

**6413 SAYILI TSK. DİSİPLİN KANUNU'NA GÖRE;
UYARMA CEZASINI GEREKTİREN DİSİPLİNSİZLİKLER
("Emri Mütalaa etmek" Disiplinsizliğinin Açıklaması)**

Hazırlayan:

Avukat Orhan ÇELEN-ANKARA

İLGİLİ KANUN HÜKMÜ:

6413 SAYILI TSK. DİSİPLİN KANUNU

Uyarma cezasını gerektiren disiplinsizlikler

MADDE 15 – (1) Uyarma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır:

a) Emri mütalaa etmek: Usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine; emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amirini alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmaktır. Amir tarafından karar verilene kadar astın fikrini savunması veya emrin kanunsuz olduğu hususundaki kanaatini belirtmek için amire yaptığı itiraz, bunları yaparken oluşabilecek diğer disiplinsizlikler saklı kalmak kaydıyla bu kapsamda disiplinsizlik teşkil etmez.

EMRİ MÜTALAA ETMEK:

15 inci maddenin 1/a bendinde düzenlenmiş olan "Emri mütalaa etmek" disiplinsizliği; *"Usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine; emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amirini alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmaktır."*

Bu bentte yer alan disiplinsizlik, usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine;

- Emrin uygun olmadığı,
- Emrin yanlış verildiği,

- Emrin yapılamayacağı ve benzeri şekillerde,

amirini “alenen eleştirmek” veya “amire karşı itirazda bulunmak”tır.

Amir tarafından karar verilene kadar astın fikrini savunması veya emrin kanunsuz olduğu hususundaki kanaatini belirtmek için amire yaptığı itiraz, bunları yaparken oluşabilecek diğer disiplinsizlikler saklı kalmak kaydıyla bu kapsamda disiplinsizlik teşkil etmez.

Benzer bir hükme, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hk. K.nin uyarma cezasını öngören 8/1-g maddesinde yer verilmiştir:

“Usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine; emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amirini alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmak (Amir tarafından karar verilene kadar astın fikrini savunması veya emrin kanunsuz olduğu hususundaki kanaatini belirtmek için amire yaptığı itiraz bu kapsamda disiplinsizlik teşkil etmez.)”

Ayrıca 657 sayılı DMK.nun kınama cezasını gerektiren 125/B-j maddesinde de; “Verilen emirlere itiraz etmek” disiplin suçuna yer verilmiştir.

6413 sayılı TSK.Dis.K.nun 15/1-a maddesinde yer alan bu disiplinsizlik, TSK.Dis.K.nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, Askeri Ceza Kanunu uygulamasında disiplin tecavüzü olarak nitelendirilen halin kapsamına giren bir durumdur. Bu ahvalde disiplin amiri lüzum görürse faili cezalandırır, görmezse cezalandırmazdı.

TSK.Dis.K.nun uygulamasında da disiplin amirleri, subay, astsubay ve uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erlerden bu disiplinsizliği işleyen birisine disiplin cezası vermeyebilir(md.14/3). Keza askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerden birisinin işlediği bu disiplinsizlik nedeniyle disiplin amirleri, O'nun olumlu hizmet safahatını dikkate alarak disiplin cezası vermeyebilir(md.27/2).

Emir kavramı ile emirle ilgili esaslar, TSK.Dis.K.nun 4 üncü maddesinde, hukuka uygunluk sebepleri bölümünde emrin yerine getirilmesi kısmında açıklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için o bölüme bkz.

“Emir”, emir verme yetkisine sahip amir (üst) tarafından memura (asta) yöneltilmiş, bir hareketin yapılmasını veya yapılmamasını içeren irade beyanıdır. Bu tanımlama, emir kavramının idare hukukundaki idari işleme yakın ve iç içe kavramlar olduğunu göstermektedir.

Ancak aralarında farklılıklarda mevcuttur. İdari işlemdeki kesinlik ve icrailik ile emir kavramındaki yapılmasının zorunlu olması ve kesin olması birbiriyle aynı şeyler değildir. İdari işlemdeki irade açıklaması kesin suretle hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik iken, emirdeki irade beyanı, muhatabı belli ve doğrudan bir icraatta bulunmak veya pasif kalmak gibi bir eyleme zorlar ve böylece sonuç doğurur.

