

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

" Güney Deniz Saha Komutanlığı Askeri Savcılığının 9 Kasım 2004 gün ve 2004/3071-790 E. ve K. sayılı iddianamesi ile Sanık Dz.Y/S Er Ozan OĞUZ'un 7 Eylül 2004 tarihinde mevcut emirler hilafına birliğe cep telefonu sokmak suretiyle Askeri Ceza Kanununun 87/1 maddesinde yaptırım altına alınan emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği iddia olunarak, anılan madde uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış, yargılama aşamasında mahkememizce Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinin aşağıda belirtilen nedenlerle Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmış ve Anayasanın 152 nci maddesi uyarınca re'sen Anayasa Mahkemesine başvurmak gereği doğmuştur.

1- Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi '1. Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiil ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. 2. Yukarıki fıkra yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.' şeklinde bir düzenlemeyi içermektedir.

Anayasanın 176 ncı maddesi uyarınca Anayasa metnine dahil olan başlangıç hükümleri arasında, '...Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;...',

'Suç ve cezalara ilişkin esaslar' başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, 'Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.'

Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı Anayasanın 2 nci maddesinde, 'Türkiye Cumhuriyeti...laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.'

Yasama yetkisi başlıklı Anayasanın 7 nci maddesinde, 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.'

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı Anayasanın 17 nci maddesinde, 'Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir,... insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.'

hükümleri yer almaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine göre, hiç kimse işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez. Anayasanın 90 ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda

farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, 'Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.', aynı maddenin ikinci fıkrasında 'İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.', üçüncü fıkrasında 'Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Su ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.', yine anılan yasanın 7 nci maddesinin birinci fıkrasında 'İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.' şeklindeki düzenlemeler ile yukarıda belirtilen evrensel ilkelere paralel genel hükümler konulmuştur.

Yine anılan yasanın 2 nci maddesinin gerekçesinde 'Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir ... Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki 'kanunsuz suç ve ceza olmaz' ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.' denilmek suretiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemi açık ve net bir şekilde vurgulanmıştır.

Anayasa'ya ve Türk Ceza Kanunu'na göre suçların kanunla belirlenmesi 'suçta kanunilik', cezaların da kanunda gösterilmesi 'cezada kanunilik' ilkesini oluşturur. 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' kuralı çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biridir. Bu ilkelerle kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri sağlanmakta, temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır.

Yasama organı kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır. Herhangi bir eylemde bulunan kişinin eylemini gerçekleştirdiği tarihte bu eyleminin yasalarla yaptırım altına alınan bir suç tipine uyup uymadığını açıkça bilebilecek durumda olması, diğer bir deyişle yasaklanmış eylemlerin hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde yasalarla belirlenmiş olması gerekir ve bu husus Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır.

Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir.

Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi bir suç tipini düzenlediğinden suçta yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre suça vücut verecek eylemi/eylemleri kesin ve açık bir biçimde düzenlemesi gerekir.

Ayrıca, ceza kanunlarında suç olarak vasıflandırılıp yaptırıma bağlanan eylemler incelendiğinde, toplumun geneli tarafından kabul görmeyen, ayıplanan birtakım eylemler olduğu anlaşılabacaktır. Dolayısıyla suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren, vasat düşünme yeteneğine sahip bir kişi, yaptığı eylemin toplumun geneli tarafından kabul edilmeyen, en azından ayıplanan bir davranış olduğunu bilmektedir. Bu kapsamda, kendisine tebliğ edilen nöbet hizmetinin gereğini yapmayan askeri şahıs yaptığı bu davranışın toplumca kabul edilmeyen bir davranış olduğunun bilincindedir. Oysa ki, yetkili amirleri tarafından yasaklanmasına rağmen birlik dahiline cep telefonu getiren bir askeri şahsın bu eylemi toplumun geneli tarafından kabul görmeyecek veya ayıplanacak nitelikte bir davranış olmadığı gibi, bu şekilde sanık konumuna getirilen kişiler tarafından da çeşitli gerekçelerle (ailesiyle daha rahat görüşebilme vs.) yaptıkları eylemin haklı bir sebebe dayandığı savunulmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından açıkça suç olarak vasıflandırılıp cezai yaptırıma bağlanmayan bu eyleminin, genişletici bir yorum tarzıyla As.C.K.'nın 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesinin Ceza Hukuku prensipleri ile bağdaşmadığı, bu konuya ilişkin olarak alınacak disiplin önlemleri ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilebileceği hukuki kanaatine varılmakla birlikte, As.C.K.'nın 87 nci maddesinin dava konusu eylemin As.C.K.'nın 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesine olanak verecek şekilde eylemi sınırlandırmamış, çerçevesini çizmemiş olmasının nedeniyle suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğu hukuki kanaatine ve sonucuna varılmıştır.

211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 2 nci maddesinde askerlik; 'Türk vatanını, istiklal ve Cumhuriyetini korumak için harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyetidir' şeklinde tanımlanmış ve anılan yasanın 35 nci maddesinde 'Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır' şeklindeki düzenleme ile vazifesinin çerçevesi genel olarak çizilmiş olmakla, asker şahsın temel vazifesi de budur. Bu nedenle belirtilen yükümlülüğe ilişkin olarak verilen emirlere itaat edilmesini temin amacıyla Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi anlamında bir yasal düzenlemeye her zaman ihtiyaç olduğunda ve bu yükümlülüklerle ilişkin emirlere uymayan askeri şahıslar hakkında anılan yasa maddesi uyarınca yaptırım uygulanması hususunda zaruret bulunduğu heyetimizce hiçbir tereddüt yoktur.

Ancak Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinde düzenlenen suç tipinde yeralan ve suçun unsurlarından olan tipik hareket 'hizmete ilişkin emri yapmamak,... reddetmektir. Maddede hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır, anılan yasanın 12 nci maddesinde ise hizmetin tarifi yapılmış ve 'Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir' denilmek suretiyle hizmet soyut olarak tanımlanmış, anılan her iki maddenin birarada değerlendirilmesi sonucunda Askeri Yargıtayın istikrar bulmuş kabulüyle 87 nci maddede belirtilen hizmete ilişkin emirden 'askeri hizmete ilişkin emir'in anlaşılması gerektiği kabul edilmiş ve uygulamada bu yönde

olmuştur. Buna rağmen askeri hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği, hangi emirlerin askeri hizmete ilişkin olduğu hususunda gerek yerel askeri mahkemelerin gerekse Askeri Yargıtayın kararlarında bir istikrar bulunmadığı, geçmişte askeri hizmete ilişkin olarak değerlendirilmeyen bir emrin daha sonraki bir tarihte aynı yasal mevzuat çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda askeri hizmete ilişkin emir olarak değerlendirildiği veya bunun tam tersi kabul tarzının olduğu, askeri hizmete ilişkin emrin kapsamını tayinde tereddütler bulunduğu, yasal mevzuatta askeri hizmete ilişkin emirden tereddütsüz olarak ne anlaşılması gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmadığı tespit edilmiştir. Oysa ki hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususunun yasa koyucu tarafından, muhataplarınca tereddütsüz bir şekilde açık ve net olarak algılanabilecek şekilde düzenlenmesi gerekirken, bu anayasal zorunluluğa uyulmadığı, aşağıda ayrıntılı olarak izah olunacağı gibi yasada hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususundaki temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmediği, hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususunun uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konulardan olmaması nedeniyle, hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiğinin açıkça düzenlenmesinin anayasal zorunluluk olmasına rağmen, bu kavramın içinin doldurulmasının yürütme organına ve uygulayıcıların yorumlarına bırakılmasının Anayasal gereklere uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

