

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

**CEZA HUKUKUNDA
AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Yağmur Müge AKMAN

Ankara-2015

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

**CEZA HUKUKUNDA
AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ**

Yüksek Lisans Tezi

Yağmur Müge AKMAN

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Türkân Yalçın SANCAR

Ankara-2015

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.(...../...../.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

CEZA HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLE İLGİLİ

TEMEL BİLGİLER

I. GÖREVİN İFASI İLE AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLİŞKİSİ..	5
II. TARİHÇE	14
A. ROMA HUKUKU	14
B. CERMEN HUKUKU, KİLİSE HUKUKU, MÜŞTEREK HUKUK	19
C. İSLAM HUKUKU	21
D. OSMANLI HUKUKU	23
E. TÜRK HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ	26
III. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ	35
A. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU BELİRLEMEDE GELİŞEN TEORİLER	37
1. Amirin Sorumluluğu Teorisi	38
2. Mutlak Sorumluluk Teorisi	41
3. Sınırlı Sorumluluk Teorisi	44

B. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ULUSLARARASI	
CEZA HUKUKUNDAKİ TARİHSEL SÜRECİ	46
1. II. Dünya Savaşı Öncesi	47
2. II. Dünya Savaşı Dönemi	51
3. II. Dünya Savaşı Sonrası	56
4. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü	62
IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA AMİRİN EMRİNİN YERİNE	
GETİRİLMESİ	71
A. İTALYA	73
B. ALMANYA	76
C. FRANSA	80
D. İNGİLTERE	82
E. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ	87

İKİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ŞARTLARI

I. BİR EMRİN OLMASI	94
A. EMİR KAVRAMI	95
1. Genel Olarak	95
2. Askerlikte “Hizmete İlişkin Emir” Kavramı	98
B. EMRİN RESMİ BİR MERCİ TARAFINDAN VERİLMİŞ OLMASI	106
1. Amir, Ast ve Üst Kavramları	109
2. Memur Kavramı	114

3. Hiyerarşi Kavramı	119
II. EMRİN MEŞRU OLMASI	128
A. BİÇİMSEL MEŞRULUK	129
1. Emrin Yetkili Amir Tarafından Verilmesi	130
a. Amirin Konu Yönünden Yetkili Olması	132
b. Amirin Yer Yönünden Yetkili Olması	137
c. Amirin Zaman Yönünden Yetkili Olması	138
2. Emrin Memur Tarafından Yerine Getirilmesinin Zorunlu Olması	140
3. Emrin Kanunun Aradığı Şekil Şartlarını Taşıması	146
B. MADDİ MEŞRULUK	152
1. Genel Olarak	152
2. Emrin Hukuka Uygunluğunu Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması	156
a. Askeri Mevzuatın Getirdiği Sınırlamalar	166
b. Kolluk Mevzuatının Getirdiği Sınırlamalar	171

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE

SORUMLULUK VE HUKUKİ NİTELİK

I. HUKUKA UYGUN EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN

SORUMLULUĞA ETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ	179
---	-----

II. HUKUKA AYKIRI EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN

SORUMLULUĞA ETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ 188

A. KONUSU SUÇ TEŞKİL ETMEYEN HUKUKA AYKIRI

EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ

VE HUKUKİ NİTELİĞİ 188

1. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Hukuka Aykırı Emirlerin

Sorumluluğa Etkisi 188

2. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Hukuka Aykırı Emirlerin

Hukuki Niteliği 197

a. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Neden Olarak

Kabul Edenler 198

b. Mazeret Nedeni Olarak Kabul Edenler 203

c. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Edenler 209

d. Kanaatimiz 212

B. KONUSU SUÇ TEŞKİL EDEN EMİRLERİN

YERİNE GETİRİLMESİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ VE

HUKUKİ NİTELİĞİ 214

1. Konusu Suç Teşkil Eden Emirlerin Sorumluluğa Etkisi 214

a. Genel Olarak 214

b. Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırlandırıldığı

Hallerde Konusu Suç Teşkil Eden Emirlerin Sorumluluğa

Etkisi 222

ba. Askeri Mevzuattaki Düzenlemelerin

Sorumluluğa Etkisi 225

bb. Kolluk Mevzuatındaki Düzenlemelerin	
Sorumluluğa Etkisi	235
2. Konusu Suç Teşkil Eden Emirlerin Hukuki Niteliği	239
3. Kanaatimiz	242
III. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE HATA	246
A. HUKUKİ HATA	247
B. FİİLÎ HATA	250
IV. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE SINIRIN AŞILMASI	255
A. GENEL OLARAK	255
B. ZOR VE SİLAH KULLANMA YETKİSİNİN	
YERİNE GETİRİLMESİNDE SINIRIN AŞILMASI	262
SONUÇ	286
ÖZET	291
ABSTRACT	292
KAYNAKÇA	293

KISALTMALAR

ABD	:	Amerika Birleşik Devletleri
ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
AD	:	Adalet Dergisi
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AsCK	:	Askeri Ceza Kanunu
As. Yrg.	:	Askeri Yargıtay
AÜ	:	Ankara Üniversitesi
AÜHF	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFİHMD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Dergisi
As. Yrg. Drl. Krl.	:	Askeri Yargıtay Daireler Kurulu
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
B.	:	Baskı
bkz.	:	bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
C.	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:	Çeviren

DMK	:	Devlet Memurları Kanunu
DEÜ	:	Dokuz Eylül Üniversitesi
dpn.	:	dipnot
E.	:	Esas
EYUCM	:	Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜ	:	İstanbul Üniversitesi
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JTGYY	:	Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği
K.	:	Karar
LHD	:	Legal Hukuk Dergisi
m.	:	madde
par.	:	paragraf
PVSK	:	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RUCM	:	Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TİD	:	Türk İdare Dergisi
TSK	:	Türk Silahlı Kuvvetleri

UCM	:	Uluslararası Ceza Mahkemesi
v.	:	versus
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
Y.	:	Yargıtay
Yay.	:	Yayın
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	:	Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

İdareyi oluşturan örgütler görevleri bakımından bir bütünlük gösterir ve bu görevlerini uyum içinde yerine getirirler. Kuruluş ve görevleri yönünden idarenin bu bütünlüğünü sağlayan mekanizmalardan biri hiyerarşidir. Hiyerarşi, kuruluşlarda hizmetlerin süratli ve verimli şekilde görülmesi ile disiplini sağlamaktadır. Bu disiplinin sağlanması için hiyerarşik ilişkide üstün yetkileri ve astın yükümlülükleri bulunur. Birbirine hiyerarşik bağ ile bağlanmış olan ast ile üst arasındaki ilişkinin kilit noktasını, emretme yetkisi ile emre itaat etme yükümlülüğü oluşturur. Bu yetki ile yükümlülüğün en çok önem arz ettiği iki alan ise güvenliğin sağlanmasında rol oynayan askerlik ve kolluktur. Özellikle askerlik yüzyıllar boyunca, emir komuta zincirinin en sıkı uygulandığı ve emre itaatsizliğe en az tahammülün gösterildiği alan olmuştur. Askerlikteki bu hiyerarşi, gücünü hukuk düzeninden almış ve astlar üzerindeki etkisini fiilî olarak her daim göstermiştir. Hiyerarşi, disiplinin gereği olarak, asttan, kendisine verilen emirleri sorgulamaksızın üstüne mutlak şekilde itaat etmesini beklemektedir. Nitekim askerliğin temelini disiplin olduğunu söyleyen pozitif hukuka göre disiplin, kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ile astının ve üstünün hukukuna riayet anlamını taşımaktadır. Weber ise “Bürokrasi ve Otorite” adlı eserinde disiplini, *“belli bir grup insanın kazanılmış bir alışkanlık sonucu, anında, kendiliğinden ve kalıplaşmış bir şekilde itaat etmeleri ihtimali”* olarak tanımlar¹. O’na göre disiplin kavramı, eleştiri ve direnme olmaksızın kitlesel itaat alışkanlığını ifade eder. İşte eleştiri ve direnme olmaksızın gerçekleştirilen bu itaatın sonucunda kimi zaman hukuk düzeni tarafından yaptırıma bağlanan bazı neticeler

¹ Max **WEBER**, Bürokrasi ve Otorite (Çev. H. Bahadır Akın), B. 6, Adres Yay., Ankara 2013, s. 40.

meydana gelebilmektedir. Özellikle savaş veya çatışma zamanlarında durumun psikolojik baskısı altında olan kişiler, normal zamanlardaki gibi hareket edememekte ve hükümetin veya amirlerinin emirleri doğrultusunda hareket etme eğilimi göstermektedirler². Bu kazanılmış alışkanlık sonucu emre otomatik olarak itaat etme eğilimi nedeniyle insanlar farkında olmadan hukuk düzenini ihlal edebilmektedirler. Böyle durumlarda özellikle kendisine verilen emri icra etmekten başka bir amacı olmayan astın sorumluluğunun ne olacağı hususu evrensel olarak tartışılmaya değer bir konu olmuştur. Özellikle de emri icra etmek suretiyle ceza normlarının ihlal edilmesi halinde emri yerine getirenin sorumluluğunun nasıl belirleneceği, 20. yüzyılda yaşanan iki dünya savaşından sonra hem devletlerin iç hukuklarında hem de uluslararası ceza hukukunda en temel meselelerden biri haline gelmiştir. Bu tezin konusunu da, doktrinde çokça tartışılan ve hukuki niteliği üzerinde uzlaşıya varılamayan Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen amirin emrinin yerine getirilmesi kurumu oluşturmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, öncelikle amirin emrinin yerine getirilmesi kavramının görevin ifası ile ilişkisi açıklanacak, daha sonra tarihsel süreç içerisindeki gelişimi incelenecektir. Roma hukukundan günümüze kadar olan süreçte amirinin emrini yerine getiren astın sorumluluğuna nasıl yaklaşıldığı üzerinde durulacak, bu esnada Osmanlı hukuku ve onu etkileyen İslam hukuku kuralları da göz önünde bulundurulacaktır. Devamında Türk hukukunda amirin emrini yerine getirmenin ne şekilde düzenlendiğine değinilecek, gerek anayasal hükümlere gerekse ceza kanunu ile ilgili mevzuatlardaki temel düzenlemelere yer verilecektir. Uluslararası ceza hukukundaki gelişim sürecinin büyük önemi nedeniyle bu konuya da ayrıntılı olarak

² Gökhan GÜNEYSU, Uluslararası Hukukta Amirin Emri, On İki Levha Yay., İstanbul 2015, s. 166.

yer verilecek ve son olarak İtalya, Almanya, Fransa, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki düzenlemeler ile yargı kararlarına değinilecektir.

İkinci bölümde Türk ceza hukukunda amirin emrinin yerine getirilmesinin şartları incelenecektir. İlk şart olarak bir emrin bulunması gerektiği için, “emir” ile askerlikteki önemi nedeniyle “hizmete ilişkin emir” kavramları; emrin resmi bir merci tarafından verilmesi gerektiği için de amir, memur, ast, üst ve hiyerarşi kavramları tek tek ele alınacaktır. Emrin, taşınması gereken ikinci şartı meşruluğu olduğundan, biçimsel ve maddi meşruluk ayrı ayrı ele alınacak ve emri verenin yetkili olması, emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması, emrin şekil şartlarına uygun olması biçimsel meşruluk bağlamında incelenecektir. Mutlak itaatin öngörüldüğü durumlar olan, emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisini sınırlandıran hükümler içeren askeri mevzuat ile kolluk mevzuatı da maddi meşruluk kapsamında ayrıca ele alınacaktır.

Son bölümde ise amirin emrinin yerine getirilmesinde sorumluluk ve hukuki nitelik meselesi incelenecektir. İlk olarak hukuka uygun bir emir veren amir ve bu emri yerine getiren memurun sorumsuzluğu anlatılacak, devamında hukuka aykırı olmakla beraber suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesinde memurun sorumluluğu ile bunun hukuki niteliği tartışılacaktır. Daha sonra konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde sorumluluğun nasıl belirleneceği, emre mutlak itaatin beklendiği durumlar ve ilgili hükümlerle birlikte incelenecek ve bu tür bir emrin yerine getirilmesindeki istisnai sorumsuzluğun hukuki niteliğine yer verilecektir. Sorumluluk kapsamında ayrıca emrin yerine getirilmesinde hukuki ve fiilî hata kurumlarına yer verilecek ve son olarak emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması konusu ele alınacaktır. Kanunun hükmünü icra etmek suretiyle veya amirin verdiği emir

neticesinde de gerçekleştirilebilmesi nedeniyle, zor ve silah kullanma yetkisinin yerine getirilmesinde sınırın aşılması meselesi çeşitli kararlar ile beraber incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLE İLGİLİ TEMEL BİLGİLER

I. GÖREVİN İFASI İLE AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLİŞKİSİ

Türk ceza hukukundaki hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan *amirin emrinin yerine getirilmesi*, TCK'nın Birinci Kitabının İkinci Kısımının “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlıklı İkinci Bölümünde yer almaktadır. Başlığı “*kanunun hükmü ve amirin emri*” olan maddede, iki hukuka uygunluk nedeni birlikte düzenlenmiştir. Kanundaki düzenlenişinde, madde başlığı ile maddenin kaleme alınış şeklinin farklı olduğu; madde başlığında “*kanunun hükmü ve amirin emri*” ifadesinin kullanılmasına rağmen, maddede “*yetkili merci*” kavramının tercih edildiği görülmektedir. Bu farklılığın nedeni, “*emir veren*” manasına gelen “*amir*” kavramının daha genel bir anlam içermesi olarak ifade edilmiştir³. Ancak amir ve yetkili merci kavramları birbirinin yerine de kullanılan ve birbirini karşılayan iki kavram olarak kabul edilmektedir. “*Merci*” sözcüğünün bir tüzel kişiliği, “*amir*” sözcüğünün ise bir gerçek kişiyi çağrıştırdığından bahisle, yalın olarak “*emrin ifası*”⁴ veya “*emri icra*”⁵ şeklinde bir ifadenin tercih edildiği de görülmektedir. Çalışmamızda “*amirin emrinin yerine getirilmesi*” ifadesi tercih edilmiştir.

³ Muhammed DEMİREL, *Amirin Emri*, On İki Levha Yay., İstanbul 2014, s. 10.

⁴ Selman DURSUN, “*Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*”, GÜHFD, C. 18, S. 2, s. 205, dpn. 1.

⁵ Faruk EREM, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. 1, B. 8, AÜHF Yay., Ankara 1968, s. 585.

TCK m. 24/1’de “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” denmek suretiyle kanunun hükmünü yerine getirme, bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmıştır. İkinci fıkrada ise “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” hükmüyle beraber, amirin emrinin yerine getirilmesi de bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Benzer şekilde 765 sayılı TCK m. 49/1’de yer alan “*Kanunun bir hükmünü veya salahiyyetkar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle ... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.*” hükmüyle iki hukuka uygunluk nedeni aynı fıkra düzenlenmişti. Bu iki hukuka uygunluk nedeni, pek çok yazar tarafından⁶, daha genel bir hukuka uygunluk nedeni olan “*görevin ifası (vazifenin ifası/görevin yerine getirilmesi)*” şeklinde de ifade edilmektedir. İkisinin arasındaki fark, görevin kaynağı bakımındandır⁷. Eğer görev doğrudan doğruya kanundan kaynaklanıyorsa, *kanunun hükmünün yerine getirilmesi*; amirin emrinden kaynaklanıyorsa, *amirin emrinin yerine getirilmesi* söz konusu olacaktır⁸. Bir başka ifadeyle görevi ifa, amirin emri aracılığıyla veya kanunun hükmünü icra vasıtasıyla olmaktadır⁹. Bu nedenle iki ayrı hukuka uygunluk nedeninin birlikte düzenlenmesi, ikisinin de görevin ifası kapsamında yer almalarının yanı sıra, emrin hukuka aykırı

⁶ Sulhi DÖNMEZER / Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 82; EREM, s. 585; İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 407.

⁷ Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 19, Savaş Yay., Ankara 2013, s. 150.

⁸ Yılmaz GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, AÜSBF Yay., No: 224-206, Ankara 1967, s. 1; Veli Özer ÖZBEK / Mehmet Nihat KANBUR / Koray DOĞAN / Pınar BACAKSIZ / İlker TEPE, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 284; Hamide ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 3, Beta Yay., İstanbul 2013, s. 302; EREM, s. 580.

⁹ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 1; 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nda kabul edildiği gibi, “*kanun hükmü gereğince ve meşru (yetkili) makamın emri ile işlenen fiile ceza verilemeyeceği*” şeklinde iki hukuka uygunluk nedeninin birlikte düzenlenmesinin daha uygun bulunduğu görüş için bkz. EREM, s. 580.

olamayacağından bahisle de sakıncasız görülmüştür. Nitekim amirin emrini yerine getiren kimse, esasında yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa'nın öngördüğü şartlar dâhilinde bir görevi yerine getirmektedir. O halde bu fikre göre, amirin verdiği emri yerine getirmede de esasında kanunun bir hükmü icra edilmektedir; kanun, amirin emri aracılığıyla yerine getirilmektedir¹⁰.

Amirin emrinin yerine getirilmesinin kanunun hükmünü icra ile birlikte görevin ifası kapsamında değerlendirilmesinin bir diğer nedeni, kanunun hükmü ve amirin emrinin kişilere yükümlülük getirmesi ile hak ve yetki vermesi olarak açıklanır. Her iki kurum da yükümlülük getirip, hak ve yetki vererek memura bir görev yükler. Böylece yükümlülüğün yerine getirilmesi ile hak ve yetkinin kullanımı görevin gereği olduğundan, amirin emrini veya kanunun hükmünü yerine getiren memur için bir görevin varlığından söz edilir. Kişinin belirli bir fiili gerçekleştirmesi yükümlülüğü, kanunun hükmünde olduğu gibi doğrudan doğruya veya amirin emrinde olduğu gibi dolaylı olarak hukuk düzeni tarafından emredilmektedir¹¹.

“Görev”, *“resmi iş, vazife, ödev¹²”* anlamlarına gelmekte olup, görevini yerine getiren kimsenin eylemi hukuka uygun sayılır. **“Ödev”**, *“yapılması, yerine getirilmesi, insanlık duygusu, töre ve yasa bakımından gerekli olan iş veya davranış, vazife, vecibe”* anlamlarına geldiği için, görevin yasadan kaynaklanan bir ödev içerdiği ve bu ödevin kişiye belli bir şekilde davranma yükümlülüğü getirdiği söylenebilir. **“Yükümlülük”** ise *“yapılması zorunlu olan iş veya bir işi yapma zorunluluğu,*

¹⁰ Nur CENTEL / Hamide ZAFER / Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 8, Beta Yay., İstanbul 2014, s. 290.

¹¹ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 83.

¹² Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük.

yükümlü olma durumu, yüküm, mükellefiyet, mecburiyet”; “Bir kişiye ya da tüzel kişiye yükletilen iş, edim, ödev, koşul, çekinme ve bir yapmama görevi” olarak tanımlanır. O halde görev bir yükümlülük barındırdığı zaman, kişiye belirli bir hareketi yapması konusunda zorunluluk da getirmektedir. Nitekim görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi de bundan kaynaklanmaktadır. Hukuk düzeni bireye bir yandan belirli bir şekilde davranma ödevini yüklerken diğer yandan bu ödevi yerine getiren kimseyi cezalandıramaz. Hukuka aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma olduğundan, hukuk düzeninin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kişiye bir fiilin yapılması ödevini yüklediği durumlarda, böyle bir çatışmadan artık söz edilemez¹³.

Görevin yerine getirilmesini geniş anlamda hakkın kullanımı olarak açıklayan görüşe¹⁴ göre; görevini yerine getiren kimse, bu görevin kendisine yüklediği bir hakkı kullanmaktadır. Ancak hukuk düzeni tarafından korunan bir menfaat olarak hak, sahibine belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü getirmediği için, hak sahibi hakkını korumaya mecbur değildir. Görevini yerine getiren kişi ise, bu görevi yerine getirmeye mecburdur. Kişiye görevi kapsamında bir hak tanınır bu hakkın sınırları içinde belli bir şekilde davranabilme yetkisi verildiğinde kişi, kendisine görevi kapsamında tanınan bu yetkiyi kullanıp kullanmama konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kişiye görev kapsamında bir yükümlülük getirilmesi durumunda, yükümlülüğün çoğu kez zorunluluk içermesi nedeniyle, takdir yetkisi tanınmaksızın, kişinin belli bir davranışı gerçekleştirmesi beklenir. Dolayısıyla “görev gereği yerine

¹³ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 83.

¹⁴ Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Yetkin Yay., Ankara 2014, s. 377; DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 83.

getirilmesi zorunlu olan emir”, bağlayıcılık ve zorunluluk içeriğinden dolayı kişiyi belli bir hareketi yapmaya veya yapmamaya mecbur kılar. Bu nedenle, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emrin, yapılması kanun tarafından amir aracılığıyla dolaylı olarak emredilmiş bir ödev ve yükümlülük olduğu söylenebilir. Çünkü görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emri yerine getirmeyen kişi, emre itaat etmediği takdirde çeşitli yaptırımlarla karşılaşabilmektedir¹⁵.

İkinci bölümde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, amir tarafından verilen bir emrin yerine getirilmesinin, görevin ifası olarak kabul edilebilmesi için bağlayıcı ve görev yükleyici bir nitelik taşıması gerekir¹⁶. Bağlayıcı olması için emir meşru olmalı ve kişiyi belirli bir hareketi yapmaya zorlamalıdır. Bu özelliğe sahip emirler birkaç şekilde ortaya çıkabilir. İlk olarak memurun, amirin verdiği hukuka uygun emri yerine getirme zorunluluğu vardır. İkinci olarak memurun, emrin hukuka uygunluğunu denetleme imkânı varsa ve memur emirde bir hukuka aykırılık saptayıp durumu amirine bildirmiş ise, amiri de emri yerine getirmesinde ısrar ederse, yine bir zorunluluk durumu vardır. Son olarak, devletin bazı faaliyetlerinin aksamaksızın yürütülebilmesi için birtakım emirlerin yerine getirilmesi şart görülüyorsa, bunların

¹⁵ AsCK’nın 87. maddesine göre; “1. (Değişik : 22/3/2000 - 4551/22 md.) *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.*”. 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kurulu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’un 48. maddesine göre; “*Kast veya ihmal ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir.*” Benzer şekilde DMK’nın disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesine göre; verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak uyarma cezasını (A/a); verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında kusurlu davranmak (B/a) ve verilen emirlere itiraz etmek kınama cezasını (B/j); verilen emir ve görevleri kasıtlı olarak tam ve zamanında yapmamak aylıktan kesme cezasını (C/a); verilen emir ve görevleri kasıtlı olarak yapmamak kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını (D/n); savaş, olağanüstü hal veya genel afetlere ilişkin konularda amirlerin verdiği görev veya emirleri yapmamak ise devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren (E/e) fiillerdir.

¹⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 86; EREM, s. 587.

hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellenmiş olabilir¹⁷. Bu emirlerin yerine getirilmesi de görev dâhilinde değerlendirilir ve emrin içeriğini denetleme imkânı memurun elinden alınmışsa, emir hukuka aykırı olsa bile memurdan bunu yerine getirmesi beklenir, meğerki emir açıkça suç teşkil etsin¹⁸. Bu sayılan üç halde de emrin bağlayıcı olduğundan söz edilir. Hukuka aykırı olup sayılan hallerin dışında kalan veya açıkça suç teşkil eden emirler ise, bağlayıcı sayılmadıklarından, görevin ifası kapsamında değerlendirilemez.

Doktrinde çoğunluk görüş, amirin emrinin yerine getirilmesini görevin ifası kapsamında kabul ederken hukuka uygun ve hukuka aykırı emirler bakımından bir ayrıma gitmemektedir. Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirlerin hukuki niteliklerini farklı şekillerde belirlemelerine rağmen doktrindeki çoğunluk görüş, iki tür emri de görevin yerine getirilmesi kapsamında incelemektedir¹⁹. Öte yandan bir başka görüş, görevin kaynağının doğrudan doğruya kanun veya yetkili amirin hukuka uygun olan emri olabileceğini kabul ederek, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olan emri açıkça görevin dışında tutar²⁰. Bu görüşü savunanlara göre, amirin sadece hukuka uygun olan emirleri görevin ifası olarak bir hukuka uygunluk nedeni olabilir. Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirler ise görevin ifası değil, kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak

¹⁷ **TOROSLU**, s. 154.

¹⁸ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 121.

¹⁹ Zeki **HAFIZOĞULLARI** / Muharrem **ÖZEN**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2011, s. 242; Ayhan **ÖNDER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Beta Yay., İstanbul 1989, s. 193; **TOROSLU**, s. 150, 151; Timur **DEMİRBAŞ**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 267; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 290; **SOYASLAN**, s. 377.

²⁰ Mehmet Emin **ARTUK** / Ahmet **GÖKCEN** / Ahmet Caner **YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 5, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2011, s. 405, 517 vd.; Mahmut **KOCA** / İlhan **ÜZÜLMEZ**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Seçkin Yay., İstanbul 2013, s. 301; **ÖZGENÇ**, s. 302, 407; **ZAFER** s. 302; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 409 vd.

nitelendirilmektedir²¹. Yine bu görüşü savunanlara göre; hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi ile kanun hükmünün yerine getirilmesi arasında esaslı bir fark yoktur ve ikisinin dayanağı da TCK m. 24/1 kapsamında kanunla verilen bir görevin ifasıdır²². Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir ise kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak m. 24/2-3-4’te düzenlenmiştir. Ancak amirin emrini düzenleyen TCK m. 24/2’de, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emirden bahsedilirken, emrin hukuka uygun veya aykırı olması şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Bu nedenle TCK m. 24/2’deki ifadeden sadece hukuka aykırı bağlayıcı emirleri değil, hukuka uygun olan emirleri de anlamak ve bu ikisini birlikte görevin ifası kapsamında değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz²³. Nitekim hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emir TCK m. 24/2’ye göre *“görev gereği yerine getirilmesi zorunlu”* olduğu için, bu emrin yerine getirilmesi de memurun içinde bulunduğu hiyerarşik yapı nedeniyle mecburiyet arz eder²⁴. Buradaki mecburiyet, ceza hukuku anlamında bir zaruret hali, cebir veya tehdit değil; kişinin yerine getirmedeği takdirde, idare hukuku veya bazen ceza hukuku alanında yaptırımla karşılaşmasına yol açabilecek bir görevdir²⁵. Bu nedenle, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirler açıkça suç teşkil etmedikleri sürece görevin ifası kapsamında değerlendirilmelidir.

²¹ ÖZGENÇ, s. 407; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 301.

²² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 301.

²³ Ayrıca bkz. DEMİREL, M., s. 14, 15, dpn. 15.

²⁴ ÖZGENÇ, s. 408.

²⁵ Mecburiyet halinde, kişinin iradesinin zorlanması ve irade hürriyetinin ortadan kalkması nedeniyle kusurluluk açısından bir değerlendirme yapılması gerektiği hakkındaki görüşler için bkz. ÖZGENÇ, s. 408, dpn. 725. Hukuki nitelik tartışmalarına Üçüncü Bölümde yer vereceğimizden, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirlerde memur açısından bir yükümlülük bulunmadığı görüşünü isabetli bulmadığımızı söylemekle yetiniyoruz.

Görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin etkisi, kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmasıdır. Hukuka aykırılık ister suçun özü kabul edilsin²⁶, ister suçun müstakil bir unsuru olarak incelensin²⁷, suç tanımında yer alan fiil gerçekleştirildiğinde olayda bir hukuka uygunluk nedeni olacağı için, bu fiil suç olmaktan çıkacaktır²⁸. Bu nedenle memur kişi, amirinin kendisine verdiği emri yerine getirmek suretiyle aslında kanunda suç olarak tanımlanan bir fiili gerçekleştirecek, ancak menfi şart olan “bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması” koşulu gerçekleşmediği için, bu fiil suç teşkil etmeyecektir. Bu duruma verilecek en temel örneklerden bir tanesi kolluk memurunun CMK m. 90 vd. ve PVSK m. 13 uyarınca bir kişiyi yakalamasıdır. Bir kişiyi yakalamak TCK m. 109’da düzenlenen “*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*” suçunun maddi unsurunu oluşturur. Nitekim bu suçun maddi unsuru, bir kimsenin diğer bir kimsenin hareket etme özgürlüğünü sınırlamasıdır²⁹. Öte yandan TCK m. 109/1’e göre; suçun oluşması

²⁶ **TOROSLU**, s. 109. *Soyaslan*, “*Suçun özü hukuka aykırılıktır. Onun iç yapısıdır.*” demekle birlikte hukuka aykırılığı ayrı bir unsur olarak inceler. Bkz. **SOYASLAN**, s. 352. *Dönmezer/Erman*’a göre; hukuka aykırılık, dar anlamda ceza hukukuna aykırılık olarak anlaşıldığı takdirde, suçun özü sayılmaktadır. Hukuka aykırılıktan bütün hukuk düzenine aykırılık anlaşıldığı takdirde ise hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak kabul etmek gerekir. Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 7.

²⁷ Kayıhan **İÇEL**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, B. 6, Beta Yay., İstanbul 2014, s. 279; **ÖNDER**, s. 147; **DEMİRBAŞ**, s. 257; **ZAFER**, s. 290; **ÖZGENÇ**, s. 285; **ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA**, *Ceza Hukuku*, s. 398. *Hafizoğulları/Özen*, “*ihlalsiz suç olmaz diyerek*” hukuka aykırılığı hukuk düzeniyle çatışma olarak ifade eder. Bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 219. *Koca/Üzülmmez*’e göre; suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık, fiilin bütün hukuk düzeniyle çelişki ve çatışma halinde bulunmasıdır. Bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 252. Hukuka aykırılığı, belirli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık olarak tanımlayan görüş için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 278. Hukuka aykırılık unsurunu, hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması unsuru olarak ifade eden görüş için bkz. Hakan **HAKERİ**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, B. 17, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 283. Hukuka aykırılıkla ayrıntılı bilgi için bkz. Tuğrul **KATOĞLU**, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yay., Ankara 2003.

²⁸ Hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir: Fiil ceza hukuku kuralları ile çelişki halinde bulunmalıdır ve bu fiilin yapılmasına tüm hukuk düzeninde olanak veren başka bir kural (hukuka aykırılığı kaldıran bir neden) bulunmamalıdır. Bkz. **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 273.

²⁹ Durmuş **TEZCAN** / Mustafa Ruhan **ERDEM** / Murat **ÖNOK**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, B. 10, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 423.

için “*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak*” gerektiği için, bir suça ilişkin soruşturma kapsamında suç şüphesi altında bulunan kimsenin ceza muhakemesi hukukunun gereklerine uygun olarak tutulması, gözaltına alınması veya tutuklanması halinde fiil hukuka uygun hale gelecek ve suç oluşmayacaktır³⁰. Benzer şekilde CMK m. 119 kolluğa konutta arama yapma imkânı tanımaktadır. Normalde TCK m. 116’da düzenlenen “*konut dokunulmazlığını ihlal*” suçunu oluşturabilecek bir fiil, amirin emrini yerine getiren memur bakımından suç teşkil etmeyecektir. Suçun maddi unsuru, bir kimsenin konutuna rızası olmaksızın girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamaktır. Görevi ifa ise, ister kanunun hükmünü ister amirin emrini yerine getirmek şeklinde gerçekleşsin, hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak suçun oluşumunu engeller³¹. Her iki örnekte de suçun maddi ve manevi unsurları gerçekleşmekle beraber, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için fiiller suç oluşturmamıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TCK’nın genel hükümlerinde düzenlenen amirin emrinin yerine getirilmesi, yalnızca bu kanunun özel hükümlerinde yer alan suç tipleri açısından değil, aynı zamanda m. 5’teki “*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.*” hükmü gereği, TCK dışındaki suç tipleri açısından da uygulanacaktır.

³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 426, 427.

³¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 469.

II. TARİHÇE

A. ROMA HUKUKU

Görevin ifasının Roma hukukunda da bir hukuka uygunluk nedeni sayılmasından hareketle, amirin verdiği emirlerin emri yerine getiren bakımından bağlayıcılığının Roma hukukuna kadar dayandığı öne sürülebilir³². O dönemde geçerli olan ilkelere bakıldığında, emrin yerine getirilmesinin koşulları ile sorumluluğun sınırlarının çağdaş ceza hukuku ile benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle Roma hukukunda amirin emrini yerine getirmenin memurun sorumluluğunu ne şekilde etkilediğine yer vermekte fayda görüyoruz.

Roma hukukunda hak ehliyetine sahip olmanın ve hukuken kişi olarak tanınmanın hür olmak, vatandaş olmak ve baba hâkimiyeti altında bulunmamak şeklinde üç koşulu bulunuyordu³³. Bu nedenle köleler hukuken kişi sayılmadıkları için, hak sahibi değillerdi. Akıllı ve iradesi olan bir insan olarak ehliyete sahip olmak şartıyla bir takım hukuki işlemleri yapabilseler de, kendileri hak sahibi olmadıkları için bu hukuki işlemlerden doğacak haklar da kendilerine değil efendilerine ait oluyordu³⁴. Köleler, hür insanların hizmetinde mal olarak kullanılan insanlardı ve bu

³² DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 82, dpn. 3; GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 19.

³³ Özgürlük veya kölelik durumunu ifade eden *status libertatis* göre, köleler hak ehliyetine sahip değildi. *Status civitatis*, bir kimsenin vatandaş veya yabancı olmasını ifade ederdi ve bazı istisnalar haricinde yabancıların hak ehliyeti yoktu. *Status familiae* ise vatandaşların aile içindeki durumlarını ifade ederdi. Buna göre kişiler ya *alieni iuris* olarak *patria potestas*a tabiydiler ya da *sui iuris* olarak kendi egemenliklerine sahip olup hak ehliyetleri vardı. Bkz. Özcan Karadeniz ÇELEBİCAN, Roma Hukuku, B. 15, Yetkin Yay., Ankara 2012, s. 129; Bülent TAHIROĞLU / Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku Dersleri, B. 5, Der Yay., İstanbul 2009, s. 137.

³⁴ ÇELEBİCAN, s.135.

şekilde toplumda bir vasıta görevi görmekteydiler³⁵. Ius civileye göre köleler; borçlu, alacaklı, malik, davacı ve davalı olamazlardı³⁶. Öte yandan kamu yararını ihlal eden fiiller bakımından aile babaları, yabancılar, köleler ve aile evlatları arasından bir ayrım bulunmuyor ve kamu suçu işleyen herkes devlet tarafından cezalandırılıyordu³⁷. İnsan olmaları nedeniyle kölelerin, devletin ve kamunun çıkarlarına zarar veren suçlardan dolayı cezai sorumlulukları vardı³⁸. Haksız fiiller bakımından aile evlatlarının durumları ilk zamanlarda kölelerinki gibiydi. Aile evlatları, aile dışındaki kişilere karşı bir suç işlerlerse, dava açabilme hakkı zarar gören kişiye ait olduğu için, aile babaları, suç işleyen evlatlarını suçtan zarar gören kişiye bırakarak sorumluluktan kurtulabiliyorlardı³⁹. Bir diğer usul de aile evlatlarına karşı açılan davaları üzerlerine almaktı. “*Noxal sorumluluk*” adı verilen bu sorumluluk türü Iustinianus zamanında aile evlatlarının hak sahibi bireyler haline gelmesiyle ortadan kalkmıştır⁴⁰.

³⁵ **TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ**, s. 139.

³⁶ **TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ**, s. 141. Kölelerin dava ehliyetleri yoktu ve onlar aleyhine dava açılmıyordu, ancak, kişilerin özel çıkarlarına zarar veren suçlardan dolayı zorunlu diyet uygulanıyordu ve buna göre köleler para cezası ödeme borcu altına giriyorlardı. Ancak bunun için bir dava açılıp kovuşturma başlaması gerektiğinden, suçtan zarar gören kişinin, köleye dava açabilmesi için kölenin azat edilmesini beklemesi gerekiyordu. Azat etme işlemi de çoğunlukla gerçekleşmediği için, zamanla suçtan zarar gören kişinin hakkını elde edememesi riskine karşılık suçu işleyen kölenin efendisine “*actio noxalis*” adı verilen davayı açabilmesi kabul edildi. Bkz. **ÇELEBİCAN**, s. 138.

³⁷ **ÇELEBİCAN**, s. 165. Roma hukukunda haksız fiil ile suç arasında bir ayrım gözetilmiyor ve bütün haksız fiiller aynı zamanda suç sayılıyordu. Bazı suçlara karşı hem cezai müeyyide hem de tazmin ettirici müeyyide öngörülmüşken, bazıları sadece cezai müeyyideye bağlanmıştı. Suçlar kamu suçları ve özel suçlar olarak ikiye ayrılmakta ve “*delicta publica*” veya “*crimina*” denilen kamu suçları devletin yetkili organları tarafından kovuşturulan haksız fiillerken, “*delicta privata*” denilen özel suçların kovuşturulması suçtan zarar görene bırakılmıştı. Bkz. **ÇELEBİCAN** s. 247 vd.

³⁸ **ÇELEBİCAN**, s. 138.

³⁹ “*Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve dmanosam esse*”: Aile evlatları ve kölelerin kötülüklerinin efendilerine veya babalarına, kendi mevcudiyetlerinden daha fazla bir zarar vermeleri haksızlık olarak kabul edilirdi. Bkz. Salvatore **DI MARZO**, Roma Hukuku, (Çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s. 421; Bülent **TAHİROĞLU**, Roma Borçlar Hukuku, Der Yay., İstanbul 2009, s. 326.

⁴⁰ **ÇELEBİCAN**, s. 166.

Actio Noxalis'ler, aile evladı veya köle tarafından işlenen ve özel yararı zedeleyen haksız fiillerden dolayı *Pater Familias* (aile babası) veya *Dominus*'a (efendi) açılan davaları ifade ediyordu. Ancak, *Noxal* dava açılabilmesi için aile babası veya efendinin haksız fiilden haberdar olmaması gerektiği için, aile babası, fiilin işlenmesini kendisi isterse, bundan doğan dava doğrudan kendisine açılırdı⁴¹.

Roma'daki aile yapısı aile babasına, kadınlara, çocuklara ve kölelere emretme yetkisi tanırdı. Emre itaatin mecbur olduğu durumlarda, emrin yerine getirilmesi suretiyle bir suç işleniyorsa, bu durumda emri yerine getiren meydana gelen zarardan sorumlu olmuyordu. Bu durumla ilgili olarak Roma hukukunda geçerli olan bazı prensipler bulunmaktaydı: *“Zarar vermeyi emreden kimse zarar yapar ama itaat etmek zorunda olan kimsede hiçbir suçluluk durumu yoktur.”*; *“Kudreti elinde bulunduran kimse tarafından verilen emri icra eden ve itaat eden affa layıktır.”*; *“Hür insan eğer başkasının emri ile kendisi bir haksızlık yaptı ise ‘Aquilıa kanunu’, emretmek yetkisine sahip olduğu takdirde emir verene tatbik edilir. Eğer bu yetkiye sahip değilse fiili işleyen hakkında da takibat açılmalıdır”*⁴². İtaat mecburiyeti bakımından çocuklar ve köleler arasında bir fark olup olmadığı da tartışılmıştır. Çocuklar her ne kadar kölelere nazaran hür olsalar da, itaat konusunda daha serbest olduklarını gösteren bir delil olmadığı için, kölelerin cezadan muaf tutulması ile ilgili hükümlerin çocuklar açısından da geçerli olduğu söylenebilmektedir. Nitekim babasının emrine uyan çocuğun, fiili, kendi iradesiyle gerçekleştirdiği kabul edilmediği için, çocuklar babalarının hukuka aykırı emirlerini yerine getirdikleri

⁴¹ Özlem SÖĞÜTLÜ, Roma Hukukunda Aile Babasının Egemenliği Altında Bulunanların Fiillerinden Sorumluluğu ile Türk Hukukunda Aile Reisinin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Ankara 1993, s. 79 vd.

⁴² GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 20.

zaman bundan sorumlu olmuyorlardı. Emir bağlayıcı olduğu için çocuğun kendi hür iradesiyle hareket etme imkânının ortadan kalktığı kabul ediliyordu⁴³. Babanın veya köleye sahip olan kimsenin emri ile kamu organlarının emri arasında bir fark gözetilmemişti. “*Babasının veya sahibinin emrine itaat eden kimse, istemiş (kasten hareket etmiş) sayılmaz.*” prensibi geçerli olmakla birlikte, aile reisinin otoritesine itaat, mecbur olmakla birlikte sınırsız değildi. Örneğin, sahibinin öldürme veya hırsızlıkta bulunma konusunda verdiği emirlere itaat eden kölenin cezalandırılacağına dair hükümler de Roma metinlerinde yer alıyordu⁴⁴. Ayrıca “*atrocitatem facinoris vel sceleris*” olarak bilinen ve “*dehşet ya da vahşet mahiyetindeki suçlar*” olarak nitelenen suçların işlenmesinde de aile reisinin emri geçerli bir mazeret olarak kabul edilmiyordu⁴⁵. Emir bu nitelikte değilse, buna itaat eden köle veya çocuk mazur görülürdü. Bunun sebebi ise, köleler için, emre itaatsizlik neticesinde karşılaşılabilecek kötü muamele ve hatta ölümdü. Bu şekilde, emrin yerine getirilmesi ile bir çeşit zaruret hali yaratıldığı ve cezasızlık sebebi oluşturulduğu, çünkü bu durumda, emre itaat etmeme durumunda meydana gelebilecek tehlikeden korunma zorunluluğunun doğduğu öne sürülmüştür⁴⁶.

⁴³ İlk devirlerde, tıpkı köleler gibi çocuklar da babalarına mutlak itaatle yükümlülerdi. Bunun neticesi olarak, annesiyle zina yapan kişiyi öldürmesi için babası tarafından verilen emri yerine getirmesi durumunda, çocuğun bu fiilinden sorumlu olmayacağı kabul edilmişti. Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 23.

⁴⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 82, dpn.3.

⁴⁵ Bu sınırlamanın ne zamandan itibaren başladığı tartışılmış ve farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, aile kurumunun kamusal niteliğini sınırlayan Iustinianus kanunlarından önce Klasik dönemde de bu sınırlama mevcuttur. Bir diğer görüşe göre ise Klasik devirlerde kölelerin her türlü emre mutlak itaat ödevi vardır ve sınırlama Post-klasik çağda gerçekleşmiştir. Her iki görüşün de uzlaştığı nokta, ilk devirlerde kölenin efendisinin emirlerine mutlak itaat ödevinin bulunduğudır. Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 21.

⁴⁶ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 21, dpn. 60.

Post-klasik devirde Roma hukukunda emrin yerine getirilmesinin ceza sorumluluğuna etkisinde değişiklik yaşanmıştır. Devlet otoritesinin güçlenmesi ve aile reisinin yetkisinin daralmasının bir sonucu olarak köle, efendisinin emri üzerine bazı suçları işlerse cezalandırılmakta ancak bu cezada indirim yapılmaktaydı⁴⁷. Justinien hukukunda ise efendisinin emrini yerine getiren kölenin cezadan muaf olması için fiilin “*atrocitatem facinoris*” olmaması gerekiyordu ancak hangi fiillerin bu kapsamda değerlendirildiği konusunda da bir açıklık yoktu⁴⁸.

Roma hukukunda, otoriteler ile vatandaşlar arasındaki genel üstünlük ilişkisine bağlı olarak, “*kamusal memurun emri ile bir fiil ika edenin, itaat etmek gerekli olduğu için kötü bir kasıtle hareket ettiği kabul edilemez.*” prensibi kabul görmüştü. Söz konusu itaatin sınırları ise emri verenin, o emri vermeye yetkili olup olmaması ile çizilmişti. Bu bağlamda, yetkisiz kimsenin verdiği emri yerine getiren kişi sorumluluktan kurtulamıyordu. Vatandaş kamusal memurun vazifesi gereği verdiği emirlere uyma zorunluluğu taşıdığı için, aldığı emrin yetkili kimse tarafından verilip verilmediğini kontrol edebiliyordu⁴⁹.

Roma hukukunda en katı itaat kurallarının geçerli olduğu alan ise asker kişiler arasındaki ilişkilerdi. Barış zamanlarında da geçerli olan mutlak itaat prensibi savaş zamanlarında daha sıkı bir biçimde uygulanıyordu. “*Savaşta komutanının menettiği şeyi yapan veya emirleri yerine getirmeyenlere, işleri başarılı bir şekilde yapmış olsalar bile ölüm cezası verilir.*” prensibi, asker kişilerin savaş zamanlarında, emirlere

⁴⁷ Suç olan emrin yerine getirilmesinin Bizans’ta da ceza sorumluluğunu kaldıran neden değil, cezadan indirim nedeni olması ile ilgili olarak bkz. GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 21, dpn. 62.

⁴⁸ GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 22.

⁴⁹ GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 24.

kayıtsız şartsız mutlak itaatle yükümlü olduklarını gösteriyordu. Böyle durumlarda asker kişi fiili kendi isteği dışında gerçekleştirdiği için mazur görülürdü, çünkü emre itaatsizlik halinde ölüm cezasıyla karşılaşmaktaydı⁵⁰. Buna karşılık barış zamanlarında da mutlak itaat söz konusu olsa da, tıpkı köle ve çocukların pater familiasın emirlerine riayet etmelerinde olduğu gibi, emir “*atrocitatem facinoris*” içeriyorsa, asker kişiler buna uymak zorunda değillerdi⁵¹.

B. CERMEN HUKUKU, KİLİSE HUKUKU, MÜŞTEREK HUKUK

Cermen kanunlarında emirler arasında itaat mecburiyeti bakımından bir ayrım yapılmıyor ve köleler ile tebaa, efendinin veya kralın emriyle işlemiş oldukları suçlardan dolayı sorumlu olmuyorlardı⁵². Mutlak itaat zorunluluğunun bir sonucu olarak, kölenin kendisine verilen emri yerine getirmemesi söz konusu olmadığından, emir suç teşkil ettiği takdirde sorumluluk efendiye ait oluyordu. Nitekim mutlak itaatın söz konusu olduğu durumlarda köle yalnızca suç işlemek için bir vasıta görevi

⁵⁰ Savaş sırasında verilen emirlere itaatsizlik neticesinde askerden kovulma “*infamia*” diye tabir edilen şerefsizlik ya da kötü şöhret olarak niteleniyordu. Infamia bir kişinin toplum içinde saygıdeğerliğini yitirmesi anlamına gelirdi. Roma’da böyle bir duruma düşen kişinin kamu ve özel hukuk alanındaki hakları kısıtlanıyordu. Infamis (şerefsiz) kabul edilen kimseler, kamu hizmetlerinden yoksun bırakılıyor, seçme ve seçilme haklarını kaybediyorlardı. Bunun yanı sıra infamislerin yargı mercilerine başvurmaları ve bu merciler önünde dava açmaları da yasaklanıyordu. Bkz. ÇELEBİCAN, s. 166. Alçakça davranışlardan ötürü askerden çıkarılmaya uygulanan infamia, bir suç işleyip askeri yeminden ayrılma durumunda gerçekleşiyordu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe Türkoğlu ÖZDEMİR, Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 153.

⁵¹ Yılmaz GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, AÜSBFD, C. 22, S. 4, 1967, s. 169, 170.

⁵² Ancak bu kimseler efendilerinin rızaları olsa bile kendi hür iradeleriyle işlemiş oldukları suçlardan sorumlu oluyorlardı. Bu nedenle sorumluluğu belirleyen ölçüt, kölenin bir suçu kendi iradesiyle mi yoksa efendisinin emrini yerine getirmek amacıyla mı işlediğiydi. Bu ayrım şu şekilde örneklendirilmiştir: “Eğer bir esir, efendisinin emri olmaksızın, başkasına ait korulukta işaret çizgisi çekerse eli kesilirdi. Bunu efendisinin emri ile yapmışsa, kusurluluk köleden ona geçerdi.” Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 25.

görmekteydi⁵³. Benzer şekilde, tebaanın da krala mutlak itaat ödevi bulunuyordu ve itaat etmemenin karşılığı cezalandırılmaktı. Zaman içerisinde ise mutlak itaatın sınırları daralmaya başlamış ve kamu yararını gözetmeyen hukuka aykırı emirlerin bağlayıcılığının olmadığı kabul görmüştür⁵⁴.