Genelde emirler, birer idari işlem olma özelliğinden uzaktır. Emirlerin konusu idari işlemlere göre daha sınırlı ve belirlidir. Ayrıca emir sadece muhatabına yöneltilir. İdari işlemler ise herkese ve her şeye yöneltilir.¹

Amir, kamu hizmetini yetkili memurlar aracılığıyla gördürür. Amir, yasa ile kamu hizmetini gören memur arasında emir, talimat, genelge gibi tasarruflarda bulunarak, hizmeti kendi anlayışına göre gördürür.² Emir karşısındakine bir davranış serbestisi tanımaz. Muhatabına belki bir şekilde davranma zorunluluğu getirir. Emirde iki taraf yer alır. Emrin bir tarafında emri veren amir, üst bulunurken, diğer tarafta emrin memur muhatabı -askeri personel- bulunur. Emrin verilmesi belli bir şekle bağlı değildir. Yazılı olarak verilebileceği gibi sözlü olarak ya da başka şekillerde de verilebilir.³

5237 sayılı TCK. emir kavramını tanımlamamıştır. Ancak emir konusunda Anayasa ve TSK. ile ilgili mevzuatımızda düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin, Anayasamızda yetkili mercilerin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah

¹ Işıklar, Celal: TSK. Disiplin Kanunu ve Yorumu, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, (Disiplin Kanunu) s.319

² Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Bası, c.2, İstanbul, 1966, s.598

³ Özer, Cumhur: “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni olarak Emrin Yerine Getirilmesi”, SDÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi ABD, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2002, s.42

kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri (md.17/4), Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler (md. 105/2), Kanunsuz emir (md.137), mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat verilemeyeceğine (md.138/2) ilişkin hükümler mevcuttur. Kanunsuz emir başlığını taşıyan 137 inci maddeye 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 yenilirse, 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 hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Askeri yargılama açısından emir, emir verme yetkisine sahip amir veya üst tarafından asta yöneltilen, bir hareketin yapılmasını veya yapılmamasını içeren hizmete ait bir taleptir. İç Hz.K.nun 8 inci maddesi emri tanımlayan bir hüküm ihtiva etmekte ve, *“Hizmete ait bir talep veya yasağın sözlü, yazı ile ve sair surette ifadesidir”* şeklinde tarif etmektedir.

Emir, bir işin yapılmasına yönelik olabileceği gibi menfi olarak bir hareketin yapılmaması şeklinde olabilir. 24.1.2017 tarih ve 6771 sayılı bu Kanun ile gerçekleşen Anayasa değişikliği ile halen kaldırılmış olan Askeri Yargıtay'ın bir kararında, emir vermeye yetkili amirlerin hizmetin düzgün, verimli ve kesintisiz bir biçimde yürütülmesini temin etmek maksadıyla ve kanuna aykırı düşmemek koşuluyla somut kural ve prensipler koyabilme yetkisine sahip oldukları vurgulanmış ve malum ve muayyen hale getirilerek ilgisine duyurulan hizmete ilişkin emirlere bilerek ve isteyerek uyulmamasının emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacağı karar altına alınmıştır.⁴

Silahlı Kuvvetlerle ilgili mevzuatta ise ayrıca şu hükümlere de rastlamaktayız: Emrin üniformayla verilmesi gerektiği(İç Hz.K. 19, İç Hz.Yönt. 28. md.), emrin ast tarafından değiştirilemeyeceği(İç Hz.K. 20), emirlerin bir silsile takip edilerek verileceği

⁴ As.Yrg.Drl.Krl., 7.7.2005, E.2005/59, K.2005/60

(İç Hz.Yönt. 20), bir amirin verdiği emir yapılırken daha büyük bir amirden bu emre aykırı emir alınması halinde yapılacak işlemler (İç Hz.K. 22), fesat ve isyan halinde üstün emir verme yetkisi(İç Hz.K. 23), disipline aykırı halde her üstün müdahalede bulunmaya ve emir vermeye görevli olduğu(İç Hz.K.24), günlük emirler(İç Hz.Yönt. 35-40), emre itaatsizlikte ısrar(As.C.K. 87) astına hizmetle ilişkisi olmayan emirler verenlerin ve talepte bulunanların cezaları(As.C.K. 108/2, Dis.Mah.K. 53) astına suç işlemek için emir verenlerin cezası(As.C.K. 109) gibi. Emir, kamu hukuku alanına giren hallerde hukuka uygunluk sebebi olabilir. O nedenle emri verenle emri yerine getirecek arasında bir hiyerarşi bir tabiyet söz konusudur.⁵

A. KORUNAN HUKUKİ YARAR:

Bu disiplinsizlikte korunan hukuki yarar, askeri disiplinin sağlanmasıdır. Her ast'ın amirlerine karşı mutlak biçimde itaate mecbur bulunduğu, İç Hz.K.nun 14 üncü ve İç Hz.Yönt.nin 4-12 inci maddelerinde hükümlenmiştir.

B. MADDİ UNSUR:

6413 sayılı TSK.Dis.K.nun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde yazılı bu disiplin suçunun oluşumu için, hizmete ilişkin bir emrin varlığı ve bu emrin yerine getirecek olan asker kişi tarafından emrin uygun olmadığı, emrin yanlış verildiği, emrin yapılamayacağı ve benzeri şekillerde, amiri alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmak şartları birlikte aranmakta ve yeterli görülmektedir.

