundaki açıklamalar için bkz. İlhan **ÖZAY**, Gün Işığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 122-123.

kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. ...” şeklinde anlatılmıştır. Dolayısıyla iddia konusu olayın sübutu hâlinde kantin hizmetinden istifade eden personelin ve kantin gelirini kullanacak olan komutanın mağduriyeti bulunduğu kabul edilmesi gerekir. Nitekim direnme hükmünde örnek gösterilen As.Yrg.Drl.Krl.nun 30.01.1992 tarihli, 1992/7-11 Esas ve Karar sayılı kararında, “... Kantinin kişiliğinden veya sermayesinden değil, işlevinden hareketle sonuca varılması gerektiği ... kabul edilmiştir. Zira kantinin hizmet verdiği kişiler asker kişilerdir. Kantin zararı, gerçek asker kişilerin menfaatlerini haleldar etmektedir. ...”⁸¹ Bu durumda zimmet suçu için aranan kamu görevlisi, görev sebebiyle tevdi gibi suçun kurucu unsurlarının dikkatle incelenmesi gerekir. TSK bünyesinde; 211 sayılı İç Hizmet Kanunu’nun 106/a maddesi ile bu Kanun doğrultusunda yürürlüğe konan İç Hizmet Yönetmeliğinin 674/1 ve Askerî Kantin Yönetmeliğinin 5/a maddeleri uyarınca kurulup işletilen askerî kantin faaliyetinin, ASCK’nın 12’nci maddesindeki hizmet tarifi⁸² karşısında, askerî hizmet (Kamusal faaliyet) kabul edilmesi, burada görev yapan personelin de, ASCK’nın 13’üncü maddesindeki⁸³ memur tanımı ile 5237 sayılı TCK’nın 6/c maddesindeki kamu görevlisi tanımı ve madde gerekçesi karşısında görevli memur (Kamu görevlisi) kabul edilmesi gerekir.⁸⁴

Zimmet suçu nedeniyle oluşan zararın ise hazine zararı olarak kabul edilmesi güçtür. Zira kantin parası askeri eşya sayılmamaktadır. Hazineye ait olmayan bir malın kamu zararı oluşturduğu da bu nedenle düşünülemez. Bu konuda

⁸¹ As. Yrg. Drl. Krl., 20.09.2007, 2007/108-98.

⁸² ASCK. m. 12: Bu Kanunun tatbikatında hizmet tabirinden maksat gerek malum ve muayyen olan gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir.

⁸³ ASCK. m.13: Bu kanunun tatbikatında memur tabirinden maksat 12. maddede yazılı hizmeti ifa ile mükellef olandır.

⁸⁴ Nitekim As.Yrg.İç.Brı.Krl.nun 17.02.1950 tarihli, 1950/1314 Esas ve 289 Karar sayılı kararında orduevi, gazino ve askerî kantinlerde görev alan askerî personelin hizmetinin askerî vazife ve hizmet sayılacağı kabul edilmiştir.

sıkça duraksamalar yaşanması nedeniyle Milli Savunma Bakanlığınca askeri kantin zararları ile ilgili bir genelge yayımlanarak, kantin zararı hazine zararı olmasa da AsCK.'nın 131. maddesi gereğince ödettirilmesi yoluna gidilmesinin zorunlu olduğundan bahsedilmiştir.⁸⁵

Erlere istihkak olarak verilen don, fanila, yün fanila, komando beresi ve benzeri eşyalar şahsi eşya olmayıp erlere hizmete yönelik olarak verilen askeri eşyalardır.⁸⁶ Askeri eşyanın miadının dolmuş veya hurdaya ayrılmış⁸⁷ olması o eşyanın askeri eşya vasfını sona erdirmez.

⁸⁵ “Madde 1. ASKERİ KANTİN ZARARLARI :

Bazı askeri savcılıkların, işlenen suçlar dolayısıyla askeri kantinlerin uğradıkları zararları, hazine zararı niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle takip etmedikleri öğrenilmiştir.

a. Zimmet ve Görevi İhmal Suçlarından Doğan Kantin Zararları

Zimmet ve görevi ihmal suçlarından doğan kantin zararlarında, zararın iddianameye yazılarak askeri mahkemeden ödetme talebinde bulunulması ve askeri mahkemece de ödetmeye karar verilmesi, bu suçların tanımlandığı AsCK.'nın 131. ve TCK.'nın 230. (5237 s. TCK. m. 257.) maddelerinin açıklığı karşısında herhangi bir duraksama yaratmamaktadır.

Bilindiği gibi AsCK.'nın 131. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendinde; “Çalınan veya rehnedilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan vesairenin değerlerinin ödettirilmesine hükmolunur.” Denilmiş, TCK.'nın 230. maddesinin son fıkrasında ise; “ memurun vazifesini geciktirmesinden veya verilen buyruğu yapmamasından, kişiler herhangi bir zarara uğramışsa bu zarar ayrıca ödettilir.” Hükmüne yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi, gerek AsCK.'nın 131. ve gerekse TCK.'nın 230. maddelerinin ihlalinden doğan ceza davalarında, askeri mahkemelerin suçtan doğan zararların tümünün, Hazineye ait olup olmadığına bakılmaksızın, ödettirilmesine karar vermeleri yasal zorunluluktur. Bu bakımdan bu suçlarla ilgili kantin zararlarında, zarar hazine zararı olarak nitelendirilmese dahi; askeri savcılarca ödetme talebinde bulunulması, askeri mahkemenin ise, böyle bir talepte bulunulsun veya bulunulmasın, her halde ödetmeye hükmetmesi gerekmektedir.

Nitekim Askeri Yargıtay daireler Kurulunun 14.12.1973 gün ve 59-58 sayılı içtihadında; AsCK.'nın 131. maddesinin ihlalinden doğan ceza davasında askeri mahkemenin suçtan doğan zararın tazminine resen karar vermekle yükümlü olduğu görüşüne karar verilmiştir.” (3 Ekim 1995 gün ve Mİ.Y. 40-7-95/ As. Adl. İşl. Yet. As. Czev. Ş. Sayılı genelgesinin 1. maddesi) genelgenin tamamı için bkz. **ÇELEN**, s. 567 vd.

⁸⁶ (As. Yrg. 3. D. 21.09.2004, 689-686), **KOÇ**, Askeri Ceza..., s.568.

⁸⁷ L-101 Ordu Mal Yönetmeliği'nin 4/d bendi, “ Onarımı yapılamayan ordu malı: Hizmette vasfını kaybeden, arızalı hale geldiklerinde, onarılmaları iktisaden mahzurlu olan maldır. Bu mal (HEK=) remziyle ifade edilir.”

Farsça bir kelime olan para, değişim aracı olarak kullanılmak üzere devletçe bastırılan maden ve kağıt parçaları olarak tanımlanabilir.⁸⁸ Temelinde mal tabirine giren paranın fonksiyonu bakımından ayrıca belirtilmesinde fayda vardır.⁸⁹ Bu kavram içerisinde ülkede usulüne uygun çıkartılmış olan paralarla, yabancı devletler tarafından kendi yasalarına göre tedavüle konulmuş olan paralar zimmet suçunun konusunu oluşturabilir. Ancak değer biriminin para sayılabilmesi için suçun işlenmesi anında bu fonksiyonu yapabilmesi, yani ait olduğu ülkede mevzuat gereğince bir mal veya hizmet karşılığında kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle önceden tedavülde olup, daha sonra usulüne uygun bir şekilde dolaşımdan çekilmiş olan para ekonomik bir değeri (örneğin antika) olsa, hatta bu değer, nominal değerinden bile fazla olsa artık para olma vasfını yitirmiş ve diğer mallar kavramına dahil olmuştur.⁹⁰ Nitekim Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun⁹¹'de Türk Parası ; *“Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre Türkiye’de tedavülde bulunan veya tedavülden kaldırılmış olsa bile değiştirme süresi dolmamış olan paralar,”* olarak tanımlanarak para olarak nitelenen nesnenin tedavül edebilme özelliği vurgulanmıştır.

765 sayılı TCK.’dan farklı olarak 5237 sayılı TCK.’nın 247. maddesinde (zimmet) ayrıca paradan söz edilmemiştir. Bunun yerine zimmet suçunun maddi konusu olarak mal kavramına yer verilmiştir. Mal kavramı, misli veya gayri misli,

⁸⁸ Ejder **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 719.

⁸⁹ *“Para, mal kavramına dahil olduğu halde, sui generis bir kavram olduğu için diğer mallardan ayrı olarak maddede belirtilmesi yerinde olmuştur”*, 765 sayılı TCK. m.202 hakkındaki açıklamalar için bkz. Süheyl **DONAY**, *“Türk Hukukunda Zimmet”*, MHAD., Y.2, S.3, İstanbul 1968., s. 39.

⁹⁰ **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, s.718 vd..

⁹¹ R.G. 25.02.1930- 1433

ekonomik değer taşıyan her türlü eşyayı ifade etmektedir.⁹² Ancak paranın ekonomik anlamda mal olmadığı, dolaşım işlevine bağlı olarak yalnızca nominal bir değer taşıdığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Bir malın kira bedeli para kavramı içinde ele alınmalıdır.

Bu konuda tartışılması gereken konu, para hükmündeki evrak ve senetler ile milli ziynet altınlarının AsCK.'nın 131. maddesindeki para kavramına dahil olup olmadığıdır. Kanaatimizce bazı yazarların⁹³ aksine, milli ziynet altınları para kavramına girmeyip sair bir mal türü olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Zira bu altınların mal ile değişim ve dolayısıyla tedavül özellikleri sınırlıdır ve 5237 sayılı TCK.'nın sahtecilikle ilgili 198. maddesine göre millî ziynet altınları para hükmünde sayılmıştır. Bu durum da milli ziynet altınlarının aslında para kavramına girmediğini göstermektedir.

Aynı kanun maddesine göre, Devlet tarafından ihraç edilen hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak da para hükmündedir. Bu

⁹² Mal sözlükte, “Bir kimsenin, bir tüzel kişinin mülkiyeti altında bulunan, taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü” olarak tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr. ; “Maldan kasıt eşyadır. Eşya; üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, iktisadi değer taşıyan, kişi dışı cismani varlıklardır.” OĞUZMAN-SELİÇİ, Eşya Hukuku, s.6.; ayrıca bkz. Çetin ARSLAN-Bahattin AZİZAĞAOĞLU, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s. 1019.

⁹³ Faruk EREM, “Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümler” , AUHFD., C.:18, S.:1-4, 1961, s.107.; Para hükmündeki diğer evrak ve senetleri de para olarak kabul eden görüş için bkz. Ragıp ÖGEL, “Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet” İD., S.192, 1948, s.77, “...önceleri hükümdarların hazinelerinin en önemli parçalarını oluşturan altın, modern ekonomilerin oluşması ve bankacılık sektörünün gelişmesiyle birlikte parasal işlevini yitirmesine rağmen, ulusal devletlerin merkez bankalarının vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.”M. Göknıl VURAL, Altın Piyasası ve Altın Fiyatlarını Etkileyen Faktörler (Yayınlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi), Ankara Mayıs 2003, s.5 vd. www. tcmb. gov. tr.

kavram içine ibrazı halinde paraya çevrilmesi olanaklı kıymetli evrak, yani çek, bono, poliçe de dahil edilebilir.⁹⁴

AsCK. m. 131/2. fıkrasına göre; zimmet ve ihtilas suçunun silah, cephane veya her hangi bir müdafaa vasıtası üzerinde işlenmesi halinde ceza artırılır. Silahın ne anlama geldiği ; TCK.'nın 6. maddesinde düzenlenmiştir. AsCK. ve özellikle 131. maddenin uygulamasında ise silah kavramı daha dar bir anlama sahiptir.⁹⁵ Her kanun kendi uygulama alanına göre kendi kavramlarını oluşturmaktadır. Zimmetin konusunu oluşturan silah, Türk Silahlı Kuvvetleri envanterinde kayıtlı olarak bulunan ve askeri hizmete özgülenmiş saldırı ve savunma amacıyla kullanılan her türlü makine ve teçhizatır.⁹⁶ Cephane ise askeri amaçlarla kullanılmak üzere yapılan patlayıcı, kimyasal, biyolojik, radyolojik madde ve maddelerle, bunların doldurulmasında kullanılan metal gövdeler, mekanik düzenler ve parçaların birleştirilmesiyle oluşan sistem ve atımlardır. Ordu dilinde bunlara mühimmat da denilmektedir.⁹⁷

Dava konusu olayda eşyanın silah veya cephane olup olmadığı silah teknisyeni veya ikmal personeli olan konunun uzmanı bir bilirkişi tarafından tespit edilebilir.

⁹⁴ Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 276.; Sedat **BAKICI**, Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 1988, s. 294, **DONAY**, s. 39.

⁹⁵ Çünkü TCK. uygulamasında saldırı ve savunma amacıyla kullanılan her cisim silah sayılmaktadır. Bu bağlamda keser, levye demiri, kırılmış bira şişesi, pense, spatula silah sayılabilmektedir. (Y. 4. CD. 15.04.1981, 2228-2292), (Y. 4. CD. 08.06.1976, 3984-4017), Kararlar için bkz. Kazancı veri tabanı., Bundan sonraki atıflarda Kaynağı ayrıca belirtilmeyen Yargıtay kararları Kazancı veri tabanından alınmıştır.

⁹⁶ TSK. Müşterek Askeri Terimler Sözlüğü, Ankara 2005, s. S-5.

⁹⁷ TSK. Müşterek Askeri Terimler Sözlüğü, s. M-14.

Zimmete geçirilen mühimmatın bir şekilde artırılmış olması veya silahın açık olarak görünmemesi suçun oluşumunu ve artırım nedeninin uygulanmasını engellemez.⁹⁸

Askeri eşya vasfındaki silahın Silahlı Kuvvetler bünyesinde envantere kayıtlı bir silah olup olmadığı birlik envanter kayıtlarından mal sorumluları aracılığıyla öğrenilebilmektedir.⁹⁹ Her bir silahın bir sicil numarası ile sicil belgesi bulunmakta bundan ayrı olarak bir stok numarası verilerek sisteme kaydedilmektedir. Silahın askeri eşya olup olmadığı suçun oluşumuna etki edeceğinden öncelikle bu hususun araştırılması gerekmektedir.¹⁰⁰

⁹⁸“..... sanığın evinde yapılan aramada çeşitli cins ve miktarda çok sayıda askerî eşya niteliğinde malzeme ve mühimmat ele geçirildiği gibi, sivil şahsın evinde ele geçirilen mühimmat ve malzemelerin de sanığa ait olduğu belirlenmiştir. Kaldı ki, sanığın evinde yapılan aramada ele geçirilen askerî mühimmat ve malzemeler de atılı suçun oluşumu için yeterlidir. Sanığın birliğe ait kırtasiye malzemelerini evinde muhafaza ettiği yönündeki savunması inandırıcılıktan uzak olup, askerî mühimmatın zimmet fazlası bulunması da askerî eşya vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Sanığın birliğe ait askerî mühimmat ve askerî eşyayı mal edinmek kastıyla evine götürdüğünün kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.....Sanığın zimmetine geçirdiği malzemelerin bir bölümünün mühimmat olması nedeniyle temel ceza belirlendikten sonra ASCK'nın 131/2'nci maddesi gereğince cezanın artırılmasına karar verilmesi gerekirken, bu yönde uygulama yapılmaması yasaya aykırı ise de, aleyhe temyize gelinmediğinden belirtilen hataya değinilmekle yetinilmiştir. Diğer taraftan, mühimmat miktarının fazlalığı nedeniyle temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılmasında da bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” As. Yrg. 4. D., 08.08.2006 1024-1021.

⁹⁹ “Sanığın suça konu tüfeğinin askeri birliklerin demirbaşına kayıtlı olduğu saptanamamış olmasına, bu silahın değişik yollardan da yurda girmesi muhtemel olmasına göre, silahın orduda kullanılan silahlara benzetmesinin sanık hakkında Askeri Ceza Kanununun 131/1-2 maddesinin uygulanmasını gerektirmediği halde sanık hakkında 6136 sayılı yasanın 13/2. maddesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” (Yrg. 8. CD. , 04.05.1998, 3250/6298). Ali **PARLAR**- Muzaffer **HATİPOĞLU** , Açıklamalı-İçtihatlı Özel Ceza Kanunları ve Uygulaması, C. 2, İstanbul 2005, s. 600.

¹⁰⁰ “.....Eruh 3 ncü Komd.Tug.2.Komd.Tb.5 nci Komd.Bl.K.lığı emrinde Bölük Astsubayı olarak görev yapan P.Astsb.Bşçvş.Selahattin ATMACA'nın; 1.2.1998 tarihinde tayin nedeniyle birliğiyle ilişkisini kesmeden hemen önce 1 tanesinde askeri eşya vasfında komando bıçağı, diğer ikisinde zimmetinde bulunan muhtelif sınıflara ait askeri malzemelerin yer aldığı toplam 3 koliyi P.Onb.Gürcan İNCİCİ vasıtasıyla birliğinden çıkarttırıp Siirt İrtibat bürosuna naklettirdiği iddiasıyla müsnet askeri eşyayı gizlemek ve Askerî eşyayı zimmetine geçirmek suçlarıyla ilgili olarak kamu davası açıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Sanık aşamalarda uyum ve istikrar arzeden sorgu ve savunmalarında; şahsi eşyalarının yazıcı P.Onb.Gürcan İNCİCİ vasıtasıyla koli haline getirerek Siirt toplanma merkezine gönderttiğini, kolide yer alan komando bıçağını sivil piyasadan tedarik ettiğini, diğer kolilerde yer alan askeri malzemelerle hiçbir ilgi ve alakası bulunmadığını ifade etmiştir.

Tanıklar Özey ERTUĞRUL, Özdemir AKKEÇİ, Uzay İLKİYAZ, Yıldırım GÖKTAŞ ve İsa ÜNLÜ birbiriyle uyum arzeden yeminli ifadelerinde; muhteviyatında askeri malzeme bulunan 2 kolinin üzerinde sanığa ait herhangi bir isim, işaret yada adres yer almadığını beyan etmişlerdir.

Askeri eşya olan silah ve cephane nedeniyle artırım yapılabilmesi zimmete geçirilen silah ve cephanenin bu vasfını koruyor olmasına bağlıdır. Eskime, tahrip olma gibi sebeplerle hiçbir şekilde saldırı ve savunma amacıyla kullanılamayacak olan eşyaların silah ve cephane sayılıp cezada artırımına gidilmesi doğru bir yaklaşım olmaz.¹⁰¹

Zimmet ve ihtilâs suçunun maddi konusunun cephane olmasına bağlı artırım nedeninin uygulanabilmesi, cephanenin harp atımı nitelikte olması yani atış eğitimi dışında savaşta kullanılmak üzere imal edilmiş olması gerekmektedir.¹⁰²

Askeri araçlardan çekilerek zimmete geçirilen kırmızı markırlı askeri benzin başlı başına müdafaa vasıtası olarak kabul edilmediğinden, AsCK. m. 131/2 uyarınca cezanın arttırılması sebeplerinden sayılmamaktadır.¹⁰³

Görgü tanığı durumundaki Yılmaz ALTINTAŞ son soruşturma safhasındaki ifadelerinde; baskı ve tehdit altında alındığını iddia ettiği hazırlık beyanlarının gerçeği yansıtmadığını, bölük depolarından hiçbir şekilde malzeme çıkartarak sanık Astsubaya teslim etmediğini ileri sürmüştür.

Tanık P.Onb. Gürcan İNCİCİ yeminli ifadesinde, kendisi tarafından hazırlanan ve muhteviyatında sanığın şahsi eşyalarıyla 1 adet Komando bıçağının yer aldığı tek bir kolinin Siirt İrtibat bürosuna gönderilmek üzere konvoyu iştirak eden bir askere emaneten verildiğini beyan etmiştir.

Sanığın şahsi eşyalarının bulunduğu kolide ele geçen komando bıçağının üzerinde askeri eşya vasfında olduğuna delil olabilecek işaret yada stok numarası yer almamaktadır.

Ele geçen bıçağın sivil piyasadan tedarikinin mümkün olabileceği Dz.323'deki cevabi müzekkereden anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede,

Sanığın şahsi eşyalarının bulunduğu kolideki komando bıçağının askeri eşya vasfında olamayabileceği ihtimalini dikkate alan, ele geçen diğer iki kolinin sanığa aidiyeti konusundaki şüpheleri ise sanık lehine yorumlayarak her iki suçtan dolayı Beraet yönünde hükme varan askeri mahkemenin konuyla ilgili kabul ve değerlendirmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığından, Askeri Savcının temyiz itirazının reddiyle beraet hükümlerinin onanmalarına karar verilmiştir.” As. Yrg. 4. D., 23.01.2003 ,83-79.

¹⁰¹ “ Askeri bir silah olarak istimale gayri salih ve ancak hurda demir olduğu kabul edilen eşyanın, silaha taalluk ettiğinden bahisle sanığın cezasının arttırılarak hükmolunması yolsuzdur.” (As. Yrg. Gen. Krl. 07.10.1958 ,3550-3512) Hulusi ÖZBAKAN, Askeri Yargı İçtihatları, Ankara 1965, s.170.

¹⁰² “Talim mermisi cephaneden madut olmadığından, AsCK.’nın 131. maddesinin 2. fıkrasına mevzu edilemez” (As. Yrg. 1. D. 11.01.1965 ,3-2) ÖZBAKAN, Askeri Yargı İçtihatları, s.183.

¹⁰³ “.... Hüküm Askeri Savcı tarafından, Ordu malı benzinin “herhangi bir müdafaa vasıtası” kavramı içinde kabul edilmemesi ve tüm Sanıklar hakkında AsCK.nun 131/1 nci maddesi uyarınca tayin edilen cezanın 131/2 nci madde uyarınca arttırılmamasının kanun ve usule aykırı olduğu ileri sürülerek

IV. FAİL

A. ASKER KİŞİLER

AsCK. m. 131’de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının faili sadece asker kişiler olabilir. Bu maddede cezalandırılan zimmet ve ihtilas suçlarını kapsar şekilde zimmet ve ihtilas suçunu oluşturan eylemlerin “askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek” gerçekleştirilmesi şartı aranmıştır. Bu şartın gerçekleşebilmesi de ancak failin asker kişi olması halinde mümkündür.¹⁰⁴

temyiz edilmiştir..... Yukarıda açıklanan nedenlerle Sanık Serkan FINDIK vekilinin, müvekkilinin kullandığı iddia edilen benzin miktarının abartılı olduğu ve üst sınırdan (vahim hal kastedilmekte) ceza verilmesinin hukuka aykırı bulunduğu şeklindeki temyiz sebeplerinde haklılık görülmemekte; benzinin başlıbaşına bir müdafaa vasıtası olmaması ve verilen cezanın bundan dolayı AsCK.nun 131/2 nci maddesi gereğince artırılmasının mümkün olmaması nedeniyle de Askerî Savcının bu hususa yönelik temyiz sebebinde isabet bulunmamaktadır.” As. Yrg. 3. D. 12.08.2003, 2003/908-907, Rulmanın silâhtan sayılmayacağına dair bkz. (As. Yrg. 2. D., 13.12.1973, 228-240,), ÖZBAKAN, Askeri Ceza, s. 318.

¹⁰⁴Genel olarak asker kişinin belirlenmesi için bkz. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 3 : “Askerler ve rütbeler:

a) Askerler:

1. Er: İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte ve temin olunan rütbesiz askerdir.

2. Erbaş: İhtiyaçları Devlet tarafından deruhte ve temin olunan onbaşı ve çavuş rütbelerini haiz askerdir.

Askerlik Kanununa göre mükellef bulundukları hizmetleri ifadan sonra hususi kanunlara tevfikân muayyen bir hizmet taahhüdü suretiyle Silahlı Kuvvetlerde vazife gören uzman veya uzatmalı çavuş ve on başılar da erbaş sayılır.

3. Astsubay: Hususi kanununa göre Silahlı Kuvvetlere katılan astsubay çavuştan astsubay kıdemli başçavuşa kadar rütbeyi haiz olan askerdir.

4. Askeri öğrenci: Subay, askeri memur veya astsubay yetiştirilmek üzere muhtelif okul ve üniversitelerde okuyan ve resmi bir kıyafet taşıyan öğrencilerdir.

5. Askeri memur: İdari işlerde, fen ve sanat kollarında vazife gören ve kanuna göre subaylara muadil ve özel bir silsileye tabi bulunan askerdir.

6. Subay: Hususi kanuna göre Silahlı Kuvvetlere intisabeden asteğmenden mareşale (Büyük amirale) kadar rütbeyi haiz olan askerdir” . İç Hizmet Kanunu’nun bu tanımlaması dışında AsCK. da kendi uygulanma alanında asker kişiden kimin anlaşılması gerektiğini 3. maddesinde tanımlamıştır. “Askeri kişiler; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma ve uzman erbaşlar, erbaş ve erler ile askeri öğrencilerdir.

Genel ceza kanunları hiçbir fark gözetmeksizin bütün kişiler hakkında geçerli ve yürürlükte oldukları halde¹⁰⁵, askeri ceza kanunları, sadece asker kişilere uygulanabildiği için, failin sadece asker kişi olabileceğinin kabul edilmesi doğru bir yaklaşımdır.

765 sayılı TCK'da suçun faili memur olarak ifade edilmişti. 765 sayılı TCK'nın 279'uncu maddesinde kanunun uygulanmasında kimlerin memur sayılacağı uzunca bir şekilde tanımlanıyordu. 765 sayılı TCK döneminde memur tanımı tartışmalara sebebiyet vermiş ve tanımın yetersizliğinden dolayı pek çok özel kanunla çeşitli kurumlarda çalışanlar işledikleri suçlarda TCK anlamında memur olarak kabul edilmişlerdir.¹⁰⁶

Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurlarının asker kişi sıfatları, 04/01/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 115 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlıdır.”

1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 20/2. fıkrası ise asker kişiyi şu şekilde tanımlamaktadır : “Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.”.

¹⁰⁵ “Bir emirler bütünü olması nedeniyle ceza hukukunun hukuk sùjelerine yöneldiğı ve bu sùjeler yönünden belirli yönde davranma yükümlülüğü yarattığı kuşkusuzdur. Ceza normu, psikik durumları ne olursa olsun, ülkede yaşayan herkese yönelmektedir, yani herkes buna uymak zorundadır.” Ceza normlarının muhatabı konusundaki açıklamalar için Bkz. Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s.20.

¹⁰⁶ 765 sayılı TCK'daki memur kavramıyla ilgili olarak bkz. Sahir **ERMAN**, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, AÜSBOD, C.:2, S.:1-4, 1947, s.235; Sami **SELÇUK**, “İdare ve Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, YD., C.:23, S.:1-2, Ocak - Nisan 1997, s.27; M. Nedim **BEKRİ**, Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, Ankara 2007, s. 28-34. ; Hasan Tahsin **GÖKCAN**-Seydi **KAYMAZ**, Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2004, s. 26 vd.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personeli, TCK'nın 279'ncu maddesindeki anlamıyla “kamu görevi” görmemektedirler. Yani ceza kanunu uygulamasında memur değildirler. Ancak KİT'lerin personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK'nın 11'inci maddesinin (b) bendindeki düzenleme sebebiyle KİT personeli, “ifa ettikleri görevlerinden doğan” her türlü suçtan dolayı memur sayılmaktadır. 399 sayılı KHK'nın 11'inci maddesindeki cezai sorumluluğu düzenleyen ve 3771 sayılı kanunla da kanunlaşan şekliyle hüküm şöyledir : “ Teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel müdür, müessese müdürü, yönetim ve danışma kurulu veya yönetim komitesi üyeleriyle her çeşit personeli; ...b- Teşebbüslerin ve bağlı ortaklıkların paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço ,tutanak, rapor, ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ile ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı memur

5237 sayılı TCK. açısından ise fail “kamu görevlisi” olacaktır. Sonuç olarak zimmet suçunun işlenebilmesi için belli statüde bulunmak koşulunun aranması nedeniyle hem her iki Genel Ceza Kanunu hem de AsCK. açısından zimmet özgü (mahsus) suç niteliği taşımaktadır.¹⁰⁷

1632 sayılı AsCK’da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarında kendisine teslim edilen eşyayı zimmete geçirecek olan fail öncelikle kamu görevlisi olacaktır. Ancak bu sıfat askeri kurum ve kuruluşlarda çalışan asker kişi kamu görevlisi olarak anlaşılmalıdır.

Asker kişiler askeri ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi sayılmaktadırlar. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Kanununun 10. maddesinde asker kişilerin kim olduğu sayıldıktan başka, AsCK. m. 3’te de askeri ceza uygulamasında kimlerin asker kişi sayılacağı belirtilmiştir.

Askeri Ceza Kanunu uygulamasında kimlerin fail olacağını belirlemeden önce genel ceza kanununda düzenlenen zimmet suçunun failinden de belli ölçüde bahsetmek konumuz açısından da faydalı olacaktır, çünkü her iki kanundaki düzenleme maddi ve manevi unsurları ile korudukları hukuki yararlar açısından büyük oranda benzerlikler taşımaktadırlar.

sayılarak haklarında Türk Ceza Kanununun 2’nci kitap üçüncü ve altıncı bablarındaki hükümleri uygulanır.” Ayrıntılar için bkz. İzzet **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002 s. 149.

¹⁰⁷“ Özgü suçlar, failin özel süje niteliğine sahip olması aranan suçlar olup, hareketi yapan kişinin tipiklikte yer verilen özel sıfatı, bu sığata sahip olmayan kişilerin suçun faili olmasını önlemektedir.” Genel suç- mahsus suç ayrımı ve sonuçları için bkz. **ÖZTÜRK- ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s. 257.

“Failin zimmet suçundan sorumlu olması için suçı işlediğı anda memur olması yeterli olup, daha sonradan görevinden uzaklaştırılması veya istifa etmesi gibi sebeplerle bu sıfatı kaybetmesi önemli değildir. Aynı şekilde zimmet suçunun görevini ifa ederken işlenmesi şart değildir, görevde bulunulmadığı zamanlarda da bu suçun işlenmesi mümkündür.” Sahir **ERMAN-Çetin ÖZEK** Ceza Hukuku Özel Bölüm “Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992 , s. 13; aynı yönde bkz. Erdal **BAYTEMİR**, Açıklamalı- İctihatlı Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s.104.,

5237 sayılı TCK.’nın 247. maddesinde zimmet suçunun faili olarak kamu görevlisi gösterilmiş, aynı kanunun 6/1-c bendinde ise kamu görevlisi, “*Kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. O halde 5237 sayılı TCK. ile 765 sayılı TCK.’daki memur tanımı terk edilerek yerine kamu görevlisi deyiimi tercih edilmiştir.¹⁰⁸

İdare hukukunda “kamu görevlisi” kavramı birisi geniş diğeri dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.¹⁰⁹ Ancak ister geniş anlamda, ister dar anlamda kullanılsın, kamu görevlileri mutlaka kamu kesimindeki bir örgüte (bir kamu kurum ya da kuruluşuna) bağlı olarak çalışırlar. Bu nedenle, kamuya yararlı bir hizmeti görenler (örneğin taksi ya da dolmuş şoförleri ya da fırıncılar) veya yaptıkları hizmetin kamu hizmeti olduğu yasalarca kabul olunan meslek mensupları (örneğin

¹⁰⁸ Maddenin gerekçesinde niçin bu terimin kullanıldığı ve kapsamı şu ifadelerle açıklanmıştır; “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki memur tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılarak memur kavramını da kapsayan “Kamu Görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Bilindiği üzere kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir karşılık alıp almamalarının bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin, mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişilerde kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakıasına müdahil olan bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma, subay veya erleri de kamu görevlisidir. Buna karşılık kamusal faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” (TBMM, D. 22, Y.2, ss.664, s. 408 vd.) İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2006, s. 96.

¹⁰⁹ A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, – Turgut TAN, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.:1, 2.Bası, Ankara 2001, s.738; Cihan KANLIGÖZ, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFD., C.:43, S.:1-4, 1993, s.180 vd.; Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, Ankara 2004, s.515 vd., Doğan SOYASLAN, “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, AÜHFD., C.:45, S.:1-4, 1996, s.41-53., Erol ÇETİN, Ceza Hukukunda Memur, Ankara 2000, s. 8.

serbest avukatlar), Kamu kesimindeki bir kuruluştaki çalışmadıkları sürece kamu görevlisi sayılmazlar.¹¹⁰

Geniş anlamda kamu görevlisi; Cumhurbaşkanından, belediye başkanlarına; kamu işyerlerinde çalışan işçilere; memurlardan, öğretim üyelerine; silahlı kuvvetler personelinden, polise, hakime ve savcılara kadar uzanan kamu kesiminde görev yapan ve hukuki durumu birbirinden farklı olan kamu çalışanlarını ifade etmektedir.

Dar anlamda kamu görevlileri ise, Anayasa'nın 128'inci maddesinde ifade edilen Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinden oluşmaktadır.

5237 sayılı TCK. açısından bakıldığında Kamu görevlisi tanımının İdare Hukukundaki geniş anlamda kamu görevlisi tanımıyla örtüştüğü söylenebilir. Ancak burada zorunluluk ve kamu yararı gereği herhangi bir kamu görevinin vatandaş tarafından kanun tarafından verilen izin ile ve Devletle özel bir kamu hukuku ilişkisi kurup hukuki bir tasarruf ve fiilde bulunarak veya iştirak ederek ifa edilmesi durumunun da açıklığa kavuşturulması gerekir.

Bu şartlara uygun olarak kamu görevi gören ve 5237 sayılı TCK. uygulamasında kamu görevlisi sayılan özel kişilere örnek olarak tanık, bilirkişi ve tercümanları gösterebiliriz. Bu kimseler hakim tarafından verilen hükümlere iştirak

¹¹⁰ **GÜNDAY**, İdare Hukuku, s. 516, 765 sayılı TCK. 'da memurluk sıfatının hangi anda aranacağı konusunda özel bir düzenleme bulunmakta idi. Bu Kanunun 280. maddesine göre, "Memuriyet sıfatı kanuna göre cürmü teşkil eden anasından veya cürmün eşbabı müşeddidesinden addolunduğu yerlerde memurdan bu sıfatın zail olmuş bulunması veya cürmün vukuu esnasında vazifesini ifa halinde bulunmaması bu kaidenin tatbikine mani değildir." Yani, memurluk sıfatı bir suçun unsurunu veya ağırlatıcı nedenini oluşturursa, failin suçu işledikten sonra, memurluk sıfatını kaybetmiş olması veya suçu işlediği sırada görevini yerine getirmiyor olması memurluk sıfatına ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel olmamaktadır. 5237 sayılı TCK. 'da bu konuda özel bir hüküm getirilmemiştir.

ettikleri ve buna da kanunen mecbur oldukları ve bu kimselerin re'sen davet olunmaları nedeniyle Devletle aralarında özel bir kamu hukuku ilişkisi kurulduğundan kamu görevlisi sayılmaları gerekir.¹¹¹

AsCK. açısından failleri belirlemeden önce sivil kişilerin de AsCK. m. 131'de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının faili olup olamayacaklarının ortaya konması gerekmektedir. AsCK. esasta sadece asker kişilere uygulanabilir. Bununla beraber asker kişi kavramına dahil olmayan kimselerin de, istisnai bazı hallerde AsCK'ya göre cezalandırılmaları mümkündür. 1982 Anayasasının 138/2. fıkrası, "Askeri Mahkemeler, asker olmayan kişileri, ancak özel kanunda belirtilen askeri suçları ile görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler." Demek suretiyle bu istisnailiği belirtmektedir.

Sivil bir kişi hakkında AsCK'nın uygulanacağı hallerin başında sivil bir kimsenin askeri bir kişiyle iştirak halinde olarak askeri bir suç işlemesi hali gelir. Bu durumda asker kişi failin davası askeri mahkemede görülür ve suç da askeri bir suç olduğundan askeri mahkeme asker kişi fail hakkında AsCK'yı uygular. Sivil kişi hakkında da AsCK. uygulanır; ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 3/2. fıkrası gereğince sivil şahsın davasına adli yargı mahkemelerinde bakılır¹¹².

AsCK. m. 131'de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları özgü suç olmaları nedeniyle sivil kişiler ancak yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu tutulabilirler.

¹¹¹ İsmail **MALKOÇ**, Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, Malkoç Yayınevi, Ankara 2007, s. 1717, İhsan **AKÇİN**, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.18.

¹¹² 5271 sayılı CMK m. 3/2. fıkra : " Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askeri mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet Savcıları, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır."

Terörle mücadele kapsamında Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde görevlendirilen geçici ve sürekli köy korucuları AsCK. ve 211 sayılı İç hizmet Kanunu ile özel kanunlarında asker kişi olarak öngörülüp hukuki statüleri bu şekilde düzenlenmediğinden asker kişi sayılmamaktadırlar. Köy Koruculuğu, 18.03.1924 gün ve 442 sayılı Köy Kanununun 68 ila 82. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan Yasanın 68. maddesinde; Köy Korucularının görevinin; köy sınırı içinde herkesin ırzını, canını ve malını korumak olduğu belirtilmiş, ayrıca; korucuların ihtiyar meclisi tarafından tutulup, muhtarın duyurusu ve Kaymakam onayıyla göreve başlayacakları ve köy muhtarının emrinde çalışacakları, silah taşıyacakları, silah ve cephanenin hükümet tarafından ihtiyar meclisine mazbata ile verileceği ve diğer hususlar yer almıştır.

Aynı Yasanın 74. maddesine 26.03.1985 gün ve 3175 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasında ise; “Bakanlar Kurulu’nca tespit edilecek İllerle; Olağanüstü Hal İlanını gerektiren sebeplere ve şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin köyde veya çevrede ortaya çıkması veya ne sebeple olursa olsun köylünün canına ve malına tecavüz hareketlerinin artması halinde de, Valinin teklifi ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yeteri kadar “Geçici Köy Korucusu görevlendirileceği”, bu şekilde görevlendirilecek Geçici Köy Korucularının görevleri süresince ödenecek ücret, hizmetin bitiminde verilecek tazminat miktarı ile giyim bedellerinin İçişleri Bakanlığı’nca karşılanacağı belirtilmektedir. Kanunda geçici köy korucularının nitelikleri, yetkileri, görev ve sorumlulukları hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, köy korucuları Askeri Yargıtay tarafından sivil kişi sayılmaktadır.¹¹³

¹¹³ As. Yrg. 2. D. 28.03.2007 t. ve 2007/560-549. “....18 Mart 1340 günlü, 442 sayılı “Köy Kanununun Köy Korucuları ve Göreceği İşler” başlıklı 8. Faslında yer alan 68. ve takip eden

Kural olarak, bir kimse ancak geçerli bir idari işlem ile asker kişi sıfatı kazanır. Ancak asker kişi sıfatının kazanılması ve bu sıfatın devam etmesi kişinin sağlık durumu itibarıyla da belli bir iyilik durumunda bulunmasını gerektirmektedir. Bu iyilik durumunun tespiti Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği¹¹⁴ Hükümlerine göre yapılmaktadır. Bu yönetmelik sağlık bakımından askerliğe elverişliliği A, B,C ve D dilimlerine ayırmıştır. Buna göre A diliminde yer verilen rahatsızlık kendisinde bulunan fail arızalı sağlam olacağından asker kişi sayılacaktır. Ancak B diliminde yer alan rahatsızlık kendisinde bulunan fail barış zamanında askerliğe elverişsiz, D diliminde yer alan fail ise hem barış hem de savaş durumunda askerliğe elverişsiz olacaktır. C dilimi ise nekahat dönemi olacağından fail askerliğe elverişli sayılacaktır. Barış ve/veya savaş durumunda sağlık bakımından askerliğe elverişli olmadığına suç tarihi itibarıyla karar verilen failin zimmet suçunu işleyip işleyemeyeceği tartışmalıdır. Asker kişi olduğu sanılan askerliğe elverişsiz kişinin eyleminin zimmet suçunu oluşturmaya bile en azından güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı düşünülebilir. Ancak burada fiili kamu görevlisi kavramının da tartışılması gerekmektedir. Fiili kamu görevlisi (veya fiili ajan) meşru ve muteber bir seçim ya da atama işlemi olmaksızın kamu adına hareket eden kişilere denmektedir.¹¹⁵ Fiili kamu görevlisi iyiniyetle veya taksirle hareket etmekte, kamu görevlisi gibi davranmaktadır. Bu kişiler ceza hukuku bakımından kamu görevlisi

maddelerinde köy korucularının atanmaları, nitelikleri, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler mevcuttur. 442 sayılı Köy Kanununun 74. maddesine 3175 sayılı Kanunla eklenen dava konusu hükümlere göre köylerde görevlendirilecek olan geçici köy korucularının bu yönden köy korucularına ilişkin hükümlere tabi olacaklarında kuşku yoktur.... geçici köy korucularının yerine getirecekleri görevler, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev niteliğinde de değildir.” Köy korucularının yasal statüleri konusundaki açıklamalar için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 10.12.1985 gün ve E. 1985/5, K. 1985/23 sayılı kararı, RG. 21 Ocak 1986-18995.

¹¹⁴ R.G. 24.11.1986-19291.

¹¹⁵ Kemal **GÖZLER**, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 6. bası, Bursa, 2007, s. 293-294.

sayıldıklarına göre, kamu görevlileri tarafından işlenebilen suçları da işleyebileceklerdir. Bununla beraber, bu gibi suçların kamu görevlileri tarafından işlenmesi halinde aranan koşullar, fiili kamu görevlileri bakımından da aranacaktır.¹¹⁶ Dolayısıyla asker kişi sıfatının devam ettiğini ve gerekli sağlık koşullarını taşıdığını düşünen ve 3. kişiler tarafından da bu şekilde algılanan bir kimsenin zimmet suçunun faili olabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

AsCK. m. 192'ye göre ise, askeri eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair AsCK. 131 inci maddede yazılı suçların askeri mahkemelere tabi olmayan siviller tarafından yapıldığında umumi mahkemelerin AsCK. 131 hükümlerini tatbik edeceği belirtilip, yine 131. maddede yer alan zimmet ve ihtilas suçlarına ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması da sivillerin zimmet ve ihtilas suçlarının faili olamayacaklarını göstermektedir.

B.Muvazzaf Asker Kişiler

1. Subaylar

Özel kanunlara göre silahlı kuvvetlere katılan kara ordusunda mareşale, deniz ordusunda ise büyük amirale kadar bütün asker kişiler anlaşılmaktadır. Subay tabirine yedek subay okulundan çıkanlar da dahildir. Çünkü bu okuldan mezun olup asteğmen rütbesiyle orduya katılanlar da muvazzaflık hizmeti görürler. Ancak bu gibiler terhislerinden sonra tekrar silah altına alınırlarsa o zaman yedek askeri kişi durumuna girerler.

Harp okulundan teğmen rütbesiyle mezun olan subaylar için muvazzaflık hizmeti mezun oldukları yılın 30 Ağustos tarihinde, askerlik ödevini asteğmen

¹¹⁶ OKUYUCU-ERGÜN, s. 42.

olarak yerine getirecekler için ise askerlik şubelerinden sevk tarihinden itibaren başlar.¹¹⁷

Askerlik ödevini yedek subay asteğmen olarak yerine getirenlerin askerlikle ilişkileri terhisleriyle birlikte kesilir. Diğer muvazzaf subaylar ise emeklilik ve sair suretlerle orduyla ilişkilerinin kesilmesine kadar asker kişi sayılırlar. Bununla birlikte izin, istirahat, hava değişimi, tutukluluk, işten el çektirme ve açığa çıkarma gibi sebeplerle askeri görevleri ile fiilen ilişkileri kesilen subaylar da bu sıfatlarını ve rütbelerini muhafaza ederler.

2. Astsubaylar

AsCK. m. 3 ve Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Kanununun 10. maddesinde astsubaylar ayrı bir grup asker kişi olarak sayılmışlardır. Astsubay tabiri, çavuş rütbesinin üstü olup, kıdemli başçavuş rütbesine varan ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olan asker kişileri ifade eder. Bu sıfat astsubay olarak orduya katılmakla kazanılır ve emeklilik, istifa, re'sen ilişkilerinin kesilmesi ve teğmen rütbesiyle subay sınıfına geçilmesi ile sona erer.¹¹⁸

¹¹⁷ “Yedek subay adayı yükümlülerin askerlik hizmetleri, eğitim - öğretim için askerlik şubelerinden sevkleri ile başlar.” 1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu m. 3/e., RG.09/07/1927-628.

¹¹⁸ Askerî Ceza Kanununun düzenlendiği yıllarda astsubaylar gedikli erbaş statüsünde olduklarından, bunlar, haklarındaki cezalar ve bu cezaların yerine getirilme usülleri bakımından erat (er-erbaş) arasında sayılmışlardır. Oysa 2.7.1951 tarihli ve 5802 sayılı Astsubay Kanunu ile bunların ast komuta kademelerinde eğitim, sevk ve idare ile diğer idarî işlerde subaya yardımcı olarak görevlendirilen askerî kişiler oldukları vurgulanmış; kaynak, yetiştirilme, yükselme, aylık ve diğer özlük hakları subaylarda olduğu gibi 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda düzenlenmiştir. Buna karşılık astsubaylar suç ve cezalar yönünden ve Askerî Ceza Kanununun uygulanmasında hâlâ erat sınıfından görülmekte, onlarla birlikte işleme tabi olmak gibi bir durumla karşı karşıya kalmakta olduklarından 4551 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 1632 sayılı Kanunun 23. maddesinin B ve D fıkraları değiştirilerek astsubaylar erat kavramından çıkarılmışlardır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **POLATCAN**, s.267 vd.

3. Erbaş ve Erler

211 sayılı İç Hizmet Kanununun 3. maddesine göre er, ihtiyaçları devlet tarafından deruhte ve temin olunan rütbesiz askerdir. Aynı hükme göre ise erbaş, ihtiyaçları devlet tarafından deruhte ve temin olunan onbaşı ve çavuş rütbelerini haiz askerdir. Er ve erbaşlar terhislerine veya başka bir sebeple¹¹⁹ ordu ile ilişkileri kesilene kadar asker kişi sıfatını korurlar.¹²⁰ İdare hukuku açısından askerlik yükümlülüğünü yerine getiren er ve erbaşlar geniş anlamda kamu görevlileri içinde değerlendirilmektedir.¹²¹ Askeri Ceza uygulamasında ise memur ve sorumlulukları konusunda AsCK.'nın 12. ve 13. maddeleri referans alınarak askerlik ödevi esnasında er ve erbaşlar yaptıkları bazı görevlerde memur kabul edilmekte ayrıcalıkları ve yükümlülükleri de bu kapsamda belirlenmektedir.

Askerî Ceza Kanunu'nun; 12'inci maddesinde, "Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malûm ve muayyen olan ve gerekse bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması hâlidir." şeklinde tanımlandıktan sonra 13/1'inci maddesinde de, "Bu kanunun tatbikatında

¹¹⁹ "... Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 4.7.1944 gün ve 1944/1735- 1708 E.K.sayılı kararında belirtildiği üzere, 1111 S.K.nun 78 nci Maddesine göre üç aydan fazla hava değişimi alanların birlikleriyle irtibatları kesilip asker kişi sıfatları sona ereceğinden, bu gibilerin şubeleri tarafından aranılarak süreleri sonunda yeni mahalli müretteplerine sevk edilmedikleri takdirde geçirdikleri hava değişimi süresinden dolayı sorumlu tutulamayacakları dikkate alındığında, Saniğin hava değişimi süresi sonunda Askerlik Şubesi tarafından usulen çağrılıp Birliğine ya da kontrol muayenesi için hastaneye sevk edilip edilmediğinin araştırılması ve edinilen bilgiler doğrultusunda Saniğin eyleminin değerlendirilmesi gerekmekte iken bunlar yapılmadan hüküm kurulması noksan soruşturma olarak kabul edilmiştir..." As. Yrg. Drl. Krl. 30.03.2000 t., 2000/69-73 s. Kararı.

¹²⁰ "İzin, İstirahat, tutukluluk gibi sebeplerle, er-erbaşların görevleriyle fiilen ilişkilerinin kesilmesi, askeri yargıya tabi olma bakımından asker kişi sıfatlarını sona erdirmez. Bu husus terhis mahiyetinde izne ayrılan er-erbaşlar için de geçerlidir." Selaattin YERTUT, Askeri Yargıya Tâbi Olma Şartları, Ankara 1970, s. 39.

¹²¹ GÜNDAY, s. 516.

‘memur’ tabirinden maksat 12’nci maddede yazılı hizmeti ifa ile mükellef olandır.” denilerek TCK. dışında yeni bir memur tanımı getirilmiştir.