TSK İç Hizmet Kanununun 6 ncı maddesinde hizmet; 'Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir', 5 nci maddesinde nizam; 'Tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, talimnamelerin ve talimatların hükümleridir', 6 ncı maddesinde emir; 'Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir.' şeklinde, 7 nci maddesinde vazife; 'Hizmetin icabettirdiği şeyi yapmak veya menettiği şeyi yapmamaktır' şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen tanımların tamamı askeri hizmete ilişkin emirden tereddütsüz olarak ne anlaşılması gerektiğini tespiti yeter nitelikte tanımlar olmayıp, soyut nitelikte ve çerçevesi net olarak çizilmeyen ve bu çerçevenin içerisini somut olarak dolduramayan, uygulayıcıların yorumuna göre farklı farklı sonuçlara varılabilecek tanımlardır.

Konuya ışık tutması açısından Askeri Yargıtayın Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesini uygulamasına ilişkin kararlarından bir kısmı aşağıda belirtilmiştir.

'...nöbetçi amirliğine gitmesi hususunda verilen emre icabet etmeyerek çıkıp giden sanığın bu hareketi emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder.' (As.Yrg.Gen.Krl., 23.10.1962, E.3024.K.113).

'...Sivil memur statüsünde olan sanığın 211 Sayılı T.K.K. İç Hizmet Kanunun 14 ve Yönetmeliğinin 115 nci maddeleri muvacehesinde, amirleri tarafından verilen vazifeleri yapmaması ve bir vazifeye dair verilen emir için de icabette bulunmaması, As.C.K.'nın 87 nci maddesinde yazılı emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder.' (As.Yrg.Drl.Krl., 30.4.1965, E.46.K.56)

'...Sanık ...'nın, eğitim yerinde, B.I.K. vekiline karşı yapmış olduğu disiplinsiz hareketlerden dolayı, yazılı savunmasını yapmak üzere, bizzat B.I.K. vekili tarafından yazılı olarak verilen sualleri muhtevi zarfı almamak hususunda direndiği anlaşıldığına göre tekevvün eden fiili emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder.' (As.Yrg.i.D. 12.1.1970,E.4,K.16).

'Sanık er'in... plaka sayılı Reo aracının direksiyonuna geçerek, yetkisi olmadığı halde, işbu aracı kademeye götürmek üzere hareket ettirmesi ve 10 m. kadar bizzat sevk ve idare

ettikten sonra şanzımanının kilitlenmesi nedeniyle durdurması, askeri aracın direksiyonuna geçişindeki kasti, sevk ve idare süresi ve katedilen mesafe muvacehesinde, emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder.' (As.Yrg.4.D.,3.10.1972, E.345, K.343).

'...nöbetçi subayı olarak görevli bulunduğu sırada ... plaka sayılı askeri aracın direksiyonuna geçerek mezkur aracı bizzat kullandığı anlaşılan sanığın fiili emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder.' (As.Yrg.3.D., 3.1.1973, E.11, K.11)

'...Ütgm. ...'nin ... tarafından ... kendisine saçlarını kestirmesi şifahi olarak emredildiği halde sanığın mevzuata, yazılı ve şifahi emirlere rağmen saçlarını kestirmemek suretiyle, emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği,... sabit görülen eyleminden dolayı As.C.K.'nun 87/1 maddesi hükmünce ... tecziyesine karar verilmesinde kanuni isabet görülmüştür.' (As.Yrg.LD., 23.12.1975, E.346, K.332).

'...Garnizon Komutanlığının verdiği yetkiye dayanarak askeri aracı durdurmak isteyen görevlilerin dur emrine hiç uymayan sanık astsubayın fiili emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur.' (As.Yrg.Drl.Krl., 7.4.1983, E.92, K.89).

'...yat yoklaması almak üzere gelen nöbetçi subayı üsteğmenin koğuşa girerek yatması şeklinde verdiği emre uymayan sanığın eylemi, emre itaatsizlikte ısrardır.' (As.Yrg. 5.D., 1.10.1986, E.214, K.186).

'...askeri araçların nasıl park edilecekleri,... konusundaki ... emirlerinin, birlik komutanlığınca sanık şoför ere tebliğ edilmesine rağmen; aracını görev sebebiyle çıktığı mahal civarında bir pastanenin önüne park edip yanındaki arkadaşlarıyla birlikte aracı terk ederek pastaneye giren ve bilahare başıboş aracın merkez komutanlığı yetkililerince tespiti sırasında aracın yanına gelen sanığın bu davranışı ile... hizmete ilişkin emri hiç yapmamak suretiyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği kabul edilmiştir.' (As.Yrg.3.D., 16.12.1986, E.348, K.323).

'Askeri mıntıkaya alkollü içki sokulmayacağına ve içilmeyeceğine dair emre aykırı hareketle olay günü depoda içki içerken yakalanan sanık hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçundan dolayı tesis edilen mahkumiyet hükmünde isabet vardır.' (As.Yrg.3.D., 9.2.1988, E.118,K.100).

Kışlada alkollü içki içilmesini yasaklayan hizmet emri, kışlaya alkollü içki sokulmasını da kapsar. Kendilerine önceden tebliğ edilmiş talimata aykırı hareket ederek birlik içerisine alkollü içki sokan sanıklar açısından emre itaatsizlikte ısrar suçları oluşmuştur. (As.Yrg.Drl.Krl., 21.10.2004, E.142, K.138).

'Sanıkların uymadıkları iddia edilen birlik dahilinde içki içilmeyeceğine ilişkin emir, genel bir kural olup, söz konusu emrin sanıklara yazılı veya sözlü olarak tebliğ edildiğinin kanıtlanamaması karşısında, müspet suçun unsur itibariyle teşekkül etmediğinden bahisle verilen beraat kararında herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir.' (As.Yrg.3.D., 23.10.1990, E.479, K.473).