“Mütalaa”; isim olarak etüt etmek anlamındadır, ancak irdeleme, müzakere, görüş, düşünce anlamlarını da içerir. Herhangi bir konu üzerinde ayrıntılı düşünme ile oluşan görüş ve yorumda, mütalaa sonucu ortaya çıkan durumdur.

Mütalaa etmenin TSK.Dis.K.da kullanılan manası ise bundan farklı olup, emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde gerçekleştirilen olumsuz hareketleri ifade eder. Yani, bu hareketler sonucu amirinin alenen eleştirilmesi veya amire karşı itirazda bulunmak söz konusu olur. Ancak bu bendin ikinci cümlesine göre, amir tarafından karar verilene kadar astın fikrini savunması veya emrin kanunsuz

⁵ Özer, Cumhuriyet: A.g.e., s.42

olduğu hususundaki kanaatini belirtmek için amire yaptığı itiraz, bu kapsamda disiplinsizlik teşkil etmez. Bunların başka disiplinsizlikleri oluşabilecek olması hali saklıdır.

İç Hz.K.nun 8 inci maddesine göre emir ; hizmete ait bir talep veya yasağa yönelik olması ve bunun sözle, yazı ile ve sair surette ifade edilmesini öngörür.

Doktrinde ise emir; *"üstünlük yetki ve kudretini haiz bir merci tarafından, belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadile, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade açıklaması"*⁶ şeklinde açıklandığı gibi, *"üst yetkisini haiz bir iradenin, muayyen bir şeyin yapılması için asta hitap eden bir tezahürü"* olarak ta ifade edilmektedir.⁷

1) FAİL:

Bu disiplinsizliğin faili, tüm askeri personeldir, TSK.de görevli sivil personel bu disiplinsizliğin faili olamaz. Zira, TSK. Dis.K.nun 2 inci maddesi ile, bu Kanunun kapsamı dışında tutulmuşlardır. Ayrıca bu maddeye uyumlu olarak, TSK.Dis.K.nun 45 inci maddesiyle, İç Hz.K.nun 115/b maddesinin ikinci cümlesindeki *"sivil personelin emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı İç Hz.K.nun ast'a tahmil ettiği vazifeleri yapmaya mecbur oldukları"* ifadesinden sonra gelen ikinci cümlesindeki, *"aksine hareket edenler askerlerin tabi oldukları cezai müeyyidelere tabi olurlar"* hükmü mülga olmuştur. Bu durumda İç Hz.K.nun ast'a tahmil ettiği vazifelerin aksine hareket eden Silahlı Kuvvetlerde görevli Devlet memurları hakkında As.C.K. hükümleri değil, 657 sayılı DMK. hükümleri uygulanacaktır(Bkz. Md. 125-134).

2) MAĞDUR:

Bu disiplinsizliğin mağduru, emir vermeye yetkili üst ya da amirdir. Disiplinsizliğin mağdurunun fiilin gerçekleştiği anda falinin amiri veya emir vermeye yetkili üst'ü olması

⁶ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, İstanbul 1978, Cilt II, s.77

⁷ Erem, Faruk: Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler, Cilt 2, Onuncu Baskı, Ankara 1974, 561s. s.15

gereklidir. Sonradan mağdurun bu statüsünün değişmesi, disiplinsizliğin vasfını değiştirmez. Emri veren kişi, kural olarak amir konumunda olmakla beraber, üst'lerinde kanunların ve nizamların gösterdiği hallerde emir verme yetkileri bulunmaktadır(Bkz: İç Hz.K. 9, 10).

3) DISİPLİNSİZLİĞİN ŞARTLARI:

Bu disiplinsizlik, "amirini alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmak" şeklinde işlenebilir. Bu fiillerin, As.C.K.nun 87 inci maddesi⁸ kapsamında girmediği durumda, fail hakkında As.C.K.nun 87/1 inci maddesi uyarınca işlem yapılacağı açıktır(Bkz. TSK.Dis.K. 5, 8/2).

a) Yetkili kişilerce verilen hizmete ilişkin, usulüne uygun bir emrin varlığı gereklidir:

15 inci maddenin 1/a bendinde emri mütalaa etmek disiplinsizliği tanımlanırken, "Usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine" ifadesine yer verilmiştir. Bir emrin usulüne uygun olarak verilmesi için şu koşulların birarada bulunması gerekir:

- (1) Hizmete ilişkin bir emrin varlığı,
- (2) Emrin bağlayıcı bir özellikte olması,
- (3) Emrin yetkili amir tarafından verilmesi,
- (4) Ast'ın emri ifaya mecbur olması,
- (5) Emrin hukuka uygun olması gerekir.