Birlik kantinlerinde görevlendirilen er ve erbaşların memur, 5237 sayılı TCK.’daki tanımıyla kamu görevlisi olup olmadıkları ve kantinde meydana gelen zimmet açığı nedeniyle sorumlulukları konusunda yerel mahkemece direnmeyle verilen ve Kantin faaliyetinin ceza kanunu anlamında kamusal faaliyet olmadığı ve sanık erin de kamu görevlisi olmadığı düşüncesine dayanan beraat kararı Askeri Yargıtay Daireler Kurulunca şu gerekçelerle bozulmuştur: “.....5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ‘Tanımlar’ başlığı altında düzenlenen 6/c maddesinde; kamu görevlisi, ‘... kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi ... anlaşılır’ şeklinde tarif edildikten sonra, madde gerekçesinde ‘... Memur kavramını da kapsayan ‘kamu görevlisi’ tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. ... Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli ve geçici yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. ... Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. ...” denilmiştir.

TSK bünyesinde; İç Hizmet Kanunu’nun 106/a maddesi ile bu Kanun doğrultusunda yürürlüğe konan İç Hizmet Yönetmeliğinin 674/1 ve Askerî Kantin Yönetmeliğinin 5/a maddeleri uyarınca kurulup işletilen askerî kantin faaliyetinin, gerek ASCK’nın 12’nci maddesindeki hizmet tarifi, gerekse ASCK’nın 144’üncü maddesindeki askerî bir iş tabiri karşısında, askerî hizmet (Kamusal faaliyet) kabul edilmesi, burada görev yapan personelin de, ASCK’nın 13’üncü maddesindeki

memur tanımı ile 5237 sayılı TCK'nın 6/c maddesindeki kamu görevlisi tanımı ve madde gerekçesi karşısında görevli memur (Kamu görevlisi) kabul edilmesi gerekir.”¹²²

Bizce de; 5237 sayılı TCK. nın kamu görevlisi tanımı karşısında yerel askerî mahkemenin kararını bozan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu kararı yerindedir.¹²³

4. Askeri Hakimler

Askeri hakimlerin hukuki statüleri 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nda¹²⁴ ayrıca düzenlenmiştir. Bu kanun askeri hakimlerden başka, askeri savcılar, adli müşavirleri, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı ve Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığında ve askeri yargı ile ilgili idari görevlerde çalışanları ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Askeri Yargıtay’da görevli hakimleri de kapsar. Askeri Hakim subaylar, görev ve sıfatı ne olursa olsun(Yüksek yargı organlarında görevli askeri hakimler dahil) 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanunu’nun 21. maddesinde belirtilen subay sınıflarından askeri hakim sınıfı

¹²² As. Yrg. Drl. Krl. 20.09.2007 tarihli ve 108-98.

¹²³ Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. As.Yrg. Gn. Krl.’nın, 17.02.1950 1314 Esas, 289 Karar sayılı; As. Yrg. Drl. Krl.’nın, 30.01.1992 1992/7-11 E-K sayılı; As. Yrg. Drl. Krl.’nın, 30.01.1992 1992/13-13 E-K sayılı, As.Yrg., 4. Da. 18.01.2005 2005/87-77 E-K sayılı ilâmları.

Nitekim As.Yrg.İç.Brl.Krl.nun 27.12.1953 tarihli, 1953/2781-215 Esas ve Karar sayılı kararında orduevi, gazino ve askeri kantinlerde görev alan askerî personelin hizmetinin askerî vazife ve hizmet sayılacağı kabul edilmiştir. “....Ordu evleri Milli Savunma Vekaleti kadrosu içinde bir askeri kadroya göre tesbit edilmiş muayyen subay ve erler tarafından idare olunan bir teşekkül olup maksat, kuruluş ve memurlarının vazife ve mes’uliyetleri iç hizmet kanununa bağlı talimatnamenin 197 : 203 ncü maddelerinde tasrih edilmiş bulunmasına ve bu hizmetin As.C.K.nun 12.maddesi tarifâtına ve dahili hizmet K.nun 6. maddesi sarahatına uygun olmasına binaen ordu evlerinin de As.Us.K.nun 1 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yazılı askeri müesseseler meyanında bulunduğu...”

¹²⁴ R.G. 26/10/1963-11541 Mükerrer.

subaylardır.¹²⁵ Bu sıfatlar müşterek kararname ile tayin tarihinden itibaren başlar ve sözü geçen sınıflardan veya ordudan ayrılma ile sona erer.¹²⁶

5. Askeri Öğrenciler

Askeri öğrencilerden maksat bütün askeri liselerle, astsubay hazırlama meslek yüksek okulları ve harp okulları öğrencileridir.¹²⁷ Bundan başka doğrudan doğruya Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı olmayan okullarda ve üniversitelerde bu bakanlık tarafından okutturulan kimseler de askeri öğrenci sayılırlar. Mesela

¹²⁵ 357 s. Kanun Ek madde 1.

¹²⁶ 765 s. TCK.'nın 3679 sayılı Kanun ile değişik 219. maddesinin birinci fıkrasında, “ 202 ila 218. maddelerde yazılı suçların emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hakim ve savcılar tarafından işlenmesi halinde verilecek cezalar yarı oranında arttırılarak hükmolunur” şeklinde bir ağırlaştırıcı neden bulunmakta idi. Bu hükme göre failin hakim ve savcı olması halinde , zimmet suçunun mutlaka yargı faaliyeti sırasında işlenmiş olması aranmamakta, idari bir görev sebebiyle savcı zimmet suçunu işleyebileceği gibi, seçim kuruluna başkanlık eden hakimin yasama ve idari fonksiyon yürüttüğü sırada da görev nedeniyle zilyetliğindeki para ve eşyayı zimmetine geçirmesi halinde de bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanacağı kabul görmekte idi. Bu düzenleme EREM-TOROSLU tarafından şu gerekçelerle eleştirilmektedir, “ Zimmet suçunun emir ve idare yetkisine sahip olanlar tarafından işlenmesini ağırlaştırıcı neden sayan kanunkoyucunun gayesini anlamak mümkündür. Zira bu kişiler için zimmet eylemini gerçekleştirmekteki kolaylık böyle bir ağırlaştırıcı neden öngörmeyi haklı kılabilir. Ancak aynı şeyi hakim ve savcı bakımından söylemek mümkün değildir. Hükümün gerekçesinde bu ağırlaştırıcı nedenin rüşvet ve irtikap suçları için öngörüldüğü açıklanmış olup, bu suçlar bakımından failin hakim veya savcı olmasının eylemin işlenişini kolaylaştırıcı etken olduğu ve bu durumun kamuoyunda olumsuz etkiler yarattığı kabul edilebilirse de; zimmet eylemi yönünden aynı durumun geçerli olduğunu ileri sürmek kolay değildir.” Faruk EREM- Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 1999, s. 159.

¹²⁷ 211 sayılı İç Hizmet Kanunu madde 113 - a) (Değişik fıkra: 28/05/2003 - 4861 S.K./19. md.) Astsubay meslek yüksek okulları, fakülte ve yüksek okullar ile harp okullarında okuyan askeri öğrenciler ile astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun uygulaması bakımından askerlik yükümlülüğü altına girmiş sayılır ve diğer askerlere uygulanan hükümler bunlara da aynen uygulanır.

b) (Değişik fıkra: 28/05/2003 - 4861 S.K./19. md.) Bütün askeri öğrenciler, subaylara; astsubay hazırlama ve astsubay meslek yüksek okulu öğrencileri ile astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar, aynı zamanda astsubaylara karşı ast durumunda olup, askeri öğrencilerin, belirtilen hallerin dışında, gerek kendi aralarında gerekse erbaş ve erlere karşı astlık ve üstlük ilişkileri yoktur.

c) Lise, ortaokul ve eşidi okullar askeri öğrencileri; bu kanunun 14 üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler diğer askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabidirler.

üniversitelerin çeşitli fakültelerinde okutturulan öğrenciler de Milli Savunma Bakanlığı ile kendi arasında sözleşme yapıldığı tarihten itibaren bu sıfatı elde ederler ve okuldan mezun olmak yahut başarısızlık sebebiyle serbest bırakılmak suretiyle bu sıfatı kaybederler. Bir asker kişinin askeri öğrenci sayılması için, bu sıfattan başka bir asker kişi sıfatını haiz olmaması gerekir. Kurmay yetişmek üzere harp akademisine giren subaylar, hukuk fakültelerinde öğrenim yapmak üzere kendilerine izin verilen subaylar askeri öğrenci değil esasen subay sınıfına mensup asker kişilerdir.

211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 113. maddesine göre bütün askeri öğrenciler subaylara karşı ast konumunda olup, astsubaylara, erbaş ve erlere karşı astlık üstlük ilişkileri yoktur. Ancak askeri öğrenciler hakkındaki askerlik mükellefiyeti sadece liseden yukarı okul, yüksek okul ve üniversitede okuyanlar için geçerlidir, diğer askeri öğrenciler askerlik mükellefiyeti altında bulunmazlar ve bu nedenle sırf askeri suçların faili olamazlar.¹²⁸

C. Yedek Asker Kişiler

AsCK'nın 4. maddesine göre “ ihtiyat askeri kişiler askeri hizmette bulundukları müddetçe bu kanun hükümlerine tabidirler.” 1111 sayılı Askerlik Kanununa göre ise muvazzaflık döneminin sona ermesinden askerlik çağının

¹²⁸“ TSK. İç Hizmet Kanununun 113 ncü maddesinin(a) bendinde de; As.C.Kanununun askeri kişi olarak kabul ettiği tüm askeri öğrenciler arasında bir ayırım yapılmıştır. Liseden yukarı okul, Yüksek Okul ve Üniversitede okuyanlar, askerlik mükellefiyeti altına girmiş farz ve kabul edildiklerinden, A.Ceza Kanununun uygulanması yönünden, diğer askerler hakkında tatbik olunan hükümlerin bunlar hakkında da aynen uygulanacağını, Lise, Orta ve eşidi okullarda okuyan askeri öğrencilerin ise henüz askerlik mükellefiyeti altında bulunmamaları nedeniyle, bu uygulamanın dışında bırakıldıklarının benimsendiği görülmektedir. Durum böyle olunca henüz askerlik mükellefiyeti altına girmedikleri kabul edilen bir kısım askeri öğrenciler, As.C.K.nun uygulanması bakımından farklı bir duruma sahip olacak ve sırf askeri suçlardan olan firar suçunu işlemeleri mümkün olmayacaktır. Kanun koyucunun güttüğü amaç da budur.” As. Yrg. İct. Brl. Krl., 15.11.1975 2-5.

sonuna kadar olan kısım ihtiyatlık dönemidir. Bununla beraber muvazzaflık hizmeti terhis, istifa, ihraç, emekliye sevk gibi sebeplerden biri nedeniyle sona erince, vatandaş ihtiyatlık dönemine girer ve bu dönem askerlik mükellefiyet çağı sonuna kadar sürer. Bu dönem süresince vatandaşın asker kişi sayılmasına imkan yoktur. Ancak, ihtiyatlık döneminde bulunan kimse yeniden silah altına alındığı takdirde ki, silah altında bulunduğu süre ile bağlı olmak üzere asker kişi sayılır.¹²⁹

D. Sivil Personel

Devlet memurları ve işçilerden oluşur. Bu kişiler AsCK. m. 3'te "asker kişiler" arasında sayılmakta iseler de, aslında sivil olan ve Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan kimselerdir. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 115¹³⁰ ve 353 sayılı Kanun'un 10. maddesinde¹³¹ sivil

¹²⁹ ".....Emekli J.Astsb.Kd.Bşçvş olan sanık Osman SANDAL'ın 13 günlük ferdi seferberlik eğitimine başlamak üzere 21.09.2003 Pazar günü saat 09.00 da Ordu İl Jandarma Komutanlığına katıldığı, aynı gün akşam 20.00 sıralarında Komutanlığa ait askeri gazinoya yanında sivil bir kişi ile birlikte gelerek kapıdakilere kimlik kartı göstermeden içeri girdiği, beraberinde getirdiği sivil arkadaşı ile birlikte restoran bölümünde bir masaya oturan ve keman çalıp yüksek sesle şarkı söylemeye başlayan sanığın gerek gazinoda bulunan diğer kişileri rahatsız edecek şekilde tavır ve davranışlar sergilemesi gerekse yanındaki sivil kişiyi usulsüz olarak gazinoya getirmesi nedeniyle durumun garnizon inzibat subayı olan J.Bnb. Nihat ALTUNTAŞ'a bildirildiği, mağdur Bnb.'nın gazinoya gelerek sanık ve yanındaki sivil kişitan gazinoyu terk etmelerini istediği, sanığın ise "**sen kimsin, bizi nasıl çıkarırsın**" şeklinde karşılık vererek gazinodan çıkmak istemediği, bir süre sonra arkadaşı ile birlikte kendiliğinden gazinodan ayrıldığı,yaklaşık 10 dakika sonra tekrar gazinoya gelen sanığın J.Bnb. Nihat ALTUNTAŞ'a hitaben, "**seni yakacağım, bu işin peşini bırakmayacağım, seni rezil edeceğim**" şeklinde sözler sarf ettiği sabit olup..... Ferdî seferberlik eğitimine başlaması sebebiyle ASCK'nun 4'üncü maddesinin öngördüğü anlamda ihtiyat askerî kişi statüsünü kazanan sanığın; ne eylemin meydana geldiği gün ve saatte istirahat hâlinde olmasının ne de askerî bir birlikte hizmet görmemesinin bu kişinin diğer asker kişilere karşı, ast üst ilişkisinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini (geçici bir süreyle de olsa) ortadan kaldırmayacağı, buna bağlı olarak da üstü durumunda bulunan mağdur Binbaşıya karşı tehditkar sözler sarf eden sanığın ayrıntıları yukarıda açıklanan eyleminin **üstü tehdit** suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır." As. Yrg. Dr. Krl., 5.5.2005 2005/43-42.

¹³⁰ "SİLAHLI KUVVETLERDE ÇALIŞAN SİVİL PERSONEL

Madde 115 - Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu kanunun askerlere tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından:

personel kavramından bahsedilmektedir. Sivil personel terimi özetle; Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan Devlet memurları¹³² ile askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi işçileri de içine alan bir kavramdır.¹³³ AsCK'nın asker kişileri düzenleyen 3. maddesinin 2. fıkrasında TSK. ve Milli Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda çalışan devlet memurlarının asker kişi sıfatlarının 211 sayılı İç Hizmet Kanununun 115. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı olduğu hükmüne yer verilmiştir. 211 sayılı İç Hizmet Kanununun 115. maddesi b bendine göre ise bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun 14. maddesinin asta yüklediği vazifeleri yapmaya mecburdurlar. Aksine hareket edenler, askerlerin tâbi olduğu cezai yaptırımlara maruz kalırlar.¹³⁴

a) Amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icabettirdiği emirleri verebilir. Ceza vermek yetkileri yoktur. Maiyetin cezalandırılması icabeden hallerde en yakın askeri amire müracaat edilir.

b) Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun 14 üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar. Hilafına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar.”.

¹³¹ “ASKER KİŞİLER:

Madde 10 - (Değişik madde: 08/06/1972 - 1596/1 md.)

Bu Kanunun uygulanmasında aşağıda yazılı olanlar asker kişi sayılırlar:

.....

C) Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”.

¹³² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesine göre, memurlar için dört istihdam şekli vardır: 1. Memur 2. Sözleşmeli Personel 3. Geçici Personel 4. İşçi.

¹³³ 353 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından asker kişi sayılan askeri işyerlerinde çalışan işçiler, AsCK.'da asker kişileri arasında sayılmamalarına rağmen, 353 sayılı Kanun'un 10. maddesine atfen asker sayılıp AsCK.'ya tâbi tutulmaktadırlar. Açıklamalar için bkz. Zeki ÜÇÖK, Askeri İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Hukuki Statüleri, Eskişehir 1999, s. 14., Turgut SÖNMEZ, Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Hukuki Statüleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 1999, s.89 vd.;

¹³⁴ Hulusi ÖZBAKAN, Açıklamalı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Kanunu, C. II, Ankara 1989, s. 82.

Sivil personel sadece askerlerin işleyebileceği suçlar hariç (fırar, izin tecavüzü gibi), asker kişilerin işleyebilecekleri diğer suçları işledikleri takdirde haklarında AsCK. hükümleri uygulanır.

Ordu içinde görev yapmakla beraber, Maliye Bakanlığı'na bağlı bulunan sivil statüdeki maliye memurları ile muhasebeciler AsCK. anlamında belli yönüyle asker sayılan kişiler olmayıp tümüyle sivil statüde bulunan kimseler olduğundan askeri suçları işleyemezler.¹³⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi de bir kararında, saymanlıkta görevli bir sivil memurun Maliye Bakanlığı kadro ve teşkilatında bulunması sebebiyle işlediği irtikap suçu nedeniyle adli yargıda yargılanacağına hükmetmiştir.¹³⁶

İşçilerin asker kişi sayılabilmeleri için; askeri işyerlerinde (askeri fabrika, birlikler gibi) ve İş Kanununa göre çalışıyor olmaları gerekmektedir. Bu iki şartın gerçekleşmemesi durumunda, kişi asker kişi sayılmayacak ve askeri yargıya tâbi olmayacaktır.

Uygulamada Askeri Yargıtay da işçilerin 353 sayılı Kanun'un 10. maddesindeki sivil personel kavramına dahil olduklarını kabul etmektedir. Bu bağlamda bir kararında, amirlerine karşı fiilen taarruz gibi suçları işleyen işçilerin, askeri mahkemede yargılanacaklarını kabul etmiştir.¹³⁷

¹³⁵ (As. Yrg. 3. D. 16.02.1988 t. ve 1988\128-113) Derya- Murat **YAMAN**, Askeri Yargı ve Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları, Seçkin, Ankara 2001, s. 78.

¹³⁶ (UMC. 10.11.1980 t. ve 1980\173-320.). Bu karar ve ayrıntılar için bkz. İsmet **KÖKEN-** İlhan **DİNÇ**, Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Ankara 1998, s. 571-573.

¹³⁷ (As. Yrg. 1. Da. 02.05.1995 t. ve 1995\ 427-427). AAD., Y. 1996, S. 97, s. 137-139.

Bir görüşe göre ise, işçilere ilişkin hükümlerin bu şekilde yorumlanması hatalıdır. “ *Günümüzde birçok yazar ve Askeri Yargıtay hatalı bir yaklaşımla AsCK. m. 115'te sayılan ve sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi olarak istihdam edilenlerin 657 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile kaldırıldığını ve yerine memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçi istihdam şekillerinin getirildiğini, o halde İç Hizmet Kanunu'ndaki sivil personelin de memur, geçici personel, sözleşmeli personel ve işçiye dönüştüğünü, bu nedenle İç Hizmet Kanunu'nun asta yüklediği*

E.Yabancı Asker Kişiler

Yabancı asker kişiler ülkemizde işledikleri suçlar bakımından, sivillerden farksız durumdadırlar. Bununla beraber bu gibi kişilerin Türkiye’de işledikleri suçlar hakkında –şayet diplomatik dokunulmazlıktan yararlanmıyorlarsa - AsCK. değil, TCK’nın uygulanması gerekir.¹³⁸ Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar şunlardır: 1.Savaşan Türk Ordusu nezdinde bulunan yabancı subaylar¹³⁹ (AsCK. m. 155-157) 2. Mülteci yabancı asker kişiler¹⁴⁰ (353 s. K. m.11/E) 3. Savaş esirleri¹⁴¹ (353 s. K. m.14/D) Sayılan bu istisnai durumların mevcut olması halinde, yabancı asker kişilerin Türkiye’de işledikleri suçlar bakımından, bu kişilerin diplomasi dokunulmazlığından istifade etmemeleri

vazifelerden sorumlu olduklarını kabul etmektedirler. Bu yaklaşım son derece hatalıdır. Çünkü hiçbir yasa yürürlüğe girdiğinde kendisinin yürürlük tarihinden yaklaşık dört yıl sonra yürürlüğe girecek bir yasaya yönelik bir düzenleme getiremez. Ceza hukukunda kıyas yapılmaz yasaktır.” Tartışmalar için bkz. ÜÇÖK, s. 110.

¹³⁸ **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 97., aynı yönde açıklamalar için bkz. Musa **SÖNMEZ**, TSK.’da Çalışan Sivil Personelin Hukuki Durumlarına Kısa Bir Bakış, AAD., S. 69, s. 15-16.

¹³⁹ “...Bir savaş halinde, askeri gözetleyici veya danışman sıfatları ile, yabancı asker kişilerin başka bir Devletin ordusu nezdinde bulunması vaki ve geleneklere, uygundur. Bu gibi kimselerin Türk Ordusu nezdinde bulundukları sürece, Türk asker kişisi gibi işlem görmelerini kanun kabul etmiştir. Bu sebeptendir ki, bu gibi yabancı asker kişiler, Türk As.CK.nda yazılı bir suç isleyecek olurlarsa, bu kanuna göre cezalandırılırlar.” **ÇELEN**, s.673.

¹⁴⁰ “Bu gibi yabancı asker kişiler hakkında As.CK.nda açıklık yoktur. Buna karşılık 4104 sayılı “Muharip yabancı ordu mensuplarından Türkiye’ye iltica edenler hakkında Kanun” un 7. maddesine göre, “Gözaltı edilen yabancı askeri kişilerin cezai muameleleri Türk Ceza ve Askeri Muhakeme Usulleri Kanunlarına tabidir”. Mülteci yabancı asker kişilerden maksat, Türkiye ile savaş halinde bulunmayan bir Devletin asker kişileridir. Aksi takdirde bir mülteci değil fakat bir “savaş esiri” söz konusu olur.” **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 98.

¹⁴¹ “...gerek 1899 ve 1907 La Haye anlaşmalarına ve gerek 12 Ağustos 1949 tarihli “Savaş Esirleri Hakkında Uygulanacak Muamelelere Dair Cenevre Sözleşmesi”nin 82. maddesine göre; savaş esirleri, bunları elinde tutan Devletin silahlı kuvvetleri hakkında geçerli bulunan kanun, tüzük ve genel emirlere tabi olurlar. İşte bu prensip gereğince ki, tarafımızdan esir edilen yabancı asker kişiler, esir oldukları süre içinde, Türk silahlı kuvvetleri hakkında geçerli bulunan kanunlara ve bunların basında da As.CK na tabi bulunurlar ve kendilerini esir etmiş olan Devletin kendi asker kişilerine verilen cezalardan başka bir ceza ile cezalandırılmazlar.” Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BULUT**, s. 14 vd.

halinde, Askeri Ceza Kanunu uygulanacaktır.¹⁴² Yani, diğer şartları mevcutsa bu kişiler de zimmet suçunu işleyebileceklerdir.¹⁴³

V. MAĞDUR

Pasif süje veya mağdur, suçu oluşturan fiilden doğrudan saldırıya uğrayan kimse veya kimselerdir. Bir başka deyişle pasif süje, ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen, yani suçun hukuki konusunu oluşturan hukuki varlık ya da menfaatin sahibidir.¹⁴⁴

AsCK. m. 131’de “Askeri bir vazifeyi yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi ve emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı.....zimmetine geçirenler yahut ihtilas edenler”

¹⁴² Alaattin **KARAKAYA**, “Yabancı Asker Kişilerin Türk Askeri Yargısına Tabiiyeti” , AAD., S. 119, Yıl 32, Ocak 2004, s.58-96.

Yabancı ülke silahlı kuvvetleri mensuplarının Türk yargısına tabi olup olmayacakları konusunda NATO Kuvvetler Statüsünün de(NATO/SOFA) incelenmesi gerekmektedir. Buna göre NATO faaliyetleri kapsamında eğitim, tatbikat gibi sebeplerle Türkiye’ye gelen NATO üyesi ülke askerleri esas olarak kabul eden ülke olarak Türk yargısına tabidirler, ancak ikili sözleşmelerle bu askerlere yargı muafiyeti tanınabilmektedir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ömer İlhan **AKİPEK**, NATO Kuvvetleri Sözleşmesine Göre Vazife Kavramı ve Türkiye’deki Tatbikatı, Basnur Matbaası, Ankara 1966, s. 14-15.

¹⁴³ AsCK. açısından varolan yabancı asker kişilerin fail olup olamayacakları sorunu, TCK. açısından yabancıların zimmet suçunun faili olup olmayacağı sorununa benzemektedir. 5237 s. TCK. m. 8. maddesinin 1. fıkrası, Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunlarının uygulanacağını belirtmiştir. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde işlenen suçların takibi ve faillerinin cezalandırılması açısından Türk vatandaşı ile yabancı uyruklu bir kimse arasında bir fark yoktur. Fakat zimmet suçunda, failin sıfatı kurucu unsur olması sebebiyle kamu görevlisi sıfatının mevcut olup olmaması hali önem arzeder. Bu sıfatın olup olmamasına göre suç zimmet veya emniyeti suiistimal olmaktadır. 14.07.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 43/A bendinde, memur olmak için Türk vatandaşı olmak şartı aranmaktadır. Kanunun bu hükmüne göre yabancıların memur sıfatına sahip olmaları, dolayısıyla zimmet suçunun faili olmaları mümkün görünmemektedir. Fakat aynı kanunun 4/B bendinde yabancı uyrukluların sözleşme ile istihdamlarının caiz oldukları belirtilmektedir. Dolayısıyla sözleşmeyle istihdam edilen yabancıların fail olmaları söz konusu olabilir.

¹⁴⁴ **TOROSLU**, Ceza Hukuku, s. 67 vd. ; **ARTUK –GÖKCEN –YENİDÜNYA**, Genel Hükümler s. 473,

“....Her suçun doğal ve zorunlu mağduru devlettir. Çünkü suçun işlenmesi ile toplum düzeni bozulmuş olup, bunun tekrar eski haline getirilmesi de devlete ait bir görevdir. Bununla birlikte, suçun asıl mağdurunun devlet olması, suçla korunan hukuksal yararı zedelenen gerçek veya tüzelkişinin gözardı edilmesi sonucunu doğurmamalıdır.” Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **ÖZTÜRK- ERDEM** , s.275.

denilmesine karşın, suçun maddi konusunu oluşturan para, evrak, senet veya sair malların kime ait olacağı; yani devlete mi, yoksa sivil veya asker kişilere mi ait olacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁴⁵

5237 sayılı TCK. açısından da durum aynıdır. Zimmet suçunun düzenlendiği 247. maddede “ görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malızimmetine geçiren kamu görevlisi” denilmesine karşın malın kime ait olacağı gösterilmemiştir.

5237 sayılı TCK açısından kamu idaresine karşı işlenen bir suç söz konusu olduğundan ve failin bağlı bulunduğu idarenin malını, yine idarenin görmekle yükümlü olduğu fonksiyonun gerektirdiği şekilde kullanılması amacı güdüldüğünden, TCK’nın suçun oluşumu açısından aradığı yegâne koşul malın- kime ait olursa olsun- faile görevi gereği teslim edilmiş olmasıdır. Zimmet suçuyla korunmak istenen hukuki yarar zimmete geçirilen şeyin mülkiyeti olmayıp devlete ve memura duyulan güvenin sürekliliğinin sağlanması olduğundan, hukuki yararı zarara uğratılan devlet, zimmet suçunun mağdurdur.¹⁴⁶

¹⁴⁵ “....Kara Harp Okulu Öğrenci Alayı Anafartalar Taburu 4.Bölük Komutan Vekili olarak, 28.08.2001 tarihli emir gereğince göreve başlayan sanığın, KKY 14-2 numaralı Kara Harp Okulu Destekleme Yönergesi uyarınca, maddi yardım yapılması uygun görülen harbiyelilere verilecek paraları Ekim ve Kasım 2001 ayları ile Ocak, Mart, Nisan ve Mayıs 2002 aylarında teslim aldığı, 2001 yılı için dört, 2002 yılı için ise onbir harbiyeliye verilmesi gereken 25’er milyon TL. paranın büyük bir kısmını hak sahiplerine vermeyip sadece iki kişiye tam ödeme yaptığı, 12.06.2002 günü bir harbiyelinin şikayeti üzerine durumun ortaya çıkarıldığı dosya kapsamında anlaşılmıştır.

Zimmet suçunun oluşabilmesi için, para ve eşyanın hizmet veya vazifeden ötürü memura tevdi veya emanet edilmiş olması kafi olup, para veya eşyanın devlete veya özel kişiye ait olması, suçun tekevvünü bakımından önem arzetmemektedir. Bu nedenle, görevi gereği paraları teslim alan ve Askeri Savcı’ya verdiği hazırlık ifadesi ile tutuklama hâkimince alınan sorgusunda, açıkça, bu paraları şahsı için harcadığını beyan eden sanığın, mal edinme kastıyla hareket ettiği ve zimmet suçunun sübuta erdiği hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır..” As.Yrg.3.D., 15.04.2003 483/480.

¹⁴⁶ “.....genel kabul gören görüşün aksine, Devlet tüzelkişiliği suçun mağduru olamaz. Bununla birlikte, Devlet zimmet suçunun işlenmesi dolayısıyla malvarlığı itibarıyla suçtan zarar görmüş olabilir.” Aksi yönde bkz. **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.154; “ Suçun (zimmet) mağduru yoktur. Ancak, suçtan zarar gören, kamunun güvenilirliğinin sarsılması nedeniyle Devlettir.” **MERAN**, s. 41.

AsCK açısından ise TCK. açısından ulaştığımız sonuca ulaşmamız güç görünmektedir. Çünkü zimmet ve ihtilas suçları mal aleyhine işlenen suçlar arasında sayılmıştır. Bu durumda askeri eşya dışında kalan eşyalar açısından eşyanın sahibi gerçek veya tüzel kişiyi de mağdur saymak gerekecektir.

Öte yandan, AsCK'da düzenlenen zimmet suçu açısından da TCK'da gözetilen amacın gerçekleştirilmeye çalışıldığı söylenebilir. Zira, AsCK'da zimmet suçunun düzenlenmesinin sebeplerinden biri de ordu mallarının korunmasının önemi nedeniyle, personelin dürüst bir şekilde ordu yönetimini gerçekleştirmesini sağlamaktır. Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında 131. maddenin kanundaki düzenleniş yerine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmaksızın AsCK. açısından da korunan hukuki menfaatin kamu idaresine karşı dürüst davranılmasının temini olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁷

VI. MADDİ UNSUR

A. ZİLYETLİK DEVRİ VE TEVDİ KAVRAMLARI

ASCK'nın 131'inci maddesinin ilk fıkrası: *“Askerî bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek bir hizmet veya vazifeden ötürü tevdi veya emanet edilmiş olan para veya kıymeti ne olursa olsun bir eşyayı yahut kendisine tevdi veya*

¹⁴⁷“... Öğreti ve Uygulamaya göre; “Zimmet” suçunun oluşması için; Memurun kendisine tevdi edilen veya vazifesi dolayısıyla muhafaza, murakabe veya mesuliyeti altında bulunan malın, paranın v.s bir değer kendisi veya başkası yararına temellük edilmesi ve fâilde faydalanma kastının bulunması gerekmektedir. Fâillerin değerler üzerinde göreve dayalı hukuki zilyetliği zimmet suçunun gerçekleşmesi bakımından özellikle gerekli bir şarttır. Zimmete geçirme fiili, bir değer fâilin mal varlığına girmesi veya tahsis gayesinin dışına çıkılmasıyla tamamlanır. Suç; Memur hesap vermeye mecbur olduğu dakikada kendisinde görülen parayı vermek iktidarında bulunmaz ise işlenmiş sayılır. Meydana gelen zararın sonradan telâfi ve tazmin edilmesi suçun tamamlanmış olmasına engel teşkil etmez. Zimmet suçlarını cezalandırmakla korunan hukuki menfaat, mal varlığına zarar verilmemesini korumak olmayıp, Kamu İdaresine karşı dürüst davranılmasını temin etmek olduğundan malî bir zararın doğmuş olmaması veya telâfi edilmiş olması suçun tamamlanmış olması açısından ehemmiyet arz etmez.” As.Yrg.1.D., 26.02.2003 180/178.

emanet edilmiş olmasa bile her türlü askerî erzak, eşya ve hayvanları çalanlar veya zimmetine geçirenler....” hükmünü içermektedir. Bu maddede düzenlenmiş olan zimmet suçunun oluşabilmesi için;

Bir hizmet veya vazifeden ötürü “tevdi veya emanet edilmiş” para veya eşyanın veya “tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile” her türlü askeri eşyanın zimmete geçirilmesi gereklidir. Tevdi edilen şeyin kanunun aradığı anlamda bir eşya olması gerekir. Bu nedenle yalnızca karşılaştırma yapmak ve belgeleme amacıyla faile verilen boş veresiye fişi tevdi edilmeye ve zimmete elverişli bir eşya sayılamaz.¹⁴⁸

Yasa koyucu, askerî eşya için “tevdi veya emanet edilme” koşulunu aramamış iken, askeri eşya vasfını haiz olmayan sair eşya için “görev sebebiyle tevdi veya emanet edilme” şartını öngörmüştür. Ancak, her iki halde de, “askerî bir hizmetin yapılması sırasında” veya “vazifenin suiistimali suretiyle” eylemin icra edilmesi ön koşul olarak belirlenmiştir. Askeri eşya dışındaki eşya için aranan tevdi sözcüğü Arapça kökenli bir sözcük olup, verme, emanet olarak bırakma gibi

¹⁴⁸ “...Zira; öğretilde ve uygulamada kabul bulan görüşe göre As.C.K.nun 131 ve T.C.K.nun 202 nci maddesinde düzenlenen “Zimmet” suçunun oluşabilmesi için; “Bir memurun kendisine tevdi olunan veya vazife dolayısıyla muhafaza, denetim veya mesuliyeti altında bulunan paraları, para hükmündeki evrakı yahut diğer menkul eşyayı aşırması veya mal edinmesi gerekmektedir.

“Zimmet” suçuyla ilgili bu yasal tanımdan sonra inceleme konusu maddi olaya dönüldüğünde; boş veresiye satış fişinin sanığa 772436 Ford – Escort marka askeri aracın yakıt ikmalini sağlaması için verildiğinde şüphe bulunmamakla beraber, söz konusu boş veresiye satış fişinin mevcut bu haliyle parasal bir değer taşıdığını veya para hükmünde bir değer ifade ettiğini, yine para gibi elden ele geçebilen hamiline yazılı senet, pay ortaklığı, bono, çek, poliçe gibi özelliklere sahip olduğunu söylemek mümkün bulunmamaktadır.

Sanığa boş olarak teslim ve sorumluluğuna tevdi edilen ancak para hükmünde bir evrak veya senet yahut mal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan “veresiye satış fişinin” As.C.K.nun 131 ve T.C.K.nun 202 nci maddelerinde açıklandığı gibi “Sanığın sorumluluğuna tevdi edilmiş” para, para hükmünde evrak veya senet yada mal ve eşya niteliğinde bulunmadığı, bilirkişi J.Astsb.Bşçvş.Ahmet KAYGUSUZ’un yeminli mütalaasından bu belgenin sadece malı alan ile veren arasındaki mal miktarının tutup tutmadığını karşılaştırmada kullanılan bir belge olduğunun anlaşılması karşısında, açıklanan bu unsurun maddi olayda gerçekleşmediği izahtan varestedir.” As. Yrg. 2. D. 04.06.2003, 651-646.

anlamlar taşımaktadır.¹⁴⁹ Bu nedenle madde içerisinde aynı anlama gelen iki kelimeyi “tevdî” ve “emanet” şeklinde kullanmak yanlıştır.¹⁵⁰ Buradaki “tevdî” unsurunu genellikle kabul edildiği üzere geniş yorumlamak gerekmektedir. Zimmet konusunu oluşturan şey hakkında resmen teslim- tesellüm işleminin yapılmamış olması tevdiin olmadığı anlamına gelmez.¹⁵¹ Bu bakımdan bir maldan resmen sorumlu olan asker kişi dışında bir asker kişinin de o malı zimmetine geçirmesi mümkündür. Askeri birliklerde büyük miktardaki askeri eşya, adına “mal sorumlusu” denilen ve mal üzerinde hukuki tasarruf yetkisine sahip asker kişilere tevdi edilmekte, ancak mallar kurum içindeki farklı birimlerde başka asker kişiler tarafından kullanılmakta, hatta malları kullanan asker kişilere mallar resmen teslim de edilmemektedir. Sözünü ettiğimiz durum az önce bahsi geçen tevdiin şekli konusundaki açıklamalarımızla yakından ilgilidir.

Türk Medeni Kanunu’nun 974. maddesinin 1. fıkrasının “*zilyet, bir sınırlı aynî hak veya kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur*” şeklindeki hükmü ile “*fiili hakimiyet; zilyetliğin maddi unsuru olup, bir şeyi fiilen ya da hukuken yabancı etkilere uzak tutabilme yetkisidir.*” şeklindeki tanımından hareketle, fiili hakimiyet kavramının yalnızca malın fiilen el altında bulundurma anlamına gelmediği, aynı zamanda mal üzerinde hukuken tasarrufta bulunmak yetkisini de içerdiği sonucuna ulaşılabilir. Tevdi eşyanın zilyetliğinin herhangi bir şekilde devri olduğuna göre asker kişiye yapılan teslimsiz tevdi de zilyetliğin geçişini sağlayacak ve asker kişi bu

¹⁴⁹ Ayhan ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1987, s.105.

¹⁵⁰ KARDAŞ- ÇINGİ, s. 875.

¹⁵¹ Ahmet SEZER, “5237 s. TCK.’da Zimmet Suçu”, CHD., Y. 2, S.1, Nisan 2007, s. 34.; Sedat BAKICI, “Zimmet Suçları ve Bu Suçlarda Bilirkişi İnceleme Usulu”, MHD., S. 62, 1996, s. 44.; Nevzat TOROSLU, “Zimmet Suçu”, MHD., S. 62, 1996, s. 36.

tür malları temellük ettiğinde zimmet suçundan sorumlu olacaktır.¹⁵² Zaten AsCK. m. 131’de askeri eşya için zilyetliğin fiilen devri anlamına gelen tevdi ve teslim aranmadığından aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

AsCK. m. 131’de düzenlenmiş olan zimmet ve ihtilâs suçlarının gerçekleşmesi için öncelikle yapılmakta olan askeri bir hizmet olmalıdır. ASCK’nın 12. maddesi, hizmeti “*Bu kanunun tatbikatında hizmet tabirinden maksat, gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması halidir.*” şeklinde tanımlamıştır.

TSK İç Hizmet Kanununun 7. maddesine göre “*Askerî Vazife*”: “*Hizmetin icap ettirdiği şeyi yapmak ve men ettiği şeyi yapmamaktır.*”

Bu Kanunun 6’ncı maddesi ise “*Hizmet*”i; “*Kanunlarda nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen şeylerdir*” biçiminde tarif etmiştir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere “askerî hizmet”, öncelikle kanun ve nizamlarda öngörülmüş olmalıdır.¹⁵³ Askeri idarenin işleyişi genellikle bir tür iç düzen işlemi niteliğinde adına yönerge denilen talimatlar bütününe dayanmaktadır. Kanuna aykırı olmamak şartıyla bu talimatlar gereğince asker kişiler için görev biçimleri oluşturulmakta, asker kişilerin sorumlulukları bu talimatlara göre belirlenmektedir. 211 sayılı İç Hizmet Kanunu’nun 5. maddesinde kanun dışındaki tüm düzenleyici işlemler nizam kelimesi ile ifade edilmiştir. Yönergeler de nizam kavramına

¹⁵² Zilyetlik konusundaki açıklamalar için bkz. AKÇİN, s. 46.; **ERMAN- ÖZEK**, Özel Bölüm, s. 21.

¹⁵³ **TAŞKIN**, s. 295.

dahildir.¹⁵⁴ Bunun dışında emretme yetkisini haiz amir¹⁵⁵ tarafından verilen emirler de hizmeti oluşturabilir.¹⁵⁶ Maddede hizmetten söz ettikten sonra ayrıca vazifeden (görev) söz edilmesi gereksizdir. Çünkü hizmet ile vazife kavramları içiçedir. Vazife hizmetin sonucu olup, hizmetten doğmaktadır.¹⁵⁷ Bunun yanında zimmet ve ihtilâs suçları bir tür hizmetin sağladığı yetkinin kötüye kullanımı olduğundan maddede ayrıca “vazifeyi suiistimâl ederek” ibaresinin kullanılması da gereksizdir

¹⁵⁴ Nizam kelimesi kısaca düzen anlamına gelmektedir. Nizamın veya düzenin askerlik mesleği için taşıdığı önem açıktır. İşte bu nedenledir ki; askerlik alanında diğer mesleklerden daha farklı ve kendine özgü sıkı bir düzen oluşturulmuştur. Yönerge konusundaki tanım ve açıklamalar için bkz., ÇELEEN, s. 15., TSK. Müşterek Askeri Terimler Sözlüğü, s. T-9.

¹⁵⁵ 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 9 - Amir : Makam ve memuriyet itibarıyla emretmek salâhiyetini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir.

¹⁵⁶ “Tebliğnamede, sanığın görevinin Dz.202-203’de yer alan yönerge fotokopisinde tek, tek sayıldığı, bunlar arasında somut olayda belirtilen şekilde yapılabilecek bir görevin yer almadığı, bu paranın sanığa görevinin normal fonksiyonu icabı verilmemiş olması nedeniyle zimmet suçunun oluşamayacağı, eylemin salt kişisel bir güven duygusundan kaynaklanan teslimden kaynaklanmış olması karşısında eylemin İnancı Kötüye Kullanmak (Emniyeti Suiistimal) suçunu oluşturacağı ileri sürülmüş ise de;

1) Para T.C.nin bütçe ödeneklerinden M.S.B.faşlından temin edilmiş, hazineye ait ancak cihet-i askeriyyeye (48 nci İç Güvenlik Tugay Komutanlığına) tahsisli paradır. **Komutanın veya herhangi bir kişinin şahsi parası değildir. Sanık da paranın kaynağını ve paranın müteahhitlere ödeme yapılması sırasında kullanılması hususunda kendisine hangi nedenle yetki/görev verildiğini, görevi gereği verildiğini bilmektedir.**

2) Paranın müteahhitlerce yapılacak işler henüz yapılmadan (bitirilmeden) istihkak belgeleri önceden hazırlanarak alınması (Müteahhitlere ödeme yapılması), daha sonra bu paranın müteahhitlerce Komutanlığa teslim (iade) edilmesi ve Komutanlıkça sanık ve arkadaşına bu parayı Komutanlık adına bankada açılacak çift imzalı bir hesapta muhafaza etmesi görevinin verilmesi sübuta eren eylemin oluşturduğu suçun zimmet olarak kabul edilen vasfına (niteliğine) tesir etmez.

3) Sanık para ile ilgili olarak banka nezdinde bazı işlemler yapmak hususunda Komutanlıkça **görevlendirilmiş ve yetkili kılınmıştır.** Komutanlıkça sanığa verilen görev ve bu görev nedeni ile tanınan yetki sanık ile bankadaki para arasında “Görev” ilişkisini doğurur.

Zira dosyada bulunan (Dz.218-219) MY.75-1-(A) Karargâh Hizmetleri Yönergesinde, Maliye Subayının sorumlulukları sayıldıktan sonra “Yukarıdaki fıkralarda sıralanan bütün faaliyetleri ve bunlara ilaveten **Komutan tarafından emredilen işleri yapar**” hükmü bulunmaktadır. Bu nedenle sanığa, (D.202-203) de bulunan yönergede teker teker sayılan belirtilen hususlar dışında görevi ve ihtisası ile ilgili başka bir görev verilemeyeceğini söylemek mümkün de değildir. Kaldı ki Komutan tarafından sanığa verilen görev ve emirde yasaya aykırı bir durumda yoktur.” As. Yrg. 2. D. 05.05.2004, 437-651.

¹⁵⁷ KARDAŞ-ÇINGİ, s. 874.

ve suçun anlaşılmasını güçleştirmektedir. 5237 sayılı TCK.’da bu şekilde bir ibare yoktur. Çünkü, zimmet görevi kötüye kullanmanın özel bir türüdür.¹⁵⁸

Asker kişi her durumda yapmakta olduğu hizmet gereğince bazı kamusal değerlere zilyet olacağından eşyanın asker kişiye görevinin normal fonksiyonu gereğince tevdi edilmesi gerekmektedir. Yani hizmetin bir parçası olan vazife ile tevdi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁵⁹ Başka bir asker kişiye görev gereği tevdi edilen ve o kişinin sorumluluğundaki bir eşyanın hizmet yardımcısı asker kişi tarafından alınması ortada bir tevdi olmadığından askeri eşyayı çalmak suçunu oluşturur.¹⁶⁰

Askeri Yargıtay, askerlik hizmetinin özelliğine nazaran, askerlik maksat ve menfaatlerinin zorunlu kıldığı hallerde de, “kanunlara uygun olmak koşulu ile askerî vazife”nin ve bu bağlamda tevdiin kendiliğinden oluştuğunu kabul etmektedir. Bu konuda kabul edilen kriterler fiili uygulama, geleneklerden kaynaklanan tevdi ve

¹⁵⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s. 658.

¹⁵⁹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Özel Hükümler, s. 598.; BAKICI, Kamu İdaresi Aleyhine Suçlar, s. 42; MERAN, s. 44; TOROSLU, Ceza Özel, s. 274.

“...Tabur Maliye Şubesinde yapılan tahakkuk sonrası düzenlenen belgelerin sanık tarafından, Muhabere Merkez Amirliğinde muhafaza edildiği, Telefonlara ait faturaların (Resmi-Özel Görüşmelere ait) özel-resmi görüşme ayırımı yapılmasından sonraki aşamada, fatura ve makbuzların takip kontrol ve sorumluluğunun sanığa ait olduğu, dolayısıyla bu telefonların işletme sorumluluğunun sanığa ait bulunduğu, bu durum itibarıyla, tabur mutemedi tarafından teslim edilen özel telefon görüşme ücretlerinin, sanığa, askeri bir hizmet nedeniyle teslim edildiği, başka bir deyişle; sanığa Memuriyet Görevi sebebiyle tevdi edilmiş bir paranın söz konusu olduğu anlaşıldığından, Askeri Mahkemece, sanığın eyleminin, “Zimmet” olarak nitelendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden...” As. Yrg. 2. D., 10.05.2006, 698-693.

¹⁶⁰ “Sanık başka bir şahsın uhdesine(zimmetine) tevdi edilmiş olan ilaçları muhtevi ecza dolabını açıp kapayan ve onun sorumluluğu altında hizmet gören bir kişi olduğuna göre, mümaileyhin herhangi bir hizmetle ilişkisi olmaksızın ecza dolabından 25’lik bir kutu penisilini almış olması fiilinin, askeri eşyayı çalmak olduğu...” (As. Yrg. 1. D., 27.08.1964, 1086-899.) ÖZBAKAN, Askeri Yargı İçtihatları, s. 182.

zımni görevlendirme olarak sıralanabilir.¹⁶¹ Öte yandan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu vermiş olduğu bir kararında¹⁶² Askeri Kantin Yönetmeliği Hükümlerine aykırı olarak amiri tarafından kantinde görevlendirilen askeri personelin zilyedi bulunduğu maldan sorumlu olacağını kabul etmiştir. Bu karara katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, askeri hizmetin kaynağı ya hukuksal bir düzenlemedir ya da hukuka aykırı olmayan ve amir tarafından verilen yazılı ve sözlü emirlerdir. Bu nedenle hukuka aykırı emir askeri hizmeti oluşturmaz. Bunun yanında söz konusu kararda bahsedilen “ askeri eşyada tevdi ve emanet gerekmez” gerekçesi de doğru

¹⁶¹ “Sanığın Bölük İdari İşler Astsubayı olması, operasyon tazminatlarının dağıtılması için toplam paranın kendisine teslim edildiğinde itiraz etmeden alması, esasen bölük idari işler astsubayı olan sanığın aynı zamanda mutemetlik görevini de yürütmesi, her ne kadar mevcut er ve erbaş harçlıkları yönetmeliğine göre harçlıkların Birlik Komutanı ve Kurum Amirleri tarafından yönetmelikte belirtilen esaslar çerçevesinde dağıtılması gerekiyorsa da operasyon tazminatlarının ne şekilde dağıtılacağı konusunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmasa da Bursa İl Jandarma Alay Komutanlığı bünyesinde genel uygulamanın Birlik Komutanının bulunmadığı durumlarda personelin mağduriyetini önlemek amacıyla Bölük İdari İşler Astsubaylarına aynı zamanda mutemet de olmaları nedeniyle paraların teslim edildiği, dolayısı ile Bölük İdari İşler Astsubayları aracılığıyla operasyon tazminatlarının dağıtıldığı, operasyon tazminatlarının dağıtılması işinin de askerî bir hizmet olduğu gözetildiğinde; sanığa askerî hizmet nedeniyle tevdi ve emanet edilmiş bir paranın olduğu aşıkardır. Askerî hizmet nedeniyle emanet edilmiş bulunan paraların eksilmesinden veya yok olmasından sanığın sorumlu olması da doğal bir sonuçtur. Dolayısı ile sanığın askerî hizmet nedeniyle kendisine tevdi ve emanet edilen paraları hak sahiplerine bordrolarda gösterilen miktarlardan daha az dağıtmak, terhis olan erbaş ve erlere hiç para göndermemek, olay ortaya çıktıktan sonra terhis olan erlere bir kısım paraları posta havalesi ile göndermek suretiyle, dahası hüküm tarihi itibarıyla bile halâ parasını alamayan personelin olması ve sanığın üzerinde halâ bir miktar para bulunması nedeniyle teslim edilen paralardan bir miktarını uhdesinde alıkoymak ve dolayısı ile mal edinerek As.C.K.nun 131 nci maddesindeki zimmet suçunu işlediği sabittir.” As. Yrg. 1. D. 13.02.2002, 1-127.