Kışlada içki içilmeyeceğine ilişkin emrin tebellüğ tarihi belgede yer almamakla birlikte, eylemin seyir ve işleniş biçiminden sanığın kışlaya içki sokulmasının yasaklandığını bildiği anlaşıldığına göre emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşur. (As.Yrg.Drl. Krl., 7.10.2004, E.136, K.126).

Sanığın içkileri tel örgüden kışla içerisine attıktan sonra nizamiyeden geçerek içkileri bulunduğu yerden alıp götürürken yakalanması gözönüne alındığında, eylemin gerçekleştirilme şekline, sanığın kışlaya içki sokulmasının yasak olduğunu bildiği, bu konudaki emirden haberdar olduğunda kuşku bulunmadığı anlaşıldığından, ayrıca kışlaya içki sokulmayacağına dair emrin sanığa tebliğ edilip edilmediğini araştırmaya gerek yoktur. (As.Yrg.Drl.Krl., 1.5.2003, 2003/50-48).

'Birlik komutanlığınca yayımlanıp günlük emir olarak hükümlüye de tebliğ edilen ... tarihli emirde erbaş ve erlerin kolonya bulundurmalarının ve kolonya kullanmalarının yasaklanmasına rağmen hükümlünün bu emre riayet etmeyerek ... günü kolonya içtiğinin tespit edildiği anlaşılmaktadır. Birlik komutanlığının bu emrine aykırı hareket etme eyleminin sübutu halinde emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacağı...' (As.YrgAD., 16.2.2000, E.2000/98)

'Bayramlarda bulundukları garnizonlardaki kışlalara giderek askerlerle bayramlaşmalarını amirlere bir görev olarak yükleyen T.S.K. İç Hiz.Yönt.nin 27 ve Askeri Merasim ve Protokol Talimatnamesinin 32. maddeleri muvacehesinde; bayramlarda emrinde bulunan subay ve astsubayların bayramlaşmalarını sağlamak amacıyla verilen emrin hizmete ilişkin bir emir olduğu gözönüne alındığında, subay ve astsubayların bayramlaşmak üzere... günü saat... da birliklerinin başında olacaklarına dair emri tebellüğ etmesine rağmen sırf yorgunluğunu beyan ederek bu törene katılmayan sanık astsubay hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçu teşekkül eder.' (As.Yrg.2.D., 1.2.1989, E.83, K.63).

'...Üzerinde wolkman, radyo ve fotoğraf makinası olanların bu aletleri bölük astsubayına teslim etmesi gerektiği konusunda sanığa tebliğ edilen emrin hizmete müteallik olduğu, bu emre uymayan sanığın emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemiş olacağı hk.' (As.Yrg.Drl.Krl., 30.4.1992, E.61.K.59).

'Yapılacak içtimalara katılması konusunda nöbetçi çavuşunun sanık er'e verdiği emrin askeri hizmete yönelik bir emir olduğu izahtan varestedir.' (As.Yrg.1.D.26.3.1997, E.209.K.208).

Sanığın kendisine tebliğ olunarak malum ve muayyen bir emir haline getirilmiş bulunan radyo bulundurulmayacağına ilişkin hizmet emrine hiç uymayarak emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği sonucuna varılmış; radyoyu bölük astsubayına teslim etmek üzere kütüklükte bulundurduğuna dair savunmasına, emrin tebliğini müteakip teslim etmemesi, aradan üç gün geçmesi, radyonun nöbet kıyafetine dahil kütüklükte gece yarısı ele geçmesi karşısında, itibar edilmeyerek sübuta yönelik temyiz itirazının reddi gerekmiştir.(As.Yrg.1.D., 31.5.2000, E.356.K.355)

Hizmete ilişkin oluşunda kuşku bulunmayan; Garnizon dışında silah taşınmaması emrine aykırı davranan sanık hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçundan yazılı şekilde kurulan hükümde yasaya aykırılık bulunmadığından kararın onanması gerekmiştir. (As.Yrg.2.D., 7.6.2000, E.372, K.367).

'...Bçvş. E.'un 'bak, şu kadar personelin önünde emre itaatsizlik suçunu işliyorsun, kendini zor durumda bırakma, önce maaşları çekmeye git' demesine rağmen sanığın 'benim başım ağırırsa, başkalarının da başı ağrır, siz asli göreviniz üzerinde kalmak üzere İlçe J.K. Vekili olarak görevlendirildiniz, bu görev aslında sizin görevinizdir' diye karşılık verdiği ve

maaşları çekmeye değil, devriyeye gittiği kabul edilerek As.C.K.'nın 87/1 maddesi uyarınca kurulan emre itaatsizlikte ısrar suçu ile ilgili mahkumiyet hükmünde ... isabetsizlik bulunmadığı hk. (As.Yrg.3.D., 27.6.2000, E.467, K.465).

Çeşme onarımını kendisine görev bilen sanığın, buna yönelik yaptığı faaliyette, sürücü belgesi olmayan askere araç kullanırıp hızlanmasını söylemek suretiyle görev hududunu aştığı ve keyfi uygulamaya gittiği açık olmakla birlikte, bu eylemini ika ederken, başkasına zarar vermek veya kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmek kastının bulunmadığı; kaldı ki, hizmete ilişkin emirlere aykırı davranmak şeklinde tezahür eden, çok somut ve bir bakıma basit bir fiil niteliğindeki sanığın eyleminin, özel ceza kanunu bünyesinde düzenlenmiş olan emre itaatsizlikte ısrar suçu olarak vasıflandırılmasının kanunun sistematığına uygun olduğu kanısına ulaşılmıştır. (As.Yrg.Drl.Krl., 16.10.2003, E.71 K.79)

Görev genel talimatı uyarınca, istirahat halinde Bl. Komutanından habersiz sorumluluk sahasını terk etmemesi, silahını sürekli üzerinde taşıması, herhangi bir yere bırakmaması, yabancı askeri veya sivil kuruluş personeli ile halkın verebileceği yiyecek içecek maddelerini almaması gerektiğine ilişkin hizmet emrine rağmen, Kosova'da görevli bulunan sanık erin olay tarihinde sorumluluğunda bulunan sahayı terk etmesi, bu sırada silah ve teçhizatını çadırda bırakması ve gittiği köy halkından yiyecek maddesi alması şeklindeki eylemi, görev yapılan yerin ve yürütülen görevin özelliği nedeniyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg.Drl.Krl. 17.4.2003, E.38, K.39).