Kilise hukukunda askerler ve memurların, amirlerinin emrine kayıtsız şartsız itaati esas olduğu için, yerine getirdikleri emirlerden sorumlulukları doğmuyordu⁵⁵.

Müşterek hukukta, emri yerine getirenin aldığı emir dolayısıyla tehdit veya irade serbestisini ortadan kaldırarak derecede baskı altında bulunduğu kabul ediliyor ve bu durum kusuru ortadan kaldırıyor. Ancak emrin kanuna açıkça aykırı olması halinde emrin yerine getirilmemesi gerekliydi. Müşterek hukukun bu yönüyle çağdaş ceza hukuku esaslarına benzerlik gösterdiği söylenebilir. Öte yandan, açıkça suç teşkil eden emri yerine getirmemesi halinde kendi hayatının tehlikeye girmesi durumunda olduğu gibi, istisnai hallerde kölenin sorumluluktan kurtulmasına imkân verilebiliyordu⁵⁶.

⁵³ İnsan öldürme örneğiyle ilgili olarak sorumluluk halleri farklılık arz etmekteydi. Efendisinin haberi olmadan bir kimseyi öldüren köle, kendi iradesiyle gerçekleştirdiği bu fiilden dolayı sorumluydu ve efendinin herhangi bir sorumluluğu yoktu. Efendi, kendisi emretmemiş olsa dahi, öldürme eyleminden haberdar ise, köle ile birlikte sorumlu olmaktaydı. Köle efendisinin emriyle hareket ettiğini söyler ve efendi bunu reddetmezse, bu kez sorumluluk efendiye ait olmaktaydı. Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 25.

⁵⁴ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 26.

⁵⁵ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 26.

⁵⁶ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 27.

C. İSLAM HUKUKU

Türklerin İslamiyet'i kabulüyle birlikte, İslam hukuku her alanda olduğu gibi ceza hukukunda da etkisini göstermiş ve İslam hukuku kurumları bu alanda uygulanmıştır⁵⁷.

İslam ceza hukukunda cezai sorumluluğun sebebi “*ma'siyet*” olarak ifade edilmektedir. Cezai sorumluluk, şeriatın yasakladığı şeyleri yapmak, itaatsizlik, isyan etmek, Allah ve resullerin hükümlerini uygulayan emir ve yetki sahiplerine karşı gelmek anlamlarına gelen ma'siyetin derecesine göre belirlenmektedir⁵⁸. Sorumluluğun esası yasak bir fiilin yapılması (maddi unsur), failin iradesinin bulunması (manevi unsur) ve failin idrakinin yerinde olmasına (isnat yeteneği) bağlıdır. Yasak fiil, olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde serbest hale gelerek kişiyi sorumluluktan kurtarır. Bu nedenle, İslam hukukunda da hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasının fiilin menfi bir şartı olduğu veya hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olduğu söylenebilir. Hukuka uygunluk nedenleri, hakların kullanılması ve görevlerin ifası şeklinde iki türlü olarak ifade edilmiştir⁵⁹.

Kur'anda otoriteye itaat mecburiyeti çeşitli ayetlerle dile getirilmiştir. “*Hukuk emre itaat ister, emrin isabetine kanaat izhar edilmesi ile alakalı olmaz.*” demek suretiyle emre, doğruluğunu sorgulamadan, kayıtsız şartsız itaat etmenin gerekliliği

⁵⁷ Sulhi **DÖNMEZER** / Sahir **ERMAN**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, B. 10, Beta Yay., İstanbul 1987, s. 108.

⁵⁸ Ahmet **AKGÜNDÜZ**, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, C. 1, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul 2011, s. 519.

⁵⁹ **AKGÜNDÜZ**, s. 519, 520.

belirtilir⁶⁰. Ayetler, emirlere uymanın mecburiyetini belirtmenin yanı sıra, itaatin sınırlarını da çizer ve bu itaatin sınırlarını bir günahın işlenmesi emri oluşturur. Amirin emrinin kişilerin menfaatlerine zarar vermesi halinde, bu emre uyma zorunluluğu yoktur. Nitekim *“Allah’a ve Resule ve emir sahiplerine itaat edin. Eğer bu emri menfaatinize aykırı bulursanız Kitaba müracaat ediniz.”* ayetiyle de itaatin sınırları çizilmiştir⁶¹. İtaatin sınırlarıyla ilgili olarak, otoritenin adil emir vermesini, emri adalete uygun bulmayanların, üst makama ve adaletin temel ilkelerini belirleyen Kur’an’a göre hüküm verecek makamlara müracaat edebilmesini ve adalete açıkça aykırılık teşkil eden emirlere itaat etmenin de mecburi olmadığını belirten ayetler ve hadisler de mevcuttur⁶².

Toplumsal hayatta geçerli olan bu genel kurallar doğrultusunda, İslam hukukunda kanun hükmünü ya da yetkili merciin emrini yerine getirmekle görevli kişinin belirli ölçülere göre hareket ettiği takdirde sorumlu olmaması da genel prensiptir. Amirin emirlerini yerine getiren kişi, hukukun çizdiği sınırı aşarsa, meydana gelen zararlardan dolayı sorumlu olur. Örneğin, amirinin emri üzerine bir kimsenin elini kesen görevli, bu fiilinden ötürü sorumlu tutulamaz. Eli kesilen kişi ölse dahi sorumluluk emri veren amire aittir. Görevlinin sorumluluğu ise gerekli önlemlerin alınmaması ile başlar ve emri veren ile yerine getiren kişiler ihmallerine veya kasıtlarına göre sorumlu olurlar⁶³.

⁶⁰ Mustafa Reşit **BELGESAY**, Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk, İÜ Yay. No: 1015, İstanbul 1963, s. 72.

⁶¹ **BELGESAY**, s. 73.

⁶² **BELGESAY**, s. 74.

⁶³ Mahkûma işlediği suçun karşılığı olarak 100 sopa vurması gereken bir görevlinin yüz bir sopa vurması ve kişinin ölümüne yol açması halinde, sınırı aşmada hatalı dahi olsa sorumlu olacağı ve fakat

İslam hukukunda had, cinayet ve ta'zir cezalarını infaz eden görevliler, yetkili merciin emrini icra eden birer vasıta konumundadırlar. Bu nedenle emrin yerine getirilmesi suretiyle bir suç işledikleri vakit, suç işlemede kullanılan araç gibi görülerek sorumlu olmazlar. Suç işleme kasıtlarının olmaması ve yalnızca görevlerinin gereğini yerine getiriyor oluşları, tıpkı suç işlemede kullanılan vasıtaların cezalandırılmaması gibi, bu kişilerin de cezalandırılmalarının önüne geçer⁶⁴.

D. OSMANLI HUKUKU

Görevi yerine getirmek ve buna bağlı olarak amirin verdiği emri icra etmek Osmanlı hukukunda da fiili hukuka uygun hale getiren bir nedendir. Osmanlı hukukunda resepsiyonun Tanzimat'la başlamasıyla beraber, ilk düzenlemeler ceza hukuku alanında yapılmış ve 3 Mayıs 1840 tarihinde Ceza Kanunu kabul edilmiştir⁶⁵. Büyük ölçüde 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan yararlanılarak hazırlanan 9 Ağustos 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu ise, Osmanlı Devleti'nde modern ceza hukuku esaslarının kabul edildiği kanun niteliğindedir⁶⁶. Amirin emrini yerine getirenin ceza sorumluluğunun ne olacağı hususu, bu kanunda genel hükümlerde düzenlenmemiş olup, özel hükümlerde çeşitli suçlar arasında kendisine yer bulmuştur. Bu hükümlerdeki düzenlemelere göre; suç teşkil eden bir emri yerine getiren memur

kişinin kastının veya hatasının cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı hakkındaki görüş için bkz. Yaşar **YİĞİT**, İslam Ceza Hukuku, Sistem Ofset Yay., Ankara 2012, s. 251, 252.

⁶⁴ **YİĞİT**, s. 252. Böylece İslam hukukunda amirin emrini yerine getiren kişinin ceza sorumluluğunun olmaması manevi unsurun bulunmayışıyla açıklanmıştır.

⁶⁵ Coşkun **ÜÇÖK** / Ahmet **MUMCU** / Gülnihal **BOZKURT**, Türk Hukuk Tarihi, B. 12, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2007, s. 343.

⁶⁶ Kanun'da 1911 yılında yapılan değişikliklerde büyük ölçüde 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan yararlanılmıştır. Bkz. **ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT**, s. 344.

sorumluluktan kurtulmakta, yalnızca emri veren amir sorumlu olmaktaydı. Memurun emri yerine getirmesi halinde sorumlu olmaması ise tehdit ile açıklanmaktaydı⁶⁷.

Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 99. maddesine göre; memurların devletin emirlerine, kanun hükümlerine ve bu kanunların icra edilmesine aykırı davranışlar için nüfuz kullanmaları durumunda hapis cezası ile cezalandırılmaları söz konusuydu. Ancak memur bu davranışı amirinin emriyle gerçekleştiriyorsa kendisine ceza verilmeyecek, amiri sorumlu olacaktı⁶⁸. 103. maddeye göre; devlet memurları şüpheli sıfatı taşıyan kimselere suçlarını söyletmek için işkence veya eziyet uygularlarsa, cezai sorumlulukları doğuyordu. Eğer bunu amirlerinin emriyle yapmışlarsa, sorumluluk emri verene ait olmaktaydı⁶⁹. 105. maddede, kanunun çizdiği sınırların dışına çıkarak bir kimsenin hanesine giren memura hapis cezası verileceği hükmedilmişti. Bu fiilin amirin emriyle yapıldığı ortaya çıkarsa memur affedilip, cezai yaptırım amire uygulanıyordu⁷⁰. 184. maddeye göre, amir-i mücbirin emriyle bir kimseyi öldüren memur, bu fiilinden ötürü sorumlu olmuyordu. Amir-i mücbir, emirlerine karşı geldiği

⁶⁷ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 29.

⁶⁸ “**Madde 99** - Büyük ve küçük memurinden her kim olur ise olsun, evamir-i devlet ve ahkam- kavanin ve nizam icrasına ve her nevi emval-i mürettebenin tahsiline muvakkattan haps cezasıyla mücazat olunur. Ve eğer memurların bu veçhile hareketi amirlerinin emriyle zaruri ve mecburi vuku bulmuş ise, bu ceza bu makulelerin hakkında cari olmayıp, ibtida emir kimden zuhur etmiş ise, onun hakkında icra kılınır. Ve eğer bu misillü bir hareket daha ağır bir cinayeti müeddi olur ise o ağır cinayetin cezası hüküm ve icra olunur.” AKGÜNDÜZ, s. 635.

⁶⁹ “**Madde 103** - Mehakim ve mecalis erbabından ve sair memurin-i devletten biri, müttehem olan eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeyi hüküm veyahut icra eder ise, muvakkattan kal'a-bendlik ve müebbeden rütbe-i memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları ma-fevkinde bulunan amirlerinin emriyle yapmış ise bu cezalar bu emri eden kimse hakkında icra kılınır...” AKGÜNDÜZ, s. 635.

⁷⁰ “**Madde 105** - “Her bir memur, kavanin-i mülkiye ve askeriye ve müesses olan zabtiye nizamının cevaz verdiği husussattan gayri ahvalde ve kavanin ve inzamatın tayin ettiği usulden başka olarak memuriyeti sıfatı ile bir kimsenin hanesine cebren girer ise, altı aydan üç seneye kadar haps olunur. Ve bunun amirinin emri ile yapmış olduğu tebeyyün eder ise, kendisi cezadan ma'fuv tutulup amir her kim ise bu ceza onun hakkında icra olunur...” AKGÜNDÜZ, s. 636.

takdirde astını öldürme yetkisine sahip olan kimseydi⁷¹. Benzer şekilde 185. maddede, memurun amir-i mücbirin emriyle bir kişiyi yaralaması durumunda da cezanın amire verileceği düzenleniyordu⁷². Bu son iki halde emri veren amir-i mücbir değilse, memurun, işlediği suçtan dolayı sorumluluğu devam etmekteydi. Tüm bu hallerde suçun amirin emriyle işlenmesi memurun cezai sorumluluğunu ortadan kaldırıyor ve ceza emri veren amire uygulanıyordu.

1876 tarihli Kanun-i Esasi’de ise bütün memurların amirlerine itaat etmekle yükümlü oldukları ve bu itaatin sınırlarının kanunla çizilmiş olduğu belirtilmiş ve hukuka aykırı emirlere riayet edilemeyeceğine dair kural yerleşik hale gelmişti. Buna göre amirinin kanuna aykırı olan emrini yerine getiren memur sorumluluktan kurtulamıyordu⁷³. Amirin emrini yerine getiren memurun sorumluluğunun ne olacağı hususu o zamanlar da tartışma konusu olmuş ve yürürlükteki kanuna göre bazı yorumlar yapılmıştır. Emri yerine getiren memurun sorumluluğu hususunda yapılan tartışmalar iki görüş üzerinde yoğunlaşmıştır: Memurun, amirinin emrine itaat etmeye mecbur olduğundan bahisle sorumlu tutulamayacağını savunan görüş, bu sorumsuzluk halinin suiistimale neden olabileceği eleştirilerine uğramıştır. Memurun amirine itaatinin kanunun çizdiği sınırlar içinde geçerli olabileceğini ve kanuna aykırı olduğunu anladığı emri yerine getirdiği takdirde sorumlu olması gerektiğini savunan

⁷¹ “**Madde 184** - Bir kimse amir-i mücbirin emriyle bir şahsı katletse, katil cezası amiri hakkında icra olunur. Amir-i mücbir, memuru emrine muhalefet ettiği takdirde itlafına muktedir olan kimse demektir. Bundan maada suretlerde memur olan kimse mazur olmayıp, katl cezası onun hakkında icra kılınır. Ve bu misillü amir-i gayri mücbir hakkında dahi muvakkaten kürek cezası hükmolunur.” **AKGÜNDÜZ**, s. 644.

⁷² “**Madde 185** - “Bir kimse amir-i mücbirin emriyle bir şahsı cerh ya da darp ederse, yara ve beresinin derecesine göre balada mezkur olan cerh ve darp cezaları amiri hakkında icra olunur. Ve eğer amir-i gayri mücbir ise, bu cezalar faili hakkında icra bulunup bu misillü amir-i gayri mücbir olanlar dahi bir haftadan bir seneye kadar hapis olunur...” **AKGÜNDÜZ**, s. 644.

⁷³ “**Madde 41** - Memurun âmirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tâyin ettiği daireye mahsustur. Hilâfi kanun olan umurda amire itaat mes'uliyetten kurtulmağa mecbur olamaz.”

görüş ise devlet düzeninin ihlal edilebileceğinden ötürü eleştirilmiştir. Neticede ise amirin emrini icranın, suçun manevi unsuruna etki ettiği kabul edilmiş ve memurun kastına bakılması gerektiği söylenmiştir. Şöyle ki, Osmanlı hukukunda mutlak itaat prensibi gereği, amirinin emrini yerine getirmede ölüm müeyyidesiyle karşılaşma ihtimali olan kişiler, görevlerini yerine getirerek sorumluluktan kurtulabiliyorlardı. Bu nedenle emir, memurun itaat etmekle yükümlü olduğu amirden gelmişse ve amir bu emri vermeye yetkiliyse, memurun sorumluluğu ortadan kalkmaktaydı. Zaman içerisinde ise hukuka aykırı emirlerin yerine getirilemeyeceği ve emrin suç teşkil ettiğinin memur tarafından biliniyor olması halinde sorumluluğun devam edeceği kabul edilmiştir. Memur emrin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa kendisine sorumluluk yüklenemeyecektir⁷⁴. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde sorumluluğun belirlenmesi bakımından o dönemin tartışmalarıyla günümüz tartışmaları benzerlik göstermekte ve özellikle hukuka uygunluk denetiminin sınırlanıp mutlak itaatin benimsendiği hallerde sorumluluğun ne şekilde tespit edileceğine ilişkin görüş ayrılıklarının halen mevcut olduğu görülmektedir.

E. TÜRK HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Amirin emrinin yerine getirilmesiyle ilgili hükümler sadece ceza kanununda değil, Anayasa'dan yönetmeliklere kadar normlar hiyerarşisinin her basamağında yer almaktadır. 1921 Anayasası'nda amirin emrinin yerine getirilmesiyle ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin çelişmeyen hükümleri

⁷⁴ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 30.

yürürlükte olduğu için 41. madde geçerliliğini korumaktaydı⁷⁵. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 94. maddesi “*Kanuna muhalif olan umurda amire itaat, memuru mesuliyetten kurtarmaz.*” demek suretiyle, konusu suç teşkil etsin etmesin, hukuka aykırı bir emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulamayacağını belirtmiştir. Bu hükümle Anayasa, emri alan memura, emri yerine getirmeden önce şekil ve içerik denetimi yapma ödevi yüklüyordu. Memur, şekil ve içerik yönünden hukuka uygunluğunu incelemeyerek hukuka aykırı bir emri yerine getirir ve bu suretle bir suç işleyecek olursa, sorumluluktan kurtulamıyordu. Bir diğer ifadeyle, şekil veya içerik bakımından hukuka aykırı bir emri veren de, bu emri yerine getiren de sorumluydu ve memur bakımından bir hukuka uygunluk nedeni yoktu⁷⁶.

1961 Anayasası’nın 125. 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.

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

⁷⁵ Olgun DEĞİRMENCİ, “*Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa*”, TAAD, Yıl: 3, C. 1, S. 10, Temmuz 2012, s. 468.

⁷⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 91.

2. fıkrada yer alan açık hüküm gereği suç teşkil eden emri yerine getirmek 1961 Anayasası'nda hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir. Amirin verdiği hukuka aykırı olan ancak suç teşkil etmeyen bağlayıcı emirlerde ise memur, hukuka aykırılığı amirine bildirdiği ve amiri de emri yerine getirmesini yazı ile yenilediği takdirde, emri yerine getirecek ve sorumlu olmayacaktır.

1982 Anayasası'nda amirin emrini yerine getirmenin cezai sorumluluğa etkisi “*Kanunsuz emir*” başlıklı 137. maddede düzenlenmiştir. Hükümün, 1961 Anayasası'nın 125. maddesinde düzenlenen halini olduğu gibi koruduğu görülmektedir. Buna göre, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyecek ve bu aykırılığı o emri verene bildirecektir. Üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilecek ve bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmayacaktır. Öte yandan konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmeyecek ve yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamayacaktır. Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen haller ise saklı tutulmuştur.

Amirin emrinin yerine getirilmesi, 765 sayılı mülga TCK'da genel hükümler arasında ve “*Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler*” başlıklı dördüncü bapta, kanunun hükmünü icra ile aynı fıkrada ve aynı zamanda meşru müdafaa ve zorunluluk hali ile aynı maddede (m. 49) düzenleniyordu. Bu hükme göre; yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri icra etmek suretiyle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmiyordu. Ayrıca düzenlemede, emrin kanuna aykırı olması halinde meydana gelecek olan suçtan dolayı amire ceza

verileceği belirtilmiş, ancak emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde emri yerine getirenin de sorumlu olacağına dair açık bir hükme yer verilmemişti⁷⁷.

5237 sayılı TCK'da ise amirin emrini yerine getirme, genel hükümleri düzenleyen birinci kitapta, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler”i düzenleyen bölümün altında kanunun hükmünü icra ile birlikte “Kanunun hükmü ve amirin emri” başlığıyla 24. maddede düzenlenmiştir:

“Kanunun hükmü ve amirin emri

Madde 24- (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

Hükümet Tasarısı'nın gerekçesine göre; amirinin verdiği emri yerine getiren memurun sorumsuzluğu kabul edilse bile, emrin suç teşkil ettiği hallerde sorumluluk devam edecektir. Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılamaması hâlinde ise, memurun işlenen suçtan dolayı hata nedeniyle sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Amirin emrini icra eden kişinin, emrin hukuka uygunluğunu

⁷⁷ “**Madde 49 – 1.** Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle,

2. Gerek kendisinin gerek başkasının nefsine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,

3. Gerek nefsini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffüz imkanında olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.

Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafî kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.”

denetlemesi gerektiği, denetleme yapmadan hukuka aykırı bir emri yerine getirdiği halde sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmiştir. Denetleme imkânının ortadan kaldırıldığı hallerde ise emri yerine getirmenin irade dışı bir davranış olacağından bahisle, sorumluluğun ortadan kalkacağı belirtilmiştir⁷⁸.

Hükümet Tasarısı'nda amirin emrinin memurun eylemini suç olmaktan çıkaracağına değinildikten sonra, emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde sorumluluğu belirleyecek değişik ihtimallere, Anayasa hükümlerine de göndermede bulunularak yer verilmiştir. Ancak maddenin Hükümet Tasarısı hali⁷⁹ bir takım farklı

⁷⁸ “Maddeyle getirilen hukuka uygunluk nedeni aslında Anayasanın 137 nci maddesine dayanmaktadır. Maddede, kanunun hükmünü icra edenin herhangi bir suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağı açıklanmıştır. Maddede yetkili bir merciden verilen ve memurun görevi gereği yerine getirmek mecburiyetinde bulunduğu emrin icrası hâlinde de sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Ancak, Anayasanın 137 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereği konusu suç teşkil eden emri verenin de suçtan dolayı sorumlu olacağı şüphesizdir.

Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılamaması hâlinde, memurun işlenen suçtan dolayı, hata nedeniyle, sorumlu olmayacağı meydandadır. Bu takdirde emri veren suçtan dolayı sorumlu olacaktır.

Anayasal ve kanunî düzenlemeye göre, amirin emrini icra eden kişi, emrin ‘yetki’, ‘konu’ ve ‘şekil’ açısından kanuna uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Değinen denetlemeyi yapmadan hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, emri yerine getiren kişiyi sorumluluktan kurtarmaz. Buna karşılık, belirli gereksinimler nedeniyle, emri icra etmekle yükümlü kişinin, emri yerine getirmek konusunda kanun denetimini yapmasını engelleyen ve her durumda emrin uygulanmasını öngören kanun düzenlemeleri vardır.

Örneğin, 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununda ve 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda, bu türden hükümler bulunmaktadır. Bu durumda, emrin hukuka aykırılığını denetleme olanağı bulunmayan bir kişinin, emri yerine getirmesi irade dışı bir davranıştır. Buna karşın bu kişinin hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulması ‘ceza sorumluluğunun kişiselliği’ kuralına aykırı olur. Belirtilen durumda, suç oluşturan hukuka aykırı eylemin işlenmesinden, sadece emri verenin sorumlu tutulması yerinde görülerek, Tasarının bu maddesine, ‘Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi, kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden sadece emri veren sorumlu olur.’ hükmü eklenmiştir.

Mevzuatta, söz gelimi askerî kanunlarda, memurun kendisine verilen emri yerine getirmeye mecbur tutulduğu hâllerdeki istisnalar, elbette ki saklıdır. Bu gibi hâllerde, 3 üncü maddede yer alan özel kanunlarla Ceza Kanunu arasındaki ilişkiyi düzenleyici hüküm dolayısıyla özel kanundaki hüküm uygulanacaktır. Bu bakımdan Anayasanın 137 nci maddesinin son fıkrasındaki istisna saklı kalacaktır.”

⁷⁹ “**Kanunun hükmü ve amirin emri**

Madde 27 - Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan **da** sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

yorumlara açık görünmesi nedeniyle değiştirilmiş ve madde gerekçesinde bunun açıklamasına yer verilmiştir⁸⁰. Amirin hukuka aykırı bağlayıcı emrinin yerine getirilmesi söz konusu olduğunda, memur hukuka aykırılığı amirine bildirdiği ve amiri de bu emrin yerine getirilmesini yazı ile yenilediği takdirde artık memurun sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Hükümet Tasarısı'nda yer alan “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan da sorumlu olmaz.*” hükmü ise, hukuka aykırı emri veren amirin yanı sıra emri uygulayanın da sorumsuz olacağı gibi yanlış bir yoruma yol açması nedeniyle yeniden düzenlenmiştir. Hükümet Tasarısı'nın konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesiyle ilgili hükmünde de değişiklik yapılmış ve “*Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*” şeklinde hazırlanan hüküm Anayasa'da konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğine dair hükümle paralel olacak biçimde değiştirilmiştir.

Amirin emrinin yerine getirilmesi suretiyle sorumluluktan kurtulmaya dair bir diğer düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun “*Devlet memurlarının görev ve sorumlulukları*” başlıklı 11. maddesinde yer alır. Bu maddeyle devlet

⁸⁰ “Hükümet Tasarısının ‘Kanunun hükmü ve amirin emri’ başlıklı 27 nci maddesinin iki ve üçüncü fıkraları değiştirilmiştir. Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri ‘yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir ‘emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz’ (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir. Hükümet Tasarısındaki hükmünde, bu durumda emri verenin de sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir ifadeye yer verilmişti. Yapılan değişiklikle bu yanlışlık düzeltilmiştir.

Emir, hukuka aykırı olmanın yanı sıra, ayrıca suç da teşkil edebilir. Anayasamız, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine ‘hiçbir surette’ izin vermemektedir (madde 137, fıkra 2). Bu durumda emri ‘yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz’. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle Anayasanın söz konusu hükmüyle paralellik sağlanmıştır.”

memurlarına, amirleri tarafından verilen görevleri yerine getirme ile iyi ve doğru yürütme yükümlülüğü getirilmiştir. Anayasa ve TCK’da amirin emrini yerine getirmeden doğan sorumluluk hallerini düzenleyen hükümlere bu kanunda da yer verilmiş ve paralel şekilde düzenleme yapılmıştır⁸¹. Verilen emirleri yerine getirmeme durumunda ise uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması gibi müeyyidelerin uygulanacağı 125. maddede belirtilmiştir.

İl İdaresi Kanunu da amirin emrinin yerine getirilmesinde sorumluluk hali ile ilgili düzenlemelere yer vermektedir. Bu düzenlemeler, vali ve kaymakamlar tarafından verilen ve hukuka aykırı olan emirlerin yerine getirilmesi durumunda, emri yerine getirenleri sorumluluktan kurtarmaya imkân vermektedir⁸².

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu emir, ast, üst, amir gibi kavramları açıklamakta ve vazifeleri belirleyerek emrin yerine getiriliş şekliyle ilgili düzenlemelere yer vermektedir. 14. maddeye göre; “*Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate*

⁸¹ “**Madde 11** - (Değişik: 12/5/1982 - 2670/4 md.) (1) Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. (2) Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. (3) Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (4) Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

⁸² “**Madde 23** – İl idare şube başkanları ve kaymakamlar vali tarafından re'sen verilen emirlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet Kararlarına uygun olmadığı içtihadında bulundukları takdirde keyfiyeti valiye yazarlar. Vali, emrin mevzuata uygun bulunduğu ısrar ederse yazılı olarak emir verir ve aynı zamanda işi ilgili mercie yazar. Cevap gelinceye kadar valinin verdiği emir kendi sorumluluğu altında uygulanır.

Madde 38 – İdare şube başkanları kaymakam tarafından re'sen verilen emrin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarına uygun olmadığı içtihadında bulunurlarsa keyfiyeti kaymakama yazarlar. Kaymakam, işin mevzuata uygun bulunduğu ısrar ederse yazılı olarak emir verir ve aynı zamanda keyfiyeti valiye de bildirir. Cevap gelinceye kadar kaymakamın emri sorumluluğu altında uygulanır.”

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.”. Benzer şekilde emir kavramına geniş şekilde yer veren ve sorumluluk halini düzenleyen Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği’nin 10. maddesine göre; “Astın, aldığı bir emirden dolayı âmirine mütalâada bulunması kat’îyen yasaktır. Alınan emir hiç bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın ve hiç bir düşünceye kapılmaksızın yapılacaktır.” Ayrıca Yönetmeliğin 33. maddesinde emirlerin hizmete ilişkin olması, kanun ve nizamları ihlâl etmemesi gerektiği belirtilmiş ise de, düzenlemeye göre; “Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder. Amirin verdiği emir Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren hallere mütaallik ise emir ifa olunmaz ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire malûmat verilir. Bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyet ast’a aittir.”

Genel kural; konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmemesi, getirilmesi halinde emri verenin de yerine getirenin de sorumluluktan kurtulamaması iken, Anayasa’nın 137. maddesinin son fıkrasında bir istisna öngörülmüş ve askerî hizmetlerin görülmesi ile acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklı tutulmuştur. Bu istisnalardan biri ise Askerî Ceza Kanunu’nun askeri suçlarda iştiraki düzenleyen 41. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu maddede “Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.” demek suretiyle konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde emri verenle birlikte yerine getirenin de sorumlu

olması kuralına bir istisna getirilmiş ve belirli şartlar altında astın sorumsuzluğu kabul edilmiştir⁸³.

PVSK'nın 2. maddesi, Anayasa'nın 137. maddesinin son fıkrasında belirtilen istisnalardan bir diğerini oluşturur. Kolluk görevlileri, kural olarak konusu suç olan emri hiçbir suretle yerine getirmez ve yerine getirdiği takdirde sorumluluktan kurtulamaz. Nitekim bu husus, *“Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.”* olarak belirtilmişse de, fıkranın devamında on üç bent halinde sayılan durumlarda yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği, bu emirlerin yazılı olarak verilmesinin istenemeyeceği ve bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluğun emri verene ait olacağı düzenlenmiştir.

Mevzuatta amirin emrinin yerine getirilmesi ile ilgili başlıca düzenlemeler bu şekilde olup, Ceza Muhakemesi Kanunu, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun, 6213 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun gibi kanunlarda da emirle ilgili hükümler yer almaktadır. Sayıca çok olmasından ötürü burada hepsine tek tek değinilmeyecek olup çalışmamızda yeri

⁸³ *“Madde 41- ... (2) Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur. (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 mütaallik olduğu kendisince malum ise.”*

geldikçe detaylı açıklamalar yapılacaktır. Emrin hukuka aykırı olması karşısında memurun sorumluluktan ne şekilde kurtulabileceğine dair düzenlemeler Anayasa'daki hükme paralellik göstermektedir. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi ve yerine getirildiği halde sorumluluğun devam edeceği hükmü ise bazı düzenlemelerde yer almıştır. Öte yandan, Anayasa'da da belirtilen ve emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği istisnai hallerde, emri yerine getirenin sorumlu tutulamayacağına dair kural, itaat yükümlülüğü artırılmış olan kişiler bakımından kabul edilmiştir.

III. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Amirin emrinin yerine getirilmesi, astın (memurun) sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak eski dönemlerden beri kabul edilmekle beraber, konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi halinde sorumluluğun ne olacağı hususu özellikle 20. yüzyıl boyunca çok tartışılan ve üzerinde uzlaşa sağlanamayan bir konu olmuştur. Öte yandan, II. Dünya Savaşı sonrası kurulan *ad hoc* mahkemelerde⁸⁴ yapılan yargılamalarda savaş suçluları bakımından en çok ileri sürülen ve önem arz eden savunmalardan da biri olmuştur⁸⁵. Amirin emrinin yerine getirilmesi, uluslararası mahkeme statülerinde de ayrıca düzenlenmiş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni

⁸⁴ Önceden kurulmuş olağan bir mahkeme bulunmadığı için, o günün şartlarına bağlı olarak oluşturulan ve suçların işlenmesinden sonra sadece bu suçları kovuşturmak için kurulan *ad hoc* mahkemeler Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya ve Ruanda Mahkemeleridir. Bkz. Durmuş **TEZCAN**, “Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İÜHF Yay., İstanbul, 1997, s. 483.

⁸⁵ İlhan **LÜTEM**, Harp Suçları ve Milletlerarası Hukuk, AÜHF Yay., Ankara 1951, s. 123.

oluşturan ve 1 Temmuz 2002’de yürürlüğe giren Roma Statüsü’nün 33. maddesinde de ayrıntılı olarak yer bulmuştur.

Amirin emrinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak sorumluluk teorilerini ve tarihsel süreci incelemeye geçmeden önce bazı kavramları açıklamak gerekir. Öncelikle amirin emrinin yerine getirilmesi uluslararası ceza hukukunda bir savunma (*defence*) olarak nitelendirilmekte ve gerek doktrinde gerekse uluslararası metinlerde ve içtihatlarda bu şekilde ifade edilmektedir⁸⁶. Uluslararası ceza hukukunda, emir vermeye yetkili makamı ifade etmek amacıyla, askeri hukukta daha çok “üst” kavramını karşılayan “*superior*” kavramının tercih edildiği görülmektedir⁸⁷. Ancak Türk hukukunda amir ile üstün farklı anlamlar taşımasından dolayı, bu kısımda *superior* kavramının karşılığı olarak “amir” kavramını kullanmayı sürdüreceğiz. Öte yandan uluslararası hukukun ihlali özellikle asker kişiler bakımından sorumluluk doğurduğu için, kendisine emir verilen kişiden, kararlara ve uluslararası belgelere uygun şekilde “ast” (*subordinate*) olarak bahsetmeyi uygun görmekteyiz.

⁸⁶ Müşterek hukukta ve özellikle İngiliz hukukunda hukuka uygunluk nedenleri (*justifications*) ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler (*excuses*), Kıta Avrupası’nda olduğu gibi teknik ayrıma gidilmeksizin, ceza isnadına yöneltilen her türlü savunmayı ve suçun cezalandırılmasına engel olan her türlü sebebi de kapsayan “*defence*” başlığı altında toplanmaktadır. Bkz. Murat **ÖNOK**, Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, s. 59.

⁸⁷ Örneğin “*superior responsibility*” ve “*superior order*” gibi kavramlarda “üst” ifadesinin tercih edildiği görülür. Ancak İkinci Bölümde ayrıntılı olarak görüleceği üzere Türk hukuku bakımından amir ve üst kavramlarının farklı anlamlarının olduğunu, özellikle askeri mevzuatta her ikisinin farklı şekilde düzenlendiğini ve amirin emir vermesinin kural olup, üstün kanunda açıkça yetki verilen hallerde emir verebileceğini belirtmek gerekir. Bkz. Olgun **DEĞİRMENCİ**, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, LHD, C. 10, S. 120, Aralık 2012, s. 60.

A. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞU BELİRLEMEDE GELİŞEN TEORİLER

Uluslararası ceza hukukunda amirin suç teşkil eden emrinin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisinin ne olacağı hususunda gerek doktrinde gerekse uluslararası mahkeme statülerinde ve içtihatlarında çeşitli görüşlere yer verildiği görülmektedir. Bu konuda temel olarak üç teori ileri sürülmüş ve tartışmaların odak noktasını daha çok savaş suçları oluşturmuştur.

Savaş koşulları altında en profesyonel kişiler bile hatalı kararlar alabilmekte ve insan hak ve özgürlüklerini ihlal edebilmektedirler⁸⁸. Amirinin suç teşkil eden emriyle karşılaşan ast, askeri disiplinin gereğini yerine getirmek için emre itaat etmekle hukuk kurallarına riayet etmek arasında iki yükümlülük arasında kalmakta⁸⁹ ve hangisini tercih ederse etsin, diğerini ihmal ettiği için bir yaptırımla karşılaşabilmektedir. Astın ikilemde kaldığı bu duruma, iki “uç” çözüm yolu getirilmiştir. *Augustine*, haksız bir savaş söz konusu olsa dahi, emre itaatsizlik halinde bazı yaptırımlarla karşılaşması gündeme geleceğinden, askerin kendisine verilen emri uyguladığını söyleyerek sorumluluktan kurtulabileceğini savunmuştur⁹⁰. Buna karşılık *Grotius*, haksız bir savaş söz konusu olduğunda askerin bireysel olarak buna katılmayı reddetme hakkının olduğunu ve emre itaatsizliğin masum insanları öldürmek kadar kötü bir eylem olmadığını ifade etmiştir. *Victoria* ise, bu iki görüşe orta bir çözüm yolu sunmuş ve

⁸⁸ GÜNEYSU, s. 2.

⁸⁹ Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, s. 231; James B. INSCO, “*Defense of Superior Orders Before Military Commissions*”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, s. 389.

⁹⁰ Aubrey M. DANIEL III, “*The Defence of Superior Orders*”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 7, 1973, s. 480.

savaşın haklı olup olmadığına dair askerin bilgisi üzerinden bir ayırım yaparak, savaşın haksızlığını anlayabilecek yeterliliğe sahipse, emir hükümdarından verilse dahi, askerin buna itaat etmemesi gerektiğini belirtmiştir⁹¹. Bu üç farklı görüş, amirin emrinin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisinde kabul görmüş üç teorinin de temelini oluşturmuştur⁹². Bunlardan ilki “amirin sorumluluğu” teorisi (*respondeat superior*), ikincisi “mutlak sorumluluk” teorisi (*absolute liability or full responsibility*) ve sonuncusu “sınırlı ya da koşullu sorumluluk” veya “açıkça hukuka aykırılık” teorisine (*limited responsibility or conditional liability or manifest illegality*) karşılık gelmektedir⁹³. Doktrinde ileri sürülen ve amirin emrini yerine getiren kişinin ceza sorumluluğunu daraltan veya genişleten bu teoriler, pek çok ülkenin kanununda veya mahkeme statülerinin ilgili maddelerinde yer alarak, sorumluluğu belirlemede yol gösterici bir role sahip olmuştur.

1. Amirin Sorumluluğu Teorisi (*Respondeat Superior*)

Amirin sorumluluğu teorisi, devletlerin egemen eşitliğine atıf yapan ve hiçbir devletin veya mahkemenin diğer devletleri yargılayamayacağını ileri süren *Act of State* doktrininden kaynaklanmaktadır⁹⁴. Teori, yetkili bir amir tarafından verilen emrin

⁹¹ Leslie C. **GREEN**, *Superior Orders in National and International Law*, A.W. Sijthoff, Leyden 1976, s. 5-7; **DANIEL III**, s. 481.

⁹² Andreas **ZIMMERMANN**, “*Superior Orders*”, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, (Editors: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John, R.W.D. Jones), Oxford University Press, 2002, s. 958; Durmuş **TEZCAN** / Mustafa Ruhan **ERDEM** / Murat **ÖNOK**, *Uluslararası Ceza Hukuku*, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 394.

⁹³ Elies von **SLIEDREGT**, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, TMC Asser Press, Hague 2003, s. 317.

⁹⁴ **GÜNEYSU**, s. 91.

yerine getirilmesi halinde, emrin hukuka uygun olup olmadığına bakılmaksızın, meydana gelen neticeden sadece emri vereni sorumlu tutar⁹⁵. Bu teorinin kökeni, neyin meşru ve neyin gayrimeşru olduğuna hükümdarın karar verdiği mutlakiyetçi rejimlere dayanmaktadır⁹⁶. Astın, kendisine verilen emirleri sorgulayamadığı için meydana gelen neticelerden de sorumlu tutulmaması gerektiğini kabul eden bu teorinin en büyük faydası, etkin bir askeri gücün ve disiplinin yaratılmasını sağlamasıdır⁹⁷.

17. yüzyılda *Hobbes*, amirin sorumluluğu teorisini benimsemiş ve meydana gelen neticelerden yalnızca emri verenin sorumlu olacağını kabul etmiştir⁹⁸. Ancak bu teorinin temellerini *Oppenheim*'dan aldığı kabul edilir. *Oppenheim*, 1906 yılında basılan “Uluslararası Hukuk” adlı kitabında, hükümetinin veya amirlerinin emirlerini yerine getiren silahlı kuvvetler mensuplarının savaş suçlusu olamayacaklarını ve düşman devletlerce de cezalandırılmayacaklarını belirtmiştir. Bu nedenle şayet ast amirinin verdiği emir üzerine bir savaş suçu işlerse, sorumluluktan muaf tutulmalıdır⁹⁹. *Oppenheim*'a göre; hukuk düzeni tarafından bir fiili yerine getirmeye zorlanan kişinin yine hukuk düzeni tarafından cezalandırılması mümkün değildir¹⁰⁰. Astın sorumsuzluğu, amirin emirlerini yerine getirmede bir araç olarak görülmesinden

⁹⁵ INSCO, s. 393.

⁹⁶ Ali Emrah **BOZBAYINDIR**, *Turkey and the International Criminal Court*, Nomos, Köln 2012, s. 125.

⁹⁷ **BOZBAYINDIR**, s. 126; Hiromi **SATO**, “*The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law*”, *International Criminal Law Review*, Vol. 9, 2009, s. 132.

⁹⁸ Alexander N. **SACK**, “*War Crimes and the Defence of Superior Order in International Law*”, *Lawyers Guild Review*, Vol. 11, 1945, s. 13.

⁹⁹ Koji **KUDO**, *Command Responsibility and the Defence of Superior Orders*, The Thesis Submitted for The Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, 2007, s. 8; **SLIEDREGT**, s. 317.

¹⁰⁰ **SACK**, s. 14.

ve bu nedenle tüm sorumluluğun emri verene ait olması gerektiği görüşünden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle astın yargılamalarda ileri sürdüğü amirin emri savunması mahkemeler tarafından geçerli kabul edilmelidir¹⁰¹. Bu fikri savunanlar tarafından askerin, özellikle savaş esnasında, fiili yerine getirirken bunun kanuni olup olmadığını bilemeyeceği ve emri yerine getirmediği takdirde itaatsizlik etmesinden dolayı öldürülme riskinin olabileceği öne sürülmüştür. Öte yandan yüksek mevkideki bir kimsenin hükümetin emirlerine hukuka aykırılık gerekçesiyle itaat etmemesi halinde uluslararası bir koruma görüp göremeyeceğinin belirli olmaması da bu görüşü savunanlar tarafından ileri sürülen bir başka husustur¹⁰².

Oppenheim'ın görüşleri, 1914 tarihli İngiliz Askeri Rehberi'nin 443. maddesinde, hükümetleri veya komutanları tarafından savaş hukuku kurallarının ihlallerini içeren emirleri yerine getiren ordu üyelerinin işledikleri fiillerin savaş suçu olmadığı ve buna göre düşmanlar tarafından da cezalandırılmayacağı şeklinde hüküm altına alınmıştır¹⁰³.

Bu teori, emri yerine getiren astı yalnızca amirin elindeki pasif bir araç olarak görür¹⁰⁴ ve ceza yargılamasında amirin emrine itaat konusunda asta tam bir savunma teşkil eder. Askerin karşılaştığı, hukukun üstünlüğünün sağlanması ile emirlere mutlak şekilde itaat etme ödevi arasındaki ikilemi, emre itaat zorunluluğu lehine çözer. II. Dünya Savaşı'na kadar genel olarak bu teoriden yararlanılmış ve emri yerine getiren

¹⁰¹ SLIEDREGT, s. 317.

¹⁰² Nitekim savunmalarda, emrin kanuniliğinin tartışılmadığı ve verilen emirlere sadakat yemini ile bağlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. LÜTEM, s. 124; Yılmaz GÜNAL, “Harp Suçluları Bakımından Yetkili Merciin Emrini İfade Sorumluluk”, AÜSBFD, C. 21, S. 1, 1966, s. 186.

¹⁰³ SACK, s. 13.

¹⁰⁴ DEMİREL, M., s. 223.

ast, meydana gelen neticelerden sorumlu tutulmamıştır¹⁰⁵. Ancak teorinin sorunlu yanı, astın kendisine verilen emri, hukuka aykırılığını bilerek yerine getirmesi halinde ortaya çıkmaktadır¹⁰⁶. Teorinin istisnasız uygulanması sonucunda bütün emirler devletin veya hükümetin başında olan kişiye bağlanabilecek ve bu kişi de *Act of State* doktrini gereği sorumsuz kabul edileceğinden, yapılan ihlaller cezasız kalabilecektir¹⁰⁷. Çokça eleştirilen bu teori, II. Dünya Savaşı yargılamalarında, 1993 ve 1994'te kurulan *ad hoc* mahkemelerde ve Roma Statüsü'nde de kabul edilmemiştir.

2. Mutlak Sorumluluk Teorisi (*Absolute Liability*)

Mutlak sorumluluk teorisi, amirin emrini yerine getirmeyi gerek tek başına gerekse başka bir savunmanın unsuru olarak geçerli kabul etmemektedir¹⁰⁸. Amirin emrinin yerine getirilmesinin astın sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirtenlere göre; işlenen bütün suçlardan dolayı bir üst kademedeki amirin sorumlu olacağının kabul edilmesi, neticede yalnızca tek bir kimsenin sorumluluğunun kabul edilmesi anlamına gelecek ve geri kalanlar savaş hukuku ihlallerinden sorumlu olmayacaktır¹⁰⁹. Sorumlu olarak kabul edilebilecek tek kişi olan devlet başkanı da, bu

¹⁰⁵ BOZBAYINDIR, s. 126.

¹⁰⁶ INSCO, s. 393.

¹⁰⁷ GÜNEYSU, s. 92. *Oppenheim*'in görüşlerine karşı çıkan *Lauterpacht*, amirin emrinin astın manevi durumunu ne şekilde etkilediğinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Böylece suçun manevi unsurunu ortadan kaldıran hata veya tehdit gibi bir durum söz konusu ise, suç işleme kastı da bulunmadığı için, emri yerine getiren astın sorumsuzluğundan söz edilebilecektir. Bkz. GÜNEYSU, s. 33.

¹⁰⁸ Shlomit WALLERSTEIN, "Why English Law Should Not Incorporate the Defence of Superior Orders", *Criminal Law Review*, 2010, s. 114.

¹⁰⁹ GÜNAL, "Harp Suçluları", s.186.

sıfatı nedeniyle sorumluluktan kurtulabilecektir¹¹⁰. Bu nedenle amirin sorumluluğu teorisinin karşısında yer alan mutlak sorumluluk teorisi, astın yalnızca hukuka uygun emirlere itaat etmekle yükümlü olduğunu, hukuka aykırı olan emirlerin yerine getirilmesinin ise sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını savunur. Asta, kendisine verilen emrin meşruiyetini her daim sorgulama hakkı veren bu teori doğrultusunda, II. Dünya Savaşı'nın bitiminden hemen önce pek çok devlet çeşitli düzenlemeler yapmış ancak hiyerarşik düzenin bozulması ve emre itaatin sağlanamaması nedeniyle zamanla bu teoriden uzaklaşmıştır¹¹¹.

Mutlak sorumluluk teorisi, astın yalnızca meşru emirlere itaat edebileceğini kabul eder. Bu nedenle teori, astın kendisine verilen emrin hukuki ve pratik sonuçlarını incelemesini gerektirmektedir. Bu inceleme sonucu ast, emrin hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa emre itaat etmemelidir; aksi halde gerçekleştirdiği fiilden sorumlu olacaktır¹¹². Böylece mutlak sorumluluk teorisiyle beraber, astın yalnızca hukuka uygun emirlere itaatının zorunlu olduğu ve aldığı emirleri değerlendirme yeteneğinin bulunduğu ifade edilerek, hukuka aykırı emirleri yerine getirme yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmiştir¹¹³.

Bu teorinin, emrin hukuka uygunluğunun ast tarafından her zaman belirlenebileceği varsayımından yola çıktığı, ancak emrin açıkça hukuka aykırı

¹¹⁰ LÜTEM, s. 126.

¹¹¹ BOZBAYINDIR, s. 126.

¹¹² INSCO, s. 391.

¹¹³ CASSESE, s. 270; Paola GAETA, "The Defence of Superior Orders: The Statue of the International Criminal Courts versus Customary International Law", European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, s. 178; WALLERSTEIN, s. 114.

olmaması halinde sorunu çözmede yetersiz kalacağı belirtilmiştir¹¹⁴. Hukukun üstünlüğüne öncelik tanıyan mutlak sorumluluk teorisinin asıl eleştirildiği nokta ise, kanunun mutlak itaat beklediği durumların göz ardı edilmesi olmuştur. Şöyle ki, bu teorisinin kabulü halinde, astın kendisine verilen emri yerine getirmede tereddüde düşebileceği ve zamanla emre itaatsizliklerin baş gösterebileceği ileri sürülmüştür. Astın kendisine verilen emrin meşruiyetini sorgulamaya yönelmesinin askeri disiplin ile örtüşmeyeceği ve özellikle derhal yerine getirilmesi gereken emirlere itaatın gecikmesi halinde ulusal güvenliğin tehlikeye düşebileceği de belirtilmiştir¹¹⁵. Benzer şekilde, silahlı çatışma ve savaş durumlarında üst rütbeli komutanların, maiyetindeki askerlerin eylemlerinin hukuki sonuçlarını öngörmelerinin güç olacağı ve emri alan askerlerin de emrin içeriğine her zaman hâkim olamayacaklarının göz ardı edilmesi, teoriye yöneltlen bir diğer eleştiri olmuştur¹¹⁶. Öte yandan mutlak sorumluluk teorisinin, emrin, maddi veya manevi cebir altında yerine getirilmesi durumunda ve failin başka türlü hareket etme imkânının olmadığı hallerde de astın sorumlu tutulmasına sebep olacağı ileri sürülmüştür¹¹⁷.