¹⁶² “Çınar İlçe J.K.lığı bünyesinde bulunan çayocağı biriminin 1994 yılı Ekim ayından itibaren J.Genel Komutanlığından izin alınmaksızın kantin şeklinde çalıştırılmaya başlandığı, 1995 yılı Haziran ayına kadar da bu şekilde devam edildiği anlaşılmaktadır. Kantinden sanığın tek başına sorumlu olduğunda da şüphe bulunmamaktadır. Yönetmeliğe aykırı emir vererek çayocağını kantin şeklinde çalıştıran amirin durumu ile bu emir uyarınca faaliyet gösteren kantinin sorumlusunun hukuki ve cezai sorumluluklarını ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutmak gerekmektedir. Amirin Yönetmeliğin hükümlerine aykırı olarak emir vermesi sanığın sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi As.C.K.nun 131/1 maddesinde “...kendisine tevdi veya emanet edilmiş olmasa bile...” tabirinin yer alması sebebiyle, sanığa verilen emrin askeri hizmete ilişkin olduğu ve sanığın yaptığı hizmetin de “askeri hizmet” olarak kabul edilmiş olduğunda kuşku bulunmamakta, dolayısıyla Yerel Askeri Mahkemenin sanığın yaptığı hizmetin askeri bir hizmet olmadığına dair direnme gerekçesi ve kabulü öncelikle yerinde görülmemektedir.” As. Yrg. Drl. Krl., 11.02.1999, 30-26.

bir değerlendirme değildir. Çünkü daha önce bahsedildiği¹⁶³ gibi kantin eşyasının askeri eşya ve dolayısıyla devlet malı özelliği yoktur.

Zimmet suçunun oluşumu bakımından tevdi önkoşulunun gerçekleşmediği durumlarda, tevdiden doğmamışsa bile failin zilyetliği eşyayı kontrol ve muhafaza etmesini gerektirmekte ve aynı eşya failin sorumluluğu altında bulunmakta ise yine tevdiin oluştuğu kabul edilmelidir.¹⁶⁴ Örneğin askeri birlik nöbetçi subay ve astsubaylarına birlikte bulunan tüm eşyanın teker teker tevdi edilmesi gerekmez. Yine birlik askeri kantin başkanına kantin hasılatının ayrıca tevdi gerekmez.

Devir teslim esnasında zilyetliğin asker kişiye hataen verildiği durumlarda da asker kişinin yine görevi nedeniyle zilyet olduğunun kabulü gerekir. Ortada bilerek yapılan bir tevdi olmadığı için irtikâptan söz edilemez.¹⁶⁵

Asker kişiye görevi nedeniyle değil de şahsına duyulan güven nedeniyle tevdi edilmiş eşya üzerinde zimmet suçu işlenemez, çünkü burada askeri hizmetten doğan bir görev olmadığı gibi, kamu idaresine duyulan güven değil, asker kişiye duyulan

¹⁶³ Bkz. Sayfa 50 vd.

¹⁶⁴ “Söz konusu televizyon birlikte erlerin seyretmesi için yine bir kısım erler tarafından satın alınmış ve birliğe hediye edilmiştir. Her ne kadar demirbaş kaydına alınmasa da böylelikle televizyon birlik malına dönüşmüştür. Sanık da batarya komutanı olup bölüğün tüm malzemeleri ve eşyaları kendisinin koruma, sorumluluk ve denetimindedir. Bu nedenle birliğe hediye edilen televizyonun sanığa tevdi edilmiş olmasına gerek yoktur.” As. Yrg. 1. D., 15.01.2003, 3-27.

“Kaldı ki nöbetçi amiri olan sanığın nöbet hizmetinin gereği olarak askerî malzemeleri muhafaza ve denetleme sorumluluğu bulunduğundan araçların da bu zimmete dahil olduklarında herhangi bir şüphe yoktur. Sanık tarafından kendisine teslim olunmuş yada bir şekilde muhafazasından sorumlu olduğu askerî eşyanın yararlanmak maksadı ile (mazotun) aşırılıp mal edinilmesi zimmet suçunu oluşturur.” As. Yrg. 2. D., 30.11.2005, 1236-1233.

¹⁶⁵ **ERMAN-ÖZEK**, s. 22.

kişisel güven söz konusudur. Bu gibi durumlarda şartları varsa güveni kötüye kullanma suçu oluşabilir.¹⁶⁶

Malın zilyetliği asker kişi kamu görevlisine vazifesinden ya da kendisine duyulan kişisel güvenden değil de sırf asker kişi sıfatı nedeniyle devredilmişse, bu durumun da görev sebebiyle zilyet olma kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmalıdır. Duruma TCK. hükümleri açısından bakıldığında bu konuda iki görüş bulunmaktadır: Bir görüşe göre, kamu görevlisinin bir malın teslimini kabule yetkili olmadığı ancak söz konusu malın sadece kamu görevlisi olmasından dolayı kendisine verildiği durumlarda, görevle teslim arasında bir bağ bulunmadığından zimmet suçu oluşmaz.¹⁶⁷ Bu nedenle görev ile tevdi

¹⁶⁶ “...lojman sakinlerinin maaşlarından su kesintisi adı altında iki ayda bir kesilen su bedellerinin birlik mutemedi tarafından bankadan çekilerek Belediyeye yatırılmak üzere sanığa teslim edildiği, sanığın bedeli kendisine teslim edildiği hâlde 2001 yılı 4,5 ve 6’ncı dönemleri ile 2002 yılı 1,2,3 ve 5’inci dönemine ait toplam 2.114.500.000.TL. tutarındaki su paralarını son ödeme tarihine kadar Belediyeye yatırmayıp bu paraları kişisel işlerinde kullandığı tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Zimmet suçunun ön koşulu, askerî hizmet nedeniyle tevdi edilen eşya ya da paranın mal edinilmesidir. Gerek sanığa teslim edilen paranın askerî bir hizmetin yürütülmesinden elde edilen bir para olmaması gerek bu paranın askerî görev nedeniyle tevdi edilmemesinden dolayı sanığın kendisine teslim edilen paraları verilmiş amacına aykırı olarak kullanması, emniyeti suiistimal suçunu oluşturur.” As. Yrg. 1. D. 14.09.2005, 891-876.

¹⁶⁷ ÖNDER, Özel Kısım, s.106.

“TCK. `nun 202. maddesinde tanımlanan zimmet suçunun oluşması için failin görevi gereği kendisine tevdi edilen para veya para hükmündeki kıymetleri maledinmesi, başka bir deyişle zimmete konu olan para ve kıymetlerin faile görevinin normal fonksiyonu gereği verilmesi gerekir. Dosya içerisinde bulunan ... Vergi Dairesi Müdürlüğü’nün 12.5.1994 günlü cevabı yazılarında; tahsildar olan sanığın görevi nedeniyle borçlu mükelleflerden makbuz karşılığı para tahsil edip, aynı gün Vergi Dairesi veznesine yatırmaya mecbur olduğu, ancak mükelleflerden 6183 sayılı Kanuna göre çekle tahsilat yapamayacağı, mükelleflerin vergi dairesi veznesine çekle ödemede bulunabilecekleri açıklanmış ve 6183 sayılı Yasanın 41, 42, ve 44. maddeleri hükümleri de bu açıklamayı doğrulayıcı nitelikte görülmüş olmasına nazaran, sanığın müşteki ve oğlunu çekle de tahsilat yapabileceğini söyleyip kandırması sonucu ve görevinin normal fonksiyonu gereği (objektif tevdi) olmadan elde ettiği iki adet beş milyon liralık çeki Vergi Dairesi veznesine vermeyip vadelerinde tahsil ederek dört milyon lirası için makbuz keserek müştekiye verip geri kalan altı milyon lirasını da maledinerek menfaat sağlamasından ibaret eyleminin görevi kötüye kullanma niteliğinde bulunduğu dikkate alınarak, bu suçtan yargılanabilmesi için hakkında lüzumu muhakeme kararı alınmak üzere durma kararı verilmesi gerekirken zimmetten yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,” Y. 5. CD., 16.04.1996, 786-1285.

arasındaki ilişki ve olayda bir görevlendirmenin olup olmadığı ortaya konmalıdır.¹⁶⁸

Aksi yöndeki bir başka görüşe göre, bir malın zilyetliğinin faile sırf kamu görevlisi olduğu için devredilmesi, zimmet suçunun oluşumu bakımından yeterlidir; ayrıca bunun failin görevi ile ilgili olmasının aranmasına yani failin bu eşyayı görevi dolayısıyla kabule yetkili olmasına gerek yoktur.¹⁶⁹ AsCK. asker kişinin öncelikle

¹⁶⁸ “Somut olayımızda; Sanığın, Merzifon Motorlu Piyade Tabur K.lığında Muhabere Teknisyeni olarak görevli olduğu, Birlikteki görevinin, Muhabere malzemelerinin bakım ve işletmesinden sorumlu, “Telsiz Teknisyen branşında” Muhabere teknisyenliği olduğu, bunun haricinde, Muhabere merkezinde bulunan harici telefonlarla Tabur personeli tarafından yapılan “özel”, görüşmelere ait kontur ücretlerinin maaş mutemedi tarafından aybaşılarında personelin maaşlarından kesilerek, kendisine tevdi edildiğinde, söz konusu özel telefon görüşme ücretlerini, Ziraat Bankasına yatırdığı, Ocak-Haziran 2003 dönemine ait birliğe ait 513 83 53 ve 514 19 12 no’lu telefonlardan tabur personeline yapılan ve mutemet tarafından maaşlarından kesilen özel telefon görüşme bedellerini, Ziraat Bankasına yatırmayarak temellük eden sanığın, Haziran 2003 ayı içerisinde, biriken ödeme ve gecikme bedellerinin karşılığı olarak 11.943.000.000 TL ödemesine rağmen, 7.385.397.846 TL gecikme bedelinin Telekom yetkililerince tespit edildiği görülmekle birlikte; Sanığın, Tabur Personeline ait özel telefon görüşme bedellerini (Tabur Mutemedi Tarafından Personelin Maaşlarından kesilen), Ziraat Bankasına yatırmaktan ibaret faaliyetinin, As.C.K.nun 12 nci maddesinde ifade edilen “Askeri Hizmet” niteliğinde olup olmadığının net ve kesin bir şekilde ortaya konulmadığı görülmüştür. Bunun yanı sıra, özel görüşmelerin hangi emir ve esaslar çerçevesinde yapıldığı ve görüşme bedellerinin Ziraat Bankasına yatırılmasını müteakip alınan makbuzların, kim tarafından, nerede ve ne amaçla muhafaza edildiği, bu makbuzlar ile, resmi görüşmelere ilişkin Tabur Maliye Şubesinde yapılan tahakkuk sonrası düzenlenen belgelerin hangi makam nezdinde muhafaza edildiği, Telefonlara ait faturaların (Resmi-Özel Görüşmelere ait) tek liste halinde düzenlenmesi karşısında, özel-resmi görüşme ayırımı yapılmasından sonraki aşamada, fatura ve makbuzların takip kontrol ve sorumluluğunun kime ait olduğunun, dolayısıyla bu telefonların işletme sorumluluğunun hangi kişi veya makama ait olduğunun yine dosya kapsamından anlaşılamadığı, ayrıca, söz konusu telefonlarla yapılan görüşmeleri takip ve kontrol işletme sorumluluğunun sanığa tevdi edilmiş ise, bu hususa ilişkin emrin de dosyada bulunmaması nedeniyle, sanığa, tabur mutemedi tarafından teslim edilen özel telefon görüşme ücretlerinin, askeri bir hizmet nedeniyle teslim edilip edilmediği, başka bir deyişle; sanığa Memuriyet Görevi sebebiyle tevdi edilmiş bir paranın söz konusu olup olmadığı anlaşılamadığından, bu haliyle, sanığın eyleminin, “Zimmet” olarak nitelendirilmesinin mümkün olamayacağı değerlendirilmekte; yukarda belirtilen noksan hususların ikmali ile bu hususlarda bilgisi olan Muhabere sınıfından bir personelin bilirkşi olarak seçilerek dinlenilmesi ve elde edilecek sonuçlara göre, sanığın eyleminin mahiyetinin tam olarak ortaya konulması, akabinde, eyleminin suç oluşturup oluşturmadığının irdelenmesinin, oluşturur ise oluşan suçun niteliğinin belirlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır.” As. Yrg. 2. D., 09.02.2005, 178-173.

¹⁶⁹ **ERMAN-ÖZEK**, s. 17. Bu düşünce İtalyan Yargıtay’ının bu konudaki içtihatlarına dayanmaktadır. “ Fail, belirli bir paranın tahsiline yetkili olmasa dahi, zimmet suçu oluşur. Tevdiin sanığın gördüğü vazife ve hizmetten kaynaklanması yeterlidir.” Karar için bkz. Dipnot 12.; **BAYRAMOĞLU**’ya göre, Tevdiin mutlaka görev gereği olmasını aramak bu gerçekleşmediğinde ise zimmetin oluşmayacağını söylemek adaletsizliklere sebep olacaktır. Şöyle ki; bir memur görev alanına girmediğini bildiği halde zimmetine geçirmek için parayı aldığı halde bu parayı görevi gereği alması gerekenden daha az ceza ile cezalandırılmaktadır. Oysa burada hem görevinin sınırlarını bilerek aşmak ve almaması gereken para, evrâk veya malı almak, hem de bunu zimmetine geçirmek şeklinde, ahlâki düşüklüğün fazlalığını gösteren iki eylem bulunduğu halde fail daha az ceza ile cezalandırılmaktadır. Reşat **BAYRAMOĞLU**, Türk Ceza Kanunu’na göre Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler, Ankara 1943, s. 37.

bir askeri hizmeti gerçekleştirmesini bu hizmet bağlamında da bazı eşyaya zilyet olmasını aradığından asker kişiye sırf asker kişi sıfatı nedeniyle yapılan tevdi başka suçları oluşturabilirse de zimmet suçunu oluşturmaz.¹⁷⁰

B. ZİMMETE GEÇİRME

Zimmet suçuna özelliğini veren husus zimmete geçirmedir. Söz konusu suç, asker kişinin askeri hizmet yaparken kendisine tevdi edilen veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesiyle oluşur.

AsCK.'nın 131. maddesinde sadece zimmete geçirmek ve ihtilâs etmekten bahsedilmiş, buna karşın zimmete geçirmenin veya ihtilâsın kendisi veya başkası yararına olması şartı getirilmemiştir. Esasen, zimmete geçirmenin kendisi ya da başkası yararına olmasının maddede açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Çünkü zimmete geçirme, her zaman ya kişinin kendisinin ya da bir başkasının yararına gerçekleştirilir. Başka bir deyişle, failin kendisinin ya da bir başkasının yararı için gerçekleştirilmeyen bir zimmet düşünülemez.¹⁷¹ 5237 sayılı TCK. açısından da durum aynıdır.¹⁷²

Zimmete geçirme, şey üzerinde, şeyin zilyetliğinin devredilmesindeki amaçla bağdaşmayan bazı işlemlerde bulunulması veya zilyetliğinin fiilen mülkiyete

¹⁷⁰ TCK. kapsamındaki açıklamalar için bkz. **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 598; **ÜZÜLMEZ**, s. 218.

¹⁷¹ **OKUYUCU ERGÜN**, s. 93.

¹⁷² 765 sayılı TCK.'nın 202. maddesinde 3679 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce zimmete geçirme ve mal edinme kavramları birlikte kullanılmaktaydı. Bu değişiklikte zimmete geçirme kavramı getirilmiştir.

dönüştürülmesidir.¹⁷³ Bu tanıma sadece malın malik gibi kullanılması değil, askeri idarenin ve malın devrediliş amacının dışına çıkarılması da dâhildir. Asker kişinin eşyayı malvarlığına dahil etmesi, satması, trampa etmesi, borcuna mahsuben vermesi¹⁷⁴ zimmete geçirmek kavramına dahildir.

Asker kişinin hizmet nedeniyle zilyedi olduğu malı devrediliş amacının dışında, ancak yine askeri idarenin amaçlarından bir başkasını gerçekleştirmek üzere kullanmasının zimmet suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılmalıdır. Bu sorun TCK. açısından da söz konusudur. Bir görüşe göre, malın mutlaka zilyetliğinin devrediliş amacına uygun olarak kullanılması gerekir. O nedenle, devrediliş amacının dışında kalan kullanımlar, şahsi yarar için değil, fakat kamu idaresinin amaçları için kısacası kamu yararı için kullanılmış olsa bile zimmet suçu gerçekleşmiş olur.¹⁷⁵ Çünkü burada da kamu idaresinin düzenli işleyişine ilişkin

¹⁷³ **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 277; Faruk **EREM**, “Zimmet ve İhtilâs”, AÜHFD., 1957, C. XIV., S. 1-4, s. 38 vd.; **ÖNDER**, Özel Kısım, s. 117. ; **SAVAŞ- MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 2252.

¹⁷⁴ “.....Kendisine 05.04.1994 günü senetle teslim edilen birliğe ait 1115242 seri nolu 7.65 mm Astra marka tabancayı Tutku Pastanesinde masa üzerinde unutarak diğer sanık Şakir **ERKMEN**’in eline geçmesine kusuruyla neden olan, bir süre sonra silahın diğer sanık sivil kişiye olduğunu öğrenip tabancayı borcuna karşılık olarak bu şahsın zaptetmesine ses çıkarmayan, silahın borcuna mahsuben satılacağı söylendiğinde de engellemeye çalışmayan, silahın satışının parasal getirisinden faydalanmak isteyen, sıralı üstlerini de durumdan haberdar etmediği gibi yetkili kolluk güçlerine haber vermeyen, miri silahı kendi malı imiş gibi tasarruf etmek suretiyle hareket eden sanığın eyleminin sabit görülmesinde, sabit görülen eyleminin As.C.K.nun 131 nci maddesinde düzenlenen “Zimmet” suçunu oluşturduğu...” As. Yrg. 3. D. 11.06. 2003, 705-699.

¹⁷⁵ **ÜZÜLMEZ**, s. 220. ; **SOYASLAN**’a göre “ tahsis edilen amaç dışında idarenin menfaatleri için kullanılma halinde de zimmet gerçekleşir, yeter ki bunda özel menfaat bulunsun.” Örnek olarak bir memurun politik veya idari seçimleri kazanmak için keyfi olarak kamu yararına işin yapılmasını emretmesi halinde zimmet suçunun oluştuğunu; ancak şahsi menfaat olmadığı için çocuk yuvası yapımına ayrılan parayı belediyenin sağlık ve aydınlanma masrafları için kullanan belediye başkanının eyleminin İtalyan Yargıtay’ı tarafından zimmet olarak değerlendirilmediğini belirtir; bkz. **SOYASLAN**, Özel Hükümler, s. 500.

“...birlik envanterinde kayıtlı olmasa da askerî eşya niteliği taşıdığı tereddüt bulunmayan malzemeleri fiilen kontrolü ve denetimi altında tutan Ana Malzeme ve Kitle Sahası Sorumlusu Ord.Tek.Astsb.Bçvş.Mustafa **ÖZAL**’ın; muhafaza ve murakabe sorumluluğundaki bu malzemeleri satarak para temin etmek maksadıyla birlik hudutları dışına çıkarmak şeklindeki eyleminin zimmet suçunu oluşturduğunun kabulü gerekir. Sanığın depodaki tavli tel ve şeytan kilidi açığını kapatmak maksadıyla zimmetindeki askerî malzemeleri satmaya kalkışmasının zimmet suçunun (şahsına fayda temin etmekten ibaret) manevî unsuruna herhangi bir tesirinin bulunmadığı sonucuna varılarak, aksi

menfaati zedelenmiştir. TCK.’nın 247. maddesinin gerekçesinde “ *Kamu görevlisi, bu görevi dolayısıyla zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mallar üzerinde ancak görevinin gerektirdiği şekilde tasarrufta bulunabilir. Madde metninde, kamu görevlisinin bu mallar üzerinde görevinin gerekleriyle bağdaşmayan bir surette tasarrufta bulunması, bu malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmesi suç olarak tanımlanmıştır.*” ifadelerine yer verilmekle kamu görevlisinin görevi gereği zilyedi olduğu mallar üzerinde ancak görevinin gerektirdiği şekilde tasarruf etmesi zorunluluğu vurgulanmış, ancak malın zilyetliğinin devrediliş amacı dışında fakat yine kamu idaresinin amaçları çerçevesinde kullanılmasının görevin gerekleri kapsamında sayılıp sayılmayacağı açıklanmamıştır.¹⁷⁶ Tamamen kamu idaresinin amaçlarına yönelik kullanımları amacın kamu yararı olması, kişisel kazanç ve menfaatin bulunmaması nedeniyle zimmet saymak mümkün olmamalıdır. Ancak keyfi veya belli usullere uyulmaksızın gerçekleşen harcamalar görevi kötüye kullanmak olarak nitelendirilebilir.

Zimmete geçirme, hem icrai hem de ihmali davranışla gerçekleştirilebilir. Failin kamu idaresi adına aldığı malı idareye vermemesi ihmali davranış iken¹⁷⁷, görevi nedeniyle zilyedi olduğu parayı kendisi için harcaması icrai bir davranıştır. Yargıtay uygulaması da zimmet suçunun ihmal suretiyle işlenebileceği yönündedir.

doğrultudaki savunma ve temyiz sebeplerine itibar edilmemiştir.” As. Yrg. Drl. Krl., 04.11.2004, 159-145.

¹⁷⁶ **OKUYUCU ERGÜN**, s. 94.

¹⁷⁷ Örneğin, görevi gereği bazı sigortalılardan makbuzla tahsil ettiği parayı kuruma yatırmayıp mal edinen kamu görevlisi(Yargıtay 5. CD, E. 1994/3835, K. 1995/2889) ile bankadan kamulaştırma bedeli olarak teslim aldığı parayı idarenin hesabına yatırmayarak mal edinen mal müdürlüğü milli emlak şefi (Yargıtay 11. CD, E. 2001/4135, K. 2001/4887) ihmal suretiyle zimmet suçunu işlemiş olur. **OKUYUCU ERGÜN**, s. 96., **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, Özel Kısım, s. 663., **ERMAN, ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, no.33,

Nitekim 4. Ceza Dairesinin 01.12.1997 tarihli kararında noter olan sanığın damga vergisi, noterlik harcı, değerli kağıt bedeli ve katma değer vergisi olarak tahsil ettiği paraları yetkili makama yatırmama şeklindeki eylemlerinin zincirleme zimmet suçunu oluşturacağı kabul edilerek suçun ihmali davranışla da işlenebileceği belirtilmiştir.¹⁷⁸

Failin sorumluluğunun belirlenebilmesi için bazı özellikli durumların ayrıca belirtilmesi gerekmektedir.

1. Zimmeti Karşılacak Teminatın Bulunması

Failin, örneğin mutemetlerin görevine başlarken veya görevi esnasında yatırdıkları teminat veya kefalet akçesi, zimmete geçirilen değerden fazla olması ve bunun teminat veya kefalet akçesiyle karşılanması olanaklı bulunsa bile suç oluşur. Çünkü zimmet, kamu idaresine karşı işlenen bir suçtur ve zararın oluşması, suçun oluşması açısından bir unsur olarak aranmamaktadır.¹⁷⁹ Bu suçu işleyen memur, önceden yetkili mercilere zimmete karşılayacak miktarda, hatta daha fazla bir meblağı teminat olarak yatırmış olması sonuca etkili değildir. Teminat ve kefalet akçesi gibi karşılıklar, gelecekte ve olası idare zararını teminat altına alır, sürekli ve dokunulmaz niteliktedir.¹⁸⁰ Teminatın amacı, ödemeyi sağlamaktan ibarettir, yoksa ileride işlenecek suçu peşinen meşrulaştırmak gibi bir amaç güdülmez.

¹⁷⁸ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 576.

¹⁷⁹ Zimmet suçunda iade niyeti veya zararın telafi ve tazmin olunmasının suçun oluşumuna bir etkisi olmadığı, bu durumun hükmedilecek hazine zararının belirlenmesi bakımından önem arzedeabileceği konusunda bkz. As. Yrg. 1. D., 22.09.2004, 898-895.

¹⁸⁰ **EREM**, Özel Hükümler, s. 1303; **TOROSLU**, Özel Kısım s. 277; **ÖNDER**, Özel Hükümler, s. 109; **MERAN**, s. 47.

2. Müsamaha Edilen Zimmet

Bu durum asker kişiye görevi dolayısıyla tevdi edilen ve kıymet olarak çok değersiz bir şeyin zimmete geçirilmesi veya şahsi ihtiyacında kullanılmasında ortaya çıkabilir. Örneğin, zimmet konusu eşya resmi daireye ait zarf, kalem, silgi gibi değersiz bir şey olması durumunda zimmetin varlığından söz edilemeyeceği konusunda doktrinde fikir birliği vardır. Ancak bunun açıklanması hususunda fikir birliği bulunmamaktadır.¹⁸¹ Bir anlayışa göre eylemin objektif gayri meşruluğunu, örf ve adet bertaraf etmiştir.¹⁸² Böyle bir durumda ceza kanununun örf ve adete karşı olmasına önem verilmez. Kaldı ki; bunun aksini düşünmekle kamu görevlilerinin büyük kısmı zimmetle suçlu hale gelmiş olur. Fakat, bu görüşün de doğruluğu şüphelidir; çünkü örf ve adetin hukuka aykırılığı kaldırıcı bir rolü olup olmadığı tartışmalıdır.¹⁸³

Diğer bir görüşe göre ise; burada söz konusu olan müsamaha, mağdurun (idarenin) rızasından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeninden kaynaklanır.¹⁸⁴ TCK. m. 26/2'ye göre, kişinin ancak üzerinde mutlak tasarruf edebileceği haklar

¹⁸¹ **DÖNMEZER**, Ceza Özel, s. 80, **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 279, **ÖNDER**, Özel Kısım, s.119. **AKÇİN**, s. 115.

¹⁸² **ÖNDER**, Ceza Özel s. 119.; **DÖNMEZER**, Ceza Özel..., s. 83.

“..... Söz konusu hukuk kaynağının etkisi hukukun diğer kolları yönünden oldukça önemli ise de, aynı şeyi ceza hukuku yönünden söylemek mümkün değildir. Gerçekten de, doktrin, örf ve adetin yeni suç ve ceza öngören normlar yaratmayacağı konusunda görüş birliği halindedir. Buna Anayasa'nın 38. maddesi ve Ceza Kanununun 2. maddesi engeldir. Buna karşılık kanunun koyduğu kuralları tamamlamak için doğan örf ve adetin, sanığın aleyhine olmaması ve dolayısıyla TCK.'nın 2. maddesine aykırı sonuçlar içermemesi şartıyla, hukuki bir etkiye sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu itibarla örf ve adet vasıtasıyla yeni hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler doğabilir.” **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 28.

¹⁸³ İzzet **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.141,

¹⁸⁴ **EREM**, “Zimmet ve İhtilas”, s.43; aynı yönde bkz. **ERMAN- ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, s. 33.

bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni sayılabileceğinden bu görüş doğru sayılamaz. Çünkü bu suçla korunan hukuksal yarar bireye ait değildir¹⁸⁵.

Bir düşünceye göre ise; müsamaha edilen zimmet görüşünün hukuki dayanağı “fiilin toplumsal uygunluğu teorisi”dir¹⁸⁶. Buna göre fiilin hukuka aykırı olmaması veya fiilin haksızlık içeriğinin cezayı gerektirici boyutta olmaması nedeniyle faile ceza verilmez. Bu düşünceye göre aslında ortada haksız bir tasarruf bulunmaktadır, ancak kişi zimmet konusunun değerinin az olması nedeniyle mazur görülmektedir.¹⁸⁷

Suç konusu oluşturan değersiz ve çok basit şeylerin zimmete geçirilmesinde veya failin kişisel işlerinde kullanılması durumunda, failde suçun manevi unsurunu oluşturan zimmete geçirme kastının bulunmamasını da bu başlık altında değerlendirebiliriz. Askeri Yargıtay bu konuda vermiş olduğu kararlarda bazen failde mal edinme (temellük) kastının olmamasını¹⁸⁸ bazen de örf ve adet bu

¹⁸⁵ Durmuş **TEZCAN**-Mustafa Ruhan **ERDEM**- Murat **ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 4. Baskı, Ankara 2006, s. 668.

¹⁸⁶ **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 669.

“Fiilin toplumsal uygunluğu teorisi, toplumsal açıdan genel olarak hoş görülebilir davranışların suç oluşturmadığı düşüncesine dayanır.....toplumsal uygunluk, aslında ratio legise dayanan suç tipinin sınırlayıcı yorumundan başka bir şey değildir. Oysa gerçek anlamda sosyal uygunluğun geçerli olduğu alan, hukuksal açıdan önemli ve önceden genel olarak rıza gösterilen bir davranışla bir neticeye sebebiyet verilmesidir. ...acaba yumrukla rakibinin burnunu kıran boksör kasten yaralamadan dolayı cezalandırılacak mıdır? Burada tehlikeli spor türlerine ilişkin kamu yararının bu tür sporu yapan kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin menfaatten daha ağırlıklı olduğu kabul edilerek soruya olumsuz yanıt verilmektedir.” Teori konusundaki açıklamalar için bkz. **ÖZTÜRK- ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, s.164.

¹⁸⁷ **ÖZGENÇ**, Ekonomik..., s. 142, **ERMAN-ÖZEK**, s.33.

5237 sayılı TCK.’nın 249. maddesinin gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmaktadır: “Suç konusu malın değerinin az olması durumunda da zimmet suçu oluşur.....zimmete geçirilen malın değerinin az olması durumunda, bu tasarruf, hoşgörüyü karşılanabilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen, bunun zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ihtiva ettiği haksızlık muhtevası cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir.” **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Özel Kısım, s. 604.

¹⁸⁸ “....Sanığın 26.01.2002 Cumartesi günü ...6 adet tatlı tabağı, 4 adet fırça, 3 adet süpürge, 2 adet 10’luk paket sabun, 1 adet ayna, 1 koli tuvalet kağıdı, 1 adet klozet fırçası, 1 adet üçlü seyyar priz, 3 adet peştamal havlu, 3 adet çekpas, 1 adet leğen, 1 adet priz, 1 adet bıçağı evine götürdüğü

duruma izin vermesi sebebiyle suçun oluşmadığını kabul ederken bazı durumlarda da her iki nedenle suçun oluşmadığını kabul etmektedir.¹⁸⁹

C. SUÇUN TAMAMLANMA ANI

Zimmet, suç konusu değer tahsis amacının dışına çıkarılması ve failin malvarlığına girmesi ile tamam olur. Bu nedenle zimmet suçu ani suçtur.¹⁹⁰

Zimmet suçunun işlendiği zaman ile ortaya çıktığı zaman farklı olabilir. Zimmet

anlaşılmıştır.... Eşinden ayrıldığını, hiçbir eşyasını almadığını ve yeniden evlenip, yeni bir ev açtığını, bu yüzden birtakım eksiklikleri olduğunu ifade eden sanık yönünden, çekpas, süpürge, tatlı ve salata tabağı, bıçak, leğen gibi malzemelerin kullanılıp iade edilebilmesi mümkün ise de, evine taktırdığı priz, 10 luk iki paket sabun ve bir koli tuvalet kağıdının, piyasadan rahatlıkla alabileceği malzemeler olup, bunların kullanılıp iade edilecek nitelikte olmayıp, üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunduğu ve kullanılan türden malzemeler olduğunda tereddüt bulunmadığından, Askerî Mahkeme sanığın bu eylemlerinin zimmet suçunu oluşturduğu, sanığın beyanlarının suç kastını ortadan kaldırmayacağını kabul etmiştir.... Her ne kadar sanık vekili eylemin Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun 25.10.2001 gün ve 2001/87-89 sayılı kararında yer alan "müsamaha edilebilen zimmet" "değersiz zimmet" niteliğinde olduğunu ileri sürmekte ise de, bahse konu kararda ortaya konan kıstas, aşırılan para veya malzemenin ağırlık veya parasal değerinden çok eylemin suç kastı ile yapılıp yapılmadığının her olaya göre tespit edileceğidir. Diğer bir ifadeyle, malın değerinden çok, sanığın dış dünyaya yansıyan davranışdır. Yani mal edinme (temellük) kastının bulunması halinde zimmet suçunun olduğu, aksi takdirde eylemin suç teşkil etmediği sonucuna ulaşılabacaktır. Dava konusu olayda ise; her ne kadar parasal değerleri az olmakla birlikte sarf niteliği taşıyan malzemeleri kullanma amacıyla evine götürdüğü, malik gibi hareket ettiği açıklıkla belirlendiğinden sanık müdafinin bu yöndeki temyiz istemi kabule değer bulunmamıştır...." As. Yrg. 3. D. 03.06.2003 t. ve 2003/682-679 s. Kararı.

¹⁸⁹ "...İstanbul-Fenerbahçe Orduevi Müdürlüğü emrinde suç tarihinde aşçı olarak görevli sivil memur olan sanığın 25.09.2001 tarihinde Orduevi mutfağından görevi gereği teslim edilen iki somun ekmek, bu ekmeklerin arasına yerleştirilmiş bir miktar kaşar peyniri ve bir miktar marul malzemesini izinsiz olarak orduevi dışına çıkarmak üzereyken yapılan aramada tespit edilerek Askeri Eşyayı Zimmetine Geçirmeye Tam Teşebbüs suçunu tüm unsurları ile gerçekleştirdiği sabit olduğu kabul edilerek sanık hakkında müsnet suçtan mahkumiyet hükmü tesis edilmiş ise de;

Sanığın olay günü Fenerbahçe Orduevi nizamiyesinden çıkarken, Orduevi Müdürünün emri ile yapılan aramada ele geçirilen ekmek, kaşar ve marulun miktar ve suç tarihindeki ekonomik değer itibarıyla "Müsamaha edilen zimmet"- "Değersiz zimmet" kapsamında olduğu, sanığın savunmasının aksini ortaya koyacak suç kastıyla hareket ettiğini gösterir kesin ve inandırıcı bir delilin dosyada mevcut olmadığı, olayda mal edinme kastından ziyade açlığını giderme amacının bulunduğu, bu davranışının örf ve adetler gereği mazur görülebilecek nitelik taşıdığı, sanığın beraberinde götürdüğü iki ekmek, ekmeklerin arasına yerleştirilmiş bir miktar kaşar ve marulun gerek nitelik gerekse miktar yönünden tespiti yapılmayıp pek az olduğu, zimmet açığının doğmasına neden olmadığı, müsnet suçun unsurlarının oluşmadığı, Askeri Eşyayı Zimmetine Geçirmek kastının bulunmadığı, zimmet kastı ile hareket etmediği, yüklenen suçun "Manevi" unsurunun oluşmayacağı kabul edilerek sanık hakkında müsnet "Askeri Eşyayı Zimmetine Geçirmeye Tam Teşebbüs" suçundan beraet hükmü verilmesi gerekirken...." As. Yrg. 2. D. 08.07.2002 t. ve 2002/612-608 s. Kararı.

¹⁹⁰ Ani suçlarda, tipik neticenin gerçekleşmesi ile birlikte, suç hem tamamlanmakta ve hem de sona ermektedir. **ÖZTÜRK- ERDEM**, Ceza Genel, s. 137.

suçu ile korunan hukuki yarar malvarlığına zarar verilmemesine yönelik bir yarar olmayıp, kamu idaresine duyulan güvenin zarar görmesini engellemek ve dürüst davranılmasını sağlamak olduğundan maddi bir zararın doğmuş olup olmaması veya tazmin veya tazmin edilmemiş olması suçun tamamlanması açısından önem taşımaz. Çünkü kamu idaresinin malvarlığına ilişkin menfaati, zimmet suçunu öngören normla korunan menfaatlerden sadece biridir ve zimmete geçirme fiili maddi bir zarara neden olmamış olsa bile, söz konusu normla korunan diğer bir menfaati ihlâl eder. Meydana gelen zararın fail tarafından tazmini ancak maddi zararın tazminidir; söz konusu menfaatin ihlâlinden kaynaklanan zararın tazminini içermez. Kaldı ki zimmet suçundan dolayı malvarlığına ilişkin bir zararın doğmaması da mümkündür. Örneğin, asker kişinin idare nezdinde teminatı bulunması durumunda zarar doğmamasına karşın, yine de zimmet suçu gerçekleşmiş olacaktır.¹⁹¹

Bir görüşe göre, misli eşyada (para, tartı ve ölçü ile tayin edilebilen şeyler) aynen değil misli ile iade söz konusu olduğundan, bu tür eşya bakımından suçun tamamlanma anı; zimmete konu eşyanın iade edilmesi gereken zamana göre belirlenir. Bu gibi hallerde, zimmete konu eşyanın zamanında iade edilmemesi ile suç oluşur. Bu bağlamda avans alınan paralar yönünden zimmetin tamamlanma anı, mahsubun yapılacağı zamanı gösteren hükümlere göre belirlenecektir. Avans alan memurun, avansın kapatılma zamanı geldiğinde, sarf belgelerini sunamaması ve parayı iade edememesi durumunda mal edinme gerçekleşir.¹⁹² Askeri Yargıtay'ın suçun tamamlanma anı bakımından kıstası da böyledir, ancak avans olarak alınan

¹⁹¹ OKUYUCU ERGÜN, s. 99.; SAVAŞ-MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 2254; EREM, “Zimmet ve İhtilâs”, s. 41.

¹⁹² Tartışmalar için bkz. TOROSLU, Özel Kısım, s. 280.

paranın kapatılma yöntem ve zamanı özel yasalarla düzenlenmiş ise, zimmet suçunun tamamlanması buna göre belirlenecektir.¹⁹³

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, her an eşyayı hazır bulundurma yükümlülüğü nedeniyle, zimmet suçu eşyanın kişisel amaçlar için kullanılması anında oluşur. Dolayısıyla avans kapatma tarihinden önce misli şeyi iade etmeyi başaran asker kişi zimmet suçundan sorumludur.¹⁹⁴

D. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN BULUNMAMASI

“ Mazeret nedenleri” veya “suçu ortadan kaldıran objektif nedenler” adı da verilen ve TCK.’da “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenen¹⁹⁵ bu nedenler, fiilin hukuka aykırı olmasını önler ve dolayısıyla onun hukuken meşru veya hukuka uygun bir fiil olarak ortaya çıkmasını sağlarlar.¹⁹⁶

¹⁹³ “1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 86’ncı maddesindeki; “Her mutemet aldığı avanstan harcadığı tutarlara ilişkin kanıtlayıcı belgeleri en çok bir ay, adına açılan kredilerden harcadığı tutarlara ilişkin kanıtlayıcı belgeleri ise en çok üç ay içinde saymana vermekle yükümlüdür...” şeklindeki yasa hükmü, görevinin özelliğinden ötürü avans mutemedine yaptığı harcama belgelerini vermede ve artan kısmın geri ödemesinde bir aylık süre tanıdığından bu zaman içerisinde kendisine sorumluluk yüklenemeyeceği açıktır.

Sanık, 22.08.2002 tarihinde aldığı avansı, sevklerden artakalanının tamamını 16.09.2002 tarihinde mal saymanlığına geri ödeyerek kapatmıştır. Avans mutemedi olarak sorumluluk sınırını belirleyen yukarıda açıklanan yasal bir aylık süreyi aşmayan sanığın savunmasının özünü de bu yasa hükmünün oluşturması, hastaneye sevk nedeniyle görevinden ayrı kaldığı süreçte yanında bulunan avans bakiyesinin kendi parasıyla karışıp onu da kullanmış olabilmesi ihtimal dahilinde ise de, özel olarak; bunu “mal edinme” kastıyla yaptığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Kaldı ki görevine döner dönmez aynı gün avansın tamamını kapatması da sanığın bu kasıtlı hareket ettiğini göstermemektedir.” As. Yrg. Drl. Krl., 22.06.2006, 131-138.

¹⁹⁴ **DONAY**, “ Türk Hukukunda Zimmet”, s. 43-44.

¹⁹⁵ “... ‘Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler’ başlığı bir başka ciddi hatadır. Şöyle ki; bu başlık altında nitelikleri ve unsurları tamamen farklı olan hukuka uygunluk nedenlerine, kusurluluğu ve isnat yeteneğini azaltan ve kaldıran nedenlere yer verilmiştir. ...gerçekten hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler ve isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler farklıdır.” Konuşmacı Nevzat **TOROSLU**, **Ankara Barosu Yeni Türk Ceza Kanunu Semineri (11-12. 03.2005) içinde**, [http:// www.ankarabarusu.org.tr/pg_st_Panel2004.aspx](http://www.ankarabarusu.org.tr/pg_st_Panel2004.aspx).

¹⁹⁶ “Hukukun tanıdığı bir yetkinin ve yüklediği bir görevin varlığı, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesi gereği, hukuka aykırılığı ve dolayısıyla suçu ortadan kaldırır.” **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 98, Uğur **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, Ankara 1975, Sevinç Matbaası, s.98.

Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir. Hukuka aykırılığın suçun özünü oluşturduğu görüşünde olanlar bunun suçun bir kurucu unsuru

Zimmet suçu için özel olarak düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebi yoktur.¹⁹⁷

Ancak genel hukuka uygunluk sebeplerinin zimmet suçu açısından geçerli olup olmayacağı incelenebilir.

AsCK. m. 41/2’de, hukuka uygunluk sebebi olarak sadece amirin emrini ifaya yer verilmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebi dışında kalan durumlarda AsCK m. 1 gereği TCK. hükümleri uygulanacaktır. TCK’daki hukuka uygunluk sebepleri m. 24, 25 ve 26. maddelerde görevin yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk durumu, hakkın kullanılması, ilgilinin(hak sahibinin) rızası olarak sayılmıştır.

1. AMİRİN EMRİNİ İFA ve KANUN HÜKMÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

Anayasa’nın 137. maddesine göre, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz; konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz; askeri

olmaması gerektiği fikrindedirler. Bu düşünceye göre; madem ki suç, bir ceza hukuku normunun ihlalidir, öyleyse onun en belirgin özelliği hukuk ile çatışma halinde olmasıdır. Hukuka aykırılık bu çatışmanın adıdır ve bir unsur değil, suçun özü olarak kabul edilmelidir. Suçun her bir unsurunu kapsayan bir kavramın, aynı zamanda suçun bir parçacığı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuka aykırılığın suçun negatif unsuru olup olmadığı konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tuğrul **KATOĞLU**, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 131 vd.

¹⁹⁷ “Hukuka uygunluk nedenlerini genel ve özel hukuka uygunluk nedenleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Birinciler hemen tüm suçlar için ortak olan nedenlerdir; ikinciler ise belli suç veya suç grubu için kabul edilen nedenlerdir.” **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 99.

hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

Yetkili merciin emri idari bir işlemdir. O halde bir idari işlemde bulunması gereken beş unsurun, yani yetki, şekil, neden, konu ve maksat unsurunun bulunması, söz konusu emrin bağlayıcı olması için şarttır. Bu unsurlardan bir ya da birkaçı eksik olan bir emir, üstün ısrar etmesi ve emrini yazı ile yenilemesi halinde yerine getirilir, ancak suç oluşturan emir hiçbir zaman yerine getirilmez.¹⁹⁸

Kamu görevlisine verilen emrin, meşruluğunun araştırılması hak ve ödevinin istisnâsını Anayasa’da da belirtilen askeri hizmetle ilgili çıkarılmış bulunan yasal düzenlemeler oluşturmaktadır.

Askeri mevzuatımız emri veren kimsenin yetkili olup olmadığını araştırmak bakımından şöyle bir ayırım yapmıştır: Emri veren bir âmir ise, mutlak itaat prensibi geçerlidir; emri veren herhangi bir üst ise mutlâk itaât esası ancak kanunlarda gösterilen durumlarda vardır. Bu duruma göre ast, emri verenin âmir mi yoksa sadece üst mü olduğunu araştıracaktır; âmir ise mutlak surette itaat edecektir. Bu nedenle yetkiyi araştırma ödevi üst tarafından verilen emirler bakımından söz konusudur. Ancak ast emrin muhtevası konusunda araştırma yapmak yetkisine sahip değildir.¹⁹⁹ Bu durumun istisnâları ise emrin “ *adli veya askeri bir suç maksadını*

¹⁹⁸ Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, Beta Yayınları, İstanbul 1989, s. 197; ÖZTÜRK-ERDEM, s. 150; ÖZAY, s. 156-157.

¹⁹⁹ “211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 14 - Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.”

ihiva eden bir fiile müteallik” olması ve bunun ast tarafından bilinmesidir.²⁰⁰ AsCK. emrin muhtevası konusunda yanılma halinde astı cezalandırmamakta, ancak emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilinmesi halinde astın sorumluluğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak AsCK., TCK.’dan farklı olarak “*emrin suç işletme maksadıyla verilmiş olduğunu bilme*” şeklinde ifade edilen subjektif bir ölçüyü benimsemiştir.²⁰¹ Bu nedenle âmir veya üst tarafından verilen askeri eşyanın zimmete geçirilmesi yönündeki emir, suç olduğu ast tarafından bilinerek yerine getirilirse hem ast hem de üst sorumlu olur.²⁰²

²⁰⁰ ÖNDER, Ceza Hukuku Genel..., s. 197; ERMAN, Askeri Ceza..., s. 179-180, 182-184. “AsCK. m. 41/2 - Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.

3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir :

A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise,

B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malûm ise.”

²⁰¹ DÖNMEZER-ERMAN, Genel Hükümler, C. II., s. 94.

²⁰² “Sanık Dz.Er Ahmet TAŞ’ın Üler Haber Merkez K.lığı emrinde geçici görevle şoför olarak bulunduğu sırada; Ocak 2001 tarihinde bir gün, sanık Astsb.M.Ergün MIZRAK’ın benzin bulması yönünde kendisine baskı yaptığı, sanık Er Ahmet’in, ne şekilde bulabileceğini sorduğunda, sanık Astsb.MIZRAK’ın, şoförü olduğu araçtan çekmesi yönünde fikir verdiği, yapamayacağını söyleyip karşı çıkmasına karşın, “anani, babanı seviyormusun” şeklindeki sözlerle üstlük nüfuzunu kötüye kullanıp baskı kurması sonucu sanık Er Ahmet’in, kullanımı nedeniyle kendisine teslim edilen; şoförü olduğu 553091 plakalı Tuzla Jeep’in pislik temizleme tapasını açıp benzin deposundan akmasını sağladığı 4 litre benzini bir plastik bidona doldurarak haber merkezine götürüp sanık Astsb.MIZRAK’a verdiği kabulüne dayanılarak; Oluş ve kabule göre; sanık Dz.Er Ahmet TAŞ’ın, şoförü olması nedeniyle sorumluluğu altındaki askeri araçtan benzin çekerek, bunu, diğer sanığın yararlanmasına sunması, diğer bir anlatımla; onun adına mal edinmesi zimmet suçunu oluşturmaktadır. “Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum olan” astın, sorumluluktan kurtulamıyacağına ilişkin As.C.K.nun 41/3-B maddesiyle; “Vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezaı hafifletmez” kuralını içeren As.C.K.nun 46/1 nci maddesi birlikte değerlendirildiğinde; madde metninin; “Rütbe veya makam ve memuriyetin nüfuz ve selahiyetini suistimal ederek...” diye başlaması nedeniyle **astna bir suç işlemek için emir vermek suçunun unsurunu oluşturan**; yasaya aykırı bir eylemi gerçekleştirmesi için kurulan **baskının**, astı sorumluluktan kurtaramaması nedeniyle olayda T.C.K.nun 49/2. maddesindeki zaruret halinin varlığından söz edilemez.” As. Yrg. 2. D., 28.05.2003, 603-619.