Görevine giren hususlarda ihmali tespit edilen sanığa, günlük yoklama çizelgelerini hazırlaması hususunda verilen emir somut ve hizmete ilişkin olup, emrin gereğini yapmayan sanığın, memuriyet görevini ihmal suçuna göre özel bir suç olan emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği açıktır. (As.Yrg.Drl.Krl., 18.12.2003, E.110, K.112).

Hizmet Birlik Komutanlığı Soba Yakma Talimatı başlığını taşıyan ve olay tarihinden evvel birlik soba yakma sorumlusu olan sanığa tebliğ edilen talimatta yer alan hususların gerek düzenleniş biçimi itibarıyla sınırları önceden belirlenerek somut hale getirilmiş askerî bir hizmeti öngörmesi, gerekse bu kurallara riayet etme mükellefiyetini sadece soba sorumlusuna yüklemiş olmasından ötürü, belirtilen talimatın tavsiye niteliğinde genel bir emir olmasının ötesinde, muhatabı ve uygulama koşulları önceden belirlenmiş kurallardan oluşan bir hizmet emri olduğu açıktır. (As.Yrg.Drl.Krl., 20.11.2003, E.99, K.100).

Orduvevi Müdürlüğü emrinde kat görevlisi olan sanığın 'Kat görevlileri temizlik yapmak için girdikleri odalarda TV seyretmeyecekler, yatakların üzerine oturmayacaklar ve yatmayacaklardır.' Şeklindeki emre rağmen 518 No.lu odada uyuduğunun tespit edilmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığa imza karşılığı tebliğ edilen günlük emir genel bir talimattan ziyade otel kısmında çalışma esaslarını ve personelin uyması gereken kuralları düzenlemekte olup somut hale getirilmiş hizmet emri niteliğinde olduğundan sanığın üzerine atılı emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşmuştur. (As.Yrg. 3.D., 14.1.2003, E.47, K.43),

...Eğitim ders notlarındaki hatâları düzeltmesinden sonra evine gitmesi gerektiğine dair batarya komutanınca verilen emir askeri hizmete yönelik bir menfaati içerdiğinden, sanık uzman çavuşun hizmete ilişkin bu isteme itaatsizlik kastıyla hareket ederek uymaması emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg.Drl.Krl., 4.11.2004, E.162, K.146).

İlaç tasarrufunun yaygınlaştırılarak daha etkin olarak yürütülebilmesi maksadıyla, viziteye çıkan erbaş ve erlere tedavinin gerektirdiği ilaçların günlük ihtiyaca uygun olarak adet

olarak verileceğine, birlik reviri dışındaki hastanelerden alınan ilaçların günlük kullanılması gereken miktarı dışındakilerin tedavisi sürenler tarafından revire teslim edileceğine dair emir, bu emre muhatap erbaş ve erler açısından da hizmete yönelik bir emirdir. (As.Yrg.Drl.Krl., 21.10.2004, E.163, K.140).

Sakız çiğneyerek askeri servis aracına binen ve sakızı patlatması üzerine araçta önünde oturan yüzbaşı tarafından ağzından sakızı çıkarması konusunda ısrarla uyarılan sanığın sakızı çıkarmamak biçimindeki eylemi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg. 4. D., 17.2.2004, E.171, K.162).

Emre itaatsizlikte ısrar suçu genel kasıtlı işlenebilen, yani bilerek ve isteyerek emrin gereğinin yapılmamasıyla oluşabilen bir suç olduğundan, yasaklanmış olmasına karşın temizleme saikiyle de olsa silahın kılıfından çıkarılıp kurcalanmasıyla müsnet suç işlenmiş olmaktadır. (As.Yrg.Drl.Krl. 4.3.2004, E.40, K.41).

Nizamiyeye kayıt yaptırmaksızın askeri araçla dışarıdan alkollü içki alıp gelmesi hususunda nöbetçi astsubay tarafından sanık ere verilen emrin, askeri hizmetle hiçbir ilgisinin bulunmadığı ve askeri suç maksadıyla verilmiş olduğu açıktır. Takriben bir senelik asker olan sanığın, kendisinden istenilen hususun emirlere aykırı olduğunu bilmesine rağmen durumu derhal nöbetçi amirine bildirmek yerine, bile bile suç teşkil eden isteğe icabet etmesi makul ve hukuken kabul edilebilir bir davranış olmadığından, sanığa isnat olunan emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşmuştur. (As.Yrg.Drl.Krl., 24.6.2004, E.109, K.101).

İnşaatı devam eden hizmet binasının çatısının yoğun kar yağışı nedeniyle hasar görüp çökme tehlikesi arz etmesi nedeniyle, binanın çatısına çıkılmasını yasaklayan emir hizmete ilişkin olup, yasağa uyulmaması emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg.Drl.Krl., 8.7.2004, E.118, K.110).

Nizamiyede çarşı izin dönüşü üzerinde cep telefonu yakalanan sanığın emre itaatsizlikte ısrar suçu sübuta ermiştir. Yüklenen suçun neticesi harekete bitişik suç olması nedeniyle teşebbüs hükümleri uygulanmaz. (As.Yrg.1.D., 16.6.2004, E.675, K.672).

Askeri Yargıtayın yerleşik uygulamaları ile; bu tür konularla ilgili olarak (cep telefonu, fotoğraf makinası bulundurma, birlik içerisinde sigara içme v.s.) hizmetin sağlıklı yürütülmesi için amir tarafından verilen yasaklayıcı mahiyetteki emirlerin askeri hizmete ilişkin bir emir olduğu ve buna aykırı hareketin 'emre itaatsizlikte ısrar' suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir. Drl.Krl.17.5.2001 2001/52-52 ve 15.11.2001 E.108 K.104)

Yukarıda örnek olarak verilen Askeri Yargıtay kararlarına dayanak olan emirler ile EK'te gönderilen birlik komutanları tarafından yayımlanmış emirlerin konusuna ve düzenleniş tarzına bakıldığında çoğunun askerlik hizmeti ile doğrudan ilgisinin bulunmadığı, hemen hemen askerlerin toplumsal yaşam içerisindeki her davranış şekline ilişkin birtakım kurallar/emirler içerdiği tespit edilmektedir. As.C.K.'nın 87 nci maddesinde belirtilen hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği anılan maddede açıkça belirtilmediğinden ve As.C.K.'nda ve İç Hizmet Kanununda yeralan hizmet tanımından da bu hususta açık, net, kesin bir sonuca varılamadığından bu emirlere muhatap olan askeri şahısların, öncelikle bu emirlerden hangilerinin askeri hizmete ilişkin olup olmadığı şeklinde bir yorum yapmaları gerekmektedir ki, özellikle hiçbir hukuki eğilimi bulunmayan ve genelde eğitim seviyesi düşük erbaş/er'lerin bu hususta ne derece 'sağlıklı bir değerlendirme yapabilecekleri hususu izahtan varestedir. Kaldı ki askeri hakimler arasında dahi bu emirler içeriğinde bulunan hususlardan

hangilerinin askeri hizmete ilişkin olduğu hususunda tam bir fikir birliği bulunmamakta, hukuk anlayışları, yorum tarzlarına göre farklı farklı sonuçlara varılabilmektedir ve bu nedenle anılan maddede hangi eylemin suç olarak yaptırım altına alındığı hususunun açıkta belirtilmediği sonucuna varılmaktadır.