"Emir" kavramı ile "emirle ilgili esaslar", TSK.Dis.K.nun 4 üncü maddesinde, hukuka uygunluk sebepleri bölümünde emrin yerine getirilmesi kısmında açıklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için o bölüme bkz. Konu bu bölümde daha kısa olarak açıklanmıştır.

"TSK. mevzuatı açısından emir"; Emir, hizmete ait bir talep veya yasağın sözlü, yazılı ile ve sair surette ifadesidir(İç Hz.K. 8). Emir, "üstünlük yetki ve kudretini haiz bir

⁸ As.C.K. 87/1: Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

*merci tarafından, belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade açıklaması*⁹ şeklinde açıklandığı gibi, *"üst yetkisini haiz bir iradenin, muayyen bir şeyin yapılması için asta hitap eden bir tezahürü"* olarak ta ifade edilmektedir.¹⁰ İç Hz.K.nun 14 ncü maddesinin son fıkrasına göre, *"itaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur."* İç Hz.K.nun 18 nci maddesi ise; amirin, maiyetine disiplini bozan fiil ve hareketlerinden dolayı disiplin cezaları vereceğini öngörmüştür.

Askerlikte amir ve yetkili üstler tarafından verilen emirlerin yapılmaya ilişkin olanlarının yapılmaması, yapılmamaya ilişkin olanların yapılması "emre itaatsizlik" olarak nitelendirilir. Artık sadece savaş zamanında uygulanacak olan 477 sayılı Dis.Mah.K.nun 48 nci maddesi ve barış zamanında uygulanacak olan TSK.Dis.K.nun 19/1-a maddesi emre itaatsizliği, As.C.K.nun 87 nci maddesi ise emre itaatsizlikte ısrar suçunu tarif etmektedir. Bu maddelerde belirtildiği şekilde yetkili amir veya üstler tarafından verilen hizmete ilişkin emirlere itaatsizlik veya itaatsizlikte ısrar fiillerini işleyenler anılan kanun hükümlerine göre cezalandırılırlar(Bkz: As.C.K. 87, 88, 89; Dis.Mah.K. 48, TSK. Dis.K. 19/1-a).

"Hizmete ilişkin bir emrin varlığı"; Emir, emir verme yetkisine sahip bir kimse tarafından belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade açıklamasıdır. Emir ile askerlik hizmetine ilişkin hususların yapılması veya yapılmaması istenir. İç Hz.K.nun 8 inci maddesi de emri, *"Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir"* şeklinde tarif etmektedir. Dolayısıyla hizmete ilişkin olmak temel koşuldur. Özel işlerin yapılması zımındaki talepler emir kabul edilemez. İç Hz.K.nun 16 ncü maddesi, amirin maiyetine hizmetle münasebeti olmayan emir veremeyeceğini öngörmüştür. Keza Dis.Mah.K.nun 53 ncü ve TSK. Dis.K.nun 18/1-c maddesi de bu tür davranışları cezai müeyyideye tabi tutmuştur.

⁹ Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir: A.g.e., C.II, s. 77

¹⁰ Erem, Faruk : A.g.e., C.II, s.15.

21.1.2017 tarih ve 6771 sayılı bu Kanun ile gerçekleşen Anayasa değişikliği ile halen kaldırılmış olan Askeri Yargıtay kararlarında genel olarak; hizmet ve vazife hudutları dışına çıkılarak verilen emrin, kanunî mânada bir "hizmet emri" vasıf ve mahiyetinde olamayacağı kabul edilmiştir.¹¹ İstirahatli olan asker kişilere hiç bir şekil ve surette hizmet verilemeyeceğinden ve bu yolda verilen bir emrin de hizmet emri niteliğinde olmayacağı,¹² emir verme yetkisine haiz olmayan üst'ün isteklerinin emir değil, rica mahiyetinde olduğu,¹³ üst'e gösterilmesi gereken hürmeti göstermeyen ve müteaddit uyarılara rağmen saygısızca davranışlara devam eden sanığı disiplin ve terbiyeye davet etmek yetki ve görevi olan üst'ün, sanığa ayağa kalkması ve odayı terk etmesi yönünde verdiği emrinin hizmete ilişkin olduğu,¹⁴ cezalandırma amacıyla verilen emirlerin, askerî bir hizmetin yürütülmesi ile ilişkilendirilmesi mümkün bulunmadığından, sanığa verilmiş olan, "Şınav çek" şeklindeki, emrin, "hizmete ilişkin" olamayacağı,¹⁵ yönünde istikrarlı kararları olmuştur.