Kanun hükmünün yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için, o kanun hükmünün, kamu görevlisine zilyedi olduğu mala belirli bir şekilde tasarruf etmesini emreden kanun hükmüne nazaran özel nitelikte olması ve kamu görevlisinin fiilinin yetki veren özel kanununun sınırları içerisinde kalması gerekir.²⁰³

2. ZORUNLULUK HALİ

Bu hukuka uygunluk nedeni TCK'nın 25/2. fıkrasında “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek²⁰⁴ neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*” biçiminde düzenlenmiştir. AsCK. m. 131 gereği zimmet ve ihtilas suçları açısından ıssız bir dağ karakolunda aç kalmış karakol komutanının kilerdeki askeri erzakı yemesi, araç yakıt deposundaki yakıtı yakması hallerini bu kapsamda düşünebiliriz.²⁰⁵ Kamu görevlisinin çalıştığı kurumdan maaşını alamadığı için karşı

²⁰³ OKUYUCU ERGÜN, s. 101.

²⁰⁴ TOROSLU, bilerek ifadesinin ne anlama geldiğini ve bu ifadenin kastı ifade ettiği kabul edilirse niçin Kanun Koyucunun kasten ifadesini kullanmadığını şu şekilde ifade etmektedir; “.... *Contieri bu suale şöyle cevap vermektedir: Zaruret durumuna ait tehlike, bir suçun sonucu olmadığına göre, cürümlere mahsus bir terimin kullanılması doğru olmaz. Ayrıca, ‘kasti olarak ’ teriminin kullanılması, zaruret durumunun tamamına şamil bir anlama sebebiyet vermesi bakımından da mahzurludur.*” Nevzat, TOROSLU, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968, Sevinç Matbaası, s. 126.

²⁰⁵ “Yapılan incelemede; Sanığın Çaldıran İlçe Jandarma Komutanlığı bağlısı Yaşkütük Jandarma Karakol Komutanı olarak görev yaptığı Ocak-Haziran-1998 döneminde, Karakolda görevli erbaş ve erlerin iiaşesi için Karakol kilerinde bulunan ve Karakol Komutanı sıfatı ile kendisinin muhafaza ve denetim sorumluluğu altında olan malzemelerden tam olarak belirlenemeyen miktarlarda sucuk, sosis, salam, yağ, salça ve yaş meyve-sebzeyi zaman zaman kiler sorumlusu J.Er İsmail NARİN’e emir vererek evine gönderip mal edindiği dosyada mevcut delillerle maddi bir vakıa olarak sübuta ermektedir.... Çaldıran Yaşkütük mezrasındaki Jandarma Karakolunun yollarının özellikle OCAK-ŞUBAT aylarında 5-15 günlük sürelerle ulaşım kapalı olduğunun, Yaşkütük köyünde alış-veriş yapmak üzere iki adet köy bakkalının bulunduğu, bunun dışında yaş erzak alımının yolların açık olması halinde köy minibüsleri aracılığıyla temin edildiğinin Yaşkütük Jandarma Karakol Komutanlığının dizi 362’de yer alan cevabi yazısından anlaşılmış olması, aynı şekilde dizi 361’de yer alan Van Köy Hizmetleri İl Müdürlüğünün 24.09.2001 tarihli cevabi yazısında 1998 yılı Ocak-Nisan ayları arasında Yaşkütük Köy yolunun ulaşım kapalı olduğunun, ancak Mayıs ayından itibaren

karşıya kaldığı hastalık, açlık gibi hayati bir tehlike karşısında tek çare olarak, alacağına karşılık çalıştığı kurumun parasını zimmetine geçirdiğinde zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zorunluluk halinin şartları oluşmuşsa zimmet meydana gelmez. Aynı görüşe göre, zorunluluk halinin şartları oluşmamış olsa bile kamu görevlisi, zamanında alamadığı maaşı kadar parayı veya eşyayı kurumuna ait mal veya paradan alırsa bu durumda zimmet değil de mülga 765 sayılı TCK'da düzenlenen kendiliğinden hak alma suçu oluşur.²⁰⁶

İlk görüşün kabul edilebilmesi için zorunluluk halinin şartlarının oluşup oluşmadığının çok iyi tartışılması gerekir. Zorunluluk halinin tüm kanuni unsurları olayda bulunuyorsa zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilir ve faile ceza verilmeyebilir.²⁰⁷ Çalıştığı kamu kurumundan maaşını geçici süre alamayan memurun açlık tehlikesi içinde bulunduğu kabulü ile maaşı kadar parayı veya eşyayı zimmete geçirmesinin suç olarak kabul edilmemesi, maaşını alamayan her memurun bu yola itilmesi anlamına gelir.

5237 sayılı TCK. m. 150/1 ile kendiliğinden hak alma suç olmaktan çıkarılmıştır.²⁰⁸ Bu görüşün kabulü, çalışanlara, maaşlarını alamadıklarında dairelerini yağmalama yetkisi vermektedir. Ayrıca bu şekildeki bir eylemin hangi unsurun yokluğu nedeniyle zimmet suçunu oluşturmayacağı da belli değildir.

ulaşıma açıldığının bildirilmiş olması, Sanığın kendisinin ve ailesinin beslenme ihtiyacını temin bakımından eylemini zorunlu kılan şartların, yani zaruret halinin de söz konusu olmaması, zira zimmete geçirilen malzemelerden salam, sos, sucuk, yağ ve salça gibi malzemelerin uzun süre muhafaza edilebilen erzaktan olması ve bunların Sanık tarafından belirli zamanlarda ve belirli bir süre yetecek miktarda alınarak muhafaza edilmesi olanağı bulunmasının zaruret halini ortadan kaldırdığı izahtan varestedir.” As. Yrg. 2. D. 09.07.2002, 748-745.

²⁰⁶ **ERMAN-ÖZEK**, s. 33.

²⁰⁷ **EREM**, “Zimmet ve İhtilâs”, s. 41.

²⁰⁸ **TOROSLU**, Genel Hükümler, s. 114-115.

3. İLGİLİNİN (HAK SAHİBİNİN) RIZASI

Hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızasından anlaşılan, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi halinde, bu rızanın hukuka aykırılık unsurunu kaldırarak eylemi hukuka uygun hale getirmesidir.²⁰⁹ Bazı hallerde kamu kuruluşunun memurun zilyetliğinde bulunan bir takım basit kırtasiye eşyalarını mal edinmesine rıza gösterdiği, bu şekilde bir teamülün bulunduğu görüşleri mevcuttur.²¹⁰

Zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması halinde bu tasarruf hoşgörü ile karşılanabilir. Ancak bu durumda haksız bir tasarruf yoktur denilemez. Tasvip edilmeyen bir tasarrufun varlığına rağmen değer çok az olmasından dolayı mazur görülebilir. Suç konusu malın değerinin çok düşük olmasına rağmen bunların zimmete geçirilmesi bir haksızlık oluşturmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık muhtevası cezayı gerektirici boyutta olmayabilir. Bu gibi durumlar müsamaha edilen zimmet kapsamında değerlendirilmelidir.

Rıza ile ilgili olarak bir ayırım yapılmakta, şeyin idareye ait olduğu hallerde rızanın hiçbir değerinin olmayacağı, çünkü idareye ait olan bir malın zimmete geçirilmesine kimsenin izin veremeyeceği; buna karşın şeyin özel kişiye ait olduğu hallerde, idarenin söz konusu şey üzerinde daha üstün bir hakkı bulunmamak kaydıyla, şeyin şahsi bir amaçla kullanılması bakımından hak sahibinin rızasının geçerli olacağı savunulmuştur.²¹¹ Ancak bu görüş doğru kabul edilemez. Şöyle ki; kamu görevlisinin görevi gereği hukuken zilyet olduğu mal özel kişiye ait olsa bile hukuken idarenin zilyetliğinde olup, nasıl ve nerede kullanılacağı da kamusal

²⁰⁹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 505; TOROSLU, Genel Hükümler, s. 116.

²¹⁰ EREM, “Zimmet ve İhtilâs”, s. 42; TOROSLU, Özel Kısım, s. 279.

²¹¹ OKUYUCU ERGÜN, s. 102.

makamlarca belirlenebilir. Malın kamu görevlisinin zilyetliğinde bulunma nedeni, görevinin normal fonksiyonunu yerine getirmesi içindir. Malın özel kişiden idari bir fonksiyon gereği alınması ile özel kişinin mal üzerindeki tasarruf yetkisi de idareye geçer. Bunun yanında ne As.CK. ne de TCK. zimmet konusu eşyanın kime ait olduğuna bakmaksızın kamu görevlisinin (As.CK açısından asker kişi) görevinin normal fonksiyonu gereği zilyet olduğu eşyayı mal edindiği anda zimmet suçunun oluşacağını hükme bağlamıştır.

4. HAKKIN KULLANILMASI

765 s. TCK.'da yer almayan bu hukuka uygunluk nedeni, 5237 s. TCK.'nın 26. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre hakkını kullanan kimseye ceza verilemez. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi için, hukuk düzeninin bir hak tanımış olması yetmez, aynı zamanda örtülü de olsa, genellikle suç oluşturan bir hareketle bu hakkın kullanılmasına izin vermiş olması gerekir. Bu itibarla eğer fail hakkını kullanmadan önce veya kullandığı sırada yargı organlarına başvurmak zorunda ise, böyle bir başvuruda bulunmaksızın hakkını kullanmaya kalkışan kimse bu hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz.²¹² Mesela, Milli Savunma Bakanlığında maaş mutemedi olan bir astsubay yeni çıkan bir kanundan yararlandırılmaması üzerine aslında kendisine daha fazla yan ödeme yapılması gerektiği ve eğer Askeri yüksek İdare Mahkemesinde dava açsa kazanacağı düşüncesiyle maaşını fazla hesaplayıp bordrosuna yansıtamaz. Böyle yapması durumunda zimmetten sorumlu olacaktır.

²¹² TOROSLU, Genel Kısım, s. 113-114.

Hakkın kullanılması şeklindeki hukuka uygunluk nedeni, hak sahibinin kanunun belirlediği sınırları aşması halinde geçerli değildir. Mesela operasyon bölgesi il sınırları içerisinde görevli subay ve astsubaylar, er- erbaş kazanından iâşe edilirler.²¹³ Bu bölgede görevli bir üsteğmen ailesinin de kazandan iâşesini sağlatırsa bu zimmet suçuna sebebiyet verecektir, zira kanun ancak görevdeki rütbeli askeri personele iâşe hakkı tanımaktadır.

VII. MANEVİ UNSUR

Ceza hukukunda, bir fiilin suç sayılabilmesi için iradi olması gerekir. Suçun oluşması, suç tanımına uygun, hukuka aykırı hareketi yapan kişinin ayrıca olayda kusurlu olmasına bağlıdır.²¹⁴

TCK.'nın 21. maddesine göre, kusurluluk kural olarak kast biçiminde ortaya çıkar. Bir suçun taksirli şekli, ancak kanunda açık bir düzenleme varsa cezalandırılabilir.²¹⁵ Ceza Hukukunda suçlarda aranan genel kast, hem hareketin hem de neticenin fail tarafından bilinmesi ve bunun bilerek gerçekleştirilmesidir.²¹⁶

AsCK. m. 131'de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları da kasıtlı olarak işlenebilecek olan suçlardır, kanunda taksirli şekillerinin cezalandırılacağına ilişkin bir açıklık yoktur. Bu durum TCK.'da düzenlenen zimmet suçu açısından da geçerlidir. Ancak, zimmete geçirme kastının açıklıkla ortaya konulması gerekir.

²¹³ 5668 S. TSK. Beslenme Kanunu m. 7/f.

²¹⁴ Sedat **BAKICI**, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yay., Ankara 2007, s. 278.; Kusurluluk unsuru suçun maddi unsuruna hayat veren bir nitelik göstermektedir. Bu unsur fail yönünden ele alındığında kusur, hareket yönünden ele alındığında ise kusurluluk olarak ortaya çıkar. Bkz. **İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER**, Suç Teorisi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2000, s. 204 vd.

²¹⁵ **BAKICI**, s. 404.; 765 sayılı TCK. açısından bu durum şu şekilde açıklanmakta idi: Zimmet suçu için öngörülen cezalar, ağır hapis ve ağır para cezası olduğu için TCK. m. 11 dolayısıyla bu fiil cürümdür. Bilindiği gibi cürümler kasten işlenebilen fiillerdir. **EREM**, "Zimmet ve İhtilâs", s. 44.; **ÖNDER**, s. 119.

²¹⁶ Sulhi **DÖNMEZER**- Sahir **ERMAN**, Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, İstanbul, 1997. s.224 vd.

Aksi halde şüphenin sanık lehine yorumlanması²¹⁷ ile beraat kararı verilmesi gerekir.²¹⁸ Failin sorumluluğu altında bulunan para, evrak veya sair malın, failin kayıtsızlığı, tedbirsizliği gibi bir sebeple azalması veya kayba uğraması halinde zimmet suçu oluşmayacaktır. Bu bağlamda, failin görevli olduğu kantinden sonradan ödemek üzere kontör alması ancak parasını ödemediği durumun ortaya çıkması, ekonomik değeri olmayan ve çürümekte olan makarnaların insanî düşüncelerle yardıma muhtaç kişilere dağıtılması, askerlik şubesinde görevli avans mutemedinin, askerlik şubesi başkanına teslim ettiği avans miktarının dalgınlıkla şube astsubayı tarafından eksik teslim edilmesi, temellük kastı bulunmadığından zimmet suçunu oluşturmaz.²¹⁹ Ancak iade etmek üzere bir eşyanın alınması suçun

²¹⁷ “Şüpheden sanığın yararlanması ilkesi(in dubio pro reo), ceza yargılamasında ispat konusunda bir husus şüpheli kaldığında sanık lehine sonuç çıkarma ve karar vermeyi gerekli kılan bir ilkedir. Yasalarımızda açıkça ifade edilmiş değildir.” Erdener **YURTCAN**, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, Ankara 2007, s. 63.

²¹⁸ “Fırındaki tadilat işini yapan müteahhidin aracında şoför olarak ücretli çalışan sanık sivil kişi Murat UZUNOĞLU’nun bu görevi sırasında, fırındaki akaryakıtın ne şekilde kullanılması gerektiği konusunda bilgi sahibi olmasının, en azından, kullandığı araçta kullanılmak üzere verilen akaryakıt üzerinde, fırın sorumlusu sanık Astsb. Necdet SALI’nın tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını veya ne şekilde tasarruf yetkisinin bulunduğunu bilmesinin beklenemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, aksi kanıtlanamadığından, sanıkların, fırına yapılan kameriyeye malzeme alımında aracın kullanılması için söz konusu akaryakıtın verildiği konusundaki, savunmalarına itibar edilmesi, gerekmektedir. Dolayısıyla, ihaleye konu edilen tadilat işi haricinde fırına kameriye yapımında kullanılan ek malzeme alımı için, sanık Murat UZUNOĞLU’nun kullandığı aracın kışla dışına çıktığının kabulü gerekmiştir.

Bu itibarla, somut olayda, müteahhidin yanında ücretli olarak çalışan ve birlik ihtiyacına binaen yapılan ekstra iş için, çalıştığı araca konulan akaryakıtı, sadece özgülünen amaca yönelik olarak kullanan sanık sivil kişi Murat UZUNOĞLU yönünden “suça iştirak” iradesinin bulunduğu, her türlü şüpheden arınmış delillerle tam olarak ortaya konulamadığından, şüpheden sanık yararlanır ilkesi de dikkate alınarak, sanık hakkında beraat kararı yerine, iştirak halinde müteselsilen zimmet suçundan tesis olunan mahkûmiyet hükmünün esastan bozulmasına karar verilmiştir.” As. Yrg. 1. D. 17.10.2007, 1861-2055.

²¹⁹ “sanığın kantinde kasiyer olarak görevli olması nedeniyle parasını sonradan vermek üzere kantinden mal alma imkânının bulunması, tanık beyanlarından kantinde görevli erler için veresiye uygulamasının söz konusu olduğu, veresiye defterinin bulunamamasının bu gerçeği değiştirmediği, kartların parasını ailesinin göndereceği para ile ödeyeceği yolundaki sanık beyanının gerçeğe aykırı olduğunu kanıtlama imkânı olmadığı, kartların satışından sorumlu olması nedeniyle bu konuda yapacağı usulsüzlüğün kolayca ortaya çıkarılabileceği, yapılan sayımda bir kantin açığının ortaya çıkmadığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiğini her türlü kuşkudan uzak bir şekilde saptama olanağının olmadığı..” As. Yrg. 1. D., 27.04.2005, 2005/0444-0438.

oluşmasını engellemez.²²⁰ Çünkü, TCK. ve AsCK. açısından iade dahi suçu ortadan kaldırmayıp ancak cezayı hafifletici etki yapmaktadır. Böyle bir durumda koşulları varsa kullanma zimmetinden, yoksa zimmet suçunun basit şeklinden sorumluluk doğabilir.

Fail kamu görevlisinin veya asker kişinin hataya düşmesi durumunda zimmetten cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmalıdır. Suç oluşturan fiilin kurucu unsurları üzerinde yapılan hata esaslı hatadır ve fiil üzerinde hata olarak adlandırılan bu hata mazeret sayılır.²²¹ Fiil üzerinde hatayı oluşturan suçun unsurları aynı zamanda kastın konusunu da oluştururlar.²²² Fiilin bilinmesi gereken unsurları, gerek maddi gerekse normatif nitelikte davranıştan önce gelen, davranışla hemzaman olan ya da davranıştan sonra gelen unsurlara ilişkin olabileceğine göre²²³, bu unsurlar üzerinde yapılan hata, bunlar suçun kanuni tanımında yer aldığı hallerde esaslı hata sayılacak ve kastı kaldıracaktır. Örneğin kendi taşınabilir bilgisayarını zannederek, idare tarafından görev gereği verilen ve kendi bilgisayarını ile

“....Kamp Komutanlığı kadrosundaki erlere yedirilmek üzere kilere alınan, ancak bekletilmekten dolayı bozulmaya başlayan erzakın içerisinde yaklaşık 5 kg.lık bir koli makarna, 1 teneke salça ve 1 teneke zeytini, kampın sosyal tesisleri yakınında bir yerde barınan ve Balıkçı Ali olarak tanınan fakir ve düşkün bir kimseye verilmesi için emir verdiği, kilere gelen askeri minibüse bu malzemenin konularak sosyal tesislere gönderildiği, makarnadan bir kısmının askerlerce tüketildiği, kalan kısmının ise Sosyal Tesisler Kısım Komutanı J.Astsb.Kd.Çvş.Erhan GÖNÜLBAĞI tarafından, sanığın emri doğrultusunda adı geçen sivil şahsa gönderildiği dosya kapsamından anlaşılmıştır.

Sanığın kısmi ikrarı ve tanıklar Salih KAYA, Yahya ŞİMŞEK, Faruk KOYUNCU, Erhan GÖNÜLBAĞI'nın anlatımlarına nazaran eylemin ika edildiği hususunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Ancak, söz konusu malzeme bozulma sürecine girmiş olduğundan, ekonomik değerinin kalmadığı, dolayısıyla zimmet suçunun konusu olamayacağı izahtan varestedir. Öte yandan, bu nitelikteki malzemenin fakir ve muhtaç bir kişiye verilmesinin tamamen insani düşünceden kaynaklandığı dikkate alındığında, sanığın mal edinme kastıyla hareket etmediği anlaşılmaktadır.”

As. Yrg. 3. D., 25.09.2001, 584-677.

²²⁰ **TOROSLU**, Özel Kısım, s. 280, **ÖNDER**, Özel Hükümler., s. 120.

²²¹ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 228.

²²² **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 229; Devrim **GÜNGÖR**, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007, s. 55.

²²³ **GÜNGÖR**, s. 58.

aynı marka, model ve renkteki bilgisayarı evine götüren kamu görevlisini, fiili hata sebebiyle zimmet suçundan sorumlu tutmak mümkün değildir.²²⁴

AsCK. m. 131’de düzenlenen zimmet ve ihtilas ile TCK.’da düzenlenen zimmet suçlarının kasıtlı işlenebileceği konusunda herhangi bir tartışma yoktur; fakat genel kastın yeterli olup olmadığı, yani ayrıca “özel kastın” da aranıp aranmadığı noktasında görüş ayrılıkları yaşanmaktadır. Bazı yazarlar genel kastı yeterli görürken,²²⁵ bazıları ayrıca özel kastın da aranması gerektiğini, yani failin saikinin “temellük etmek” olup olmadığının saptanması gerektiğini ileri sürerler.²²⁶

Manevi unsur konusu ve özellikle de suçun işlenebilmesi için özel kastın mı gerektiği yoksa genel kastın yeterli mi olduğu sorunu, doktrini ve yargıyı her zaman uğraştırmıştır. Bu konu hakkında çok farklı düşünceler ortaya çıkmış; kavramların karışması, normun anlaşılışının dile getirilişindeki farklılıklar bu düşünce aykırılıklarını beslemiştir.

Kast genel bir tanımla; suçu oluşturan hareketin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir. Kastın bu şekline genel kast denmektedir. Kural olarak bir eylemin hangi amaçla gerçekleştirildiği kanun koyucuyu ilgilendirmemekle birlikte, bazı durumlarda, kanun, maddi unsurun belli bir amaç için gerçekleştirilmesini arayabilir. Bu amaç hareket ve neticenin dışındadır ve suçun

²²⁴ OKUYUCU ERGÜN, s. 110

²²⁵ AKÇİN, s. 75; EREM, “Zimmet ve İhtilâs”, s. 44, ÖNDER, Özel .., s. 119, ERMAN-ÖZEK, s. 34.

²²⁶ DONAY, s. 44 vd.; GÖZÜBÜYÜK, s. 633.

tamamlanması için de bu amacın gerçekleşmesi gerekmez. İşte amacın önem taşıdığı bu istisnai durumlarda özel kast söz konusu olur.²²⁷

Kast sadece hareketin bilinçli ve iradi olması demek değildir. Kast hareketin iradi olmasından başka neticeye yönelik bir isteği de içerir, yani normun öngördüğü tipik fiili gerçekleştirme iradesi de aranır. Bu istek ya da niyet, faili suç işlemeye iten saikten farklıdır.²²⁸

Doktrindeki bir düşünceye göre,²²⁹ 5237 sayılı TCK.'da amaç ya da saikin kastla özdeş veya kastın bir türü olarak kabul edilmemesi, bu suretle de genel kast-özel kast ayrımının terk edilmesi karşısında, suçun oluşumu için failin faydalanma veya temellük ya da mal edinme gibi özel kastla hareket etmesinin artık aranmamasının uygun olacağı ileri sürülmüştür. Ancak, bu düşünce öncelikle dayandığı temeller açısından TCK.'ya aykırıdır. TCK.'da özel kastın arandığına ilişkin birçok özel hüküm ve dolayısıyla suç vardır. Bunlara örnek olarak, “faydalanmak” özel kastıyla işlenmesi gereken hırsızlık suçuyla (TCK. m. 141/1), “cinsel amaçlı” işlenmesi aranan cinsel taciz suçu (TCK. m. 105) gösterilebilir.²³⁰

Doktrindeki yaygın görüş zimmet suçunun genel kastla işlenebileceği yönündedir.²³¹ Buna göre, kanunumuzda failin belirli bir özel kastla hareket etmesinin arandığına ilişkin bir ibare yoktur. Bu nedenle çıkar sağlamak, kişisel

²²⁷ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 137; **ÖZTÜRK-ERDEM**, s. 202; **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 568-569.; Sami **SELÇUK**, Özlenen Hukuk-Yaşanan Hukuk, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002, s. 35 vd.

²²⁸ “Kast, yasada öngörülen bir suç hükmünün bilinç ve iradeyle çiğnenmesi olarak entelektüel bir süreç olduğu halde, saik (güdü), bu iradi ve bilinçli davranışın nedenini açıklayan geri plandaki ruhsal etkidir. Amaç (maksat) ise, failin suçu işlerken gerçekleştirmeye yöneldiği sonuçtur. Saik ve amaç ancak kanunda yazılı suç tipinde yer almışsa gözetilecektir. Ceza yasamızın kaynağı olan İtalyan Ceza Yasası hakkındaki Zanardalli raporunun XIV. Paragrafında, ‘beşeri hareketlerin saiklerini araştırmak, ceza adaletini ilgilendirmez’ denmiştir.” Sami **SELÇUK**, “Kavramlar, Adlandırılmalar ve Kararlar”, YD., Ekim 1993, S.8 , s. 413-415.

²²⁹ İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 251.

²³⁰ Benzer örnekler için bkz. **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 568.

²³¹ **DÖNMEZER**, Özel Hükümler, s. 83; **ERMAN-ÖZEK**, s. 34 vd; **EREM-TOROSLU**, s.152; **MERAN**, s. 51; **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, s.666; **OKUYUCU ERGÜN**, s. 103.

işlerde kullanmak, malvarlığına dâhil etmek gibi özel bir amaç aranmış değildir. Fail, kendisine tevdi edilen para veya malın kendisine ait olmadığını, zilyetliğinin fer'i nitelikte olduğunu, bu zilyetliğinin görevi nedeniyle kurulmuş olduğunu bilmesi ve malvarlığına dahil edici ya da asıl tahsis amacından sürekli olarak ayırıcı hareketi isteyerek yapmış olması yeterlidir. Gerçekten, gerek TCK. m. 247'de gerekse AsCK. m. 131'de zimmete geçirmeden bahsedildiği halde, "kendisinin veya başkasının yararına" zimmete geçirme şartı aranmamıştır. Ancak, kendisinin veya başkasının yararına olma zimmete geçirmenin içkin bir özelliği, yani eylemin kendisidir. Bunun yanında kullanma zimmeti açısından iade etmek üzere almanın özel kast olup olmadığı tartışılabilir. Özel kast, kanun tarafından failin, suçun gerçekleşmesi için ulaşılması şart olmayan özel bir amaçla hareket etmesinin arandığı hallerde söz konusudur. Bu nedenle kullanma zimmeti için aranan, kullandıktan sonra iade etme niyeti özel kast niteliğindedir. Zimmet suçunun özel kastla işlenebileceğine ilişkin görüşe göre,²³² "zimmete geçirme" teriminin anlamı dikkate alındığında, eşyanın faydalanma veya temellük kastıyla hareket edilmeden alınması halinde, zimmete geçirmenin söz konusu olmadığı anlaşılabacaktır. O halde suçun oluşumu için temellük etme ya da faydalanma kastı bulunmalı ve suçun niteliği bu özel kasta göre saptanmalıdır. Bu durumda failin kastının tespitinin güç olacağından bahisle genel kastı yeterli görüp, iade etmek niyetiyle para veya malı alanı zimmetten sorumlu tutmak ceza adaletine uygun değildir. Tespiti güç de olsa, hâkim diğer unsurları nasıl ortaya çıkarıyorsa, failin kastının faydalanma ya da temellüğe yönelik olup olmadığını da araştıracaktır. Bir hususun saptanması güç diye faili zimmet gibi yaptırımı ağır bir cezaya maruz bırakmak ceza hukukunun

²³² Özel kastın arandığı suçların dolaylı kastla işlenmesi mümkün değildir. **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Genel Hükümler, s. 569.

genel prensipleri ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca ceza kanununda mevcut diğer hükümler – bu özel kasıt olmasa da- failin bir başka suçtan cezalandırılmasına engel olmayacak ve eylem ceza kanununda yer alan herhangi bir suç tipine uyduğu takdirde fail cezasız da kalmayacaktır.²³³

Askeri Yargıtay ve Yargıtay'ın içtihatlarına bakıldığında zimmet suçunda mal edinme, zimmete geçirme, temellük veya haksız çıkar sağlama şeklinde beliren özel kast aradığı, hatta bazen bununla da yetinilmeyerek özel kastlar arasında ayrımlar yapmak suretiyle, failde faydalanma kastı bulunduğu takdirde “kullanma zimmeti”, temellük kastının bulunduğu hallerde ise zimmet suçunun meydana geldiğini kabul ettiği görülmektedir.²³⁴

²³³ MAJNO, s. 166; DONAY, s. 44 vd.

²³⁴ “Zimmet suçunun oluşabilmesi için diğer unsurların yanında sanıkta temellük kastının da bulunması gerekir. Sarıgöl Belediyesi Hesap İşleri Müdürlüğüne bağlı Su Tahsilat Emlak Çevre Temizliği Servisinde memur olan sanığın 1.6.2001 günü Pazar esnafı Necati'den rüsum bedeli olarak aldığı alım gücü oldukça küçük 15.000.000 lira karşılığı aynı miktartlı tahsilat makbuzu keserek verdiği, bilahare iş yerinde karbonun kayması sebebiyle aldığı miktarın alt koçana geçmediğini görmesi üzerine beşeri hata sonucu 1.000.000 lira aldığı zannıyla bu miktarı yazdığı, müteakiben iki gün izne ayrılan sanığın izin dönüşü yaptığı eylemin farkına vararak bir hafta sonra pazarın kurulduğu gün durumu düzeltceği düşüncesine kapıldığı, ancak olayın 6.06.2001 günlü tespit ve ihbarı nedeniyle bu düşüncesini de gerçekleştirmekten ibaret oluşu kabul edilen eylemde sanığın “mal edinme” veya “sahiplenme” kastıyla hareket ettiğinin yeterli kanıtının bulunmadığı gözetilerek beraatı yerine yazılı şekilde nitelikli zimmetten mahkumiyetine karar verilmesi” Y. 5. CD. 20.10.2003, 2002/8300-2003/5186.

“ Bilindiği üzere, ASCK'nın 131/1'nci maddesinde düzenlenen zimmet suçu; memurun kendisine tevdi olunan veya vazifesi dolayısıyla muhafaza, murakabe veya sorumluluğu altında bulunan para veya para değerindeki kıymetli evrak, yahut diğer menkul eşyayı kendisi veya başkası yararına aşırması, mal edinmesi suretiyle oluşmaktadır.

Bu suçun ayırt edici unsuru, sanığın vazife veya sorumluluğu altında bulunan para veya taşınabilir malları temellük etmesi ve zimmete geçirilen mallardan yararlanmak kastının bulunmasıdır. Her ne kadar yasa zimmet suçlarında genel kastı aramış ise de; Yargıtay bu suçlarda “mal edinme” veya “zimmete geçirme” ya da “temellük” yahut “haksız çıkar sağlama” gibi özel kastlar aramıştır. Nitekim Askeri Yargıtay'da zimmete geçirilen mallardan yararlanma kastını aramıştır.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, sanığın kantin satış sorumlusu olarak görev yapması sebebiyle kendisinin muhafaza, denetim ve sorumluluğu altında bulunan, toplam tutarı 1.089.000.000.-TL. olan 165 adet telefon kartını firara giderken yanına alıp, kendi beyanlarına göre, bir bölümünü satıp ihtiyaçları (yol parası ve masrafları) için harcamak ve geri kalanlarını da kaybetmek suretiyle müsnet zimmet suçunu işlediği, sanığın samimi ikrarı ve tüm dosya muhteviyatından anlaşılmakta olup, Mahkemece atılı suçun sübutunun ve suç vasfının bu şekilde kabul edilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığından, sanık müdafilerinin sübuta yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir.” As. Yrg. 2. D., 03.05.2006, 06/619-621.

VIII. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

A. SUÇA VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

1. Ağırlaştırıcı Nedenler

765 s. TCK'nın 202. maddesinde yazılı zimmet suçunun kamu bankası aleyhine işlenmiş olmasını ve emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hakim ve savcılar tarafından işlenmesi hallerini cezayı ağırlaştırıcı haller olarak kabul etmesine karşın, 5237 s. TCK. bu ağırlaştırıcı nedenlere yer vermeyerek, zimmet suçunu düzenleyen 247. maddenin ikinci fıkrası ile yalnızca suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halini (nitelikli zimmet) ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir. AsCK. açısından bakıldığında ise zimmetin hileli hali olan ihtilâs cezayı ağırlaştırıcı bir neden değildir. Bunun dışında suçun seferberlikte işlenmiş olması, suç konusunun silah veya cephaneye olması, suçun ast rütbe askeri kişiyle işlenmiş olması cezayı ağırlaştırıcı sebeplerdir.

a. İhtilâs

5237 sayılı TCK.'nın 247. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, suçun zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır. AsCK. m. 131 açısından ise zimmet ve ihtilâs suçlarının cezaları aynı miktarda belirlenmiştir.

AsCK. m. 131.'de zimmet suçunun nitelikli hali olarak ihtilâs suçundan bahsedilmektedir. İhtilâs sözlükte “el çabukluğu ile aşmak, hırsızlama” anlamına gelmektedir.²³⁵ Kelime anlamına bakıldığında zimmetle benzerlik taşıdığı görülmektedir. Kanun ihtilâs edenler demektedir ancak ihtilâs suçunun unsurlarından

²³⁵ İhtilâs, Arapça *çalma* anlamına gelip bir kişinin şahsına emanet edilen şeyi *hile ile aşırmasını* ifade etmektedir. Abdullah Pulat **GÖZÜBÜYÜK.**, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 3. Baskı, Kazancı Yay., Ankara, 1970, s.5.; **ÖZÖN**, s. 601; **BAKICI**, s. 132.

bahsetmemektedir. Bu suçun unsurları ve tanımı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Bu konuda Askeri Yargıtay uygulaması Yargıtay'ın uygulaması ile paralellik göstermektedir.

765 s. TCK.'da 1990 yılında 3679 s. Kanunla yapılan değişiklikten önce 203. maddede düzenlenen ihtilas suçu, yapılan değişiklikle 202. maddenin ikinci fıkrası olarak düzenlenmiş ve nitelikli zimmet adını almıştır. Önceki durumda zimmet ve ihtilâsen zimmet şeklinde iki farklı suç söz konusu oluyor ve bu suçlar aynı suç işleme kararıyla da işlense eski kanunun 80. m.sindeki müteselsil suç hükmünün uygulanmasıyla daha az ceza verilmesi mümkün olamıyordu.²³⁶ 1990 yılındaki 3679 S.lı kanunla yapılan değişiklikle 202.m.nin 2.f.sında zimmet suçunun nitelikli hali yerini almış ve sorun giderilmiştir. 5237 sayılı yeni TCK'nın zimmet suçunu düzenleyen 247.m.sinde de suçun nitelikli halinin 2.f.da düzenlendiği görülmekte ve değindiğimiz soruna yol açıcı bir duruma rastlanmamaktadır.

765 s. TCK.'da nitelikli zimmet (ihtilâs) suçunun oluşumu için ayrıca bir özellik daha aranmaktaydı ki; bu da fiilin, dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmiş olmasıdır.²³⁷ Askeri Yargıtay ve Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre yapılan hilenin

²³⁶ “.....Maddenin birinci fıkrası, basit zimmet suçunu cezalandırmakta ikinci fıkrası ise yürürlükteki kanunda “ihtilâsen Zimmet” olarak tanımlanan suç şeklini cürmün nitelikli bir şekli olarak belirlemiş bulunmaktadır. Böylece uygulamada rastlanıldığı üzere paranın bir kısmının ihtilâsen, bir kısmının ise adiyen zimmete geçirilmesi halinde, failin iki suçtan dolayı içtimaen cezalandırılması şeklinde beliren adaletsizlik bertaraf edilmiş olacaktır....” 3679 s. Kanunla yapılan değişiklik gerekçesi için bkz. **SAVAŞ- MOLLAMAHMUTOĞLU**, s. 2239.

²³⁷ “.....PTT müdürlüğünde telefon tahsilat gişesinde gişe memuru olan sanığın önceden tahsil ettiği halde bilgisayar kayıtlarına işlemediği ancak bir miktar abone tahsilatını bilgisayar kayıtlarına girdiği telefon borçlarını ödedikleri halde telefonları görüşmeye kapatılan birkaç abonenin müracaatı ve sanığın gişesine ait tahsilat damgasını ve imzasını içeren telefon faturalarının kendilerinde kalan

ilk bakışta ve olağan bir araştırma ile ortaya çıkabilecek türde olmaması gerekmektedir. Böyle olmakla birlikte failin yaptığı hilenin, bağlı bulunduğu daireyi ne zaman aldatabilecek nitelikte olduğu konusunda yasal bir ölçü yoktur. Uygulamada esas alınan ölçü işlenen zimmet suçunun tespiti için, daire içi basit bir araştırma ile tespit edilmeme, aldatıcı nitelik taşıma ve daire dışında bir araştırma yapma gereğinin olmasıdır.²³⁸ Böylelikle adeta evrakta sahtekârlık suçlarının maddi unsuru olan ikna ve iğfal kabiliyetinin bulunması aranmaktadır.²³⁹

kısmını göstermeleri üzerine saptanabilen zimmet miktarının ihtilâsen zimmet olduğu kalan miktarın ise basit şekilde zimmet olarak kabulü gerekir. ...” Yrg. 5. CD. 23.10.2002 t. ve 2002/4103-6708. Kazancı.

“.....Dosya içeriği, bilirkişi raporları, dosyalarla ilgili inceleme tutanakları ve belgelere göre; satış memuru olan sanığın kendi imzası ile ödeme yapılmak üzere bankaya yazdığı yazı örneklerinin bunlara ait banka dekontlarının dosyalarda bulunmaması ve yine bu ödemelerin hesabı cari defterine işlenmemesi, ilgili banka cüzdanlarının yok edilmesi suretiyle eylemleri gizlemeye çalışması, olayın bankadan getirilen belgeler ile dosyaların karşılaştırılması ve bu suretle daire dışı yapılan incelemeyle ortaya çıkarılması karşısında sanığın eylemlerinin müteselsil ihtilâsen zimmet niteliğinde olduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması....” Yrg. 5. CD. 02.10.1997 t. ve 1997/3278-3026. Kazancı.

²³⁸ “Sanığın daire dışı araştırmalarla ortaya çıkarılan; mahkeme dosyası için tahsil edilen paraları mal edinmesinin nitelikli zimmet, Bakanlık fon hesabına yatırmayarak temellük ettiği ve tutuklanınca geri ödediği paralar için basit zimmet olarak toplam miktarın zimmete geçirildiği gözetilerek, teselsül eden nitelikli zimmet suçundan cezalandırılması, ağır para cezasının da zimmetin saptanan bu türlerine göre ayrı ayrı belirlenip toplamına hükmedilmesi gerekir.” Yrg. 5. CD. 26.03.2003 t. ve 2002/5317 -2003/1507 sayılı kararı.

“Tahsil ettiği posta çek havalesi bedellerinin bir kısmını kayıt harici bırakmak suretiyle zimmetine geçiren sanığın eylemi, daire dışı gönderilen havale alıcılarının müracaatı üzerine ortaya çıktığından, sanığın TCK.nun 202/2. maddesine göre nitelikli zimmet suçundan cezalandırılması gerekir.” Yrg. 5. CD. 28.11.2002 t. ve 2002/1364 -2002/8111 sayılı kararı.

765 s. TCK. uygulamasında ERMAN, Yargıtay’ın bu kriterini şu gerekçelerle eleştirmektedir; “ yapılan hilenin aldatıcı nitelikte olması yeterlidir. Bu hilenin daire dışında yapılacak araştırmalarla meydana çıkıp çıkmamasının veya meydana çıkarılması için bu gibi araştırmalara ihtiyaç duyulup duyulmamasının hiç önemi yoktur. Esasen bu gibi araştırmaların yapılması suçun sübutu için yararlı, yani hilenin yapılmasıyla birlikte tamamlanmış olan nitelikli zimmetin ispatına yardımcı olabilir. Diğer bir deyimle suç teorisine değil de delil teorisine ilişkin bulunabilir.” ERMAN-ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm, s. 30.

²³⁹ ÖZGENÇ, değişik kararları örnek göstererek, Yargıtay’ın geliştirdiği bazı kıstasları şöyle açıklamıştır; “....buna göre zimmet olgusu daire içindeki kayıtlardan anlaşılabilenkte ise, suçun temel şekline göre(adiyen zimmet suçuna istinaden) hüküm tesis edilecektir. Buna karşılık zimmet

5237 s. TCK.'nın 247/2. fıkrasına göre, zimmetin nitelikli halinden bahsedebilmek için basit zimmetin oluşması için gereken unsurlar yanında failin 'zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla suçu işlemesi gerekir.²⁴⁰ Buradaki 'hileli davranış' ibaresi, dolandırıcılık suçunda kullanılan terimi kapsayacak biçimde anlaşılmalıdır.²⁴¹ Hileli davranışların zimmet suçunun oluşumundan önce veya sonra gerçekleştirilmiş olması önem taşımaz; önemli olan, suç açığa çıkartılmadan önce²⁴², bunu önlemek için yapılmış olmasıdır. Nitelikli

olgusunun daire dışındaki bazı kayıt ve belgelerin ibrazı suretiyle anlaşılması durumunda ise nitelikli zimmet suçunun oluştuğu kabul edilmektedir. 5.CD.'nin 22.02.1983 t. ve 250/553; "Normal teftiş sırasında ve ilk incelemede ortaya çıkarılmasında zimmet suçunun temel şekli oluşmakta" 5.CD.'nin 03.02.1987 t. ve 2731/6973 sayılı kararı; "Zimmet olgusunun müfettiş tarafından yalnızca kendi dairesinin olağan kayıtlarının incelenmesi ile ortaya çıkarılmaması halinde ise zimmetin nitelikli şekli oluşmaktadır." 5.CD.'nin 05.06.1986 t. ve 956/2905 sayılı kararı; Yazar bu kıstasların hiç birisinin hukuki dayanağının bulunmadığını ifade etmektedir. Bu görüş ve kararlar için bkz. ÖZGENÇ, Ekonomik Suçlar..., s.148.

²⁴⁰ "...Madde metninde yer alan, Arapça ve sözlük anlamı "birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika olan "hile"ye, yasa koyucu aynı zamanda ve eş anlamlı olmak üzere 157, 235/2 ve 250/2. maddelerinde de yer vermesine karşın, "hileli davranışların" nelerden ibaret olduğunu saymayarak bunu öğreti ve uygulamaya bırakmıştır...." AKÇİN, s.65.

²⁴¹ **ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel hükümler, s.541; **ÖZGENÇ**, "Ekonomik Suçlar", s.146.

²⁴² "Bilindiği üzere, zimmet suçunun mevsuf şekli olan ihtilas suçunun oluşabilmesi için; memurun ilgili kayıtlarda dairesini aldatacak nitelikte hile yapması, bu hilenin amaca elverişli olup normal bir kontrol sonucu dairede mevcut kayıtlarla ortaya çıkabilecek basitlikte bulunmaması gerektiği açıktır.

Keza, doktrinde de ihtilas teşkil eden hile ve evrakta sahtekarlık şeklindeki eylemlerin zimmet fiilinin gerçekleştirilmesi ile birlikte yapılması gerektiği zimmete geçirme eyleminden sonra zimmetin ortaya çıkmasını önlemeye matuf yapılan evrakta sahtekârlık, tahrifat gibi hile ve hud'a teşkil eden hareketlerin ihtilas sayılamayacağı kabul edilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu eyleme dönecek olursak, muhafaza ve sorumluluğu altında bulunan (üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu) Mehmetçik Gazinosuna ait parayı, farklı tarihlerde ve farklı miktarlarda temellük kastıyla alıp kullanan sanığın, en son 2002 yılı Ağustos ayı ortalarında Merkez Komutanlığı bünyesinde yapılan inşaatlarda kullanılan hazır beton bedelini ödeyeceğini söyleyerek, Topçu Atğm.Bilal KARAKAŞ'tan aldığı 350 milyon TL sınır karşılığında kendisi hakkında idari tahkikat başlatılmasından sonra, 28.09.2002 tarihinde ibraz ettiği içeriği doğru olmayan 346.625.000 TL tutarındaki faturanın ihtilas vasfı yönünden ilgilileri aldatma yeteneğinin bulunmadığı, bu durumda hile hud'a olmaksızın zimmetine para geçiren sanığın, zimmeti gizlemeye yönelik sonuçsuz kalan gayret ve çabalarının ihtilas olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığından, Başsavcılık tebliğnamesinde yer alan sorumluluğu altında bulunan parayı temellük etmesi ve yararlanma kastının bulunması yanında, zimmet cürmünün meydana çıkmamasını temine yönelik hareketlerinin bulunması karşısında (Sahte fatura gibi), sanığın eylemlerinin bir bütün hâlinde ihtilâsen zimmet suçuna vücut verdiği şeklindeki görüşe iştirak olunmamıştır..." As. Yrg. 3. D. 27.03.2007 t. ve 2007/777-773.

zimmet suçundaki hile, zimmet olgusunun sonradan anlaşılmasının önüne geçmek için yapıldığından, bir bakıma suçun delillerini karartmaya yönelik gizli hareketlerdir.²⁴³ 765 sayılı TCK. döneminde nitelikli zimmet suçunun daha ziyade; takliden sahte olarak imza atmak, kurum dışı makbuzlarla, kurum içi makbuzları farklı düzenlemek, gerçek dışı sarf belgesi, ödenenden fazla tediye ya da tahsil edilenden az tahsilat makbuzu düzenlemek, eyleme hırsızlık veya gasp süsü vermek,²⁴⁴ belgeleri yok etmek veya yakmak veyahut kayıtları bilgisayar ortamında iptal etmek suretiyle işlendiğinin kabul edildiği görülmektedir.²⁴⁵

²⁴³ “...Sanığın, kişisel harcamalarının bir kısmını, değişik tarihlerde, mevzuata aykırı şekilde, birlik kantininden karşıladığı ve mevzuata uygun olmayan bu ödemeleri gizlemek amacıyla kantin kayıtlarında gerçeğe aykırı işlemler yaptırdığı böylece müteselsilen ihtilâsen zimmet suçunu işlediğinden bahisle mahkumiyetine karar verilmiş ise de;

İhtilas, görevde hileli aşırma (Fartum improprium) suça konu olan şeylerin hileli surette ayrıldıkları amaç dışında kullanılması, mal edinilmesidir. O halde, ihtilas zimmet cürmünün meydana çıkmasını temine yönelik her türlü hile ve hud'a ile işlenmiş şeklidir –(A.P.Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 3 cilt, s.47.) Ancak, ihtilas suçunun oluşması için hile ve hud'anın ait olduğu daireyi aldatacak ve fiilin ortaya çıkmamasını temine yönelik olması gerekir.

Müşnet olayda ise sanığın eylemlerinin habercisi, kantin heyeti, hatta denetlemeye gelen müfettiş dahil bilindiği, uygulamanın hatalı olmakla birlikte bu yönde olduğu, böylece ihtilas için aranan “gizlilik” unsurunun bulunmadığı, bu durumda sanığın eylemlerin “müteselsilen ihtilâsen zimmet” suçunu oluşturmadığı, maddi oluş kapsamında açığa çıkan eylemlerin zimmete geçirmek suçunu (zincirleme şeklinde) oluşturduğu anlaşılmakla...” As. Yrg. 1. D., 19.10.2007 t. ve 2007/1999-2064. sayılı kararı.

²⁴⁴ “PTT.’de gişe memuru olarak görev yapan sanık Nadir’in, diğer sanık Atilla ile anlaşarak plan yaparak, muhafazasında bulunan paralardan 176.976.000 lirayı maledinmek kastıyla alıp sanık Atilla’ya teslim ettiği, olaya soygun süsü vermek için Atilla’nın Nadir’i ipe bağlayıp kapıyı da dıştan kilitleyerek anahtarı asansör boşluğuna attığı, paranın eve götürüldüğü ve bir kısmının dövize çevrildiği, bu suretle fiilin açığa çıkmamasını sağlamak için sanıkların hile ve huda kullandıkları, sanık Nadir’in polise soyulduğundan bahisle ifade vererek davacı olduğunu söylediği ve yapılan soruşturma sonunda olayın açığa çıkarıldığı, bu itibarla sanık Nadir’in eyleminin tamamlanan nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu ve sanık Atilla’nın da bu eyleme asli olarak iştirak ettiği anlaşıldığı halde suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı gerekçelerle hırsızlık suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” Yrg. 5. CD. 17.09.1996 t. ve 1996/2268-2868 sayılı kararı Kazancı.