Yukarıda belirtilen emirler içeriğine örnek olması açısından EK'te gönderilen emirlerde düzenlenen hususlardan çarpıcı nitelikte olan birkaç tanesi aşağıda belirtilmiştir.

'Hiçbir personel, ... özellikle hayat kadınlarının bulunduğu bölgelerde bulunmayacak, bu gibi hallerin Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını ve maneviyatını zedeleyeceğini unutmayacak, sağlık yönünden çözümü olmayan, ölüme kadar neden olabilecek hastalıklar kapılabileceği düşünülerek dikkatli bulunulacaktır.'

" birliğimizdeki ağaçların fırtına veya şiddetli rüzgar durumunda devrilebileceği/kırılabilirliği göz önüne alınarak, tüm Erbaş/Er'ler, yağışlı ve şimşekli havalarda toplu olarak bulunmayacak, birbirine dokunmayacak, açık arazide ağaç, elektrik direği ve yüksek gerilim hatlarından uzak bulunulacak,... kiremit vb. malzemelerin uçmasına ve zarar verme ihtimaline karşı dikkatli olunacak ve mümkün olduğunca bina içlerinden dışarıya çıkılmayacaktır.'

'...birlik dışında emniyet kuvvetleri ile olan ilişkilerde askeri nezaket ve terbiye terk edilmeyecek, asker kişinin kolluk kuvveti tarafından polis karakoluna götürülmesi veya polis tarafından ifadesinin alınmasının mümkün olmadığı unutulmayacak ve inzibat beklenecektir.'

'...ıslak zemin vb. mahallerde kayıp düşme ile oluşabilecek kazalara karşı dikkatli olunacak, deniz kenarında/sahilde yapılan temizlik faaliyetlerinde denize düşmeyecek şekilde dikkatli bulunulacak,... sivil şahsiyetler ile konuşulmayacak, ... kasıtlı veya dikkatsizlik sonucu oluşabilecek araç kazalarına karşı uyanık bulunulacak, dikkatli ve tetikte olunacaktır.'

'Dolu veya boş tüfek ile emniyette olsa dahi şaka yapmayacağım.'

'Morali bozuk, stresli arkadaşlarımı en yakın amirime bildireceğim.'

'Çıplak, kablo ucu kopmuş tele rastladığımda kesinlikle dokunmayacağım ve en yakın amirime bildireceğim.'

'Prizlere tel, çivi, kasatura, harbi, vb. cisimler sokmayacağım.'

'Islak elle priz ve elektrik düğmelerine dokunmayacağım.'

'Kesinlikle tüp gaz düğmeleri, tüp dedantörü ve bağlı hortumlarıyla oynamayacağım'

'Sobaları, benzin, motorin, gazyağı vs. yanıcı ve parlayıcı maddelerle yakmayacağım.'

'Yanan sigarayı yere veya pencereden dışarıya atmayacağım.'

'Her türlü rahatsızlığımı, psikolojik ve ailevi sorunlarımı amirime bildireceğim.'

'Reçetesiz ilaç kullanmayacağım.'

'Yüzme bilsem dahi, deniz, gölet veya her türlü akarsuya rütbeli personel kontrolü altında olmadan izinsiz girmeyeceğim.'

'Hamamda/banyoda/ıslak ve kaygan zeminde daima kayabileceğimi düşünerek dikkatli yürüyeceğim ve arkadaşlarımla şakalaşmayacağım.'

'Araçların, hareketli cisimlerin yanında ve altında yatmayacağım.'

Yukarıda alıntı yapılan düzenlemeler/emirlerden anlaşılacağı üzere, birlik komutanlarında yaygın olarak mevcut olan ve esasen yanlış olan kanaat uyarınca, birlik komutanlarının emirleri altındaki askeri şahısların başına gelebilecek herhangi bir olay nedeniyle her zaman kendilerinin yasal yönden sorumlu tutulacakları kanaatiyle hemen hemen her türlü davranışa ilişkin bir kural koyma, emir verme yoluna gidilmekte ve askeri şahıslar bu emirlerden hangilerinin askeri hizmete ilişkin olduğunu açık ve net olarak bilememektedirler.

Zira TSK İç Hizmet Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan askerlik tanımı esas alındığında, yukarıda örnekseme yöntemiyle düzenlenen hususların tamamının askeri hizmete ilişkin olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak TSK İç Hizmet Kanununun amirin vazifelerinin düzenlendiği 17 nci maddesinde; 'Amir; maiyetine hürmet ve itimat hisleri verir. Maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulundurur. Amirin maiyetine karşı daima bitarafılık ve hakkaniyeti muhafazası esastır', şeklindeki düzenleme, anılan yasanın 39 ncu maddesindeki '...iyi ahlaklı olmak, üst'e itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin vazifesidir.', yine 40 nci maddesindeki 'Askerin bakımı, sağlığı, yedirilmesi, giydirilmesi, barındırılması ve moralinin yüksek tutulması dikkat ve itina ile sağlanacak en mühim vazifelerdendir.', 42 nci maddesindeki 'Her asker vazife ve hizmet icabı kullanmak ve muhafaza etmek için kendisine tevdi edilen her çeşit Devlet malının bakım, korunma ve muhafazasından sorumludur' şeklindeki düzenlemeler ile askeri şahıslara temel vazifeleri olan -Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumak- dışında hemen hemen her alanda birtakım vazifeler verilmiştir ve bu vazifelerin ifası amacıyla birlik komutanları tarafından, askeri şahısların sosyal/özel hayatlarının hemen hemen her alanına ilişkin olarak müdahale edilebilmesi olanaklıdır, dolayısıyla bu şekilde birlik komutanları tarafından düzenlenip, yayımlanan düzenleyici tasarruflarda belirtilen davranış kurallarına aykırı hareket edilmesi halinde, bu düzenleyici işlemlerde yeralan hemen hemen her hususu askeri hizmete ilişkin emir olarak telakki etmek ve buna göre işlem yapmak sonucunu doğuracak nitelikte, aksi hukuki kanaatte bulunan yerel askeri mahkemelerin aşamayacağı nitelikteki Askeri Yargıtay tarafından tesis olunan yargısal kararlar mevcuttur ki, bu kabul ve anlayış tarzının suçta kanunilik prensibi ile bağdaşmayacağı izahtan varestedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi suçta kanunilik ilkesini karşılayacak şekilde suç teşkil eden eylemi açık ve net olarak ortaya koymadığı gibi, suç teşkil eden eylemi açık ve net olarak ortaya koyabilecek nitelikte bir çerçevede çizmemesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurabilecek şekilde idareye suç tipi yaratmaya imkan verecek nitelikte bulunması, ceza hukukunun temel prensiplerinden olan kanun koyucunun amacını aşacak şekilde genişletici yoruma elverişli düzenleme içermesi, Anayasanın 90 nci maddesi uyarınca As.C.K.'nın 87 nci maddesine üstün tutulması gereken İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine aykırı hüküm içermesi nedenleriyle Anayasanın 38 nci