"Emrin bağlayıcı bir özellikte olması"; Bir emrin yerine getirilmesi o emrin meşru olmasına bağlıdır. Meşru emirler, emrin yönelmiş olduğu kimseyi bağlayıcı nitelikte olurlar. Emrin meşru olması demek, emri veren ve emri yapan bakımından hukuka aykırı bir durumun olmaması demektir. Emrin meşru olması için üç şartın bulunması gerekir:¹⁶

"Emrin yetkili amir tarafından verilmesi"; T.C.K.nun 24/3 üncü maddesine göre; yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Yetkili bir merciden verilen emir diğer unsurlara da uygun olduğu takdirde meşru sayılır ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. İç Hizmet Kanununun

¹¹ As.Yrg.4.D., 8.7.1969, E.313, K.326

¹² As.Yrg.3.D., 20.10.1987, E.568, K.546.

¹³ As.Yrg.4.D., 2.3.2004, E. 2004/240, K. 2004/247

¹⁴ As.Yrg.1.D., 21.6.2006, E. 2006/916, K. 2006/1051

¹⁵ As.Yrg.Drl.Krl., 11.04.2013, E.2013/37, K.2013/35

¹⁶ Bkz. Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir: A.g.e., C.II, s. 93 vd.

9 uncu maddesine göre amir; makam ve memuriyet itibariyle emretmek selâhiyetini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere de “maiyet” denir. Öte yandan amir'in, emirlerini maiyetindeki her şahsa verebileceği, vazifelerin zamanında ve tam olarak yapılıp yapılmadığını takip ve yapılmasını teminle görevli olduğu, İç Hz.K.nun 15 nci maddesi hükmü bulunmaktadır. Fesat ve isyan halinde bulunan birliklerde düzeni sağlamak, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir vermeye yetkili olduğu gibi(İç Hz.K. 23) disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye dahi her üst görevlidir(İç Hz.K. 24). Emrin yetkili amir tarafından verilir verilmediğini tayinde verilen emrin içeriğine bakmak gerekir. Emri verenin genel olarak emir vermeye yetkili olması yeterli değildir. Olaydaki emri vermeye kanunen yetkili olması gerekir.

“Ast'ın emri ifaya mecbur olması” 5237 sayılı TCK'nun 24/3 üncü maddesinde bu şart'a da yer verilmiştir. Emrin yetkili amir tarafından verilmesi kadar verilen bu emrin yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olması da şarttır. Ast'ın, verilen emrin kendi yetki ve görev alanı içine girdiğini araştırması gerekir. Emri alan memurun o emri yerine getirmeye kendisini yetkili görmesi lazımdır. Emir ast'ın görevine girdiği takdirde, kendisi yönünden bağlayıcı bir nitelik taşır ve vazifenin ifası söz konusu olur.¹⁷

“Emrin hukuka uygun olması”; Verilen emrin yerine getirilmesi için hukuka uygun olması gereklidir. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur(TCK. 24/3).

Emrin meşruluğu yönünden, şekil ve muhteva itibariyle hukuka uygun olması şarttır. Bir emrin yetkili merci tarafından verilmiş ve ast'ında bu emri ifaya mecbur olmasının yanında üçüncü bir şart olarak verilen emrin hukuka uygun olması gerekmektedir.

Emri veren amir hukuka uygun hareket etmek zorundadır. Emri alan ast'ta, verilen emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür. Ancak emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hallerde, emrin yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur(TCK 24/4).

¹⁷ Bkz. Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir: A.g.e., C.II. s. 99

Anayasamız, kanunsuz emrin yerine getirilmeyeceğini ve böyle bir emri alan memurun hareket tarzını gösterdikten başka konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceğini vurgulamıştır(Any. 137). Bu maddenin son fıkrasında ise, "Askeri hizmetlerin görülmesi... için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır." hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın bu hükmünden, askerlik görevinin özelliği gereği hizmete ilişkin emirlerin kanuna ve nizamaya uygun olmasa bile yerine getirileceği sonucu çıkmaktadır.

"Kanunsuz emir" Emir bir suç teşkil ederse, suçun işlenmesinden emri veren mesuldür. As.C.K.nun 41 inci maddesinin 2 nci fıkrası, "Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emri veren mesuldür" hükmünü ihtiva etmektedir. İç Hz.K., amirin verdiği emre mutlak surette, üstün verdiği emre ise kanun ve nizamda gösterilen hallerde itaat yükümlülüğünü kabul etmiştir. Demek oluyor ki, ast emri verenin amir mi yoksa herhangi bir üst mü olduğunu inceleyecektir: Amir ise kesin, mutlak itaat kuralı geçerlidir; üst ise kanun ve nizamlara göre kendisine böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırarak, yetkili olduğuna kanaat getirirse, emre yine mutlak surette itaat edecektir. Aksi halde emri yerine getirmeyecektir.¹⁸