Mutlak sorumluluk teorisi, 19. yüzyıl başlarında Amerikan mahkemelerinin ve II. Dünya Savaşı sonrasında savaş suçlularını yargılamak üzere oluşturulan Nürnberg ve Tokyo Askeri Ceza Mahkemelerinin kabul ettiği bir teoridir¹¹⁸. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 1993 ve 1994 tarihlerinde kurulan Eski Yugoslavya

¹¹⁴ DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 62.

¹¹⁵ INSCO, s. 391.

¹¹⁶ INSCO, s. 392.

¹¹⁷ DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 63.

¹¹⁸ INSCO, s. 390, 391.

Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM) ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) tarafından da mutlak sorumluluk teorisinin benimsendiği görülmektedir.

3. Sınırlı Sorumluluk Teorisi (*Limited Responsibility*)

Koşullu sorumluluk ya da hukuka açıkça aykırılık teorisi de denilen sınırlı sorumluluk teorisi, askeri disiplinin muhafazası ile hukukun üstünlüğünün sağlanması arasında bir denge sağlamaktadır. Bu teori, astların amirleri tarafından verilen emirlerin meşru olduğunu düşünmeleri varsayımından yola çıkarak, hukuka uygun olduğu kabul edilen emri yerine getirmenin astı sorumluluktan kurtaracağını savunur. Ancak emrin hukuka aykırılığı ortalama bir kişi tarafından anlaşılabiliriyorsa, astın emri yerine getirmemesi gerekecek ve yerine getirdiği takdirde de ast sorumluluktan kurtulamayacaktır¹¹⁹. Bu yönüyle sınırlı sorumluluk teorisi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle de askeri disiplinin sağlanmasıyla da ters düşmemektedir¹²⁰. Böylece emirde, makul bir kişi tarafından da anlaşılabilen bir hukuka aykırılık saptanmadığı takdirde, bu emrin hukuka uygun olduğu varsayımı emirlerin gecikmeksizin yerine getirilmesini sağlayıp askeri disiplini korurken, astların bilgi eksikliğinden dolayı cezai yaptırımla karşılaşmalarını da önlemektedir¹²¹. Bu haliyle sınırlı sorumluluk teorisi amirin sorumluluğu ve mutlak sorumluluk teorilerinin arasında yer almaktadır.

Sınırlı sorumluluk teorisinde astın amiriyle beraber sorumlu tutulabilmesi için iki alternatif durumdan birinin ortaya çıkması gerekir. İlk olarak ast ya emrin hukuka

¹¹⁹ GAETA, s. 175; INSCO, s. 393.

¹²⁰ INSCO, s. 390.

¹²¹ INSCO, s. 393.

aykırılığını biliyordur ya da bu hukuka aykırılığı bilmesi gereklidir. İkinci durum ise emrin hukuka açıkça aykırı olduğu hallerdir. Bu iki alternatif koşuldan biri olduğu takdirde amirin emrini yerine getirmek savunma olarak kabul edilmeyecektir¹²². Bu noktada emrin açıkça hukuka aykırılığının ne şekilde belirleneceğine dair objektif ve sübjektif ölçütler bulunmaktadır. Objektif ölçüte göre emrin hukuka aykırılığı, failin niteliklerine sahip olan, makul ve sıradan bir kişiye göre belirlenecek iken¹²³; sübjektif ölçüte göre emrin hukuka aykırılığının açık olup olmadığı failin kendisine göre belirlenmelidir. Sübjektif ölçütün uygulanması, sanığın emrin hukuka aykırılığını bilip bilmediğinin ispatının mümkün olamayacağı gerekçesiyle zor bulunmuştur¹²⁴.

Oppenheim'ın görüşlerine dayanan ve başlarda amirin sorumluluğu teorisini esas alan İngiliz ve Amerikan Askeri Rehberleri zaman içerisinde sınırlı sorumluluk teorisini benimsemişlerdir¹²⁵. Böylece sivil ya da askeri bir makamın emrine uyarak savaş hukukunun ihlal edilmesi, söz konusu eylemi savaş suçu olmaktan çıkarmayacak ve suçlanan kişiye yargılamada bir savunma imkânı sunmayacaktır; yeter ki emrin hukuka aykırı olduğunu biliyor veya bilmesi kendisinden bekleniyor olsun. Öte

¹²² SLIEDREGT, s. 317; GAETA, s. 175.

¹²³ Bu ölçütün daha isabetli bir şekilde “sübjektifleştirilmiş objektif ölçüt” olarak da adlandırıldığını belirtmek gerekir. Nitekim salt objektif ölçüte göre; sıradan bilgi ve zekâyâ sahip kişi modeli üzerinden ölçütün belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sübjektifleştirilmiş objektif ölçüte göre ise, yargılanan kişinin şahsi özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka ifadeyle belli özelliklere sahip olan objektif nitelikte bir model esas alınmaktadır. Bkz. GÜNEYSU, s. 105.

¹²⁴ Mark HOBEL, “So Vast an Area of Legal Irresponsibility? The Superior Orders Defense and Good Faith Reliance on Advice of Counsel”, Columbia Law Review, Vol. 111, 2011, s. 587. Üçüncü Bölümde detaylıca inceleneceği üzere Türk hukuk mevzuatında emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilinmesi şeklinde sübjektif ölçütün arandığı söylenebilir.

¹²⁵ SLIEDREGT, s. 319.

yandan sorumluluğu kaldırmamakla beraber, amirin emrine itaat etmenin cezadan indirim sebebi olabileceği kabul edilmiştir¹²⁶.

Teori, II. Dünya Savaşı öncesi yargılamalarda öne çıkmaya başlamış ve zamanla 1985 İspanyol Askeri Ceza Kanunu m. 21; 1994 Fransız Ceza Kanunu m. 122/4; 1994 İsviçre Ceza Kanunu 24. Bölüm gibi pek çok ulusal mevzuatta ve ayrıca uluslararası belgelerde de benimsenerek, astın sorumluluktan kurtulabilmesi için emrin hukuka aykırılığının herkes tarafından bilinebilecek şekilde açık olmaması şartı aranmıştır¹²⁷. Teorinin tartışıldığı ilk dava ise 1915 yılında Avusturya-Macaristan Askeri Mahkemesi'nde görülmüştür¹²⁸.

B. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDAKİ TARİHSEL SÜRECİ

Amirin emrinin yerine getirilmesi, özellikle savaş suçlarının yargılandığı davalarda, en çok ileri sürülen ve en çok tartışmaya neden olan savunmalardan biri olmuştur¹²⁹. Uluslararası ceza hukukunda amirin emrini yerine getirmenin 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği söylenebilir. Ancak amirin emrine dayanarak suç işlemiş olmak cezayı tayinde failin

¹²⁶ SLIEDREGT, s. 317.

¹²⁷ Karşılaştırmalı hukukta sınırlı sorumluluk teorisini benimseyen diğer mevzuatlar Danimarka Askeri Kanunu'nun 9. maddesi; 1957 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 5. Kısmı; 1997 tarihli İsrail Kanunu'nun 24. Kısmı; Hollanda Ceza Kanunu'nun 43. maddesi; İsveç Askeri Ceza Kanunu'nun 18. maddesi; Norveç Askeri Ceza Kanunu'nun 24. maddesi olarak sayılmıştır. Bkz. DEĞİRMENCİ, "Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu", s. 63, dpn. 19.

¹²⁸ CASSESE, s. 232.

¹²⁹ SLIEDREGT, s. 316.

lehine bir durum olarak dikkate alınabilmektedir¹³⁰. Bu savunmanın ileri sürülebilmesi için suçun mutlaka emir üzerine işlenmesi gerekir¹³¹.

Uluslararası hukukta amirin emri savunması pek çok davada kabul görmemiştir. Gemi kazası geçirmiş savunmasız insanların, işgal edilen yerlerdeki masum sivillerin, savaş mahkûmlarının, savaş alanında tutuklanan sivillerin öldürülmesi ve siviller üzerinde yapılan hatalı misillemeler gibi olayların görüldüğü pek çok davada sanıkların amirin emrini yerine getirme savunmaları reddedilmiştir¹³². Öte yandan bazı davalarda ise mahkemelerin amirin emri savunmasına itibar ettikleri de görülmüştür. Davalarda genellikle failin, irade özgürlüğünün olmamasından, içinde bulunduğu ruhsal durumdan veya maddi ve hukuki hatasından ötürü kastının olmadığına dikkat çekilmiş, bu hususlar amirin emrini yerine getirme savunmasını geçerli kılmıştır¹³³.

1. II. Dünya Savaşı Öncesi

Amirin emrinin yerine getirilmesinin savunma olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair mahkeme kararlarında sadece askeri kaygıların değil aynı zamanda siyasi koşulların etkisinin de olduğu görülmektedir¹³⁴. Uluslararası ceza hukukunda amirin emri ile ilgili ilk savunma 1474 yılında *Peter von Hagenbach*

¹³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 395.

¹³¹ SLIEDREGT, s. 324.

¹³² CASSESE, s. 234, 235.

¹³³ CASSESE, s. 235.

¹³⁴ DANIEL III, s. 481.

tarafından öne sürülmüş ancak mahkeme tarafından kabul görmemiştir¹³⁵. Bu konuya ikinci olarak 1909 yılında Daimi Tahkim Mahkemesi'nin *Casablanca Deserters* (*Fransa v. Almanya*) davasında verdiği bir kararda değinilmiş ve Faslı askerlerin amirlerinin emrini yerine getirmeleri nedeniyle sorumlu tutulamayacakları belirtilmiştir¹³⁶.

Oppenheim'ın amirin sorumluluğuna ve emri yerine getiren askerlerin savaş suçlusu olamayacaklarına dair görüşleri 1914 İngiliz Askeri Rehberi'nin 443. maddesinde yer almış ve 1914 tarihli Amerikan Kara Harbi Kuralları tarafından iktibas edilmiştir¹³⁷.

Öte yandan Avusturya-Macaristan Askeri Mahkemesi'nin 1915 tarihli bir kararında sınırlı sorumluluk teorisi benimsenmiş ve bu kararda astın, emir üzerine gerçekleştirdiği fiilden dolayı ancak emrin açıkça hukuka aykırı olması halinde sorumlu olabileceğine yer verilmiştir¹³⁸.

¹³⁵ 15. yüzyıl ortalarında Bourgogne Dükü Charles the Bold, von Hagenbach'ı Breisach şehrinin valisi olarak atar ve von Hagenbach, hâkimiyeti altındaki bölgedeki düzeni, korku ve dehşet üzerine kurarak keyfi bir şekilde insan öldürme, ırza geçme, yasadışı vergilendirme, özel mülkiyete el koyma gibi fiilleri olağan bir hale getirir. Bourgogne Dükü'nün 1477 yılında Nancy savaşında mağlup olması üzerine yakalanan von Hagenbach, Avusturya Arşidükü tarafından yalnız kendisini yargılamak için kurulan bir mahkemede yargılanır. İthamlar insan öldürme, ırza geçme ve yağma suçlarını kapsarken, sanığın savunması amirin emrini yerine getirmeye dayanmıştır. Von Hagenbach savunmasında, kendisine verilen emirleri yerine getirmekle yetindiğini ileri sürmüştür. Tanıyabileceği tek otoritenin kendi Dükünün iradesi olduğunu ve bir askerın amirine mutlak itaat gösterme yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme ise savunmayı kabul etmeyerek bu emirlerin niteliği gereği yerine getirilmemesi gerektiğini vurgulamış ve von Hagenbach'ı suçlu bularak şövalye unvanını alıp ölüm cezasına mahkûm etmiştir. Bkz. M. Cherif **BASSIOUNI**, Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Second Revised Edition, Kluwer Law International, The Hague 1999, s. 463; Murat **ÖNOK**, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2003, s. 23, 24; **GÜNEYSU**, s. 24.

¹³⁶ **ZIMMERMANN**, s. 958.

¹³⁷ **DEĞİRMENCİ**, "Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu", s. 67.

¹³⁸ **ZIMMERMANN**, s. 960; **GAETA**, s. 175; **SLIEDREGT**, s. 317.

Amirin emrinin yerine getirilmesinin uluslararası alandaki önemi I. Dünya Savaşı sonrasında imzalanan Versay Antlaşması uyarınca yapılan yargılamalarda daha da öne çıkmıştır¹³⁹. Versay Antlaşması'nın 228. maddesi ve 1922 Washington Antlaşması'nın 3. maddesiyle, mağlup devletlerin liderleri savaş kanunlarına ve teamüllerine aykırı fiiller işlemekle itham edilmiş, bu fiillere uygun hareket edip savaş kanunlarını ihlal edenlerin ise amirin emrini yerine getirmiş olup olmadıklarına bakılmaksızın sorumlu olacakları kabul edilmiştir¹⁴⁰.

Amirin emrinin yerine getirilmesi savunmasının yapıldığı yargılamalara verilecek en bilinen örnekler, I. Dünya Savaşı'nın ardından Leipzig Mahkemesi'nin önüne gelen ve Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin uygulandığı *Dover Castle* ve *Llandovery Castle* davalarıdır. *Dover Castle* davasında Mahkeme, astın emrin hukuka uygun olduğunu zannetmesi nedeniyle, amirin emrinin meşruiyeti hususundaki hatayı kabul etmiş; *Llandovery Castle* davasında ise, emirlerin hukuka aykırılıklarının herkes tarafından anlaşılabilir şekilde açık olduğundan bahisle, amirin emri savunmasını reddetmiştir¹⁴¹. Yargılamalarda sınırlı sorumluluğu kabul eden Mahkeme'ye göre astın bilerek işlediği suçlar, sanığı, amirin emri savunmasından yararlandırmayacaktır¹⁴².

Llandovery Castle davasında Leipzig Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede, amirin emrinin sivil veya askeri hukukun ihlalini içerdiğinin ast tarafından bilindiği

¹³⁹ BASSIOUNI, s. 466; DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 68.

¹⁴⁰ GÜNAL, “Harp Suçluları”, s. 183; GÜNEYSU, s. 37.

¹⁴¹ WALLERSTEIN, s. 111; ZIMMERMANN, s. 961.

¹⁴² SLIEDREGT, s. 326.

durumlarda sorumluluğun devam edeceğini, öte yandan askerlerin üstlerinin verdiği emirleri sorgulama ve meşruiyetini denetleme görevlerinin olmadığını, ancak emrin evrensel ve tartışmasız olarak herkes tarafından hukuka aykırı kabul edilmesi halinde astın sorumlu olacağını belirtmiştir. Olayda hem hastane gemisi hem de gemiden uzaklaşmayı başarmış olan üç kurtarma filikasıdan ikisi kaptanın emriyle batırılmıştır. Mahkeme, kararında, filikalarda bulunan savunmasız insanların öldürülmelerinin açık bir şekilde suç teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Astların da emirlerin hukuka aykırılığının farkında oldukları, verilen emirleri yerine getirmeyi reddetmeleri gerekirken reddetmedikleri, bu nedenle de cezalandırılmaları gerektiği kararda vurgulanmıştır¹⁴³. Bu nedenle *Llandovery Castle* davasındaki mahkeme kararı, astın amirlerinin emirlerini sorgulamakla yükümlü olmadıkları ancak emrin hukuka aykırılığının herkes tarafından bilinebildiği hallerde sorumluluğun da devam edeceğini vurgulaması ve bu hususta objektif ölçütü benimsemesi yönünden önem taşımaktadır¹⁴⁴. Öte yandan yargılama sonrası sanıklara dörder yıl ceza verilmesi, amirin emri savunmasının cezadan indirim sebebi olarak değerlendirildiğini göstermektedir¹⁴⁵.

Dover Castle davasında ise U-67 denizaltısının kumandanı olan teğmen Karl Neumann, Akdeniz’de *Dover Castle* adlı bir hastane gemiyi batırmakla itham edilmiş, hükmün gerekçesinde Leipzig Mahkemesi, Alman Askeri Ceza Kanunu’nun 47.

¹⁴³ CASSESE, s. 269; BASSIOUNI, s. 467.

¹⁴⁴ ZIMMERMANN, s. 962; WALLERSTEIN, s. 111; GÜNEYSU, s. 46-87.

¹⁴⁵ BASSIOUNI, s. 468. Savaş suçlularının yargılanması her devletin kendi mahkemesine bırakılmış ve Leipzig’de yapılan yargılamalarda 12 kişiden 6’sı askeri zaruret ya da amirin emrini ifa savunmalarıyla beraat etmiştir. Geri kalanlara ise işledikleri fiillere oranla çok hafif cezalar verilmiştir. Bkz. Devrim AYDIN, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, AÜHFD, C. 51, S. 4, 2002, s. 141; ÖNOK, Uluslararası Ceza Divanı, s. 32.

maddesine dikkat çekmiştir. Buna göre emrin yerine getirilmesi suretiyle bir suç işlendiğinde sorumluluk yalnızca emri verene ait olmakta ancak ast, emrin sivil veya askeri bir suç ya da kabahat işlemek amacıyla verildiğini biliyorsa, amiriyle birlikte sorumlu tutulmaktadır¹⁴⁶. Mahkeme, sanığın, hastane gemilerinin kötüye kullanıldığına ilişkin Alman Hükümetinin verdiği muhtırayı bildiğini, hastane gemilerine karşı alınan önlemlerin uluslararası hukuku ihlal ettiğini düşünmediğini ve yasal misilleme yapıldığını zannettiğini, bu nedenle cezalandırılmayacağını belirtmiştir¹⁴⁷. *Llandovery Castle* ve *Dover Castle* davalarından sonra pek çok ülke kendi ulusal hukuklarında sınırlı sorumluluk teorisini benimseyen düzenlemelere gitmiştir¹⁴⁸.

2. II. Dünya Savaşı Dönemi

II. Dünya Savaşı sonrası galip gelen dört devlet olan ABD, İngiltere, Fransa ve SSCB imzaladıkları Londra Sözleşmesi ile savaş suçlularını cezalandırmak için 8 Ağustos 1945 tarihinde Nürnberg’de ve 19 Ocak 1946 tarihinde Tokyo’da uluslararası askeri ceza mahkemesi kurmuşlardır¹⁴⁹. Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinde, amirin

¹⁴⁶ William A. **SCHABAS**, *An Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge University Press, 2004, s. 507; **ZIMMERMANN**, s. 961.

¹⁴⁷ **BASSIOUNI**, s. 467; **LÜTEM**, s. 134. Leipzig Mahkemesi’nin amirin emrini yerine getirmeyi kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak ele aldığına ilişkin olarak bkz. **DEĞİRMENCİ**, “*Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu*”, s. 69.

¹⁴⁸ **SLIEDREGT**, s. 329.

¹⁴⁹ Faruk **TURHAN**, “*Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, DEÜ Yay., İzmir 2000, s. 333; **TEZCAN**, s. 481; **AYDIN**, “*Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi*” s. 152.

emrini yerine getirmek bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemekle beraber, kusurluluğu kaldırıp kaldırmayacağı üzerinde tartışmalar yapılmıştır¹⁵⁰.

Nürnberg yargılamalarında sınırlı sorumluluk teorisinin yerini mutlak sorumluluk teorisine bıraktığı görülür. Alt Komite 1941 yılında ulusal kanunlar üzerinde yaptığı araştırma neticesinde, yetkili amir tarafından görevi dâhilinde verilmesi halinde, amirin emrinin geçerli bir savunma olarak kabul edildiği ve açıkça hukuka aykırı olmayan emirlerde dahi bunun geçerli olduğu tespitlerinin yapıldığını belirtmiştir. Ancak Komiteye göre, her dava kendi koşulları içinde değerlendirilmeli ve amirin emri otomatik bir savunma olmamalıdır¹⁵¹. 1943 yılında yayınladığı toplantı sonuç raporunda, uluslararası bir ceza mahkemesi kurulmasını kararlaştıran Londra Uluslararası Meclisi, amirin emrini yerine getirmenin sanık bakımından kusurluluğu kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir neden olup olmadığına karar verme yetkisinin mahkemeye ait olduğunu belirtmiş ancak emrin yerine getirilmesinin açık bir şekilde sakıncalı olduğu durumlarda hiçbir şekilde savunma olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir¹⁵². 1944 yılında ise İcra Komitesi savaş suçlularının yargılanması ve cezalandırılmasına ilişkin hazırladığı taslak sözleşmede sınırlı sorumluluk yaklaşımının benimsenmesini tavsiye etmiş ancak bu tavsiyeye Çek ve Fransız temsilciler karşı çıkmıştır. 1945 baharında Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu, Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Mahkemesinin Kurulmasına Dair Taslak Sözleşme'ye, amirin emrine itaat etmiş olmanın kişiyi *tek başına*

¹⁵⁰ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 179.

¹⁵¹ SLIEDREGT, s. 318; KUDO, s. 62.

¹⁵² DEĞİRMENCİ, "Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu", s. 71; Matthew R. LIPPMAN, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defence", Penn State International Law Review, Vol. 20, 2001, s. 177.

sorumluluktan kurtarmayacağına dair bir hüküm ekleyerek amirin emrinin yerine getirilmesi hususunda mahkemeye takdir hakkı bırakmamıştır¹⁵³.

Nürnberg Statüsü'nün 8. maddesiyle ilgili olarak Anglo-Amerikan yaklaşımına göre; olayda hakkaniyetin gereği olarak veya diğer hukuka uygunluk nedenleriyle birlikte göz önünde bulundurularak, amirin emri bir savunma olarak görülebilmelidir. Sovyet yaklaşımına göre ise, gerek savaş suçları gerekse diğer suçlardan ötürü mutlak sorumluluk ilkesi benimsenmeli ve amirin emri ne bir hukuka uygunluk nedeni ne de cezada indirim sebebi olarak kabul edilmelidir¹⁵⁴. Neticede Statü, amirin emri savunmasını kabul etmemekle beraber, bu sebebe dayanılarak cezada indirime gidilebileceğini kabul etmiştir¹⁵⁵.

Nürnberg Statüsü'nün 8. maddesinde mutlak sorumluluk teorisi "*Hükümetinin veya amirinin emri gereğince hareket etmiş olması sanığı sorumluluktan kurtaramaz, ancak Mahkeme, hakkaniyet gereği, bu hususu cezasında indirim nedeni olarak değerlendirebilir.*" şeklinde kabul edilmiştir¹⁵⁶. Bu maddeyle Nürnberg Statüsü amirin emrinin yerine getirilmesi savunmasına ilişkin açık bir hüküm içeren ilk uluslararası belge niteliğindedir¹⁵⁷. Hükme göre, emre itaat etmiş olmak ne bir hukuka uygunluk

¹⁵³ SLIEDREGT, s. 318.

¹⁵⁴ DEĞİRMENCİ, "Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu", s. 72, dpn. 58; GÜNEYSU, s. 60, 61.

¹⁵⁵ SLIEDREGT, s. 317.

¹⁵⁶ "The fact that the defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires." Bkz. Paul EDEN, "Criminal Liability and the Defence of Superior Orders", The South African Law Journal, Vol. 108, s. 642; ZIMMERMANN, s. 959.

¹⁵⁷ Öte yandan sonradan geçerliliği kalmamakla beraber 6 Şubat 1922 tarihli Washington Antlaşması'nın 3. maddesinde göre ise, herhangi bir devletin hizmetinde bulunan herhangi bir kişi, bir hükümet mafevkinin emri ile hareket etsin veya etmesin, ticaret gemilerine saldırı, el koyma ve tahrip hakkında bir insani hukuk kuralını ihlal ederse, savaş kanunlarını ihlal etmiş sayılacaktır. Bkz. LÜTEM, s. 135; ZIMMERMANN, s. 959.

nedeni yaratacak ne de kusurluluğu kaldıran bir neden olarak dikkate alınabilecektir. Mahkeme sadece cezanın tayininde bunu bir takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurabilecektir. Uluslararası suçlardan dolayı kişisel sorumluluk, Nürnberg Mahkemesi kararlarında da sürekli olarak vurgulanmıştır¹⁵⁸. Amir ise hem hukuka aykırı emir vermekten hem de işlenen suçtan dolayı sorumlu olmuştur¹⁵⁹. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, yargılamalarda amirin emri savunması ile tehdit arasında pek çok kez bağlantı kurulmuş ve sanığın hiçbir seçeneğinin olmadığı durumlarda işlediği fiillerden sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmüştür¹⁶⁰. Dolayısıyla Nürnberg Mahkemesi, mutlak sorumluluğu kabul etmekle beraber, askerin suçun işlenmesi anında serbest iradesiyle hareket edip etmediğini, maddi veya manevi bir cebir altında bulunup bulunmadığını, “ahlaki/iradi seçim” (*moral choice*) imkânına sahip olup olmadığını da değerlendirmiştir¹⁶¹. Özellikle alt rütbeli askerler bakımından amirin emri savunması kategorik bir şekilde reddedilmemiş ve asker kişilerin içinde bulundukları durumun özelliklerine göre değerlendirmeler yapılmıştır¹⁶².

¹⁵⁸ Ezeli **AZARKAN**, “Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 1, Yıl: 2004, s. 59; **TEZCAN**, s. 490.

¹⁵⁹ **AYDIN**, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, s. 143, 144.

¹⁶⁰ **ZIMMERMANN**, s. 962, 963.

¹⁶¹ **DEĞİRMENCİ**, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 74. Köprülü, *moral choice* kavramının karşılığı olarak “*iradi seçim*” terimini kullanmayı tercih etmektedir. Bu ilkeye göre ast kendisine verilen emrin yerine getirilmesinde sınırı aşmışsa veya emrin suç işlemek amacıyla verildiğini biliyorsa cezalandırılacaktır. İlkenin, makul düzeydeki bir kişiye göre açıkça hukuka aykırı olmayan bir emrin iyi niyetle yerine getirilmesi halinde, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran nesnel bir çözümleme getirdiği belirtilmiştir. Ancak emir açıkça hukuka aykırı olmamakla beraber, ast emrin hukuka aykırılığının farkındaysa, bu öznel bilgisi astın sorumlu tutulabilmesi için yeterli görülecektir. Bkz. Timuçin **KÖPRÜLÜ**, Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Yayımlanmamıştır), Ankara 2008, s. 328.

¹⁶² Asker kişileri, suçun oluşumu için gerekli unsur olan kastı ortadan kaldıracak şekilde bir zorlanmaya veya tehdide maruz kalmışlarsa, bu durum amirin emriyle beraber sorumluluğu kaldıran veya en azından cezada indirim yapılmasına neden olan bir sebep olarak değerlendirilmiştir. Bkz. **GÜNEYSU**, s. 5.

Nürnberg Mahkemesi'nin kurulması, müttefik devletlerin 19 Ocak 1946 tarihinde imzaladıkları bir statü ile Tokyo Uluslararası Mahkemesi (Uzak Doğu Uluslararası Mahkemesi) adıyla Japon savaş suçlularını yargılamaya yönelik bir başka mahkemenin de kurulmasında örnek oluşturmuştur¹⁶³. Tokyo Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesine göre *“Resmi görevi ne olursa olsun, hükümetinin ya da amirinin verdiği emir gereğince hareket etmiş olması, sanığı **tek başına** itham edildiği herhangi bir suçtan dolayı sorumluluktan kurtarmaya yetmez, ancak Mahkeme hakkaniyetin gereği olarak, bu koşulları cezasında indirim nedeni olarak değerlendirebilir.”*¹⁶⁴ Tokyo Mahkemesi Statüsü'ndeki mutlak sorumluluğu kabul eden bu hüküm¹⁶⁵, Nürnberg Mahkemesi Statüsü'ndeki hükümle temel olarak benzerlik göstermekle beraber, amirin emrini *tek başına* bir savunma saymayarak daha esnek bir düzenleme getirmiştir. Hatta hüküm, doktrinde bazı görüşler tarafından mutlak sorumluluk teorisi olarak kabul edilmemiş ve davaya konu olan olaydaki tüm koşulların değerlendirilmesini sağlayacağı için daha mantıklı bulunmuştur. Ancak bu husus yargılamalara yansımamış ve Nürnberg'deki mutlak sorumluluğun etkisi Tokyo Mahkemesi'nde de kendisini göstermiştir¹⁶⁶. Mahkeme, amirin emri savunmasını detaylıca tartışmamış ve Nürnberg yargılamalarındaki uygulamalarla bağlı kalmıştır¹⁶⁷.

¹⁶³ Muzaffer Yasin **ASLAN**, Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yay., Ankara 2006, s. 38.

¹⁶⁴ *“Neither the official position, at any time, of an accused, nor the fact that an accused acted pursuant to order of his government or of a superior shall, of itself, be sufficient to free such accused from responsibility for any crime with which he is charged, but such circumstances may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.”* Bkz. **SLIEDREGT**, s. 319.

¹⁶⁵ **ZIMMERMANN**, s. 959.

¹⁶⁶ **SLIEDREGT**, s. 320.

¹⁶⁷ **ZIMMERMANN**, s. 963.

Amirin emrinin yerine getirilmesi savunması askeri ceza mahkemeleri tarafından kesin olarak reddedilse de, Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren kişilerin dışındaki Alman savaş suçlularının yargılanmaları, Alman Denetim Konseyi tarafından 24 Ocak 1946 tarihinde kabul edilen Kontrol Konseyi 10 Numaralı Kanun kapsamında yapılmıştır¹⁶⁸. Yargılamalarda, emir açıkça hukuka aykırıysa veya ast emrin hukuka aykırılığını biliyorsa sorumluluğun ortadan kalkmayacağı kabul edilmekle beraber, daha esnek bir yaklaşım sergilendiği görülmüştür. *Einsatzgruppen* davasında mahkeme, kararında, askerin muhakeme yeteneği olan bir insan olup her emre itaat etmesi gereken bir makine olmadığını vurgulamış, askerin yalnızca meşru emirleri yerine getirmekle görevli olduğunu ve eğer emir açıkça amirin yetkilerini aşıyorsa, askerin de amirin emrinin yerine getirilmesi savunmasını ileri süremeyeceğini belirtmiştir¹⁶⁹. Öte yandan *Einsatzgruppen* davası ile beraber *Flick*, *High Command* ve *Hostages* davalarında askeri mahkemeler, tehdit, maddi hata ve hukuki hata kurumları ile bağlantılı olarak amirin emri savunmasını kabul etmişlerdir¹⁷⁰.

3. II. Dünya Savaşı Sonrası

Savaş suçlularının cezalandırılması hususunda 1945 sonrası içtihatlarla bakıldığında, mahkemelerin amirin emri savunmasını kabul etmekte isteksiz oldukları

¹⁶⁸ **ÖNOK**, Uluslararası Ceza Divanı, s. 257. Kontrol Konseyi 10 Numaralı Kanun m. 4/b'ye göre; kişinin hükümetinin veya amirinin emri doğrultusunda suç işlemiş olması onu sorumluluktan kurtarmaz, ancak cezasında indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilir. Bkz. **SLIEDREGT**, s. 327; **DEĞİRMENCİ**, "Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu", s. 74.

¹⁶⁹ **BASSIOUNI**, s. 473, 474.

¹⁷⁰ **ZIMMERMANN**, s. 963; **BASSIOUNI**, s. 473; **SATO**, s. 123.

ve daha çok mutlak sorumluluk teorisini uyguladıkları görülmektedir. Öte yandan Nürnberg Statüsü'ndeki kural uluslararası hukuk tarafından genel kabul gören bir ilke haline dönüşmemiştir¹⁷¹.

II. Dünya Savaşı sonrası amirin emrinin yerine getirilmesiyle ilgili uluslararası alanda kabul görececek bir formül geliştirilmeye çalışılmış ancak başarılı olunamamıştır. 1949 Cenevre Sözleşmelerinde ve 1977 Ek Protokollerde sınırlı sorumluluğun benimsenmesine dair bir takım teklifler verilse dahi¹⁷², tatmin edici bir metin oluşturulamamıştır. 1977 Ek Protokollerinin son taslağında, 77. maddeye getirilen hükümle, sözleşmenin veya protokolün ağır ihlalini içeren bir fiili işlediğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, hükümetin veya amirin emri doğrultusunda hareket etmiş olmasının sanığı sorumluluktan kurtarmayacağı düzenlenmiştir¹⁷³. Öte yandan tıpkı Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin statülerinde olduğu gibi, bu husus cezada indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulabilecektir. Ancak bu taslak üzerinde gerekli oy çokluğu sağlanamadığından, amirin emrinin yerine getirilmesi Protokollerde kendisine yer bulamamıştır¹⁷⁴.

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin BM Genel Sekreterliği Tasarısı'nın 4. maddesinde, amirin emrinin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olamayacağı ifade edilmiştir. Ancak

¹⁷¹ ZIMMERMANN, s. 964.

¹⁷² Uluslararası Kızılhaç Komitesi, 1949 Cenevre Sözleşmeleri hazırlık çalışmaları sırasında amirin emri savunmasıyla ilgili olarak bir metin hazırlamıştır. Metne göre; suçlanan kişinin Sözleşme'nin bir hükmünü ihlal ettiğini kabul etmesini gerektirecek makul gerekçeler mevcutsa, amirin emrini yerine getirmiş olması geçerli bir savunma olarak kabul edilmeyecektir. Bkz. ZIMMERMANN, s. 959; GÜNEYSU, s. 98, 129.

¹⁷³ SLIEDREGT, s. 320; BASSIOUNI, s. 478; ZIMMERMANN, s. 959, 960.

¹⁷⁴ SLIEDREGT, s. 320.

sözleşmede buna dair açık bir hüküm yer almamış, 4. maddede, suçu işleyenlerin anayasaya göre yetkili yöneticiler veya kamu görevlileri ya da özel kişiler olmaları halinde de cezai sorumluluklarının bulunduğu belirtilmiştir¹⁷⁵.

BM Genel Kurulu'nun 21 Kasım 1947 tarihli kararıyla görevlendirilen Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 1950 yılında hazırladığı “*Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Kararlarında İfade Edilen Hukuk İlkeleri*” adlı raporda belirtilen temel bazı ilkelere göre; iç hukukun bir fiili suç saymaması halinde bile, fiil uluslararası hukukta suç teşkil ediyorsa, o fiili işleyen kimsenin uluslararası hukuk bakımından sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmiştir. Raporda yer alan önemli ilkelerden biri ise dördüncü ilke olan, bir kimsenin *irade serbestisine sahip olması şartıyla*, hükümetinin veya amirinin emrine uygun hareket etmiş olmasının, onu uluslararası hukuk bakımından sorumluluktan kurtaramayacağıdır. Bu ilke Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 8. maddesinden farklıdır. Statü'nün 8. maddesinde, amirin emrini yerine getirme savunmasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasa da cezayı hafifleten bir sebep olarak dikkate alınmasına imkân tanınmışken, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı ilkedeki düzenlemeye göre ise, failin ahlaki bir tercih yapma imkânı yoksa sorumluluğu azalacak; emri yerine getirmeme konusunda fiilen bir tercih yapma imkânı varsa sorumluluğu devam edecektir¹⁷⁶.

¹⁷⁵ 1948'de Çin, Fransa, Lübnan, Polonya, SSCB, ABD ve Venezuela'dan oluşan *ad hoc* komitede amirin emrinin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilip edilmemesine dair tartışmalar yaşanmıştır. ABD, bu konuda sessiz kalınmasını ve konunun anlaşmayı yorumlayacak hâkimlere bırakılmasını tercih etmişken, komiteyi oluşturan diğer devletler ise bunun bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesine karşı çıkmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KÖPRÜLÜ**, s. 59, 60.

¹⁷⁶ **BASSIOUNI**, s. 478; **ÖNOK**, Uluslararası Ceza Divanı, s. 46.

1951 Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Kanunu Taslağı, *“Kanunda tanımlanmış bir suçla suçlanan kişinin kendi hükümeti veya amirinin emri gereği hareket etmiş olması, ahlaki bir seçme şansı kendisine sunulmuş ise, bu kişiyi sorumluluktan kurtarmaz.”* hükmüyle, cezalandırılabilmenin mümkün olması için sanığın ahlaki bir tercihte bulunmuş olması şartını aramıştır. Ahlaki bir seçme şansına sahip olan kişilerin sorumluluklarının devam edeceğine dair bu düzenleme, Nürnberg kriterlerinden ciddi bir sapma olarak değerlendirilmiştir¹⁷⁷. 1954 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu ahlaki tercih şartının yerine, astın sorumluluğu için o anki koşullar altında emre itaat etmemesinin mümkün olması şartını getirmiştir¹⁷⁸. Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1986 yılında hazırladığı taslakta ahlaki seçim şansından bahsederken, 1991 yılında hazırladığı taslak kanunda 1954 tarihli taslağa paralel şekilde emre uymamanın mümkün olması ölçütünden bahsetmiştir¹⁷⁹.

Eski Yugoslavya’da 1991 yılından itibaren uluslararası insancıl hukukun ağır ihlallerinin sanığı olan kimselerin yargılanması amacıyla BM Güvenlik Konseyi’nin 22 Şubat 1993 tarih ve 808 sayılı kararıyla Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulmasına karar verilmiştir. Bunu 1994’te Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin kurulması izlemiştir¹⁸⁰. Bu iki *ad hoc* mahkemenin statüleri hazırlanırken amirin emri konusunda halen genel kabul görmüş uluslararası bir düzenleme ve Nürnberg ile Tokyo Mahkemeleri statülerindeki hükümlerden başka bir

¹⁷⁷ KUDO, s. 95; GÜNEYSU, s. 125.

¹⁷⁸ SLIEDREGT, s. 321; ZIMMERMANN, s. 960.

¹⁷⁹ KUDO, s. 96, 97.

¹⁸⁰ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçen ALPKAYA, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2002.

örnek de bulunmamaktaydı¹⁸¹. EYUCM ve RUCM statülerindeki düzenlemeler temel olarak Nürnberg Statüsü'ndekiyle aynı olmakla beraber ufak farklılıklar içermektedir¹⁸².

EYUCM Statüsü'nün kişisel cezai sorumluluğu düzenleyen 7. maddesinin 4. fıkrasına göre; *“Bir sanığın, hükümetin veya yetkili amirinin emri üzerine fiili işlemiş olması, ilgilinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz; ancak Uluslararası Mahkemenin tespitine göre hakkaniyetin gerektirdiği hallerde bu durum cezayı hafifletici sebep olarak dikkate alınabilir.”* Genel Sekreter EYUCM için hazırladığı raporda, hükümetin veya amirin emrinin doğrultusunda hareket etmiş olmanın bir savunma olarak kabul edilemeyeceğini ve kişiyi sorumluluktan kurtaramayacağını belirttikten sonra, Uluslararası Mahkemenin hakkaniyetin gereği olarak bunu ancak cezadan indirim sebebi sayabileceğini ifade etmiştir. Öte yandan amirin emrinin maddi ve manevi cebir gibi diğer savunmalarla beraber göz önünde bulundurulabileceği de belirtilmiştir¹⁸³. RUCM Statüsü'nün 6/4. maddesinde ise EYUCM ile benzer şekilde *“Bir sanığın, hükümetin veya yetkili amirinin emri üzerine fiili işlemiş olması, ilgilinin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz; ancak Ruanda Uluslararası Mahkemesinin*

¹⁸¹ **SLIEDREGT**, s. 321.

¹⁸² **ZIMMERMANN**, s. 960.

¹⁸³ **SLIEDREGT**, s. 321. Genel Sekreter, raporunda, Uluslararası Hukuk Komisyonunun, Barışa ve İnsanlığın Güvenliğine Karşı Suçlar Yasa Tasarısı şerhinde belirttiği gibi, uluslararası suçların bir kısmının, doğaları gereği hükümetin otoritesi ya da askeri hiyerarşi içinde yer alan belli bir kişinin doğrudan ya da dolaylı katılımıyla işlenebileceğini belirtmiştir. Raporda, kitlesel ya da planlı ve sistematik şekilde işlenen suçlarda astın rolünün ve suçluluğunun göz ardı edilemeyeceği vurgulanmıştır. Amirin emrini ifa savunmasının cezai sorumluluğu kaldırmamasının Nürnberg Mahkemesi ve II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen yerleşik bir ilke olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu savunmayı kabul etmek Mahkemenin kuruluş amacına da ters düşecektir. Nitekim Mahkeme uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden ağır uluslararası hukuk ihlallerinden sorumlu kişileri kovuşturmak üzere kurulmuştur ve bu savunmanın kabul edilmesi, suçu fiilen işleyen astların sorumluluktan kurtulmalarını sağlayacak ve uluslararası barış ve güvenliğin kurulması amacına aykırılık teşkil edecektir. Bkz. **ALPKAYA**, s. 113, 114.

tespitine göre hakkaniyetin gerektirdiği hallerde bu durum cezayı hafifletici sebep olarak dikkate alınabilir.” şeklinde Nürnberg’deki genel prensip benimsenmişti¹⁸⁴.

EYUCM yargılamaları, tıpkı II. Dünya Savaşı’nı izleyen yargılamalarda olduğu gibi, tehdit ve hata aracılığıyla amirin emri savunmasına gitme olasılığının mümkün olduğunu göstermiştir. Bu hususta en çok bilinen örnek *Erdemoviç* davasıdır. *Erdemoviç* davasında amirin emri savunması tek başına kabul edilmemekle beraber, tehdit ile birlikte değerlendirilmiş ve çok sıkı uygulanan mutlak sorumluluk prensibi bu şekilde esnetilmiştir¹⁸⁵. *Cesic* davasında ise cezanın hafifletilmesinin mahkemenin takdirinde oluşu ve astın sorumluluğunun belirlenmesinde objektif ölçütlerden yararlanıldığı görülmüştür¹⁸⁶. EYUCM’de görülen *Erdemoviç* davasından sonra, amirin emri savunmasının tehdit ile yakından ilişkilendirilmesi neticesinde Yüksek Mahkeme, amirin emrinin bir savunma olarak kabul edilmediğini ancak tehdit ve hata gibi diğer savunmalar bakımından yardımcı olarak göz önünde bulundurulabileceğini belirtmiştir. Neticede yargılamalar mutlak sorumluluk ilkesinin çok sıkı bir şekilde uygulanmadığını göstermiştir¹⁸⁷.

1973 Apartheid Sözleşmesi (*İrk Ayrımı Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme*), doğrudan bir hüküm içermemekle beraber 3. maddesinde amirin emrine değinmiştir. 1984 İşkenceye ve Diğer Zalimane,

¹⁸⁴ KUDO, s. 86.

¹⁸⁵ SLIEDREGT, s. 322. *Erdemoviç* davasında sanık, emrin hukuka aykırılığının tamamen farkında olup emre karşı gelmeye çalıştığını iddia etmiştir. Nitekim emrin hukuka açıkça aykırı olması halinde astın emri geri çevirme ödevinin olduğu mahkeme hâkimi Cassese tarafından da belirtilmiştir. Bkz. ZIMMERMANN, s. 964.

¹⁸⁶ KUDO, s. 90; DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 79.

¹⁸⁷ SLIEDREGT, s. 329.

Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/3. maddesine göre; *“amirden veya üstün konumlu bir yetkiliden alınacak emirler, işkenceyi hukuka uygun hale getirecek bir neden olarak ileri sürülemez.”*¹⁸⁸. 1985 tarihli İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Inter-Amerikan Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre ise *“bir amirin emirleri altında eylemde bulunmuş olmak cezai sorumluluktan muafiyet sağlamayacaktır.”*¹⁸⁹

4. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü

Ad hoc mahkemeler sürekli bir uluslararası ceza adaleti sisteminin oluşturulmasında yeterli olamamıştır¹⁹⁰. 17 Temmuz 1998 tarihinde Roma'da gerçekleştirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Roma Diplomatik Konferansı'nda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Statüsü kabul edilmiştir.

UCM için Hazırlık Komitesi'nin çalışmaları esnasında soykırım ve insanlığa karşı suçlara karşı amirin emri savunmasının kabul edilmemesi yönünde bir uzlaşya varılmıştır. Öte yandan emrin açıkça hukuka aykırı olmaması kaydıyla, savunmanın hakkaniyetin gereği olarak mahkemece değerlendirilmesi yönünde teklifler de getirilmiştir¹⁹¹. Alman, Japon ve İngiliz temsilciler amirin emri hususunda mutlak

¹⁸⁸ Tam metin için bkz. <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> (01.06.2015).

¹⁸⁹ Tam metin için bkz. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic9.Torture.htm> (01.06.2015). Bkz. GÜNEYSU, s. 135; BASSIOUNI, s. 482.

¹⁹⁰ Tevfik ODMAN, “Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1966, s. 132.

¹⁹¹ ZIMMERMANN, s. 966.

sorumluluk teorisini benimserken, Amerikan temsilciler, kendi iç hukuklarında kabul ettikleri ilkelere paralel olarak sınırlı sorumluluk teorisi üzerinde durmuş, emir açıkça hukuka aykırı olmadığı veya astın emrin hukuka aykırılığını bilmediği durumlar haricinde sorumlu tutulmaması gerektiğini savunmuşlardır¹⁹². Fransa'nın önerisi ise amirin emri savunmasının sadece savaş suçlarıyla sınırlı olarak kabul edilmesi ve soykırım, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçları bakımından bu savunmanın reddedilmesi olmuştur. Fransa, önerisinin devamında Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları gereği gerçekleştirilen eylemlerden herhangi bir cezai sorumluluk doğmaması gerektiğini de belirtmiştir¹⁹³. Neticede ortaya çıkan düzenlemede her iki teorinin de benimsendiği görülmüştür. 33. maddenin 1. fıkrasında sınırlı sorumluluk benimsenmişken, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlarda amirin emrinin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabul edilmeyeceği düzenlenerek bu iki suç tipiyle ilgili mutlak sorumluluk teorisi benimsenmiştir¹⁹⁴:

“Üst makam emirleri ve kanunun tanımı

1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet veya askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması, aşağıdaki haller dışında, şahsı cezai sorumluluktan kurtaramaz:

(a) Şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise;

(b) Şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde; ve

(c) Emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

¹⁹² ZIMMERMANN, s. 967; GÜNEYSU, s. 141-143.

¹⁹³ GÜNEYSU, s. 143.

¹⁹⁴ SLIEDREGT, s. 322.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler açıkça kanunsuzdur.”¹⁹⁵

Roma Statüsü m. 33/1’de konusu suç teşkil eden emri yerine getirmenin faili sorumluluktan kurtaramayacağı ve amirin emrinin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edemeyeceği açıkça yer almıştır¹⁹⁶. Maddenin devamında ise bu kuralın istisnaları düzenlenmiştir. Statü’ye göre amirin emri savunmasının ileri sürülebilmesi için üç kümülatif şartın bir arada bulunması gerekir¹⁹⁷. İlk şart, emri yerine getirmenin iç hukuka göre zorunlu olmasıdır. Şayet ast yerine getirmesi gereken bir emrin varlığı konusunda hataya düşmüşse, bu hususun Statü’nün 32. maddesindeki hata hükümleri çerçevesinde çözülebileceği belirtilmektedir. İkinci şart, astın emrin hukuka uygunluğu konusundaki bilgisiyle alakalıdır ve sübjektif bir değerlendirme gerektirmektedir. Sanıktan, emrin hukuka aykırılığını bilmediğini kanıtlaması beklenir. Bu şartın ispatının kolay olduğu ileri sürülmüş, 33. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde ise bunu ispat etmeyi zorlaştıran başka bir koşul getirilmiştir: emrin açıkça hukuka aykırı olmaması. Eğer emir açıkça hukuka aykırıysa failin bu durumu bilmemesinin önemi olmayacaktır¹⁹⁸. Bunun sınırları ise objektif ölçüte göre belirlenmelidir. Bu nedenle sanığın rütbe ve deneyim gibi kişisel özellikleri de göz

¹⁹⁵ “Art. 33 - Superior orders and prescription of law: 1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless: (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question; (b) The person did not know that the order was unlawful; and (c) The order was not manifestly unlawful. 2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.” Bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Temel Belgeler Derlemesi, (Gözden Geçiren: Devrim Aydın), Kapasite Geliştirme Derneği, Ankara 2006, s. 20.

¹⁹⁶ ÖNOK, Uluslararası Ceza Divanı, s. 258.

¹⁹⁷ ZIMMERMANN, s. 967; SLIEDREGT, s. 324, 325.