“Sanıklardan Ahmet KİREZ’in birlik kantinde satış görevlisi olduğu, tatil günlerinde kantin hasılatının günlük olarak teslim edilmemesi nedeniyle kantinde muhafaza edildiği, sanık Ahmet KİREZ ve diğer sanık Erkan ER’in kantinde muhafaza edilen parayı birlikte almayı ve olaya hırsızlık süsü vermeyi kararlaştırdıkları, yaptıkları plâna uygun olarak 1.12.2002 tarihinde, saat 02.00 sıralarında kantinin önünde buluştukları, sanık Ahmet KİREZ’in, görevi gereği kendisinde bulunan anahtar ile kantinin kapısını açtığı, bu sırada tanık Er Emre BOZ’un sanıkları gördüğü, bunun üzerine sanık Erkan ER’in, tanık Er Emre BOZ’a gördüklerini kimseye anlatmamasını söyleyip tehdit ederek kendilerine gözcülük yapmasını istediği, sanıkların kantine girerek içinde kantin hasılatı bulunan tahta

5237 sayılı TCK.’da ise; “dairesini aldatacak” ibaresine yer verilmemek suretiyle nitelikli zimmet suçunun uygulama alanı genişletilmiş, bu suretle hileli davranışların olağan ve basit bir denetim, araştırma veya karşılaştırmayla ilk bakışta kolayca ve kesin bir biçimde anlaşılabilecek nitelikte olmamak koşuluyla ve zimmet veya miktarı kurum içi kayıtlarından ortaya çıkarılması halinde de, eylemin nitelikli zimmeti oluşturacağı kabul edilmektedir.²⁴⁶ Zira 247. maddede “fiilin açığa çıkmasını önlemeye yönelik” davranışlarla işlenmesi gerektiği belirtilerek, hilenin fiilin açığa çıkmasını önlemesi veya çok güçleştirmesi aranmamaktadır. Kaldı ki, 765 sayılı TCK. uygulamasında verilen kararlar açısından bakıldığında da zimmet suçunun işlenebilmesi için başvurulmuş davranışlar aldatıcı nitelik taşıyorsa, yani hile niteliğindeyse, fiil ağırlaştırılmış zimmet suçunu oluşturur. Belirtilen davranışların kurum içi basit bir araştırmayla ortaya çıkarılabiliş çıkarılamamasının, bu davranışlar hile niteliği taşıdığı sürece, önemi yoktur.²⁴⁷

Hileli davranışlarla işlenen zimmet, bağımsız bir suç tipi oluşturmayıp zimmet suçunun ağırlaştırılmış şeklinden ibarettir.²⁴⁸ 765 sayılı TCK.’da hileli

para kasasını aldıkları, kantin kapısını açık bırakarak kantinden ayrıldıkları, aldıkları parayı iki parça halinde birlik sınırları içinde araziye sakladıkları, durumun ortaya çıkması üzerine oluşturulan heyetçe kantin sayımının yapıldığı, eksik olarak belirlenen paranın arazide saklanan yerlerde bulunduğu anlaşılmakta olup, kantin satış görevlisi olan sanık Ahmet KİREZ’in eyleminin zimmet suçunu, diğer sanık Erkan ER’in eyleminin doğrudan doğruya beraber işlemek suretiyle zimmet suçuna iştirak suçunu oluşturduğunun kabulünde de bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” As. Yrg. 4. Da. 25.04.2006 t. ve 2006/662- 661. sayılı kararı.

²⁴⁵ AKÇİN, s. 67.

²⁴⁶ AKÇİN, s. 67.

²⁴⁷ OKUYUCU ERGÜN, s. 113.

²⁴⁸“Uyuşmazlık konusu somut olay incelendiğinde Keçiören PTT. Merkez Müdürlüğü Aktepe şubesinde gişe memuru olarak görev yapan ve para tahsiline yetkili olan sanık Sonay Hamzaoglu’nun; 7.9.1994 ve 28.2.1995 tarihleri arasında 88 aboneden tahsil ettiği, telefon bedellerine ait faturaların gişelerde kalan kısmını imha ederek parayı mal edindiği, gişelerde kalan kısmın yırtılması nedeniyle bu paranın PTT. bilgisayar kayıtlarına ve günlük tahsilat defterine kayıt edilmediği, kayıt harici kalan faturaların büyük bir kısmının son ödeme tarihi geçen faturalardan oluştuğu, telefon borçları tahsil edildiği halde, bilgisayar kayıtlarından borçlu gözüken kişilerin telefonlarının konuşmaya kapatılması ve kendilerinden ikinci kez para istenmesi üzerine, ellerinde bulunan faturalar ile müracaat ederek borçlarını ödediklerini belirttikleri, abonelerde kalan fatura

davranışlarla işlenen zimmet, 202. maddenin 2. fıkrasında daha ağır bir ceza öngörülerek düzenlenmişti. Bu şekilde farklı bir tip belirlenmemekte; ancak 1. fıkra da öngörülen fiilin belirli şekillerde işlenmesi daha ağır bir biçimde cezalandırılmaktaydı.

5237 sayılı TCK.'da hileli davranışlarla işlenen zimmetin bağımsız bir suç olmadığı daha da belirginleşmiştir. Buna göre fiil ayrıca tanımlanmadığı gibi ceza da bağımsız olarak düzenlenmemiş, bu hususlar bakımından 1. fıkraya atfı yapılmıştır.

AsCK. m. 131'de ise zimmet ve ihtilâs kelimeleri peş peşe sıralanmış ancak TCK'ya benzer şekilde eylemin niteliğine göre farklı cezalar belirlenmediği gibi herhangi bir ayırıcı unsurdan da söz edilmemiştir. 131. maddenin geçirdiği aşamalara bakıldığında maddenin ilk şeklinde yalnızca ihtilâsa yer verildiği, 1935 yılında yapılan değişiklikle zimmetin de maddeye eklendiği görülmektedir.²⁴⁹ Değişikliğin amacı suçta ve cezada kanunilik prensibi gereğince kanunda yer almayan zimmet suçundan da uygulama yapılabilmesinin sağlanmasıdır. Kanun koyucunun amacına bakıldığında ihtilâsı zimmet suçunun nitelikli şekli olarak değerlendirdiği söylenebilir. Askeri Yargıtay belli bir gerekçe göstermeksizin ihtilâsı zimmetin nitelikli şekli olarak kabul etmektedir.²⁵⁰ Ancak AsCK.'da kullanılan terimler

parçalarının kurum kayıtlarıyla karşılaştırılması sonucu, sanığın tahsil ettiği paraları kayıtlara intikal ettirmeden mal edindiği ve PTT.'de kalan fatura parçalarını imha ederek PTT. kayıtlarında yapılacak inceleme ile zimmet ve miktarının ortaya çıkmamasını sağladığı saptanmıştır. TCY.'nın 202/2. maddesinde düzenlenen nitelikli zimmet ise öğretiyi ve uygulamada kabul edildiği gibi, basit zimmetten bağımsız bir suç olmayıp, bu suçun nitelikli halidir. Nitelikli zimmet, failin zimmet suçunu, dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlemesidir. Hileli faaliyetler yasada sınırlı olarak sayılmamış ancak dairesini aldatacak ve fiilin ortaya çıkmamasını sağlayacak nitelikte olması aranmıştır. Bu hareketler bazen zimmeti temin bazende gerçekleşmiş bulunan zimmeti gizlemek için yapılabilir. Başka bir anlatımla; dairesince yapılan bir denetimde zimmet suçu ve zimmet miktarı ortaya çıkarılamıyor, zimmetin saptanması için daire dışında araştırma ve başka bilgi ve belgelere ihtiyaç duyuluyor ise fiil nitelikli zimmettir.” YCGK. 16.03.1999, 5-32/43.

²⁴⁹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. I. Bölüm s. 7 vd.

²⁵⁰“...İhtilâs ise, zimmet suçunun vasıflı bir hâli olup, aralarındaki fark ihtilâsta maddî unsur olan

açısından TCK. uygulamasından ayrılmayı gerektirecek haklı bir sebep olmadıkça terimleri aynı şekilde anlamlandırmak gerekir. Bu nedenle AsCK.’da düzenlenen ihtilâs, zimmet suçunun hile ile işlenebilen nitelikli bir şeklidir.

b. Eşyanın Niteliği

AsCK’nın 131. maddesinin 2. bendinde “*yukarıdaki fıkrada yazılı fiiller silah, cephane veya herhangi bir müdafaa vasıtasına taalluk ederse arttırılır.*” demek suretiyle askeri eşyayı zimmete geçirmek, ihtilas etmek suçları ordu malı silah, cephane ve müdafaa vasıtasına ilişkin ise cezanın arttırılacağı hükme bağlanmıştır.²⁵¹

c. Seferberlik Hali

AsCK.’nın 131. maddesinde düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının seferberlikte işlenmesi halinde, on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası uygulanacaktır. Buna göre zimmet ve ihtilas suçlarının seferberlikte işlenmesi ağırlatıcı bir sebeptir. Bu ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için fiilin işlendiği tarihte ülkede seferberlik ilan edilmiş olması²⁵² veya seferberlik ilan edilmemiş olsa

aşırma ve mal edinme eyleminin hile ile yapılmış olmasıdır. İhtilasın maddî unsurunu teşkil eden hareketler, failin aşırıldığı şeylerin meydana çıkmasını her türlü hilelerle gizlemesi ve fiilin ortaya çıkmamasını sağlamak için bazı işlem ve eylemleri yapmasıdır.” As. Yrg. 3. D., 04.05.2004,500-494.

²⁵¹ Açıklamalar için bkz. s. 55 vd., cezanın nasıl arttırılacağı AsCK.’nın 50. maddesinde gösterilmiştir. AsCK’nın 50. maddesi, “*Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkur ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı azami haddi geçemez.*” Demek suretiyle silah ve cephaneye ilişkin suçların cezalarının nasıl arttırılacağını göstermiştir.

²⁵² 2941 sayılı Kanun Madde 3 - 1. Seferberlik: Devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı haldir.

2. Genel Seferberlik: Ülkenin tümüne yönelik bir tehdidin karşılanması, mevcut bütün güç ve kaynakların kullanılabilmesi için ülkenin bütününde uygulanan seferberliktir.

3. Kısmi Seferberlik: Ülkenin bir veya birden fazla bölgesinde uygulanan ve bütün güç ve kaynakların kullanılmasını gerektirmeyen seferberliktir.

bile Silahlı Kuvvetlere ait bir savaş gemisi veya uçağının Türk Kara ve Hava sahası dışında bulunması ve suçun da bu esnada işlenmesi gerekir.²⁵³ Bu tür seferberliğe itibari seferberlik de denmektedir. İtibari seferberlik askeri hava veya nakil aracının Türkiye'deki üssüne dönmesi ile son bulur. Seferber sayıldığı sırada bu araçlar içinde işlenen suçlar seferberlikte işlenmiş sayılır.²⁵⁴

Savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten ve dıştan tehlikeye düşüren davranışların ortaya çıkması hallerinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra genel veya kısmi seferberlik ilanına karar verir. Kararda seferberlik uygulanmasının başlayacağı gün ve saat belirtilir. Bu karar, derhal Resmi Gazete'de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağırılır.²⁵⁵

4. Seferberlik Hali: Seferberlik faaliyetinin başlatıldığı gün ve saatten, kaldırıldığı güne kadar devam eden durumdur.

²⁵³ “Birlik Komutanlığınca istihbarata karşı koyma, muhabere emniyeti ve fiziki güvenliğin sağlanmasına yönelik olarak verilen ve hizmete (askerî vazifeye) ilişkin bulunan emirle yasaklanmasına rağmen, Gemi içerisine cep telefonu sokan ve bulunduran sanık Er’in eylemi, başlangıçta ASCK’nın 87’nci maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci cümlesi kapsamına giren “emre itaatsizlikte ısrar” suçunu oluşturmakla beraber, yurt dışında seyir durumunda iken dahi, görevli olduğu Gemide emre aykırı olarak cep telefonu bulundurmaya devam etmekle; yüklenen bu suç, ASCK’nın 8’inci maddesinin 2’nci fıkrasının “Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharelerinden birine varıncaya kadar bu Kanunun tatbikatında **seferber** sayılır.” hükmüne göre, ASCK’nın 87’nci maddesinin 2’nci fıkrası kapsamına giren “seferberlikte emre itaatsizlikte ısrar” suçuna dönüşmüş bulunmaktadır.” AsCK. uygulamasında suçun seferberlikte işlenmiş olması ağırlatıcı sebebinin uygulanması ile ilgili olarak bkz. As. Yrg. 3. D., 27.11.2007, 2572-2568.

²⁵⁴ KARDAŞ-ÇINGİ, s. 69, TAŞKIN, s. 43.

²⁵⁵ 2941 S. Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu m. 10.

Seferberlik AsCK.'nın 8. maddesinde şu şekilde tarif edilmektedir: *1 - Sefer tabiri harb halini ihtiva eden seferberliktir.*

2 - Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir.

3 - Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyrü hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır.

AsCK 'nın bu tanımı dışında 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu²⁵⁶ ile de seferberlik ilanı, yürütülmesi ve hukuki sonuçlarına ilişkin hükümler getirilmiştir.

AsCK. ek 4. ve 5. maddelerinde seferberlikte asker ve sivil kişilerin zimmet ve ihtilas suçlarını işlediklerinde uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. AsCK. m. 131/3'te seferberliğe ilişkin hükümlere yer verdikten sonra ek maddelerle yeni düzenlemeler yapmak kanunun anlaşılabilirliğini zorlaştırdığı gerekçesiyle eleştirilebilir. Ek 4. ve 5. maddelerde seferberlik dışında olağanüstü hal ve harp halleri de zimmet ve ihtilas suçları açısından ağırlatıcı birer neden olarak düzenlenmiştir. Zira, 131/3'te yaptırım olarak on seneye kadar ağır hapis cezası öngörülmüşken ek 4. maddede on seneye kadar ağır hapis veya müebbet hapis cezasıyla birlikte beş yüz liradan aşağıya olmamak üzere ağır para cezası da öngörülmüştür. Ancak bu ağırlatıcı hükümlerin uygulanabilmesi için zimmet ve ihtilas suçlarının askeri bir hizmet yaparken ve milli müdafaa vasıtalarına veya askeri

²⁵⁶ R.G. 08.11.1983-18215.

ihtiyaçlara taalluk eden alım, satım, taahhüt, imal, inşa, teslim, tesellüm, tevdi gibi işlere ilişkin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yine AsCK. ek 5. madde ile sivil kişilerin olağanüstü hal, seferberlik ve harp halinde AsCK hükümleri açısından sorumluluğuna yer verilmiştir. Buna göre : Fevkalade halin, seferberliğin veya harb halinin devamı müddetince Milli Müdafaa vasıtalarına veya askeri ihtiyaçlara taallük eden işlerde hususi kanunlara göre kendilerine tevdi edilen vazifeleri yaparken bu kanunda yazılı suçları işleyen askeri olmayan kişiler hakkında da umumi mahkemelerce ek 4. maddede yazılı cezalar uygulanacaktır.

d. Ast ile Suç İşlemek veya Astın Suçuna Katılmak

Buna göre astının suçuna asli fail veya suç ortağı olarak katılan üst veya amirin cezası arttırılacaktır. Bununla amaç askeri hiyerarşiyi, üstlük hukukunu unutarak astının suçuna katılan veya onunla birlikte suç işleyen üst veya âmirin cezasının arttırılmasıdır. Bu ağırlatıcı neden ancak AsCK.'da yazılı suçları işleyen üst veya âmir hakkında uygulanabilir.²⁵⁷ Zimmet ve ihtilâs AsCK.'da yazılı birer suç olduklarından astlarıyla bu suçları işleyen üst ve âmirin cezası arttırılacaktır.

2. Hafifletici Sebepler

TCK.'da zimmet suçunun hafifletici sebepleri; gerçekleştirme zamanları dikkate alınmak suretiyle suç konusu malın aynen iadesi ya da uğranılan zararın tamamen tazmini, kullanma zimmeti ve suç konusunun değerinin azlığıdır. AsCK. açısından ise suçun az vahim halde işlenmesi hafifletici bir sebeptir.

²⁵⁷“AsCK.’nın 51/1. maddesinde yer alan ‘Bu kanunda’ ibaresi, AsCK.’nın tanımladığı suçlar ile AsCK’nın diğer ceza kanunlarına atıf suretiyle cezalandırdığı suçları kapsamaktadır.” (As. Yrg. 3. D. 18.03.1997, 151-149.) ÇELEN, s. 148.

a. Az Vahim Hal Durumu

AsCK.'nın 131. maddesinin birinci fıkrasında zimmet ve ihtilas suçlarını işleyenlerin beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtildikten sonra, 2. fıkrasında az vahim hallerde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir denilmek suretiyle cezanın miktarını önemli ölçüde etkileyecek bir kriter getirilmektedir.

Az vahim halin tanımı kanun tarafından yapılmamış buna ilişkin TBMM tutanaklarında da bir açıklamaya yer verilmemiştir.²⁵⁸ Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında; az vahim halin zaman ve mekâna, eylemin işleniş tarzına ve amacına, suç konusu para veya eşyanın ekonomik değerine²⁵⁹, suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre²⁶⁰ hâkim tarafından takdir edileceği ve bütün takdir haklarında olduğu gibi bunun da Askeri Yargıtay'ın denetimine tâbi olacağı, ancak bu denetimin, takdir hakkının objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, mâkul ve mantıkî olup olmadığına, takdirde çelişki ve zaafa düşülüp düşülmediğine ilişkin olacağı kabul edilmektedir.²⁶¹

²⁵⁸ İsmail DOĞU, "AsCK'ya Göre Az Vahim Hâl", AD. S. 10, 1947, s. 96.

²⁵⁹ As. Yrg. 1. D., 17.10.2007, 1861-2055.

²⁶⁰ "...Sanığın bu eylemleriyle buzdolabı, televizyon ve fırına ait boya ile temizlik malzemelerini mal edinerek müteselsilen zimmet suçunu işlediği sabit görüldüğünden, eylemine uyan ASCK'nın 131 inci maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verildiği, suç konusu malzemelerin birliğin muharebe gücünü etkileyecek veya hizmeti önemli derecede aksatacak nitelikte olmaması nedeniyle eylemin az vahim hâl cümlesi kapsamında kaldığı değerlendirilmiş, sanığın eylemlerinin geniş bir sürece yayılmış olması ve malzemeleri önce depoya kaldırıp müteakiben evine götürmek suretiyle bir plan dahilinde gerçekleştirmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde kastının yoğunluğu gözetilerek ceza tertibinde alt sınırdan uzaklaşmıştır." As. Yrg. 1. Da., 14.06.2005, 454-659.

".... Sanığın edindiği menfaatin gelirinden çok daha fazla olması biçimindeki gerekçe ile vâhim hâl fıkrası ile uygulama yapıldığı belirtilmekle birlikte, paranın aslında olay tarihine göre gelirine göre fazla nitelikte olmadığı hatta normâl değerlerin altında bulunduğu, paranın sanığın uhdesinde uzun süre kalmadığı gibi nedenler gözetildiğinde eylemin az vâhim hal fıkrası içinde değerlendirilmesinin dosya içeriği ile kanıtlara daha uygun olacağı..." As. 2. D. 09.01.2001, 1-1.

²⁶¹ As. Yrg. Drl. Krl., 01.07.1999, 170-152.

Kanun vahim ve az vahim hallerin neler olduğunu hakimın takdirine bırakmıştır. Hakim az vahim hali belirlerken objektif ölçütlerden hareket etmelidir.²⁶² Olayı değerlendiren hakim toplumun yaşama şartlarını, suçun işleniş tarz ve mahiyetini, bulunduğu zemin ve zamanın önemini etraflı bir şekilde tahlil ederek suçun vahim veya az vahim hallerden hangisine girebileceğini tayin ve takdir etmek gibi zor bir görevle karşı karşıya bulunmaktadır.²⁶³

Bu yetki doğrudan doğruya hakime verilmiş hafifletici veya ağırlatıcı bir takdir hakkı mıdır? Görüldüğü gibi az vahim hal durumu cezanın miktarını önemli ölçüde değiştirmektedir. Bir görüşe göre, az vahim hal durumu suçta yeni bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda az vahim halle hafifletici sebepler birbirinden ayrılmış olacaktır.²⁶⁴ Esasen kanunda ayrıca az vahim halin düzenlenmiş olması, takdiri hafifletici sebeplerden başka bir ölçü olduğunu göstermektedir. Takdiri hafifletici sebepler şahsidir. Az vahim hal ise geneldir. Hâkim temel cezayı belirlerken yararlandığı bir kriterden az vahim hali belirlerken yararlanamaz.²⁶⁵

²⁶² **ERMAN**, Askeri Ceza..., s. 220-221.

²⁶³ **KARDAŞ-ÇINGİ**, s. 883.

²⁶⁴ Muhiddin Naci **MOROVA**, “AsCK’ya Nazaran Vahim ve Az Vahim Hâl”, AD., S. 8, 1992, , s. 1012.

²⁶⁵ “....Zira eylemin az vahim ya da maddenin öngördüğü ağır cezayı gerektiren hal olarak değerlendirilmesinde ve kabulünde esas alınması gereken yasal bir ölçü bulunmamaktadır. Bu konuda sanığın kişisel hallerinin, suçun işleniş şeklinin gözönünde bulundurulması yanında zimmete geçirilen eşyanın ya da temini kasdolunan menfaatin miktar ve değerinin de rol oynayacağı hususu Askeri Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında yer almış olup (As.Yrg.Drl.Krl. 12.3.1998 gün 1998/45-41 Esas-Karar sayılı kararı), askeri mahkemenin eylemin az vahim nitelik taşıdığına ilişkin gerekçesi dosyaya, yasaya ve uygulamaya uygun nitelik taşımaktadır.

TCK.nun 29/son maddesinde; hakimın iki sınır arasında temel cezayı belirlerken suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi bir takım kıstasları değerlendirerek takdirini kullanacağı hususu belirtilmiş olup, askeri mahkemenin alt sınırdan uzaklaşma hususunda gösterdiği “eylemin az vahim hal olarak kabul edilmesine rağmen, zimmet miktarının suçun işleniş tarihi gözönüne alındığında oldukça yüksek bir alıma sahip olması” şeklindeki gerekçenin TCK.nun 29/son maddesinde yer alan kıstaslara uygun olduğu anlaşılmaktadır.” As. Yrg. 3. D., 09.07.2002, 695-692.

TCK.’nın etki pişmanlık kenarbaşlıklı 248. maddesi ile suç sonrası ortaya çıkan iade niyetinin veya iadenin cezadan indirim sebebi olması öngörülmüştür. Yine TCK.’nın “ daha az cezayı gerektiren hal” kenar başlıklı 249. maddesi ile zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapılacağı düzenlenmiştir. Bu iki düzenlemenin AsCK.’da düzenlenen zimmet suçu açısından uygulanma imkânı yoktur.²⁶⁶ Bu iki hafifletici sebebi de az vahim uygulamasında birer kriter olarak kullanmak yerinde olacaktır.²⁶⁷ Askeri Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında²⁶⁸ da belirtildiği gibi, AsCK.’da ancak TCK.’nın genel hükümleri , aksi düzenlenmemişse, uygulanabilir. Etkin pişmanlık ve değer azlığı hükümleri ise özel hükümler arasında düzenlenmiştir.²⁶⁹

b. Kullanma Zimmeti

AsCK’da kullanma zimmeti düzenlenmemiştir. Bu nedenle failin, zimmete konu eşyayı geçici olarak özel işinde kullanıp iade etmesi durumunda zimmet suçundan cezalandırılması düşünülemez. Yeter ki bu kullanım geçici ve istisnai

²⁶⁶ “....Zimmet suçu, memurun kendisine tevdi olunan veya görevi nedeniyle sorumluluğu altında bulunan para, para hükmündeki evrak veya diğer menkul eşyayı aşırması veya mal edinmesidir. Sanığın, askerî gazinoda satılmak üzere diğer sanığa görevi nedeniyle teslim edilen alkollü içkilerden bir kısmını diğer sanık ile birlikte içip tükettiği, böylece atılı suçun oluşumu için gereken, faydalanmak kastı ile aşırma veya mal edinme unsurlarının olayda gerçekleştirildiği görülmektedir. Zimmete geçirilen içkilerin bedelinin soruşturmaya geçildikten birkaç gün sonra ödenmiş olması da suçun oluşmasını etkilememektedir.” As. Yrg. 4. D., 14.09.2004, 1035-1025.

²⁶⁷ **KARDAŞ-ÇINGİ**, s. 883.

²⁶⁸ As. Yrg. İçt. Brl. Krl, 22.01.1954, 3208-17.

²⁶⁹ “..... 1632 sayılı ASCK, gerek mülga 765 sayılı TCK, gerekse 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK yanında özel Kanun niteliğindedir. Hukuk sisteminde kanunlar çatışması bulunması halinde özel Kanunun genel Kanundan önce uygulanacağı bilinen bir keyfiyettir. Asker kişiler için zimmet suçu, özel Kanun niteliğindeki ASCK’nın 131’nci maddesinde özel olarak düzenlenmiş olup, 5237 Sayılı TCK’nın 248’nci maddesi ASCK’nın 1’nci maddesi ile atfı yapılan TCK’nın Genel Hükümler bölümünde yer almayan ve TCK’da düzenlenen zimmet suçuna bağlı özel bir kanunî indirim sebebidir. ASCK’da yazılı zimmet suçundan uygulama yapılırken, TCK’nın 248’inci maddesi gereğince sanığın cezasından indirim yapılması mümkün olmadığı gibi...” As. Yrg. 1. D., 14.06.2006, 1062-1047.

olsun. Ancak buna rağmen Askeri Yargıtay iade etmek üzere yapılan geçici kullanımları zimmet olarak nitelendirmektedir.²⁷⁰

765 sayılı TCK'da da kullanma zimmeti öngörülmemesine rağmen doktrin ve uygulamada bu isimle nitelenen eylem 5237 TCK'nın 247/3. maddesi ile normatif düzenlemeye kavuşmuştur. Kullanma zimmeti maddede; zimmet suçunun malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi şeklinde tanımlanmış, fiilin bu şekli zimmet suçunun hafif cezayı gerektiren nitelikli bir hali olarak düzenlenmiştir.

Kullanma zimmetinde aranan geçici olarak kullandıktan sonra iade etme niyeti, kullanma başlamadan önce bulunmalı ve kullanma süresince devam etmelidir; sonradan ortaya çıkan kullandıktan sonra iade etme niyeti, iade gerçekleşmiş olsa bile önem taşımaz.²⁷¹ Malın kullandıktan sonra iade edilmek üzere alınmış olması nedeniyle değil de fiilin ortaya çıkması üzerine iade edilmesi halinde de iade etme niyeti sonradan ortaya çıkmıştır ve kullanma zimmeti değil, basit zimmet suçu oluşacaktır.²⁷² Bu bağlamda iadenin zorlama olmaksızın failin iradesiyle gerçekleşmiş olması gerekir.²⁷³

²⁷⁰ “1 Haziran 1999 ile 17 Kasım 2000 tarihleri arasında Edirne/Keşan - Mecidiye Yerel Eğitim Merkezi Komutanlığında Müfreze Komutanı olan sanığın, müfrezede bulunan 737 50 18 numaralı telefonun Eylül ve Kasım 2000 aylarına ait konuşma ücretlerini görevli erden teslim almasına rağmen söz konusu aylara ait faturaları zamanında ödemediği, telefon parasını şahsî ihtiyaçlarında kullandığı, bu kapsamda Eylül 2000 ayına ait 461.550.000.-TL. tutarındaki faturayı 24.01.2001 tarihinde, Kasım 2000 ayına ait 488.750.000.-TL. tutarındaki faturayı ise 16.02.2001 tarihinde ödediği (Dz.31) maddi vakıa olarak sabittir..... Bu nedenle, söz konusu görevini 17.11.2000 tarihinde devrettiği anlaşılan sanığın telefon faturalarını zamanında yatırmamak suretiyle davaya konu olan parayı şahsi ihtiyaçları için bir süre de olsa kullanmak suretiyle mal edindiği, böylece zimmet suçunu işlediği anlaşılmaktadır.” As. Yrg. 1. D., 15.02.2006, 254-248.

²⁷¹ **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Özel Hükümler, s. 544-545.; **TEZCAN-ERDEM-ÖNOK**, s. 641.; **AKÇİN**, s. 71.

²⁷² “Kullanma zimmetinin oluşması, sanığın görevi gereği yasal olarak kendisine tevdi edilen parayı belli bir süre kullanıp, hakkında herhangi bir uyarı ihbar, şikayet ya da soruşturma olmaksızın kendiliğinden kuruma yatırması koşuluna bağlıdır. Bu itibarla; suç tarihinde Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğüne bağlı Fethiye Sahil Sağlık Denetleme Merkezi veznedarı olarak görev yapan sanığın Ekim 1998-Şubat 2000 suç tarihlerinde müteaddit makbuzlarla kurum adına tahsil ettiği halde

Kullanma zimmeti ile etkin pişmanlık hükümlerinin nasıl yan yana uygulanacağı da önemli bir sorundur. Yargıtay'ın kararlarında temellük kastı ve iade kastı ile uyarı veya işlem yapıldıktan sonra iade ile bundan önce iade ayrımları yapılmaktadır. Söz konusu sorunun da bu ayrımdan hareket edilerek çözümlenmesi gerekir.²⁷⁴ Bir görüşe göre, etkin pişmanlık, kullanma zimmetinde değil, zimmet konusu şeyin failin veya bir başkasının mülkiyetine geçirilmesi halinde söz konusu olabilir. Çünkü temellük zimmetinde fail başlangıçta malı iade etmeyi düşünmez. Malı zimmetine geçirdikten sonra pişman olur ve aldığını iade eder.²⁷⁵

Kullanma zimmetinde cezanın yarısı indirilirken, etkin pişmanlıkta 2/3 oranında indirim yapılır. Burada bir adaletsizlik yoktur. Çünkü kişi suçtan pişman olarak yaptığını telâfi etmeye çalışmaktadır. Oysa kullanma zimmetinde malı kullanıp geri veren kişinin böyle bir pişmanlığı yoktur. Onun zaten niyeti malı kullanıp iade etmek ve böylece kendisine haksız bir menfaat temin etmektir. Zaten iade ettiğinde de beklediği yararı temin ettiğini düşünerek aldığını geri vermektedir. Etkin pişmanlığı kabul etmek, unsorda olan bir hususu ikinci bir değerlendirme ile indirim nedeni saymak olur.²⁷⁶

hesaba yatırmadığı 3.904.445.000 lirayı merkez tabibi Muharrem şüphelenip sanıkla görüşerek araştırmaya başlaması, bu arada durumu 14.2.2000 tarihinde incelenmek üzere Genel Müdürlüğe yazı ile bildirmesini takiben 16.2.2000 günü kurum hesabına yatırdığı şeklinde oluşan mahkemece de böylece kabul edilen eyleminin temellük zimmeti suçunu oluşturacağı gözetilmeden nitelendirmede yanılığa düşülerek kullanma zimmetinden hüküm kurulması,” Y. 5. CD., 13.07.2001, 3570-4872.

²⁷³ **OKUYUCU ERGÜN**, s. 121. Yazar, geçici olarak kullanmak üzere alınan şeyin iadesi failin iradesi dışında bir sebeple gerçekleşmezse kullanma zimmetinin oluşacağını, dolayısıyla kullanma zimmetinin iade anında değil, malın geçici olarak kullanılıp iade edilmek üzere alındığı anda oluşacağını kabul etmektedir.

²⁷⁴ **BEKRİ**, s. 78.

²⁷⁵ **MALKOÇ**, Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, s. 1730.

²⁷⁶ **MALKOÇ**, s. 1730.

B .TEŞEBBÜS

Zimmet ani suçlardandır ve zimmete geçirme fiili gerçekleştiği anda tamamlanır. Bu nedenle zimmet suçuna teşebbüs zordur²⁷⁷. AsCK. açısından asker kişi, TCK. açısından ise kamu görevlisi, suç konusuna ya zilyettir ya da suç konusu eşyanın koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğundan, söz konusu eşya elinin altındadır. Teşebbüsün mümkün olduğu hallerde icra hareketleri kısımlara bölünebilmektedir. Teşebbüsün mümkün olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirmede suç konusunun failin hakimiyet alanına girmesinin gerekip gerekmediğine de bakılmalıdır. Para veya kıymetli evrak açısından bu durum söz konusu olmazken hakimiyet alanına sokmanın zorunlu olduğu durumlarda hareketler tamamlanmadan fail yakalandığında suç teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilecektir.²⁷⁸

Askeri Yargıtay, zimmet suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak bunun için zimmete geçirilen eşyanın niteliği gereği fail tarafından mâlikmiş gibi zimmete geçirilen mahalde kullanılabilmesi gerekir.²⁷⁹ Bunun dışında failin eşyayı kendi hâkimiyet alanına sokması gerekir.²⁸⁰

²⁷⁷ **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Özel Kısım, s. 605.

²⁷⁸ **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Özel Kısım, s. 605; **ÖNDER**, Özel Kısım, s.120; **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar..., s. 155.

²⁷⁹ “.....Zimmet suçu, memurun kendisine tevdi edilmiş eli altındaki malı tahsis edildiği amaç dışında kendisine veya başkası yararına mal edinmek üzere alması ve bu mallar üzerinde tasarruf etmesi ile oluşmaktadır. Zimmete geçirmek deyimi, mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunmak anlamındadır. Mal edinme, zilyetliğin fiilen mülkiyete çevrilmesidir. Zimmet suçuna teşebbüs tartışmalı olup öğreti ve Yargıtay uygulamaları, zimmete eksik teşebbüsün mümkün olacağı ancak tam teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir. EREM’e göre mal edinmekle suç teşekkül edeceği için zimmete teşebbüs imkanı yoktur. Çalınan silâh ve benzeri eşyanın henüz kışla hudutları dışına çıkarılmadan yakalanması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanacağına ilişkin yerleşmiş uygulama, kışla dahilinde yararlanılması mümkün olmayan mallara özgü olup hırsızlık suçunun unsurlarından kaynaklanmaktadır. İçtihatlarla yerleşmiş bu uygulamayı As.C.K.nun 131 nci maddesinde tanımlanan ve unsurları farklı olan diğer suçlara teşmil etmek olası değildir. Somut olayda sanık, zimmetine geçirdiği mermiler üzerinde bir malın malikinin yapabileceği tasarrufları, sözgelimi mermileri satmak, barutunu boşaltıp çekirdeğini çıkararak kolye yapmak, eksiği olan bir arkadaşına vermek gibi fiilleri icra edebilecek durumda olduğundan mal edinme unsuru gerçekleşmiş ve suç tamamlanmıştır.

C. İŞTİRAK

AsCK. m. 41'e göre askeri cürümlerde TCK.'nın iştirake ilişkin hükümleri uygulanır. 765 sayılı Kanunda iştirak; önce asli iştirak, fer'i iştirak şeklinde, asli iştirak da asli maddi iştirak ve asli manevi iştirak şeklinde ayrıma tutulmaktaydı. Bunlardan asli maddi iştirak; fiili irtikap edenler veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar, asli manevi iştirak; başkalarını cürüm ve kabahat işlemeye azmettirme, 65. maddede yazılı hallerde ise; fer'i iştirak olarak tanımlanmaktaydı.²⁸¹

5237 s. TCK.'da ise; asli ve fer'i iştirak ayrımına son verilerek, bunun yerine faillik, azmettirme ve yardım etme şeklinde olmak üzere yeni iştirak şekillerine yer verilmiştir. Faillik müşterek ve dolaylı faillik olmak üzere iki fıkra halinde düzenlenmiş, müşterek faillik; 37. maddenin 1. fıkrasında, "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur" şeklinde, dolaylı faillik ise; 37. maddenin 2. fıkrasında, "suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur." Şeklinde tanımlanmıştır.²⁸² Müşterek faillikte; her bir suç ortağı, dolaylı faillikte ise; arka plandaki kişi, fail statüsündedir. Ayrıca kanun koyucu dolaylı faillikte; suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılmasını da şiddet nedeni saymıştır.

Bu nedenle, zimmete geçirilen mermilerin kışla dışına çıkarılmadan yakalanması karşısında zimmet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığına ilişkin tebliğnamedeki görüşe iştirak edilmemiştir." As. Yrg. Drl. Krl., 25.01.2001, 11-11.

²⁸⁰ Zimmet suçu, memurun kendisine tevdi olunan veya görevi nedeniyle sorumluluğu altında bulunan para, para hükmündeki evrak veya diğer menkul eşyayı aşırması veya mal edinmesi hâlinde oluşur. Askeri Mahkemece, birlik kazan dairesi kısım amiri olarak görevli olan sanığın, sübutunda kuşku bulunmayan eyleminin zimmet olarak nitelendirilmesinde, motorinin birlik dışına çıkarılmadan lumbarağzında yapılan aramada ele geçirilmiş olması nedeniyle eylemin tam teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır." As. Yrg. 4. D., 08.11.2005, 1197-1195.

²⁸¹ İÇEL, suç teorisi, s. 371.

²⁸² TOROSLU, Genel Kısım, s. 224.; ÖZTÜRK-ERDEM, Ceza Hukuku, s. 256 vd.

TCK. açısından 247. maddede yaptırıma bağlanan zimmet suçu iştirak ile işlenebilir.²⁸³ Bu suçun ancak kamu görevlileri tarafından işlenebileceğinin öngörülmesine rağmen, bu sıfatı taşımayan kişilerin suça iştiraklerinin olabileceğini gözetken kanun koyucu 40. maddeyle suç ortaklarından bazılarında faillik için aranan koşulların bulunmaması durumunda bu kişilerin işlenen suçtan sorumluluğunu sağlamak amacıyla bağıllık kuralını düzenlemiştir. Bu sayede, suçun işlenmesinde hakimiyet kuramadığı veya özel faillik niteliğini taşımadığı için fail olarak sorumlu tutulamayan bir suç ortağı, bu suretle gerçekleşen suçtan sorumlu olabilmektedir. Bu hükme göre özgü suçlarda, özel faillik niteliği taşımadığı halde suçun işlenişine iştirak edenler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır.²⁸⁴

Buna göre AsCK.'da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının failinin ancak asker kişi olması nedeniyle bu suçlar özgü suçlardır. Asker kişinin işlemiş olduğu zimmet ve ihtilas suçlarına sivil kişilerin de katılmaları olasıdır. Bu takdirde asker kişinin eylemine bilerek katılan sivil kişi müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacak, ancak yardım eden veya azmettiren sayılabilecektir. Çünkü iştirake ilişkin normlarla özgü suça ilişkin normlar birleşerek yeni bir çok failli suç tipi yaratırlar. Bu sayede cezalandırılabilirliğin sınırları, iştirâki düzenleyen normların etkisiyle genişler.²⁸⁵

²⁸³ Türkân Yalçın **SANCAR**, Çok Failli Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 1998, s. 119 vd.

²⁸⁴ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 223;

“Gerek azmettirme ve gerekse yardım biçiminde olsun, suç ortaklığı için aranan ilk koşul, tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığıdır..... TCK. m. 40/1, limit bağıllık kuralından hareket ettiği için azmettirme ve yardım, asıl failin aynı zamanda kusurlu hareket etmiş olmasını da gerektirmez.” **ÖZTÜRK-ERDEM**, Ceza Hukuku, s. 242.

²⁸⁵ **TOROSLU**, Genel Kısım, s. 278.

D. İÇTİMA

Gerek AsCK. gerekse TCK. açısından zimmet ve ihtilas suçları memuriyet görevini kötüye kullanmak suçunun ilgili kanunlarda düzenlenmiş özel bir şekli olduğu için, zimmet suçunun olduğu durumlarda ayrıca memuriyet görevini kötüye kullanmak suçundan faile ceza verilmez. Ortada tek suç bulunmaktadır.²⁸⁶

Değişik tarihlerde işlenen zimmet suçları açısından kural olarak, “kaç eylem varsa o kadar suç vardır, kaç suç varsa o kadar ceza verilir” kuralı geçerlidir. Ancak birden fazla zimmet suçu aynı suç işleme kararı ile işlenirse, zincirleme suç hükümleri uygulanarak faile tek bir ceza verilmesi ve bu cezanın TCK. m. 42 uyarınca arttırılması gerekir. Hatta bu suçların mağdurlarının farklı olması , örneğin failin hem daireye hem de kişilere ait para veya evrakı zimmete geçirmesi önem taşımaz. Çünkü her iki halde de aynı kanun hükmü ihlal olunmakta ve suçun mağduru kamu idaresi olup değişmemektedir.²⁸⁷

Zimmet ve AsCK.’daki tanımıyla ihtilas suçu diğer suçlarla içtima edebilir. Bu suça ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle içtima konusunda genel hükümler uygulanır.²⁸⁸ Failin hukuki ve fiili kesinti olmaksızın kısa aralıklarla bir suç işleme kararının icrası kapsamında olarak nitelikli ve basit zimmet suçunu birlikte işlemesi halinde, eylem zincirleme tek suç kabul olunarak bileşik suç kapsamında sadece nitelikli zimmet suçundan mı, yoksa gerçek içtima kuralı uyarınca ayrıca basit zimmet suçundan da mı hüküm kurulmalıdır?

²⁸⁶ ÖNDER, s. 121; MALKOÇ-GÜLER, s. 44, Görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği 257. maddenin başlangıcında da, “Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında...” Denilmektedir.

²⁸⁷ ERMAN- ÖZEK, s. 26,

²⁸⁸ ARSLAN-AZİZAĞAOĞLU, s. 1029, ERMAN-ÖZEK, s. 36.

765 sayılı TCK. döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, bu durumda unsurları ve suç işleme kararı birbirinden farklı iki ayrı suç oluşacağı için gerçek içtima kuralları uygulanarak failin hem basit zimmetten hem de nitelikli zimmetten cezalandırılması gerekir.²⁸⁹

Bu dönemdeki diğer bir görüş ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamasına göre ise, failin hem basit hem de nitelikli zimmet suçlarını müteselsilen işlemesi halinde daha ağır cezası olan nitelikli zimmet suçundan tek ceza verilmeli ve TCK. m. 80 gereğince artırımı gidilmelidir.²⁹⁰

Askeri Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Ancak AsCK.'da ihtilâs ve zimmet suçlarının cezası değişmediğinden sonuca etkili bir durum söz konusu değildir.²⁹¹

5237 sayılı TCK. açısından ise yine aynı düşünce ileri sürülmektedir. Buna göre, “Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli

²⁸⁹ **ERMAN-ÖZEK**, s. 36.

“ Zimmete para geçirme suçu sırf haksız temellüğe yönelik bulunduğu halde, ihtilâs fiilinde fail dairesini aldatacak şekilde hile ve hud'alara başvurmamak, gerçeğe aykırı kayıtlar tesis etmek veya sahte vesikalar düzenlemek suretiyle ikinci bir suçla haksız bir menfaat sağlamanın gayreti içindedir. Bu itibarla zimmete para geçirmek ve ihtilâs, kanuni unsurlar ve suç işleme kararı bakımından birbirinden tamamen farklı olduklarına göre, sanıklar hakkında zimmet ve ihtilâs suçlarından ayrı ayrı ceza tâyini gerekirken...” (Y. 5. CD., 30.05.1979, 113-1553) **BAKICI**, Kamu İdaresi..., s. 162.

²⁹⁰ **ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA**, Ceza Özel Hükümler, s. 607.

²⁹¹ “...sanık Yzb.Mesut AÇIKPORTALI'nın, 2 nci Batarya Komutanı olarak görev yaptığı esnada, Ocak 2000-Mart 2000 ayları arasındaki süreç içerisinde kendisine, Batarya Komutanı sıfatıyla teslim edilen veya teslim edilmesini sağladığı tüm paraları mal edinme amacıyla hareket ettiği, aşırı borç içine girmesinin ve bu süre içerisinde gerçekleştirdiği yaşam biçimi itibarıyla yüklü harcamalarda bulunmasının planlı bir şekilde sanığı müstenet suçları işlemeye yönelttiği, bu olgu ile sanığın söz konusu eylemleri arasında subjektif bir bağın mevcut olduğu, eylemlerinin temelinde genel bir kararın, plan ve niyetin yer aldığı, bunun yanı sıra, tüm suçların birbirine yakın zaman dilimi içerisinde adete zincir halkaları gibi birbirinin içine geçecek şekilde işlendiği, bu itibarla sanığın işlediği sabit olan ve her biri müstakilen İhtilâs ve Müteaddit (2 defa) Zimmet suçlarına vücut veren söz konusu eylemlerinin sadece “Müteselsilen İhtilâs ve Zimmet” suçunu oluşturduğu değerlendirilerek, sanık hakkında ayrıca T.C.K.nun 80 nci maddesinin de uygulanması gerekirken, sanığın bu üç ayrı eyleminin 3 ayrı Zimmet suçunu (Birisi İhtilâs ve Zimmet) oluşturduğunun takdir ve kabulü ile sanık hakkında 3 ayrı mahkumiyet hükmünün tesis edilmesinin yasaya aykırı olduğu sonucuna varılmakla, hükümlerin açıklanan bu nedenlerle uygulama yönünden bozulması cihetine gidilmiştir.” As. Yrg. 2. D., 13.11.2002, 794-989.

şekilleri, aynı suç sayılır.” biçimindeki 43. maddenin 1. fıkrasının 3. cümlesi de gözetilerek, failin hukuki ve fiili kesinti olmaksızın değişik zamanlarda bir suç işleme kararının icrası kapsamında nitelikli ve basit zimmet suçunu birlikte işlemesi durumunda biri diğerinin ağırlaştırıcı nedenini oluşturması nedeniyle eylem “birleşik suç” kapsamında düşünülerek oluşan eylemin zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu kabulüyle, temel cezanın suçun nitelikli şekline göre belirlenmesi ve arttırımın da bu ceza üzerinden yapılması gerekir.²⁹²

Zimmet suçunun özellikle de nitelikli zimmet suçunun, sıklıkla başka suçlarla birlikte işlendiği görülmektedir. Fail kamu görevlisi ya da asker kişi zimmet suçunu işlemeyen önce, işlerken ya da işledikten sonra suçu gizlemek için başka suçlar da işleyebilmektedir. Askeri Yargıtay ve Yargıtay’ın yerleşik uygulaması, zimmet dışında başka suçlar, malın zilyetliğini elde etmek için değil, fakat zimmet suçunu işlemek ya da gizlemek için işlendiğinde bu suçlardan ayrıca ceza verilmeyip zimmet suçunun ağırlaştırılmış şeklinden ceza verilmesi gerektiği yönündedir. Bu bağlamda, fail zimmet suçunu işleyebilmek için belgede sahtecilik, suç uydurma, güveni kötüye kullanma gibi suçları işlerse sadece nitelikli zimmet suçundan cezalandırılacaktır.²⁹³

²⁹² **AKÇİN**, s.88.

²⁹³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA**, Özel Kısım, s. 607. Yazarlar 765 sayılı TCK. dönemindeki bu yaklaşıma katılmamaktadır. Buna göre nitelikli zimmetin, evrâkta sahtekârlık veya suç tasnii suretiyle işlenmesi durumunda; evrâkta sahtekârlık veya suç tasnii nitelikli zimmetin TCK. 78’de belirtildiği şekilde unsuru veya ağırlatıcı nedeni olmadığından iki suçtan ceza verilip bunların içtima ettirilmesi gerekirdi.

“..... 765 sayılı TCK.’nın 3679 sayılı Kanunla değişmeden önceki 202. maddesi hangi faaliyetlerin zimmeti nitelikli zimmet haline dönüştüreceğini sınırlı olmamakla birlikte gösteriyordu. Kayıtların terkini, ortadan kaldırılması gibi.Oysa değişiklikten sonraki 202. maddede ve 5237 sayılı TCK.’da hangi eylemlerin zimmet suçunun unsuru veya ağırlatıcı nedenini oluşturacağını belirtmemesi nedeni ile birleşik suç kuralları çerçevesinde soruna bir açıklık getirme imkanı yoktur. Bu durumda cezaların içtimai gereği faile hem nitelikli zimmetten hem de diğer suçtan ceza vermek gerekir.” **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 671.

“Sanıkların, zimmete geçirilen paranın kantinden çalındığı izlenimini vererek bu konuda, 2.2.2004 tarihinde 02.00-04.00 saatleri arasında yemekhane nöbetçisi olan Er Murat YÜKSEL’i hırsızlıkla

Bir görüşe göre; 5237 s. TCK. uygulamasında; 212. maddenin “sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur” Şeklindeki hükmü gözetilerek, zimmet suçunun kanıtlarını gizlemek amacıyla gerçekleştirilen ve 765 s. TCK. hükümlerine göre nitelikli zimmet suçunun unsuru sayılan sahteciliğin, bağımsızlığını koruduğunu, ayrıca cezalandırılabilen bir fiil haline dönüştüğünü, bu suretle de gerçek içtima kuralları uyarınca, failin eyleminin hem nitelikli zimmet hem de sahtecilik suçlarını oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir.²⁹⁴

Bu görüşe göre; 765 s. TCK.’nın 78. maddesinin karşılığı olan 5237 sayılı TCK.’nın bileşik suç kenar başlıklı 42. maddesi “(1) Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.” Şeklinde. Buna göre eski kanun

suçladıkları dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Sanıkların bu eylemlerinin 765 sayılı TCK’nın 285’inci maddesinde tanımlanan iftira suçunu oluşturduğu kabul edilerek bu suçtan mahkumiyetlerine karar verilmiştir. Söz konusu iftira suçunun, suçsuz olduğu bilinen kişinin ceza kovuşturmasına uğratılması amacıyla yetkili makama ihbarda bulunulma özel kastı ile işlenmesi gerekmektedir.