Mutlak itaat prensibi, muhteva itibarıyla kanuna uygunluğu araştırmaktan astı yasaklamakta ise de, şekil uygunluğunu araştırmak ödevini kaldırmış değildir. Böyle olunca, asker kişi şekle, kanuna uygun olmayan, askerlik hizmetine ilişkin olmayan bir emri yerine getirecek olursa, sorumluluk hem emri veren üste, hem de kendisine ait olacaktır.¹⁹

As.C.K.nun 41 nci maddesi gözönünde bulundurulduğunda şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır:

(1) Amir tarafından verilen her türlü emrin ifası zaruridir: Hizmete ilişkin olarak yetkili amir tarafından verilen her türlü emrin ifası zaruridir. Emir muhteva olarak kanuna aykırı bile olsa ast mutlak itaatle yükümlüdür. Ancak emrin "adli veya askeri bir suç

¹⁸ Bkz. Erman, Sahir: A.g.e., 1983, s.178.

¹⁹ Dönmezer - Erman : A.g.e., C.II, s. 107.

maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu" ast tarafından bilinmekte ise, emri ifa etmek astı sorumluluktan kurtarmaz(As.C.K. 41/3-B). Ancak bu durumda bile muhteva hakkında tereddüt ve yanılma halinde ast cezalandırılmaz. Emrin muhtevasının bir suç teşkil ettiğini bildiği takdirde astın sorumluluğu esas olur.²⁰ Diğer yandan, Dis.Mah.K.nun 48 nci maddesine göre verilen emrin ast tarafından sınırının aşılması hali de cezayı müstelzim kılınmıştır.

Ayrıca TSK. Disiplin Kanunu'nun 15 inci maddesinin 1/c fıkrasında; "Emri mütala etmek" eyleminin "uyarma" disiplin cezasını gerektirdiği görülmektedir. Buna göre; *"usulüne uygun olarak kendisine verilmiş olan bir emir üzerine; emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amirini alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmak"* söz konusu idari cezanın konusunu oluşturmaktadır.

(2) *Emrin şeklen kanuna uygunluğunu araştırma hak ve görevi:* Verilen emrin şeklen kanuna uygunluğunu araştırma hak ve görevi ortadan kalkmamıştır. Şekil yönünden kanuna aykırı bir emri yerine getiren bir ast bundan dolayı sorumlu olur. Meğer ki, kanuna uygunluk bakımından yanılmış olsun ve yanılmaya ait şartlarda olayda varsa sorumluluğu ortadan kalkar.²¹ Askerlikte amir ve yetkili üstler tarafından verilen emirlerin yapılmaya ilişkin olanlarının yapılmaması, yapılmamaya ilişkin olanların yapılması "emre itaatsizlik" olarak nitelendirilir.

477 sayılı Dis.Mah.K.nun 48 nci maddesi emre itaatsizliği, As.C.K.nun 87 nci maddesi ise emre itaatsizlikte ısrar suçunu tarif etmektedir. Bu maddelerde belirtildiği şekilde yetkili amir veya üstler tarafından verilen hizmete ilişkin emirlere itaatsizlik veya itaatsizlikte ısrar fiillerini işleyenler anılan kanun hükümlerine göre cezalandırılırlar(Bkz: As.C.K. 87, 88, 89; Dis.Mah.K. 48). Emre itaatsizlik; *"Kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak ya da değiştirerek veya sınırını aşmak suretiyle yapmak"*tir(TSK.Dis.K. 19/1-a). Emre itaatsizlikte ısrar ise; *"Hizmete ilişkin emri hiç yapmamak, emrin yerine getirilmesini söz veya fiil ile açıkça reddetmek veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmemek"*tir.(As.C.K.87/1) Diğer yandan İç Hz.K.nun 14.

²⁰ Dönmezer - Erman : A.g.e., C.II, s. 108

²¹ Bkz . Dönmezer - Erman: A.g.e., C.II, s. 108

maddesinin son fıkrasına göre, "*İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.*" İç Hz.K.nun 18 nci maddesi ise; amirin, maiyetine disiplini bozan fiil ve hareketlerinden dolayı disiplin cezaları vereceğini öngörmüştür.

b) Amiri alenen eleştirmek veya amire karşı itirazda bulunmak gerekir:

Bu disiplinsizliğin oluşumu için ayrıca, emrin uygun olmadığı, emrin yanlış verildiği, emrin yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amiri *alenen eleştirmek* veya *amire karşı itirazda bulunmak* gereklidir. Görüldüğü üzere maddi unsuru oluşturan fiil, alenen eleştirmek veya itiraz etmek şeklinde iki seçimli harekete bağlıdır.