¹⁹⁸ DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 83.

önünde bulundurulacak ve aynı özellikleri haiz farazi bir kimseye göre değerlendirme yapılacaktır. Öte yandan emrin açıkça hukuka aykırılığında esas alınacak olan ulusal hukuk değil uluslararası hukuktur¹⁹⁹. Bu üç şartın bir arada bulunması durumunda amirin emrini yerine getirmiş olması astın cezai sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır²⁰⁰. Belirtmek gerekir ki Roma Statüsü'nün 33. maddesi eylemi hukuka uygun hale getirmemekte, yalnızca kusuru ortadan kaldırmakta, fiil suç olma niteliğini korumaktadır²⁰¹. Bu maddeyle, amirin emrinin bir savunma olarak kabul edilemeyeceği kuralı benimsenerek savunmayı geçerli kılacak belirli koşulların olayda varlığını ispat etme yükü faile bırakılmaktadır²⁰².

UCM bakımından amirin emri savunması oldukça sınırlı bir şekilde, yalnızca savaş suçları bakımından kabul edilmiştir²⁰³. 33. maddenin ikinci fıkrası soykırım ve insanlığa karşı suçları amirin emri savunmasının dışında bırakmış, bu suçlar açıkça hukuka aykırı kabul edilmiştir²⁰⁴. Bu nedenle Statü'nün bu iki suç tipi bakımından aksinin öngörülmesi mümkün olmayan mutlak bir karine getirdiği ifade edilmiştir²⁰⁵.

¹⁹⁹ ZIMMERMANN, s. 969, 970.

²⁰⁰ GAETA, s. 173.

²⁰¹ SLIEDREGT, s. 336. *Güneysu*'ya göre; amirin emri tek başına bir savunma teşkil etmemekte ve ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi veya azaltabilmesi için fiili hatanın veya Roma Statüsü'nün 32/2. maddesi gereği hukuki hatanın bulunması veya tehdidin varlığı gerekmektedir. Bu nedenle *Güneysu*, amirin emri savunmasını, kastın var olmamasından ötürü bir *mens rea* savunması olarak görmektedir. GÜNEYSU, s. 163.

²⁰² GAETA, s. 190; GÜNEYSU, s. 146.

²⁰³ SLIEDREGT, s. 322.

²⁰⁴ GAETA, s. 183.

²⁰⁵ Öte yandan, askere soykırım yapmasına dair açıkça bir emir verilemeyeceğinden bahisle, maddi unsuru soykırım suçunu oluşturmakla beraber bu niteliği ast tarafından anlaşılamayan emirler bakımından dahi hata hükümlerine gidilebileceği de bazı görüşler tarafından savunulmuştur. Bkz. ÖNOK, Uluslararası Ceza Divanı, s. 258. *Güneysu*, m. 33/2'yi otomatik bir savunma engeli olarak görmenin hukuk siyaseti bakımından doğru olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre 2. fıkra hükmünde belirtilen insanlığa karşı suç ve soykırım kastının araştırılması gerekir. Bir diğer ifadeyle salt objektif

Roma Statüsü'nün bu şekilde savaş suçlarını açıkça hukuka aykırı kabul etmemesi, uluslararası hukukta alışlagelmişin dışında bir durum olarak değerlendirilmiştir²⁰⁶. Bu husus, maddenin soykırım ve insanlığa karşı suçlarla savaş suçları arasında ayrım yaptığı ve savaş suçlarının diğerlerinden daha önemsiz olarak algılandığı çıkarımının yapılmasına elverişli görülmüştür²⁰⁷. Statü'nün 8. maddesinde savaş suçlarının tek tek sayılıp detaylıca düzenlenmesine karşın²⁰⁸, bunların işlenmesine dair verilen emirlerin

ölçüte göre değerlendirme yapılmamalı, sübjektif bilme de olayda ayrıca araştırılmalıdır. GÜNEYSU, s. 157.

²⁰⁶ CASSESE, s. 241.

²⁰⁷ SLIEDREGT, s. 326.

²⁰⁸ Statü'nün 8. maddesine göre; "1. Bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların geniş çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargı yetkisi vardır. 2. Bu Statü'nün amacına uygun olarak, "savaş suçları" şu anlamlara gelir: (a) 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin çok ciddi şekilde ihlali, başka bir deyişle, Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre korunan şahıs ve mallardan herhangi birine karşı aşağıdaki fiiller: i) Kasten öldürme; ii) Biyolojik deneyler dahil işkence veya insanlık dışı muamele; iii) Vücuda veya sağlığına kasten büyük ıstırap verme veya ciddi yaralamaya sebep olma; iv) Askeri gereklilik olmadan, yasadışı ve keyfi olarak mülkiyetin yaygın yok edilmesi veya sahiplenilmesi; v) Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, düşman devlet silahlı kuvvetlerinde hizmet etmeye zorlanması; vi) Bir savaş esirinin veya koruma altındaki bir diğer şahsın, kasti olarak adil ve olağan yargılanma hakkından yoksun bırakılması; vii) Hukuka aykırı sürgün ya da nakletme ya da hukuka aykırı alıkoyma viii) Rehin alma. (b) Uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilir yasa ve geleneklerin diğer ciddi ihlalleri, yani, aşağıdaki fiillerden herhangi birisi: i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivil bireylere ya da sivil nüfusa karşı kasten saldırı yöneltilmesi; ii) Askeri olmayan, yani askeri maksatlı olmayan sivil hedeflere karşı kasten saldırı düzenlenmesi; iii) Uluslararası silahlı çatışmalar hukuku çatısı altında, siviller ya da sivil nesnelere sağlanan korumadan yararlanma hakları olduğu sürece, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne göre, barış gücü ya da insani yardıma tahsis edilmiş görevli personel, tesis, malzeme, birlik veya araçlara kasten saldırı yöneltilmesi; iv) Tahmin edilen somut ve doğrudan askeri avantajlara kıyasla, aşırı olacak şekilde, sivillerin yaralanmasına veya ölmesine veya sivil nesnelerin zarar görmesine yol açacağı ve geniş çapta, uzun vadeli ve ağır bir biçimde doğal çevreye zarar vereceğinin bilincinde olarak saldırı başlatılması; v) Savunmasız veya askeri hedef oluşturmayan kent, köy, yerleşim yeri veya binaların bombalanması veya bu yerlere herhangi bir araçla saldırılması; vi) Silahını bırakmış, kendisini savunma araçlarından yoksun ve isteğiyle teslim olmuş bir askeri öldürme veya yaralama; vii) Teslim bayrağını, Birleşmiş Milletler veya düşman bayraklarını, askeri rütbelerini ve üniformalarını, yine aynı şekilde Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlerini, uygunsuz şekilde kullanarak ölüme veya ciddi yaralanmaya sebebiyet verme; viii) İşgalci devletin kendi sivil nüfusunun bir bölümünü işgal ettiği topraklara doğrudan veya dolaylı olarak nakletmesi veya işgal edilen topraklardaki nüfusun tamamının veya bir kısmının bu ülke içinde veya dışında sürülmesi veya nakli; ix) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya yardım amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı düzenlenmesi; x) Karşı tarafın hakimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması; xi) Düşman ulus ya da orduya bağlı bireylerin haince öldürülmesi veya yaralanması; xii) Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme; xiii)

Savaşın gereklilikleri elkoyma veya imha etmeyi zorunlu kılmadıkça düşman mülkiyetinin imha edilmesi veya bu mallara el konulması; xiv) Düşman tarafuyruklu kişilerin, mahkemelerdeki hak ve eylemlerinin ortadan kaldırıldığını, askıya alındığını veya kabul edilemez olduğunu ilan etme; xv) Düşman taraf uyruklu kişileri, savaş başlamadan önce savaşan tarafın hizmetinde bulunmuş olsalar bile kendi devletlerine karşı savaş hareketlerinde yer almaya zorlama; xvi) Saldırı sonucu ele geçirilmiş olsa bile bir kenti ya da yeri yağmalama; xvii) Zehir veya zehirli silahların kullanılması; xviii) Boğucu, zehirli veya diğer gazlar ile benzeri sıvı, malzeme veya cihazlar kullanılması; xix) Çekirdeği tam kapatmayan veya yarararak ayrılan mermiler gibi insan vücuduna kolayca giren veya vücutta parçalanarak mermi kullanılması; xx) Gereksiz yaralanmaya veya ıstıraba yol açan veya 121 ve 123. maddeler hükümlerine uygun olarak bu Statü'ye bir ek şeklinde dahil edilmesi ve geniş yasaklamaya tabi olması halinde, kendiliğinden ve ayırım yapmadan uluslararası savaş hukuku ihlalleri oluşturan silah, mermi, malzeme veya savaş yöntemleri kullanılması; xxi) İnsan onuruna hakaret eder nitelikte, özellikle aşağılayıcı ve küçük düşürücü davranışlar; xxii) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması; xxiii) Belli noktaları, alanları veya askeri güçleri askeri operasyonlardan muaf tutmak için, bir sivilin veya diğer korunmuş bir kimsenin varlığının kullanılması; xxiv) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde, Cenevre Sözleşmeleri'nin ayırt edici amblemlerini kullanan binalara, malzemeye, sağlık ve ulaşım birimlerine kasten saldırı düzenlenmesi; xxv) Cenevre Sözleşmeleri ile sağlanan yardım malzemelerini bilerek engelleme dahil olmak üzere, yaşamları için vazgeçilmez maddelerden mahrum etmek suretiyle sivilin aç bırakılmasının, bir savaş yöntemi olarak kullanılması; xxvi) 15 yaşından küçük çocukların ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması; (c) Uluslararası nitelik taşımayan bir silahlı çatışmada, 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin müşterek 3. maddesinin ciddi ihlalleri; yani, çatışmalarda aktif olarak yer almayan kişilere, silahlarını bırakmış silahlı kuvvetler mensupları dahil hastalık, yaralanma, tutulma veya herhangi bir nedenle çatışma dışı kalmış (hors de combat) kişilere karşı işlenen aşağıdaki fiiller: i) Yaşam hakkına ve kişiye karşı şiddet, özellikle her türlü öldürme, sakat bırakma, zalimane muamele ve işkence; ii) İnsan onuruna hakaret eden, özellikle aşağılayan ve küçük düşürücü davranışlar; iii) Rehin alma; iv) Kanuna dayalı ve gerekliliği genel kabul görmüş hukuksal güvencelere sahip, olağan bir mahkeme kararı olmadan cezalandırma ve infaz; (d) Paragraf 2 (c) uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikteki diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz. (e) Mevcut uluslararası hukuk çerçevesinde, uluslararası karakterde olmayan ancak silahlı çatışmalarda uygulanabilir hukukun ve teamüllerin diğer ciddi ihlalleri; yani aşağıdaki eylemlerden herhangi biri: i) Çarpışmalarda doğrudan yer almayan sivillere karşı veya sivil nüfusa karşı kasten saldırı düzenlenmesi; ii) Uluslararası hukuka uygun bir şekilde Cenevre Sözleşmelerinin ayırt edici amblemlerini kullanan personele, malzemeye, tıbbi birimlere ve nakliye araçlarına kasten saldırı düzenlenmesi; iii) Silahlı çatışma hukukuna göre, sivillere ve sivil nesnelere sağlanmış korumaya hak kazanmaları şartıyla, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde insani yardımda veya barış gücü görevinde bulunan personele, tesislere, malzemeye, birimlere veya araçlara karşı kasten saldırı düzenlenmesi; iv) Askeri amaçlı olmaması koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi; v) Saldırı sonucu ele geçirilmiş olsa dahi, bir kenti ya da yeri yağmalama; vi) 7.maddenin 2(f) paragrafında tanımlandığı gibi ırza geçme, cinsel köleleştirme, fahişeliğe zorlama, hamileliğe zorlama, kısırlaştırmaya zorlama veya Cenevre Sözleşmeleri'ni ciddi şekilde ihlal eden diğer cinsel şiddet çeşitlerine başvurulması; vii) 15 yaşından küçük çocukların, ulusal silahlı kuvvetlere çağırılması, askere alınması veya çatışmalarda aktif olarak kullanılması; viii) Çatışmadan kaynaklanan nedenlerden dolayı, sivillerin güvenliği veya askeri nedenler gerektirmedikçe sivillerin yer değiştirilmesi talimatı verilmesi; ix) Karşı tarafın savaşanlarını haince öldürme veya yaralama; x) Merhamet gösterilmeyeceğini ilan etme; xi) Karşı tarafın hakimiyeti altında bulunan kişilerin tıp, diş veya hastane tedavisi gerekliliği olmadan, kişisel çıkarlarına aykırı bir şekilde ölüme yol açabilecek veya sağlığı ciddi tehlikeye düşürebilecek nitelikte tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulması veya fiziksel sakatlanmaya maruz bırakılması; xii) Savaşın gereklilikleri elkoymayı veya imha etmeyi zorunlu kılmadıkça düşman mallarının imha edilmesi veya bu mallara el konulması; (f) Paragraf 2 (e), uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanır ve dolayısıyla gösteriler, münferit ve zaman zaman meydana gelen şiddet hareketleri veya benzer nitelikte diğer fiiller gibi iç karışıklıklar ve gerginliklere uygulanmaz. Bir devletin toprakları dahilinde, hükümet kurumları ile organize silahlı

açıkça hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi tutarsız bulunmuştur. Nitekim herhangi bir askerin, kendisine verilen emrin savaş suçu teşkil edip etmediğini bilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰⁹.

Savaş suçlarının bu kapsama alınmamasının nedenleri ise farklı şekillerde açıklanmaya çalışılmıştır. İlk olarak, Statü'nün görüşmeleri esnasında, askerleri savaş suçu işlediği iddiasıyla karşılaşma ihtimali olan ABD gibi bazı devletler, amirin emri savunmasının kabul edilmemesine şiddetle karşı çıkmıştır. İkinci olarak, m. 33/2'de düzenlenmeseydi dahi, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçların işlenmesine dair verilen emirlerin kendiliğinden açıkça hukuka aykırılık teşkil ettikleri belirtilmiştir. Bir diğer açıklama savaş suçlarının doğasından kaynaklanmaktadır. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar sadece bireyler üzerinde değil insanlık onuru üzerinde de etkisini göstermektedir²¹⁰. Yine savaş suçlarından farklı olarak insanlığa karşı suçlar daha

gruplar arasında ya da bu grupların kendi aralarında meydana gelen uzun süreli silahlı çatışmalarda uygulanır. 3. 2 (c) ve (d) paragraflarındaki hiçbir ifade, bir hükümetin, devlet dahilinde kanun ve düzeni sürdürme, yeniden kurma veya devletin birliğini ve toprak bütünlüğünü tüm yasal araçlarla koruma sorumluluğuna etki etmez."

²⁰⁹ CASSESE, s. 241. Tartışmalar için bkz. Annemieke van VERSEVELD, Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Criminal Law, TMC Asser Press, The Hague 2012, s. 91-94.

²¹⁰ Statü'nün 6. maddesine göre soykırım suçu, "Bu Statünün amaçları bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri, soykırım suçunu oluşturur. a) Gruba mensup olanların öldürülmesi; b) Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi; c) Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracağı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek; d) Grup içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak; e) Gruba mensup çocukları zorla bir başka gruba nakletmek" olarak tanımlanmıştır. Statü'nün 7. maddesine göre ise; "1. Bu Statünün amaçları bakımından "insanlığa karşı suçlar", herhangi bir sivil nüfusa karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen aşağıdaki fiilleri kapsamaktadır: (a) Öldürme; (b) Toplu yok etme; (c) Köleleştirme; (d) Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli; (e) Uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal ederek, hapsedme veya fiziksel özgürlükten başka biçimlerde mahrum etme; (f) İşkence; (g) Irza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıkla diğer cinsel şiddet şekilleri; (h) Paragraf 3'te tanımlandığı şekliyle, her hangi bir tanımlanabilir grup veya topluluğa karşı, bu paragrafa atıf yapılan her hangi bir eylemle veya Mahkemenin yetki alanındaki her hangi bir suçla bağlantılı olarak siyasi, ırki, ulusal, etnik, kültürel, dinsel, cinsel veya evrensel olarak uluslararası hukukta kabul edilemez diğer nedenlere dayalı zulüm; (i) Kişilerin zorla kaybedilmesi; (j) Apartheid (Irk ayrımcılığı) suçu; (k) Kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler. 2. 1. paragrafın amaçları bakımından: (a) "Herhangi bir sivil topluluğa yöneltilmiş saldırı", devlet ya da kurumsal bir

sistematik ve yaygın şiddet eylemleri gerektirmekte, bir plan ve politika çerçevesinde işlenmektedir. Öte yandan soykırım suçunda grubun kısmen veya tamamen imhasına yönelik özel kast aranırken savaş suçlarında böyle bir özel kast aranmamaktadır²¹¹. Bu nedenle sanığın yerine getirdiği ve soykırım suçu veya insanlığa karşı suç işlemeye yönelik olan emrin açıkça hukuka aykırı olduğunu bilmediğini iddia etme imkânı kalmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, aynı fiilin hem savaş suçu hem de insanlığa karşı suç ya da soykırım suçunu oluşturması durumunda ise kişi, savaş suçu bakımından amirin emri savunmasından yararlanabilse bile, aynı zamanda Statü'nün 6. veya 7. maddesi dolayısıyla sorumlu tutulabilecektir²¹².

politikanın uzantısı ya da bu politikanın daha da ileri götürülmesine yönelik olarak 1. paragrafta belirtilen eylemlerin herhangi bir sivil topluluğa karşı müteaddit kereler yapılması anlamına gelir; (b) "Toplu yok etme", nüfusun bir bölümünü yok etmek amacıyla, yiyecek ve ilaca erişimden mahrum bırakmanın yanı sıra yaşam koşullarını kasten kötüleştirmeyi de içerir; (c) "Köleleştirme", kadın ve çocuklar başta olmak üzere, bir kişi üzerinde sahiplik hakkına dayalı yetkilerin, insan ticareti dahil kullanılması anlamına gelir; (d) "Nüfusun sürgün edilmesi veya zorla nakli", uluslararası hukukta izin verilen gerekçeler olmaksızın, bir yerde hukuka uygun olarak ikamet eden insanların zorla yerlerinden edilmeleri ya da başka zorlayıcı fiillerle yer değiştirilmeleri anlamına gelir; (e) "İşkence", hukuksal yaptırımların doğasına ve buna bağlı olarak kaynaklanan acı ve ıstırap hariç olmak üzere, gözaltında bulunan veya sanığın gözetiminde bulunan bir kişinin, fiziksel ya da zihinsel olarak şiddetli acı veya ıstırap çekmesini bilerek sağlama anlamına gelir; (f) "Zorla hamile bırakma", uluslararası hukukun ciddi bir şekilde ihlali veya bir topluluğun etnik bileşimini değiştirme amacıyla, bir kadının arzusu olmadan zorla hamile bırakılması anlamına gelir; ancak bu tanım, hiçbir şekilde hamileliğe ilişkin ulusal yasaları etkileyecek şekilde yorumlanamaz; (g) "Zulüm", bir grubun veya topluluğun, kimliğinden dolayı, uluslararası hukuka aykırı olarak, temel haklardan ağır bir şekilde mahrum bırakılması anlamına gelir; (h) "Apartheid (İrk ayrımcılığı) suçu", bir ırkın, başka bir ırk grubu veya grupları üzerinde, sistematik hakimiyet ve baskı kurmaya yönelik kurumsal bir rejim çerçevesinde ve bu rejimi koruma amacıyla işlediği ve 1. paragrafta sözü edilen insanlık dışı fiiller anlamına gelir; (i) "Kişilerin zorla kaybedilmesi" bir devlet veya siyasi bir örgüt tarafından ya da onların yetkisi, desteği ve bilgisi dahilinde, kişilerin gözaltına alınması, tutuklanması veya kaçırılmasını takiben, bu kişilerin uzunca bir süre, kanun korumasından uzak tutulması amacıyla, nereden oldukları ve akıbetleri hakkında bilgi vermeyi reddetme ve bu kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları bilgisini inkar anlamına gelir; 3. Bu Statü'nün amacı bakımından "cinsiyet" toplumsal bağlamda, kadın ve erkek olmak üzere iki cinsle atıf yapmaktadır. "Cinsiyet" terimi, yukarıda açıklanandan başka bir anlam taşımamaktadır."

²¹¹ Savaş suçları, kültür veya sanat varlıklarının yağmalanması, belirli tipte silahların kullanılmaması, belirli işaretleri taşıyan araçlara saldırılmaması gibi daha geniş koruma alanına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KÖPRÜLÜ**, s. 349 vd.

²¹² **ZIMMERMANN**, s. 971-973.

Bir diğ er tartişma konusu, 33/1. maddenin (c) bendindeki ‘‘açıkça hukuka aykırılık ilkesi’’ olmuştur. Eleştirilere göre bu koşul, sınırları belli olmayan ve kesinlikten uzak bir ölçüt getirmektedir. Bu nedenle açıkça hukuka aykırılığın aynı koşullardaki herhangi bir kimseye göre değil de sanığa göre belirlenmesi, bir diğ er ifadeyle objektif ölçüt yerine sübjektif ölçüte önem verilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Bu görüşü savunanalara göre objektif ölçütün kabulü halinde hukuka aykırılık açık değilse, tüm sanıklar beraat edebilecek ancak hukuka aykırılık açıkça astın kusuruna bakılmaksızın fiilden sorumlu olması söz konusu olacaktır²¹³.

Roma Statüsü m. 33’e göre; emrin kaynağı askeri ve sivil amirin yanı sıra hükümetin hiyerarşik yapılanmasındaki yetkili diğ er kimseler de olabilir. Her iki halde de önemli olan resmi bir makamın varlığıdır ve bu nedenle özel kişilerin veya kuruluşların verdikleri emirler bu kapsamda değerlendirilemez. Buradaki emir kavramı da geniş d ş n lmeli ve yazılı olsun ya da olmasın hiyerarşik amirin verdiği talimatlar olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca emir açık ve anlaşılır olmalıdır²¹⁴. Hükümet yetkilileri tarafından astı kışkırtmaya yönelik eylemler emir kavramının içinde kabul edilmemiş ve Statü’n n 33/1. maddesinin (a) bendindeki koşulu sağlamadığı için amirin emri savunmasının yapılamayacağı belirtilmiřtir²¹⁵. Öte yandan ast, kural olarak hiyerarşik amirinin verdiği emirlere itaat etme yükümlülüğü altında bulunsa da,

²¹³ Tartışmalar için bkz. **VERSEVELD**, s. 94, 95.

²¹⁴ **SLIEDREGT**, s. 323. Öte yandan emir bir kişiye yönelik olabileceği gibi bir gruba yönelik verilmiş de olabilir ve böyle durumlarda bu grubun tüm  yeleri şartları gerçekleştiği vakit amirin emri savunmasında bulunabilirler. Bkz. **ZIMMERMANN**, s. 969.

²¹⁵ **ZIMMERMANN**, s. 969.

savaş esnasında herhangi bir üstünün vermiş olduğu emre uymakla yükümlü askerin de amirin emri savunmasını ileri sürebilmesinin gerektiği belirtilmektedir²¹⁶.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Özellikle 20. yüzyılın ortalarından itibaren amirin emrinin yerine getirilmesinde pek çok ülkenin “sınırlı sorumluluk” teorisini benimsediği görülmüştür. Bunun neticesinde sınırlı sorumluluk teorisinin üç temel türü ortaya çıkmıştır. Bunların ilki, astın emrin hukuka aykırılığını bilmesinin gerektiği (*should have known*); ikincisi emrin açıkça hukuka aykırı olmaması (*manifestly illegal*) ve üçüncüsü astın emri yerine getirmede iyi niyetli olmasıdır (*good faith believed*). İlk iki tür daha çok objektif bir değerlendirme gerektirmektedir. Bu yapılırken, kişinin o anki ruh hali göz önünde bulundurulmaksızın, aynı pozisyonda olan ve aynı özellikleri taşıyan farazi bir kişinin ne şekilde hareket edeceğine bakılır²¹⁷. Son tür ise sanığın subjektif olarak içinde bulunduğu ruh halini göz önünde bulundurur. Sınırlı sorumluluk ile ilgili ulusal düzenlemelerde bu ölçütlerden biri benimsenebileceği gibi ikisi birlikte veya ABD’de olduğu gibi hepsi bir arada da bulunabilir²¹⁸. II. Dünya Savaşı sonrası yapılan

²¹⁶ GÜNEYSU, s. 170, 171.

²¹⁷ BOZBAYINDIR, s. 128.

²¹⁸ SLIEDREGT, s. 329. Pek çok yargılamada sanıklar emrin uluslararası insancıl hukuka veya uluslararası ceza hukukuna aykırı olduğunu bilmediklerini ifade etmişlerdir. Önemli olan bir husus, olayda emrin hukuka aykırılığının açıkça anlaşılabilmesi halinde astın sorumluluktan kurtulabileceğinin kabul edilmesidir. Mahkemeler genel olarak, emrin hukuka uygun olduğu konusunda sanığın iyi niyetli ve makul bir inancının olduğu kanıtlanırsa, bu konuda yapılan hatayı esaslı kabul etmişlerdir. Bu nedenle emir açıkça hukuka aykırıysa veya astın emrin hukuka aykırılığını bilmesi gerekiyorsa emrin hukuka uygunluğu konusunda düşülen hataya da itibar edilmemiştir. Bkz. CASSESE, s. 261-263.

ulusal yargılamalarda mahkemeler emrin açıkça hukuka aykırılığı hususunda değerlendirmeler yapmış, emrin açıkça hukuka aykırı olmadığı durumlarda ise sanığın emrin hukuka aykırılığını biliyor olup olmadığını veya bilmesi gerekip gerekmediğini incelemiştir²¹⁹.

Sınırlı sorumluluk teorisini kabul eden ulusal düzenlemelerde en çok emrin hukuka açıkça aykırılığı ölçütüne yer verilmektedir²²⁰. Açıkça hukuka aykırılık ölçütü ABD, Kanada, İtalya, İsrail ve Alman hukukunda kendisine yer bulmuştur. Sübjektif bir değerlendirme gerektiren iyi niyet ölçütünün örneğine ise Hollanda Ceza Kanunu'nun 43/2. maddesinde rastlanır. ABD de iyi niyet ölçütünden faydalanmış ve *United States v. Baugh* davasında Mahkeme tüm koşulları birden incelemiştir. Emir açıkça hukuka aykırı değilse, astın emrin hukuka aykırılığını biliyor olması gerekmiyorsa ve ast emri iyi niyetle yerine getirdiyse, meydana gelen neticeden sorumlu tutulmamaktadır²²¹. Uluslararası bir suçun işlenmesine yol açan emir tartışmasız bir şekilde açıkça hukuka aykırıysa ya da kişi emrin hukuka aykırı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, ulusal mahkemelerin yaklaşımı, failin işlediği fiilden ötürü sorumlu tutulması yönündedir²²².

20. yüzyılın ilk yarısında, 1940 Birleşik Devletler Kara Savaşı Kuralları'nda da yer verildiği gibi, *Oppenheim*'ın görüşlerinden etkilenen askeri mevzuatlar genellikle amirin emrini yerine getirmeyi bir savunma olarak kabul etmişlerdir²²³. 20.

²¹⁹ ZIMMERMANN, s. 962.

²²⁰ BOZBAYINDIR, s. 128.

²²¹ SLIEDREGT, s. 331.

²²² CASSESE, s. 233.

²²³ BASSIOUNI, s. 451.

yüzyılın ikinci yarısından itibaren ulusal hukuk sistemleri amirin emri savunmasını daraltırken, amirin sorumluluğunu genişletmeye başlamışlardır²²⁴. II. Dünya Savaşı'ndan sonra, sadece hukuka aykırı emir veren amirlerin değil, ayrıca bunları yerine getirenlerin de sorumlu tutulmasının silahlı çatışmalar hukukunun amacını sağlamak için daha işlevsel olacağı tartışılmaya başlanmıştır. Ayrıca farklı hukuk sistemlerinde amirin emrinin savunma olarak kabul edilip edilmemesinde, emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığından başka; emrin türü, astın o koşullar altında ne yapabileceği, astın emri yerine getirmeyi reddedip reddedemeyeceği, astın emre itaat etmemesi halinde karşılaşılabilecek bir tehdidin olup olmaması gibi hususlara da bakılmaktadır²²⁵.

A. İTALYA

İtalyan ceza hukukunda emrin ifası 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde *“hakkın icrası ve görevin ifası”* başlığı altında düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre bir kamu otoritesinin hukuka uygun bir emriyle yüklenen bir görevin ifası, cezalandırılmayı engellemektedir. Öte yandan suç oluşturan bir fiilin yetkili bir makamın emriyle işlenmesi halinde, suçtan dolayı emri verenin de emri yerine getirenin de sorumlu olacağı kabul edilmiştir. 51. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre *“2. Suç teşkil eden bir fiil, bir makamın emri ile işlenmiş ise, suçtan daima o emri veren memur sorumludur. 3. Fiili ve maddi bir hata yüzünden meşru bir emre itaat ettiği zannı ile fiili işlemesi hali saklı kalmak üzere emri icra eden kimse de*

²²⁴ BASSIOUNI, s. 452.

²²⁵ BASSIOUNI, s. 457.

sorumlu olur.” 51. maddenin 4. fıkrasına göre ise “Gayrimeşru emri icra eden kimseye, kanun eğer emrin meşruiyeti konusunda hiçbir kontrol veya denetleme yapma hakkı tanımamış ise ceza verilemez.” Böylece son fıkrada kanunun emrin hukuka uygunluğunu denetleme konusunda hiçbir izin vermediği hallerde, hukuka aykırı emri yerine getirenin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir²²⁶. Ancak emrin meşruiyetini kontrol hakkının tanınmadığı durumlarda dahi açıkça hukuka aykırı emirlerin yerine getirilemeyeceği de doktrinde belirtilmektedir²²⁷.

Askeri Disiplin Kanunu’nun 10. maddesine göre askeri personel, amirlerinin hukuka uygun emirlerine riayet etmekle yükümlüdür. 32. maddeye göre bir ast, hukuk kurallarını ihlal eden emirleri yerine getirmekten kaçınmak zorundadır. 7. maddeye göre amirlere askeri disipline ilişkin konularda mutlak itaat gerekmede ise de, emrin açıkça hukuka aykırı olmaması gerekir. Burada objektif değerlendirmenin yanı sıra sübjektif bir değerlendirme de yapılır. Bu nedenle doğası gereği açıkça hukuka aykırı olan ya da hukuka aykırılığı ast tarafından bilinen emirler yerine getirilmemelidir²²⁸.

Hukuka aykırı emirler konusunda Türk ceza hukukundakine benzer şekilde suç teşkil eden ve etmeyen emirler bakımından ayrıma gidilmiş ve suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinden dolayı astın sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiştir. Emir açıkça suç teşkil etmemekle beraber, astın emri geri

²²⁶ DURSUN, s. 222.

²²⁷ Gian Domenico PISAPIA, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, (Çev. Atıf Akgüç), Adalet Bakanlığı Yay.,Yeni Seri No: 10, Ankara 1971, s. 142.

²²⁸ GREEN, s. 170, 171.

çevirme imkânı varsa ve bunu yapmamışsa sorumluluğu devam edecek ancak cezada indirim nedeni olarak düşünülebilecektir²²⁹.

1978 tarihli Askeri Disiplin Hakkında Prensiplere Normları'nın 4. maddesinde, açıkça devlet kurumlarına yönelik olan veya ifası her halde açıkça suç teşkil eden bir emir alan askerin bu emri yerine getirmemekle yükümlü olduğu ve amirlerini derhal bilgilendirmesi gerektiği yönünde objektif bir ölçütün benimsendiği görülür²³⁰. Buna dair İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin *Cappai* (1945), *Ventimiglia* (1946) kararları bulunmaktadır²³¹.

İtalyan Temyiz Mahkemesi'nde 10 Mayıs 1947'de görülen *Caroelli ve diğerleri* davasında, kanunun emrin hukukiliğini denetleme imkânı vermediği durumlarda hukuka aykırı bir emri yerine getiren kişiye ceza verilmeyeceğini düzenleyen İtalyan Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin son fıkrası ileri sürülmüştür. Ancak mahkeme emir açıkça hukuka aykırı ve keyfi olduğu için bu savunmayı reddetmekle beraber, sanığın emri yerine getirirken irade özgürlüğünden yoksun olduğunu, suç işlemeye yönelik bir iradesinin olmadığını belirtmiştir²³². Benzer şekilde *Bernardi and Randazzo*, *Srà* ve *Masetti* davalarında emir açıkça hukuka aykırı olmasına rağmen tehdit ile beraber değerlendirilerek sanıklara ceza verilmemiştir²³³.

²²⁹ GREEN, s. 171.

²³⁰ DURSUN, s. 223.

²³¹ GAETA, s. 183, dpn. 32.

²³² Buna gerekçe olarak Mahkeme, Caroelli'nin emir verdiği zaman amirine iki kez tedirgin bir şekilde karşı çıktığını ancak odadan çıktığında ölü gibi görüldüğünü ve ayaklarının üzerinde zor durduğunu, bunun da Caroelli'nin fiziksel belirtilerle birlikte ruhsal bir karışıklığın içinde bulunduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Mahkemenin bu gerekçesi ise uluslararası ceza hukuku ilkelerine uygun bulunmamıştır. Bkz. CASSESE, s. 237.

²³³ GAETA, s. 184, dpn. 34.

Roma Askeri Mahkemesi'nde görülen 1948 *Kappler ve diğerleri* davasında ise Teğmen Kappler, Hitler'in emri üzerine 320 kişiyi öldürmekten sorumlu tutulmamış, ancak emrin sınırlarını aşarak ayrıca öldürdüğü 15 kişiden dolayı sorumlu bulunmuştur. Mahkeme, kararında, manevi unsur bakımından bir değerlendirme yapmış, teğmenin sıkı askeri disiplin altında emirlere itaat alışkanlığı olduğunu, daha önce de benzer şekilde emirlerin yerine getirildiğini, emrin devletin başındaki kişiden gelmesinin teğmenin üzerindeki manevi gücü nedeniyle karar verme özgürlüğünü elinden aldığına dikkat çekmiş, Kappler'in hukuka aykırı bir emri yerine getirme iradesinin olmadığını belirtmiştir. Mahkemenin bu kararı oldukça tartışma yaratmıştır²³⁴.

1998'da görülen *Preibke* davasında ise bu görüşlerde değişiklik yaşanmıştır. Yıllarca yargılamaktan kaçınılsa da, gerekli ve orantılı olmayan bir misilleme yapmasına dair verilen emrin açıkça hukuka aykırı olması nedeniyle, sanığın davada öne sürdüğü amirin emrini yerine getirmesi savunması reddedilmiştir. Öte yandan Mahkeme, savaş suçu işlenmesine dair verilen emrin savunma teşkil edemeyeceğini çünkü böyle bir suçun her zaman açıkça hukuka aykırı olacağını belirtmiştir²³⁵.

B. ALMANYA

Alman Ceza Kanunu'nda amirin emrinin yerine getirilmesiyle ilgili genel bir hüküm bulunmamakla beraber, kamu görevlileri ve askerlerle ilgili federal mevzuat

²³⁴ CASSESE, s. 236.

²³⁵ VERSEVELD, s. 117, 118.

ile eyalet mevzuatında çeşitli hükümler yer almaktadır²³⁶. Örneğin 2009 tarihli Federal Memurlar Kanunu'nda hizmete ilişkin emirlerin hukuka uygunluğu konusunda şüphesi bulunan memurların, bunu derhal ve doğrudan amirlerine tasdik ettirmeleri, şüphenin devam etmesi halinde bir üst amire başvurmaları ve üst amirin de onaylaması halinde emrin yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca hükmün devamında, emredilen fiilin insan onurunu ihlal etmesi, suç veya kabahat teşkil etmesi halinde, bu niteliklerin memur tarafından da bilinebilir olduğu takdirde emrin yerine getirilmeyeceği ifade edilmiştir²³⁷.

Alman Ceza Kanunu 190b'de askeri emre itaatsizliğe teşvik etmek suç olarak düzenlenmiş ancak emrin yerine getirilmesi zorunlu değilse, emir görev dâhilinde verilmemişse, insan onurunu ihlal ediyorsa veya suç ya da kabahat teşkil ediyorsa, bu tür emirlere itaatsizliği teşvik etmek hukuka aykırı sayılmamıştır. Buradan dolayı olarak, emrin hukuka aykırı olması halinde itaat zorunluluğunun olmadığı anlaşılmaktadır²³⁸.

1872 tarihli Alman Askeri Kanunu'nun 47. maddesi, emrin hukuka uygunluğuna veya aykırılığına bakılmaksızın bağlayıcı emirlere itaatsizliği cezalandırmaktaydı. Askeri disiplinin sağlanması bakımından emirlerin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluğun emri verene ait olduğu kabul edilmişti. Astın sorumluluğu ancak emrin sınırlarının aşılması veya emrin askeri veya genel bir suç ya da kabahat işlemeye dair olduğunu bilmesi halinde doğuyordu²³⁹. Böylelikle Askeri

²³⁶ DURSUN, s. 206.

²³⁷ DURSUN, s. 207.

²³⁸ GREEN, s. 175.

²³⁹ BASSIOUNI, s. 455, dpn. 24.

Kanun sınırlı sorumluluk ilkesini benimsemiş olmakla beraber, emrin açıkça hukuka aykırılığından bahsetmiyor ve yalnızca sübjektif ölçüte göre değerlendirme yapılmasını öngörüyordu²⁴⁰. Ancak II. Dünya Savaşı'ndan sonra Alman hukuk sisteminde bazı gelişmeler yaşanmış ve Alman mahkemeleri adaleti gerçekleştirmek adına savaş suçlularının amirin emri savunmasını reddetmiştir²⁴¹.

1956 tarihli Askerler Kanunu'nun (*Soldatengesetz*) 11. maddesinde askerin amirine itaat etmekle yükümlü olduğu belirtildikten sonra, insan onurunu ihlal eden ya da hizmete ilişkin olmayan emirlerin ifa edilmemesinin itaatsizlik teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Böyle bir emri alan asker ise ancak kaçınılmaz hataya düşmesi veya kendince bilinen koşullara göre emre hukuki yollarla karşı koyması mümkün değilse sorumlu tutulamayacaktır. Konusu suç teşkil eden bir emir söz konusu olduğunda ise ast, emrin bu niteliğini biliyorsa veya emir kendisine göre açıkça suç teşkil ediyorsa sorumluluğu devam edecektir²⁴². Bu hüküm üzerine yapılan yoruma göre ast, emrin suç teşkil ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa emir bağlayıcı değildir ve yerine getirilmemelidir. Ancak derhal yerine getirilmesi gereken emirler söz konusu olduğunda emrin hukuka aykırılığı açık değilse, astın da sorumlu olmayacağı belirtilmiştir²⁴³. Öte yandan kaçınılmaz hata ve emre karşı gelmekten bahsetmekle Nürnberg Prensiplerinden ayrılması dikkat çekici bulunmuştur²⁴⁴.

²⁴⁰ **KUDO**, s. 48. Alman Askeri Ceza Kanunu dönemin Amerikan ve İngiliz askeri düzenlemelerine göre daha ilerici olarak değerlendirilmektedir. Nitekim dönemin Amerikan ve İngiliz askeri düzenlemelerinde, konusu suç teşkil etse dahi astların her türlü emre itaat etmekle yükümlü oldukları belirtilmiştir. Bkz. **GÜNEYSU**, s. 42.

²⁴¹ **CASESE**, s. 233; **SLIEDREGT**, s. 330, 331.

²⁴² **GREEN**, s. 176, 177; **KUDO**, s. 49.

²⁴³ **GREEN**, s. 177.

²⁴⁴ **KUDO**, s. 49.

1975 yılında değişikliğe uğrayan 1957 tarihli Alman Askeri Kanunu’nun 5. paragrafına göre; amirinin emri üzerine bir suç veya kabahat işleyen ast, emrin hukuka aykırı olduğunu biliyorsa veya emrin hukuka aykırılığı açıksa işlediği suçtan dolayı sorumlu olacaktır²⁴⁵. Böylece Alman Askeri Kanunu objektif ve sübjektif ölçütlerin ikisini birden değerlendiren sınırlı sorumluluk teorisini benimsemiřtir²⁴⁶. Bu doğrultuda Batı Almanya’ya kaçmaya çalışan sivillerin öldürölmesinden dolayı iki DRR (Alman Demokratik Cumhuriyeti) askerinin yargılandığı davada mahkeme, emrin tartışmaya yer bırakmayacak şekilde açıkça hukuka aykırı olması ölçütünden faydalanmıştır²⁴⁷.

2002 tarihli Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Kanunu’nun 3. bölümünde yer alan hükme göre; bir kimse 8 ve 14. bölümler arasında yer alan savaş suçlarından birini amirin emri doğrultusunda işlediğinde, emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi ya da emrin açıkça suç teşkil etmesi hallerinde sorumlu olacaktır. Böylelikle Alman ceza hukukunda amirin emrinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak Roma Statüsü’ndekine benzer bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir²⁴⁸.

²⁴⁵ **DURSUN**, s. 208; **GREEN**, s. 177.

²⁴⁶ **VERSEVELD**, s. 56.

²⁴⁷ **SLIEDREGT**, s. 330, 331. Benzer şekilde *Schwarz* davasında, Askeri Donanma Teftiş Mahkemesi, silahsız kadın ve çocukların öldürölmesine dair verilen emrin yüksek stres altındaki ve pusuya düşme tehlikesinin bulunduğu koşullarda yerine getirildiği savunmasını, emrin açıkça hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. **CASSESE**, s. 240.

²⁴⁸ **KUDO**, s. 50.

C. FRANSA

Fransız doktrinde kural olarak, askerin amiri tarafından verilen emri icra etmesi halinde sorumlu olmayacağı kabul edilmiş ve emre mutlak itaat benimsenmiştir. Kural bu olmakla beraber, doktrinde emrin açıkça kanuna aykırı olması ve açıkça suç teşkil etmesi halinde bu emrin yerine getirilmemesi gerektiği, yerine getirenin ise sorumlu olmaya devam edeceği de belirtilmiştir²⁴⁹. 1966'ya kadar özel bir askeri ceza kanunu bulunmayan Fransa'nın 1810 tarihli Ceza Kanunu'nun özel kısmında, kişilere karşı işlenen suçlar bakımından amirin emrini yerine getirmek suretiyle kanunun hükmünü icra etmek sorumluluğu kaldıran neden olarak düzenlenmişti²⁵⁰. 114 ve 190. maddeler uyarınca, amirinin emrine itaat etmek suretiyle suç işleyen kamu görevlisine ceza verilmiyor, yalnızca emri veren kişi sorumlu tutuluyordu²⁵¹. Benzer şekilde 327. maddeye göre; hukuk düzeninin veya yetkili merciin emri doğrultusunda öldürme, yaralama ve saldırı eylemlerini gerçekleştirenlerin sorumluluğu bulunmuyor, üstelik emrin hukuka uygun veya aykırı olması fark etmiyordu²⁵². Bu yönüyle Fransız ceza hukukunda amirin sorumluluğu teorisi benimsenmişti²⁵³.

Askeri Ceza Kanunu'yla beraber hukuka uygun olmayan emirlere itaat edilmemesi gerektiği, bu emirleri yerine getiren askerlerin sorumluluktan

²⁴⁹ LÜTEM, s. 127.

²⁵⁰ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 12.

²⁵¹ GREEN, s. 181; GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 13.

²⁵² GREEN, s. 182.

²⁵³ KUDO, s. 44.

kurtulamayacakları düzenlenmiştir²⁵⁴. Genel Disiplin Kuralları'nın 41. maddesine göre ast, Fransız ordusunun başarısı için amirinin hizmete ilişkin verdiği her emre uymak zorundadır. 21. maddeye göre ise; amirin astına cezai sorumluluğunu doğuracak emirler vermekten çekinmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda *Labordere* davasında memurların, anayasaya aykırı emirleri geri çevirmekle yükümlü oldukları, aksi halde sorumlu olacakları belirtilmiştir²⁵⁵.

1941 yılında emre mutlak itaat kabul edilmiş ancak 1944 yılında bu kural kaldırılmıştır. Aynı yıl Fransız Danıştay'ı verdiği bir kararında, emrin ağır ve açık şekilde hukuka aykırı olması durumunda, astın bu emre itaat etmemesi gerektiğini, bu tür emirleri yerine getiren astın cezai sorumluluğunun devam edeceğini belirtmiştir²⁵⁶. Öte yandan doktrinde de astın yalnızca emrin hukuka aykırılığının ağır ve açık olması halinde cezalandırılması gerektiği savunulmuştur. Böylece amirin sorumluluğu teorisi terk edilerek sınırlı sorumluluk ve açıkça hukuka aykırılık ilkesi benimsenmiştir²⁵⁷.

Savaş Suçlarının Yargılanmasına İlişkin 28 Ağustos 1944 tarihli Fransız Kararnamesi'nin 3. maddesine göre; düşman devletlerin kanunları, kararnameleri ve hukuk kuralları, bu devletlerin yetkilileri tarafından verilen emirler ve bu emirleri yerine getiren kişiler Fransız Ceza Kanunu'nun 327. maddesindeki hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacak, ancak bu hususlar kusurluluğu azaltan veya cezayı hafifleten sebep olabilecektir²⁵⁸.

²⁵⁴ KUDO, s. 45; GREEN, s. 182.

²⁵⁵ GREEN, s. 183.

²⁵⁶ GREEN, s. 186.

²⁵⁷ KUDO, s. 45.

²⁵⁸ KUDO, s. 45, 46.

1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanunu m. 122/4 ise amirinin emrini yerine getiren kimsenin ceza sorumluluğunun olmadığını belirttikten sonra, emrin hukuka açıkça aykırı olduğu hallerde kişinin cezai sorumluluğunun devam edeceğini belirtmiş ve böylelikle Fransız ceza hukuku da amirin emrinin yerine getirilmesi hususunda emrin açıkça hukuka aykırılığı ilkesini kabul etmiştir²⁵⁹. Ceza Kanunu'nun 213/4. maddesine göre ise; emir açıkça hukuka aykırı olsun ya da olmasın uluslararası suç teşkil ediyorsa yerine getirilmemelidir. Böyle bir durumda yerine getirilen emir ancak cezadan indirim sebebi olabilecektir²⁶⁰.

D. İNGİLTERE

İngiliz ceza hukukunda amirin emrinin yerine getirilmesi, bir savunma olarak kabul edilmemektedir²⁶¹. Bu yönüyle İngiltere mutlak sorumluluk teorisini sıkı biçimde kabul etmiş az sayıdaki ülkelerden biridir. Öte yandan Roma Statüsü'nün de düzenlemiş olması nedeniyle iç hukukta kabul edilmesine dair tartışmalar bulunmaktadır. Emrin konusunun açıkça suç teşkil ettiği hallerde, askerin görevinin, amirine itaatsizlikte bulunmak pahasına kanuna riayet etmek olduğu pek çok mahkeme kararında vurgulanmıştır. Öte yandan asıl tartışmalı olan ve nihayete erdirilemeyen mesele, emrin görünüşte hukuka uygun olduğu ancak olayda suç teşkil ettiği hallerde askerin sorumluluğunun ne olacağıdır²⁶².

²⁵⁹ **SLIEDREGT**, s. 334.

²⁶⁰ **VERSEVELD**, s. 57, 58.

²⁶¹ **WALLERSTEIN**, s. 109.

²⁶² Bu hususla ilgili olarak verilen bir örnek, bir amirin maiyetinde bulunan askerlere, ateş açmadan dağılmayacağını düşündüğü bir kalabalığın üzerine ateş açma emrini vermesi, oysaki bu kalabalığın

Amirin emri savunmasının ileri sürüldüğü ilk davalardan biri 1660'da İngiltere'de II. Charles'ın restorasyonlarından sonra görülmüştür. I. Charles'ın idamına başkanlık eden nizam karakolu komutanı Colonel Axtell, vatana ihanet ve cinayetten yargılanmış ve fiilleri amirlerinin emriyle işlediğini ileri sürmüştür. Ancak mahkeme, vatana ihanete ilişkin emirlerin yerine getirilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını belirterek savunmayı reddetmiştir²⁶³.