Somut olayda ise, sanıkların Er Murat YÜKSEL’e yönelik sözü edilen eylemlerinin bu kişinin ceza kovuşturmasına uğratılması amacıyla gerçekleştirilmeyip, tamamıyla işledikleri zimmet suçunu gizlemek ve zimmete geçirilen parayı hile ile aşırarak amacıyla hazırladıkları bir senaryo üzerine gerçekleştirdikleri anlaşılmakta olduğundan sanıklara atılı iftira suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı sonucuna varılmış ve bu suçtan dolayı her iki sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükümlerinin ayrı ayrı bozulmasına karar verilmiştir.” As. Yrg. 4. D., 09.05.2006, 743-741.

²⁹⁴ AKÇİN, s. 89, TEZCAN- ERDEM- ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 671. Ancak Yazarlar bu durumun bir fiili hem bağımsız suç sayma hem de bir başka suçun nitelikli hali olarak kabul etme olduğunu, bu durumun da istenmese de hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açtığını kabul etmektedirler. Yazarlara göre yine burada tek bir fiil olmadığı için TCK. m. 44 anlamında fikri içtimadan da söz edilemez. Aynı Yönde Bkz. Sedat BAKICI, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, C.II, Ankara 2008, s. 1195, Y.5. CD., 23.01.2008 tarih ve 11708/343 sayılı kararı.

döneminde mürekkep suç²⁹⁵ olarak adlandırılan böylesi durumlardan söz edilerek birden fazla fiile tek suçtan ceza verilebilmesi için bir suçun diğerinin unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olması şarttır. Buna karşılık Askeri Yargıtay ve Yargıtay'ın, zimmet suçunun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olmamasına rağmen zimmetle birlikte işlenen dolandırıcılık, suç uydurma gibi suçların bulunması durumunda da tek suçtan ceza verilmesi gerektiğini belirten kararlarına rastlanmaktadır²⁹⁶.

Diğer bir görüşe göre ise; 5237 sayılı TCK.'da yer alan zimmet suçunu işlemek için sahte belge düzenlenmesi veya kullanılması durumunda suç hileli davranışlarla işlendiği için faile sadece ağırlaştırılmış zimmet suçundan ceza verilmelidir. Zira sahte belge düzenlemek hileli davranışların en tipik şekillerinden biridir ve zimmet suçunun hileli davranışlarla işlenmesi halinde faile verilecek cezanın ağırlaşmasını öngören 247. maddenin 2. fıkrası bileşik suça bir örnektir²⁹⁷.

Zimmetin belgede sahtecilik suçu ile işlenmesi halinde iki ayrı suçtan dolayı ceza verileceği yönündeki Kanun Koyucunun kabulü özel normun önceliği ilkesine yani faile bir fiilden dolayı iki ayrı hükmün dolayısıyla iki ayrı cezanın uygulanmasını önleyen temel hukuk ilkesine aykırıdır. Bu düzenleme hukuk devletinin bir gereği olan cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine uygun düşmemekte ve bu yönüyle de Anayasa'ya aykırı bir nitelik taşımaktadır²⁹⁸.

²⁹⁵ Bileşik suç, kendini oluşturan parçalara bölünemeyen, bünyesindeki suçlardan bağımsız yeni bir suçtur. Bileşik suç durumunda ilk bakışta olaya aynı kanunun birden fazla hükmünün uygulanabilir görünmesine rağmen esasen bunlardan yalnızca biri uygulama alanı bulur. Açıklamalar için bkz. Sulhi DÖNMEZER- Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul 1997, s. 407.

²⁹⁶ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Özel Kısım, s. 607; OKUYUCU ERGÜN, s. 136.; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s. 671.

²⁹⁷ OKUYUCU-ERGÜN, s. 140. TCK. m. 212'nin gerekçesinde değişiklik şu şekilde anlatılmaktadır. " Madde metninde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı kabul edilmiştir. Örneğin sahte belgenin kullanılması suretiyle bir kimse aldatılarak bir yarar elde edilmiş olabilir. Bu durumda, hem dolandırıcılık hem de resmi veya özel belgede sahtecilik suçlarına ait cezaların içtima suretiyle verilmesi gerekecektir. Keza, sahte belge düzenlemek suretiyle zimmetin gizlenmeye çalışılması halinde, hem zimmet suçundan hem de resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacaktır." BAKICI, Özel Hükümler, C.II, s. 1193.

²⁹⁸ Konuya bina içinde hırsızlık suçu açısından yapılacak yaklaşım konusundaki açıklamalar için bkz. Metin FEYZİOĞLU-Devrim GÜNGÖR, "Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK. md. 142-4", AÜHFD., Yıl 2007, C. 56, S. 1, s. 143.

IX. BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

A. ASKERİ CEZA KANUNU'NDAKİ BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

1. Askeri Eşyayı Gizlemek Suçu Açısından (AsCK. m. 131)

Askeri eşyayı gizlemek suçu da 131. maddede düzenlenmiştir. Zimmet suçundan farklı olarak, asker veya sivil kişiler yani herkes bu suçun faili olabilir.²⁹⁹ Askeri Yargıtay'a göre; bu suçun oluşması için suçun üzerinde işlendiği eşyanın nereden, ne zaman ve ne suretle geldiğinin belirlenememesi, maddi unsurun gizlemek şeklinde gerçekleşmesi ve failin bu amaçla hareket etmiş olması gerekmektedir.³⁰⁰ Zimmet suçunda ise faile eşyanın görevinin normal fonksiyonu olarak geçerli bir tevdi işlemi ile bırakılmasının gerekmesi, iki suç arasındaki en önemli farklardan biridir.³⁰¹

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “.....hukuk devleti eylem ve işlemleri ile hukuka uygun, insan haklarına saygılı,her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren....düzenlemelerinde önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.”Anayasa Mahkemesinin 23.03.2004 tarih ve 2001/119 ve 2004/37 sayılı kararı.

²⁹⁹ Cihan KOÇ, Askeri Ceza..., s. 562.

³⁰⁰ As. Yrg. 4. D., 22.03.2005 2005\171- 377.

³⁰¹ “....Dava dosyasında suça konu mermi ve mermi çekirdeklerinin sanığa teslim edildiğine ilişkin sanığın beyanlarından başka bir bilgi ve belgenin bulunmadığı, Erzurum J.Komd.Bl.K.lığına yazılan müzekkerelere verilen cevaplarda (Dz.74,72) mühimmat açıklarının olmadığına bildirildiği, suç tarihlerinde J.Komd.Bl.Komutanı ve Bölük Astsubayı olarak görev yapmış olan tanıkların da ifadelerinde (Dz.88,89,98) söz konusu mermileri katıldığı operasyonlar sırasında bulmuş ve başka birliklerdeki askerlerden almış olabileceğini beyan ettikleri, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın askeri eşyayı zimmetine geçirmek suçunu işlediği hususunun şüpheli kaldığı ve ancak eyleminin “Askerî eşyayı gizlemek” suçunu oluşturduğu sonucuna varıldığından, mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmek gerekmiştir.” (As. Yrg. 3. Da., 25.07.2005 0883/0904.) www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/index.htm. Bundan sonraki dipnotlarda kaynağı belirtilmeyen tüm Askeri Yargıtay kararları bu Askeri Yargıtay kurum içi karar veri tabanından alınmıştır.

2. Askeri Eşyayı Çalmak Suçu Açısından (AsCK. m. 131)

AsCK. m. 131’de düzenlenen bu suç failin her türlü askeri eşyayı bulunduğu yerden faydalanmak kastı ile alması sonucunda oluşmaktadır. Askeri Yargıtay içtihatlarına göre, askeri eşyayı çalmak suçu; askeri hizmete mahsus eşyanın sorumlusunun rızası olmaksızın bulunduğu yerden alınması ve kendi hakimiyet alanına sokulması ile oluşur. Bu suçun işlendiğinden söz edebilmek için hırsızlık kastı ile hareket eden failin çaldığı askeri eşyaları nereden, ne zaman, ne surette çaldığının ortaya konulması gerekir. Bir kişinin kendisine tevdi edilen malı çalması söz konusu olamayacağından bu hallerde zimmet suçunun varlığı söz konusu olacaktır.³⁰²

3. Memuriyet Görevini ihmal ve Kötüye Kullanma Suçları Açısından (AsCK. m. 144)

AsCK.’nın 134 ve 143. maddeleri arasında hizmet ve vazifenin ihlâli ile ilgili suçlar düzenlenmiştir. Ancak hizmet ve vazifenin ihlali ile ilgili suçlar bu maddelerde sayılanlardan ibaret değildir.³⁰³ Bu nedenle AsCK. m. 144 ile genel nitelikte ihmal ve kayıtsızlık suçları öngörülmüş ve Türk Ceza Kanunu’na atıf yapılmıştır. Bu suçun özel unsurları; verilen işin askeri bir iş olması ve bu işin ifası sırasında TCK. anlamında ihmal ve tekasül gösterilmesi veya verilen görevin kötüye kullanılmasıdır. Memuriyet görevini ihmal suçu ile zimmet suçu arasındaki en önemli fark; zimmette bir eşyanın mal edinmek üzere alınması, tüketilmesi söz

³⁰² “ Depo nöbetçisi olan sanık erin muhafazasına tevdi edilen depodan mal edinme amacıyla silah ve cephane alması zimmet olup, eylemin askeri eşyayı çalmak olarak nitelendirilmesi hatalıdır.” (As. Yrg. 5. D., 25.03.1987, 186-174) karar için bkz. Orhan ÇELEN, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 552.

³⁰³ KOÇ, s. 606, ÇELEN, s. 438.

konusu iken görevi ihmal suçunda savsama sonucunda eşyanın kaybolması, kamu zilyetliğinden çıkması söz konusudur. Bu nedenle manevi unsurun iyi araştırılması gerekmektedir.³⁰⁴

Memuriyet görevini kötüye kullanmak suçu ile zimmet suçu arasındaki fark ise, zimmet suçunda eşyanın maledinme kastıyla alınması, failin veya 3. kişilerin malvarlığına katılması gerekirken; memuriyet görevini kötüye kullanmak suçunda kamu malının esas amacı dışında kullanılması gerekmekte, temellük şartı aranmamaktadır.³⁰⁵ Zimmet suçu aslında kanun tarafından düzenlenmiş özel bir görevi kötüye kullanma suçudur.³⁰⁶ Yine memuriyet görevini kötüye kullanmada bir kamu malının tevdi edilmesi şart olmadığı halde, zimmet suçunda tevdi kurucu bir şarttır.³⁰⁷ Ayrıca, görevi ihmâl ve kötüye kullanma suçunda sonuç olarak, kişilerin mağdur olması, kamunun zarara uğraması veya kişilere haksız kazanç sağlanması

³⁰⁴ “ Her ne kadar mahal mahkemesince sanık İ.A.’nın ihtilâsen zimmet suçunu işlediği kabul edilmişse de; As. Yrg. Drl. Krl.’nın (14.07.1965-1965-86-95) ve (22.03.1968-1968-/27-30) sayılı içtihatlarında da belirtildiği gibi zimmet suçunun teşekkül ve tekevvünü için açık çıkması kâfi olmayıp, tespit olunan bu açığa tekabül eden veya paranın sanık tarafından kendisinin veya başkasının menfaatine temellük edildiğinin tespiti şarttır. Olayımızda ise sanığın temellük kastını zahire çıkaran hiçbir delil ve belge dosyada bulunmayıp, sanığın 147/1 sayılı Askeri Kantin Yönetmeliğine uygun davranmadığı, yani gerekli kayıtları usulüne uygun şekilde tutmadığı ve sonunda bu açığın çıktığı anlaşılmıştır ki, bu ahvalde de memuriyet görevini ihmal suçunu işlediği kanaatine varılmış, bu nedenle de yerel mahkemece failin ihtilâsen zimmet kabul edilerek hüküm tesisi kanuna aykırı görülmüştür.” (As. Yrg. Drl. Krl., 7.7.1994, 83-82). **ÇELEN**, s. 638. Memuriyet görevini ihmal suçu ile zimmet suçu arasındaki farkların belirlenmesi konusundaki açıklamalar için bkz. Yaşar **ÇİFTÇİOĞLU**, “Devir Teslim Açıklarında Mes’uliyet”, AAM 1961,Y.6, S. 23, s. 24 vd.

³⁰⁵ “Devlet malının tahsis olunduğu yerden başka bir yerde kullanılmasının zimmet olarak kabulü mümkün olmayıp, bu şekilde bir hareketin görev hududunu aşma bunun ise memuriyet görevini kötüye kullanma olarak kabulü gerekir....Sarıkamış Belediyesi ve Halk Eğitim Merkezine ait jeep araçlarının onarımı ve bu araçlara bazı devlet mallarının takılması şeklinde cereyan eden olayların görevi kötüye kullanmak olarak tavsifi gerekirken zimmet şeklinde değerlendirilmesi kanuna aykırıdır.” (As. Yrg. 2. D., 20.03.1975, 61-59.) Hulusi **ÖZBAKAN**, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990, s. 366.

³⁰⁶ **TEZCAN- ERDEM- ÖNOK**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 633.

³⁰⁷ “Kantin kasa sorumlusu olarak görevlendirilen sanığın, kantinde satılmakta iken zam gelen sigara ve örgü ipliklerini eski fiyatlardan satılmış gibi gösterip yeni fiyattan ve sahte faturalarla tekrar kantine girişini yaparak aradaki meblağı mal edinmesi, kantin sorumlusu olarak sorumluluğunda mal bulunması ve bunların temellük edilmesi söz konusu olmadığından, eylemi ihtilâsen zimmet suçunu değil, memuriyet görevini kötüye kullanmak suçunu oluşturur.” As. Yrg. 4. D., 28.02.2001, 181-178.

aranırken, zimmet suçunda sonuç aranmamakta, zimmete geçirme ile suç tamamlanmaktadır.

4. Askeri Eşyayı Özel Menfaatinde Kullanmak Suçu Açısından (AsCK. m. 130)

AsCK. m. 130’da düzenlenen bu suç failin askeri eşyayı özel menfaati için kullanması ile oluşur. Suçun kişisel menfaat için askeri eşyanın kullanılması özel kastıyla işlenmesi gerekmektedir. Örnek olarak askeri aracın özel işlerde kullanılması, zevk için silahla ateş edilmesi, askeri hizmete mahsus telefon ile özel görüşme yapılması sayılabilir.³⁰⁸ Bu suçun zimmetten farkı memur dışında herkes tarafından işlenebilmesi, tevdi şartının aranmaması ve ancak tüketime tâbi olmayan eşya üzerinde işlenebilmesidir.³⁰⁹

5.Erleri Kanuna Muhalif Olarak Çalıştırmak Suçu Açısından(AsCK. m. 114)

Bu suç ile erlerin hizmetçi olarak kullanılması yasaklanmıştır. Fail sivil veya asker olabilir. Suçun oluşumu için devamlılık aranmaz. Rızanın varlığı suçun oluşumunu engellemez.³¹⁰ Bu suça örnek olarak erlere ev eşyası taşımak, şahsi odun kırdırmak, şahsi araba yıkatmak sayılabilir. Erlerin emeğinden haksız olarak faydalanılması, zimmet suçunu oluşturmaz; çünkü hizmet mal ve eşya kavramına

³⁰⁸ KOÇ, s.548; Ümit KARDAS- Mehmet ÇINGİ, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Ankara 2001, s. 855, ÇELEN, s.414.

³⁰⁹ “AsCK’nın 130. maddesinde düzenlenen askeri eşyayı hususi menfaatinde kullanmak suçu, sarf ve istihlake tâbi olmayan, kullanıldıktan sonra tekrar iade ve yerine konulması mümkün olan eşya üzerinde işlenebileceğinden, vazifeleri sebebiyle muhafaza, idare ve emanetlerine teslim edilen çimentoları temellük eden sanıkların eylemleri zimmet suçunu oluşturur.” (As. Yrg. 2. Da., 2.2.1955, 1954/3655-1955/242.) Hulusi ÖZBAKAN, Askeri Yargı İçtihatları, Ankara 1964, s.167.

³¹⁰ KARDAS- ÇINGİ, s. 773; KOÇ, s. 520.

dahil olmadığı gibi üzerinde zilyetlik kurmaya da elverişli değildir.³¹¹ Böyle durumlarda erleri kanuna muhalif olarak çalıştırmak suçu oluşur.

B. TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

1. Güveni Kötüye Kullanma Suçu Açısından(TCK. m. 155)

AsCK'da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları ile güveni kötüye kullanmanın nitelikli hali olan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunda eşyanın faile hizmet sebebiyle tevdi veya teslim edilmesi ve fail tarafından da mal edinilmesi ortak noktalardır. Zimmet suçunda kamuya duyulan güven dolayısıyla asker kişiye görevi sebebiyle tevdi yapılmakta iken güveni kötüye kullanma suçunun basit şeklinde failin şahsına duyulan güven sonucu tevdi ve teslim söz konusudur.³¹² Bu nedenle zimmetin, güveni kötüye kullanma suçunun özel faillik niteliği taşıyan kişilerce işlenen şekli olduğunu söyleyebiliriz.

Her ne kadar AsCK. hazırlanırken dikkate alınmasa da; zimmet suçu kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı bir suç olduğu halde güveni kötüye kullanma suçu mala karşı işlenen suçlar arasındadır.³¹³

Zimmet suçunun ayırıcı unsurlarının bulunmaması halinde eylem güveni kötüye kullanma suçuna vücut verebilir. Bu iki suç arasındaki fark failin sıfatının her iki suçta farklı olması ve tevdi ya da emanet ilişkisinin niteliğidir. Failin asker kişi

³¹¹ **ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 594-595.

³¹² Ali **PARLAR**- Muzaffer **HATİPOĞLU**, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2006, s. 688-689; Sedat **BAKICI**, Ceza Hukuku Özel Hükümler (155-169. Maddeler), Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 234.

³¹³ Ayhan **ÖNDER**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 409; **ÖZGENÇ**, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, s.71.

sayılan kamu görevlisi olması ve tevdiin görev dolayısıyla olması halinde ortaya çıkan suç zimmettir. Askeri Yargıtay tevdiin kamu görevlisi asker kişiye duyulan kişisel güven duygusundan kaynaklanması halinde eylemin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağını kabul etmekte, yasal bir görevlendirme olmasa dahi fiili uygulamanın ve sürekliliğin emanet edenle emanet alan asker kişi arasında TCK. m. 155/2 (765 s. TCK. m. 510) anlamında hizmet ilişkisi doğurduğunu kabul etmektedir.³¹⁴ Ancak, Askeri Yargıtay'ın bu kararının 765 sayılı TCK. açısından isabetli olduğu söylenemez. Çünkü, TCK.'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunda suç konusu eşyanın "hizmet ilişkisi" nedeniyle tevdi ve teslim edilmiş olması şeklinde ifade edilen nitelikli halin oluşabilmesi için, hizmeti yapanla yaptırın arasında Borçlar Kanunu'nun 313. maddesinde tanımlanan bir hizmet ilişkisi olmalı ve suça konu eşya faile belli bir süre için tüm sorumluluğu ona ait olmak üzere teslim edilmelidir. Bunun yanında failin ücret karşılığında çalışıyor olması da

³¹⁴ ".....tatbikatlarla ilgili her türlü planlamanın sanıkların görev yapmakta olduğu tatbikatlar şubesi tarafından yapıldığı ve sanık Metin YAKIŞIKLI'nın daha önceden birkaç kez benzer nitelikte mutemetlik görevini yaptığı bilinen bir husustur. Göreve katılan personel tarafından mutemet olarak görevlendirilmiş olan Astsb.Serkan BÖLÜKLER de avans olarak çektiği parayı bu sebeplerle sanık Metin YAKIŞIKLI'ya teslim etmiş; hatta göreve katılan personel de, aynı sebeplerle, herhangi bir imzaları alınmadan kendilerine verilen parayı, eksik olup olmadığını araştırma gereği duymadan teslim almışlardır. Keza, avansın kapatılma işlemi sırasında da sanığa aynı nedenlerle güvenilmiştir. O halde; burada, sanık vekillerinin beyan ettiği şekilde, sadece sanığın şahsına olan güven sonucu paraların kendisine teslim edildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Sanık Metin YAKIŞIKLI, çalıştığı görev yeri ve daha önce benzeri görevleri yerine getirmiş olması sebebiyle ve gelişen fiili bir durumla mutemetlik işlerini üstlenmiş ve bu sebeple kendisine teslim edilmiş olan paranın bir kısmını, diğer sanığın azmettirmesi sonucu ortaklaşa sahiplenmiştir. Artık, burada, sanığın yasal bir görevinden söz edilmesi mümkün olmamakla birlikte; fiili durumdan kaynaklanan özel bir görevlendirme halinin varlığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu sebeplerle, sanıkların eylemlerinin, zimmet suçunu değil, TCK.nun 510 ncu maddesinde yazılı nitelikli emniyeti suistimal suçunu oluşturduğu görülmektedir.

Kanuni tipiklik bakımından sanığın eyleminin, TCK.nun 510 ncu maddesinin gönderme yaptığı TCK.nun 508 nci maddesinde gösterilen sayılı hareketlere uymadığı ve sadece alınan şeyi iadede gecikmenin anılan suçu oluşturmayacağı ileri sürülebilir ise de; bu gecikmenin, dava konusu olayda olduğu üzere, temellük iradesinden ileri geldiğinin anlaşıldığı hallerde güveni kötüye kullanmak suçunun oluştuğu kabul edilmektedir. (Y.C.G.K.nun 10.10.19893, 6/234-329)." As. Yrg. 4. D., 22.10.2002, 2002/1086- 1082.

gerekir.³¹⁵ Askeri Yargıtay tarafından ücret unsuru göz ardı edilmektedir.³¹⁶ Failin kamu görevlisi asker kişi sayıldığı durumlarda bile yapılan görevin zimmet suçunun ön şartı olan askeri hizmet sayılıp sayılmadığının ve dolayısıyla görevin yerine getirildiği birimin askeri hizmetin görüldüğü bir kamu kurumu olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Aksi takdirde asker kişi kamu görevlisinin eylemi güveni kötüye kullanmak suçunu oluşturur.³¹⁷

2. Dolandırıcılık Suçu Açısından (TCK. m. 157)

Dolandırıcılık, bir kimseyi hileli davranışlarla aldatarak³¹⁸, kendisine karşı hilenin kullanıldığı kimsenin veya başkasının zararına olarak, failin kendisine veya

³¹⁵ **PARLAR- HATİPOĞLU**, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, s. 693.

³¹⁶ “Müdahil ile hısımlık bağı bulunan sanığın, ücret karşılığı olmaksızın belli bir veya birçok işin yapılması için verilen vekâletnâmeyle dayanarak satış işini yaptığı anlaşılmasına göre; olayda TCK.’nın 510. maddesinde sözü edilen hizmet ilişkisi mevcut değildir.” (YCGK. 06.02.1996, 9-345/11) Osman **YAŞAR**, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2001, s. 1133.

³¹⁷ “...Müdafii, müvekkilinin Kreş ve Gündüz Bakımevi Müdürlüğüne mal müdürü sıfatı ile aday memur olarak atandığını, bu kurumun kamu kurum ve kuruluşu niteliğinde olmadığını, gelirlerinin ve bankaya yatırılan paraların çocuklarına bakılan üyelerin ödediği aidatlardan oluştuğunu, mal müdürü sıfatı ile atanan müvekkilinin, bankadan para çekip ilgili yerlere ödeme yapmasının kendi görevi olmadığını, bu işleri amirinin emri ile yaptığını, eyleminin olsa olsa hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçunu oluşturabileceğini, kaldı ki müvekkilinin iddia konusu parayı kullandığına dair inandırıcı ve yeterli delillerde bulunmadığını belirterek hükmü süresinde temyiz etmiştir..... Sanığın, Ege Ordu Komutanlığının 16.09.1999 tarihli emri ile atandığı kadro, 211 sayılı TSK İç Hizmet kanununun 98/2 nci maddesindeki “Türk Silâhlı Kuvvetleri personeli için lüzum ve ihtiyaç görülen yerlerde çocuk bakımevi ve sosyal tesisler kurulabilir.” hükmü, yine 07.05.1998 tarihinde yürürlüğe giren TSK Kreş ve Gündüz Bakımevleri Yönetmeliğinin [MSYT 58-3 (A)’nın] 23 üncü maddesinde tahsil edilen paraların usulüne uygun ve verimli şekilde harcanması için her kreş ve gündüz bakımevi bünyesinde gelir yönetim kurulu oluşturulacağının öngörülmesi, Ege Ordu Kreş ve Gündüz Bakımevi Genel Kurulunun 18.10.1999 tarihli toplantısında oluşturulan Gelir Yönetim Kurulunda sanığın mal sorumlusu olarak görevlendirilmesi dikkate alındığında, sanığın bu görevinin askerî bir hizmet olarak kabulü gerektiğinden ve bu görevi gereği bankadan çektiği 600.000.000 TL ile gerekli ödemeleri yapması gerekirken, cüz’î bir miktarı ile ödeme yapıp kalan 469.961.435 TL yı alarak bir daha göreve gelmemesi eylemi ASCK’nın 131 inci maddesinde düzenlenen zimmet suçunu oluşturduğundan..”. As. Yrg. 3. D., 14.02.2006, 2006/0240-0240.

³¹⁸ 765 sayılı TCK.’nın 503. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçu ile 5237 sayılı TCK.’nın 157. maddesindeki suç arasında unsur ve yaptırım açısından farklar bulunmaktadır. 503. maddenin 1. fıkrasında “bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürmek” denilmişken 157. maddede “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmak” şeklinde bir ibareye yer verilmiştir. **GÜNDEL**, s. 460, Ali **PARLAR- Muzaffer HATİPOĞLU**, Açıklamalı-İçtihatlı Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2006, s. 817, Sulhi **DÖNMEZER**, Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, Beta Yayınları, İstanbul 2001, no 370, Sami **SELÇUK**, Mal aleyhine Cürümler ; Dolandırıcılık, Ceza Hukuku El Kitabı, Yasa Yayınları, Ankara 1986, s. 286.

başkasına bir yarar sağlanmasıdır.³¹⁹ Dolandırıcılık suçunun faili herkes olabilir. AsCK. m. 131’de yer alan ihtilas ve dolandırıcılık suçlarının ortak yönleri, her ikisinde de hile kullanılması ve haksız çıkar sağlanmasıdır. İhtilasta hile, zimmete geçirmeyi sağlayabilmek veya zimmetin ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik iken, dolandırıcılıkta malın teslimini sağlayabilmek için hileye başvurulmaktadır. Zimmet suçunda fail, eşyaya görevinin normal fonksiyonu gereği zilyet olmasına karşın, dolandırıcılık suçunda fail malın zilyetliğini hileli faaliyetler sonucunda elde eder³²⁰.

Asker kişinin yasal bir tevdi olmaksızın çalıştığı kurumu hile ile kandırarak askeri eşyanın kendisine teslimini sağlaması durumunda ihtilas değil dolandırıcılık suçu oluşur. İhtilas suçunda hilenin askeri idareye karşı yapılması gerekir. Kişilere karşı yapılan hile diğer şartlar da mevcutsa dolandırıcılık suçunu oluşturabilir.³²¹

³¹⁹ Zekeriya **YILMAZ**- İsmail **ERGÜN**, Dolandırıcılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s. 9.

³²⁰ **OKUYUCU-ERGÜN**, s. 139.

³²¹ “Orman Bölge Şefliği katip-mutemedi olan sanığın, geçici mevsimlik işçi olarak çalışan Hasan ve Haydar’a göreve başladıkları 1984 Mayıs ayından itibaren 6 ay süre ile hakettikleri ücretlerini usulüne uygun şekilde ve gerçek ücretleri üzerinden düzenlenen aylık bordroların tahakkuk kısımlarını göstermeden imzalatılarak yazılı olandan eksik ödeme yaptığı ve bu şekilde 52.744 lirayı ödemeyerek haksız çıkar sağladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. İhtilas, görevde hileli aşırma (Furtum improprius), suça konu olan şeylerin hileli surette ayrıldıkları amaç dışında kullanılması, mal edinilmesidir. O halde, ihtilas zimmet cürmünün meydana çıkmamasının temine yönelik her türlü hile ve hud’a ile işlenmiş şeklidir. (A.P. Gözübüyük, TCK. Açılması, 3. Cilt Sh: 47) Ancak ihtilas suçunun oluşması için hile ve hud’anın ait olduğu daireyi aldatacak ve fiilin ortaya çıkmamasını temine yönelik olması gerekir. Halbuki sanık olayda hile ve hud’ayı dairesine karşı yapmamıştır. Maaş bordrosuna gerçek aylık bedellerini yazdığı halde mağdurlar Hasan ve Haydar’a gerçek miktarları göstermeden, imzalarını almak ve noksan ödeme yapmak suretiyle adı geçen mağdurlara karşı hile ve hud’a kullanıp onların hulus ve saffetlerinden yararlanarak 52.744 lirayı 6 aylık süre içinde mal edip haksız çıkar sağlamıştır. Sanığın yukarıda açıklanan eylemi her bir mağdura karşı ayrı ayrı olmak üzere zincirleme dolandırıcılık suçunu oluşturur.” (YCGK. 07.03.1988, 27-82.) Kazancı.

3. Resmi Belgede Sahtecilik Suçu Açısından (TCK. m. 204)

Resmi belgede sahtecilik suçu, 5237 sayılı TCK.'da, bir kimsenin tamamen veya kısmen sahte bir resmi belge düzenlemesi, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi veya sahte bir resmi belgeyi kullanması(m. 204/1), bir kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenlemesi, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi veya sahte bir resmi belgeyi kullanması(m. 204/2), bir kişinin ya da kamu görevlisinin gerçek bir resmi belgeyi bozması, yok etmesi veya gizlemesi(m. 205) şeklinde işlenebilen bir suç olarak, unsurları ve cezaları belirtilmek suretiyle düzenlenmiştir.³²²

Resmi veya özel belgede sahtecilik suçu daha çok ihtilâs suçunun bir unsuru olarak gerçekleşmektedir. Yapılan sahteciliğin unsur olduğu durumlarda ihtilâs için aranan hile kapsamında kabul edilmektedir. Askeri Yargıtay, tevdi ve teslim edilme, muhafaza, kontrol ve sorumluluk unsurlarının bulunmadığı durumlarda kamu görevlisinin haksız mal edinme kastıyla sahte belge düzenlemesi şeklindeki eyleminin 'zimmet' veya 'ihtilâsen zimmet' suçlarını değil 'resmî evrakta sahtecilik' suçunu oluşturacağı" kabul etmektedir.³²³

Ancak ihtilâsı oluşturan hile yalnızca belgede sahtecilik olarak gerçekleşmemektedir. Bu iki suç arasındaki ilişki daha çok unsur olup olmama ve cezaların içtimai konularında oluşan sorunlara ilişkindir. Askeri Yargıtay iki suçu birbirinden ayırırken tevdi unsurunu tartışmaktadır.

³²² Suçun unsurları ve kanunlardaki düzenleniş şekilleri için bkz. Erol **ÇETİN**- İsmail **MALKOÇ**, Uygulamada Sahtekârlık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 1995, s. 127 vd.; Doğan **SOYASLAN**, Ceza Hukuku Özel hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 402 vd.

³²³ As. Yrg. 1. D., 20.04.2005, 323-396.

3. İrtikap Suçu Açısından (TCK. m. 250)

Kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisine ya da başkasına yarar sağlamasına veya bu yolda vaatte bulunmasına bir kimseyi icbar etmesi halinde icbar suretiyle irtikap suçundan söz edilirken görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine ya da başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna etmesi halinde ikna suretiyle irtikâp suçu oluşacaktır. İkinci haldeki suçun kişinin hatasından yararlanılarak yapılması halinde hatadan yararlanmak suretiyle irtikâp suçu meydana gelecektir.³²⁴

Zimmet ve irtikâp suçları, failin kamu görevlisi asker kişi olması ve failin kendisi veya başkasına menfaat sağlaması yönlerinden benzer olmakla birlikte, bu menfaatin sağlanış şekli bakımından farklıdır.

Şöyle ki; zimmette asker kişi görevi gereği kendisine tevdi edilen devlete ya da kişilere ait eşyayı zimmete geçirmekte, irtikâpta ise asker kişi görev ve sıfatını kötüye kullanarak, icbar, ikna ya da hatadan faydalanarak menfaat sağlamaktadır.

5. Hırsızlık Suçu Açısından (TCK. m. 141)

Hırsızlık ve zimmet suçları esasen kurucu unsurları açısından birbirlerinden oldukça farklı suçlardır. Hırsızlık suçunda zilyetlik başkasına ait malın faydalanmak

³²⁴ **AKÇİN**, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine....., s. 137-138.; Necati **MERAN**, Kamu Görevlisine ve Adliye Karşı Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2006, s. 7-76.

kastıyla alınması ile kazanılır.³²⁵ Zimmet suçunda ise zimmete geçirilen mala zilyet olma hareketin ilk şartıdır ve kamu görevlisinin görevinden kaynaklanır.

X. ZİMMET SUÇUNUN YAPTIRIMI

765 sayılı TCK.'nın 202. maddesinde basit zimmet suçunun cezası; altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli ağır para cezası, nitelikli zimmet suçunun cezası ise; oniki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç misli kadar ağır para cezası olarak öngörülmüştür.

5237 sayılı TCK.'nın 45. maddesiyle, ceza olarak sadece hapis ve adli para cezasının yaptırım olarak kabul edildiği, ancak önceki düzenlemenin aksine para cezasına yer verilmeyerek, 247. maddenin 1. fıkrasında basit zimmet, 2. fıkrasında nitelikli zimmet, 3. fıkrasında ise kullanma zimmeti yaptırımı bağlanmıştır. Buna göre basit zimmet suçunun cezası; beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasıdır. Temel ceza 61. maddenin 1. fıkrasında yedi bent halinde belirtilen ölçütler gözetilerek³²⁶

³²⁵ Erdal NOYAN, Hırsızlık Suçları, Adalet Yay., Ankara 2007, s. 39, SOYASLAN, s. 292.

“Hırsızlık suçunun maddi unsurunu oluşturan hareket, malın bulunduğu yerden alınmasıdır. Bundan anlaşılması gereken ise, mal üzerinde başkasına ait fiili egemenliğin ortadan kaldırılması ve yeni bir egemenlik kurulmasıdır.” TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s. 410-411,

“765 sayılı TCK. uygulamasında, hırsızlık suçunun tamamlanma anı, çalınan malın failin hakimiyet alanına geçirilmesi anı olarak tanımlanıyordu. Failin malı aldığı anda veya kesintisiz takip sonucu yakalanması halinde de tam teşebbüsün varlığından söz ediliyordu.” GÜNDEL, s. 16.

³²⁶ “ TCK.'nın 62. maddesinde düzenlenen ceza indirimini gerektiren takdiri nedenler fiille ilgili olmayıp failin kişiliği ile ilgili olduğu, 2. fıkra bu nedenler sınırlı olmayarak sayıldığı, mahkemece ‘sanığın üzerine atılı suçun niteliği, suçun işleniş şekli, olaydaki kastın yoğunluğu’ nedenleri gösterilerek, bu madde gereğince indirim yapılmamasına karar verildiği, oysa ki; söz konusu nedenlerin 61. madde de sayılan temel cezanın belirlenmesine yönelik olarak değerlendirilmesi gereken nedenler olduğunun düşünülmemesi...” Yrg. 5. CD. 27. 06. 2006 t. ve 6486- 6045. karar için bkz. AKÇİN, s. 133.

“ TCK. m. 61 ile somut cezanın belirlenebilmesi konusunda yararlanılabilecek ölçüler bakımından bir sınırlamaya gidildiği ve bu çerçevede failin geçmişi, kişisel ve sosyal durumu ile failin fiilden sonraki davranışlarına iki sınır arasında cezanın tayini bakımından yararlanılabilecek bir ölçüt olarak yer verilmediği gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yanda 765 sayılı Kanun’un 29. maddesindeki “gibi hususlar” deyimine yer verilmiş ve buradaki nedenler sınırlı sayıda belirlenmiş olmadığı halde, 5237 sayılı TCK. m. 61’de takdir yetkisine dayanak oluşturacak ölçüler sınırlayıcı

belirlenecek, suçun nitelikli zimmet olarak işlenmesi halinde 61\4 uyarınca ceza yarı oranında arttırılacak, eğer daha az cezayı gerektiren kullanma zimmeti söz konusu ise ceza yarı oranında indirilecektir. Daha sonra suçun temel şekline göre daha az ceza gerektiren hal başlığı altında düzenlenen 249. maddeye göre, malın değerinin azlığının söz konusu olması durumunda, anılan madde uyarınca verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilecektir.

Yalnızca hapis cezalarının ertelenebilmesi adli para cezasının ertelenememesi³²⁷ nedeniyle hükmedilen iki yıl ve daha az süreli hapis cezası söz konusu ise bu hapis cezası ertelenebilecek ya da fail hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilebilecektir.³²⁸

biçimde sayılmış bulunmaktadır. Bu maddeye bakıldığında bunların fiile ilişkin olduğu görülmekte, ancak faile ilişkin ölçülere yer verilmemektedir.” ÖZTÜRK- ERDEM, Ceza Hukuku..., s. 346-7.

³²⁷ Ali KARAGÜLMEZ, Gün Para Cezası, Kartal Yayınevi, Ankara 2005, s.154.

³²⁸ 5271 sayılı CMK. m. 231 “....5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.”

“...Fuhuşa teşvik suçunun yapısının teselsülü kapsadığı gözetilmeden, bu suçtan sanıklar hakkında tayin edilen cezanın TCK'nın 43. maddesi uyarınca arttırılması suretiyle fazla ceza tayini, sanık Sadık hakkında eşine karşı etkili eylemde bulunmak ve tehdit suçundan hükmolunan ceza miktarları nazara alındığında, hükümden sonra yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile eklenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 5271 sayılı CMK'nın 231/5. maddesinin sanık hakkında

Bu durumda fail hakkında TCK. m. 53\1 'de yer verilen hak yoksunlukları söz konusu olacaktır. Ancak bu hak yoksunluklarının hapis cezasının doğal sonucu olması nedeniyle, ayrıca bu hususa hükümde yer verilmesi gerekmemektedir.³²⁹

5237 sayılı TCK.'nın, "suç hiçbir zaman bir ekonomik çıkar elde etme yolu olarak görülmemelidir" ilkesinden hareketle düzenlediği kazanç müsadereci hükümlerine göre, zimmet suçu nedeniyle elde edilmiş bir kazanç söz konusu ise mahkemece bunun veya yerine kaim değerlerin müsadereci de karar verilebilecektir.³³⁰

AsCK.'nın 131. maddesinde öngörülen zimmet ve ihtilas suçları için TCK'ya nazaran daha az ceza öngörülmüştür. Asıl ceza 5 seneye kadar ağır hapis cezasıdır.³³¹ Hakim yukarıda belirttiğimiz TCK.'nın 61. maddesindeki kriterleri dikkate alarak temel cezayı belirleyecektir. Ancak burada gerekçe gösterilmesi zorunludur.³³² Az vahim hallerde üç seneye kadar hapis cezasına hükmolunabilir.³³³

uygulanıp uygulanmayacağına takdir ve değerlendirilmesinin mahkemesince yapılması lüzumu bozmayı gerektirmiştir." (Yrg. 5. CD. 19.03.2007 t. ve 2007/733-2052) karar için bkz. YKD. Kasım 2007, C. 32, S. 11, s. 2145.

³²⁹ "Hükümde yer verilmiş olmasa bile, infaz aşamasında mahkumiyetin kanuni sonucu olarak 5237 sayılı TCK.'nın 53. maddesinin uygulanması mümkündür." (Yrg. 1. CD. 25.09.2007 t. 2006/4607 ve 2007/6832 sayılı kararı.) YKD. Aralık 2007 , C. 33, S. 12., s. 2296., Bu konudaki açıklamalar için bkz. Zekeriya **YILMAZ**, "Ceza Kanunumuzda Mahkûmiyete Bağlı Hak Yoksunlukları", ABD., Y. 2006, S. 2, s. 21.

³³⁰ " 5237 sayılı TCK. ise, suç karşılığı olarak uygulanacak yaptırımları, ceza ve güvenlik tedbirleri olarak belirlemiştir. Suç karşılığında yaptırım olarak uygulanacak güvenlik tedbirleri içinde, 54. maddede eşya müsadereci, 55. maddede ise kazanç müsadereci yer vermiştir." Müsadere ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan **GEDİK**, Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 83 vd.

³³¹ AsCK. Ek Madde 9- (Ek madde: 31/03/2005-5329 S.K./1.mad) "Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları bir sene olarak uygulanır."

³³² "Ceza tayini sırasında ASCK'nın 131/1'inci madde ve fıkrası kapsamında düzenlenen ilk bendin mi yoksa ikinci bendin mi uygulandığı konusunda bir kabul ve gerekçe gösterilmeden, "Oluşan zararın niceliksel büyüklüğü, sanığın suç teşkil eden fiilleri uzun süre tekrarlamaıyla ortaya çıkan kastının yoğunluğu" gerekçesiyle temel ceza teşdiden tayin edilmiş, müteselsil suç nedeniyle 765 sayılı TCK'nın 80'inci maddesi uyarınca alt sınırdan artırım yapılırken gerekçe gösterilmemiş, "uygulanmasını gerektirir bir neden görülmediğinden" gerekçesiyle takdiri indirim yapılmamıştır. Temel cezanın tayini sırasında, yalnız bu suça ait zarar miktarı esas alınıp, usulüne uygun gerekçe gösterilmek (Bu konuda Yargıtay ceza dairelerinin yıllar itibarıyla uygulamaları da dikkat alınmak) suretiyle sanığın bu eyleminin ASCK'nın 131/1'inci madde ve fıkrasının birinci bendi kapsamında mı

Zimmete geçirilen eşya silah, cephane gibi müdafaa vasıtası ise ceza arttırılır. Bu suçlar seferberlikte işlenirse yapanlar hakkında on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezası verilir. AsCK.'da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları nedeniyle verilen cezalar yasal imkansızlık nedeniyle³³⁴ tecil edilemez, ancak gerekçe gösterilmek suretiyle adli para cezasına çevrilebilir.³³⁵

yoksa ikinci bendi kapsamında mı kabul edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir.” As. Yrg. 27.07.2007 t. ve 2007/0250-0391.

³³³ “Fevkalade halin, seferberliğin veya harb halinin devamı müddetince askeri bir hizmet yaparken Milli Müdafaa vasıtalarına veya askeri ihtiyaçlara taallük eden taahhüt, imal, inşa, alım, satım, teslim, tesellüm, nakil, muhafaza veya tevzi yahut celp, sevk ve muayene gibi işlerde zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet veya hırsızlık suçlarından birini işleyenler on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis veya müebbet ağır hapis cezasıyla birlikte beş yüz liradan aşağı olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Şu kadar ki para cezası hiçbir halde temin olunan menfaatin iki mislinden az olamaz.” AsCK’nın ek 4. maddesinde yer alan bu hüküm nedeniyle adli para cezası zimmet ve ihtilas suçu nedeniyle uygulanan askeri bir ceza niteliğini almış bulunmaktadır.

³³⁴ AsCK. Ek Madde 8 - (Ek madde: 31/03/2005-5329 S.K./1.mad) “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer’î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.”.

AsCK. m. 47 : “Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askeri kişiler hakkında da tatbik olunur.

A) (Değişik bent: 22/03/2000 - 4551 S.K./12 md.) Askeri mahkemelerden Askeri Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Fasl ile 84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 inci ve 130 uncu maddesi hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez.”. Zimmet ve ihtilas mallara karşı cürümler başlığını taşıyan sekizinci faslında yer almaktadır.

³³⁵ “... ancak sanığa zimmet suçu nedeniyle verilen hapis cezasının da “eylemin kamu düzenini ağır bir biçimde bozan suçlardan olması şeklindeki yasal nitelik taşımayan bir gerekçeye dayanılarak paraya çevrilmemesinin 5237 sayılı TCK.’nın 50/1. maddesine aykırı düştüğü sonucuna varılmıştır.”As Yrg. 2. Da., 26.09.2007 1647- 1615.

“5237 sayılı TCK. cezanın bireyselleştirilmesi amacıyla gün para cezası sistemini benimsemiştir. Bu sistemin avantajlarının yanı sıra Türkiye’de uygulanabilirliği kuşkuludur. Gerçekten nüfusun büyük çoğunluğunun sabit bir gelirinin bulunmadığı, yıllık gelir beyanında bulunma zorunluluğunun olmadığı Türkiye’de bu sistem, bordro üzerinden gelir elde edenlerin daha fazla oranda cezalandırılmasına yol açacağı için, adil olmayan bir durum yaratacağı gibi, gelir durumunun belirlenmesi için bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmasını gerektireceği için de yargı organlarının yükünün artmasına ve sonuç olarak da davaların uzamasına sebep olacaktır.” Adli para cezası ve nasıl uygulanacağı konusundaki açıklamalar için bkz. **ÖZTÜRK-ERDEM**, Ceza Hukuku, s.316 vd.; **ÇINAR**, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, s.74 vd.

Hakkında zimmet ve ihtilas suçları nedeniyle mahkumiyet kararı verilen asker kişi 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi uyarınca belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılabilir.³³⁶ 53. maddenin (c) bendindeki hak yoksunluğuna en fazla koşullu salıverilme tarihine kadar karar verilebilir.³³⁷ Ayrıca, zimmet belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlardan olduğundan 53. maddenin 5. fıkrası uyarınca, mahkum olunan cezanın infazından sonra etkili olmak üzere hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına ilişkin güvenlik tedbirine hükmolunacaktır. Ancak, AsCK.'nın ek 8. maddesine göre kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma veya bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına dair güvenlik tedbirleri, Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları hakkında, öngörülen süre kadar açığa çıkarılma şeklinde uygulanırken, yedek subaylar ile erbaş ve erler hakkında bu tedbirin uygulanması, askerlik hizmetlerinin tamamlanmasından sonra yerine getirilecektir. Zimmet ve ihtilas suçları nedeniyle hapis cezasına hükmedildiğinde

³³⁶ “5237 sayılı TCK.’da düzenlenen ilk güvenlik tedbiri, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmadır. Her ne kadar belli haklardan yoksun bırakılma güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlenmiş ise de; aslında burada güvenlik tedbiri değil, mahkumiyetin yasal bir sonucu olarak ek ceza söz konusudur. Kasten işlenmiş suçlarda, kural olarak bu suçlardan dolayı hapis cezasına değil de, adli para cezasına hükmedilmişse hak yoksunluğu meydana gelmez.” **ÖZTÜRK-ERDEM**, Ceza Hukuku, s.323 vd; genel olarak güvenlik tedbirleri ve sonuçları konusunda bkz. Kayıhan **İÇEL**, Yaptırım Teorisi, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2002, s.113.

³³⁷ “Askerî Mahkemece; sanığın, emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK’nın 87/1 (1’inci cümle) ve TCK’nın 62’nci maddeleri uyarınca, 25 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığa verilen kısa süreli hapis cezasının yasal imkânsızlık nedeniyle seçenek yaptırımlara çevrilmesine ve ertelenmesine yer olmadığına ve sanığın mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar TCK’nın 53/1’inci maddesinde sayılan hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilmiştir.... sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nın 53/1’inci maddesinde belirtilen hakları kullanmaktan yoksun bırakılmasına karar verilirken; anılan madde ve fıkranın (a), (b), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen haklardan, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar; (c) bendinde belirtilen haktan, koşullu salıverilinceye kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesi gerekirken; anılan madde ve fıkra da belirtilen tüm haklardan, hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar yoksun bırakılmasına karar verilmesinin hukuka aykırı olduğuna değinilmekle yetinilmiştir.” As. Yrg. 4. D., 04.03.2008 t. ve 2008/401-396.

asker kişiler doğal olarak kamusal hak ve yetkilerini kullanamayacaklarından, infaz süresince 53\2’de yer alan yoksunluğa karar verilmesine de gerek olmayacaktır.³³⁸

Asker kişiler hakkında zimmet ve ihtilas suçlarından verilen iki yıla kadar hapis cezaları hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilir.