"Alenen" ; 6413 sayılı TSK.Dis.K. amire karşı yapılan bu eleştirinin alenen işlenmiş olmasını da koşul olarak ortaya koymuştur. Aleniyet sözcüğü, bir işin açık olması anlamına gelir. Ancak buradaki aleniyetten; herkesin vakıf olabileceği bir şekilde ve kamuya açık olacak şekilde gerçekleşmesi anlamını çıkarmamak gerekir. Zira buradaki aleniyetin ceza hukuku anlamında bir aleniyet olmadığı açıktır.²² TSK.Dis.K.nun 15/1-a maddesindeki alenen eleştirme ifadesi, bu işlemin açık bir şekilde yapılması, yani tereddüte yer verilmeyecek şekilde belli olması anlamındadır. Bu halde duruma amir veya üçüncü bir kişinin müttali olması yeterlidir.

"Eleştirme"; Bir insanı, bir eseri, bir konuyu doğru ve yanlış yanlarını bulup göstermek amacıyla inceleme işi, tenkit etme anlamında kullanılır. Yapılan işe ise eleştiri denir. Eleştirinin hem olumlu hem de olumsuz yönleri birlikte ortaya koyması esastır. Ancak amiri eleştirmek fiilinde olumsuzluk yönler esas alınmıştır. Yani, emrin uygun olmadığı, emrin yanlış verildiği, emrin yapılamayacağı ve benzeri şekillerde

²² "Aleni" ve "alenen" sözcükleri de aleniyet kelimesinden türetilmiş olup, "açık" "açıkça" "ortada" "herkesin içinde yapılan" olarak çevrilebilir. Türk hukukunda, içinde "Aleniyet" sözcüğü geçen pek çok hüküm bulunmaktadır. Hukuk literatüründe aleniyet teknik bir tabirdir. Usul yasalarında ve özellikle TCK.da sık sık bahsi geçen aleniyet tabiri, daha ziyade "Herkesin vakıf olabileceği bir şekilde" "kamuya açık olarak" anlamlarında kullanılmaktadır(Gülseren, Fehmi Şener: "Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı", Lefke Avrupa Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, Haziran 2014, s.32)

yapılan olumsuz eleştiriler bu kapsamdadır. Buradaki eleştirinin söz, hareket veya mimiklerle yapılması mümkündür.

“İtirazda bulunma”; Bir düşünce veya kararı benimsemeyerek karşı çıkma anlamındadır. Yani karşıt görüşlülük ifade eder. Bu bentteki itiraz, amirin verdiği emri alan ast'ın bu emri beğenmediğini, benimsemediğini ve kabullenmediğini göstermek amacıyla amirine karşı göstereceği olumsuz davranışlardır. Personelin kendisine usulüne uygun olarak verilmiş olan bir emir üzerine; emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde amirine karşı, karşıt görüşlülük ifade etmesi, bu disiplinsizliği oluşturur. Diğer bir ifade ile, astın emre karşı beyanda bulunması, olumsuz hal ve hareketler sergilemesi vb. hareketler itiraza kanıt oluşturur.

Astın başlangıçta amirin emrine karşı alenen eleştiride bulunması ya da itirazı olmasına rağmen, daha sonra emri yerine getirmiş olması bu disiplinsizliği ortadan kaldırmaz, çünkü şekli nitelikte bir disiplinsizliktir. Ancak bu durumun amir tarafından, personel lehine kabulü mümkündür. Örneğin kendisine disiplin cezası verilmemesi, sadece ikazla yetinilmesi vb.

İç Hz.Yönt.nin 10 uncu maddesi, ast-üst arasında vuku bulabilecek böyle bir durumda ast'ın hareket tarzını şöyle belirlemektedir: *“Astın, aldığı bir emirden dolayı âmirine mütalâada bulunması kat'iyen yasaktır. Alınan emir hiç bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın ve hiç bir düşünceye kapılmaksızın yapılacaktır. Bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı müstelzimdir.”*

6771 sayılı Kanunla gerçekleşen Anayasa değişikliği ile kaldırılmış olan AYİM'in 3. Dairesi bir kararında; *“Davacının, nöbet hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin görüşlerini dile getirdiği dilekçesinin; usulüne uygun olarak hazırlanmış nöbet talimatı ve bu çerçevede yapılan düzenlemeler kapsamında yürütülen nöbet hizmeti hakkında eleştiri ve itirazlarını içermesi nedeniyle, TSK Disiplin Kanununun 15-1/a maddesinde tanımlanmış bulunan "Emri mütalaa etmek" disiplinsizliğine vücut vereceğini; davacının eyleminin "hoşnutsuzluk yaratmak" disiplinsizliğini oluşturduğunun kabul edilmesinin eylemin mahiyetine uygun olmadığını, bu nedenle hatalı vasıflandırmayla verilen dava*

konusu disiplin cezasının iptaline karar verilmesi ve iptal kararını müteakip disiplin amirince davacının durumunun 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 39/5'inci maddesi gereğince yeniden değerlendirilmesi gerektiğine” hükmetmiştir.²³

c) Astın fikrini savunması veya emrin kanunsuz olduğu hususundaki kanaatini belirtmesi disiplinsizlik oluşturmaz:

Maddenin birinci fıkrasının a bendinde ayrıca; amir tarafından karar verilene kadar astın fikrini savunması veya emrin kanunsuz olduğu hususundaki kanaatini belirtmek için amire yaptığı itirazın, bunları yaparken oluşabilecek diğer disiplinsizlikler saklı kalmak kaydıyla bu kapsamda disiplinsizlik teşkil etmeyeceği kuralına yer verilmiştir. Bir emrin uygulanmasının zorunlu olması, o emrin kanuna uygun olmasına bağlıdır. Bir emrin kanuna uygun olması, emredilen şeyin mahiyeti ve cinsi, madde ve yer itibarıyla âmirin iş ve vazifesi içerisinde olmalıdır. Ayrıca emrin konusu olan fiilin yapılması kanunen caiz olmalıdır. Bir emrin bu çerçevede olup olmadığına, halen yürürlükte olan hukuki kurallara ve askerlik mesleğinin gereklerine göre karar verilir.²⁴ Bu durum bir hukuka uygun sebebi olarak görülebilir. Bu bentteki hüküm, yani astın fikrini savunması veya kanunsuz olduğu hususundaki kanaatini belirtmesi ancak amir tarafından karar verilene kadar olabilir. Amir kararını verdikten sonra ona aynen itaat zorunludur. Aksi halde, TSK.Dis.K.nun hizmet yerini terk etmeme cezasını gerektiren disiplinsizliklerden olan 19/1-a maddesindeki emre itaatsizlik disiplinsizliğine ve koşulları mevcutsa As.C.K.nun 87 inci maddesinde yazılı emre itaatsizlikte ısrar suçuna vücut verebilir. Benzer hüküm için bkz: 657 sayılı DMK. 125/A-a, 125/B-a

C. MANEVİ UNSUR:

Bu bentte yer alan disiplinsizliğin nasıl işlenebileceği konusunda madde metninde özel bir hükme yer verilmemiştir. TSK.Dis.K.da yer alan disiplinsizliklerin; bu Kanunda ayrıca hüküm bulunmayan hâllerde, kasten veya taksirle işlenebileceği

²³ AYİM.3.D., 28.5.2015, E.2014/1180, K.2015/866

²⁴ Taşkın, Rifat: 1946 yılına kadar bütün değişiklikleri Yargıtay içtihatlarını havi olan gerekçeli Askeri Ceza Kanunu, Şerh, Sekizinci Basım, Harp Okulu Basımevi, Ankara 1946, 295 s., s.160

öngörülmüştür(Bkz. md. 4/1). TSK.Dis. K.nun 19/1-a maddesinde düzenlenmiş olan emre itaatsizlik disiplinsizliğinin kasden işlenebileceği madde metninde açıkça yer almaktadır. Ancak “Emri mütalaa etmek” disiplinsizliğini düzenleyen 15/1-a madde metninde bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, TSK.Dis. K.nun 4/1 üncü maddesi gereği olarak, bu disiplinsizlik hakkında Kanunda ancak kasden işlenebileceği yönünde ayrıca hüküm bulunmadığından, kasten veya taksirle işlenebileceğini kabul etmek gerekir. Bununla birlikte bu disiplinsizliğin taksirle işlenme şekli ile ilgili örnek bulmak zordur. Bu fiilin ihmal ile nasıl işlendiğinin tespiti için, ihmal kasdının varlığının araştırılması gerekir.²⁵ Bu disiplinsizliğin söz konusu olması için failin kusurlu olması yeterlidir.

D. BU KANUNLA İLGİLİ HÜKÜMLER:

1. TSK.Dis.K.nun 15/1-a maddesinde düzenlenmiş olan “Emri mütalaa etmek” disiplinsizliği ile ilgili olup, Kanunun diğer maddelerinde düzenlenmiş olan hükümler, bu maddenin “Genel açıklama” bölümünde tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Bunlar; TSK.Dis.K. 5, 6/1, 7/1, 8/2, 11/2, 12/1, 14/1, 14/3, 27/1, 27/2, 41/1 ve 43/1 maddeleri olup, ilgili bölüme bkz.

2. Ayrıca bkz: TSK.Dis.K. 19/1-a

²⁵ Duran, Gökhan Yaşar: Askeri Disiplin Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul Nisan 2012, s.208, dn. 128