İngiliz hukukunda 1715 tarihli askeri kanun, hukuka aykırılığın farkında olsalar dahi astlara emirlere mutlak itaati öngörmüş, 1749 yılında yapılan değişiklikle ise mutlak itaat ödevi yalnızca hukuka uygun kurallar bakımından getirilmiştir²⁶⁴. 19. yüzyıl boyunca İngiliz mahkemeleri sınırlı sorumluluk teorisinin bir parçası olan açıkça hukuka aykırılık ilkesini benimsemişlerdir²⁶⁵. 1866'da görülen *Keighley v. Bell* davasında, emir açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece astın eyleminin hukuka uygun olması gerektiği belirtilmiştir²⁶⁶.

esasında ateş açmaya gerek olmadan dağıtılabilecek olması halidir. Bkz. **LÜTEM**, s. 130. Esasında amir “ateş et” emri vermeye yetkilidir ve koşulun sağlanıp sağlanmadığını kendisi takdir edecek, ast da bu emir doğrultusunda hareket edecektir. Ancak örnekteki gibi bir olayda ateş etmenin koşulları oluşmamışsa astın sorumluluğunun ne olacağı hususu belirsiz kalmaktadır.

²⁶³ **BASSIOUNI**, s. 463. Kararlarda açıkça bahsedilmese de, astın hukuka aykırı emirlere itaat etmeme görevinin olduğu kabul edilmiştir. Bkz. **DANIEL III**, s. 481. 17. yüzyılda görülen bir diğer dava ise *Cooke* davasıdır (Cooke, 1660, 5 St Tr 1077). Bkz. Ziv **BOHRER**, “*England and the Superior Orders Defence-Choosing the Middle Path*”, Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 12, No. 2, 2012, s. 285.

²⁶⁴ **GÜNEYSU**, s. 71.

²⁶⁵ **EDEN**, s. 647.

²⁶⁶ Glanville **WILLIAMS**, Criminal Law The General Part, Second Edition, Gaunt Inc., 1998, s. 297, 298; **GREEN**, s. 28. Bir görüşe göre; *Keighly v. Bell* davasında olduğu gibi emrin açıkça hukuka aykırılığının belirlenmesinde objektif ölçütün benimsenmesi, amirin emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak değil, fiilin iradiliğini etkilemesi biçiminde değerlendirildiğini göstermektedir. Bkz. **EDEN**, s. 648.

1914 İngiliz Askeri Hukuk Rehberi'nin 443. paragrafı, amirin emrini bir savunma olarak kabul etmişti. Buna göre, hükümetleri veya komutanlarının emri üzerine savaş usulü kurallarını ihlal eden askeri kuvvet mensuplarının savaş suçlusu olarak kabul edilemeyeceği ve düşman tarafından da cezalandırılmayacağı belirtilmişti²⁶⁷. Benzer şekilde 1939 tarihli İngiliz Askeri Rehberi'nin 7. baskısı da bu kuralı tekrar etmiştir²⁶⁸. Ancak sorumluluk çemberini daraltması nedeniyle zamanla bu teoriden vazgeçilmiş ve 1944 yılında rehberde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliğe göre; amir tarafından verilen emir doğrultusunda işlenmiş olması savaş suçunun niteliğinde değişiklik yaratmayacak ancak emir açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece, mahkeme astın emre itaat görevi olduğunu da değerlendirecektir²⁶⁹. Benzer şekilde 1958 İngiliz Askeri Rehberi'nin 627. paragrafına göre *“Hükümetin veya askeri ya da sivil amirin emirlerine ya da ulusal hukuk veya düzenlemeye uymuş olmak, savaş suçu işlemiş olmaya karşı bir savunma sağlamayacak, ancak cezanın indiriminde göz önünde bulundurulabilecektir.”*²⁷⁰. 1972 İngiliz Askeri Hukuk Rehberi'ne göre ise; kendisine hukuka aykırı bir emir verilen ast, bu emri geri çevirmekle yükümlüdür ve eğer emri yerine getirecek olursa sonuçlarından sorumlu olacaktır. Öte yandan emir açıkça hukuka aykırı olsun ya da olmasın, astı tek başına sorumluluktan kurtarmasa da hata veya tehdit gibi diğer durumlarla beraber değerlendirilebilecektir²⁷¹.

²⁶⁷ LÜTEM, s. 131.

²⁶⁸ EDEN, s. 641.

²⁶⁹ DANIEL III, s. 489.

²⁷⁰ SLIEDREGT, s. 333.

²⁷¹ WALLERSTEIN, s. 120; EDEN, s. 648, 649; WILLIAMS, s. 105.

İngiltere’de 20. yüzyıl ortalarına doğru sınırlı sorumluluk teorisi önem kazanmış olsa da II. Dünya Savaşı sonrasında önemi azalmıştır. 1940-1956 yılları arasındaki hukuk metinlerinde ve görülen davalarda kimi zaman sınırlı sorumluluk kimi zamansa mutlak sorumluluk teorilerinin benimsendiği görülür. Ayrıca 1950’lerden 1970’lere kadar da, bu konuda yerleşik bir uygulamaya rastlanmamıştır²⁷². Ceza hukukunda açıkça tartışılmasa da Lordlar Kamarası ve Özel Meclis 1970’lerden 1990’lara dek *Howe*, *Clegg* ve *Abbott* gibi çeşitli davalarda amirin emrini yerine getirmenin bir savunma olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır²⁷³. İlerleyen zamanlarda ise amirin emrini yerine getirmenin tehdit, meşru savunma, suç önleme ve zorunluluk hali gibi durumlarla beraber değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmaya başlanmıştır²⁷⁴.

Bu konuyla ilgili olarak amirin emrinin yerine getirilmesini ayrıca düzenlemeye gerek olmadığı, hata kurumu ile sorunun çözülebileceği belirtilmiştir. Şöyle ki, *Williams* davasında olduğu gibi, koşulları oluşmadığı halde kendisine zor kullanma emri verilen ve bu emri koşulları oluştuğunu düşünerek yerine getiren polis memurunun esasında fiilî hatasının bulunmasından dolayı sorumlu olamayacağı belirtilmiştir²⁷⁵. Amirinin yanıltmasıyla meşru bir fiili gerçekleştirdiğini sanarak suç işleyen astın, suç önleme veya meşru savunmanın şartlarında hataya düşmesinden

²⁷² 1948 *Brennan v. Peek*, 1966 *R v. Ball and Laughin*, 1976 *Lewis v. Dickson* kararları için bkz. **BOHRER**, s. 287.

²⁷³ *Howe* (1987) A.C. 417 HL 427-428; *Clegg* (1995) 1 A.C. 482 HL 498; *Abbott v. The Queen* (1977) A.C. 755 PC (Trin) 757. Bkz. **WALLERSTEIN**, s. 120; **BOHRER**, s. 287, 288.

²⁷⁴ **WALLERSTEIN**, s. 120.

²⁷⁵ *Williams* (1987) 3 All E.R. 411. Bkz. **WALLERSTEIN**, s. 122.

dolayı sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmektedir²⁷⁶. Öte yandan fiili hataya dayalı olaylar bu şekilde çözülebilse de, hukuki hatayı kabul etmeyen İngiliz hukukunda, her olayın hata kurumu ile çözüme kavuşturulamayacağı da ifade edilmiştir²⁷⁷.

Bir fikre göre ise amirin emrinin yerine getirilmesi tehdit ile beraber değerlendirilmeye de müsaittir. Ancak bunun için iki koşulun bir arada bulunması aranmıştır. İlk olarak tehdidin vücut bütünlüğüne veya yaşam hakkına yönelik olması ve ikinci olarak, tehdit neticesinde öldürme fiilinin işlenmemesi gerekmektedir. Bu koşulların varlığı halinde amirin emrinin yerine getirilmesi savunmasının da kabul edilebileceği ifade edilmiştir²⁷⁸.

2001’de Uluslararası Ceza Mahkemesi Sözleşmesi ile Roma Statüsü’ne taraf olan İngiltere, Statü’de yer alan pek çok savunma gibi, amirin emrinin yerine getirilmesini de kabul etmemiştir²⁷⁹. 2004’te yeni versiyonu yayımlanan Silahlı Çatışmalar Hukuku Rehberi, Roma Statüsü’ne de atıfta bulunmuş ancak ondan farklı olarak amirin emrini yerine getirmiş olmanın savaş suçlarına karşı tek başına savunma sağlamayacağının da altını çizmiştir²⁸⁰. Ayrıca askeri mahkemeler, Roma Statüsü’ne taraf olmanın da etkisiyle, *Kendall-Smith* ile *R v. Prime Minister* gibi çeşitli davalarda amirin emri savunmasını tartışmaya başlamıştır²⁸¹. 2011 tarihli Kuvvet Komutanlığı

²⁷⁶ **WALLERSTEIN**, s. 125.

²⁷⁷ Tartışmalar için bkz. **WALLERSTEIN**, s.122-124.

²⁷⁸ **WALLERSTEIN**, s. 125.

²⁷⁹ **BOHRER**, s. 287.

²⁸⁰ **VERSEVELD**, s. 55.

²⁸¹ **BOHRER**, s. 288.

Rehberi'nde de amirin emrini yerine getirmenin ayrı bir savunma teşkil etmediği düzenlenmiştir²⁸².

E. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Amerikan askeri hukuku, amirin emrini yerine getiren astın sorumluluğunu belirlemede genel olarak sınırlı sorumluluk teorisini benimsemiş ve astın sorumluluktan kurtulması için emrin açıkça hukuka aykırı olmaması koşulunu aramıştır. Ancak bu çözüm yolunun her zaman benimsendiğini söylemek doğru olmayacaktır. Nitekim 19. yüzyıl boyunca Amerikan mahkemeleri amirin sorumluluğu ile mutlak sorumluluk teorilerinden birini uygulamışlardır²⁸³.

Little v. Barreme davası, Amerikan hukukunda amirin emri savunmasının ileri sürüldüğü ilk dava olmuştur. 1799 yılında bir Amerikan donanması kaptanı, Başkan John Adams'ın verdiği emre uygun olarak Fransız limanından ayrılan bir Danimarka gemisine el koymuştur. Yapılan yargılamada Yüksek Mahkeme mutlak sorumluluk teorisini benimsemiş ve donanma komutanlarının, hukuka aykırı emirleri yerine getirmemesi gerektiğini, yerine getirdikleri takdirde sorumluluklarının devam edeceğini belirtmiştir²⁸⁴. *Little* davasıyla beraber astın bilgisinin olup olmadığına bakılmaksızın, amirinin emrini yerine getirmiş olması bir savunma olarak kabul edilmemiştir²⁸⁵. Buna dair yapılan bir diğer yargılama da 1809'da görülen *United*

²⁸² VERSEVELD, s. 55.

²⁸³ EDEN, s. 645; INSCO, s. 399.

²⁸⁴ 1 U.S. (2 Cranch) 465, 467. Bkz. DANIEL III, s. 482; INSCO, s. 399, 400.

²⁸⁵ INSCO, s. 400; GÜNEYSU, s. 26.

States v. Bright davası olmuştur²⁸⁶. Davada mahkeme, amirin emirleri doğrultusunda hareket eden astların bazı fiillerine göz yumulabileceğini belirttikten sonra, bir vatandaşı öldürmeye, konut dokunulmazlığını ihlal etmeye veya malına el koymaya ilişkin emirlerin yerine getirilmesi halinde astın sorumluluğunun devam edeceğini belirtmiştir²⁸⁷.

1812 savaşı esnasında ABD’de görülen *United States v. Bevans* davasında ise²⁸⁸, bir deniz piyadesi olan Bevans, Boston Limanı’ndaki Independence adlı gemide nöbet tutarken, küfürlü konuşmaları üzerine insanlara ateş etmiştir. Cinayetle suçlanan Bevans, piyadelere, saygısızlık eden herkese ateş edilmesi emrinin verildiğini ileri sürmüştü ancak bu savunması kabul edilmemiştir. 19. yüzyıl başlarındaki bu yargılamalarda emir açıkça hukuka aykırıysa, astın, bu konudaki bilgisine bakılmaksızın, sorumlu olacağı genel olarak kabul edilmiştir²⁸⁹.

1813 yılında görülen *United States v. Jones* davasında ise ilk kez, astın emrin hukuka aykırılığını bilip bilmediği veya bilmesi gerekip gerekmediği değerlendirilmiş ve bu doğrultuda amirin emrini yerine getirme savunması kabul edilmemiştir²⁹⁰.

Astın, suç teşkil eden emri yerine getirmesinden dolayı mutlak surette sorumluluğu ile emre itaatsizlik etmesi halinde sorumlu olması ikilemi aynı dönemlere denk gelmiştir. Bu husus 1849 yılında *Wilkes v. Dinsman* davasında Yüksek Mahkeme

²⁸⁶ **DANIEL III**, s. 483.

²⁸⁷ 24 F. Cas. 1232 (C.C.D. Pa. 1809, No. 14647), bkz. **BASSIOUNI**, s. 464.

²⁸⁸ 24 F. Cas. 1138 (C.C.D. Mass. 1816, No. 14589), bkz. **BASSIOUNI**, s. 464.

²⁸⁹ **DANIEL III**, s. 483.

²⁹⁰ 26 F. Cas. 653, 658 (C.C.D. Pa. 1813). **DANIEL III**, s. 484; Bkz. **INSCO**, s. 400; **EDEN**, s. 645.

tarafından tartışılmıştır²⁹¹. 1851’de görülen *Mitchell v. Harmony* davasında ise mahkeme, amirin emrinin yerine getirilmesini savunma olarak kabul etmemiş ve astın mutlak sorumluluğunu vurgulamıştır. Öte yandan mahkeme ilk kez, amirin emrinin yerine getirilmesinin cezada indirim sebebi olarak değerlendirilebileceğini de belirtmiştir²⁹².

1866 yılında görülen *Riggs v. State* davasında mahkeme, emrin açıkça hukuka aykırılığının belirlenmesinde objektif ölçütten yararlanmıştır²⁹³. 1867’de görülen *McCall v. McDowell* davasında, kim tarafından verilirse verilsin, emrin, herhangi bir kimse tarafından yerine getirilmemesi gerektiği anlaşılabilecek kadar açıkça hukuka aykırı olması halinde, astın sorumluluğunun devam edeceği belirtilmiştir. 1867’den sonra askeri personel için kabul gören kural; emir açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece astın sorumsuzluğunun kabul edilmesidir²⁹⁴.

Sivil Savaşın sonunda görülen *Wirz* davasında sanık Binbaşı Henry Wirz, Andersonville hapishanesindeki mahkûmlara karşı suç işlemekten dolayı yargılanmıştır. Savaş sona erinceye dek yaklaşık 14 bin mahkûm ölmüş ve Wirz kendisini, hapishanelerden sorumlu olan General John H. Winder’in emirlerini yerine getirdiğini ileri sürerek savunmuştur. Ancak mahkeme savunmayı kabul etmeyerek Wirz’i savaş hukuku kurallarını ihlal etmesinden dolayı suçlu bulmuştur. Nitekim askeri savcı mütalaasında, bir astın hukuka aykırı emirlere itaat edemeyeceğini, eğer

²⁹¹ 48 U. S. 89, 110-11, Bkz. **INSCO**, s. 400.

²⁹² 54 U.S. 115, 137. Bkz. **DANIEL III**; s. 484; **INSCO**, s. 401.

²⁹³ **EDEN**, s. 645.

²⁹⁴ 15 F. Cas. 1235 (C.C.D. Cal. 1867). Bkz. **INSCO**, s. 401; **GÜNEYSU**, s. 27.

itaat eder ve korkunç neticeler meydana gelirse bundan hem amirin hem de astın sorumlu olacağını belirtmiştir²⁹⁵.

Böylelikle 19. yüzyılın ortalarından 20. yüzyıla dek, emrin hukuka aykırılığı ast tarafından biliniyorsa veya astın bilmesi gerekiyorsa ya da emir açıkça hukuka aykırıysa, sorumluluğun devam edeceği genel olarak benimsenmiştir²⁹⁶. Ancak 20. yüzyıl başlarında amirin emrinin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisinde ciddi bir değişim yaşanmıştır²⁹⁷. 1906 yılında ilk baskısı yapılan Uluslararası Hukuk kitabında *Oppenheim*, hükümetinin veya amirinin emrini yerine getiren astın savaş suçlusu olmadığını, düşman devletlerce cezalandırılmayacağını ve amirin tek başına sorumlu olacağını belirtmiştir. ABD'deki kodifikasyon hareketleri de *Oppenheim*'in görüşlerinden oldukça etkilenmiştir. 1914'te yayımlanan Kara Savaşı Kuralları, *Oppenheim*'in görüşlerine paralel olarak, amirin emrini yerine getirmeyi mutlak bir savunma olarak kabul etmiştir²⁹⁸. Neticesinde ise I. Dünya Savaşı sırasında işlenen suçlardan dolayı askerler hakkında yargılama yapılmamıştır²⁹⁹. 1934 yılında yayımlanan yeni Kara Savaşı Kuralları da ilkiyle aynı olarak amirin sorumluluğu teorisini kabul etmiştir. 1940 yılında yayımlanan Kara Savaşı Kuralları (*FM 27-10*) de kendinden önceki düzenlemeleri tekrar etmiştir. II. Dünya Savaşı zamanında ise Kara Savaşı Kuralları ile sivil mahkemeler arasında amirin emri savunmasıyla ilgili çatışma ortaya çıkmıştır. 1944 yılında Kara Savaşı Kuralları'nda değişiklik yapılarak, amirin

²⁹⁵ **BASSIOUNI**, s. 465, 466.

²⁹⁶ **INSCO**, s. 402.

²⁹⁷ **DANIEL III**, s. 488.

²⁹⁸ **INSCO**, s. 403.

²⁹⁹ **DANIEL III**, s. 488.

emrinin otomatik bir savunma olarak değil, kusurluluğu kaldıran neden veya cezada indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabileceği düzenlenmiştir³⁰⁰.

1951 Askeri Mahkemeler Kılavuzu ¶ 197b ise emrin, amirin yetkisi dışında verilmesi veya açıkça hukuka aykırı olması halinde astın sorumluluğunun devam edeceğini, ast emri iyi niyetle yerine getiriyorsa sorumlu olmayacağını düzenlemiştir³⁰¹. 1969 Askeri Mahkemeler Kılavuzu ¶ 216d, yetki aşılarak verilen veya sıradan bir kimsenin anlayabileceği şekilde hukuka aykırı olan emirlerin yerine getirilmesinin mazur görülemeyeceğini belirtmektedir. Böylece kılavuz, sınırlı sorumluluk teorisini benimseyerek yalnızca meşru emirlerin sorumluluğu ortadan kaldırılabileceğini kabul etmiştir³⁰². 1953 yılında görülen *United States v. Kinder*, 1969 yılında görülen *United States v. Keenan* ve 1973 yılında görülen *United States v. Calley* davalarında objektif ölçüte göre emrin açıkça hukuka olmasının astı sorumluluktan kurtarmayacağı vurgulanmıştır³⁰³.

United States v. Calley davasında Amerikalı bir teğmen olan Calley'in Vietnam'daki katliamlara katıldığı ve bebek, çocuk, kadın ve yaşlı insanlardan oluşan 22 kişiyi öldürdüğü iddiası ileri sürülmüştür³⁰⁴. Her ne kadar amirin emri savunması

³⁰⁰ INSCO, s. 404.

³⁰¹ DANIEL III, s. 492. Benzer şekilde 1956 tarihli Amerikan Askeri Rehberi'nde de amirin emrinin yerine getirilmesi suretiyle işlenen suçun savaş suçu niteliğinde bir değişiklik yapmayacağı ve ast emrin hukuka aykırılığını biliyorsa veya kendisinden bunu bilmesi bekleniyorsa sorumluluğunun devam edeceği, ancak bu durumun cezasında bir indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabileceği belirtilmiştir. Devamında ise emirlere itaatin her askerin görevi olduğunun ve asttan, kendisine verilen emrin hukuka uygunluğunu denetlemesinin askeri disiplinde beklenemeyeceğinin mahkeme tarafından göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. BASSIOUNI, s. 452.

³⁰² EDEN, s. 645.

³⁰³ DANIEL III, s. 493-495.

³⁰⁴ DANIEL III, s. 477.

yargılamada ileri sürülmüşse de askeri savcı, mütalaasında, teğmen Calley'in emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme ilk olarak, çatışmanın stresi altındaki askerlerden detaylı bir hukuki değerlendirme beklenemeyeceğini ve böyle hallerde askerlerin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Ancak Mahkeme, bu koşullar altında dahi, evrensel olarak ve tartışmasız bir şekilde hukuka aykırılığı açık olan emirlere riayet edilemeyeceğini³⁰⁵; sanığın rütbesi, eğitim düzeyi, ordudaki, Hawaii ve Vietnam'daki eğitimleri, önceki operasyonlardaki deneyimi ve yaşı göz önünde bulundurulduğunda, bu koşullardaki başka bir kimsenin direnç göstermeyen silahsız insanların öldürülmesine dair verilen emrin hukuka aykırılığını bileceğini, sanığın da bilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, o koşullar altında ortalama bir algısı ve anlayışı olan bir kimsenin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesi gerektiği yorumunu yaparak, açıkça hukuka aykırılığın belirlenmesinde objektif ölçütten faydalanmıştır³⁰⁶.

Açıkça hukuka aykırılık koşulu Amerikan askeri hukukunda 1950'lerden bu yana uygulanmaktadır. Amerikan askeri hukukunda, ast ancak emrin hukuka aykırılığını bilmiyorsa veya kendisinden bilmesi beklenmiyorsa emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmayacaktır. Öte yandan emir açıkça hukuka aykırıysa

³⁰⁵ CASSESE, s. 240.

³⁰⁶ EDEN, s. 646; SLIEDREGT, s. 330. Sanık ise savunmasında, kadın, erkek, çocuk ayrımı yapmadığını, sadece kendisine verilen emri uyguladığını ve bunun yanlış olduğunu düşünmediğini ifade etmiştir. Ayrıca Amerikan halkının mahkûmiyet kararına şiddetli bir şekilde karşı çıktığını belirtmek gerekir. Bu husus ise araştırmaya konu olmuştur. İnsanlara kendilerini askerin yerine koymaları ve kadın, çocuk ve yaşlı insanların öldürülmeleri emredildiğinde ne şekilde davranacakları sorulmuştur. %37 emre itaat etmeyi tercih edeceğini, %45 ise emre itaat etmeyeceğini belirtmiş ve üçte ikilik bir çoğunluk, katliamın amirin emri doğrultusunda yapıldığı kanıtlandığı takdirde askerin ceza almaması gerektiğini belirtmiştir. Toplumdaki bu kanaatin 1947'den sonra ciddi şekilde değiştiğini ve %19'un savaş suçlularının yargılanmalarının, %47'nin hapis cezası almalarının, %19'un ise idam cezası almalarının gerektiğini söylediğini belirtmek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DANIEL III, s. 478-480.

sorumluluk devam etmekle beraber, astın cezasında indirim nedeni olabilecektir³⁰⁷. Ancak Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanan Model Ceza Kanunu § 2.10'da astın sorumluluğunun, emrin hukuka aykırılığını bildiği sürece devam edeceği düzenlenmiştir³⁰⁸. Bu yönüyle Model Ceza Kanunu, emrin hukuka aykırılığının ast tarafından bilinmesi koşulunu benimseyerek sübjektif ölçüte önem vermiş ve objektif ölçütü göz ardı etmiştir³⁰⁹.

³⁰⁷ VERSEVELD, s. 56.

³⁰⁸ INSCO, s. 406; EDEN, s. 646.

³⁰⁹ DEĞİRMENCİ, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, s. 87.

İKİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ŞARTLARI

I. BİR EMRİN OLMASI

Amirin emrini yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için iki temel şartın bulunması gerekir: Her şeyden önce bir emrin mevcut olması gereklidir. Fakat bu emir aynı zamanda yerine getiren bakımından bağlayıcı da olmalıdır. Emrin bağlayıcı olması için ise meşru olması zorunludur³¹⁰. Amirin emrinin yerine getirilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için gereken bu iki temel koşulun hangi hallerde sağlanabileceğinin ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir. Türk hukuk mevzuatında ve özellikle de askeri mevzuatta emirle ilgili pek çok hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle TCK ve PVSK'nın yanı sıra konumuz açısından TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile AsCK ayrı bir önem kazanmaktadır.

Amirin emrinin yerine getirilmesi ister hukuka uygunluk nedeni ister kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak nitelensin, sorumluluğu ortadan kaldırması için gereken ilk ve doğal şart, ortada bir emrin olmasıdır. Bu emrin kim tarafından verilip hangi özelliklere sahip olması gerektiği ise üzerinde durulması gereken bir diğer husustur. Emirle ilgili tartışmaların çoğu, katı bir hiyerarşinin olduğu askeri ceza hukukunda yer alır. Bu nedenle açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki, askerlikte verilen emrin, yerine getiren bakımından sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için hizmete ilişkin olması gerektiğinden, bu özelliği taşıyıp taşımadığını belirlemede özellikle askeri ceza hukukundaki bazı kurum ve suç

³¹⁰ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 86.

tiplerinin yanı sıra yargı kararlarından da çokça yararlanılacaktır. Emir kurumu özellikle astın sorumsuzluğunu düzenleyen AsCK m. 41 ile emre itaatsizlikte ısrar suçunu düzenleyen AsCK m. 87 ile birlikte değerlendirilecektir.

A. EMİR KAVRAMI

1. Genel Olarak

Sözlük anlamı “*Buyruk, komut, talimat, ferman, istek*”³¹¹ olan, amir, memur ve hiyerarşik bağ neticesinde ortaya çıkan ve esasında idare hukukuna ait bir kavram olup³¹² ceza kanunlarında tanımı yapılmayan emir kavramı, tabii ve hukuki (normatif) anlamda emir olarak iki şekilde anlaşılabilir. Tabii anlamda emir, “*üstünlük kudretini haiz kimsenin, ast durumunda olana belirli bir davranışta bulunabilmesini sağlamak amacıyla belirtmiş olduğu irade beyanıdır.*” Tabii anlamda emirde, bir kimsenin diğeri üzerinde bir üstünlük ilişkisinin olması gerekli ve yeterli görülürken, emrin hukuki niteliği esaslı bir unsur olarak ortaya çıkmaz. Bu nedenle, tabii anlamda emir kavramında benimsenen üstünlük, hukuki değil fiili anlamda üstünlüktür³¹³. Öte

³¹¹ **Türk Dil Kurumu**, Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr).

³¹² Olgun **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 79. Emir, idari bir işlem olduğu için, tüm idari işlemlerde bulunması gereken yetki, şekil, neden, konu ve amaç unsurlarına sahip olmalıdır. Bkz. Bahri **ÖZTÜRK** / Mustafa Ruhan **ERDEM**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 209; **İÇEL**, s. 303.

³¹³ Üstünlük ilişkisi hukuk tarafından tanınabilir veya suç işlemek için kurulmuş örgütlerde olduğu gibi hukukten izin verilmemiş bir durumda da mevcut olabilir. Suç işlemek için kurulmuş bir örgütün yöneticisi ile üyeleri arasındaki üstünlük ilişkisinin şiddete dayalı fiilî bir üstünlük olduğu ancak bu üstünlük ilişkisinin varlığının, yöneticinin emrinin tabii anlamda emir kavramını benimseyenler tarafından geçerli görüldüğü anlamına gelmediği, nitekim üyelerin iradesinin örgüt yöneticinin iradesi karşısında her türlü anlamdan yoksun olmadığı ve mutlak itaatin kabul edilmediği görüşleri hakkında bkz. **GÜNAL**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 63-65.

yandan emrin normatif anlamını kabul edenlere göre ise, emrin mevcudiyeti için itaat ödevinin bulunması gerekir ve bu itaat ödevi de ancak hukuk tarafından öngörülebilir. Emir her ne kadar dışa yansıyan bir irade beyanı ve bir fiil olsa da, hukuk dışı ölçütlerle tanımlanamaz. Bu nedenle tabii anlamda emir, emrin hukuka uygun veya aykırı olmasını açıklamaya yetmediğinden, emrin hukuki anlamı önem kazanmaktadır. Emri verenle yerine getiren arasındaki üstünlük ilişkisi, fiili bir üstünlük değildir ve mutlaka hukuk normları ile açıklanmalıdır³¹⁴.

Normatif anlayışından yola çıkılarak emir; *“hukuk tarafından kabul edilmiş üstün bir kudret ve yetkiye sahip merciin, muayyen bir davranışta bulunmak üzere ast durumunda olana yönelttiği bir irade beyanı”* olarak tanımlanabilir³¹⁵. Bir diğer tanıma göre emir; *“Hukukça kabul edilen ast-üst ilişkisi içinde üstün asttan icrai veya ihmali bir hareketi yapmasını istediği irade”*³¹⁶ olarak ifade edilir. Bir başka tanıma göre ise emir; *“Bir işin yapılmasını veya yapılmamasını bildiren ve kuvvetini kanun ve nizamın verdiği yetkiden alan; yapılmadığı takdirde sorumu gerektiren bir istekten ibarettir.”*³¹⁷ Bu tanımlardan da yola çıkarak, emri meydana getiren unsurların; üstünlük, zorunluluk ve tabiiyet (bağımlılık) olduğu söylenebilir³¹⁸.

³¹⁴ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 65.

³¹⁵ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 59. Dönmezer/Erman da emri *“üstünlük yetki ve kudretini haiz bir merci tarafından, belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade beyanı”* biçiminde tanımlar. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 85; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 412.

³¹⁶ ÖNDER, s. 194; DEMİRBAŞ, s. 269.

³¹⁷ Tevfik ARASLI, Emir ve Yapılmasından Doğacak Sorunun Kime Ait Olacağı, B. 2, Doğu Ltd. O. Matbaası, Ankara 1952, s. 11.

³¹⁸ GÜNAL, *“Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”*, s. 170; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 290.

Amirin verdiği emir doğrultusunda memurun belirli bir davranışı gerçekleştirme veya gerçekleştirmeme zorunluluğu doğmakta ve bu zorunluluk bir yaptırım ile teminat altına alınmaktadır. DMK m. 125 ve AsCK m. 87’de emre itaat etmeme halinde karşılaşılabilecek yaptırımlar dzenlenmiřtir³¹⁹. Memurun amirine itaat devi tabiiyet bağı üzerine kuruludur ve bu, memuru amire bağlayan bir bağ olarak memuriyet ilişkisinin özünü oluřturur³²⁰. Bu nedenle, emrin bir hukuka uygunluk nedeni yaratıp, yerine getirenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için, kamu hukuku anlamında bir bağlılık ilişkisi uyarınca verilmiş olması gerekir. Dolayısıyla kamusal nitelikte olmayan, birbirine saygı ve bağlılık hallerini belirten ilişkilerdeki istekler, emir deđildir³²¹. Örneğin babanın ğula veya işverenin işçiye yönelttiği emirlerde olduğu gibi, özel hukuk alanındaki emirler bu hukuka uygunluk nedenini yaratmaz ve böyle bir emri yerine getirenlerin sorumluluğu devam eder³²². Ayrıca nasihat, uyarı, kınama, azarlama, tehdit, teşvik, tahrik ve davet emir kapsamında değilse de, tehdidin hizmete ait bir hususun yerine getirilmesi maksadıyla yapılması halinde ve talebin reddedilemez olduğu durumlarda emir kapsamında sayılacağı ifade edilmiřtir³²³.

³¹⁹ AsCK’nun emre itaatsizliği düzenleyen 87. maddesine göre; “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. 2. Yukarıdaki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.*” Ayrıca 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’un “itaatsizlik edenler” başlıklı 48. maddesine göre; “*Kast veya ihmali ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir.*”

³²⁰ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 60.

³²¹ ÖNDER, s. 194.

³²² DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 85; ÖNDER, s. 194; CENTEL/ZAFERAKMUT, s. 290.

³²³ Bilal YÜCEER, Askerlikde Emir Müessesesi, Nüve Matbaası, Ankara, s. 32; GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 61; Olgun DEĞİRMENCİ, “*Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr*

Emir bir davranışı yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde de olabilir. Ayrıca sonradan davranışı tasvip etmek önceden verilen bir emre uygun bir hareket olarak kabul edilemez ve bir davranışı gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusunda emrin en baştan verilmesi gerekir³²⁴. Ancak, emrin yerine getirilmesi onay ile kesinleşse ve ilgili makam bu emri onaylamasa bile emir mevcuttur ve emri veren sorumludur³²⁵. Emir, bir daire amirinin kendi memurları hakkında yaydığı bir genelge veya sirküler şeklinde genel bir emir olabileceği gibi, amirin altında bulunan tek bir memura yöneltilen özel bir emir de olabilir³²⁶. Her iki halde de memurun itaat mecburiyeti doğduğundan, hem genel hem de özel emirler bağlayıcı oldukları takdirde görevin ifasının kaynağını oluşturur³²⁷.

2. Askerlikte “Hizmete İlişkin Emir” Kavramı

Askeri görevlerin özelliklerinden dolayı askerlikte emir, genel idaredeki emir kavramından bazı farklılıklar gösterir ve askeri hizmetlerin görülmesi açısından emir kavramı devletin diğer kurumlarına nazaran daha çok önem kazanır³²⁸. Bu nedenledir

Suç”, KHO Bilim Dergisi, C: 18, S. 2, Yıl: 2008, s. 9. “*Disiplini ihlal eden bir askeri şahsın işbu fiili sebebiyle üstü bulunan bir askeri şahıs tarafından yetkili makama daveti, bir hizmet emri olup, bu davete icabet etmemek emre itaatsizlik suçunu teşkil eder.*”, (1.D., 6.3.1962, 499/471). Karar için bkz. Sahir **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, B. 7, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s. 181, dpn. 32.

³²⁴ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 59, dpn. 1.

³²⁵ **ÖNDER**, s. 194.

³²⁶ **DEMİRBAŞ**, s. 269.

³²⁷ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 85. Bu şekilde devletin iradesi yetkili amirin emri vasıtasıyla belirtilir ve memur da bu emri yerine getirerek kanunun uygulanması sürecini tamamlar. Öte yandan emir bir yargı merciiinin aracılığıyla veya doğrudan muhatabına verilebileceği gibi bir başka şahsın aracılığıyla da icra edecek olana iletilebilir. Bkz. **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 60, 61.

³²⁸ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 81.

ki askeri mevzuatta, mutlak itaat prensibinin benimsendiği ve emri yerine getiren astın, emrin yerine getirilmesinden meydana gelen sorumluluktan kurtulmasına imkân tanıyan çeşitli hükümlerin olduğu görülür.

TCK’da emir kavramına yer verilmese de, emrin tanımının TSK İç Hizmet Kanunu’nun 8. maddesinde “*Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile vesair surette ifadesi*” şeklinde yapıldığı görülür. Bu nedenle bir istek veya yasağın emir sayılabilmesi için, hizmete ait olması gerektiğinden³²⁹, hizmetin ne anlama geldiğinin de açıklığa kavuşturulması gerekir. Aynı kanunun 6. maddesinde **hizmet**, “*Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır³³⁰. Nitekim bu hükme paralel olarak AsCK m. 12’de “*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 sadece kanun ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yazılı olan hususlar değil, amirin askeri bir vazife ile ilgili vermiş olduğu emirler de hizmet olarak değerlendirilmiştir³³¹.

Emirler, askerlik kurumunun görünümüne ilişkin olabileceği gibi askeri hizmetin içeriğine ilişkin de olabilir. Yerine getirildiği takdirde astın sorumlu tutulmasına engel olan emirler, askeri hizmetin yürütülmesine ve astın soyut vazifesine

³²⁹ ARASLI, s. 11.

³³⁰ Nizam ise aynı Kanun’un 5. maddesinde “*Tüzükler, kararnameler, yönetmelikler ve talimatların hükümleri*” şeklinde tanımlanmıştır. İdarenin düzenleyici işlemleri olan nizam ile beraber yorumlandığında hizmet, Anayasa da dâhil olmak üzere kanunlarda ve idarenin düzenleyici işlemlerinde yazılı olan hususlarla, amir tarafından talep ve yasak edilen hususlar olarak tanımlanabilecektir. Bkz. DEĞİRMENCİ, “*Emre İtaatsizlikte Israr Suçu*”, s. 5.

³³¹ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 64.

dair olan emirlerdir³³². O halde askeri ceza hukukunda emrin hizmete ilişkin olup olmamasına göre de bir ayrıma gidilmelidir. Emir hizmete ilişkin değilse, astın bunu yerine getirme zorunluluğu olmadığı için, böyle bir emri yerine getiren ve suç işleyen ast, o suçun tam cezasını alacak ve emri veren de bundan dolayı cezalandırılarak, cezası AsCK m. 109 hükmü gereği artırılacaktır³³³. Bu nedenle hizmete ilişkin olmayan emirlerin yerine getirilmesi halinde astın sorumluluğu devam edeceği için, emrin bu özelliği taşıyıp taşımadığının kontrol edilmesi gerekir³³⁴. Nitekim AsCK m. 41/2’de “*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.*” denilmek suretiyle, emrin ancak hizmete ilişkin olması halinde emri yerine getiren kimsenin sorumluluğunun doğmayacağı ve bütün sorumluluğun emri verene ait olacağı belirtilmiştir³³⁵. Bu nedenle hizmete ilişkin emir kavramını ve bu emirlerin ne şekilde ortaya çıkabileceğini açıklamak yerinde olacaktır.

İç Hizmet Kanunu m. 7’ye göre **vazife**, “*Hizmetin icabettirdiği şeyi yapmak veya men ettiği şeyi yapmamak*”tır. Bir amir tarafından emredilen vazife ise, kanunlarda ve nizamlarda açıkça gösterilmeyip yetkililerin takdirlerine bırakılan hususlardır³³⁶. Şöyle ki, kanun ve nizamlar hizmetle ilgili tüm hususları içermeyeceği gibi, hizmete ilişkin işlerin kanun ve nizamlarda tek tek saptanması da mümkün

³³² Askerlik kurumunun görünümüne ilişkin emirler, disipline ilişkin emirler olarak da ifade edilmektedir. Bkz. YÜCEER, s. 40, 41.

³³³ Madununa suç yapmak için emir verme suçunu düzenleyen AsCK m. 109’a göre; “1. Rütbe veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve salahiyetini suistimal ederek madununa bir suçun yapılmasını teklif eden, amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur. 2. Suç yapılır veya yapılmışa teşebbüs edilirse faili asliye muayyen olan ceza, emir veren hakkında (m. 50) artırılarak hükmolunur.”

³³⁴ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 179; YÜCEER, s. 60.

³³⁵ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 179, 180.

³³⁶ Zeynel KANGAL, Askeri Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2012, s. 147.

değildir. Hizmetle ilgili boşlukların amirlerin verdiği emirlerle doldurulması nedeniyle, kanun koyucu tarafından amire bir takdir yetkisinin tanındığı görülür. Bu takdir hakkı gereği emrin hizmete ilişkin olması gerekmekte, ancak bu hakkın kullanılmasında zaman zaman kanun ve nizamların dışına da çıkılabilmektedir³³⁷. Böyle hallerde dahi ast, başta Anayasa m. 137 olmak üzere, İç Hizmet Kanunu m. 14 ve İç Hizmet Yönetmeliği m. 33 gereğince, amirin suç teşkil etmeyen ve askeri hizmete ilişkin her emrini kanun ve nizamlara uymasa dahi yerine getirmek zorundadır³³⁸. Ancak Askeri Yargıtay'ın, hizmete ilişkin emri sadece kanun ve nizamlarda yazılı olan hususlarla sınırlı olarak kabul edip, hizmeti dar yorumladığı ve hukuka aykırı olan hususların hizmete ilişkin olamayacağı görüşünü savunduğu da görülür³³⁹. Hizmetle ilişkin emir kavramının geniş biçimde yorumlanmasının askerlik kurumunun mahiyetine daha uygun düşeceği görüşlerine katılıyoruz. Öte yandan Askeri Yargıtay 4. Dairesi'nin 2011 tarihinde verdiği bir kararın karşı oy gerekçesine göre; *“Mevzuat hükümleri ve Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, amir tarafından istenilen davranış şeklinin hizmete ilişkin emir olarak kabul edilebilmesi*

³³⁷ Amirin bu takdir hakkının ise, kanun ve nizamlarda öngörülen hükümlerle açık biçimde uyumsuzluk göstermemesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **YÜCEER**, s. 65-69; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 88.

³³⁸ Askeri Yargıtay, tümen kurmay başkanı tarafından ölmek üzere bulunan bir eri muayeneye gitmesi emredildiği halde gitmemesi sebebiyle emre itaatsizlikte ısrar suçundan mahkûm edilen askeri hastane tabibinin itirazlarını reddetmiş; kurmay başkanının emrinin AsCK'nun 12. maddesindeki hizmet tarifine uygun suç teşkil etmeyen bir emir olduğunu ve amirin suç teşkil etmeyen askeri hizmete müteallik her emrinin kanun ve nizama uygun olmasa dahi yerine getirilmesinin gerekeceğini içtihat etmiştir. (As. Ad. Dergisi As. Yrg. Drl. Krl. T. 2.12.1966, E. 1966/98 K. 1966/96). Karar için bkz. **YÜCEER**, s. 66.

³³⁹ *“AsCK uygulamasında hizmeti kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması açıkça gösterilmiş olan hükümlerle gene kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yetkililerin takdirine bırakıldığı ahvalde, yetkililerin bu takdirlerine dayanarak yapılmasını veya yapılmamasını istediği husustur, şeklinde tanımlamak mümkün olacaktır. Emir hizmetin ifadesi olup, hizmet de kanunlarda ve nizamlarda yazılı hususlardan ibaret olduğuna göre, kanuna aykırı bir istek emir niteliğinde değildir. Bu itibarla sicil yönetmeliğine aykırı olarak 3 ay beraber çalışmadığı astına sicil vermesi hususunda verilen emre uymayan sanığın hareketi, emre itaatsizlikte ısrar suçuna sebebiyet vermez.”*, (As. Yrg. Drl. Krl., 24.12.1975, 72/70). Karar için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 89.

için; askeri hizmet gerekleriyle istenilmiş olması, doğrudan kişiye yöneltilerek somutlaştırılması, kanunlarla bu eylem karşılığında bir yaptırım öngörülmemiş olması gerekmektedir.”³⁴⁰

Kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı kurallardan doğan vazifeler hizmete ilişkin birer görev olsalar da “objektif tanzimi tasarruflar” olmaları nedeniyle hizmete ilişkin birer emir niteliği taşımazlar. Kanunlarda yazan bu vazifelerin hizmete ilişkin emir olabilmesi için, amir tarafından somut birer emre dönüştürülmesi ve asta tebliğ edilmesi gerekir³⁴¹. Bu nedenle askeri mevzuatın düzenlediği hususlar, kanun ve nizamların çerçevesinde kaldığı, amir ile ast arasında bu konularda özel durumlar meydana gelmediği sürece hizmete ilişkin bir emir teşkil etmezler³⁴².

Bir emir, kanun ve nizamın düzenlediği askeri bir vazife ile ilgiliyse veya böyle bir vazife ile ilgili olmasa bile genel olarak askerliğin amaç ve menfaatlerine uygunsa, hizmete ilişkin sayılır³⁴³. Bu nedenle, kanun ve nizamların öngördüğü işlere ilişkin emirler, kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde emir vermeye yetkili kılınan kişilerin

³⁴⁰ 28.6.2011 tarih ve E. 2011/593 K. 2011/583 sayılı karar için bkz. Cihan **KOC**, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ve İlgili Mevzuat, B. 21, Sözkese Matbaası, Ankara 2014, s. 477.

³⁴¹ “Mücerret bir yönetmelik veya tüzük hatta kanun hükmüne riayetsizlik, işbu hüküm muktezası bir amir veya üst tarafından asta herhangi bir vasıta ile duyurulmadıkça emre itaatsizlik konusu yapılamaz. Emir deyimi icrai bir hareketi kapsamına alır. Bu sebeptir ki İç Hizmet Yönetmeliğinin 74. maddesine aykırı olarak sivil elbise giyen er, emre itaatsizlik suçunu değil, bir disiplin tecavüzü işlemiş olur.” (As. Ygt. 2. D. 2.11.1967, E. 493, 491 – İl. Kaz. İct. Der. VIII/91, 6233). Karar için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 179, dpn. 27.

³⁴² Bunlar somut olarak asta tebliğ edilmediği sürece emret itaatsizlikte ısrar suçu oluşmasa da, vazifenin yerine getirilmemesinden dolayı disiplin sorumluluğu doğabileceğine dair görüş için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 96.

³⁴³ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 89. Askeri ceza hukukunda hizmete ilişkin olmanın yanı sıra emrin taşınması gereken özellikler arasında yetkili amir tarafından verilme ve kanunen aranan şekil ve öze ilişkin hususlara sahip olma şeklinde iki şart daha sayılmış olsa da (bkz. **DEĞİRMENCİ**, “Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu”, s. 4) biz bunlara amirinin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin şartları altında ayrıca yer verdiğimizden burada belirtmekle yetiniyoruz.

emirleri³⁴⁴, zararlı neticeleri saptanmış bazı fiillerin tekrarlanmasını önlemek amacıyla verilen ve yasak koyan emirler hizmete ilişkindir³⁴⁵. Emrin hizmete ilişkin olup olmadığı, emri alan astın durumu ile de ilgili olduğu için, polise yardım eden jandarma erine bir asker kişiyi araması yönünde verilen emrin hizmete ilişkin olduğu ifade edilmektedir. Yine de emrin ne zaman hizmete ilişkin olacağı konusunda kesin bir ölçüt bulunmadığı için, özel nitelikte olmayan ve bu özel niteliği ilk bakışta anlaşılamayan her emrin, hizmetle ilgili sayılması gerektiği belirtilmektedir³⁴⁶.

Askeri Yargıtay'ın da belirttiği gibi, *“amirlerin emir vermek veya vermemek gibi bir sorumsuzluk içinde olmayıp, vazifenin gerektirdiği emirleri vermek ve vazifenin gerektirmediği emirleri vermemekle yükümlü olduğu”*³⁴⁷ düşünüldüğünde, ancak askeri vazifenin gerektirdiği hususlar hizmete ilişkin olabilecektir. Kanun ve nizamlarda, bir diğer ifadeyle yazılı hukuk kurallarında yer alan hususlar hizmetle ilgili olsa da yukarıda da belirtildiği üzere, askerin bütün vazifeleri yazılı kurallar tarafından belirlenemeyeceği için, pek çok vazife, amirlere verilen takdir yetkisi içinde kalmak ve askerlik maksat ve menfaatlerine uygun olmak koşuluyla emirlerle

³⁴⁴ 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun 10. maddesinin 2. fıkrasına göre *“Disiplin amirleri, disiplin yönünden eğitilmesine ve ıslah edilmesine katkı sağlamak amacıyla maiyetine ilave görev ve sorumluluklar verebilir. Verilecek görev ve sorumluluklar; işlenen fiilin niteliğine, personelin statüsüne, rütbesine ve makamına uygun ve ölçülü olur. Bu kapsamda verilen görevler hizmete yönelik emir olarak kabul edilir.”*

³⁴⁵ **YÜCEER**, s. 70; *“ ‘Emre itaat et’ şeklinde verilmiş emir, hizmete ilişkindir.”*, (As. Yrg. 2. D., 8.4.1950, E. 4, K. 660); *“Kılık-kıyafet disiplininin sağlanması için verilen emrin hizmete ilişkin olduğu açık olup ...”*, (As. Yrg. 3. D., 13.01.2004, E. 2004/13, K. 2004/13). Kararlar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 37, 38.

³⁴⁶ **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 181. Örneğin İl İdaresi Kanunu'nun vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesini düzenleyen 11/D maddesine göre; *“Bu fıkra uyarınca görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin, bu fıkra kapsamındaki faaliyetleri, askerlik hizmet ve görevlerinden sayılır.”*

³⁴⁷ (As. Yrg. Drl. Krl., 18.4.2013 , 47/43). Karar için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 88.

belirlenebilecektir³⁴⁸. Böylece emir, hizmete ilişkin olmak kaydıyla kanun ve nizamla aykırı olabilecek, hatta AsCK m. 41’de düzenlendiği üzere, hizmete ilişkin ancak suç teşkil eden emirler ortaya çıkabilecektir³⁴⁹.