5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Sağlamak Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un³³⁹ 562’nci maddesi ile, 5271 sayılı CMK’nın 231’inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı genişletilmiştir. 353 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinde yer alan yollama hükmü nedeniyle, erteleme imkânı olmayan askeri suçlar açısından da hükmün açıklanmasının geri bırakılması imkanı getirilmiştir. Ancak bu tür bir uygulamanın özünde askeri disiplini koruma amacı güden ASCK’yı etkisizleştirebileceğini düşünen kanun koyucu 5739 sayılı Kanunla³⁴⁰ Askerî Ceza Kanununa ek bir 10. madde hükmü ekleyerek 01.03.2008 tarihinden itibaren bu düzenlemenin askeri suçlar hakkında uygulanamayacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda askeri mahkemece lehe kanun hükümlerine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.³⁴¹

³³⁸ “Askerî Mahkemece sanığın; 13.11.2006 - 29.06.2007 tarihleri arasında yurtdışına firar suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK’nın 67/1-A ve TCK’nın 62/1’inci maddeleri uyarınca neticeten 10 ay hapis cezası ile mahkumiyetine, TCK’nın 53/2’nci maddesi uyarınca cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sanık hakkında TCK’nın 53/1’nci maddesinin uygulanmasına, ASCK’nın Ek 8/ 3’ncü maddesi uyarınca iş bu tedbirin açığa çıkarılma şeklinde infazına karar verilmiştir.... Ancak; kamu görevinden kaynaklanan hak ve yetkilerinden hükmün infazı sırasında doğal olarak mahrum bırakılan sanığın, aynı zaman dilimi içerisinde açığa alınması mümkün olamayacağından, sanığın 5237 sayılı TCK’nın 53’üncü maddesinde belirtilen hakları kullanmaktan yoksun bırakılması şeklindeki cezasının, açığa çıkarılmak şeklinde infazına karar verilmesinde isabet görülmemiş ve hükmün bu nedene dayalı olarak bozulmasına karar verilmiştir.” As. Yrg. 4. D., 04.03.2008 tarih ve 2008\401-396 sayılı kararı.

³³⁹ R.G.-08.02.2008, 26781.

³⁴⁰ R.G.- 01.03.2008, 26803.

³⁴¹“ Askerî Mahkemece sanık hakkında zimmet suçunu işlediği sabit kabul edilerek ASCK’nın 131/1’inci maddesinin az vahim hal cümlesi, 5237 sayılı TCK’nın 43, 62’nci, 50/1 ve 52/2 maddeleri gereğince neticeten beş bin YTL. adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5237 sayılı TCK’nın 50/1 ve 52/2 ve 52/4 maddeleri uyarınca hükmün kesinleşme tarihinden itibaren 1 yıl mehil verilmesine, 5237 sayılı T.C.K.’nın 52/4 maddesi uyarınca sanığın cezasının "2 yıl içerisinde "üçer aylık " 8 eşit taksitte sanıktan alınmasına, Taksitlerden birisinin süresinde ödenmemesi halinde geri kalan miktarın

Zimmet veya ihtilas suçlarını işlediğinden bahisle hakkında hapis veya para cezasıyla mahkum edilen asker kişi hakkında ayrıca fer'i ceza³⁴² niteliğindeki Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilecektir.³⁴³

TSK.'dan çıkarma cezası zimmet veya ihtilas suçlarını işleyen subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında haklarında bu cezanın

tamamının tahsil edileceğinin ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğinin sanığa ihtarına, As.C.K.nun 30/B maddesi uyarınca T.S.K.lerinden çıkarılmasına,” şeklinde karar verilmiştir.... hükmünden sonra 08.02.2008 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair Kanunun 562'nci maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231'inci maddesinin 5 ve 14'üncü fıkraları ile (1632 sayılı Askerî Ceza Kanunun 01.03.2008 tarih ve 5739 sayılı Kanunla ilave edilen Ek-10 maddesi gereğince 01.03.2008 tarihine kadar işlenen askerî suçlara uygulanabilecek) 5728 sayılı Kanunun geçici birinci maddesi uyarınca atılı suçla ilgili olarak yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunda Askerî Mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasını temin bakımından, mahkumiyet hükmünün bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.”

³⁴² “Cezalar hukuki niteliklerine göre asli (asıl) ve ek ceza olmak üzere ikiye ayrılır. Asli ceza kanunkoyucunun suça özgü ve doğrudan doğruya suç karşılığı olarak koymuş olduğu cezalardır. Ek cezalar ise, mahkumiyetten doğan asıl cezaya eklenen cezalardır. Kanun ek cezalar arasında fer'i ve mütemmim ek cezalar şeklinde ikili bir ayırım yapmıştır: Fer'i cezalar, asıl cezanın zorunlu sonucudur; bir suç karşılığı olarak kendiliğinden eklenen ve hakimın hükmetmesi zorunlu olan cezalardır. Asıl ceza yanında ek cezaya da hükmedilmesinin amacı, asıl cezanın etkisini arttırmak şeklinde ifade edilebilir.” Timur **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 3. baskı, Ankara 2005, s. 491.

³⁴³ “TÜRK SİLAHLI KUVVETLERİNDEN ÇIKARMA CEZASI :

Madde 30 - (Değişik madde: 22/03/2000 - 4551 S.K./6 md.)

Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.

A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,

B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde.

Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askeri mahkemelerce üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir.”

uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında uygulanacaktır. TSK.’da görevli devlet memuru asker kişiler hakkında ise bu ceza uygulanamaz.³⁴⁴

926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun “Çeşitli nedenlerle Silâhlı Kuvvetlerden ayrılacak astsubaylar hakkında yapılacak işlem” başlıklı 94 üncü maddesinin 3’üncü maddesine 28.06.2001 gün ve 4699 sayılı Kanunla eklenen (c) fıkrası ile “...ertelenmiş, para cezasına veya tedbire çevrilmiş, affa uğramış olsalar bile devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunun 131 inci maddesinin birinci fıkrasının **az vahim hali hariç**, basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık..... suçlarından hükümlü olan astsubaylar hakkında, hizmet sürelerine bakılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır” hükmü getirilmiştir. Bu hükme lafzen bakıldığında az vahim nitelikte zimmet ve ihtilas suçu işleyen astsubaylar hakkında TSK.’den çıkarma fer’i cezası uygulanamayacaktır. Ancak Askeri Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu’nun bu konudaki kararı aksi yöndedir. Bu karara göre Askerî Ceza Kanununun hükümlerini sarıh bir şekilde değiştiren bir kanun olmadıkça, personel statülerinde değişiklik ve yenilik getiren idari kanun düzenlemeleri kendi sahasında hüküm ifade edebilir ve bu değişiklikler Askerî Ceza Kanununa teşmil edilemez.³⁴⁵

³⁴⁴ “...Devlet Memuru statüsünde bulunan sanıklar Ali ÖZGÜRLÜK ve Hasan Hüseyin GÜNGÖR haklarında fer’i ceza uygulanırken AsCK.nun 30/1 nci madde ve fıkrası dikkate alınarak özel kanun olan 657 sayılı kanunun 48, 98, 125 ve 126 ncı maddeleri uyarınca işlem yapılabileceğine işaret edilmekle yetinilmiştir.” As. Yrg. 3. D. 24.07.2003 t. ve 2003/863-868.

“ Birlik maaş mutemedi olduğu sırada, evvelce birlikten ayrılan iki rütbeli personel adına maaş tahakkuk ettirip bunu temellük eden ve bu nedenle hakkında askeri mahkemede kamu davası açılan davacı devlet memurunun bu fiili memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket teşkil ettiğinden Yüksek Disiplin Kurulu kararı ile devlet memurluğundan çıkarılmasında hukuka aykırı bir yön görülmemiştir.” AYİM 1. D. 10.07.2001 t. ve 2001\ 335- 848.

³⁴⁵ “ ‘Askerî Ceza Kanununun hükümlerini sarıh bir şekilde değiştiren bir kanun olmadıkça, personel statülerinde değişiklik ve yenilik getiren idari kanun düzenlemelerinin kendi sahasında hüküm ifade

Zimmet ve ihtilas suçları nedeniyle oluşan hazine zararının ne şekilde tazmin edileceği AsCK.'nın 131. maddenin 3. fıkrasında “Çalınan veya rehin edilen mallar bulunursa geri alınır. Yok edilen eşya, hayvan ve sairinin değerlerinin ödettirilmesine de hükmolunur.” Hükmü ile açıklanmıştır. Zimmet ve ihtilas suçları açısından özel bir tazmin hükmü bulunduğundan bu suçlar nedeniyle oluşan hazine zararı 353 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre takip edilmeyecektir. Askeri mahkemelerde suçtan doğan istirdat ve tazminat davalarına ancak kamu davası ile bakılabilir. Askeri mahkemeler, ceza mahkemeleri türünde birer mahkeme olduklarından buralarda bağımsız olarak hukuk davası niteliğinde davalar (istirdat

edeceğine ve bu değişikliklerin Askerî Ceza Kanununa teşmil edilemeyeceğine' dair ilke hayatiyetini sürdürmektedir.

Bilindiği gibi, Türk Ceza Kanunu veya ceza hükmü taşıyan özel kanunlarda yapılan değişiklikler, eğer sanık lehine iseler, yeni kanun TCK.nun 2 nci maddesi uyarınca sanık hakkında uygulanacaktır. TCK.nun 2 nci maddesindeki kanun kavramı ile maddi ceza hukukuna ait bütün kaynakları anlamak gerekmektedir. Ancak, 2 nci madde hükmü, usul kanunlarını, mahkeme teşkilâtı kanunlarını, idari mahiyette önlemler koyan kanunları ve personel statülerini düzenleyen idari kanunları kapsamaz.

Öte yandan, sonraki kanun ile önceki kanun hükümleri arasında birbirine aykırılık mevcut olduğu takdirde, sonraki kanun bu hususta açık bir kayıt içermese bile, önceki kanunu yürürlükten kaldırmış sayılır. Buna önceki kanunun “yürürlükten üstü kapalı olarak kaldırılması(zımni ilga)” denilmektedir. Ancak, sonraki kanun önceki kanunu yürürlükten kaldırır kuralı kesin bir kural olmayıp her iki kanunun genel veya özel yahut birinin genel diğerinin özel oluşuna göre, yürürlükten üstü kapalı olarak kaldırılma sorununun çözüm şekli de değişir. Ceza kanunlarından başka kanunlarda meydana gelen değişikliği de bu kanunun bir tamamlayıcı ceza hukuku kaynağı olup olmadığına göre ele almak gerekir.

Somut olayda 926 sayılı Kanun, Askerî Ceza Kanunu yönünden bir tamamlayıcı ceza hukuku kaynağı değildir. Askerî Ceza Kanununun 30 uncu maddesindeki fer'î cezanın uygulanması, 926 sayılı Kanundaki bir kurala tâbi tutulmamıştır. Esasen, diğer kanun hükümleri ile ceza kanunu hükümleri farklı, hatta çatışma halinde olabilir. Örneğin yakın akraba kavramı, Türk Ceza Kanununun 259 uncu maddesinde farklı biçimde tanımlanmıştır. Ceza Hukuku açısından memur(TCK. 279), İdare Hukukunun anlayışından ayrılmıştır. Yine bir çok askeri tanımlar TSK.İç Hizmet Kanununda yazılı olmasına rağmen, ceza tatbikatı bakımından göz önüne alınması gereken şekilleriyle Askerî Ceza Kanununda ayrıca tanımlanmıştır.

Bu açıklamalardan, Askerî Ceza Kanunun da açık bir kanunî düzenleme yapılmadıkça, 926 sayılı Kanunun 50 nci maddesinde başka türlü hükme bağlanmış olan bir hususun, Askerî Ceza Kanunu yönünden hüküm ifade etmediği sonucuna varılmaktadır.” As. Yrg. İçt. Brl. 24.10.2003 t. ve 2003\1-1 sayılı kararı.

ve tazminat) açılmaz.³⁴⁶ 16. maddeye göre hazine zararının tahsiline karar verilebilmesi için bir talep ve dava gerekli olduğu halde AsCK. m. 131\3'e göre Askeri Mahkemece re'sen hazine zararının tazminine karar verecektir.³⁴⁷ Zimmet ve ihtilas nedeniyle askeri mahkemece kamu davası sonucunda ceza hükmü verilemiyorsa (davanın beraatle sonuçlanması, davanın düşmesi-ortadan kaldırılması vs.) Devlet haklarının ilgili özel kanun³⁴⁸ uyarınca kovuşturulması için dosya sureti ilgili muhakemat müdürlüğüne gönderilecektir.³⁴⁹ Zimmet ve ihtilas kasıtlı işlenebilen suçlar olmaları³⁵⁰ nedeniyle verilen tazmin kararlarında Borçlar Kanunu m. 44/2 gereğince indirimde gidilemez.³⁵¹ Askeri savcının iddianamede suç

³⁴⁶ **ÖZBAKAN**, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Kanunu, C. 1, Ankara 1989, s. 114 vd. Aynı yönde bkz. **POLATCAN**, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Kanunu, İstanbul 2004, s. 55.

³⁴⁷ **ÖZBAKAN**, s. 116.

³⁴⁸ 4353 s. Kanun, R.G. 18.01.1943- 5307, Bu takdirde hazine zararının nasıl takip edileceği konusundaki açıklamalar için bkz. Bülent **SAVAŞAL**, “Mali Hükümlerin İnfazı ve Hazine Hukukunun Takibi”, AAM. Y. 7, S. 25, s. 4-5.

³⁴⁹ Askeri Yargıtay kararlarına göre askeri kantinlere ait eşyanın askeri eşya olarak kabul edilmemesi nedeniyle bu eşyaya yönelik zararların askeri savcılıklarca takibinin yapılmaması üzerine Milli Savunma Bakanlığınca bir genelge yayınlanarak bu durumlarda da oluşan zararın takibinin askeri savcılıklara ait olduğu vurgulanmıştır. “ Bazı askeri savcılıkların, işlenen suçlar dolayısıyla askeri kantinlerin uğradıkları zararları, hazine zararı niteliğinde olmadığı gerekçesiyle takip etmedikleri öğrenilmiştir. AsCK.’nın 131. maddesinin ihlalden doğan ceza davalarında, askeri mahkemelerin oluşan zararın hazine zararı olup olmadığına bakılmaksızın ödettilmesine karar verilmesi zorunluluktur. Bu nedenle bu suçlarla ilgili kantin zararlarında, zarar hazine zararı olarak nitelendirilmese de, askeri savcılarının ödetme talebinde bulunulması...” 3 Ekim 1995 gün ve MİY. 40-7-95\ As. Adl. İşl. Yet. As. Czev. Ş. sayılı genelgesinin 1. maddesi. Tam metin için bkz. **POLATCAN**, Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, s.562.

³⁵⁰ “Sorumlu kişi, ekonomik yönden zayıf durumda olup, tazminatın ödenmesi onu zor duruma düşürüyor ve zararın meydana gelmesinde de kasdı veya ağır ihmali bulunmuyorsa hakim tazminatın bir kısmını BK. m. 44 gereğince indirebilir.” Fikret **EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 736.

³⁵¹ “... Borçlar Kanunu’nun 44. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için zararın kasten veya ağır bir ihmali veya tedbirsizlikle yapılmamış olması şart iken, sanığa isnat edilen müteselsil zimmet suçunu kasten işlediği, kastının ihtilas suçuna meydan verebilecek derecede yoğun olduğu dosyada bulunan tanık ifadelerinden anlaşılmakta olduğu nazara alındığı takdirde sanık hakkında BK.’nın 44. maddesinin uygulanması suretiyle tazminatın tenkisi mümkün olmadığı gibi zimmet suçu nedeniyle mamelekinde haksız zenginleşme meydana gelmiş olan zenginleşme kadar tazminata mahuk edilirse müzayaka haline düşeceğini kabul etmek zimmet suçunun niteliği ile bağdaşmaz.” (As. Yrg. 4. D. 14.03. 1989 1989\152-147.) AYKD. S. 8, Y. 1999, s. 155.

tarihinden itibaren faiz talep etmesi halinde mahkemece bu yönde karar verilmelidir.³⁵²

XI.YARGILAMA HUKUKUNA İLİŞKİN HÜKÜMLER

A- SORUŞTURMA USULU

Kural olarak kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili ve görevleri sırasında işledikleri suçlar hakkında yapılacak soruşturma özel hükümlere tabidir.³⁵³ Bu konudaki temel kanun 04.12.1999 tarihinde yürürlüğe giren 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun’dur.³⁵⁴

Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanun³⁵⁵, görevleri sebebiyle suç işleyen kamu görevlilerinin yargılanmasını izne

³⁵² “...Askeri Mahkemece “25.05.2004 tarihinden” itibaren yasal faiz ödettilmesine karar verilmesi de isabetsiz görülmüştür. Çünkü 353 Sayılı Kanunun 16’ncı maddesi uyarınca Askeri Savcılar hazineye ilişkin zararları tespit ve iddianameye yazarak askeri mahkemelerde kovuşturmak ve dava etmekle yükümlüdürler. Askeri Mahkemede görülen bir suçtan dolayı zarar gören kişi veya kişiler, ancak “davaya katılmak” suretiyle zararın tazminini veya istirdatını talep edebilecek olup, yasal faiz istemi de dahil, dava konusu edilmedikçe Askeri Mahkemelerin bu türden zararları kendiliğinden hüküm altına almaya yetkileri bulunmamaktadır.” As. Yrg. 2. D. 23.03.2005 t. 2005/53-360.

³⁵³ Bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 24.

³⁵⁴ Bu kanundan önce 4 Şubat 1329 (1913) tarihli “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat” bulunuyordu ve memurların yargılanması ile ilgili özel hükümler bu kanunda düzenlenmişti. Bu kanunun eleştirisi için bkz. Hamide **ZAFER**, “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin Son Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, İBD., C.:72, S.:4-5-6, Y.:1998, s.211-233. Doktrinde 4483 sayılı Kanun’un da beklentileri karşıladığı düşünülmemektedir. “ Bu yasa Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat’ın getirdiği sistemdeki aşamaların çokluğu ve bu aşamalarda yer alanların yetersizliği nedeniyle soruşturmaların uzamasına ve sürüncemede kalmasına neden olduğu, hatta bu süreçte zamanaşımının dolması nedeniyle suçun cezasız kaldığı, konu ve kapsam yönünden de sakıncalar taşıdığı, özellikle görev sırasında işlenen, ancak görev ile ilgisi bulunmayan suçların da bu yasa kapsamında bulunması nedeniyle belirtilen suçlar hakkında adli mercilerce doğrudan soruşturma yapılmasına olanak vermemesi, ayrıca adı geçen yasanın, Ceza Yasası’nın memur saydığı kişilere de uygulanması...nedeniyle çok geniş bir personel grubu sistemin içine dahil etmesi gibi sakıncaları ortadan kaldırmak için hazırlanmış, ancak tüm bu çabalara rağmen bu amaçları yasa metnine yansıtılmadan yürürlüğe konulmuştur.” İbrahim **PINAR**, Açıklamalı – İctihatlı Devlet Memurları Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.170 vd.

³⁵⁵ Kanunun değerlendirmesi için bkz. Ramazan **ÇAĞLAYAN**, “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, T.C.

bağlamıştır.³⁵⁶ Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle suç işledikleri ihbarı, Cumhuriyet Savcılarına veya diğer soruşturma makamlarına ulaştığında bilgi ve belgeleri izin vermeye yetkili mercie göndererek o makamdan soruşturma izni istenir.³⁵⁷ Bunun üzerine izin vermeye yetkili merci, bir ön inceleme yaptırır. Ön inceleme sonunda rapor hazırlanarak izin vermeye yetkili mercie sunulur. Yetkili merci, rapora göre soruşturmaya izin verilmesi veya verilmemesi yönünde bir karar verir.³⁵⁸ Soruşturma izni veren kararın kesinleşmesinden sonra dosya derhal yetkili Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Bunun üzerine Cumhuriyet Savcılığı Ceza Muhakemesi Kanununda ve diğer kanunlarda belirtilen usul ve esaslara göre soruşturmayı yürütür ve sonlandırır.³⁵⁹

Anadolu Üniversitesi Yayınları No:1599, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir, 4-5 Nisan 2000, s.125-150.

³⁵⁶ “ Tanzimat Dönemine kadar memurlar hakkında kovuşturma yapılması ve ceza davası açılabilmesi için özel usuller öngörülmezken, daha doğrusu mutlak monarşinin gereği olarak buna gerek duyulmazken, Tanzimat Döneminde Danıştay’ın kurulması ile birlikte memurların yargılanması Danıştay’da oluşturulan bir Memurin Muhakemat Dairesine verilmiştir. Bir başka anlatımla, memurların yargılanması için oluşturulan Muhakemat Dairesi, adliye mahkemelerine koşut olarak bidayet, istinaf ve temyiz derece ve kademelerinden oluşturulmuş ve memurların yargılanması görevi adli yargı dışında bir idari merciine verilmiştir. Daha sonra 1876 Kanun-i Esasisi ile Danıştay’ın görevlerinin adliye mahkemelerine verilmesi sonucu, memurların yargılanması görevi de adliye mahkemelerine bırakılmış; ancak 4 Şubat 1329 (1913) tarihinde çıkarılan Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat(MMHK) ile memurların yargılanması bakımından yeniden özel usuller öngörülmüştür. MMHK, uzunca bir süre yürürlükte kaldıktan sonra, 2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.” **GÜNDAY**, s. 552.

³⁵⁷ “ Memurların, görevleri dışında herhangi bir kimse gibi adi suç işlemesi halinde kovuşturma ve yargılama hiçbir farklılık göstermez. Bu nedenle herhangi bir makamdan kovuşturma ve yargılama izni alınmasına gerek yoktur.” Ahmet **TAŞKIN**, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s 397.

³⁵⁸ Ali **AKYILDIZ**, “Memur Yargılanmasında İdari Süreç”, GÜHFD., C. 5, S. 1-2, 2001, s. 157.

³⁵⁹ Söz konusu düzenleme eleştirilmektedir. Buna göre, kamu görevlileri söz konusu olduğunda Cumhuriyet Savcıları eli kolu bağlı bekleyecek hatta ifade bile alamayacaktır. Kamu görevlilerinin normal yargılama usulünden ayrık tutulmalarını gerektirecek haklı bir sebep bulunmamaktadır. Amaç, kamu hizmetlerinin rastgele yapılan şikayetlerle aksamasını önlemekse bu amacı suç uydurma (TCK. m.283) ve iftira (TCK. m.285) suçları sağlamaya yeterlidir. Bu suçların kamu görevlilerine karşı görevleri nedeniyle işlenmesi halinde ağırlatıcı sebep getirilebilir. Açıklamalar için bkz.Bahri **ÖZTÜRK**- Mustafa Ruhan **ERDEM**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara Seçkin Yayınevi 2006, s.779-780.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri suçlarla ilgili soruşturmada genel usul bu olmakla birlikte, 4483 sayılı Kanunun 2'inci maddesinin 2'inci fıkrasında “*görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır*” denilerek, özel kanunlardaki hükümleri istisna tutmuştur.³⁶⁰

Bu istisnalardan birincisi olan ve 4 Mayıs 1990 tarihinde yürürlüğe giren 3628 sayılı “Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu”nun³⁶¹ 17'inci maddesinde, “*bu kanunda yazılı suçlarla, irtikap, rüşvet, ihtilas ve zimmete para geçirme, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçlarından veya bu suçlara iştirak etmekten sanık olanlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat hükümleri uygulanmaz*” denilerek burada belirtilen suçlar hakkında yapılacak soruşturmada ceza muhakemesi hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.³⁶² Üçüncü fıkrasında ise özel soruşturma ve kovuşturma usulü bulunan sanıklar hakkında da kendi kanunlarının uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

³⁶⁰ 353 s. Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Hakkında Kanun m. 8-15 başta olmak üzere, 3628 sayılı Kanun, 2547 s. Yükseköğretim Kanunu m. 53, 54, Yargıtay Kanunu m. 46, Danıştay Kanunu m. 76-82, Noterlik kanunu m. 153-155 örnek olarak sayılabilir.

³⁶¹ Kanun ve kapsamıyla ilgili olarak bkz. Nihat **DÜNDAR**, “3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu Kapsamına Giren Suçlar ve Soruşturulması” TİD., C.:64, S.:394-395, Y.:1992, s.183-203; Halil **ULUSOY**, “3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve Uygulaması Hakkında İnceleme”, TİD., C.63, S.:392, Y.1991, s.121-168.

³⁶² 1913 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat ile rüşvet, zimmet gibi suçların önlenemediğinin görülmesi üzerine, 1930 yılında 1609 sayılı Kanun çıkarılmış, bu kanunla hazırlık soruşturmasının bizzat savcı tarafından yapılması ancak soruşturma öncesi ilgili idareden izin alınması esası getirilmişti. İdarenin izin vermekten kaçınması ve izin taleplerini sürüncemede bırakması nedeniyle adı geçen kanun 3628 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Açıklamalar için bkz. **ÖZTÜRK- ERDEM**, Ceza Muhakemesi, s. 790.

Konumuzu ilgilendiren bu özel kanunlardan bir diğeri ise asker kişilerin işledikleri iddia olunan suçlar nedeniyle yapılacak soruşturma ve kovuşturma usulünü düzenleyen 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulu Hakkında Kanundur.

Bilindiği üzere, bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması için varlığının öğrenilmesi bir zarurettir. Bir suçun öğrenilmesi ise ilgili makamlarca olaya bizzat tanık olunması, suç duyurusu (ihbar)³⁶³ veya şikâyet yollarından biri ile mümkün olabilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun öngördüğü sistemde, bu yollardan herhangi birisiyle suçun varlığını öğrenen Cumhuriyet Savcısı kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacaktır.³⁶⁴ Bu usule re’sen soruşturma denilmekte olup istisnası ise 4483 sayılı kanundur.

Askeri yargı alanında ise bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması için izlenmesi gereken yol farklıdır. 353 sayılı Kanun’a göre askeri kıt’a komutanı veya

³⁶³ Soruşturmanın başlaması yollarından en yaygını suç duyurusudur (ihbar). Suç duyurusu başka makam ya da kişilerin soruşturma organlarına suçu bildirmeleridir. 5237 sayılı TCK.’nın 278. maddesi herkese, 279. maddesi ise kamu görevlilerine öğrendiği suçu ihbar yükümlülüğü getirmektedir. **YURTCAN**, s. 386.

³⁶⁴“ Suç ihbarında bulunan kişi ya da kişiler kimliklerini açıklayabilecekleri gibi gizli de tutabilirler; bunun ötesinde başka bir isim kullanarak da ihbarda bulunabilirler. Her türlü suç duyurusu üzerine kovuşturma organlarının harekete geçmesi gerekir, ancak gerek duyuruların gerek yapılış biçimi ve gerek içeriğinden bunun ciddi olmadığı ilk anda anlaşılabiliriyorsa araştırmaya girilmeyebilir.” **YURTCAN**, s. 386.

01.11.1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’un, 02.01.2003 gün ve 4778 sayılı Kanun ile Değişik 4. maddesi, her ne kadar verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikamet adresinin bulunması gerekeceğini düzenlemişse de ; aynı Kanunun yine 4778 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesi, Kanunun TBMM. ve idari makamlara yapılacak dilek ve şikayetleri kapsadığını belirttiğinden, ihbar niteliğini havi olup, ciddi olmadığı ilk bakışta anlaşılamayan isimsiz- imzasız dilekçeler üzerine de harekete geçilmesi gerekir. Açıklamalar için bkz. İsmail Volkan **ŞAHİN**, “Asker Kişiler Hakkında Şikayet ve İhbar Usulleri”, AAD., Y. 31, Mayıs 2003, S. 117, s. 102.

kurum³⁶⁵ amiri maiyetinden birinin kendisine ihbar veya şikayet olunan veya diğer bir suretle öğrendiği³⁶⁶ suçları hakkında, askeri mahkemelerde yargılanması gereken suçlardan ise, şüphelinin kimliğini, isnat olunan suç ve bu suçun delillerin gösterir bir vaka raporunu düzenleyerek adli yönden bağlı olduğu askeri mahkemenin teşkilatında kurulduğu birlik komutanı veya askeri kurum amirine gönderecektir. Teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı³⁶⁷ veya askeri kurum amiri ise suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya gönderir.³⁶⁸ Askeri yargıda soruşturmanın başlayabilmesi için teşkilatında mahkeme kurulan kıta komutanı veya

³⁶⁵ 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 12-a) Kıta: görevin yapılması için taktik ve idari birlikleri kapsayan ve bir kumanda altında toplanan teşkilatlara verilen addır.

Taktik Birlik: Belli bir kuruluş ve kadrosu olup asli görevi muharebe hareketleri olan teşkilattır. Taktik birlikler içerisinde bazı idari unsurlar da bulunabilir.

İdari Birlik : Belli bir kuruluş ve kadrosu olup asli görevi hizmet hareketleri olan bir teşkilattır.

b) Karargah : Kumandan veya amirlerin kıta veya kurumlarının sevk ve idarelerinde yardımcı olan bir toplumdur. Karargahlar bir kuruluş ve kadro ile tespit edilir.

c) Askeri Kurum : Kıta ve karargah anlamı dışında kalan askeri hastane, okul, orduevi, dikimevi, fabrika, askerlik şubesi, ikmal merkezi ve depo gibi askeri tesis ve teşkilattır.

³⁶⁶ “Kıta komutanı bir suçun işlediğini çeşitli yollardan öğrenebilir; bunu şahsen öğrenebileceği gibi, asker kişilerin şikayet yolu ile ve hiyerarşiyi gözeterek yapabilecekleri sözlü veya yazılı ihbarlarla (AMKYUK m.93/1-2) takibi şikayete bağlı olsun olmasın suçtan zarar gören sivillerin CMK’da yazılı organlara veya sanığın amirine yapabilecekleri ihbar ve şikayetlerin (AMKYUK m.93/3-4) kendisine aksetmesiyle, ölümü şüpheli görülen askeri bir şahsı askeri ve sivil zabıta memurlarının en yakın askeri makama bildirmesi ile (AMKYUK m.94) öğrenir.”

³⁶⁷ “Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler; kolordu, ordu, (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı nezdinde Milli Savunma Bakanlığınca kurulur.

Kuvvet Komutanlıklarının yapacakları teklif veya Genelkurmay Başkanlığının, doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, diğer kıta komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri nezdinde de Milli Savunma Bakanlığınca askeri mahkeme kurulabilir ve aynı yolla kaldırılabilir.

Bir garnizonda aynı Kuvvetten nezdinde askeri mahkeme kurulması gereken birden fazla kıta komutanlığı bulunursa Genelkurmay Başkanlığının uygun göreceği bir kıta komutanlığı nezdinde de Milli Savunma Bakanlığınca yeteri kadar askeri mahkeme kurulması ile yetinilebilir.” 353 s. Kanun’un 1. maddesi.

³⁶⁸ “Askeri Ceza Kanunu’nun 145. maddesine göre astlarının suç oluşturan fiilleri hakkında kanuni takibatta bulunmayan üstler askeri mahkemeye kısa hapis veya altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Suç duyurusu yapılan teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt’a komutanı veya askeri kurum amirinin askeri mahkemede yargılama yapılmasını gerektiren ciddiyet ve önemdeki evrakı işleme koyarak soruşturma emri vermesi bir gereklilik olduğundan; teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt’a komutanı veya askeri kurum amirinin şüpheliyi koruma düşüncesiyle soruşturma açtırmaması AsCK. m. 145’te yer alan suç oluşturma olanağı gibi, şartları varsa görevi ihmal, görevi kötüye kullanmak gibi suçları da oluşturabilir.” ÖZBAKAN, Usul Cilt 1, s. 473.

kurum amirinin kendisine gelen suç evrakını askeri savcıya göndermesi, yani bu suretle askeri savcıyı harekete geçirmesi gerekir. Prensip itibariyle birlik komutanı suç evrakını göndermediği sürece,³⁶⁹ askeri savcının re'sen harekete geçip soruşturmayı yapması mümkün değildir. İşin ağır cezayı gerektiren bir suç olması, gecikmede sakınca bulunması ve nihayet başlanmış bir soruşturmanın, bir başka kişiyi veya suçu kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde askeri savcının kendiliğinden harekete geçmesi mümkündür (AMKYUK m.95).³⁷⁰ Bu hallerde durum derhal teşkilatında askeri mahkeme kurulan birlik komutanı veya askeri kurum amirine bildirilir.

353 sayılı Kanun'un 104. maddesine göre ise askeri hakimler ve savcılar veya yardımcılar hakkında kendi özel kanununa göre soruşturma yapılır. Bu kanun ise 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'dur.³⁷¹

Askeri Hakim sınıfından subayların görevleri ve sıfatlarının önem ve hassasiyetini gözeten yasa koyucu bu kişiler hakkında özel hükümler getirmiştir.³⁷²

³⁶⁹ "353 sayılı Kanun'un 95/3. fıkrası teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askeri kurum amirinin suç evrakını inceledikten sonra askeri savcıya göndereceğini düzenlemiştir. İncelemek, bir değerlendirme yapmayı gerektirdiğinden, yaptığı değerlendirme neticesinde soruşturma açılmasını gerektiren bir durum görmeyen kıt'a komutanı veya askeri kurum amiri ihbarı işleme koymama yetkisini de haizdir." **ÖZBAKAN**, Usul Cilt 1, s. 473.

³⁷⁰ Askeri Savcının re'sen soruşturmaya başlayabileceği hallerden birisi de asker kişiler ve ortakları hakkında 3628 sayılı Kanun'un 21. maddesi gereğince haksız mal edinme suçu nedeniyle yapılacak olan soruşturmalardır.

"....Öte yandan, 3628 sayılı Kanunun 21. Maddesinde, bu kanunda yazılı suçların asker kişiler tarafından işlenmesi halinde, soruşturmaların askeri savcılar tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmış olduğundan, haksız mal edinme suçunu işleyen asker kişilerin bu suçla ilgili davalarına askeri mahkemede bakılması gerekmektedir. Esasen bu yasanın C.Savcılarına, istisnaların dışında, bir izin ve karara ihtiyaç olmadan re'sen soruşturma yapma imkanı verdiği (madde 17,18,19,20) gözetildiğinde, 21 nci maddeye göre de Askeri Savcı, 3628 Sayılı yasaya aykırı bir suç ihbarı aldığı anda re'sen soruşturma yapabilecektir. Bir bakıma bu hüküm 353 S.K.nun 8 ve 95 nci maddeleri çerçevesinde komutanın "soruşturma emrine" gerek kalmadan Askeri Savcıya soruşturmaya başlama imkanı sağlamakta ve böylece 3628 sayılı yasaya aykırı suçları işleyen asker kişilerle ilgili soruşturma ve yargılama görevinin askeri yargıya ait olduğu ortaya çıkmaktadır." As. Yrg. Drl. Krl. 06.06.2002 tarih ve 2002/44-46 sayılı kararı.

³⁷¹ R.G. 26.10.1963- 11541 Mükerrer.

³⁷² Gürbüz **GÜMÜŞAY**, Askeri Hakim Soruşturmaları, [http://www.msb.bak./ mustesar/ MIY_askeri_adalet_yeni/index.asp](http://www.msb.bak./mustesar/MIY_askeri_adalet_yeni/index.asp). (Kurum içi İnternet).

Askerî hakimler suç işlemeleri halinde yargılanacakları mercii veya uygulanacak usul bakımından aşağıda görülen durumlarda bulunabilirler.

1. Askerî Hakim Adayları (Stajyer Askeri Hakimler)
2. Askerî Hakimler, Askerî Savcılar, Yardımcıları, Adli Müşavirler ile İdari Birimlerde Görevli Askerî Hâkim Subaylar
3. Yüksek Mahkeme Üyesi Askerî Hâkim Subaylar (Bşk.,Başsavcı, 2 nci Başkan, D.Bşk. ları dahil)
4. General ya da Amiral Olan Askeri Hakimler

Bunlar da iki ayrı konumda olabilirler.

- a. Yüksek Mahkemelerde (As.Yrg., AYİM.) Görevli General ya da Amiraller
- b. İdari Birimlerde Görevli General ya da Amiraller

Aday askeri hakimler soruşturma ve yargılama sürecinde hakimlik teminatından yararlanamamaktadırlar. Diğer sınıf (P.Top.Tnk. vb.) subaylar gibi haklarında normal bir süreç işlemektedir.

Askerî Hakimler, Askerî Savcılar, Yardımcıları, Adli Müşavirler ile İdari Birimlerde Görevli Askerî Hâkim Subaylar hakkında ise 357 sayılı Askerî Hakimler Kanununun 23 ve devamı maddelerine göre hareket edilir. Buna göre; askeri

hakimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar veya sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan hal veya eylemleri yahut askeri yargıya tabi suçları şikayet ve ihbar edilir veya cereyan eden işlemler öğrenilirse soruşturma izni verilmesine lüzum olup olmadığının tespiti için Milli Savunma Bakanı tarafından ilgili kişiden kıdemli bir askeri adalet müfettişi görevlendirilir. Şayet ilgili kişiden kıdemli müfettiş yoksa Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanı bu görevi yürütür.

Soruşturmasını tamamlayan müfettiş bir kanaat raporu da yazarak evrakları Askerî Adalet İşleri Başkanlığına gönderir. İncelenen evrak Milli Savunma Bakanına arz edilir. Bakan elde edilen sonuca göre hazırlık soruşturması yapılması için izin verilmesine veya disiplin cezası tayinine yahut kovuşturma yapılmasına lüzum görmezse evrakın işlemiden kaldırılmasına karar verir. Hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde evrak gereği için ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir. Hazırlık soruşturması yapılmasına izin verilen suç genel yargıya tabi bir suç ise evrak o yer ağır ceza mahkemesi cumhuriyet başsavcılığına gönderilir ve soruşturma bu başsavcılıkça yapılır. Son soruşturma ise ağır ceza mahkemesince yapılır.³⁷³

Yüksek Mahkeme Üyesi Askerî Hâkim Subaylar (Başkan, Başsavcı, 2 nci Başkan, Daire Başkanları dahil) ile buralarda görevli general ve amiraller hakkında ise ayrıntılı şekilde düzenlenmiş kendi kuruluş kanunlarına bakılmalıdır.³⁷⁴ İdari birimlerde görevli amiral ve generaller hakkında ise 357 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.³⁷⁵

³⁷³ GÜMÜŞAY, s. 3 vd.; Erol ALPAR, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Anayasal ve Yasal Konumu”, TODAİE Amme İdaresi Dergisi, Eylül 1993, s. 57.

³⁷⁴ 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu.

³⁷⁵ GÜMÜŞAY, s. 7.

Hakkında zimmet suçundan soruşturma yapılmakta olan asker kişiler mensup oldukları bakanlıkça³⁷⁶ açığa çıkarılabilirler. Açığa alma; bir kimsenin yürütmekte olduğu görevden uzaklaştırılması ve kendisine herhangi bir görev verilememesi demektir. Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli subay ve astsubayların kadro ve statüleriyle olan ilgi ve ilişkileri baki kalmak üzere geçici olarak vazifeden alıkonulmaları şeklinde tanımlayabileceğimiz açığa alma işlemi, ceza yargılamasında idare tarafından başvuru, idari bir tedbirdir. İsnat olunan eylemin hukuki niteliği ve cezanın ağırlığına göre kamu davası açılmasından sonra uygulanabilen bu tedbir, hüküm kesinleşinceye kadar sürebileceği gibi bazı durumlarda, yargılama safhasında sanık lehine oluşabilecek gelişmeler doğrultusunda, yargılama sonlanmadan da kaldırılabilir.

Askeri hizmet ve personel özlük hakları yönünden önemli hukuki sonuçlar doğuran bu işleme karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde iptal davası açılabilmektedir.³⁷⁷

³⁷⁶ Bu bağlamda, Kara, Deniz, Hava Kuvvetlerine mensup personel açısından Milli Savunma Bakanlığı, jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeli yönünden ise İçişleri Bakanlığı bu yetkiyi kullanmaktadır. Uygulamada, Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlığı mensubu subay ve astsubayların açığa alınması, açıklı personelin yargılama safahatının takip edilmesi ve gerektiğinde açıklarının kaldırılması Askeri Adalet İşleri Başkanlığı teşkilatında bulunan Karar ve İddianame Tetkik Şubesi marifetiyle yürütülürken, jandarma ve Sahil Güvenlik personeli ile ilgili açık işlemleri, İçişleri Bakanlığının verdiği yetki gereğince, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından yerine getirilmektedir. Cengiz **TÜRKOL**, Açığa Alma İşlemleri, http://www.msb.bak./mustesar/MIY_askeri_adalet_yeni/index.asp. (Kurum içi İnternet), Mustafa **ŞAHİN**, “Açığa Alma ve Neticeleri”, AAM. Y. 4, S. 13, s. 864 vd.

³⁷⁷ “Dava, astsubay olan davacının hakkında 2.Kolordu K.lığı Askeri Savcılığı’nca zimmet, görevi kötüye kullanmak, memuriyet nüfuzunu suiistimal etmek, askeri aracı hususi menfaatinde kullanmak ve erleri kanuna muhalif olarak özel işlerinde çalıştırmak suçlarından dolayı kamu davası açılması nedeniyle idarece açığa çıkarılma işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

Açığa çıkarılan astsubaylar hakkında yapılacak işlemlerin ne olduğu ve nasıl yürütüleceğini düzenleyen 926 sayılı TSK.Personel Kanununun 106 ncı maddesi bu konuda subaylar hakkında hüküm içeren aynı kanunun 65 nci maddesine genel yollama yapmaktadır. Sözü geçen 65 nci maddenin (a) bendinde: “Haklarında ölüm veya ağır hapis cezasını gerektiren veya yüz kırtıcı bir suçtan yada taksirli suçlar hariç olmak üzere 5 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir cürümden veya emre itaatsizlikte ısrar, üste veya amire fiilen taarruz, üste veya amire hakaret, mukavemet suçlarından dolayı kamu davası açılanlar mensup oldukları bakanlıklarca açığa çıkarılabilirler..” denmektedir.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 65. maddesi açığa alınan subay ve askeri memurlar hakkındaki hükümleri, 106. maddesi ise astsubaylar hakkındaki hükümleri düzenlemektedir.³⁷⁸

Anılan maddelerin ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir :

“Madde 65- *“Açığa alınan veya tutuklanan subay ve askeri memurlar hakkında aşağıdaki esaslara göre işlem yapılır:*

a) Haklarında ölüm veya ağır hapis cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı bir suçtan ya da taksirli suçlar hariç olmak üzere 5 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir cürümden veya emre itaatsizlikte ısrar, üste veya amire fiilen taarruz, üste veya amire hakaret, mukavemet suçlarından dolayı kamu davası açılanlar mensup oldukları bakanlıklarca açığa çıkarılabilirler.

Ancak, emre itaatsizlikte ısrar, üste veya amire fiilen taarruz, üste veya amire hakaret, mukavemet suçlarında; teşkilatında mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri tarafından fiilin işleniş şekli, niteliği ve disiplini ihlal derecesi

Görüldüğü gibi açığa alınmanın ilk koşulu ilgili personel hakkında, yasada belirtilen nitelikte bir fiilden dolayı hakkında kamu davası açılmasıdır.

Davacı hakkında 2. kolordu K'lığı Askeri Savcılığının 16.02.1998 gün ve E. 1998/16, K. 1998/123 Sayılı iddianamesi ile zimmet, görevi kötüye kullanmak, memuriyet nüfuzunu suiistimal vb. suçlardan kamu davası açılmıştır.

Bu suçlardan zimmet suçu T.C. Anayasası'nın 76/2, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48/5 , 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesi ile 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 8/b maddesinde yüz kızartıcı suçlar arasında sayılmıştır.

Davacıya iddianamede yüklenen suç yüz kızartıcı bir suçtur. Bu yönüyle de 926 sayılı kanunun 65 nci maddesinde sayılan haller içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Suçun niteliği ve iddianamedeki anlatım ve gösterilen deliller muvacehesinde idarenin açığa alınma konusundaki takdir hakkını davacı lehine kullanmamış olmasında bir zaaf görülmediği bilakis kamu yararı bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.” AYİM. 2.D. 18.11.1998; E.1998/514, K. 1998/709).

³⁷⁸ Hakkında özel kanun bulunan askeri personelin açığa alınma prosedürü ilgili kanununda gösterilmiştir. Bkz. Jandarma Genel Komutanlığı Personeli asker kişiler için 2803 sayılı Kanun m. 16 ve 3466 sayılı kanun m. 17.

bakımından açığa alınmayı gerektirip gerektirmediği hakkında bir görüş bildirilmişse bu görüş de dikkate alınır....

Madde 106- *“Astsubayların açığa alınmaları ve açıklarının kaldırılması subaylar hakkındaki hükümlere tabidir. Astsubayların açığa çıkarılmaları, açıkların kaldırılması ve açığa çıkarılan, tutuklanan, cezası infaz edilmekte olan veya firar ve izin tecavüzünde bulunan astsubaylar hakkında 65 inci madde hükümlerine göre işlem yapılır.”*

Açığa çıkarmayı düzenleyen maddelerde açığa çıkarmayı gerektirebilecek tüm suçlar tek tek sayılmamıştır. Bu nedenle konumuzu oluşturan zimmet ve ihtilas suçlarının açığa çıkarmayı gerektirip gerektirmeyeceği açısından “ağır hapis” ve “yüz kızartıcı suç” kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

As.CK. m. 131’de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçunun yaptırımını esas olarak ağır hapistir. Bu nedenle zimmet ve ihtilas suçunun madde kapsamına girdiği düşünülebilir. Ancak zimmet suçunun az vahim olarak işlenmesi durumunda yaptırım hapis cezasıdır. Bunun yanında 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 11.05.2005 gün ve 5349 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değişik 6. maddesi ile kanunlarda öngörülen “ağır hapis” cezaları “hapis” cezasına dönüştürülmüştür.³⁷⁹

³⁷⁹ “ AsCK.’nın Ek madde 8\1 ve 5252 sayılı Kanun’un 5349 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinde yer alan hükümler karşısında, ağır hapis cezası 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren hapis cezasına dönüştürüldüğünden, hükümlünün infazı yapılacak hürriyeti bağlayıcı cezasının Dört Yıl Oniki Ay hapis olarak gösterilmesi gerekirken, 2 Haziran 2005 tarihli Duruşmasız İşlere Ait Karar ile Dört Yıl iki Ay Ağır Hapis ve 10 Ay Hapis olarak kabul edilmesi isabetsiz bulunmuştur.” As. Yrg. 1. D. 10.08.2005, 2005\0801-0790 sayılı kararı.

Zimmet ve ihtilas suçlarının başta Anayasa ve As.CK³⁸⁰ olmak üzere çeşitli kanunlarda yer alan bir özelliği de “yüz kızartıcı suç” olarak nitelendirilmesidir. Anayasa’nın millet vekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76’ncı maddesinde; “...zimmet,ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla (suçlardan biriyle) hüküm giymiş olanlar affa uğramış olsalar bile millet vekili seçilemezler” biçiminde ifade edilmiştir. Benzeri düzenlemeler çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Buna seçim mevzuatı ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesindeki hükümler örnek gösterilebilir.

“Yüz kızartıcı suç” teriminin, günümüzün suç ve ceza politikasına uygun olduğu söylenemez. Gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı Ceza Kanunlarında “yüz kızartıcı suç” şeklinde bir suç kategorisi bulunmamaktadır. Söz konusu suç kategorisi Osmanlı döneminden kalma bir terminoloji olarak kanunlarda bulunmaktadır.³⁸¹

Yüz kızartıcı suçlarla ilgili düzenlemeler önemli bir tartışmaya sebebiyet vermektedir. Söz konusu düzenlemelerde bazı suçlar sayıldıktan sonra “gibi yüz kızartıcı suçlardan” hükümlü olmamak ibaresi yer almaktadır. İbarede “gibi” kelimesinin bulunması, yüz kızartıcı suçların kanunda sayılanlarla sınırlı olup olmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır.

³⁸⁰ 1632 sayılı AsCK.’nın 30\B bendinde Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılmayı gerektiren suçlar sayılmış ve “yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçtan” hükümlülük halinde ilgilinin TSK ile ilişkisinin kesilebileceği belirtilmiştir.

³⁸¹ Muhtar ÇAĞLAYAN, “Yüz Kızartıcı Suç Üzerine Bir İnceleme ve Önerimiz”, AD., C.:68, Y.:1977, s.36; Erol ALPAR, “657 sayılı Devlet Memurları Kanununda 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı”, TİD., C.63, S. 391, Y. 1991, s.89.