maddesinde tanımını bulan suçta kanunilik ilkesine, başlangıç hükümlerine, Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan 'hukuk devleti' ilkesi uyarınca her türlü eylem ve işlemlerinde Anayasa, yasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan Devlettir şeklindeki hukuk Devleti ilkesine, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7 nci maddesine, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin 17 nci maddesine, Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen kanunlar Anayasaya aykırı olamaz hükmüne istinaden Anayasa'nın 11. maddesine, aykırı olduğu hukuki kanaatine ve sonucuna varılmıştır. ,

2- Anayasanın 10 ncu maddesinde;

'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerine kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.'

hükmü yer almaktadır.

30 Mart 2005 gün ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu 1.6.2005 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir ve anılan yasanın 'Emre aykırı davranış' başlıklı 32 nci maddesinde;

'(1) Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

(2) Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir.

(3) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526 ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır'

hükmü yer almaktadır.

'Yasa önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Eşitlik ilkesi bu çerçevede değerlendirildiğinde, askeri şahıslara yönelik olarak askeri makamlar tarafından çıkarılan emirlere aykırı hareket edilmesi halinde, genel olarak yetkili

makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket edilmesini yaptırım altına alan Kabahatler Kanununa göre daha özel ve daha ağır yaptırım içeren Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinin uygulanmasının, her iki yasal düzenlemede yaptırım altına alınan eylemlerin faillerinin aynı hukuksal durumda olmamaları nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı savunulabilirse de, yasalarla TSK mensuplarına verilen asli görevlerin dışındaki hususlara ilişkin olmayan emirler yönünden eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıktığı sonucuna varılmaktadır. Şöyle ki, örneğin askeri birlik içerisinde cep telefonu bulundurmayı/kullanmayı yasaklayan bir emrin verilmesinin amacı genel olarak güvenlikle ilgili olup, doğrudan askeri hizmetin ifasına yönelik bir hizmet emri olmamasına rağmen, genişletici bir yorum tarzıyla bu yöndeki bir emrin askeri hizmete ilişkin olduğu değerlendirilmekte, dolayısıyla diğer yetkili makamlar tarafından kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla verilen 'emirlere aykırı hareket edenler ile askeri makamlar tarafından bu amaca yönelik olarak verileri emirlere aykırı hareket edenlerin karşılaşacağı yaptırım askeri şahısların aleyhine olacak şekilde eşitlik ilkesini zedeler bir mahiyet arzetymekte, bu emirlerin konusu dikkate alındığında askeri şahıslar ile sivil şahısların bu emirler yönünden farklı hukuki konumda bulunmadıkları sonucuna varılmıştır.

Kaldı ki bu eşitsizliğin askerlik hizmetinin temeli olan disiplinin tesisini temin zaruretiinden hasıl olduğu ve bu nedenle farklı hukuksal durumların söz konusu olduğu da savunulamaz ve bu tarz bir düşüncenin hukuksal dayanağı yoktur.

Zira dava konusu idari emrin, askeri disiplinin tesisi açısından askeri hizmete ilişkin bir emir olduğu savunulabilirse de, aşağıda belirtilen gerekçelerle, söz konusu emrin disiplinin tesisi yönünden de askeri hizmete ilişkin bir emir kapsamında olmadığı gibi, bu emirlere aykırı hareket edenlerin sivil şahıslardan farklı bir yaptırıma tabi tutulmasını haklı kılabilecek kabul edilebilir bir hukuki gerekçe bulunmaması nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı sonuç doğurduğu sonucuna varılmıştır. TSK iç Hizmet Kanununun 'Disiplin' başlıklı 13 ncü maddesinde: '... Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır.' denilmek ve buna istinaden 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanununda gerekli düzenlemeler yapılmak ve ayrıca Askeri Ceza Kanununun 165 ve devamı maddelerinde disiplinin tesisi açısından disiplin amirlerine hürriyeti bağlayıcı ceza vermek yetkisi de dahil olmak üzere oldukça geniş ölçüde yetkiler verilmek suretiyle, askeri birliklerde disiplinin tesisi için gerekli olan yasal düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle, ceza kanunlarını kıyasa yol açacak şekilde geniş bir şekilde yorumlayarak, kanun koyucu tarafından açık olarak suç olarak vasıflandırılıp yaptırıma bağlanmayan eylemlerin, disiplin mülhazasıyla suç olarak vasıflandırılmasına hukuken imkan bulunmadığı gibi ihtiyaç da bulunmamaktadır. Bu nedenle genel olarak askerlerin vazifeleri kapsamında bulunan her emre aykırı hareketin, As.C.K.'nun 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilmemesi ve bu şekildeki eylemlerin disiplin amirleri tarafından kanuni yetkileri dahilinde cezalandırılması kanun koyucunun amacına ve hukuka daha uygun olduğu değerlendirilmektedir. Bu nedenlerle dava konusu emrin disiplinin tesisi açısından da askeri hizmete ilişkin olarak değerlendirilmesinde ve bu emre aykırı hareket edenlerin, yetkili makamlar tarafından yasada gösterilen gerekçelerle verilen idari emirlere aykırı davranan sivil şahıslardan eşitlik ilkesine aykırı olarak farklı yaptırımlara tabi tutulmasında haklı ve geçerli bir hukuki gerekçe bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülen bir kural haklı bir nedene dayandığında ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulduğunda eşitlik ilkesine aykırı bir durumun olmadığını kabulde zaruret vardır. Ancak yukarıda belirtilen gerekçelerle yasaklanmış olmasına rağmen askeri birliğe cep telefonu getiren/kullanan askeri şahısların eylemlerinin Askeri Ceza

Kanununun 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesini haklı kılacak bir hukuki neden bulunmamaktadır ve bu yönüyle eşitlik ilkesine aykırıdır.