Her kademedeki amir, disiplini ve hizmetin düzgün, verimli ve kesintisiz bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, konusu suç oluşturmeyen hizmete ilişkin emirler verebilirse de³⁵⁰, amirin verdiği her emrin hizmete ilişkin olduğu söylenemez³⁵¹. Nitekim askeri vazifelerle ilgili olmayan emirler bu şekildedir ve bu yönlendirmeler, sıradan bir talimat olarak ortaya çıkabilir³⁵². Örneğin, kendisine hürmet göstermesi için mutfakta oturan asta ayağa kalkmasını söyleyen astsubayın emri hizmete ilişkin sayılmamıştır³⁵³. Hizmete ilişkin olmayan böyle emirler kasten

³⁴⁸ Hizmet tanımını sadece kanunda yazılı hususlarla sınırlamanın, konusu suç teşkil eden emirlerin açıklanmasında güçlük yaratacağına ilişkin görüşler için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 88.

³⁴⁹ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 89.

³⁵⁰ “Hizmete ilişkin oluşunda kuşku bulunmayan; amirin, görevlendirdiği er aracılığıyla verdiği içtimaya katılma emrini yerine getirmeyen ... sanığın, emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği açık olup...”, (As. Yrg. 2. D., 16.03.2005, 331/324); “İstihbarata karşı koyma, sabotaj, saldırı ve kazaları önleme, gizliliği temin amacıyla, kolayca taşınabilen, ne zaman nerede ve nasıl kullanılacağına takip edilmesi imkansız olan cep telefonu sim kartının, kışlaya tamamen sokulmasını ve kışla içerisinde taşınmasını yasaklayan emrinin, hizmete ilişkin ve somutlaştırılmış bir emir olarak kabul edilmesi gerekir.”, (As. Yrg. Drl. Krl. 3. 1. 2008, 1/1). Kararlar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 39, 40. “Eğitim esnasında ceza olarak verilen ‘marş marş’ veya ‘yat kalk’ gibi emirler, hizmete ilişkin emirler olup, uyulmaması emre itaatsizlikte ısrar suçuna sebebiyet verir.”, (As. Yrg. Drl. Krl. 6.7.1989, 101/105). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 481; “Çalışan personelin odaları banyo ve yatmak için kullanmayacağına dair Özel Resepsiyon Talimatı, otel kısmında çalışma esaslarını ve personelin uyması gereken kuralları düzenlemesi nedeniyle somut hale getirilmiş hizmete ilişkin emir niteliğindedir.” (As. Yrg. 2.D., 22.4.2014, 488/476). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 503.

³⁵¹ “Can güvenliğinin sağlanması ve personel zayıyatının önlenmesi için yapılan düzenlemeler tek taraflı bir hizmet arzı olup, bir tavsiye niteliğindedir. Anlaşmalı otobüs firması ile toplu şekilde sevkini yapılmasının istenilmesi seyahat hürriyetinin de kısıtlanması mahiyetinde bulunduğundan, verilen emir hizmete müteallik bir emir değildir.” (As. Yrg. 3.D., 2.3.2010, E. 625/617). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 40.

³⁵² **KANGAL**, s. 147; **DEMİREL**, M., s. 113.

³⁵³ “Mutfağın bekleme bölümündeki galoş sandığının üzerinde oturmakta olan sanığa Astsb. H. Tarafından ayağa kalkması için söylenen sözler hizmete ilişkin bir emir niteliğinde değildir. Astsb. H. ’nin amacı sanığa bir vazife vermek olmayıp, astının kendisine hürmet göstermesini sağlamaktır.” (As. Yrg. 4. D., 20.1.2004, 77/73). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 38.

veya yanlış sonucu hata ile de verilebilir. Emirlerin verilmesinde hizmetten ziyade şahsi işlerin gördürülmesi de amaçlanabilir. Hizmete ilişkin olmayan böyle emirlerin verilmesi halinde amir bakımından görevi kötüye kullanma suçu da oluşabilir³⁵⁴. İç Hizmet Kanunu m. 16'ya göre; *“Amir; maiyetine hizmetle münasebeti olmayan emir veremez. Astından hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz. Hediyesini kabul edemez ve borç alamaz.”* Emir verenlerin özel işlerine ve özel menfaatlerine ilişkin istekler de hizmetle ilgili olmayan taleplerdir³⁵⁵. Ayrıca asta verilen emir, sosyal bir hizmet teklifi şeklinde ise, hizmete ilişkin bir emir olarak kabul edilmemektedir³⁵⁶. Askeri Yargıtay'a göre; *“Yasalarla belirlenen ve tamamen personelin iradesine terk edilen bir hareket serbestisi, emir ile kısıtlanamaz ve bu konu emir haline getirilemez. Bu konu emir haline getirilmiş olsa bile, hizmete ilişkin emir niteliği taşıması mümkün değildir.”*³⁵⁷

Emrin; amirin açık iradesini taşıması, emredici özelliği haiz, somut olması ve karşısındakine davranış serbestisi tanımamış olması gerekir³⁵⁸. İç Hizmet Yönetmeliği

³⁵⁴ YÜCEER, s. 76.

³⁵⁵ KOÇ, İç Hizmet Kanunu, s. 36. *“Nöbetçi çavuşluğu görevini ifa ettiği sırada, içki aldirmek üzere, astlarını mahalle bakkalına yollayan sanığın fiili, astlarına hizmetle ilgisi olmayan emir vermek suçunu teşkil eder.”* (As. Ygt. 1. D. 18.11.1968, E. 724, 721 – İl. Kaz. İct. Der., Şubat 1969, IX/98, 6298). Karar için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 179, dnp. 28.

³⁵⁶ Bu nedenle bekâr subay ve astsubaylara mesaiden sonra kışlada kalmaları yönünde verilen emrin, askeri mevzuatta böyle bir kurala yer verilmemesinden dolayı hizmete ilişkin bir emir olarak değerlendirilmemesine ilişkin olarak bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 90.

³⁵⁷ (As. Yrg. Drl. Krl, 20.10.2013, 479/476). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 42.

³⁵⁸ *“Her somut olayda, suçun maddi ve manevi unsurları yönünden oluşup oluşmadığının belirlenebilmesi için, öncelikle suça konu emrin hizmete ilişkin bir emir olup olmadığının ve sanık bakımından açık, kesin, makul ve uygulanabilir nitelikte olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Sanığa tebliğ edilen emir incelendiğinde; sanığın, mesleki bilgi, ilgi ve eğitim yönünden yetersiz olduğunun, verilen görevleri bilmediğini beyan ederek yapmadığının, ayrıca kendini geliştirme yönünde bir gayret sarf etmediğinin tespit edildiği belirtilerek, görevleriyle ilgili bilgi seviyesini artırması ve kendini geliştirmesi için TSK Karargâh Hizmetleri Yönergesini incelemesinin, okumasının, örnek yazı ve kayıtlar hazırlamasının istenildiği görülmektedir. Buna göre, tebliğ edilen emrin amacının, sanığın bilgi seviyesini artırması ve kendini geliştirmesine yönelik olduğu, somut bir vazife*

m. 30 uyarınca da emirler açık, anlaşılır, kısa ve kesin olmalıdır. Ahlaka uygun olmayan emirler de hizmet ilişkisini keser³⁵⁹. Emrin mahiyeti ve hukuki neticeleri, her rütbe veya makamdaki amir için aynı olduğu ve emirler aynı iradeye dayandığı için bir valinin veya en büyük ya da en küçük rütbeli askerlerin emri arasında bir fark bulunmaz³⁶⁰.

B. EMRİN RESMİ BİR MERCİ TARAFINDAN VERİLMİŞ OLMASI

Emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için resmi bir merci tarafından verilmesi gerekir. Emri veren bu merci ya bir Türk merci veya Türkiye Cumhuriyeti yasalarına göre emir verme yetkisi tanınmış bir yabancı merci

ve emrin söz konusu olmadığı, dolayısıyla hizmete ilişkin bir emrin varlığından bahsedilemeyeceği; diğer taraftan emrin konusunu oluşturan TSK Karargâh Hizmetleri Yönergesinin kapsamı dikkate alındığında, okunması, incelenmesi ve örnek çıkartılması istenilen bölümlerin açıkça belirtilmemesi nedeniyle emrin muğlak olduğu, açık, kesin ve anlaşılabilir bir emrin bulunmadığı, bu nedenlerle yüklenen emre itaatsizlikte ısrar suçunun unsurları yönünden oluşmadığı sonucuna varıldığından...” (As. Yrg. Drl. Krl., 16.6.2011, 67/63); “*Dava konusu olayda; rahatsızlığını beyan eden sanığa yönelik olarak Uzm. J. Çvş. tarafından ‘eğer istirahat etmeyeceksen eğitime katılacaksın’ şeklinde verilen emrin, istirahat etme ya da eğitime katılma hususundaki davranış biçiminin sanığa bırakıldığı izlenimi doğurduğu göz önünde bulundurulduğunda, verilen emrin muğlak olduğu ve TSK İç Hizmet Kanunu’nun 8’inci ve İç Hizmet Yönetmeliği’nin 30’uncu maddelerinde belirtilen ‘askeri hizmete ilişkin açık bir emir’ niteliğinde bulunmadığı sonucuna varılmıştır.*” (As. Yrg. 1.D., 22.06.2011, 561/557). Kararlar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 41.

³⁵⁹ **YÜCEER**, s. 3. Nitekim Askeri Yargıtay’ın “*Amirin ‘manganın başına geç, mangayı çalıştır ... uyuşuk herif, hızlı yürüsene, koşsana ... sen ne biçim astsubaysın, seni kim yetiştirdi, hayvan herif ...’ şeklindeki hakaretimiz tüm emirlerini yerine getiren ... sanığın ... amirinin ‘kol uzat’ komutuna itaat etmekten imtina etmek suretiyle müsnat suçu işlediği iddia edilmekte ise de, amirler tarafından verilen hizmet emrinin yasal sınırlar içinde ve ahlak kurallarına uygun olarak verilmesi gerektiği için sarfedilen sözler ve vukubulan davranışlar karşısında sanıkla nöbetçi amiri arasında bir hizmet ilişkisi kalmamıştır ve dolayısıyla sanığa verilen emrin hizmete ilişkin olduğundan söz edilemez.*”, (As. Yrg. DK., 10.01.1991, 17/6) şeklinde kanaate vardığı karar için bkz. İsmet **POLATCAN**, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanunu, B. 15, Bayrak Yay., İstanbul 2006, s. 376.

³⁶⁰ **ARASLI**, s. 7; **YÜCEER**, s. 32.

olmalıdır³⁶¹. Merciiin resmi olması için ise, kamu kurumu olması ve kamu hukuku kurallarına tabi olması gerekir. Çünkü kişi veya kurulların tüzel kişilik adına açıkladıkları irade beyanları, esasında o tüzel kişinin iradesi olduğu için, bir kişi ya da kurul tarafından alınan karar veya yapılan işlemin emir olarak nitelenebilmesi, söz konusu kişi veya kurulun mutlaka kamu hukuku tüzel kişisine bağlı bulunmasını zorunlu kılar. Dolayısıyla emri veren merci, bir kamu hukuku tüzel kişinin herhangi bir organı veya bu organdaki herhangi bir yetkili kimse olabilir³⁶². Bu nedenle öncelikle kamu tüzel kişiliği kavramına açıklık getirmek, ardından emrin hukuk tarafından kabul edilen ast-üst ilişkisi içinde üstün asta yönelttiği bir irade beyanı olmasından dolayı, amir, memur, ast, üst ve hiyerarşi kavramlarını açıklamak gerekmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesine göre; *“Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla ve kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.”* Anayasa bazı kamu tüzel kişilerini doğrudan düzenlemiştir. Örneğin, bakanlıklar, mahalli idareler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler gibi bazı kurumlar kamu tüzel kişilikleri niteliğini Anayasa'dan almaktadır. Ancak niteliğini Anayasa'dan almayan kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar da bulunmakta ve emrin resmi bir merci tarafından verilip verilmediğini tespit edebilmek için bu kuruluşların kamu tüzel kişiliği niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim bir kuruluş kamu tüzel kişisi

³⁶¹ Örneğin Nato Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi gereğince böyle bir yetki tanınmış olabilir. Bkz. Kayıhan İÇEL / İzzet ÖZGENÇ / Adem SÖZÜER / Fatih Selami MAHMUTOĞLU / Yener ÜNVER, Suç Teorisi, 2. Kitap, Sebat Yay., İstanbul 1999, s. 131; DEMİRBAŞ, s. 269.

³⁶² DEMİREL, M., s. 123, 124.

olabileceği gibi, özel hukuk tüzel kişisi de olabilir³⁶³. Bu nedenle kamu tüzel kişiliğinin saptanmasında kimi ölçütlerden yararlanılmaktadır.

Bununla ilgili olarak kullanılan ölçütlerden en önemlisi, kuruluşun kanunla ya da kanunun açıkça verdiği bir yetkiyle kurulup kurulmadığının tespit edilmesidir³⁶⁴. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, dernekler, şirketler ve sendikalar gibi özel hukuk tüzel kişileri de kanunun verdiği bir yetkiye dayanılarak kuruldukları için, bu ölçüt tek başına kamu tüzel kişiliğini belirlemede yetersiz kalmaktadır. O nedenle, kamu hukuku tüzel kişilerinin idari bir işlemle kurulması gerektiği belirtilmelidir³⁶⁵. Ayrıca tüzel kişinin bir kamu hukuku tüzel kişisi olması için, kamu gücü ile donatılmış olması ve tüzel kişinin görevlilerinin TCK'nın uygulanması yönünden devlet memurları olarak görülmesi de gerekir³⁶⁶. Bu nedenle amirin emrinin yerine getirilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için, emri veren merciin resmi olması, bir diğer ifadeyle, bakanlık, üniversite, TSK gibi herhangi bir kamu hukuku tüzel kişisi olması ve tüzel kişi adına emir veren kişi veya kurul ile bunu yerine getiren kimsenin, amir-memur ve hiyerarşi ilişkisi içinde olması gerekmektedir³⁶⁷.

³⁶³ Metin **GÜNDAY**, İdare Hukuku, B. 10, İmaj Yay., Ankara 2011, s. 78. Kamu hukuku tüzel kişilerinin özellikleri, devlet tarafından kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak idare tarafından kurulma, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinden üstün olma, kamu gücü ayrıcalıklarına ve yükümlülüklerine tabi olma ve kamu yararının gerçekleşmesi için faaliyette bulunma olarak sayılabilir. Bkz. Kemal **GÖZLER** / Gürsel **KAPLAN**, İdare Hukuku Dersleri, B. 15, Ekin Yay., Bursa 2014, s. 87.

³⁶⁴ Nitekim özel hukuk tüzel kişileri gerçek ve tüzel kişilerin serbest iradeleriyle kurulurlar. Bkz. **GÖZLER/KAPLAN**, s. 87; Şeref **GÖZÜBÜYÜK** / Turgut **TAN**, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, B. 10, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2014, s. 162. Anayasa m. 123/3'te bahsedilen "kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulma"nın herkes tarafından değil, sadece devlet tarafından ve kamu gücüne dayanılarak kurulmayı ifade ettiğine ilişkin görüş için bkz. **GÜNDAY**, s. 78.

³⁶⁵ **GÜNDAY**, s. 78.

³⁶⁶ **GÖZLER/KAPLAN**, s. 87, 88; **GÜNDAY**, s. 79.

³⁶⁷ **İÇEL**, s. 303; **DEMİREL, M.**, s. 125.

1. Amir, Ast ve Üst Kavramları

Sözlük anlamı “*Bir işte emir verme yetkisi bulunan kimse, buyurucu, buyuran, üst*”³⁶⁸ olan **amir** kavramına anlamını veren, onun doğasında olan emretme kudretidir³⁶⁹. Bunun yanı sıra amir, “*hiyerarşik kademede resmi bir merciin başında bulunup, emir verme durumunda olan kimse*” olarak da tanımlanabilir³⁷⁰. Merciiin resmi olması, yukarıda da açıklandığı üzere, üstün yetkiye sahip kimsenin kamu hukuku alanındaki kamusal otoriteyi haiz olması anlamına geldiği için, kamu gücünden kaynaklanmayan bir üstün yetkiye sahip olan diğer kimseler, TCK m. 24’te belirtilen amir kavramının kapsamına dâhil değildirler. Bu nedenle, aile ilişkilerinden kaynaklanan saygı gereği çocuğun ebeveynlerine, işçinin işverene, üyelerin örgüt yöneticisine olan itaati bu kapsamda değerlendirilemez³⁷¹. Ayrıca Devletin özel hukuk ilişkileri söz konusu olduğunda da, verilen bir emri yerine getirmek TCK m. 24 kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla bu hukuka uygunluk nedeninden bahsedilebilmesi için emri veren ve alan arasında kamu hukukundan kaynaklanan

³⁶⁸ **Türk Dil Kurumu**, Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr).

³⁶⁹ **YÜCEER**, s. 12; **ARASLI**, s. 40.

³⁷⁰ Amir kavramı hiyerarşinin alt basamaklarının başında bulunan kimseler için de kullanılabilir ve yukarıdan aşağıya her kademenin ve merciin başındaki kimseler de amir olabilir. Bkz. **YÜCEER**, s. 11; **HAKERİ**, s. 380.

³⁷¹ Bu gibi özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan durumlarda sorumluluk halinin ancak manevi cebirle açıklanabileceğine ilişkin görüş için bkz. **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 66. Emri veren hiyerarşik amirin yetkisi dâhilinde bir emir vermesi gerekir ki, memurun emre itaati meşru görülebilsin. Eğer amir yetkili olmakla beraber yetkisi dâhilinde olmayan bir emir veriyorsa, amir sıfatının bir önemi kalmayacak ve emir herhangi bir şahıs tarafından veriliyormuş gibi sonuçlar doğuracaktır. Bu durumda “eşit eşite emir veremez” ilkesi gereği bu emre itaat eden memur da sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bkz. **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 67; **TOROSLU**, s. 152.

amir-memur veya ast-üst ilişkisinin bulunması gerekir. Aynı statü ve derecedeki kimseler birbirinin amiri olmadığı gibi, yabancı ülke makamları da amir sayılmaz³⁷².

Amir tek bir kişi olabileceği gibi, bir kurul da olabilir³⁷³. Emir verme yetkisi bir veya birden çok amire ait olabilirse de bu husus kanuni neticeleri bakımından bir farklılık arz etmez³⁷⁴. Öte yandan hiyerarşik ilişki her zaman aynı idarede çalışan amir-memur ilişkisinden doğmaz ve kimi durumlarda farklı idarelere bağlı memurlardan biri bir diğer idaredeki amirin emri altına da girebilir. Böyle durumlarda amir, normal hiyerarşik amirin dışında kalan diğer kamu otoritesi olarak kabul edilmelidir. Örneğin askeri makamların idari makamlara veya polisin adli makamlara yardım etmesi halinde durum böyledir³⁷⁵, nitekim adli kolluk her ne kadar İçişleri Bakanlığı bünyesinde örgütlense de Cumhuriyet savcısının emrindedir³⁷⁶.

Amirin emrinin yerine getirilmesi halinde sorumluluğu belirlemede en tartışmalı yasal düzenlemelerden bir tanesi AsCK m. 41 olduğu için, askeri ceza hukukundaki amir ve üst kavramlarını açıklamak da yerinde olacaktır. TSK İç Hizmet Kanunu m. 9’a göre amir, “*makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz*

³⁷² TOROSLU, s. 152; ÖNDER, s. 194.

³⁷³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 290.

³⁷⁴ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 68; DEMİREL, M., s. 129.

³⁷⁵ İl İdaresi Kanunu m. 11/D’de bu durumlardan birini düzenleyen bir hüküm bulunmaktadır: “*Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden yararlanmak amacıyla, İçişleri Bakanlığından ve gerekirse Jandarma Genel Komutanlığının veya Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dâhil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müracaat ederek yardım isterler. Bu durumlarda ihtiyaç duyulan kuvvetlerin İçişleri Bakanlığından veya askeri birliklerden veya her iki makamdan talep edilmesi hususu, yardım talebinde bulunan vali tarafından takdir edilir. Valinin yaptığı yardım istemi geciktirilmeksizin yerine getirilir. Acil durumlarda bu istek sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.*”

³⁷⁶ DEMİREL, M., s. 136.

kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir.” Kanunun 11. maddesine göre amirin işgal ettiği mevki olan makam, emretme yetkisini haiz bulunan bir memuriyet mevkidir³⁷⁷. Silahlı Kuvvetlerde makam sahibi durumunda bulunan amirler, kendilerine kanun tarafından tanınan nüfuz ve otoriteyi yetkileri içinde ve kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde kullanırlar³⁷⁸.

Bu noktada diğer açıklamalara geçmeden önce “ast” ve “üst” kavramlarını da açıklamak gerekir. Nitekim amir ve üst kavramları çoğu kez birbirinin yerine kullanılsa da farklı anlamlara gelmektedir. Amir; makam ve memuriyet itibariyle emretme yetkisine sahip olan kimse iken; üst, bir rütbe ve kıdem büyüklüğü anlamına gelmektedir ki, bunun özellikle emri veren merciin yetkili olması açısından birtakım önemli sonuçları bulunmaktadır. TSK İç Hizmet Kanunu m.10’a göre; *“üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir.”* Demek ki, ast ve üst ilişkisi rütbe farkından meydana gelebileceği gibi, aynı rütbede olanlar arasındaki kıdem farkından da ortaya çıkabilmektedir³⁷⁹. Rütbe, TSK Personel Kanunu m. 3/a’ya göre; *“subayların ve astsubayların ilk subaylığa veya astsubaylığa başlamada ve bekleme süreleri sonunda bu kanun gereğince kazandıkları askeri unvanlardır.”* Kıdem ise TSK Personel Kanunu m. 3/c’ye göre; *“belli bir rütbeye nasıp tarihinden itibaren o rütbede hizmet süreleri veya aynı nasıplılar arasında yeterlik bakımından üstünlük sırasındır.”* Ast üst ilişkisi devamlılık arz eden bir ilişkidir ve hizmetin bitmesi ile sona ermez. Bir subay,

³⁷⁷ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 72. AsCK m. 13 “amir” tanımını “*makam ve memuriyet itibariyle emretmek salâhiyetini haiz kimse*” olarak yapar.

³⁷⁸ ARASLI, s. 12; DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 72.

³⁷⁹ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 70.

astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, askeri öğrenci, erbaş ve erin kendisinden rütbe veya kıdem bakımından büyük olan diğer tüm askerler üstü sayılır. Burada mensup olunan kuvvetlerin farklı olması önemli değildir³⁸⁰. Ayrıca TSK İç Hizmet Kanunu m. 115'e göre³⁸¹ amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin gerektirdiği emirleri verebilirken, bütün sivil personel de emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup, amirlerine her zaman, üstlerine de kanunlarda belirtilen hallerde mutlak itaatle yükümlüdürler. Bu durumda, sivil personel sadece emrinde çalıştığı amirlerine karşı ast konumundadır. Diğer askerlerle arasında herhangi bir astlık üstlük ilişkisi yoktur³⁸².

Ast, amirine mutlak itaatle yükümlüdür³⁸³. TSK İç Hizmet Kanunu m. 14'e göre; *“ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.”* Bu hükümden de anlaşıldığı üzere,

³⁸⁰ Askeri öğrenciler subaylara karşı ast sayılır ancak kendi aralarında veya erbaş ve erlere karşı astlık üstlük ilişkileri yoktur ve üst sınıflar alt sınıfların üstü veya amiri değildir. Ancak üst sınıfın emrini yerine getirmeyen bir alt sınıfın itaatsizlikten sorumlu olması mümkün değilse de, bu durumun disiplinsizlik olarak değerlendirilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 71.

³⁸¹ **“Madde 115 - Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu kanunun askerlere tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından: 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.”**

³⁸² **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 71.

³⁸³ **KANGAL**, s. 146; **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 78.

üstler kural olarak emir verme yetkisine sahip değildir³⁸⁴. Üstlerin emir verme yetkisi yalnızca İç Hizmet Kanunu m. 23 ve 24’te gösterilen hallerde mümkündür³⁸⁵.

Bir şeyin yapılmasına veya yapılmamasına dair emir verebilen kimse olan amirin, verdiği emrin istenilen zamanda ve tam olarak yerine getirilip getirilmediğini takip yetkisi de vardır. Amir, emir verme kudretini makamından alır ve bu yetkisini makamına bağlı olarak kullanır³⁸⁶. Ancak bu yetkisini kullanabilmesi için, amirin, emri altındakilerden rütbe veya kıdemce üstün olması gerekmez. Nitekim TSK İç Hizmet Kanunu m. 15’e göre; “*Amir; emirlerini maiyetindeki her şahsa verebilir.*” Maiyet ise bir amire emir ve komuta yönünden bağlı olanlardır (İç Hizmet Kanunu m. 9, c. 2). Amirin maiyetinde, rütbe ve kıdemce kendisine göre üst durumunda olan şahıslar bulunabilir. Bu durumda rütbe veya kıdem itibarıyla daha aşağı bir durumda bulunsalar da sahip olduğu hak ve yetkiler, emri altında bulunan daha yüksek rütbelileri ve kıdemlileri de kapsayacak ve amir bu kişilere emir verdiğinde, bu emrin yerine getirilmesi zorunlu olacaktır³⁸⁷.

Kolluk amirleri ise, kolluk makamlarının yapmış oldukları düzenleyici ve bireysel işlemleri uygulayan kolluk personeli üzerinde hiyerarşi yetkisine sahip

³⁸⁴ “Jandarmanın amiri olmayan bir üstün, hizmet halinde bulunan jandarmaya mülki hizmetini terk için emir vermesi, itaati gerekli askeri hizmet emri sayılamaz.” (2.D., 25.5.1954, 1547/911). Karar için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 181, dpn. 32.

³⁸⁵ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 78. “**Madde 23** - Fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargâh veya askeri kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir ve kumanda işini üzerine almak ile vazifesi ile mükelleftir.”; “**Madde 24** - Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir.”

³⁸⁶ TSK İç Hizmet Kanunu m. 15, f. 1, c. 2’ye göre; “Vazifelerin zamanında ve tam olarak yapıp yapılmadığı takip ve yapılmasını temin eder”. Amirin, nezaret, emrin sonucunu takdir, kontrol ve denetleme, sicil verme ve ceza verme gibi yetkileri de bulunmaktadır. Bkz. **YÜCEER**, s. 13-15.

³⁸⁷ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 73; **KANGAL**, s. 146.

bulunan görevlilerdir³⁸⁸. Genel idari kolluk amirleri; İçişleri Bakanı, valiler, kaymakamlar ve bucak müdürleridir. İçişleri Bakanı kolluk teşkilatının başı sıfatıyla ülke düzeyindeki en yüksek kolluk amiridir ve polise, jandarmaya, ayrıca gerektiğinde diğer tüm kolluk teşkilatına emir ve talimat verebilir, hiyerarşik gücünün neticesi olarak onlar üzerinde denetim ve yaptırım uygulayabilir³⁸⁹. İl İdaresi Kanunu m. 11'e göre; merkezi idarenin taşra teşkilatı olan il idaresinde en yüksek kolluk amiri validir³⁹⁰. Kanunun 32. maddesine göre; merkezi idarenin taşra teşkilatının ikinci kademesi olan ilçe idaresinde en yüksek kolluk amiri kaymakamdır³⁹¹. Mahalli kolluk amirleri ise, vali, belediye başkanı ve köy muhtarıdır³⁹².

2. Memur Kavramı

Emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için, emri veren ve yerine getiren kişilerin memur olması gerekir³⁹³. Memurlar kamu

³⁸⁸ GÜNDAY, s. 299.

³⁸⁹ 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu m. 1'e göre; İçişleri Bakanı, memleketin genel emniyet ve asayişini Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve gerektiğinde diğer tüm zabıta teşkilatı aracılığıyla yerine getirir. Bkz. GÜNDAY, s. 299.

³⁹⁰ “**Madde 11 - A)** Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür.”

³⁹¹ “**Madde 32 - A)** Kaymakam, ilçe sınırları içinde bulunan genel ve özel kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir; B) Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder. Kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararları hükümlerinin yürütülmesi için emirler verir. Bu teşkilat amir ve memurları kaymakam tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle ödevlidir.”

³⁹² Bkz. İl Özel İdaresi Kanunu m. 29, 30; Belediye Kanunu m. 38 ve Köy Kanunu m. 72.

³⁹³ Kişinin kamu görevlisi olmasının tek başına yeterli olmayacağı, daha sıkı şartlara tabi olan memur konumunda bulunması gerektiği görüşü hakkında bkz. DEMİREL, M., s. 125.

hizmetlerini yürüten kamu personelinin bir kategorisini teşkil eder³⁹⁴. Anayasa’da memur tanımı yapılmasa da 128. maddede “Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” denilmek suretiyle kamu hizmetlerinin ne şekilde görüleceği belirtilmiş ve bunların arasında memurlara da yer verilmiştir³⁹⁵. O halde memurluğun, bir kamu hizmetinin mevcut olması ve idare kadroları hiyerarşisi içinde yer alması şeklinde iki unsurunun olduğu söylenebilir³⁹⁶. Kamu hizmeti, “Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetler” olarak tanımlanabilir³⁹⁷. Bu niteliklerinden dolayı kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi gerekir³⁹⁸.

³⁹⁴ Metin ŞEKERCİOĞLU, Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974, s. 6. DMK m. 4’e göre; “Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.” Türk hukukunda ilk memur tanımı 1926 tarihli ve 788 sayılı Memurlar Yasası’nda yapılmıştır: “Kendisine devlet hizmeti tevdi olunan ve sicili hususunda mukayyet olarak umumi veya hususi bütçelerden maaş alan kimseye memur denir.” Bkz. Sami SELÇUK, “İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı”, YD, C. 23, S. 1-2, Ocak-Nisan 1997, s. 28.

³⁹⁵ GÜNDAY, s. 588; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 795. Anayasa’nın 128. maddesinin memur tanımını tam olarak karşılamadığı, bu tanımın memurlar dışındaki diğer kamu görevlileri için de geçerli olduğu hakkındaki görüş için bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 621. Memur tanımında başvuru, yapılan görev, kazuistik yöntem ve ceza yasasında memur olmak üzere üç evre ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. SELÇUK, s. 24 vd.

³⁹⁶ ŞEKERCİOĞLU, s. 11.

³⁹⁷ Organik anlamda kamu hizmeti, belli bir görevi yürütmek için bir kamu tüzel kişisi tarafından tahsis edilen ajan ve vasıtalar bütünü olarak; maddi anlamda kamu hizmeti ise, bu faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden ayrı olarak, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir gereksinimi karşılayan faaliyetler şeklinde tanımlanır. Bkz. GÜNDAY, s. 330 vd. Anayasa Mahkemesi, 9.12.1994 tarih ve 43/42-2 sayılı kararında kamu hizmetini, “en geniş tanımına göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 583.

³⁹⁸ GÜNDAY, s. 324. Nitekim Şekercioğlu kamu hizmetlerini, “devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetimleri altında genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek kamu

Devlette ve bütün kamu idareleri ile kurumlarının içinde kamu hizmetlerini ifa eden gerçek kişiler bulunur. Memur kamu hizmeti gören kimse olduğu için, öncelikle yerine getirdiği faaliyetin konusuna bakılmalıdır. Çünkü her ne kadar devlete ait bir faaliyeti gerçekleştiriyor olsa da, bu faaliyet kamu hizmeti niteliğinde değilse, kişi memur olarak nitelendirilemez³⁹⁹. DMK m. 4'e göre; *"Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır"*. Ayrıca bu tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılmaktadır. 657 sayılı Kanunun öngördüğü asli ve sürekli istihdam biçimi olan memurluk haricinde kamu hizmetleri sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle de görülmektedir. Sözleşmeli personel; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için şart olan ve özel bir mesleki bilgi ve uzmanlığa gereksinim duyulan geçici işlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlisidir⁴⁰⁰. Memurun yerine getirdiği görev kadroya bağlı iken, sözleşmeli personelin ifa ettiği görevler kadroya bağlı olmayıp, asli ve sürekli değildir⁴⁰¹. DMK m. 1'e göre; sözleşmeli ve geçici personel hakkında

faydasını sağlamak için yapılan ve umuma arz edilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler" olarak tanımlar. Bkz. **ŞEKERCİOĞLU**, s. 7.

³⁹⁹ **ŞEKERCİOĞLU**, s. 11.

⁴⁰⁰ DMK m. 4'te sözleşmeli personel tanımlanır: *"B) Sözleşmeli personel: Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işbirliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir."*

⁴⁰¹ **GÜNDAY**, s. 127; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 623.

bu kanunda belirtilen özel hükümler uygulanacağı için, memur olmasalar da sözleşmeli personel bakımından devlet memurlarının görev ve sorumluluklarını düzenleyen, emrin yerine getirilmesi ile ilgili olan DMK m. 11 hükümleri geçerli olacak ve memurlar gibi sözleşmeli ve geçici personel de bu hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilecek veya koşulları gerçekleşmemişse sorumlu olabilecektir⁴⁰².

TCK'da memur tanımı yerine kamu görevlisi tanımının yapıldığı görülür. TCK m. 6/1-c'ye göre; *“Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* anlaşılr⁴⁰³. İdare hukukunda herhangi bir kamu hukuku tüzel kişisi tarafından kamu hukuku bağıyla kısa olmayan bir sürede istihdam edilen kimse, kamu görevlisi olarak nitelendirilebilirken, ceza hukukunda kamu görevlisinin devletle istihdam ilişkisinde olup olmamasına bakılmaksızın kamusal bir faaliyeti yerine getirmesi yeterli görülür⁴⁰⁴. DMK m. 4'teki memur tanımına göre bir görevlinin memur sayılabilmesi için devlet veya diğer kamu tüzel kişisinde çalışması, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerini ifa ile görevli olması ve gördüğü hizmetin

⁴⁰² DEMİREL, M., s. 128.

⁴⁰³ 765 sayılı TCK m. 279'a göre; *“Ceza Kanununun tatbikatında: 1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri; 2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır. Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazaf olanlar: 1 - Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri; 2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”* Konu hakkında bkz. Sahir **ERMAN**, *“Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”*, AÜSBFD, C. 2, S. 3, Yıl: 1947, s. 241 vd.

⁴⁰⁴ Kamusal faaliyetin kamu görevi şeklinde yorumlanması gerektiği ve kamu hizmetinden farklı bir kavram olduğuna dair görüşler ve tartışmalar için bkz. Güneş Okuyucu **ERGÜN**, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yay., Ankara 2008, s. 28 vd.; DEMİREL, M., s. 126.

asli ve sürekli kamu hizmeti olması gerekir⁴⁰⁵. Ceza hukukuna göre memur sayılanlar ise *“Devletin gayesi gereği yapmakla zorunlu bulunduğu esas işlerin yürütüldüğü bir devlet kuruluşu sürekli kadrolarında yer alarak (sürekli olarak) hukuki tasarruf ve fiilde bulunanlar yahut bu eylemlere kamu usulüne göre iştirak edenlerle, kamu hukukunu ilgilendirir geçici bir ilişkiye dayanarak (süreksiz olarak) devlete ait adli ve idari işleri yapan kimseler”* olarak belirtilmiştir⁴⁰⁶.

Askeri ceza hukukundaki memur kavramına bakmakta da yarar vardır. AsCK m. 13’e göre; *“Bu kanunun tatbikatında "memur" tabirinden maksat 12’nci maddede yazılı hizmeti ifa ile mükellef olandır.”* 12. maddeye göre ise hizmet, *“gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir.”* O halde askeri ceza hukukuna göre memur; mevzuatta yer alan veya amir tarafından emredilen bir askeri görevin yapılması ile yükümlü olan kimsedir⁴⁰⁷.

Emrin yerine getirilmesinde özel güvenlik birimlerine de yer vermek gerekir. Kolluk hizmetlerinin idare hukuku alanının dışında ve kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından görülmeye başlanmasıyla özel güvenliklerin tabi olduğu hukuki rejim de tartışılmaya başlanmıştır. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’a göre; silah taşıma yetkisine sahip olan güvenlik görevlileri ceza kanununun uygulanması bakımından memur sayılmıştır⁴⁰⁸. Ayrıca Kanun’un 7. maddesinde adli kolluk

⁴⁰⁵ GÖZLER/KAPLAN, s. 621; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 824.

⁴⁰⁶ ŞEKERCİOĞLU, s. 26.

⁴⁰⁷ Ragıp AYCAN, *“Türk Ceza Kanunu ile Askeri Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Mukayesesi Üzerine Bir İnceleme”*, AD, Yıl: 54, S. 9-10, Eylül-Ekim 1958, s. 964; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 825.

⁴⁰⁸ D. Çiğdem SEVER, *“Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik”*, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C. 3, Beta Yay., Ankara 2011, s. 3288.

personeline ait olan bir takım yetkilerin özel güvenliğe tanındığı da görülmektedir. Bunların arasında TCK'nın 24 ve 25. maddelerine göre zor kullanma yetkisinin bulunduğu düşünüldüğünde, amirin emrini yerine getirmek özel güvenlik görevlileri bakımından da bir hukuka uygunluk nedeni olarak gündeme gelebilecektir. Böylece özel güvenlik görevlileri, adına çalıştıkları kişilerin can ve mallarını, özel hukuk kuralları çerçevesinde koruyabilecek ve 5188 sayılı Kanun'un kendilerine verdiği yetkileri kullanırken ve yetkili merciler tarafından verilecek emirleri yerine getirirken de hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaklardır⁴⁰⁹.

3. Hiyerarşi Kavramı

Hiyerarşi genel olarak belli bir örgüt yapısı içinde görev yapan şahıslar arasında mevcut olan astlık-üstlük ilişkisini ifade eder⁴¹⁰. Bir emrin varlığından söz edebilmek için, kamu hukukundan kaynaklanan bir astlık-üstlük ilişkisinin varlığı gerekir ve özel hukuktan kaynaklanan hiyerarşik ilişkiler kapsamında verilen direktifler bu hukuka uygunluk nedeninin kapsamına dâhil olmaz⁴¹¹. İdareyi oluşturan ve birbirinden ayrı olan örgütler, kuruluş ve görevleri bakımından birbirinden bağımsız olarak düşünülemez. İdareyi oluşturan bu örgütler, görevleri yönüyle bir bütünlük gösterir ve görevlerini birbirleriyle uyum içinde yürütürler⁴¹². Nitekim Anayasa'nın 123. maddesine göre; “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve*

⁴⁰⁹ Arın HÜNLER, İç Güvenlik Hizmetlerinde Özelleştirme ve 5188 Sayılı Kanun, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Ankara 2010, s. 129.

⁴¹⁰ ÖZGENÇ, s. 407; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 129.

⁴¹¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 412; TOROSLU, s. 152; SOYASLAN, s. 378; ZAFER, s. 303.

⁴¹² GÜNDAY, s. 80; GÖZLER/KAPLAN, s. 106.

kanunla düzenlenir.” Kuruluş ve görevleri yönünden idarenin bu bütünlüğü, hiyerarşi ve idari vesayet şeklinde iki hukuki araç ile gerçekleştirilir. Hiyerarşi, merkezi idare kuruluşlarının arasında ve aynı tüzel kişi içinde yer alan birimler arasında bütünlüğü sağlarken; idari vesayet, merkezi idare kuruluşları ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlüğü sağlar⁴¹³.

Hiyerarşi, *“biri dışında her görevlinin diğer bir görevliye tabi olduğu bir personel düzeni”* veya *“bir kamu tüzel kişisi içinde, en yüksek hiyerarşik amirden en ast memura kadar, kademe kademe, derece derece ilerleyen bir zincir”* olarak tanımlanabilir⁴¹⁴. Hiyerarşi, bir kamusal fonksiyonun ifasında kendisini gösteren birlik ihtiyacından ve hukuk tarafından ayrılmış yetkilerin bölünmesinden ileri gelen özel bir bağlantı sistemi olarak da ifade edilir⁴¹⁵. Bu bağlantı sistemi hiyerarşik ilişki sayesinde işler ve bir merciinin diğer merciler karşısında daha üst mevkiye olmasını gerektirir. Üst üste sıralanmış ve alttakinin üsttekine tabi olduğu basamak, derece veya kademeler anlamına gelen hiyerarşi; idare teşkilatı içinde, bu teşkilatın kademeleşme göstermesini ve teşkilattaki görevlilerin aşağıdan yukarıya doğru birbirlerine bağlanarak baştaki yetkililere tabi olmalarını ifade eder. Bu düzenin sağlanması için, bir yukarıdaki basamak veya derecedeki makam ya da memurun (üstün), alt basamak ve derecelerdeki makam veya memurlar (astlar) üzerinde sahip olması gereken güce

⁴¹³ GÜNDAĞ, s. 81; GÖZLER/KAPLAN, s. 107. Anayasa Mahkemesi 9.2.1993, E. 1992/44, K. 1993/7 sayılı kararında *“İster merkezden yönetim ister yerinden yönetim esası olsun, hepsi genelde idare çatısı altında ve idarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında aynı esaslara bağlıdır.”* demiştir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 149.

⁴¹⁴ Hiyerarşinin tek bir kamu tüzel kişisinin kendi içinde bütünlüğünü sağlamaya yönelik olmasına ilişkin görüş için bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 107, 108.

⁴¹⁵ Bu yönüyle hiyerarşi, birbirini takip eden bir seri derecelere göre düzenlenmiş mercilerin oluşturduğu piramit şeklinde bir birlik olarak ifade edilir. Bkz. GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 74.

hiyerarşi gücü, bu güçten kaynaklanan yetkilere de hiyerarşik yetkiler denilir⁴¹⁶. Hiyerarşik sıralamada bir “en üst”, bir de “en ast” vardır. Ancak bu iki noktanın dışındaki kademeler bakımından üstün üstü, astın da astı bulunur. Örneğin bir bakanlıkta, bakan hiyerarşinin en üstündeyken, bakan yardımcısı, müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, daire başkanı, şube müdürü gibi görevliler bakana göre ast konumundadırlar. Bunların kendi aralarında da hiyerarşi bulunur. Bakan yardımcısı müsteşarın, müsteşar genel müdürün hiyerarşik amiridir⁴¹⁷. Böylelikle hiyerarşik ilişkinin var olabilmesi için gereken en önemli şart birden fazla organın mevcut olması olduğu için, organlar arasında bir tabiiyet ilişkisi ortaya çıkar ve hiyerarşi bazı mercilere diğerleri üzerinde kontrol yetkisi verir. Hiyerarşi içinde amir tarafından verilen emirler memur tarafından icra edilerek devlet fonksiyonları yerine getirilir ve bunun neticesinde de memurun amirine itaat etme ödevi ortaya çıkmış olur⁴¹⁸.

Kuruluşlarda hizmetlerin süratli ve verimli şekilde görülmesi ve disiplinin sağlanması hiyerarşi sayesinde olur⁴¹⁹. Bu nedenle hiyerarşik ilişkide üstün yetkileri ve astın yükümlülükleri vardır⁴²⁰. Bir idari kuruluş içinde yetki ve sorumluluk dağılımında bütünlük sağlamayı amaçlayan hiyerarşide⁴²¹ kamusal merciin başında bulunan kişi, kamu idaresinin menfaati, kamu yararı veya bir kamu kurumu için belli

⁴¹⁶ GÜNDAY, s. 81; GÖZLER/KAPLAN, s. 110.

⁴¹⁷ GÖZLER/KAPLAN, s. 108.

⁴¹⁸ DEĞİRMENCİ, “*Amirin Emrini İfa*”, s. 456. Astın yetkisine giren görevlerin hiyerarşik amir tarafından doğrudan doğruya yapılması yetkisizlik doğuracağı için, böyle işlemlerin iptal edilmesi gerektiği, çünkü hiyerarşik yetkilerin ayrımı neticesinde, memurun kanunun kendisine tanıdığı yetkinin sınırlarının dışına çıkamayacağı ifade edilir. Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 74.

⁴¹⁹ Orhan PİRLER, “*Kamu Hizmetlerinde Emir ve Uygulanması*”, TİD, Yıl: 59, S. 374, Mart 1987, s. 15.

⁴²⁰ İÇEL, s. 301.

⁴²¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 156.

bir faaliyet göstermesi konusunda hukuk düzeninin koyduğu yükümlülüğü yerine getirir ve bunun yerine getirilmesi de emir verme yetkisinin varlığını zorunlu kılar. Nitekim emir verme yetkisi ile emre itaat etme görevi, kamusal faaliyeti yürütmek için gereklidir⁴²². Emir verme temeline dayanan hiyerarşik ilişkide emreden şahıslar amir, emredilenler ise memur konumundadır⁴²³.

Hiyerarşi, kamusal olmayan alanlarda, örneğin bir şirkette çalışanlar arasında da mevcut olabilir. Bankalarda da bir merkez teşkilatının altında şubeler bulunur ve yetkiler üst kademelerden alta doğru azalarak hiyerarşik yapı oluşur. Özel hukuktan kaynaklanan böyle durumlardaki hiyerarşik itaatin kaynağı sözleşmeye dayanmaktadır; kamu hukukundaki gibi bir hiyerarşik ilişkiden söz edilemez⁴²⁴. Oysa emrin yerine getirilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için ast ile üst arasındaki bu hiyerarşinin kamusal olması, kişilerin kamu hukuku hükümlerine tabi olmaları gerekir⁴²⁵. Nitekim kamu hukukundaki hiyerarşik ilişkinin sonucu olarak memur, amiri tarafından kendisine yöneltilen emri yerine getirmek zorundadır. Amirin emir verme yetkisi ile memurun bu emre itaat etme ödevi hiyerarşik ilişkinin bir özelliğidir ve disiplin kuralları da bu hiyerarşik ilişkiyi desteklemektedir⁴²⁶.

⁴²² GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 75, 76.

⁴²³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 301.

⁴²⁴ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 72; ZAFER, s. 303.

⁴²⁵ Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesinde de bir itaat mecburiyeti olsa da, bu zorunluluk kamu hukukundaki itaatten farklılık gösterir. Kamu hukukunda kamu gücüne dayalı hiyerarşik üstünlük söz konusu iken özel hukuk ilişkilerinde eşitlik esasına dayalı bir işbirliği vardır. Dolayısıyla özel hukuktan kaynaklanan üstünlük ilişkisi sınırlı olup mutlak bir tabiiyet ve itaat gerektirmez. Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 77, 78.

⁴²⁶ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 72.

Hiyerarşi her bir idari kuruluştta mevcuttur. Hiyerarşi gücünden kaynaklanan yetkiler olağan ve genel nitelikte olduklarından, bu yetkilerin kullanılabilmesi için ayrıca yasal izne gerek yoktur⁴²⁷. Örneğin, bakanlıkların hiyerarşik yapılanmalarının en üstünde bakanlar yer aldığı için, alt kademelerde bulunanların bakanın emirlerine uyması gerekir⁴²⁸. Her bir bakan, kendi görevi alanında, kendisine bağlı örgüt ve memurların en yüksek hiyerarşik amiridir. Bakanlar kendi bakanlıklarında en yüksek hiyerarşik amir olmakla birlikte, Devlette en yüksek hiyerarşik amir başbakandır⁴²⁹.

Emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için emri veren ile yerine getiren arasındaki hiyerarşik ilişkinin mevzuatta belirlenmiş olması gerekir⁴³⁰. Hiyerarşik amir, mevzuatın kendisine tanıdığı yetkiler doğrultusunda astın memuriyet durumuna ilişkin işlemler yapabilir ve astın işlemlerini denetleyebilir. Ayrıca hiyerarşik amir, astlarına emir ve direktif verme, genelge, tebliğ ve açıklama gönderme suretiyle kanunların nasıl uygulanması gerektiği konusunda yol göstermeye de yetkilidir. Bu şekilde, ast, görevlerine ilişkin işlemlerini kendi görüş ve anlayışına göre değil, üstünün istediği şekilde yapmak zorundadır⁴³¹. İdare hukukunda

⁴²⁷ GÜNDAY, s. 83. Hiyerarşi yetkisinin kanundan değil durumdan doğması ve bu yetkinin kanunla öngörölmüş olmasına gerek olmadığı hakkındaki görüş için bkz. GÖZLER/KAPLAN, s. 112.

⁴²⁸ YÜCEER, s. 11.

⁴²⁹ GÖZLER/KAPLAN, s. 109. Anayasa m. 112'ye göre; "1. Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütölmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütölmesinden birlikte sorumludur. 2. Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur". 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre; "Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı, bakanlıkların ve başbakanlık teşkilatının en üst amiridir."

⁴³⁰ DEMİREL, M., s. 135.