Doktrinde bazı yazarlar “yüz kızartıcı suçlar”ın sayılanlarla sınırlı olmadığını, gibi edatı ile bu suçlara benzeyen diğer bazı suçların da yüz kızartıcı suç olabileceğini ifade etmektedir.³⁸²

Bazı yazarlar da neredeyse “medeni ölüm” cezasının sonuçları gibi sonuç doğuran yüz kızartıcı suç kavramının içeriğini belirlemeyi hakimlere bırakmanın tehlikeli olduğunu aksi bir durumun keyfilik ve haksızlığa yol açacağını ifadeyle, bu kavramı hukuk sisteminden çıkartılınca kadar, yüz kızartıcı suçların kanun maddelerinde sayılanlarla sınırlı tutulması gerektiğini belirtmektedirler.³⁸³ Bu görüşü savunanlar, “esasen yüz kızartıcı suçtan söz eden bütün kanunlarda daima aynı suçların yani “zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, ve dolanlı iflas suçlarının sayılmasının bir anlamı olması gerekir. Bu suçlar örnek olarak gösterilmiş olsalardı değişik kanunlarda başka başka suçlar da örnek olarak gösterilirdi. Oysa çeşitli kanunlarda konu ile ilgili maddelere çeşitli zamanlarda yüz kızartıcı suçlar dışında başka suçlar eklenirken, yüz kızartıcı suçlarda bir değişim olmamaktadır” demektedir.

AsCK. m. 30\B’de açıkça “...basit ve nitelikli zimmet...gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı” suçlardan hükümlülük halinde asker kişinin TSK’dan çıkarılacağı hükme bağlanarak zimmet ve ihtilas suçlarının yüz kızartıcı olduğu

³⁸² **MALKOÇ**, s.590; **ÇAĞLAYAN**, s.41; **ALPAR**, s.99; Bu yazarlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin 12.05.1937 gün ve 991 sayılı yorum kararında yüz kızartıcı suçların neler olduklarının takdirinin mahkemelere bırakılmasından yola çıkarak bu yorumun söz konusu suçların sınırlı sayıda bulunmadığının bir karinesi olduğunu kabul etmektedirler.

³⁸³ Nevzat **TOROSLU**, “Ertelenmiş Mahkumiyetin Memuriyete Etkisi”, SÜHF., Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s.100.

kabul edildiğinden asker kişiler hakkında bu suçlar nedeniyle açığa çıkarma işlemi uygulanabilecektir.³⁸⁴

B. KOVUŞTURMA USULU

353 sayılı Kanun, görev esasını tespit ederken, hem failin şahsiyetini ve hem de suçun mahiyetini esas tutmuştur.³⁸⁵ Askeri yargıda görev; suç failinin sıfatı veya işlediği suçun niteliği bakımından tabi olacağı mahkemeyi tayin keyfiyetidir. Bir başka anlatımla, askeri kazada mahkemelerin görevi suçun mahiyetine, suçlunun sıfatına, rütbesine, suçun işlendiği yere, zamana, askerlik görevine ilişkin olup olmadığına, mağdurun asker kişi olup olmadığına göre tespit edilir.³⁸⁶

353 sayılı Kanun'un 9. maddesi, *“Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.”* Hükmünü amirdir.

Görüleceği üzere, askeri mahkemelerin görevini tayinde başta gelen unsur failin asker kişi sıfatını haiz olmasıdır.³⁸⁷ Buna göre; askeri mahkemeler, kanunda aksi belirtilmedikçe, asker kişilerin:

a. Askeri suçlarına,

³⁸⁴ “926 sayılı TSK.leri Personel Kanununun 65 nci maddesindeki “açığa çıkarılabilirler” ibaresinden, idareye bu konuda takdir hakkı verildiği kuşkusuzdur. Takdir yetkisi, genellikle belirli olaylar karşısında idari makamların alabileceği kararlar arasında seçim hakkına sahip bulunduğu şeklinde tanımlanabilir... Mevzuat hükümlerine göre davacının durumu değerlendirildiğinde; hakkında ağır hapis cezası gerektiren ve aynı zamanda yüz kızartıcı suçlardan olan “müteselsilen ihtilâsen zimmet” suçundan kamu davası açılan davacının müsnet suçu; 926 sayılı TSK.leri Personel Kanununun 65/a maddesinde belirtilen açığa alınmayı gerektiren suç kapsamında olduğundan idarenin takdir yetkisi hukuka uygun kullanılmıştır.”

³⁸⁵ TAŞKIN, s. 12.

³⁸⁶ M. Hilmi ÖZARPAT, Askeri Ceza Yargılama Usulu Hukuku, Ankara 1949, s. 60.

³⁸⁷ YAMAN, Görev Sorunları, s.60.

- b. Asker kişilere karşı işledikleri suçlara,
- c. Askeri yerlerde işledikleri suçlara,
- d. Askerlik hizmeti ve göreviyle ilgili olarak işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler.³⁸⁸

Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununa göre, askeri mahkemeler,³⁸⁹ barış halinde iki askeri hâkim ve bir subay üyeden kurulur (AMKYUK m.2). Subay üyenin en az yüzbaşı rütbesinde ve muharip sınıftan olup, taksirli bir suçtan başka bir cürümle mahkûm edilmemiş ve sanıktan kıdemsiz olmaması ve yargılama süresi içinde onun en yakın amiri olmaması gerekir. Ülkemizde görev yapan 32 askeri mahkemenin kuruluşu bu tarzdadır. Ancak bunlardan Genelkurmay Mahkemesi generalleri yargıladığı takdirde üç kişiden değil, beş kişiden oluşur ve bu durumda üyelerinden üçü askeri hâkim, ikisi general veya amiral rütbesinde muharip subay olur (AMKYUK m.2).

³⁸⁸ YAMAN, Görev Sorunları, s.60.

³⁸⁹ Askeri Mahkemeler Kaynağını Anayasadan almaktadır. “Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hakim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir.” 1982 Anayasası m. 145, Askeri Yargının Anayasal temelleri konusunda bkz. Ferhat FERHANOĞLU, Türk Askeri Yargı Sistemi (Askeri Yargı), Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, s.278.

353 sayılı Kanun'un 19. maddesinin 1. fıkrasına göre, subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar hariç olmak üzere, adli para cezasını veya yukarı haddi üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren Askeri Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yazılı suçları işleyenlerin davalarına ve suç olmayan eşyanın müsadereesine askeri mahkemelerin hakim sınıfından olan üyelerinden birisi tarafından bakılır.

Askeri mahkemelerde iddia makamını bir askeri savcı ile yeteri kadar askeri savcı yardımcısı oluşturur (AMKYUK m.6).³⁹⁰

Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı zimmet ve ihtilas suçlarını işleyen asker kişiler kural olarak askeri mahkemelerde yargılanacaklardır. Subay ve astsubaylar dışında kalan asker kişilerin işlediği iddia edilen az vahim nitelikteki zimmet ve ihtilas suçlarına tek hakimden oluşan askeri mahkemece, vahim nitelikteki zimmet ve ihtilas suçlarına ise iki askeri hakim ve bir subay üyeden oluşan heyet halindeki mahkemece bakılacaktır. Çünkü az vahim nitelikteki zimmet ve ihtilasın cezasının üst sınırı 3 yıl, vahim nitelikteki zimmet ve ihtilasın cezasında ise üst sınır 5 yıldır.

Askeri mahkemelerin asker kişilerin işlediği zimmet ve ihtilas suçları nedeniyle görevli olmadığı iki istisnai durum bulunmaktadır. Bunlardan birincisi Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri ile Başsavcılarını aleyhine açılacak olan davalardır. 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun 37. ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 32. maddelerine göre bu kişiler

³⁹⁰ Askeri Savcılık Teşkilatı konusunda bkz. M.Yasin **ASLAN**, "Askeri Yargıda Savcılık", AAD, S.103, Y.26, 1998, s.62.

aleyhine görevleri ile ilgili suçlardan³⁹¹ açılacak davalara Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi tarafından bakılacaktır.³⁹²

Sivil kişiler AsCK.'da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının faili olamasalar³⁹³ da asker kişinin bu suçlarına iştirak edebilirler. Bu durumda asker kişi ve sivil kişi 353 sayılı Kanun'un 12. maddesi³⁹⁴ gereğince AsCK. hükümlerine göre askeri mahkemelerde yargılanacaklardır.

³⁹¹ Görevden doğan ya da görevle ilgili suç, suçun memuriyet nedeniyle, memuriyet görevinin ve işlemlerinin yapılması dolayısıyla işlenen suçtu ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, memurun görevindeki yetkilerini kullanması veya kullanmaması yoluyla işlediği suçtur. Açıklamalar için bkz. **YAMAN**, s. 102-103; **PINAR**, s. 175.; **TAKIN**, s. 400.

³⁹² "Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar." Bkz. 1982 Anayasası m. 148.

³⁹³ AsCK.'nın 131. maddesi askeri erzak, eşya ve hayvanların çalınmasını, zimmete geçirilmesini, ihtilas edilmesini, satılmasını, rehine verilmesini, satın alınmasını, rehin olarak kabul edilmesini, gizlenmesini cezalandırmaktadır. AsCK.'nın 192. maddesine göre sivil kişiler ancak bu maddede yazılı askeri eşyayı çalmak, rehin kabul etmek ve gizlemek suçlarını işleyebilirler. Bu durumda sivil mahkeme tarafından yapılan yargılamada AsCK. m. 131 uygulanır.

"...Sivil kişi sanık N.Y.'ın, 14.6.2000 günü, 65.Mknz.P.Tug. Komutanlığı'na girerek burada bulunan metal boruları çaldığı, daha sonra çaldığı malla yakalandığı, böylece, hırsızlık suçunu işlediği ileri sürülerek, eylemine uyan Türk Ceza Kanunu'nun 492/2, 522. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle Lüleburgaz Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 27.11.2000 gün ve E: 2000/1158, K: 2000/762 sayılı iddianamesiyle kamu davası açılmıştır.... Sanığın, askeri mahalde, askeri malzeme çaldığı ileri sürülerek Türk Ceza Kanunu'nun 492, 522. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle açılan davada, yüklenen eylem 353 sayılı Yasa'nın 11. ve Askeri Ceza Kanunu'nun Ek-6. maddesinde sayılan suçlar arasında bulunmamaktadır.

Diğer yandan, 1632 sayılı Askeri Ceza Yasası'nın 192. maddesinde; "..... askeri eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair 131. maddede yazılı suçlar askeri mahkemelere tabi olmayan siviller tarafından yapılırsa umumi mahkemeler bu kanun hükümlerini tatbik ederler" hükmünün yer alması karşısında; sanığa yüklenen ve iddianamede gösterilen fiilin Askeri Ceza Yasası'nın 131. maddesindeki "askeri eşyayı gizlemek" olarak nitelendirilmesi halinde dahi, davanın adli yargı yerinde görülmesi ve Lüleburgaz Asliye Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmektedir."

³⁹⁴ "Askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askeri

İkinci istisnai durum ise Jandarma³⁹⁵ ve Sahil Güvenlik Komutanlığı³⁹⁶ personelinin mülki ve adli görevleri nedeniyle kovuşturulmalarıdır. Jandarmalar asker kişi olmakla birlikte , bazı görevleri açısından emniyet mensubu polislerle aynı statüye tâbidirler. Bir başka deyişle, bu görevlerini yerine getirirken işledikleri suçlarında, bir nevi asker kişi sıfatları ortadan kalkmaktadır.³⁹⁷

Bu bağlamda, asker kişilerin, “askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar” bakımından askeri yargıya tabi olmalarında, jandarma sınıfı bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. Jandarmanın emniyet ve asayişini sağlamak

mahkemelere; eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerine aittir.”

³⁹⁵ 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 3. maddesinde jandarma şu şekilde tanımlanmıştır: “Türkiye Cumhuriyeti Jandarması emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvvetidir.”

³⁹⁶ Bütün sahillerimiz, karasularımız ve iç sularımızın korunması, güvenliğin sağlanması, denizlerde bazı hak ve yetkilerin kullanılması ve deniz yolu ile yapılan kaçakçılığın önlenmesi ve izlenmesi ile ilgili olarak, 09.07.1982 tarih ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ile, TSK. Kadro ve kuruluşu içinde olmak üzere, barışta görev ve hizmet yönünden İçişlerine bağlı silahlı bir güvenlik komutanlığı olan Sahil Güvenlik Komutanlığı kurulmuştur. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Ayhan **ÖNDER**, “ Askeri Yargının Görev Sorunları”, in: Askeri Yargıtay’ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Dergisi, Ankara 1999, s.113.

³⁹⁷ Jandarmanın görevleri şunlardır: “a) Mülki görevleri;

Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak.

b) Adli görevleri;

İşlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.

c) Askeri görevleri;

Askeri kanun ve nizamların gereği görevlerle Genelkurmay Başkanlığınca verilen görevleri yapmak.

d) Diğer görevleri;

Yukarıda belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak.” 2803 sayılı Kanun m. 7. Görevler ve yerine getiriliş usulu hakkındaki açıklamalar için bkz. Cihan **KOÇ**, Kolluğun Adli Görevleri, Kartal Yayınevi, Ankara 2006, 11 vd.

üzere gerçekleştirdiği faaliyetler mülki görevine girmekte iken suçun işlenmesinden sonra suç delillerinin toplanması ve faillerin yakalanması faaliyetleri adli görevine girmektedir. Bu her iki görevin askerlik hizmet ve görevleriyle bağlantısı yoktur. Bu nedenlerle adli ve mülki görev³⁹⁸ esnasında işlenen zimmet ve ihtilas suçları açısından görevli yargı yeri adli yargı yeri olduğu gibi uygulanacak kanun da TCK. olacaktır.³⁹⁹

³⁹⁸ “Sanığın zimmetine geçirdiği iddia olunan malzemelerin, Karaçoban İlçesi Kaymakamlık Makamına vekâlet ettiği 12.11.1998-14.09.1999 tarihleri arasında Kaymakamlık ödeneği ve imkanları kullanılarak alınan malzemeler olup, sanığın yaptığı bu görevin, 2803 sayılı Jandarma Teşkilât Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 7/a madde ve bendine göre jandarmanın mülki görevine girmesi, aynı Kanun’un 15/d madde ve bendine göre de jandarmanın mülki görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” hükümlerine göre adliye mahkemelerinde yargılanacağı, Kaymakamlık imkân ve ödenekleri kullanılarak alınan bu malzemelerin sonradan İlçe Jandarma K.lığında kullanılmasının bu durumu değiştirmeyeceği dikkate alındığında, Askerî Mahkemenin görevsizlik kararının hukuka uygun olduğu anlaşıldığından..” As. Yrg. 13.03.2007 t. ve 2007\614-608. sayılı kararı.

³⁹⁹“Mazıdağı İlçe Jandarma Bölük Komutanı olarak görevli J.Yzb. sanık A.Ç.’in, 1996 yılı içerisinde, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler hakkında Yasa’nın 4178 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 9. maddesi ile bu maddenin uygulanmasını gösteren yönetmelik hükümleri uyarınca, sorumluluk sahasındaki gönüllü ve geçici köy korucularının ellerinde bulunan ruhsatsız silahların ruhsata bağlanması amacıyla yapılan çalışmalar sırasında, N.Ö. ve S.A. isimli kişilerden ruhsat verileceği ve bu kişilerin de korucu yapılacakları vaadiyle iki adet kaleşnikof marka silah ile geçici köy korucusu A.Ö.’den de aynı şekilde star marka 9 mm. lik tabancasını teslim aldığı, yasa ve yönetmelikte öngörülen hiç bir resmi işlemi yapmadan bu silahları yedinde alıkoyduğu, silah sahiplerinin işlemlerin sonucunu sormaları üzerine silahları vermeyeceğini söylediği, böylece ihtilâsen zimmet suçunu işlediği ileri sürülerek 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüsvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasası’nın 21. maddesi uyarınca asker kişi sanığa yüklenen bu suçla ilgili soruşturma yapma yetkisinin askeri savcılığa ait olduğu açıklanarak, sanık hakkında hazırlık soruşturmasını yürüten Mazıdağı Cumhuriyet Başsavcılığı’nca 6/3/1998 gün ve 1997/122 - 1998/2 sayılı görevsizlik kararı verilmiştir. Yüklenen suçun, askeri hizmet veya görevleriyle ilgili olarak işlenmediği gibi suça konu silahların da askeri malzeme olmadıkları açıktır. Mülki görevlerine girmesi nedeniyle; ilçe jandarma bölük komutanı jandarma yüzbaşısı sanık hakkında TCK.’nın 202/1 maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasının adli yargı yerinde görülmesi gerekir.” UMC 16.04.1999 ve 1999\7-7 sayılı kararı.

SONUÇ

AsCK. m. 131’de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının faili sadece asker kişiler olabilir. Bu maddede cezalandırılan zimmet ve ihtilas suçlarını kapsar şekilde zimmet ve ihtilas suçunu oluşturan eylemlerin “askeri bir hizmet yaparken veya vazifeyi suiistimal ederek” gerçekleştirilmesi şartı aranmıştır. Bu şartın gerçekleşebilmesi de ancak failin asker kişi olması halinde mümkündür.

765 sayılı TCK’da suçun faili memur olarak ifade edilmişti. 765 sayılı TCK’nın 279’uncu maddesinde kanunun uygulanmasında kimlerin memur sayılacağı uzunca bir şekilde tanımlanıyordu. 765 sayılı TCK döneminde memur tanımı tartışmalara sebebiyet vermiş ve tanımın yetersizliğinden dolayı pek çok özel kanunla çeşitli kurumlarda çalışanlar işledikleri suçlarda TCK anlamında memur olarak kabul edilmişlerdir.

5237 sayılı TCK. açısından ise fail “kamu görevlisi” olacaktır. Sonuç olarak zimmet suçunun işlenebilmesi için belli statüde bulunmak koşulunun aranması nedeniyle hem her iki Genel Ceza Kanunu hem de AsCK. açısından zimmet özgü (mahsus) suç niteliği taşımaktadır.

5237 sayılı TCK açısından kamu idaresine karşı işlenen bir suç söz konusu olduğundan ve failin bağlı bulunduğu idarenin malını, yine idarenin görmekle yükümlü olduğu fonksiyonun gerektirdiği şekilde kullanılması amacı güdüldüğünden, TCK’nın suçun oluşumu açısından aradığı yegane koşul malın-kime ait olursa olsun- faile görevi gereği teslim edilmiş olmasıdır. Zimmet suçuyla korunmak istenen hukuki yarar zimmete geçirilen şeyin mülkiyeti olmayıp devlete ve

memura duyulan güvenin sürekliliğinin sağlanması olduğundan hukuki yararı zarara uğratılan devlet zimmet suçunun mağdurudur.

AsCK açısından ise TCK. açısından ulaştığımız sonuca ulaşmamız güç görünmektedir. Çünkü zimmet ve ihtilas suçları mal aleyhine işlenen suçlar arasında sayılmıştır. Bu durumda askeri eşya dışında kalan eşyalar açısından eşyanın sahibi gerçek veya tüzel kişiyi de mağdur saymak gerekebilir.

Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında 131. maddenin kanundaki düzenleniş yerine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmaksızın AsCK. açısından da korunan hukuki menfaatin kamu idaresine karşı dürüst davranılmasının temini olduğu belirtilmektedir.

1632 sayılı AsCK'nın 131 nci maddesinde düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları esas olarak askeri eşya üzerinde işlenebilir. Askeri eşya veya malzeme askeri hizmetin icabı olarak günlük çalışmalarda asker kişilerin kullandığı malzemelerdir. Bunlara kısaca Ordu Malı diyebiliriz.

AsCK. m. 131/2. fıkrasına göre zimmet ve ihtilas suçunun silah, cephane veya her hangi bir müdafaa vasıtası üzerinde işlenmesi halinde ise ceza arttırılacaktır.

AsCK. m. 131'de düzenlenmiş olan zimmet ve ihtilâs suçlarının gerçekleşmesi için için öncelikle yapılmakta olan askeri bir hizmet olmalıdır. ASCK'nın 12. maddesi, hizmeti "Bu kanunun tatbikatında hizmet tabirinden maksat, gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması halidir." şeklinde tanımlamıştır.

TSK İç Hizmet Kanununun 7. maddesine göre "Askerî Vazife": "Hizmetin icap ettirdiği şeyi yapmak ve men ettiği şeyi yapmamaktır."

Askeri Yargıtay, askerlik hizmetinin özelliğine nazaran, askerlik maksat ve menfaatlerinin zorunlu kıldığı hallerde de, “kanunlara uygun olmak koşulu ile askerî vazife”nin ve bu bağlamda tevdiin kendiliğinden oluştuğunu kabul etmektedir. Bu konuda kabul edilen kriterler fiili uygulama, geleneklerden kaynaklanan tevdi ve zımni görevlendirme olarak sıralanabilir.

Zimmet suçuna özelliğini veren husus zimmete geçirmedir. Söz konusu suç, asker kişinin askerî hizmet yaparken kendisine tevdi edilen veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesiyle oluşur.

Zimmet suç konusu değerin tahsis amacının dışına çıkarılması ve failin malvarlığına girmesi ile tamam olur. Bu nedenle zimmet suçu ani suçtur. Zimmet suçunun işlendiği zaman ile ortaya çıktığı zaman farklı olabilir. Zimmet suçu ile korunan hukuki yarar malvarlığına zarar verilmemesine yönelik bir yarar olmayıp, kamu idaresine duyulan güvenin zarar görmesini engellemek ve dürüst davranılmasını sağlamak olduğundan maddi bir zararın doğmuş olup olmaması veya tazmin veya tazmin edilmemiş olması suçun tamamlanması açısından önem taşımaz.

AsCK. m. 131’de düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları da kasıtlı olarak işlenebilecek olan suçlardır, kanunda taksirli şekillerinin cezalandırılacağına ilişkin bir açıklık yoktur. Bu durum TCK.’da düzenlenen zimmet suçu açısından da geçerlidir. Ancak, zimmete geçirme kastının açıklıkla ortaya konulması gerekir.

AsCK. m. 41/2’de hukuka uygunluk sebebi olarak sadece amirin emrini ifaya yer verilmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebi dışında kalan durumlarda AsCK m. 1 gereği TCK. hükümleri uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK.’nın 247. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, suçun zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde ceza arttırılacaktır. AsCK. m. 131 açısından ise zimmet ve ihtilâs suçlarının cezaları aynı miktarda belirlenmiştir.

Zimmet suçunun özellikle de nitelikli zimmet suçunun, sıklıkla başka suçlarla birlikte işlendiği görülmektedir. Fail kamu görevlisi ya da asker kişi zimmet suçunu işlemeden önce, işlerken ya da işledikten sonra suçu gizlemek için başka suçlar da işleyebilmektedir. Askeri Yargıtay ve Yargıtay uygulaması, zimmet dışında başka suçlar, malın zilyetliğini elde etmek için değil, fakat zimmet suçunu işlemek ya da gizlemek için işlendiğinde bu suçlardan ayrıca ceza verilmeyip zimmet suçunun ağırlaştırılmış şeklinden ceza verilmesi gerektiği yönündedir. Bu bağlamda, fail zimmet suçunu işleyebilmek için evrâkta sahtekârlık, suç uydurma, güveni kötüye kullanma gibi suçları işlerse sadece nitelikli zimmet suçundan cezalandırılacaktır.

AsCK.’nın 131. maddesinde düzenlenen zimmet ve ihtilas suçları seferberlikte işlenmesi halinde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, az vahim hallerde iki seneden aşağı olmamak üzere beş seneye kadar ağır hapis cezasını gerektirmektedir. Buna göre zimmet ve ihtilas suçlarının seferberlikte işlenmesi ağırlatıcı nedendir.

AsCK.'nın 131. maddesinin birinci fıkrasında zimmet ve ihtilas suçlarını işleyenlerin beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağını belirtildikten sonra 2. fıkrasında az vahim hallerde üç seneye kadar hapis cezası hükmolunabilir demek suretiyle cezanın miktarını önemli ölçüde etkileyecek bir kriter getirmektedir.

Az vahim halin tanımı kanun tarafından yapılmamış buna ilişkin TBMM tutanaklarında da bir açıklamaya yer verilmemiştir. Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında; az vahim halin zaman ve mekâna, eylemin işleniş tarzına ve amacına, suç konusu para veya eşyanın ekonomik değerine, suçtan doğan neticenin ağırlığına veya hafifliğine göre hâkim tarafından takdir edileceği ve bütün takdir halarında olduğu gibi bunun da Askeri Yargıtay'ın denetimine tâbi olacağı, ancak bu denetimin, takdir hakkının objektif kıstaslara dayanıp dayanmadığına, mâkul ve mantıkî olup olmadığına, takdirde çelişki ve zaafa düşülüp düşülmediğine ilişkin olacağı kabul edilmektedir.

AsCK'da kullanma zimmeti düzenlenmemiştir. Bu nedenle failin, zimmete konu eşyayı geçici olarak özel işinde kullanıp iade etmesi durumunda zimmet suçundan cezalandırılması düşünülemez. Yeter ki bu kullanım geçici ve istisnai olsun. Ancak buna rağmen Askeri Yargıtay iade etmek üzere yapılan geçici kullanımları zimmet olarak nitelendirmektedir.

AsCK.'da düzenlenen zimmet ve ihtilas suçlarının failinin ancak asker kişi olması nedeniyle bu suçlar özgü suçlardır. Asker kişinin işlemiş olduğu zimmet ve

ihtilas suçlarına sivil kişilerin de katılmaları olasıdır. Bu takdirde asker kişinin eylemine bilerek katılan sivil kişi müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacak, ancak yardım eden veya azmettiren sayılabilecektir.

Askeri Yargıtay, zimmet suçuna teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ancak bunun için zimmete geçirilen eşyanın niteliği gereği fail tarafından mâlikmiş gibi zimmete geçirilen mahalde kullanılabilmesi gerekir. Bunun dışında failin eşyayı kendi hâkimiyet alanına sokması gerekir.

AsCK.'nın 131. maddesinde öngörülen zimmet ve ihtilas suçları için TCK'ya nazaran daha az ceza öngörülmüştür. Asıl ceza 5 seneye kadar ağır hapis cezasıdır. Hakim TCK.'nın 61. maddesindeki kriterleri dikkate alarak temel cezayı belirleyecektir. Ancak burada gerekçe gösterilmesi zorunludur. Az vahim hallerde üç seneye kadar hapis cezasına hükmolunabilir.

Zimmet veya ihtilas suçlarını işlediğinden bahisle hakkında hapis veya para cezasıyla mahkum edilen asker kişi hakkında ayrıca fer'i ceza niteliğindeki Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilecektir.

Hakkında zimmet suçundan soruşturma yapılmakta olan asker kişiler mensup oldukları bakanlıkça açığa çıkarılabilirler. Açığa alma; bir kimsenin yürütmekte olduğu görevden uzaklaştırılması ve kendisine herhangi bir görev verilememesi demektir. Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli subay ve astsubayların kadro ve statüleriyle olan ilgi ve ilişkileri baki kalmak üzere geçici olarak vazifeden alıkonulmaları şeklinde tanımlayabileceğimiz açığa alma işlemi, ceza yargılamasında idare tarafından başvuru, idari bir tedbirdir.

Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı Zimmet ve ihtilas suçlarını işleyen asker kişiler kural olarak askeri mahkemelerde yargılanacaklardır. Subay ve astsubaylar dışında kalan asker kişilerin işlediği iddia edilen az vahim nitelikteki zimmet ve ihtilas suçlarına tek hakimden oluşan askeri mahkemece, vahim nitelikteki zimmet ve ihtilas suçlarına ise iki askeri hakim ve bir subay üyeden oluşan heyet halindeki mahkemece bakılacaktır.

AsCK.'nın 131. maddesi günümüz ihtiyaçlarına ve gelişen ceza hukuku prensiplerinin gerisinde kalmış ve amacı sağlamaktan uzaklaşmıştır. Öncelikle ceza hukuku tekniği bakımından sekiz ayrı eylemin aynı madde içerisinde ve aynı ceza yaptırımını ile düzenlenmesi hatalıdır.

TCK. hükümlerine nazaran asker kişilerin ordu mallarını zimmete geçirmeleri durumunda alacakları cezalar oldukça düşük kalmaktadır. Oysa son yıllarda kamu mallarına yönelik suçların cezaları giderek artırılmaktadır. Bu oransızlığın çözülmesi son derece kolaydır. Ordu mallarının zimmete geçirilmesi eylemlerinin askeri yargının görev alanında kalması isteniyorsa AsCK.'da düzenleme yapılmalıdır. Ancak aynı olay için farklı cezai sonuçların ortaya çıkmasının önlenmesi için zimmet suçu için TCK.'ya atıf yapılmalıdır. Bu şekilde TCK.'da meydana gelen değişiklikler AsCK.'da doğrudan uygulanacaktır. Bu şekilde yapılacak düzenlemeler ile ordu mallarının amacı doğrultusunda kullanılması sağlanabilir.

ÖZET

Çalışma konumuzu oluşturan zimmet suçu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun “Mala Karşı Yapılan Diğer Cürümler” başlığını taşıyan sekizinci faslında düzenlenmiştir. Bu fasılda asıl olarak ordu malını korumaya yönelik hükümlere yer verilmiştir.

Askeri Ceza Hukuku içinde kompleks suçların başında gelen zimmet suçundan bahsedebilmek için, failin asker kişi olması; suçun maddi konusunu para, para yerine geçen evrâk ya da sair malların oluşturması ve bunların asker kişiye görevi sebebiyle tevdi edilmiş olması veya onun koruma, denetim ya da sorumluluğu altında bulunması; son olarak ise suç konusu oluşturan şeylerin asker kişi tarafından mal edinme veya yararlanma düşüncesiyle alınması, bir başka deyişle zimmete geçirilmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda belirtilen yasal unsurlarının çerçevesinin belirlenebilmesi önemli hukuki bilgi ve birikim gerektiren zimmet suçu, beraberinde çoğunlukla yönetsel, teknik ve muhasebeye dayalı pek çok olguyu getirdiğinden klâsik suç tiplerinden ayrılmakta ve hukukçuları kapsamlı bir mevzuat araştırması yapmaya zorlamaktadır.

Bu çalışmamızda Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçunun yasal unsurlarının Türk Ceza Kanunu'nda yer alan zimmet suçuyla farklı ve benzer yönleri ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda doktrinde ileri sürülen düşünceler ortaya konulmuş, Askeri Yargıtay ve Yargıtay'ın zengin karar arşivinden yararlanılarak, her konuya ilişkin somut örnek olaylar ve kararlara yer verilmek suretiyle teorik bilgilerle karşılaştırma yapma olanağına kavuşulmuştur. Ayrıca

bağlantılı görölen diğer suçlara da değinilerek hukuki nitelendirmede bulunulup, zimmet suçu tüm yönleriyle birlikte ele alınarak, görüş açıklanmıştır. Sonuç olarak ise hukuki bir çalışmada olası tarzda öneri sunulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Our subject Emblezzlement is arranged in Military Criminal Code's section of the eight, called " The other crimes against the goods" . Penalties which take part in this section purpose to prevent crimes against the military goods.

Subject of this crime is money or other kind of certifications and goods which can be exchange money. For composed of emblezzlement these kind of things must be given to soldiers these things must be given them and things which are subject of crime must be taken by soldiers to think about to possess or make good use of.

This crime separated from other classical crimes that diffuculties of describing its perpetrator and its elements. Because of this it needs to research thoroughly The laws, besides administrative and accounting know lodgement.

In this study, we have tried to describe the differences and similar points of emblezzlement that arranged military criminal code in front of Turkish Criminal Code. Different kind of opinion has been introduced from doctrine. A lot of decision of court cassation and military cassation which about this subject has been presented. At the same time, this crime has been compared with other relevant crimes. Finally, our opinion and proposal have been introduced.

KAYNAKÇA

AKÇİN, İhsan: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

AKYILDIZ, Ali : “Memur Yargılanmasında İdari Süreç”, GÜHFD., C. 5, S. 1-2, 2001, s. 154-221.

ALACAKAPTAN, Uğur : Suçun Unsurları, Ankara 1975, Sevinç Matbaası.

ALPAR, Erol : “657 sayılı Devlet Memurları Kanununda 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı”, TİD., C.63, S. 391, Y.1991, s.67-100.

ALPAR, Erol : “Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Anayasal ve Yasal Konumu”, TODAİE Amme İdaresi Dergisi, Eylül 1993, s. 43-66.

ANKARA BAROSU YENİ TÜRK CEZA KANUNU SEMİNERİ (11-12. 03.2005), [http:// www.ankarabarosu.org.tr/pg_st_Panel2004.aspx](http://www.ankarabarosu.org.tr/pg_st_Panel2004.aspx).

ARSLAN, Çetin - AZİZAĞAOĞLU, Bahattin: Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet Emin –GÖKCEN, Ahmet –YENİDÜNYA, A.Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8.Bası, Ankara, 2007.

ASKERİ YARGITAY KARAR VERİ TABANI, [http:// www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/index.htm](http://www.msb.gov.tr/Birimler/ASYAR/index.htm).

ASLAN, M.Yasin : “Askeri Yargıda Savcılık”, AAD, S.103, Y.26, 1998, s. 43-92.

AYCAN, Ragıp: “ Türk Ceza Kanunu ile Askeri Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Mukayesesi Üzerinde Bir İnceleme” , AAD, S. 32, Yıl 8, s. 1-17.

BAKICI, Sedat : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, C. I, Ankara 2008.

BAKICI, Sedat : Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 1988.

BAKICI, Sedat: “Zimmet Suçları ve Bu Suçlarda Bilirkişi İnceleme Usulu”, MHD., S. 62, 1996, s. 43-55.

BAKICI, Sedat: Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yay., Ankara 2007.

BAYRAMOĞLU, Reşat :Türk Ceza Kanunu’na göre Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler, Cezaevi Matbaası, Ankara 1943.

- BAYTEMİR, Erdal** :Açıklamalı- İctihatlı Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Suçlar, Adil Yayınevi, Ankara 2003.
- BEKRİ, M. Nedim** : Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- BULUT, İmran**: Türkiye'de Yabancı Askeri Şahısların Yargılanması, Yüksek lisans Tezi, Mayıs 2006.
- ÇAĞLAYAN, Muhtar** : “Yüz Kızartıcı Suç Üzerine Bir İnceleme ve Önerimiz”, AD., C.:68, Y.:1977, s. 36-51.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan** :“Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmasına İlişkin 4483 Sayılı Kanun Hakkında Bir Değerlendirme”, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları No:1599, Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Eskişehir, 4-5 Nisan 2000.
- ÇELEN, Orhan** : Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Kriter Yayınları, Ankara 2001.
- ÇETİN, Erol - MALKOÇ, İsmail**: Uygulamada Sahtekârlık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 1995.
- ÇETİN, Erol** : Ceza Hukukunda Memur, Seçkin Yayınları, Ankara 2000.
- ÇINAR, Rıza** : Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- ÇİFTÇİOĞLU, Yaşar**: “Devir Teslim Açıklarında Mes’uliyet”, AAM 1961,Y.6, S. 23, s. 21-30.
- DEMİRBAŞ, Timur**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 3. baskı, Ankara 2005.
- DOĞU, İsmail**: “AsCK’ya Göre Az Vahim Hâl”, AD. S. 10, 1947, s. 92-101.
- DONAY, Süheyl**: “ Türk Hukukunda Zimmet”, MHAD., Y.2, S.3, İstanbul 1968.
- DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir** : Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi** :Ceza Özel Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 1983.
- DÖNMEZER, Sulhi**: Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler, Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- DÜNDAR, Nihat** : “3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu Kapsamına Giren Suçlar ve Soruşturulması” TİD., C.:64, S.:394-395, Y.:1992, s.183-203.

- ELİBOL, Ercüment- ERSOY, Yüksel:** “Yeni Bir Askeri Ceza Kanununa İhtiyaç ve Hazırlanan Tasarının Ana Esasları Hakkında”, AAD, Y. 10, S. 39, Ankara 1967, s. 3-18.
- EREM, Faruk - TOROSLU, Nevzat:** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 7. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara 1999.
- EREM, Faruk :** “Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümler” , AUHFD., C.:18, S.:1-4, 1961, s. 101-123.
- EREM, Faruk:** “Zimmet ve İhtilas” , AÜHFD. , C.14, S. 1-4, Ankara 1957, s. 38-47.
- EREN, Fikret :** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 8, Beta Yayınevi, İstanbul 2003.
- ERKAN, Hakkı** “Sırf Askeri Suçlar” , AAD, S. 89, Ocak 1994, s. 1-13.
- ERMAN, Sahir :** Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul , Sermet Matbaası, İstanbul 1974.
- ERMAN, Sahir** “Askeri Yargı”, AAD., S. 90, Mayıs 1994, s.6-13.
- ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin :** Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Alfa Yayınları, İstanbul 1992.
- ERMAN, Sahir - ÖZEK, Çetin :**Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Alfa Yayınları, Ankara 1992.
- ERMAN, Sahir:** “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, AÜSBOD, C.:2, S.:1-4, 1947, s.235-275.
- ERSOY, Yüksel :** Ceza Hukuku Genel Hükümler, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002.
- ERTAŞ, Şeref :**Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- FERHANOĞLU, Ferhat :** Türk Askeri Yargı Sistemi (Askeri Yargı), Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999.
- GEDİK, Doğan :** Müsadere, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- GÜNDEL, Ahmet:** 5237 sayılı TCK’da Zimmet, Sahtecilik, Dolandırıcılık, Yağma, Hırsızlık, Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2009.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin - KAYMAZ, Seydi:** Ceza Hukukumuzda Memur ve Memurlara Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

GÖZLER, Kemal : İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi, 6. bası, Bursa, 2007, s. 293-294.

GÖZÜBÜYÜK , Abdullah Pulat : Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 3. Baskı, Kazancı Yay., Ankara, 1970.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref –TAN, Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, C.:1, 2.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

GÜMÜŞAY, Gürbüz: Askeri Hakim Soruşturmaları, http://www.msb.bak./mustesar/MIY_askeri_adalet_yeni/index.asp. (Kurum içi İnternet).

GÜNDAY, Metin :İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004.

GÜNGÖR, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

HAFIZOĞLU, A. Rıza: “ *Cezalarda Asgari ve Azami Had Meselesi*” , AAD, Yıl 4, S. 13, Haziran 1958, s. 915-924.

HAFIZOĞULLARI, Zeki - GÜNGÖR, Devrim: “ *Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi*”, TBBD., S. 69, 2007, s. 21-50.

İÇEL, Kayıhan: Yaptırım Teorisi, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2002.

İÇEL-ÖZGENÇ-SÖZÜER-MAHMUTOĞLU-ÜNVER, Suç Teorisi, 2. Baskı, Beta, İstanbul 2000.

KANLIGÖZ, Cihan : “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, AÜHFD., C.:43, S.:1-4, 1993, s. 170-196.

KARAGÜLMEZ, Ali : Gün Para Cezası, Kartal Yayınevi, Ankara 2005.

KARAKAYA, Alaattin: “*Yabancı Asker Kişilerin Türk Askeri Yargısına Tabiiyeti*” AAD., S. 119, Yıl 32, Ocak 2004, s.58-96.

KARDAŞ, Ümit - ÇINGİ, Mehmet: Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Yayınları, Ankara 2001.

KATOĞLU, Tuğrul : “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” AÜHFD., yıl: 2006, c. 55, S.1, s. 155-193.

KATOĞLU, Tuğrul : Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 131 vd.

KERSE, Ahmet : Ordu Mallarına Karşı İşlenen Suçlar, AAM, Y.5, S.17, s.12-15.

KOÇ, Cihan: Açıklamalı-İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, Kartal Yayınevi, Ankara 2007.

- KÖKEN, İsmet - DİNÇ, İlhan** : Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- MAJNO** : Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C.2, Milliyet Matbaası, Ankara 1978.
- MALKOÇ, İsmail** : Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, C. II, Malkoç Yayınevi, Ankara 2007.
- MERAN, Necati**: Kamu Görevlisine ve Adliyeye Karşı Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 2006.
- MERRIT, Giles** : “*Asıl Engel Türk Ordusu*”, Radikal, 22 Eylül 2004.
- MİLLÎ SAVUNMA BAKANLIĞI** Askeri Adalet İşleri Başkanlığınca hazırlanan Ekim 1965 tarihli Askeri Ceza Kanunu Ön Tasarısı.
- MOROVA, Muhiddin Naci** : “*AsCK’ya Nazaran Vahim ve Az Vahim Hâl*”, AD., 1992, s. 1010-1018.
- NOYAN, Erdal**: Hırsızlık Suçları, Adalet Yay., Ankara 2007.
- OĞUZMAN, Kemal - SELİÇİ, Özer**: Eşya Hukuku, 9. Baskı, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2002.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş** : Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yayınları, Ankara 2008.
- ONAR, Sıddık Sami**: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, Hak Kitabevi, İstanbul 1966.
- ÖGEL, Ragıp** : “*Ceza Kanununa Göre Memur, Zimmet, İrtikap, Rüşvet*” İD., S.192, 1948, s. 92-101.
- ÖNDER, Ayhan** : Şahsa ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Beta, İstanbul, 1994.
- ÖNDER, Ayhan** : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul 1987.
- ÖNDER, Ayhan**: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II, Beta Yayınları, İstanbul 1989.
- ÖNDER, Ayhan**: “*Askeri Yargının Görev Sorunları*”, in: Askeri Yargıtay’ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Dergisi, Ankara 1999.
- ÖZARPAT, M. Hilmi** : Askeri Ceza Yargılama Usulu Hukuku, Harp Okulu Yayınları, Ankara 1949.
- ÖZAY, İlhan** : Gün Işığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

ÖZBAKAN, Hulusi : Açıklamalı Askeri Ceza Kanunu, Genelkurmay Matbaası, Ankara 1990, s. 366.

ÖZBAKAN, Hulusi: Açıklamalı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Kanunu, C. II, Genelkurmay Yayınları, Ankara 1989.

ÖZBAKAN, Hulusi: Askeri Yargı İçtihatları, Yayınevi Belirtilmemiş, Ankara 1964.

ÖZBEK, Özer – SEVEN, Vural, “31.12.2008 Tarihi Sonrasında, Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçuna Uygulanacak Olan Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi” (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

ÖZGEN, Eralp “Suçluların Geri Verilmesi (Doktora Tezi)”, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1962.

ÖZGENÇ, İzzet : Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

ÖZGENÇ, İzzet : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

ÖZÖN, Mustafa Nihat: Osmanlıca-Türkçe Sözlük, İnkılap Yay., İstanbul 1997.

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan :Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

PARLAR, Ali - HATİPOĞLU , Muzaffer: Açıklamalı-İçtihatlı Özel Ceza Kanunları ve Uygulaması, C.2, Kazancı Yayınları, İstanbul 2005.

PARLAR, Ali - HATİPOĞLU, Muzaffer: Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Kartal Yayınevi, Ankara 2006.

PINAR, İbrahim : Açıklamalı – İçtihatlı Devlet Memurları Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

SANCAR, Türkân Yalçın : Çok Failli Suçlar, Seçkin Yay., Ankara 1998.

SAVAŞ, Vural - MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık :Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Baskı, C. 2, Seçkin Yayınları 1999.

SAVAŞAL, Bülent : “Mali Hükümlerin İnfazı ve Hazine Hukukunun Takibi”, AAM. Y. 7, S. 25, s. 4-5.

SELÇUK, Sami : “İdare ve Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, YD., C.:23, S.:1-2, Ocak - Nisan 1997, s.21-45.

SELÇUK, Sami: Özlenen Hukuk-Yaşanan Hukuk, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 2002.

SELÇUK, Sami: “Kavramlar, Adlandırmalar ve Kararlar”, YD., Ekim 1993, S.8 , s. 413-415.

SELÇUK, Sami: Mal aleyhine Cürümler ; Dolandırıcılık, Ceza Hukuku El Kitabı, Yasa Yayınları, Ankara 1986, s. 286.

SEVİĞ, Vasfi Raşid : “Askeri Adalet”, AÜHFD, C.9, S.1-2, Ankara, 1952, s. 92-122.

SEZER, Ahmet: “5237 s. TCK.’da Zimmet Suçu”, CHD., Y. 2, S.1, Nisan 2007, s. 23-44.

SOYASLAN, Doğan : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

SOYASLAN, Doğan : “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, AÜHFD., C.:45, S.:1-4, 1996, s.41-53.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

SÖNMEZ, Musa : “TSK.’da Çalışan Sivil Personelin Hukuki Durumlarına Kısa Bir Bakış”, AAD., S. 69, s. 15-16.

SÖNMEZ, Turgut : Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurlarının Hukuki Statüleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Çanakkale, 1999.

ŞAHİN, İsmail Volkan : “Asker Kişiler Hakkında Şikayet ve İhbar Usulleri”, AAD., Y. 31, Mayıs 2003, S. 117, s. 91-111.

ŞAHİN, Mustafa : “Açığa Alma ve Neticeleri”, AAM. Y. 4, S. 13, s.864-877.

ŞEN, Serdar : Cumhuriyet Kültürünün Oluşum Sürecinde Bir İdeolojik Aygıt Olarak Silahlı Kuvvetler ve Modernizm, Nokta Yayınları, İstanbul 1996.

TANER, Gökçen: “TCK’nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu”, (<http://www.turkhukusitesi.com>).

TAŞKIN, Ahmet : Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

TAŞKIN, Rıfat : Askeri Ceza Kanunu Şerhi, Cihan Kitapevi, Ankara, 1946.

TBMM Tutanak Dergisi, D.21, Y. 2, C. 29, Ankara 22.03.2000.

TBMM Zabıt Ceridesi, C. 19, İ.: 3, TBMM Matbaası, Ankara, 31 Mayıs 1930.

TBMM Zabıt Ceridesi, C. 19, D. 3, İ. 3, s. 2.

TBMM Zabıt Ceridesi, D. 5, C. 7, İ. 1, TBMM. Matbaası, Ankara 11.12. 1935, s.3.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi – AKMAN, Sermet – BURCUOĞLU, Haluk - ALTOP, Atilla, Eşya Hukuku, C. 1, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.

TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, Murat :Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 4. Baskı, Ankara 2006, s. 633.

TOROSLU, Nevzat : “Ertelenmiş Mahkumiyetin Memuriyete Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s.107-128.

TOROSLU, Nevzat : “Zimmet Suçu”, MHD., S. 62, 1996, s. 31-42.

TOROSLU, Nevzat : Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2005.

TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.

TSK. MÜŞTEREK ASKERİ TERİMLER SÖZLÜĞÜ, Ankara 2005.

TÜRK Hikmet, Sami : 2000 Yılında Yargı ve Askerî Yargı Oturumu, in: Askerî Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara 1999.

TÜRKOL, Cengiz :Açığa Alma İşlemleri,[http:// www.msb.bak./mustesar/MIY_askeri_adalet_yeni/index.asp](http://www.msb.bak./mustesar/MIY_askeri_adalet_yeni/index.asp).

ULUSOY, Halil : “3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve Uygulaması Hakkında İnceleme”, TİD., C.:63, S.:392, Y.:1991, s.121-168.

ÜÇÖK, Zeki : Askeri İşyerlerinde Çalışan İşçilerin Hukuki Statüleri, Genelkurmay Basımevi, Eskişehir 1999.

ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “ Yeni Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2005, s.216-225.

VURAL, M. Göknil: Altın Piyasası ve Altın Fiyatlarını Etkileyen Faktörler (Yayınlanmamış Uzmanlık Yeterlilik Tezi), Ankara Mayıs 2003.

YAMAN, Derya- Murat : Askeri Yargı ve Adli Yargı Arasındaki Görev Sorunları, Seçkin Yay., Ankara 2001.

YAMAN, Murat: Açıklamalı-İçtihatlı- Dilekçe Örnekli Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Seçkin Yay., Ankara 2006.

YARSUVAT, Duygun: “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFM, C.:XXX, S.:3-4, 1965.

YENİSEY, Feridun : Askeri Yargıda Görev Yapan Hakimlerin Hukuki Statüsü Sempozyumunun Değerlendirilmesi, in: Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, www. msb.gov.tr. (19.04.2008).

YERTUT, Selaattin : Askeri Yargıya Tâbi Olma Şartları, Genelkurmay Basımevi, Ankara 1970.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 9. bası, Yetkin Yay., Ankara 2006.

YILMAZ, Zekeriya - ERGÜN, İsmail :Dolandırıcılık Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.

YILMAZ, Zekeriya: “Ceza Kanunumuzda Mahkûmiyete Bağlı Hak Yoksunlukları”, ABD., Y. 2006, S. 2, s. 21.

YURTCAN, Erdener : Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, Ankara 2007.

ZAFER, Hamide : “Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkatin Son Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, İBD., C.:72, S.:4-5-6, Y.:1998, s.211-233.

WWW. KAZANCI. COM. TR. (YARGITAY KARARLARI VERİ TABANI).

WWW. MSB.GOV.TR (KURUM İÇİ İNTERNET).

WWW.TDK.GOV.TR.

21.08.1992 TARİHLİ ASCK’DA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN TASARISI.