3- Anayasamızın Haberleşme hürriyeti kenar başlıklı 22. maddesi: 'Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar, istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirtilir.' hükmünü haizdir.

Anayasanın 13 ncü maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ile ilgili olarak genel sınırlandırma nedenleri ve şekilleri belirtilmiştir. Buna göre; 'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırmasını düzenleyen Anayasanın 13 ncü maddesinin gerekçesinde; 'Maddenin birinci fıkrasında 'ancak kanunla' denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir. Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında mümkün tek araç olarak kanun yani yasama tasarruflarının seçildiğini gösteren bu hüküm dahi 'genel' niteliktedir. Diğer bir deyimle hak ve hürriyetlere ait bütün maddelere sari bir genel hükümdür. Bu nedenle herhangi bir hak veya hürriyete ait maddede, o hak ve hürriyetin 'kanunla' sınırlandırabileceğini ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur; ve maddelerin yazımında bu hususa sadık kalınmıştır.' denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 'Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri' yasasıyla ilgili olarak 4 Ocak 1963 tarihinde verdiği bir kararında, hangi sınırlamaların bir hak ya da özgürlüğün özüne dokunmuş sayılabileceğini dolaylı yoldan şöyle belirtmektedir. 'Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikte olmayan hükümler bir hak ve hürriyetin özüne dokunuyor sayılamazlar.

Ayrıca Anayasanın Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26 ncı maddesi 'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek

kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.' hükmünü haizdir.

Yine Anayasanın, Kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı başlıklı 31. maddesi: 'Kişiler...kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir. Kanun, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.' hükmünü haizdir.

'Özgürlüklerin sınırlanmasına ve belirli bir ölçüde ya da büsbütün kullanılamaz duruma getirilmesine ilişkin temel kural şudur: ister olağan, ister olağanüstü durumlarda olsun, sınırlamanın ya da durdurmanın öngörülen amaç dışında kullanılması Anayasaya aykırı bir durum yaratır... Durum hangi hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını ya da durdurulmasını gerektiriyorsa ancak onlara dokunulacak ve her hakla ilgili dokunma yine durumun gerektirdiği ölçüyü aşmayacaktır.' (100 Soruda Anayasanın Anlamı, Mümtaz Soysal, s.201).

Ayrıca Anayasa'nın milletlerarası andlaşmalara ilişkin düzenleme getiren 90. maddesinde değişiklik yapılmış ve öngörülen şekilde yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olacağı yönündeki düzenleme yinelenmekle birlikte, milletlerarası andlaşmalar ile kanunların temel hak ve özgürlükler konusunda çatışmaları halinde milletlerarası andlaşmaların esas alınacağı, bir diğer ifade ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacağı kabul edilmiştir.

Söz konusu değişik yapılmadan önce, özellikle temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması ve durdurulması konusunda milletlerarası andlaşmalar ile kanunların farklı yönde düzenlemeler getirdiği hallerde, hangi düzenlemenin uygulanması gerektiği hususu tartışmalı iken, bugün Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme getiren tüm milletlerarası andlaşmaların, normlar hiyerarşisinde tüm kanunlarımızın ve kuşkusuz kanunlara göre daha alt düzeyde kalan düzenleyici işlemlerin üstünde yer aldığı tereddütsüz kabul edilmek gerekir.

Dava konusu olayla ilgili olarak, öncelikle Türkiye Cumhuriyeti'ne hukuki bir yükümlülük getiren bir andlaşma niteliğinde olmamakla birlikte, 27.5.1949 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ülkemizde duyurulması ve öğretilmesi kararlaştırılan ve bugün pek çok ülkede mahkeme kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak atıf yapıldığı bilinen, ayrıca Anayasamızın Temel Haklar ve Ödevler'i düzenleyen bölümünün genel gerekçesinde, bu bölüm düzenlenirken gözönünde tutulduğu belirtilen İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin ilgili hükümlerine değinmek gerekir.

Beyanname'nin Önsöz'ünün yanısıra, 1., 2. ve 7. maddelerinde eşitlik ilkesi önemle vurgulanmış ve yine Önsöz'de Birleşmiş Milletlere üye devletlerin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyaca gerçekten saygı gösterilmesinin teminini taahhüt ettikleri ve 2. maddede tüm insanların araların hiçbir ayırım gözetilmeksizin Beyanname'de yer alan haklardan yararlanabilecekleri belirtilmiştir.

Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin Giriş'inde olduğu gibi pek çok maddesinde eşitlik ilkesi öne çıkarılmış ve vurgulanmıştır.

Söz konusu temel ilkenin ötesinde Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendi ile Sözleşme'ye taraf olan her devletin, kendi anayasal düzenine ve Sözleşme hükümlerine uygun olarak, Sözleşme ile tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan her türlü önlemi alacağı yönünde düzenleme getirilmiştir.

Ayrıca Sözleşme'nin 17. maddesinde hiç kimsenin haberleşme özgürlüğüne keyfi veya kanunsuz olarak müdahale edilemeyeceği belirtilmektedir. Sözleşmenin 5. maddesinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme ile tanınmış hakların hiçbirisini Sözleşme'de öngörülen ölçüden daha geniş ölçüde sınırlayamayacağı belirtilmiştir.

Türkiye'nin bir Avrupa Konseyi üyesi olarak taraf olduğu insan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin girişinde yapılan atıfla insan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin etkinliğinin güçlendirildiği açıktır.

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda Sözleşme ile öngörülen hakların her insana ayırım yapılmaksızın tanınmasının ve hiç kimsenin hukukun izin vermediği eylemlere maruz kalmamasının amaçlandığının ve bu anlamda olmak üzere eşitlik ilkesinin benimsenmesinin öngörüldüğü anlaşılabacaktır.

Sözleşme'nin 7. maddesi ile hiç kimsenin işlediği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği aktarılmakla, kanunilik ilkesine yer verilmiştir.

Sözleşme'nin 8. maddesinde herkesin haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkına sahip bulunduğu ve söz konusu özgürlüğe yönelik bir müdahalenin ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ve başka hak ve hürriyetlerin korunması için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir.