⁴³¹ GÜNDAY, s. 83; GÖZLER/KAPLAN, s. 111. Bu nedenle memurlar, amirin emri ve direktifleri doğrultusunda kanunu tatbik eden birer icra vasıtası olarak kabul edilmişlerdir. Bkz. Faruk EREM / Ahmet DANIŞMAN / Mehmet Emin ARTUK, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 1997, s. 558.

üstün astın görüşünü alması, onun yönetime katılmasını sağlaması gibi bir düşünce yoktur⁴³². Memurlar amir adına hareket edip onun emirlerini icra ederler ve amirin emri yoluyla kamusal gücü kullanırlar⁴³³.

Hiyerarşik yetkinin sonucu olarak üst astlarına emir ve talimat verebilir⁴³⁴. Bu emir ve talimatlar somut ve bireysel durumlara ilişkin olabileceği gibi, genel nitelikte de olabilir. Astın üstün verdiği emri yapmama, ona karşı gelme, itiraz veya şikâyet etme ya da dava açma hakkı yoktur⁴³⁵. Her ne kadar ast, üstü tarafından verilen emir doğrultusunda hareket etmek zorunda olup emri tartışma olanağı bulunmadığı için itiraz hakkına sahip olmasa bile, kendisine hukuka aykırı emir verilmesi halinde, bunu her durumda yerine getirmesine de müsaade edilmemiştir. Anayasa m. 137 ve DMK m. 11’de hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmeyeceği kural olarak kabul edilmiştir.

Askerlikte, idari faaliyetlerle askeri faaliyet arasında bir fark bulunup, merci hiyerarşisinin yanında bir de şahsi hiyerarşi bulunur. Askeri hiyerarşinin şahsileştirilmesi neticesinde askeri düzende emir ve komuta etmek itibarıyla hiyerarşinin yanı sıra, derece, rütbe itibarıyla hiyerarşi de mevcuttur⁴³⁶. Hizmetin aksamaması halinde daha vahim sonuçlar doğabileceği için, hiyerarşinin daha katı uygulandığı askerlikte astlar amirlerine çok sıkı bağlanmıştır⁴³⁷. TSK İç Hizmet

⁴³² GÖZLER/KAPLAN, s. 111.

⁴³³ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 75, 76.

⁴³⁴ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 208; İÇEL, s. 301; ÖZGENÇ, s. 407. Kural olarak hiyerarşik düzende emirler silsile takip edilerek verilse de, kimi zaman emir veren makamların hal ve vaziyetin gerektirdiği durumlarda silsileden ayrılarak daha alt derecelere emir vermek durumunda kalmaları halinde, atlanan kademenin mümkünse bilgilendirilmesi gerekir. Bkz. PİRLER, s. 22.

⁴³⁵ GÜNDAY, s. 83; GÖZLER/KAPLAN, s. 111.

⁴³⁶ GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s. 171.

⁴³⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 209; YÜCEER, s. 12.

Kanunu m. 14'te astın amirlerine mutlak surette itaate mecbur kılınması bunun neticesidir.

Hiyerarşik ilişki bakımından idari kolluk-adli kolluk ayrımına ve bunların örgütlenmelerine de yer vermek gerekir. Kolluğun suç öncesi ve suç sonrası olmak üzere iki görevi vardır. İdari kolluğun görevi ve amacı kamu düzeninin bozulmasını önlemek iken; adli kolluk kamu düzeni bozulduktan sonra harekete geçerek suç faillerini ve delilleri araştırmakla görevlidir. Bir diğer ifadeyle, idari kolluk önleyici, adli kolluk bastırıcı niteliktedir⁴³⁸. İdari kolluk idari makamların emri altındayken, adli kolluk adli makamların emri altında faaliyet gösterir⁴³⁹. PVSİK'da idari kolluk adli kolluk ayrımı yapılmamış olsa da, polisin görevleri m. 2'de ikiye ayrılmıştır⁴⁴⁰. Her iki kolluk da İçişleri Bakanlığı'na bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü altında örgütlenmiştir⁴⁴¹. Ancak adli görevleri bakımından kolluk, Cumhuriyet savcısının emrindedir. Cumhuriyet savcıları idari kolluğa emir ve talimat veremezken, adli kolluğa emir ve talimat verebilir (CMK m. 164)⁴⁴². Genel idari kolluk makamları,

⁴³⁸ **GÖZLER/KAPLAN**, s. 580. Adli kolluk, “suç işlenmesi üzerine olaya el koyan ve suçun olay yerindeki iz ve delillerini teknik metotlar uygulayarak tespit eden, soruşturmayı yürüterek, şüpheli ile suç delillerini adli mercilere gönderen polis” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Nurullah **KUNTER** / Feridun **YENİSEY** / Ayşe **NUHOĞLU**, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 18, Beta Yay., İstanbul 2010, s. 347. İdari kolluk ile adli kolluk arasındaki farklılığın idari kolluğun önleyici, adli kolluğun cezalandırıcı olmasından kaynaklanmadığı, idari kolluğun da bazı hallerde yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu görüşü hakkında bkz. **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, s. 651.

⁴³⁹ İdari kolluk görevlilerinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a göre yapılırken, adli kolluk görevlileri işledikleri suçlarla ilgili olarak, CMK m. 165/5 uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturulur. Bkz. **GÜNDAY**, s. 293, 294.

⁴⁴⁰ “**Madde 2** - Polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır. A) Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmıyan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak, B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak”. Buna göre A bendinde idari kolluktan, B bendinde adli kolluktan bahsedilmektedir.

⁴⁴¹ **GÜNDAY**, s. 294.

⁴⁴² **GÖZLER/KAPLAN**, s. 583.

Bakanlar Kurulu, İçişleri Bakanı, valiler, kaymakamlar ve bucak müdürleridir⁴⁴³. Kolluk personeli üzerinde hiyerarşi yetkisine sahip olan kolluk amirleri ise, aynı zamanda kolluk makamı da olan İçişleri Bakanı, valiler, kaymakamlar, bucak müdürleridir⁴⁴⁴.

Amirin emrinin yerine getirilmesinde emir ihtilafları da ortaya çıkabilir. Örneğin, amirin verdiği emir aynı amir tarafından ikinci bir emirle değiştirilebileceği gibi, aynı anda farklı mercilerden farklı emirler de verilebilir. Böyle durumlarda verilen emirler birbiriyle uzlaşabilir nitelikte ise hepsinin yerine getirilmesi mümkündür⁴⁴⁵. Kanunun verdiği yetkiye göre bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını istemeye hakkı olan aynı amirin birbirini takip eden iki emir vermesi halinde ise sonuncu emir yerine getirilmelidir⁴⁴⁶. Birbiriyle ihtilaflı olan emirleri verenler farklı derece ve mevkidelerse, aksi kanunda belirtilmediği sürece en üst yetkilinin ve derecesi en yüksek olan amirin emrine uyulmuş olması gerekir⁴⁴⁷. TSK İç Hizmet Kanunu m. 22'ye göre; *“Bir amirin verdiği emir yapılırken daha büyük bir amirden evvelki emre muhalif ikinci bir emir daha alınacak olursa, ikinci emri veren amire evvelki emir bildirilir. Eğer ikinci amir kendi emrinin yapılmasında ısrar ederse*

⁴⁴³ GÜNDAY, s. 298.

⁴⁴⁴ GÖZLER/KAPLAN, s. 588.

⁴⁴⁵ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 80, dpn. 90

⁴⁴⁶ Ancak amir birinci emrin icrasına başlanmadan ikinci bir emir ile bunu değiştirmişse, birinci emir ölü emir olarak kalacak ve ikinci emir yerine getirilecektir. Böyle bir durumda memur ilk emri yerine getirirse hukuka uygunluk nedeninde faydalanamaz. Birinci emrin icrasına başlanmış ve fakat ikinci bir emir verilmişse, artık birinci emri icraya devam edilmeyecektir ve yerine getirilen kısım amirin sorumluluğunda kalacaktır. Yine memur ilk emri yerine getirmeye devam ederse, sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bkz. GÜNAL, s. 80.

⁴⁴⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291. *“Üst rütbeli bir amirin verdiği emrin daha ast rütbedeki amir tarafından değiştirilmesi mümkün değildir.”*, (As. Yrg. Drl. Krl. 2.7.1998, 109/108). Karar için bkz. KOÇ, İç Hizmet Kanunu, s. 54.

bu amirin emri yapılır. Ve birinci amire malumat verilir. Eğer daha büyük amire birinci amirin emrini bildirmeye hal ve zaman müsait değilse vaziyete uygun olan emir kendi mesuliyeti dâhilinde yapılır ve amirlere bildirilir⁴⁴⁸”.

İdari ve adli otoritelerin emirleri altındaki kolluğa ihtilaflı emir vermeleri halinde çözümün nasıl olacağı tartışılmıştır. İl İdaresi Kanunu m. 11’e göre; “*Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir.*” CMK m. 164’te ise adli kolluğun Cumhuriyet savcısının emrinde olduğu ve kendisine verdiği emirleri derhal yerine getireceği hüküm altına alınmıştır: “(2)...*Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir. (3) Adlî kolluk, adlî görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir.*”⁴⁴⁹ O halde emir ihtilafı durumunda adli kolluğun öncelikli olarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emirleri yerine getirmesi gerekir. İdari kolluğun ise böyle durumlarda idarenin emrine öncelik tanınması gerektiği savunulmaktadır⁴⁵⁰. Ancak bu noktada 6638 sayılı Kanunla İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesine eklenen G fıkrasını değerlendirmek gerekmektedir. Yeni düzenlemeye göre; “*Vali, lüzumu hâlinde, kolluk amir ve memurlarına suç faillerinin bulunması için gereken emirleri verebilir. Kolluk bu emirleri, mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yerine getirir.*” Bu fıkra ile birlikte, adli görevleri bakımından Cumhuriyet savcısının emrinde olan kolluğa idari makam olan vali de adli görevler verebilecektir. Bu durum ise emir ihtilaflarının ortaya

⁴⁴⁸ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 80, 81.

⁴⁴⁹ Ayrıca bkz. CMK m. 161.

⁴⁵⁰ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 82.

çıkmasına ve adli kolluğun, Cumhuriyet savcısı yerine sicil amiri olan valinin emirlerini öncelikli olarak uygulamasına neden olabilecektir⁴⁵¹.

II. EMRİN MEŞRU OLMASI

Resmi bir merci tarafından verilen bir emrin hukuka uygunluk nedeni olarak yerine getirenin sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için bazı şartlar bulunmalıdır. Emrin, görev yükleyici bir niteliğe sahip olabilmesi, emri yerine getirecek olan memur açısından bağlayıcı olmasına bağlıdır. Bu da ancak verilen emrin meşru olmasıyla mümkündür⁴⁵². Yalnızca meşru olan bir emir, emri vereni ve yerine getireni sorumluluktan kurtarabilir. Çünkü amirin emrini yerine getirmenin temeli, emri meşru kılan hukuk normuna dayanır. Amirin emrini icra ile hukuk normunun yüklediği bir ödev yerine getirilmekte veya tanıdığı bir yetki kullanılmakta ve böylece normun iradesi dolaylı olarak gerçekleştirilmektedir⁴⁵³.

Emrin meşruluğu biçimsel ve maddi olmak üzere iki türlüdür. Emri veren amirin yetkili olması, emrin görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olması ve kanunun aradığı şekil şartlarını haiz olması, biçimsel meşruluğu oluştururken; emrin

⁴⁵¹ Yeni düzenlemeyle beraber kolluğun emirleri doğrudan validen alması ile savcılığın devre dışı kalmasının yolu açılmıştır. Nitekim bu düzenlemeye karşılık muhalefet şerhinde, savcı ile valinin aynı olay hakkında farklı emirler vermesi nedeniyle çıkan ihtilaf halinde, kolluğun sicil amiri vali olduğu için valinin verdiği emirleri yerine getirmeyi tercih edeceği yönünde görüşler belirtilmiştir. (23.12.2014 tarihli Karşı Oy yazısı için bkz. http://www.academia.edu/10671638/Polis_Vazife_ve_Salahiyet_Kanun_Tasarısı_İç_güvenlik_Paketi_)

⁴⁵² DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 86. Yetkili merciin emri idari bir işlem olduğundan, emrin bağlayıcı nitelikte olabilmesi için; yetki, şekil, neden, konu ve maksat unsurlarının bulunması gerekir. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 209; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 413.

⁴⁵³ TOROSLU, s. 152.

içeriğinin hukuka uygun olması emri maddi anlamda meşru kılar⁴⁵⁴. Örneğin bir tutuklama kararı yetkili hâkim tarafından, kanunun öngördüğü şekilde verilmişse biçimsel olarak, kanundaki tutuklama şartlarına uygun şekilde verilmişse maddi olarak meşrudur⁴⁵⁵.

A. BİÇİMSEL MEŞRULUK

Emrin biçimsel meşruluğu, emri veren amirin o emri vermeye yetkili, emri alan memurun da bu emri yerine getirmeye mecbur olmasını (bir diğer ifadeyle bu emri yerine getirmek bakımından yetkili ve görevli olmasını) ve emrin, kanunun aradığı şekil şartlarını taşıyor olmasını ifade eder⁴⁵⁶. Bu şartları birbirinden tamamen bağımsız düşünmek mümkün değildir, her bir koşul diğerini etkiler niteliktedir. Örneğin, emir veren amir, o emri vermeye yetkili değilse, esasında emir de görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir değildir⁴⁵⁷. Ancak inceleme kolaylığı olması bakımından her bir şartı ayrı ayrı açıklama ihtiyacı doğmaktadır.

⁴⁵⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 242; TOROSLU, s. 152; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 290; ZAFER, s. 304; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 518; DEMİRBAŞ, s. 270.

⁴⁵⁵ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 518.

⁴⁵⁶ DEMİRBAŞ, s. 270; SOYASLAN, s. 378; ZAFER, s. 304.

⁴⁵⁷ Hafizoğulları/Özen'e göre; "Emri veren merci, yani amir kanunen o emri vermeye yetkili bir merci, yani amir değilse, hiç kuşkusuz, böyle bir emir, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir değildir, çünkü hukuk düzenimizde hiç kimse kanundan doğmayan bir yetkiyi kullanamaz." Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 242.

1. Emrin Yetkili Amir Tarafından Verilmesi

TCK m. 24/2'ye göre; “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” Amirin emrinin yerine getirilmesinin yerine getiren bakımından sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için, emri veren merciin resmi olması yeterli değildir; aynı zamanda emri veren amirin de yetkili olması gerekir⁴⁵⁸. Emrin kaynağını kamu hukuku ilişkisi oluşturduğu için, emir veren merciin Türk kanunlarınca emir verme yetkisine sahip bir makam olması gerekir⁴⁵⁹. Emri veren amirin yetkili olmasının önemi özellikle askerlikteki mutlak itaat ilkesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Memurun mutlak surette itaat etmesi gereken bir emir, ancak yetkili bir amir tarafından verilmiş bir emir olabilir.

Amirin emir verme yetkisi kanun, tüzük veya yönetmelikten kaynaklanır. Devlet hizmetlerinin görülmesinde hangi makamların hangi emri verebilecekleri mevzuatta belirlenmiştir⁴⁶⁰. Bu nedenle amirin yetkili olup olmadığı verilen emre göre tespit edilmelidir. Amirin genel olarak emir vermeye yetkili olması da yeterli değildir. Belirli bir emri vermeye yetkili olup olmadığı somut olayda ayrıca incelenmelidir⁴⁶¹. Nitekim kimi zaman emir hukuka uygun olsa bile, veren amirin yetkisi dâhilinde olmayabilir. Böyle durumlarda yetki aşımı söz konusu olacağından, ast da emri yerine getirmek zorunda değildir, çünkü amir yetkisi dışında olan emir bakımından herhangi

⁴⁵⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 290.

⁴⁵⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 412.

⁴⁶⁰ PİRLER, s. 16; ARASLI, s. 15.

⁴⁶¹ DÖNMEZER/ERMAN, C.2, s. 86; DEMİRBAŞ, s. 270; İÇEL, s. 304. Örneğin CMK m. 119 uyarınca kolluk amiri, gecikmesinde sakınca bulunan ve Cumhuriyet savcısına da ulaşılamayan hallerde yazılı olarak arama kararı vermeye yetkili ise de, tutuklama kararı vermeye yetkili değildir. Bkz. DEĞİRMENCİ, “*Amirin Emrini İfa*”, s. 462, 463.

bir şahıstan farksızdır⁴⁶². Bu nedenle yetkili olmayan amirin emrini yerine getiren memur, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz⁴⁶³. Bunun için emri alan memurun, amirin böyle bir emri vermeye yetkili olup olmadığını araştırması gerekir. Bu, hem memura tanınan bir hak hem de yüklenen bir görevdir⁴⁶⁴. O halde amirinden emir alan memur, amirin bu emri vermeye görev (konu), yer ve zaman itibarıyla yetkili olup olmadığını araştırmak zorundadır⁴⁶⁵.

Bir amir, makamda vekil olarak bulunsa bile yetkili amirdir ve o makamdan aldığı yetkileri kullanabilir⁴⁶⁶. Ancak amir sadece görev alanına ilişkin konularda ve görevinin amacına uygun emirler verebileceği için, memura özel hayatıyla ilgili emirler veremez⁴⁶⁷. Öte yandan emir verme yetkisinin kanuna dayanması yeterlidir ve emir vermeye yetkili olmak ayrıca sicil amiri olmayı gerektirmez. Örneğin, Cumhuriyet savcısı kolluk memurunun sicil amiri olmasa da, CMK m. 164 vd. hükümlerinde açıkça düzenlendiği üzere, adli kolluğun amiri olarak, bu kişilere emir verme yetkisini haizdir⁴⁶⁸.

⁴⁶² DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 86; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291; DEMİRBAŞ, s. 270; İÇEL, s. 304. Kamu görevlisinin kendisine verilen her emre itaat eden bir otomat olmadığı hakkındaki görüşler için bkz. HAKERİ, s. 380, ÖNDER, s. 194.

⁴⁶³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 242.

⁴⁶⁴ Memurun, amirin emri vermeye yetkili olup olmadığını araştırdığında ulaştığı sonuçtan kendisinin mesul olacağı; yaptığı araştırma sonucu amiri yetkisiz bulup verdiği emri yerine getirmediği takdirde, amirin yetkili olduğu sonradan ortaya çıkarsa, bu durumda emre itaat etmemesinden dolayı disiplin sorumluluğu doğabileceği hakkındaki görüş için bkz. GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 84.

⁴⁶⁵ ÖNDER, s. 194; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291.

⁴⁶⁶ ARASLI, s. 40.

⁴⁶⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291.

⁴⁶⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 242.

a. Amirin Konu Yönünden Yetkili Olması

Amir, yer, konu ve emri verdiği zaman bakımından yetkili olmalıdır. *Konu yönünden yetki*, belli konulara ilişkin kararların hangi idari makamlarca alınacağını ifade eder. Konu yönünden yetki sorunu ayrı hiyerarşik düzene tabi makamlar arasında ortaya çıkabileceği gibi, aynı hiyerarşik düzene tabi makamlar arasında da ortaya çıkabilir⁴⁶⁹. Astın üst yerine karar alması halinde, alınan bu karar yetki yönünden hukuka aykırıdır. Üst kademedeki bir idari makamın da alt kademedeki bir idari makamın görevine giren bir konuda idari karar alması halinde, alınan karar meşru değildir⁴⁷⁰. Vali yerine bakanın, kaymakam yerine valinin, fakülte dekanı yerine rektörün verdiği emirlerde yetkisizlik söz konusudur⁴⁷¹. Benzer şekilde, CMK m. 101 uyarınca tutuklama kararı ancak hâkim (kovuşturma evresinde mahkeme) tarafından verilebilir. Bir üniversite rektörü, üniversite içinde suç işleyen bir kimse hakkında tutuklama kararı vermeye görev bakımından yetkili değildir⁴⁷². Bunun gibi, işlenen bir suç nedeniyle Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinde hâkim veya kovuşturma evresinde mahkeme kararı olmaksızın emri altındaki adli kolluğa tutuklama emri veremez⁴⁷³. CMK m. 119'a göre arama kararı vermeye hâkim; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı; Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amiri yetkilidir ve bu kararın yazılı olması gerekir. PVSK m. 9'a göre tehlikenin

⁴⁶⁹ GÜNDAY, s. 136.

⁴⁷⁰ GÜNDAY, s. 137; GÖZLER/KAPLAN, s. 318.

⁴⁷¹ GÖZLER/KAPLAN, s. 324.

⁴⁷² DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 86. Benzer şekilde valinin verdiği tutuklama emri yetkili amir tarafından verilmiş değildir. Bkz. DEMİRBAŞ, s. 270.

⁴⁷³ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 86; GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 89.

veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sulh ceza hâkimi kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyası aranıp gerekli tedbirler alınabilmektedir. Önleme araması yapılabilecek yerler kanunda belirtilmiş olup 5. fıkra da konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacağı düzenlendiğinden, sulh ceza hâkimi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amir, bu sayılan yerlerde önleme araması emri vermeye yetkili değildir⁴⁷⁴.

Bu noktada yakın tarihte 6638 sayılı Kanun ile PVSİ m. 4/A'ya eklenen hükme yer vermekte isabet görüyoruz. PVSİ m. 4/A'ya göre polisin, makul bir sebep bulunduğunda bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, suç işlendikten sonra kaçan faillerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek ve kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek amacıyla kişileri ve araçları durdurma yetkisi bulunmaktadır. Böyle durumlarda, durdurduğu kişinin üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğeri bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde polis, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik olarak gerekli tedbirleri

⁴⁷⁴ PVSİ m. 9/4'e göre ; "Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

- a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde.
- b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde.
- c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde.
- ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.
- d) Umumi veya umuma açık yerlerde.
- e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda."

alabilir. Ancak 6638 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeye kadar, kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemiyordu. Maddeye eklenen cümle ile buna bir istisna getirilerek kolluk amirine, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması yönünde yazılı ve acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emir verme yetkisi verilmiştir⁴⁷⁵. Bu nedenle makul sebeplerin varlığı halinde yukarıda sayılan amaçlarla kolluk amiri kişinin aracını durdurup üzerinin, çantasının aranmasını isteyebileceği gibi, aracın torpido, bagaj gibi kapalı yerlerinin de aranması yönünde sözlü emir verme yetkisine sahip olmuştur⁴⁷⁶.

Yakaladığı kişi hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi vermek ve onun emri doğrultusunda işlem yapmak zorunda olan kolluk, CMK m. 91 uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda yakalanana serbest bırakabileceği gibi, Cumhuriyet savcısı soruşturmanın tamamlanması için yakalananın gözaltına alınmasına karar

⁴⁷⁵ PYSK m. 4/A, f. 6: “Polis, durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alabilir. Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. (Ek cümleler: 27/3/2015-6638/1 md.) Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dâhilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir.”

⁴⁷⁶ Yasanın muhalefet şerhinde, kolluk amirine verilen bu yetkinin Anayasa’ya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Muhalefet şerhine göre; bu madde ile adli arama önleme aramasına dönüştürülmekte ve iki arama türü için de yetkili merciin yazılı emrini arayan Anayasa’nın 20. maddesi hükmü ihlal edilmektedir. Anayasa’nın 20. maddesine göre; “Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” (Bkz. http://www.academia.edu/10671638/Polis_Vazife_ve_Salahiyet_Kanun_Tasarısı_İç_güvenlik_Paketi_)

vermişse, bu emrin gereğini yerine getirir⁴⁷⁷. Kural olarak gözaltına alma kararını vermeye yetkili olan merci Cumhuriyet savcısı iken, 6638 sayılı Kanunla 91. maddeye eklenen 4. fıkra ile suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kanunda belirtilen suçların işlenmesi halinde mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından da kişi hakkında yirmi dört saate kadar gözaltına alınma kararının verilebileceği ve şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda ise bu sürenin kırk sekiz saate kadar çıkabileceği düzenlenmiştir⁴⁷⁸. Böylece Cumhuriyet savcısından ayrı olarak, bazı suç tipleri ve suçüstü haliyle sınırlı olmak üzere, kolluk amirleri de gözaltına alma kararı verme yetkisine sahip olmuşlardır.

⁴⁷⁷ Nur **CENTEL** / Hamide **ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Beta Yay., İstanbul 2012, s. 315.

⁴⁷⁸ CMK m. 91, f. 4: “(Ek: 27/3/2015-6638/13 md.) Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

a) Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.

b) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85),

2. Kasten yaralama (madde 86, 87),

3. Cinsel saldırı (madde 102),

4. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

5. Hırsızlık (madde 141, 142),

6. Yağma (madde 148, 149),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),

9. Fuhuş (madde 227),

10. Kötü muamele (madde 232),

c) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar.

d) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.

e) 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.

f) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlar.”

Kanunun amire takdir yetkisi tanıdığı durumlarda, kamusal menfaat gözetilerek ve kanunun belirlediği sınırlar içinde kalınarak, bu takdir yetkisine uygun biçimde emir verilmesi gerekir⁴⁷⁹. Takdir yetkisi ise sübjektif hususlara göre değil, objektif olarak mevcut hususlara göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle, örneğin, kaçma şüphesinin varlığı araştırılırken, memurun kendisinin kaçmadan şüphelenmesi yeterli görülmemeli ve fiili hususlardan yola çıkılarak şüphenin objektif bir dayanağının olması halinde bu yönde bir emir verilmelidir⁴⁸⁰.

Konunun önemi açısından askeri hukuktan doğan yetki hallerine de yer vermek faydalı olacaktır. TSK İç Hizmet Kanunu m. 9'a göre; emir verme yetkisi amirlere aittir. İstisnai hallerde ise üstlerin de emir verme yetkisi bulunur. İç Hizmet Kanunu m. 23 ve 24'te belirtilen bu durumlarda üst tarafından verilen emirler, yetkili amir tarafından verilmiş olarak kabul edilir ve bu emirlerin yerine getirilmesi gerekir⁴⁸¹. İç Hizmet Kanunu m. 23'e göre; üst, fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargâh veya askeri kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek amacıyla emir verebilir. İç Hizmet Kanunu m. 24'e göre ise bir üst, disipline aykırı gördüğü her duruma müdahale etmeye yetkilidir ve disiplinsizlikle ilgili emirler verebilir. Örneğin üst, amiri olmadığı bir astına kıyafetini düzeltmesi

⁴⁷⁹ Takdir yetkisi kanunun uygulanmasında zaman, mekân ve halin icabını göz önünde bulundurmaya gerektirdiğinden, kanun tarafından "acele ve zaruret halinde", "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde", "kaçma şüphesi" gibi ifadelerin benimsendiği durumlarda, emri verenin fiili olarak bu durumların mevcut olduğu kanaatine varmasını gerekli ve yeterli bulan görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, fiili olarak bulunması gereken objektif şartlar bulunmasa dahi, bu şartlar karşısında emri veren amirin sübjektif durumuna bakılarak emrin meşru olduğu sonucuna varılmaktadır. Bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 87.

⁴⁸⁰ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 88.

⁴⁸¹ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 96.

konusunda emir verebilir⁴⁸². Böyle durumlarda askerlerin, rütbe itibariyle üstleri olanlara itaat görevleri vardır ve itaat etmedikleri takdirde yaptırımla karşılaşır⁴⁸³.

Bazı görevlerdeki asker kişilerin de sınırlı hallerde amir vazifesi görebilecekleri kabul edilmiştir. Örneğin, İç Hizmet Kanunu m. 47/1'e göre; *“Garnizon Komutanı, garnizona dahil bütün kıta ve askeri kurumların disiplin amiridir.”* ve kanun ile yönetmeliklerin kendisine verdiği görevlerin ifası için garnizonda bulunan kurumlara emir verebilir⁴⁸⁴. Kışla, konak ve ordugâh komutanı, İç Hizmet Kanunu m. 51 vd. da düzenlenen kışla emniyeti ve disipliniyle ilgili konular hakkında, kışla, konak ve ordugâhta bulunan birlik ve kurumlara emirler vermeye yetkilidir⁴⁸⁵.

b. Amirin Yer Yönünden Yetkili Olması

Yer yönünden yetki, idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri coğrafi alanı ifade eder. Bazı idare makamlarının yetkileri tüm ülke için geçerliyken, bazı idari makamlar ise yetkili oldukları konularda ancak belli bir coğrafi alan içinde geçerli olabilecek idari kararlar alabilirler. Mahalli idare organları

⁴⁸² **KANGAL**, s. 146. *“AsCK’nun 12, 87 ile İç Hizmet Kanunu’nun 6, 7, 14 ve 24’üncü maddeleri birlikte dikkate alındığında; bir üstün askeri disipline aykırı gördüğü bir olaya müdahale etmesi kanundan kaynaklanan bir görev niteliğinde olup, disipline aykırı eylemini gördüğü astına müdahale eden üst ile astı arasında askeri hizmet ilişkisinin doğduğunu kabul etmek gerekmektedir. O halde üstün, disipline aykırılığın giderilmesi için astına verdiği emir de AsCK’nın 12’inci maddesi anlamında malum ve muayyen bir emir niteliğinde olup, malum ve muayyen hale getirilerek ilgisine duyurulan hizmete ilişkin emre bilerek ve isteyerek uyulmaması emre itaatsizlikte ısrar suçuna vücut verecektir.”* (As. Yrg. 3. D., 9.4.2009, 931/925). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 50.

⁴⁸³ **GÜNAL**, *“Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”*, s. 171.

⁴⁸⁴ **DEĞİRMENCİ**, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, s. 74.

⁴⁸⁵ **DEĞİRMENCİ**, *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*, s. 75; **KANGAL**, s. 146; **YÜCEER**, s. 23.

veya merkezi idarenin taşra teşkilatının başında bulunan makamların yetkileri böyledir⁴⁸⁶. Amirin yer bakımından yetkili olması ise, kanun hükmü tarafından belirlenen alanda faaliyetini göstermesi ve emirler verebilmesi anlamına gelir. Örneğin vali, kaymakam veya bir emniyet müdürü ancak kendi bölgeleri içinde emir vermeye yetkilidirler⁴⁸⁷. Yer itibarıyla yetkili olmamak emri şekil bakımından hukuka aykırı hale getireceğinden, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emirden de bahsedilemez⁴⁸⁸.

c. Amirin Zaman Yönünden Yetkili Olması

Zaman yönünden yetki, idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süreyi ifade etmektedir. Memur, amirin emrini yerine getirirken onun zaman itibarıyla de yetkili olup olmadığını araştırmalıdır. Nitekim yetkiler ancak görev süresi sonuna kadar kullanılabilir. Örneğin bir bakanın yetkileri bakanlık süresi ile sınırlıdır. Amir de görevde bulunduğu süre içerisinde yetkilerini kullanabilir ve emekliye ayrıldıktan veya başka bir göreve tayin olduktan sonra yetkisi de sona ereceğinden, memurun, amirin verdiği emre itaat etme zorunluluğu ortadan

⁴⁸⁶ GÜNDAY, s. 138; GÖZLER/KAPLAN, s. 318.

⁴⁸⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291. İl İdaresi Kanunu m. 11'e göre; "A) *Vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla Devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür.*" Aynı kanunun 32. maddesi de kaymakamlar yönünden benzer bir düzenleme içermekte ve vali ve kaymakamların yetkileri dâhilinde verdikleri emirler yerine getirilmek zorundadır. Ayrıca bkz. Yusuf YAKUPOĞLU, "Emrin Yerine Getirilmesinden Dolayı Memurların Cezai Sorumluluğu", İdare Dergisi, Yıl: 28, S. 244, Ocak-Şubat 1957, s. 190.

⁴⁸⁸ GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 85.

kalkar⁴⁸⁹. Benzer şekilde idari makamlar, izinli bulundukları sürede yetkilerini kullanamaz ve idari kararlar alamazlar⁴⁹⁰.

Askerlikte nöbetçi amiri, mesai içinde nöbetçi personele, mesai saatleri dışında kışladaki bütün personele İç Hizmet Yönetmeliği'nin 411. maddesinde yer alan hususlar hakkında emir vermeye yetkilidir⁴⁹¹. Nöbetçi amirler nöbet süresiyle sınırlı olarak kışladaki personelin amiri konumundadırlar⁴⁹². AsCK m. 106'ya göre; askeri karakola, nöbetçiye ve devriyeye hakaret eden veya bu kişilere mukavemette bulunan kişi amire karşı suç işlemiş sayılacağından, bu kişilerin de yaptıkları hizmetle sınırlı olarak emir verme yetkilerinin olduğu söylenebilir⁴⁹³. Benzer şekilde polis veya askerlerin devriye görevleri esnasında mutlaka bir amirleri bulunur ve amirin bulunmaması halinde, kıdemli olan polis veya asker amir sayılır⁴⁹⁴.

Sıkıyönetim komutanı, sıkıyönetim süresi ve bölgesinde emrindeki personelin yetkili amiridir. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesine göre; *“Sıkıyönetim altına alınan yerlerde genel güvenlik ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetlerine ait görev ve yetkiler Sıkıyönetim Komutanlığına geçer. Zabıta kuvvetleri bütün teşkilatı ile*

⁴⁸⁹ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 89, 90; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 291.

⁴⁹⁰ GÜNDAY, s. 138; GÖZLER/KAPLAN, s. 319.

⁴⁹¹ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 75; YÜCEER, s. 22, 23. *“Mağdur J.Er İ.B., Karakolda erbaş bulunmaması ve liyakati nedeniyle Karakol Komutanı tarafından gece nöbetçi onbaşı olarak görevlendirilmiş ve bu husus tüm personele içtimada toplu olarak tebliğ edilmiştir... AsCK'nın 13/2 ve İç Hizmet Kanunu'nun 9. maddelerinde yer alan 'Amir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek selahiyetini haiz kimsedir.' biçimindeki tanıma göre de, mağdur J. Er İ.B.'nin Nöbetçi Onbaşı olarak emretme yetkisi (amir) bulunduğu konusunda herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.”* (As. Yrg. 1. D. 14.04.2010, 1059/1047). Karar için bkz. KOÇ, İç Hizmet Kanunu, s. 44.

⁴⁹² KANGAL, s. 147.

⁴⁹³ KANGAL, s. 146.

⁴⁹⁴ SOYASLAN, s. 380.

Sıkıyönetim Komutanının emrine girer.” Sıkıyönetim komutanının emrine giren kolluk kuvvetleri ve askeri personel, verilen emirleri yerine getirmekle yükümlüdür⁴⁹⁵.

2. Emrin Memur Tarafından Yerine Getirilmesinin Zorunlu Olması

TCK m. 24/2’ye göre; *“Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”* O halde emrin biçimsel meşruluğundan söz edilebilmesi için yetkili amir tarafından verilmesi yeterli değildir; aynı zamanda emrin memur tarafından yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması da gerekir⁴⁹⁶. Belirli statüde olan kişilerin görevleri ile ilgili ve görevlerinin tanıdığı yetkinin sınırları içinde yaptıkları hareketler hukuka aykırı olarak kabul edilemez⁴⁹⁷. Memurun kendisine verilen emri yerine getirmesi, devlet idaresi, kamu hizmetleri ve kanunların uygulanması bakımından zorunlu kabul edilir. Aksi halde devlet mekanizmasının işleyişi zarar görecekse de, bu, her emrin yerine getirileceği anlamına gelmez⁴⁹⁸. Memurun sorumluluktan kurtulabilmesi için görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emrin varlığı şarttır. Bu durumda hangi emirlerin yerine getirilmesinin görevin gereği olduğunun belirlenmesi gerekir.

Emrin yerine getirilmesi, kişinin ifa ettiği görevden kaynaklanan bir zorunluluk arz etmelidir. Bir diğer ifadeyle, memurun emri yerine getirme yükümlülüğünün

⁴⁹⁵ PİRLER, s. 28.

⁴⁹⁶ ÖNDER, s. 195.

⁴⁹⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 206.

⁴⁹⁸ ARASLI, s. 19; Yılmaz GÜNAL, “Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, AÜSBFD, C. 20, S. 2, 1965, s. 635 vd.

bulunması gerekir⁴⁹⁹. Bu nedenle emrin, görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olması için, kaynağını kanundan alması gereklidir. Memurun da kaynağını kanundan alan bir görevi yoksa emir, yetkili merciden verilmiş olsa bile, yerine getirilmemelidir. Çünkü emir, yetkili merciden verilmiş de olsa, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu değilse, yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz⁵⁰⁰. Öte yandan amir o emri vermeye yetkili değilse, bu emir görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emir olarak kabul edilemez⁵⁰¹. Memurların hangi hizmetleri görecekları mevzuat tarafından gösterilip açıklandığı için, her memur her işte görevli kabul edilemez. Memurun bir emri yerine getirerek sorumluluktan kurtulabilmesi için, o emri yerine getirmeye yetkili olması da gerekir. İdari, adli veya askeri makamlar, bir emrin yerine getirilmesini, ancak o emri yerine getirmeye yetkili ve görevli olan memurlardan isteyebilirler⁵⁰². Memurun kendisine verilen emri yerine getirmeye yetkili olup olmadığı da emrin niteliğine ve memurun görevini belirleyen kurallara göre saptanır. Emrin memur açısından bağlayıcı olabilmesi için, memurun yetki alanına girmesi gerekir ve böylece emrin yerine getirilmesi bir görevin gereği olur⁵⁰³. Örneğin, hâkim tarafından verilen bir arama kararını yerine getirmek kolluğun görevi olduğu için, böyle bir emir yerine getirildiğinde, emri veren ve yerine getirenlerin bu emir

⁴⁹⁹ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 292; **DEMİREL, M.**, s. 143. Örneğin bir emri yerine getirmemenin yaptırıma bağlandığı hallerde, o emrin memur bakımından görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olduğu ifade edilebilir. Verilen emirlerin yerine getirilmemesi DMK m. 125'te uyarı, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması gibi yaptırımlara bağlanmıştır. Öte yandan emrin yerine getirilmemesi nedeniyle TCK m. 257'deki görevi kötüye kullanma suçunun oluşması mümkündür.

⁵⁰⁰ *Hafizoğulları/Özen*'e göre; görev gereği yerine getirilmesi zorunlu emir, kanun hükmünün yerine getirilmesi emridir. Bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 242.

⁵⁰¹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 242, 243.

⁵⁰² **ARASLI**, s. 24.

⁵⁰³ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 87; **İÇEL/SÖZÜER/ÖZGENÇ/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, s. 135; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE**, s. 413; **İÇEL**, s. 304; **DEMİRBAŞ**, s. 270.

bakımından yetkili oldukları söylenebilecektir. Ancak arama kararını hâkimin vermesine rağmen, eve kolluk değil de örneğin kaymakam girerse, her ne kadar emir yetkili merciden verilmiş olsa da, bu emrin yerine getirilmesi kaymakamın yetkisi ve görev alanı içinde olmadığı için, emrin biçimsel olarak meşruluğundan söz edilemeyecektir⁵⁰⁴. Bu nedenle, memur, emrin görev alanına girip girmediğini, emri yerine getirmeye yetkili olup olmadığını araştırmalıdır. Bu, onun hem bir hakkı hem de bir görevidir. Emrin kendi yetkisi ve görevi dâhiline girip girmediğini araştırmayan memur, meşru bir emri yerine getirdiğinden söz edemeyeceği için, hukuka uygunluk nedeninden de faydalanamaz⁵⁰⁵.

Kanunun aradığı şartları taşımayan bir irade beyanı emir olarak nitelendirilemeyeceği için, emir olmayan böyle bir irade beyanı görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir olamaz. Bu nedenle, kanun hükmüne dayanmayan emirlerin görev kapsamı dışında olduğu söylenebilir. Bu bakımdan amirin memura özel hayatı ile ilgili yönelttiği emirlerin, itaat ödevi doğurmadıkları için, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu oldukları söylenemez⁵⁰⁶. Ayrıca memur tarafından yerine getirilmesi gereken husus tamamen o memurun kendi yetkisine giren bir konu ise, memurun yetkisine giren bir konuda ona müdahale edip emir verilemeyecektir. İtaat

⁵⁰⁴ Böyle bir durumda hukuka uygunluk nedeninin şartları gerçekleşmediğinden TCK m. 109'daki konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşacaktır. Bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 270.

⁵⁰⁵ **İÇEL/SÖZÜER/ÖZGENÇ/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, s. 135; **İÇEL**, s. 305; **ZAFER**, s. 354; **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 91. Memurun emri yerine getirmeye yetkili olduğu konusunda hataya düşmesi halinde kusur bakımından bir tartışma yapılacağı ancak fiilin hukuka uygun hale gelmeyeceğine ilişkin olarak bkz. **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 87.

⁵⁰⁶ Memurun bağlı olduğu hizmetin gereği olarak emirle özel hayatı arasında bir bağ kurulabildiği durumlarda ise özel hayata ilişkin verilen bir emrin yerine getirilmesinin memur için zorunlu olduğundan söz edilebilir. Örneğin, bir memura siyasi bir faaliyette bulunmaması yönünde DMK m. 7'deki, memurun siyasi faaliyetler yapmasını yasaklayan kanun hükmüne uygun olarak verilen bir emir her ne kadar özel hayata ilişkin de olsa, bir kanun hükmüne dayandığı için meşru kabul edilmelidir. Bkz. **DEMİREL**, M., s. 145; **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 91.

etme sadece hizmet ve görev ilişkisi çerçevesinde söz konusu olduğu için, memura kendi yetkisine giren bir konuda emir verilmişse ve memur da bunu yerine getirmişse, meydana gelen hukuka aykırı neticeden dolayı sorumluluktan kurtulamayacaktır⁵⁰⁷.

Anayasa'nın 137. maddesi ve buna paralel olarak DMK m. 11 ile PYSK m. 2/2'ye göre; amirin verdiği emrin, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı olması halinde, bu emir yerine getirilmez ve emri verene bildirilir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bunu yazı ile yenilerse, amirin verdiği emir hukuka aykırı olmasına rağmen, devlete ait faaliyetlerin aksamadan ve disiplin içinde yürütülebilmesi için memur bu emri yerine getirmek mecburiyetindedir. Bu hukuka aykırı bağlayıcı emirler görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emirlerdir⁵⁰⁸.

Askerlikte bir emrin görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığının tespiti için emrin hizmete ilişkin olup olmadığına bakılmalıdır. Askerlikte emir, hizmete ait bir istek veya yasağın ifadesi; hizmet de, kanun ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yazılmış olan işler ve amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler olduğundan, hizmetle ilgili olmayan bir istek görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emir sayılamaz⁵⁰⁹. Hizmete ilişkin emirlerin yerine getirilmemesi halinde AsCK m. 87'deki emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşacağından, bu emirlerin ast açısından görev gereği yerine getirilmesi zorunlu

⁵⁰⁷ Örneğin kaymakam, kendi bölgesini ilgilendiren hususlarda valinin verdiği bir emir üzerine bunu yerine getirirse, kendi sorumluluğunda hareket etmiş olur. Bkz. GÜNAL, "Emrin Meşruiyetini Kontrol", s. 654.

⁵⁰⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 301.

⁵⁰⁹ ARASLI, s. 25.

emirler olduğu belirtilmelidir⁵¹⁰. Hizmete ilişkin olmayan ve astın görevi kapsamına girmeyen emirler ise şahsi işlerle suç oluşturan emirler şeklinde ortaya çıkabilir ve astın bunları yerine getirmesi zorunlu değildir⁵¹¹. Amirin veya üstün verdiği emir hukuka aykırı olmakla beraber suç teşkil etmiyorsa, ast bu emri yerine getirmek zorundadır⁵¹². Hukuka aykırı emirlerin suç teşkil etmedikleri müddetçe yerine getirilmesi TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33. maddesinde asta bir vazife olarak yüklenmiştir⁵¹³. Konusu suç teşkil eden ancak astın mutlak itaatle yükümlü olduğu emirler ise görev gereği yerine getirilmesi zorunlu emir olarak kabul edilir ve aşağıda detaylıca açıklanacağı üzere böyle durumlarda sorumluluğa istisnalar tanınır. Konusu açıkça suç teşkil eden emirler ise görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emir olmadıkları için, bunların ifası halinde AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4 gereği memur sorumluluktan kurtulamayacaktır⁵¹⁴. Nitekim hem hiçbir makam suç işleme emri vermeye yetkili değildir hem de hiçbir suçun işlenmesi bir memur için görev

⁵¹⁰ Hizmete ilişkin emirlerin yerine getirilmemesi cezai yaptırıma bağlandığından dolayı, bunlar görev gereği yerine getirilmesi zorunlu emirlerdir: AsCK m. 87'ye göre; "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. 2. Yukarıki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur."

⁵¹¹ Askeri Yargıtay, Devlet hava meydanındaki sivil telsizciye baskı yaparak ona gerçeğe aykırı bir telsiz çektiirmek suretiyle havalanmış olan askeri bir uçağın dönmesini sağlayan subayın fiilini görevin kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir (As. Ygt. DK., 13.5.1966, 46/42). Karar için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s.179, dpn. 28.

⁵¹² **KANGAL**, s. 150.

⁵¹³ "**Madde 33** - Emirlerin, hizmete mütaallik olması (Silâhlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu madde 8 ve 16) ve kanun ve nizamları ihlâl etmemesi şarttır. Ancak, Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder."

⁵¹⁴ **YÜCEER**, s. 76; **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 179; **KANGAL**, s. 147.

sayılamaz⁵¹⁵. Bu nedenle ast, emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmalı ve hizmete ilişkin değilse emri yerine getirmekten kaçınmalıdır⁵¹⁶.

Konuyla ilgili olarak 6638 sayılı Kanunla İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesine eklenen H fıkrasına bakmakta yarar vardır. Fıkraya göre; vali, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbir ve kararların uygulanması için mahallî idareler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının itfaiye, ambulans, çekici, iş makinesi ve tedbirlerin zorunlu kıldığı diğer araç ve gereçlerinden yararlanabilir, personeline görev verebilir. Kamu kurum ve kuruluşları, valinin bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır ve yerine getirmedikleri veya geciktirdikleri takdirde oluşan zarar sorumlu kamu görevlilerinden tazmin edilecektir⁵¹⁷. Bu hükme göre vali, yukarıda belirtilen nedenlerle kamu kurum ve kuruluşlarındaki personele emir verdiği takdirde, bu emir o memur için görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir olacaktır.

⁵¹⁵ **ARASLI**, s. 33.

⁵¹⁶ **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 184.

⁵¹⁷ İl İdaresi Kanunu m. 11'e göre; "(H) (Ek: 27/3/2015-6638/15 md.) Vali, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini sağlamak amacıyla aldığı tedbir ve kararların uygulanması için adli kuruluşlar ile (D) fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla askerî kuruluşlar dışında, mahallî idareler dâhil bütün kamu kurum ve kuruluşlarının itfaiye, ambulans, çekici, iş makinesi ve tedbirlerin zorunlu kıldığı diğer araç ve gereçlerinden yararlanabilir, personeline görev verebilir. Kamu kurum ve kuruluşları, valinin bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde vali, emir ve talimatlarını kolluk aracılığıyla uygular. Bu fıkradaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya geciktirilmesi sebebiyle oluşan kamu zararı ile gerçek ve tüzel kişilerin Devlet tarafından karşılanan zararları ilgili idarece genel hükümlere göre sorumlu kamu görevlilerinden tazmin edilir. I) (Ek: 27/3/2015-6638/15 md.) (H) fıkrası ile valiye verilmiş olan yetkiler, ilçede kaymakam tarafından kullanılabilir."

3. Emrin Kanunun Aradığı Şekil Şartlarını Taşımaması

Bir emrin biçimsel açıdan meşru olabilmesi için gereken diğer şart, emrin kanunun aradığı şekil şartlarını taşımasıdır. Amirin verdiği emrin hukuka uygunluğunu araştıran memur, emri verenin yetkili ve emrin görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığını incelerken, emrin kanunun aradığı şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını da incelemelidir. Emrin şekle bağlanmadığı, yazılı veya sözlü olarak verilebildiği durumların haricinde, yazılı şekilde verilmesi gereken bir emir sözlü olarak verilirse, her ne kadar amir yetkili de olsa, emir şekil bakımından hukuka aykırı olacaktır. Bu açıdan memur bakımından, şekil şartlarını taşımayan bir emre itaat etme görevi de doğmayacaktır⁵¹⁸.