Sanık hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçundan cezalandırılması istemiyle dava açılmasına dayanak teşkil eden ve sıralı üst komutanlıklarca yayımlanıp, sanığa tebliğ edildiği anlaşılan emir incelendiğinde, bu emir ile erbaş/er'lerin birlik içerisinde cep telefonu sokmalarının ve kullanmalarının istihbarata karşı koyma, birlik emniyeti, sabotaj, saldırı ve kazaları önleme, gizlilik ilkesi, genel disiplin ve moral konuları esas alınarak bu konularda doğabilecek zaaf ve tehlikeleri önlemek amacıyla yasaklandığı anlaşılmaktadır. Kişilerin cep telefonu bulundurmasının ve kullanmasının, kişilerin haberleşmesiyle, dolayısıyla da haberleşme hürriyeti ile doğrudan ilişkili olduğu, bu konuya ilişkin olarak getirilecek kısıtlamaların ve yasaklamaların muhataplarının haberleşme hürriyetini kısıtlayıcı ve yasaklayıcı mahiyette olduğu izahtan varestedir. Her ne kadar bu görüşe karşı olarak, bu emirlerle erbaş/er'lerin haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmadığı, zira bu şahısların birlik dahilinde bulunan ankesörlü telefonlarla haberleşme hürriyetlerini kullanabilecekleri savunulabilirse de; cep telefonlarının ankesörlü telefonlara nazaran kişilere daha kolay ve çeşitli haberleşme (mesaj çekme, çağrı gönderme gibi) imkanları sağlaması, erbaş/er'lerin hizmet dışında şahsi işlerine ayıracakları zamanın kısıtlı olması, birlik dahilinde her zaman yeterli sayıda ankesörlü telefon bulunmaması veya bulunan ankesörlü telefonların her zaman faal

durumda olmamaları ihtimali, zaman zaman ankesörlü telefonlardan yararlanmak için sıraya girmek zorunda kalmaları ve hatta zaman zaman kendilerine sıra gelmeden hizmete dönmelerinin gerekmesi, ankesörlü telefonda faydalanmak için gerekli olan araçlara her zaman sahip olamamaları (telefon kartı, jeton), bu araçları her zaman kolaylıkla temin etme imkanına sahip olamamaları, her ne kadar yasal olarak 'her türlü ihtiyaçları Devlet tarafından üstlenilen...' şeklinde tanımlanmalarına rağmen bu tanımın fiili durumu yansıtmaması, bu nedenle ankesörlü telefonda yararlanmak için gerekli maddi kaynağa her zaman sahip olamamaları, buna karşılık diğer telefonlara nazaran daha kolay bir şekilde cep telefonundan çağrı gönderme suretiyle herhangi bir bedel ödemeksizin muhataplarının kendilerini aramasını sağlayabilmesi imkanını bulabilmeleri, sıhhi rahatsızlıklarının bulunması halinde yerlerinden kalkmaksızın cep telefonu ile muhataplarıyla haberleşme imkanına sahip olmaları, özel görüşmelerini başkalarının duyamayacağı şekilde cep telefonu ile yapabilmek imkanı bulabilmeleri ve bunlara benzer nitelikte sayılabilecek birçok gerekçeyle, birlik dahilinde cep telefonu bulundurulmasını ve kullanılmasını yasaklayan emirlerin, muhataplarının haberleşme hürriyetini sınırlandırıcı mahiyette olduğu, bu nedenle bu hususta yapılacak müdahalenin ancak sözkonusu anayasal hakkın özüne dokunulmaksızın ve yalnızca hakkın kullanımını düzenlemekle yetinmesi halinde hukuken geçerli bir emir olarak değerlendirilebileceği, davaya dayanak oluşturan emir ile, erbaş/er'lerin hiçbir şekilde birlik dahilinde cep telefonu sokmalarının yasaklanması ile muhataplarının birlik dahilinde cep telefonu vasıtasıyla haberleşme, hak ve özgürlüğünün tamamen ellerinden alındığı, oysa ki örneğin erbaş/er'ler tarafından yalnızca koşullar bölgesinde cep telefonu kullanılabilecektir, birlik dahilinde başkaca yerlerde erbaş/er'lerin cep telefonu bulundurmaları ve kullanmaları yasaktır denilmek suretiyle ve yalnızca birlik dahilinde cep telefonlarının kullanımını düzenlemek suretiyle de amaca ulaşmak ve aksine davranışta bulunanlar hakkında ise disiplin amirleri tarafından yasal çerçevede uygulanacak disiplin yaptırımları ile, bu hususta emniyet, disiplin vs. yönlerden oluşacak zaafiyetin önlenmesi mümkün iken, sözkonusu emir ile muhataplarının haberleşme hürriyetlerinin yasal mevzuata aykırı şekilde sınırlandırıldığı değerlendirilmiştir.

Muhataplarının haberleşme hürriyetini kısıtlayıcı nitelikteki bu işlemin yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde ancak Kanunla yapılabileceği, uluslar arası anlaşmalar dikkate alınmadığında ise Anayasanın 13 ve 22 nci maddeleri uyarınca ve Anayasada belirtilen gerekçelerle ancak hakim kararıyla yapılabileceği, istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile yapılabileceği ve bu merciin kararının en geç yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulmasının gerektiği, aksi halde yetkili merciin bu yöndeki kararının kendiliğinden kalkacağı, davaya dayanak teşkil eden birlik içerisinde cep telefonu bulundurmayı ve kullanmayı yasaklayan emri çıkaran yetkili merciin, haberleşme hürriyetinin kısıtlanması ile ilgili istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarından olduğunu gösteren herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı, davaya dayanak oluşturan emirler incelendiğinde 3 yılı aşkın bir süredir uygulanmakta olan emirler olduğu, bu haliyle gecikmesinde sakınca bulunan hallerden sayılmasının mümkün bulunmadığı, istisnai olarak uygulanması gereken yöntemin kural haline getirildiği, esasen toplu olarak bir kesimin haberleşme hürriyetini kısıtlayıcı mahiyette idari emir çıkarılmasının hukuka uygun olmadığı, bu konuda ihtiyaç duyulması halinde yasama organı tarafından bir düzenlemeye gidilmesinin hukuka ve amaca uygun olacağı, As.C.K.'nın 87 nci maddesinin bu yöndeki düzenlemelere aykırı hareket edenleri de kapsayacak şekilde yoruma müsait şekilde düzenlenmesi, dolayısıyla haberleşme hürriyetini ihlal eden düzenlemelere yasal imkan vermiş olması ve haberleşme hürriyetine ilişkin Anayasal hakkını kullanan askeri şahısların eylemlerinin suç olarak vasıflandırılarak cezai yaptırıma tabi tutulmalarına yol açması nedeniyle Anayasanın haberleşme hürriyetine ilişkin yukarıda anılan maddelerine de aykırı olduğu hukuki kanaatine ve sonucuna varılmıştır.

Esas Sayısı : 2005/69
Karar Sayısı : 2009/61

Yukarıda belirtilen gerekçeler ile Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinin, gerekçeli kararın ilgili bölümlerinde belirtilen Anayasanın ilgili hükümlerine aykırı olduğu ve bu nedenle iptal edilmesi gerektiği hukuki kanaatiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması zorunluluğu doğmuştur. ""