Hukuk düzeninde değişiklik meydana getirmeye yönelik iradeyi açıklamak için kullanılan şekil, iradenin maddi dünyadaki görüntüsü olarak ifade edilebilir⁵¹⁹. Kanun bir şekil şartı öngörmüşse, emir o şekilde verilmelidir. Kanunun aradığı şekil şartları denilince; emrin kanunun öngördüğü şekle uygun olması, öncelikli olarak da emrin yazılı veya sözlü olması hususu anlaşılmalıdır⁵²⁰. Emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması için kesin olması ve kesin olması için de yazılı, imzalı ve mühürlü olması gerekebilir. Dolayısıyla kanunen belirli bir şekilde verilmesi gereken emir, o şekle uygun olarak verilmediği takdirde, yerine getirilmemelidir. Emri veren o emri vermeye yetkili olsa bile, emir şekil şartlarını taşımadığından, biçimsel olarak hukuka

⁵¹⁸ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 89; GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 95.

⁵¹⁹ GÖZLER/KAPLAN, s. 326.

⁵²⁰ DEMİRBAŞ, s. 270.

aykırı olacaktır⁵²¹. Ancak yazılılık şartının aranmadığı durumlarda emir sözlü olarak verilmişse, hukuka uygundur⁵²². Nitekim kanuni bir nedene dayanarak yazılı şekilde verilmesi gerekmeyen emirlerin yazılı veya sözlü olarak verilmesi bakımından bir nitelik farkı yoktur⁵²³.

Yazılı olarak verilmesi gereken emirlere mevzuatta sıkça rastlanır. Adli kolluğun amiri konumunda olan Cumhuriyet savcılarının emirlerini yazılı olarak vermeleri gerektiği CMK m. 161’de açıkça düzenlenmiştir: “(3) *Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.*” Benzer şekilde CMK m. 119’da konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabileceği düzenlenmiştir⁵²⁴. Kamuya açık alanlarda ise, hâkim kararıyla, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısına

⁵²¹ **DEMİRBAŞ**, s. 271. Örneğin CMK m. 100 uyarınca verilen tutuklama emri mutlaka yazılı olmalıdır. Kolluğun, yazılı olmayan bir tutuklama emrini yerine getirme mecburiyeti yoktur. Bkz. **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 292.

⁵²² **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, s. 414.

⁵²³ **DEMİRBAŞ**, s. 271. “*Askerlikte emirlerin muhataplarına, tebliği mutlaka bir zabıt tutulmasına vareste olmayıp, tebliğin yazıyla olduğu kadar sözle, ilan, anons, vs. yollarla da yapılması mümkündür.*” (As. Yrg. 4. D., 23.2.1971, E. 86, K. 74). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 37-38.

⁵²⁴ Arama kararını düzenleyen CMK m. 119’e göre; “(1) *Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.*(2) *Arama karar veya emrinde; a) Aramanın nedenini oluşturan fiil, b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilir.*” Ayrıca el koyma kararı verme yetkisini düzenleyen CMK m. 127’ye göre; “(1) *Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.*”

ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle arama yapılabilir⁵²⁵. CMK'nın arama kararını düzenleyen söz konusu hükmüne paralel bir düzenleme de Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 7. maddesinde yer alır. Buna göre, koşulları gerçekleştiği hallerde, kolluk amiri tarafından verilen arama emrinin yazılı olması gerekir. Bu, bir şekil şartı olarak kanunda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla her ne kadar kolluk amirinin arama emri verebilmesi için tüm koşullar gerçekleşmiş olsa da, bu emir yazılı değil de sözlü olarak verilirse, emir, kanunun aradığı şekil şartına uygun verilmediği için hukuka aykırı hale gelecektir⁵²⁶. Yine “önleme araması”nı düzenleyen PVSK m. 9 da, emrin hukuka uygun olması için yazılılık şartını açıkça getirmiştir⁵²⁷. Öte yandan CMK m. 91'e göre gözaltı süresinin toplu olarak işlenen suçlarda uzatılabilmesi, Cumhuriyet savcısı tarafından yazılı emir verilmesiyle mümkün olabilir⁵²⁸.

Kanun tarafından yazılı olarak verilmesi gereken bir emir gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sonradan yazılı hale getirilmek üzere sözlü olarak da verilebilir⁵²⁹. Tıpkı CMK m. 161 ve PVSK m. 4/A'nın 6. fıkrasında düzenlendiği gibi,

⁵²⁵ CENTEL/ZAHER, s. 368.

⁵²⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 414.

⁵²⁷ “**Madde 9** - (Değişik: 2/6/2007-5681/3 md.) Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

Arama kararında veya emrinde; a) Aramanın sebebi, b) Aramanın konusu ve kapsamı, c) Aramanın yapılacağı yer, ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre, belirtilir.”

⁵²⁸ CMK m. 91'e göre; “(3) Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir.”

⁵²⁹ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 95.

kimi zaman yazılı olarak verilmesi gereken bir emir acele hallerde sözlü olarak verilip sonradan yazı ile de teyit edilebilmektedir. Örneğin İl İdaresi Kanunu Ek Madde 1'e göre; vali tarafından görevlendirilen mülki idare amiri, sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratabilir. Bu arama emrinin yazılı verilmesi kural iken, acele hallerde sonradan yazı ile teyit edilmek üzere sözlü biçimde verilmesi de mümkündür. Emir, tüm şartları taşıdığı halde başka bir amirin onayına ihtiyaç duyuluyorsa ve fakat bu onaydan yoksun ise yine de yerine getirilir. Ancak bu durumda sorumluluk emri verene ait olur ve onayda bulunacak olan merci emrin yerine getirilmesine engel olmadığı takdirde emir geçerli sayılır⁵³⁰.

Kimi hallerde amirin yazılı emri gerekmesine rağmen, buna istisna getirilmiş ve yazılı emrin istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. PVSK m. 2/3'de on üç bent halinde sayılan durumlarda kanun, amirin verdiği sözlü emirlerin polis memuru tarafından derhal yerine getirilmesini, bunların yazılı olarak verilmesinin istenemeyeceğini belirtmiştir⁵³¹. Bu nedenle bu sayılan hallerde kanun yazılı emrin

⁵³⁰ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 96.

⁵³¹ "I – Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II – Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III – Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV – Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V – Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskün veya gayrimeskün yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe

varlığını özellikle aramadığı için, sözlü olarak verilen emir biçimsel olarak meşru olacaktır⁵³². Burada belirtmek gerekir ki, her ne kadar PVSK m. 2/3-VIII'de *“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, ... yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez.”* hükmü yer alsa da, 119. maddede arama kararını düzenleyen CMK, sonraki kanun olması dolayısıyla, bu hükmü örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır ve CMK m. 119 uyarınca bu husustaki emirlerin yazılı olarak verilmesi gerekmektedir⁵³³. Ancak 23.07.2015 tarihinde 6638 sayılı Kanunla PVSK m. 4/A'ya eklenen ve kolluk amirinin yazılı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sözlü emriyle durdurulan kişinin üstünü ve aracını aranmasına izin veren hükmü de göz ardı etmemek gerekir.

Askerlik kurumunda emrin ne şekilde verilmesi gerektiğine değinmek de yerinde olacaktır. TSK İç Hizmet Kanunu m. 8'e göre; emir, sözle, yazı ile veya işaret etmek gibi başka bir suretle verilebilir. Emirler esas olarak yazı ile verilse bile, amir yazılı emir vermeye zorlanamaz ve verdiği sözü emirlerin yerine getirilmesi gerekir⁵³⁴. Bu nedenle emrin veriliş şekli konusunda amirlere geniş takdir yetkisi tanındığı görülür. Askeri mevzuatta hangi hizmetlere ilişkin emirlerin yazılı, hangilerinin ise sözlü olarak verileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır⁵³⁵. Ancak TSK İç Hizmet

açılması için, XIII – Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için”

⁵³² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 414.

⁵³³ CENTEL/ZAFER, s. 368.

⁵³⁴ ARASLI, s. 39.

⁵³⁵ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 97.

Yönetmeliği'nin 32. maddesinde⁵³⁶ emrin sözlü veya yazılı olarak verilmesi hususunun takdiri amire bırakılmış olsa da, uzun ve karışık emirlerle, astın olası sorumluluğunu bertaraf etmek için önemli olan emirlerin yazılı olarak verileceği de belirtilmiştir⁵³⁷. Öte yandan askerlerin silah kullanma yetkisini düzenleyen İç Hizmet Kanunu m. 87'ye göre; amir sözle verdiği emrini teyit etmek üzere yazılı olarak emir vermek zorundadır⁵³⁸. Ayrıca nöbet hizmetlerine, askeri nakil vasıtalarının kullanılması şekline ilişkin emirler ile malzeme ve insan sevki emirleri, eğitim ve harekât emirleri, devamlı ve talimat şeklinde olan emirler, vekâlet emirleri, günlük emirler ve zaman ve mekân itibarıyla sınırlandırılmış emirler yazılı şekilde verilir⁵³⁹.

Askerlikte, emrin kural olarak üniforma ile verilmesi gerekirse de, üniforma giymeyen amiri tanıyan astın, amirin emirlerini yerine getirmesi gerekir⁵⁴⁰. Amir veya

⁵³⁶ TSK İç Hizmet Yönetmeliği m. 32'ye göre; “Emirler, hizmetin mahiyetine göre verildiği esnadaki şartlara ve hizmetin taallûk ettiği talimatnamelerin icaplarına tâbi olarak sözlü veya yazılı olarak verilir. Anlaşılmada yanlışlıkları bertaraf etmek için uzun ve karışık emirler mümkün olan hallerde yazılı olarak verilmesi veya ast tarafından not edilmeli ve esasları tekrar edilmelidir. Emrin ağızdan veya yazılı olarak verilmesi hususunu takdir âmire aittir. Ast'ın muhtemel sorumluluğunu bertaraf etmek için bu bakımdan mühim olan emirler mümkün olan hallerde yazılı olarak verilmelidir. Emir, tekrarından maksat ast tarafından anlaşıldığına kanaat getirmek ve tamamı tamamına, zamanında yapılmasını temin etmektir. Bu sebeple sözlü emir alan her astın kendiliğinden emri tekrar etmesi kaidedir. Lüzum ve imkân oldukça emir ast tarafından not edilmelidir. Hitap mahiyetindeki kısa emirlerin tekrarına lüzum yoktur.”

⁵³⁷ Bu maddenin bağlayıcı olmadığı ve bu nevi emirlerin yazılı olarak verilmesinin zorunluluk arz etmediği hakkındaki görüş için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 97, 98. Astın, emri icra ederken hataya düşmesi sonucu sorumluluğu ortaya çıkabilir. Örneğin, amirin disiplin cezası biten üç erin cezaevinden ismen çıkartılmasına ilişkin verdiği sözlü emri icra ederken, ast isimlerde hata ederek yanlış bir kişiyi çıkarırsa hataya düşer ve sorumluluğu doğar. Amir emrini yazılı olarak verirse, astın bu hataya düşmeyeceği ve sorumluluğunun da doğmayacağına ilişkin olarak bkz. **YÜCEER**, s. 36.

⁵³⁸ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 97. TSK İç Hizmet Kanunu m. 87'ye göre; “V- Ateş emri vermeye yetkili makamlar - 1. Bu maddede yazılı görevleri yapmak için birliğe görev veren üst komutan olay yerinde bulunuyorsa sözle ateş emri vermeye yetkilidir. Komutan, bu emri yazı ile teyit eder.”

⁵³⁹ **YÜCEER**, s. 37.

⁵⁴⁰ **YÜCEER**, s. 34; **KANGAL**, s. 149; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 97.

üst, kimliğini göstererek üniformasız olarak emir verirse, ast bu emri yerine getirmelidir⁵⁴¹.

TSK İç Hizmet Kanunu m. 8’de geçen emrin “sair surette” verilmesi, görsel veya işitsel nitelikteki herhangi bir iletişim aracıyla verilmesi anlamına gelir⁵⁴². Emir, söz ve yazıdan başka, önceden belirlenen işaretlerin kararlaştırılan zamanlarda yapılması şeklinde verilebilir. Örneğin, flama, top, boru, trampet, alarm düdüğü gibi vasıtalarla işaret verildiğinde de, hukuken bir emrin varlığı söz konusu olabilecektir⁵⁴³.

B. MADDİ MEŞRULUK

1. Genel Olarak

Amirin verdiği emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için emri verenin yetkili olması, emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması ve emrin kanunun aradığı şekil şartlarını haiz olması gerekli ancak yeterli değildir. Bunun yanı sıra emrin içeriğinin de hukuka uygun olması gereklidir. Bu şart Anayasa’nın kanunsuz emri düzenleyen 137. maddesinden anlaşılmaktadır: *“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine*

⁵⁴¹ KANGAL, s. 149. TSK İç Hizmet Yönetmeliği m 28’e göre; “Emir; her türlü askerî vazifelerin ve hizmetlerin nâzımıdır. Emrin üniforma ile verilmesi lâzımdır. Üniformasız olan bir âmirin verdiği emirleri onu tanıyanlar yapmağa mecburdur. Üniformasız iken emir vermek lüzumunu gören âmirler (Kanuna göre emir vermek mevkiinde bulunan üstler) ast tarafından tanınmıyorlarsa kimlik kartları ile kendilerini tanıtırlar. Bu ahvalde de astlar tarafından emirleri yapılır.”

⁵⁴² KANGAL, s. 149.

⁵⁴³ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 97; YÜCEER, s. 37.

getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir... Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez.” Benzer şekilde TCK m. 24/3’e göre de konusu suç teşkil eden emirler yerine getirilmeyecek, ancak emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olacaktır. O halde, TCK m. 24 uyarınca, emrin maddi bakımdan meşru olup olmadığının da araştırılması gerekmektedir⁵⁴⁴.

Emir, kanunda genel olarak mevcut olan bir yetkinin belirli bir olay için somutlaşması olarak ifade edilmiştir⁵⁴⁵. Yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine, kısaca hukuk kurallarına uygun bulunmayan emir meşru bir emir değildir⁵⁴⁶. Maddi anlamda meşruluk, emrin içerik bakımından kanunun göstermiş olduğu şartlara uygun olmasıdır. Bir diğer ifadeyle emir, kanunda belirtilen sebep ve konuya ilişkin bir irade açıklaması niteliğinde olmalıdır⁵⁴⁷. Verilen emir kanunun belirttiği sebep ve konuya uygun değilse, içerik bakımından hukuka aykırılık söz konusu olur⁵⁴⁸. Örneğin TSK İç Hizmet Kanunu m. 8’e göre asta verilen emirlerin hizmete ilişkin olması gerekir. Amirin maiyetine hizmetle ilişkisi olmayan emir veremeyeceği aynı kanunun 16. maddesinde de belirtilmiştir. Böyle bir emrin verilmesi halinde, emrin maddi bakımdan meşruiyetinden söz edilemeyeceğinden, hizmete ilişkin olmayan bir emri yerine getiren ast sorumluluktan

⁵⁴⁴ TCK m. 24’te açıkça emrin hukuka uygun olmasına yönelik bir ibareye rastlanmasa da 4. fıkrada yer alan “*Emrin denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” hükmünden emrin meşru olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bkz. **DEĞİRMENCİ**, “*Amirin Emrini İfa*”, s. 464.

⁵⁴⁵ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 96; **DEMİRBAŞ**, s. 271.

⁵⁴⁶ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 292; **İÇEL**, s. 305.

⁵⁴⁷ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 414; **DEMİRBAŞ**, s. 271. **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 89.

⁵⁴⁸ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 89.

kurtulamayacaktır⁵⁴⁹. Öte yandan emrin konusunun suç teşkil etmemesi de gerekir. Konusu suç teşkil eden bir emre itaat yükümlülüğü yoktur ve böyle bir emir maddi bakımdan meşru olmadığı için emri yerine getirenin sorumluluğu devam edecektir⁵⁵⁰.

Emrin verilmesi için kanunun aradığı birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekir. CMK m. 101'e göre tutuklama kararını vermeye yetkili olan merci soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkemedir. Ancak tutuklama kararının verilebilmesi için sadece şekli şartların sağlanmış olması yetmez, aynı zamanda CMK m. 100 uyarınca kuvvetli suç şüphesi uyandıran olguların bulunması ve kanunda gösterilen tutuklama nedenlerinden birinin gerçekleşmesi de gerekir⁵⁵¹. Bu nedenlerin varlığı halinde verilen tutuklama kararı maddi açıdan meşru olacaktır ve tutuklama emrini yerine getiren bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir⁵⁵². Benzer şekilde bir şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu ve işyeri, şüpheli veya sanığın ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi amacıyla aranabilir. Bu nedenle arama kararının verilebilmesi için aranacak olan kişinin, aramaya sebep olan suçu işlediğine dair somut olaya dayanan bir şüphenin ve delilin

⁵⁴⁹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 415.

⁵⁵⁰ **İÇEL**, s. 305; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 98; **KANGAL**, s. 150. “*Erat harçlıklarından, onların ihtiyaçlarını karşılamak maksadı ile de olsa kesinti yapılması hususunda emir verilmesi, kanuna aykırı ve keyfi davranış mesabesinde olup, makam ve memuriyet nüfuzunu suiistimal suçunu teşkil eder.*”, (As. Yrg. 2.D. 17.06.1965, 593/642). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 43. Yargıtay’ın, polis memuru olan sanığın, ruhsatsız silah taşıyan kimseyi karakola götürüp yasal işlem yaptığı sırada karakola gelen amirin yasaya aykırı olarak verdiği emri yerine getirerek, düzenlediği tutanağı yırtıp, silahı geri verip sanığı serbest bırakmasının görevi kötüye kullanılması suçunu oluşturduğuna dair verdiği karar için (4 CD, 06.06.1998, 4229) bkz. **HAKERİ**, s. 381.

⁵⁵¹ **TOROSLU**, s. 152; **CENTEL/ZAHER**, s. 330.

⁵⁵² Sulh ceza hâkiminin, CMK m. 100’deki tutuklama nedenlerini dikkate almadan sadece erkek şüphelinin küpe takması nedeniyle tutuklama kararı vermesi halinde, kolluk görevlisinin böyle bir kararı yerine getirmek zorunda olmadığı hakkındaki görüş için bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 271.

aranacak yerde olduğu konusunda da makul bir şüphenin bulunması da gerekir⁵⁵³. Bu nedenle kolluk görevlilerine arama emri verildiği takdirde, aramanın hukuka uygun olabilmesi için bu maddi koşulların da gerçekleşmiş olması gereklidir. Ancak gerek tutuklama emrini gerekse arama emrini yerine getiren memurun, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine dair yerindelik denetimi yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, emrin görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olması için, hukuk kurallarına uygun olması gerekir. Bu anlamda emrin maddi meşruluğu, müstakil bir şart olarak değil de görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olması şartının içinde incelenir. Bu fikre göre, hukuka aykırı olan bir emrin yerine getirilmesi zorunlu değildir. Oysaki gerek Anayasa'nın 137. maddesinden, gerekse TCK'nın 24. maddesinden, emrin hukuka aykırı olduğu bazı istisnai hallerde dahi yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olduğu anlaşılmakta, ayrıca bu durumlarda sorumluluk konusu da kanunda düzenlenmektedir. Örneğin TSK İç Hizmet Yönetmeliği m. 33'e göre; *"Emirlerin, hizmete mütaallik olması (Silâhlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu madde 8 ve 16) ve kanun ve nizamları ihlâl etmemesi şarttır. Ancak, Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder."* O halde hizmete ilişkin olmakla beraber hukuka aykırı olan bir emrin verilmesi mümkündür ve hatta sonradan şikâyetle bulunulmak üzere, böyle emirlerin de görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla amirin yetkili ve emrin görev gereği yerine getirilmesinin zorunlu olması, emrin

⁵⁵³ CENTEL/ZAFER, s. 367. CMK m. 116'ya göre; *"(1) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya samığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."*

meşruluğunu açıklamada tek başına yeterli olmamaktadır ve kanunun aradığı içerik koşullarının gerçekleşmiş olması da, emrin taşınması gereken müstakil bir şarttır⁵⁵⁴.

Emir, tüm bu şartları taşıyarak, hukuka uygun olduğu takdirde, bu emri yerine getiren kişi hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilecektir. Emir hukuka aykırı olduğu takdirde ise konusunun suç olup olmamasına göre memurun sorumluluğu bakımından farklı ihtimaller ortaya çıkacaktır. Bu nedenle memurun sorumluluktan kurtulabilmesi için emri yerine getirmeden önce, emrin şekil ve içerik bakımından hukuka uygunluğunu denetlemesi gereklidir.

2. Emrin Hukuka Uygunluğunu Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması

Hiyerarşik ilişki gereği, memurun, amirinin verdiği emre itaat etmesi gerekir. Memur, emirlerin kanuna uygun olup olmadığını tartışamaz ve kanunu kendi görüş ve anlayışına göre değil, amirinin görüş ve anlayışı doğrultusunda uygular. Ayrıca memurun, amirinin verdiği emirleri yerine getirmekle yükümlü olması, çeşitli idari ve cezai yaptırımlar ile de güvence altına alınmıştır⁵⁵⁵. Ancak memurun amirinin verdiği emirlere itaat etmesinin sınırının da belirlenmesi gerekir, çünkü bazı istisnai haller haricinde, memur amirinin her türlü emrine mutlak suretle itaat etmek zorunda değildir⁵⁵⁶. Kendisine verilen emri yerine getiren memurun hareketinin hukuka uygun sayılabilmesi için emir şekil ve içerik bakımından meşru olmalıdır. Bu nedenle emri alan memurun, bu emrin meşru olup olmadığını kontrol etme yetkisi ve görevi

⁵⁵⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 88; GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 99.

⁵⁵⁵ GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 100. Örneğin DMK m. 125, AsCK m. 87.

⁵⁵⁶ GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s 111.

vardır⁵⁵⁷. Memur, emri veren amirin yetkili ve emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olup olmadığını, emrin kanunun aradığı şartları taşıyıp taşımadığını araştırmalıdır. Bu araştırmayı yapmayarak görevine girmeyen bir emri yerine getirirse, emrin meşruluğundan söz edilemeyeceği için, memurun sorumluluğu da devam edecektir⁵⁵⁸. Nitekim TCK m. 24/4'te yer alan “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” hükmünden de, emrin hukuka uygunluğunun yerine getiren tarafından araştırılması gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁵⁹. Emri yerine getirecek olana tanınan bu kontrol yetkisi ise itaat yükümlülüğü ile ilgili çeşitli teorilerle açıklanmaya çalışılmıştır.

Görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emrin icrası suretiyle bir suç işlenmesi durumunda kanuna itaat ile amirin emirlerine itaat gibi iki önemli görev birbiriyle çatışma halindedir. Amirin emrine mutlak itaati savunan *Hobbes*'a göre; emri meşru veya gayrimeşru yapan kamu gücüdür. Hükümdarın emrettiği meşru, yasakladığı gayrimeşrudur. O'na göre, yetkili amirin verdiği emir üzerine yapılan yanlış davranış emri yerine getirene ait değildir. Egemenden alınan yetkiyle yapılan her şey devletin eylemidir ve emri yerine getirenlerin hizmeti, bir bedende ellerinkine

⁵⁵⁷ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 88. Emir idari bir işlem olduğu için, yetki, sebep, konu, şekil, maksat unsurları bakımından hukuka uygun olmalıdır. Anayasa'nın 125. maddesine göre; idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargısal denetime açıktır ve istisnaları saklı kalmak kaydıyla idari bir işlem olan emirlerin de hukuka uygunluklarının denetlenebilmesi mümkündür. Yapılan denetim sonucu sayılan unsurlarda bir sakatlık veya eksiklik tespit edilmesi halinde emrin hukuka aykırılığından bahsedilebileceği hakkındaki görüş için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 416.

⁵⁵⁸ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 86; **ÖNDER**, s. 196; **İÇEL**, s. 305; **TOROSLU**, s. 153; **SOYASLAN**, s. 377.

⁵⁵⁹ Astın denetleme yetkisinden söz edilemeyeceği için, TCK m. 24/4'te yer alan “*denetleme*” ifadesinin “*araştırma*” olarak düzeltilmesi gerektiği nitekim astın sadece araştırma yapabileceği hakkındaki görüş için bkz. **SOYASLAN**, s. 380.

benzetilir⁵⁶⁰. Öte yandan *Locke*'a göre ise aslolan hukuka riayet etmektir ve hukuka aykırı emirlere itaat etme mecburiyeti yoktur. *Locke*'un bu görüşleri *Grotius* tarafından da savunulmuş ve sadece meşru olan emirlere itaat edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁶¹. Benzer şekilde *Duguit*, memurun hiçbir zaman üstünün emrine riayet etmeye mecbur olmadığını, aksine kanuna itaat etmekle yükümlü olduğunu, üstün verdiği emrin kanuna uygun olması halinde emre itaat edilebileceğini, kanuna aykırı ise buna uyulmaması gerektiğini savunur. Bunun aksini savunan *Hauriou* ise, memurun üstünün verdiği emirlere mutlak suretle riayet etmek zorunda olduğunu, nitekim devletin mevcudiyeti için gerekli olan hiyerarşinin itaat gerektirdiğini ifade eder⁵⁶². Özellikle askeri şahıslar bakımından önem taşıyan mutlak itaat teorisine göre; memur, hiyerarşik ilişki gereği amirin verdiği emrin hukuka uygunluğunu araştırmaksızın emri uygulamakla yükümlüdür ve emrin yerine getirilmesiyle işlenen suçtan dolayı da kendisi sorumlu değildir. Ancak, askeri ilişkilerde her ne kadar daha sıkı bir disiplin ve itaat söz konusu olsa ve savaş zamanları ile olağanüstü hallerde itaat ödevi ne kadar artsa da, asker hiçbir zaman bir araç konumuna indirgenemeyeceği için, bu teori eleştirilmiştir⁵⁶³. Şekli kontrol teorisine göre; memur yalnızca biçimsel meşruluğu araştırır. Amir yetkili ise ve emir taşınması gereken tüm şekli şartları haizse, memur emrin içeriğine bakmaksızın emri yerine getirmelidir. Gerekli şekil şartlarını

⁵⁶⁰ Thomas **HOBBS**, *Leviathan*, (Çev. Semih Lim), B. 12, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2013, s. 87.

⁵⁶¹ **BASSIOUNI**, s. 454, 455.

⁵⁶² Hakkı **DEMİREL**, “*Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar*”, AÜHFD, C. 7, S. 1-2, 1950, s. 117.

⁵⁶³ Teorinin, modern ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmadığı ve memuru amir karşısında tamamen pasif bir konuma düşürdüğünden ve onu yalnızca bir araca indirgediğinden dolayı eleştirilmesi ile ilgili olarak bkz. **GÜNAL**, “*Emrin Meşruiyetini Kontrol*”, s. 637; **ARASLI**, s. 17. Kanuna açıkça aykırı olan ve suç teşkil eden emirlere itaatin bir görev olamayacağı hakkındaki görüş için bkz. **GÜNAL**, “*Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk*”, s. 172.

taşımayan bir emri yerine getiren memurun sorumluluğu ise devam etmelidir⁵⁶⁴. İçerik itibariyle kontrol teorisine göre; memur, aldığı emrin hem şekil hem de içerik olarak hukuka uygunluğunu kontrol etmek ve sadece kanuna uygun olan emirlere itaat etmek zorundadır. Amirin emri hak ve adalet sınırları içinde değilse, memurun vazifesi objektif hukuka riayet etmek olmalıdır. Aksi halde emrin yerine getirilmesi suretiyle bir suç işlendiği takdirde bundan amiriyle birlikte sorumlu olacaktır⁵⁶⁵. İtiraz ya da emrin tekrarı teorisine göre ise emri alan memur, bu emrin kanuna aykırı olduğu kanaatine varırsa, durumu emri veren amirine gerekçeli olarak iletmelidir. Amir ise emrin hukuka aykırı olduğu kanaatine varmaz ve emri tekrar ederse, memur artık bu emri uygulayacak ve kendisi sorumluluktan kurtulacaktır⁵⁶⁶. Bir diğer fikre göre ise, verilen emir açıkça kanuna aykırı ise memur buna itaat etmek zorunda olmayıp, açıkça kanuna aykırı değilse emri yerine getirmek zorundadır⁵⁶⁷.

Türk hukuk mevzuatında benimsenen tek bir sistem yoktur; farklı ihtimaller altında farklı teorilerin kabul edildiği görülür. Memurun, amirinin kendisine verdiği emirleri geciktirmeksizin yerine getirmesi, devlet işlerinin yürütülmesi bakımından

⁵⁶⁴ Bu teoriye yöneltilen başlıca eleştiri, amirin bilerek kanuna aykırı bir emir vermesi ve memurun da kanuna aykırılığı bilerek bu emri icra etmesi halinde, sırf emir şekle uygun olduğu için memurun sorumsuzluğuna yol açmasıdır. Bkz. GÜNAL, “*Emrin Meşruiyetini Kontrol*”, s. 639.

⁵⁶⁵ GÜNAL, “*Emrin Meşruiyetini Kontrol*”, s. 641. Böyle bir durumda tutuklama emrini yerine getirmekle görevli olan bir kolluk görevlisinin, tutuklama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma yetkisini kendinde görebileceği sonucunun doğabileceğine ilişkin olarak bkz. ARASLI, s. 18. Bu teoriye yöneltilen başlıca eleştiri, memurun kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle amirin verdiği emri yerine getirmekten kaçınmasına imkân tanınması ve bu sınırsız kontrol yetkisinin hiyerarşik ilişkide sorunlara yol açmasıdır. Bkz. GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 105-107.

⁵⁶⁶ Amirin, emrini yazılı olarak tekrarlayınca, memurun da amirini uyarmış olarak görevini yerine getirmiş olup sorumluluktan kurtulacağına ilişkin olarak bkz. GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 107-109.

⁵⁶⁷ ARASLI, s. 19.

gerekli olsa da, amirin verdiği tüm emirlere sorgulamaksızın uyması beklenemez⁵⁶⁸. TCK m. 24/4'te emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmesinden bahsedildiğine göre, memur emrin şekil ve içerik bakımından hukuka uygunluğunu kural olarak araştırmak zorundadır. Emrin içerik bakımından hukuka aykırılığı, emrin konusunun suç teşkil etmesi veya suç teşkil etmemekle birlikte gerekli maddi koşulları taşımaması demektir⁵⁶⁹. Bu araştırma sonucunda memur, emrin hukuka uygun olduğuna kanaat getirir ve emri yerine getirirse, eylemi hukuka uygun hale gelir⁵⁷⁰. Verilen emrin yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa'ya aykırı olması durumunda ise iki farklı ihtimal ortaya çıkabilir. Birinci ihtimal, emrin hukuka aykırı olmakla beraber suç oluşturmaması iken, ikinci ihtimal, emrin konusunun bir suç teşkil etmesidir⁵⁷¹. Anayasa'daki düzenlemeyle, hukuka aykırı emir konusunda emrin tekrarı teorisi, konusu suç teşkil eden emir bakımından ise içerik itibariyle kontrol teorisi benimsenmiřtir⁵⁷². Anayasa m. 137'ye göre; memur, amirinden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun ya da Anayasa'ya aykırı görürse yerine getirmez ve emri veren amire bildirir. Amir ise emrin yerine getirilmesi hususunda ısrar eder ve bunu yazı ile yenilerse, artık hukuka aykırı bağlayıcı emir söz konusu olacak ve memur emri yerine getirerek sorumluluktan kurtulacaktır⁵⁷³. Benzer şekilde PYSK m. 2/2 polisin görev tanımını yaparken emrin yerine getirilmesinde

⁵⁶⁸ ÖNDER, s. 195; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 134.

⁵⁶⁹ ZAFER, s. 354.

⁵⁷⁰ ZAFER, s. 305.

⁵⁷¹ ÖNDER, s. 196.

⁵⁷² GÜNAL, “Emrin Meşruiyetini Kontrol”, s. 646; DEĞİRMENCİ, “Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu”, s. 12.

⁵⁷³ ÖNDER, s. 196; ZAFER, s. 354.

itiraz teorisini benimser⁵⁷⁴. Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği de emrin hukuka aykırılığının tespiti halinde emrin tekrarlanmasını kabul eder. DMK'nın 11. maddesinde de benzer bir düzenleme mevcuttur⁵⁷⁵.

Anayasa m. 137/2'de ise, *“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.”* demek suretiyle içerik itibariyle kontrol teorisi benimsenmiştir. Anayasal bu hükmün yansımaları başta TCK m. 24/3 olmak üzere, DMK m. 11/3, PYSK m. 2/2, JTGYM m. 143/3 gibi düzenlemelerde de yer alır. Öte yandan emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği ve içerik denetiminin yapılamadığı hallerde şekil itibariyle hukuka uygunluk denetimi yapılmaya devam edilir. Bu sebeplerle mevzuatımızda emrin şekil ve içerik itibariyle kontrolünün yanı sıra itiraz (emrin tekrarı) teorilerinin birlikte benimsenerek karma bir yol izlendiği söylenebilir.

Amirin verdiği emrin açıkça hukuka aykırılık teşkil etmemesi halini ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Nitekim Anayasa ve TCK'nın memura verdiği emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi, emrin yerindeliğini ve haklılığını, amirin saikini araştırma şeklinde olamaz ve memur, emrin hukuka uygunluğunu denetleyebilirse de, yerindeliğini denetleyemez. Emrin yerindeliğinin takdiri amire ait

⁵⁷⁴ **“Madde 2** - ...Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”

⁵⁷⁵ **“Madde 11** - ...Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.”

olduğundan, memur emri verilen şekilde uygulamakla yükümlüdür⁵⁷⁶. Bunun yanı sıra kamu görevlileri arasındaki hiyerarşi ve memurun araştırmak için gerekli bilgiye her daim sahip olmaması, emrin maddi bakımdan meşruluğunun araştırılmasına imkân vermeyebilir. Örneğin, yakalama emrini yerine getiren polis memurunun, emrin içerik bakımından meşruluğunu araştırması mümkün değildir⁵⁷⁷. Benzer şekilde CMK m. 100'e göre, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin veya tutuklama nedenlerinin bulunması halinde şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. Tutuklama kararının gereğini yerine getirmek amacıyla bir kimseyi yakalayan kolluk görevlisinin, bu koşulların oluşup oluşmadığını araştırma imkânı ve yetkisi yoktur. Ancak, tutuklama emrini veren merciin yetkili olup olmadığını araştırmak zorundadır⁵⁷⁸. Öte yandan bu itaat ödevi açıkça hukuka aykırı olan bir emrin yerine getirilmesine kadar da genişletilemez⁵⁷⁹. Bu nedenle tutuklama kararını yerine getirecek olan kişi tarafından da fark edilen açık bir hukuka aykırılık varsa, Anayasa m. 137 gereğince amire hukuka aykırılığın bildirilmesi gerekir. CMK m. 119 gereği konutta arama yapması şeklinde bir emri alan kolluk görevlisi de, arama

⁵⁷⁶ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 242. TSK İç Hizmet Kanunu m. 14/2'ye göre “*Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.*”

⁵⁷⁷ Yazılı olarak verilen emirlerde emrin yenilenmesinin istenmesi mümkün olmadığından, şekil ve içerik denetimi yapmaksızın hukuka aykırı emri yerine getiren memurun sorumluluğundan bahsedilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. **ZAFER**, s. 356. Oysaki verilen emir sözlü de olsa yazılı da olsa, bir hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, memurun bu durumu amirine bildirerek yazı ile yenilenmesini sağlayabileceği hakkındaki görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 242. Dolayısıyla emrin meşruluğunun araştırılmasının imkânsızlığından, yalnızca içerik bakımından meşruluk anlaşılmalıdır ve emir sözlü olarak verilse de yazılı olarak verilse de, şekil bakımından meşruluk denetimi her zaman yapılmalıdır.

⁵⁷⁸ **DEMİREL, M.**, s. 151.

⁵⁷⁹ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 120.

kararını veren hâkimin yetkili olup olmadığını⁵⁸⁰, emrin gereken şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını kontrol etmelidir⁵⁸¹. O halde, gerek Anayasa m. 137’ye gerekse TCK m. 24’e göre, bir emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak sorumluluğu ortadan kaldırması için, şekil ve içerik bakımından meşru olması ve bu meşruluğun emri yerine getirecek olan memur tarafından (yerindelik denetimine yol açmayacak şekilde) araştırılması gerekmektedir.

Memura tanınan araştırma yetkisinin, devlet işlerinin gerektirdiği bazı hallerde kanun tarafından sınırlandırıldığı görülmektedir. Emrin içeriğinin meşruluğunun araştırılması, hizmetin niteliğinin veya katı hiyerarşinin zorunlu kıldığı kimi hallerde kanun tarafından engellenmiş ve memura, emrin meşruiyetine dair bir araştırmaya girmeden emri yerine getirme ödevi yüklenmiş olabilir⁵⁸². Nitekim TCK m. 24/4 *“Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”* diyerek memurun hukuka uygunluk araştırmasının kanun tarafından sınırlandırılabilceğini düzenlemiştir. Kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve özellikle askerlik ve kolluk alanında devlete ait bazı faaliyetlerin aksamadan yürütülebilmesi adına, böyle durumlarda verilen emirlerin mutlaka yerine getirilmesi istenir ve bu noktada hukuka aykırı

⁵⁸⁰ Araslı’ya göre; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emirleri yerine getirmekle yükümlü olan kolluk görevlileri, gecikmesinde sakınca bulunan bir halin mevcut olup olmadığını araştırmaksızın, savcının verdiği emirleri yerine getirmelidir. Böyle durumlarda emir kanuna açıkça aykırı olmadığı için sorumluluk sadece emri verene ait olmalıdır. Bkz. **ARASLI**, s. 27, 28. Benzer şekilde Günel’a göre; içerik itibarıyla kontrol, görünüşte hukuka uygun emirlere, bir diğer ifadeyle hukuka açıkça aykırı olmayan emirlere kadar götürülemez. Aksi halde içerik itibarıyla kontrol, emrin durumun şartlarına uygunluğunu ve takdir hakkını denetleyecek şekilde kullanılmış olur ki bunun kabulü mümkün değildir. Bkz. **GÜNAL**, “*Emrin Meşruiyetini Kontrol*”, s. 658.

⁵⁸¹ **DEMİREL, M.**, s. 151. CMK m. 119’a göre; “2) Arama karar veya emrinde; a) Aramanın nedenini oluşturan fiil, b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi, açıkça gösterilir.”

⁵⁸² **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 89; **DEMİRBAŞ**, s. 271; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 209.

bağlayıcı emirler ortaya çıkar⁵⁸³. Anayasa m. 137/3 “*Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” hükmüyle, emrin meşruluğunun araştırılmasının sınırlandırılabilceğini belirtmiştir. Benzer şekilde DMK m. 11/4’te “*Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” denerek bu Anayasal hükme paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuk düzeni, memurun, emrin içerik itibariyle hukuka uygunluğunu denetleme imkânını sınırlayabilirse de şekil itibariyle denetimi yasaklayamaz. Dolayısıyla kanun tarafından belirli bir emre mutlak itaat ödevi getirildiğinde, bu ödev, memuru emrin içerik bakımından hukuka uygunluğunu denetleme imkânından yoksun bırakabilirse de şekil bakımından hukuka uygunluğunu araştırma hak ve yükümlülüğünü kaldıramaz⁵⁸⁴. Bu nedenle özellikle asker kişiler ve polisler açısından emrin hukuka uygunluğunun araştırılmasının bu şekilde engellenmiş ve mutlak itaatin benimsenmiş olması, yalnız içerik bakımından meşruluk için geçerlidir. Şekil bakımından hukuka uygun olmayan bir irade açıklaması hukuki anlamda bir emir olmadığından, şekil bakımından meşruluk denetimi askerler ve polisler dâhil yetkili merciin verdiği emirleri uygulamakla görevli tüm memurlar için geçerlidir ve bu yetkinin kısıtlanması mümkün değildir. Dolayısıyla emrin gerekli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığı her durumda kontrol edilmelidir, aksi halde memurun sorumluluğu devam edecektir⁵⁸⁵.

⁵⁸³ TOROSLU, s. 153; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 302; SOYASLAN, s. 379.

⁵⁸⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 89, 90.

⁵⁸⁵ DEMİRBAŞ, s. 272; SOYASLAN, s. 379; TOROSLU, s. 154.

AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4, konusu suç teşkil etsin etmesin, emrin hukuka aykırı olup olmadığını araştırma hususunda emri alanın yetkisini ve yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya elverişli bir anlam taşımaktadır. Bu şekilde bir yorum da, mutlak itaatin söz konusu olduğu hallerde emir suç teşkil etse bile, emri alan bunu araştırmak zorunda olmadığı için, yerine getirilmesinden sadece emri verenin sorumlu olabileceği şeklinde bir anlamı ortaya koyabilmektedir⁵⁸⁶. Ancak hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklandığı hallerde dahi, konusu açıkça suç olan emirler verilemez ve böyle emirler yerine getirilemez. Bu kuralın hukuk düzeninde bir istisnası yoktur. Bu nedenle memurun, kendisine verilen ve görev gereği yerine getirmek zorunda olduğu emrin kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesine dair olup olmadığını her koşulda araştırmak ve konusu suç teşkil eden bir emri kim verirse versin bunu yerine getirmemek zorunda olduğu ifade edilmiştir⁵⁸⁷. Öte yandan, astın hukuka uygunluğu araştırmasının engellendiği hallerde, emir de içerik itibarıyla hukuka aykırı olup görünüşte suç teşkil etmiyorsa, bu fiilden yalnızca üst sorumlu olur; ancak açıkça suç teşkil eden bir emri yerine getiren memurun sorumluluğu da devam eder⁵⁸⁸. Emrin hukuka aykırılığı açık değilse, memurun araştırma imkânı bulunmadığı için, hukuka aykırı emri yerine getirmesi kaçınılmaz olacak ve sorumluluğu doğmayacaktır. Dolayısıyla Anayasa m. 137’de belirtilen istisnalar, hizmetin niteliği yönünden görevli personelden mutlak itaat isteyen ve ancak bu şekilde yürütülebilen görevler olsa da,

⁵⁸⁶ Kanun yapma tekniği bakımından bir madde içinde önce kural sonra da istisnaların yer almasının, bu nedenle Anayasa m. 137/3 ve TCK m. 24/4’ün yeniden düzenlenmesinin gerektiği yönündeki düşünceler için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 418.

⁵⁸⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 241.

⁵⁸⁸ SOYASLAN, s. 380.

bu hallerde dahi, konusu açıkça suç teşkil eden emirler yerine getirilmeyecektir⁵⁸⁹. Bu bağlamda hukuka uygunluk araştırmasının yapılmasına birer sınırlama getirmiş olan askeri mevzuat ile kolluk mevzuatını incelemek yerinde olacaktır.

a. Askeri Mevzuatın Getirdiği Sınırlamalar

Askerlik, katı ve mutlak bir itaat gerektirdiği için⁵⁹⁰, amirin emrine itaat hususunda asker kişilere, memurlara nazaran daha kısıtlı bir denetleme yetkisi tanınmıştır⁵⁹¹. Nitekim TSK İç Hizmet Kanunu m. 14'e göre; *"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."* Bu bakımdan askerlikte mutlak itaat kuralının benimsendiği ve emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Benzer şekilde Kanun'un 13. maddesinde askerliğin temelini disiplin olduğu ve disiplinin de

⁵⁸⁹ Demirbaş, TCK m. 24/4'te emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağını belirttikten sonra m. 24/3'te belirtilen konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralını hatırlatarak, m. 24/4'ün m. 24/3'ün bir istisnası olmayacağını kabul eder. Aynı yorumu konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmeyeceğini düzenleyen Anayasa m. 137/2 ve mutlak itaati düzenleyen Anayasa m. 137/3 için de yaparak, m. 137/3'ün m. 137/2'nin bir istisnası olmadığını ifade eder. Bkz. DEMİRBAŞ, s. 272. Benzer şekilde İçel de, Anayasa m. 137/3'ün, 1. fıkranın bir istisnası olduğunu ifade ederek, sadece suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler bakımından polis ve askeri kişilere bir istisna getirildiğini kabul eder. Bkz. İÇEL, s. 305 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210, ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 418. Zafer, bu kuralın AsCK m. 41/3'e uygun olarak "görev ve hizmetin kapsamı dışında kalan ve konusu suç teşkil eden emir hiçbir zaman yerine getirilemez; yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz" şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim polis amirinin verdiği zor kullanma emri gibi bazı görev ve hizmetler, konusu bir suç tanımına uyan bir fiilde bulunma emri vermeyi gerektirebilmektedir. Bkz. ZAFER, s. 355.

⁵⁹⁰ SOYASLAN, s. 379; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 209; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 293.

⁵⁹¹ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 124. Ayrıca savaş ve barış zamanlarında bir ayırım yapılarak barış zamanı mutlak itaatin kabul edilmemesi gerektiği ancak savaş zamanında emirlerin icrasının mutlak olarak zorunlu olduğu görüşleri hakkında bkz. GÜNAL, "Emrin Meşruiyetini Kontrol", s. 661.

amirlere mutlak surette itaat gerektirdiği ifade edilmiştir⁵⁹². Ancak askeri ilişkilerde disiplin ve itaatin daha hassas olması, mutlak itaat için amir tarafından verilmiş herhangi bir emrin yeterli olacağı anlamına gelmez⁵⁹³. Öte yandan, askerlerin ancak kanuna uygun emirlere itaat etmeleri gerektiği de, asker kişilere emrin içeriğinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi hususunda çok geniş bir imkân vermesi ve askeri disiplin ile bağdaşmaması açısından kabul edilemez. Bu iki görüşün orta yolu olarak, kanuna açıkça aykırı olan ve suç teşkil eden emirlere itaat edilemeyeceği kabul edilir⁵⁹⁴.

Her ne kadar emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi sınırlanmış olsa da, kayıtsız şartsız bir mutlak itaatten bahsetmek mümkün değildir; nitekim emrin içeriği her ne kadar denetlenemese de, şekli olarak hukuka uygun olup olmadığı her zaman araştırılabilirdir. Ast, emri ifa etmeden önce emrin şeklen hukuka uygunluğunu ve askeri hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmakla her zaman yükümlüdür, aksi halde emrin yerine getirilmesinden sorumlu olacaktır. Bu nedenle askeri şahıslar bakımından emrin yerine getirilmesinde mutlak itaatin benimsendiği, ancak bunun içeriği araştıramamaya yönelik olduğu ve emrin hizmete ilişkin olup olmadığına dair şekil denetiminin her zaman yapılması gerektiği söylenebilir. Böyle bir durumda verilen

⁵⁹² “**Madde 13** – Disiplin: Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. (2) Askerliğin temeli disiplindir. (3) Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır.”

⁵⁹³ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 124.

⁵⁹⁴ ARASLI, s. 19. Amirin asta suç teşkil eden bir emir verme yetkisi olmasa dahi, emrin meşruiyeti şüpheliyse astın buna itaat etmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 124, 125.

emir görünüşte suç teşkil etmiyorsa, ayrıca fiilin suç olduğunun bilinmesi ve anlaşılması kolay değilse, üst tek başına sorumlu olur⁵⁹⁵.

TSK İç Hizmet Kanunu m. 14 gereğince, mutlak itaat kuralı, emri verenin amir olması halinde geçerlidir. Emri veren herhangi bir üst ise, ast, yasalara göre bu kişinin kendisine böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırmalıdır. Yetkili olduğu kanısına varırsa ast emri yerine getirmeli, aksi halde yerine getirmemelidir⁵⁹⁶. Dolayısıyla emri verenin üst olduğu hallerde mutlak itaat kuralı verilen her emirde değil, ancak kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde geçerli olacaktır. Bu noktada, mutlak itaat gereği astın, amirinin verdiği emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmaksızın, bu emre itaat etmeye mecbur olduğu da ifade edilmektedir⁵⁹⁷. TSK İç Hizmet Kanunu m. 14'te yer alan mutlak itaat kuralı ise askerin aldığı her emre körü körüne itaat edeceği anlamını taşımamaktadır. Mutlak itaatın sınırlandırıldığı nokta AsCK m. 41'de yer alır. Bu maddeye göre hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emir veren sorumlu olur, ancak, kendisine verilen emrin sınırını aşmışsa veya amirin emrinin adli veya askeri bir suç maksadını içeren bir fiile ilişkin olduğunu biliyorsa, asker de sorumlu olacaktır. Askeri mevzuat (TSK İç Hizmet Kanunu m. 8 ve 16; AsCK m. 41) emrin hizmete ilişkin olup olmadığı konusunda askere her zaman araştırma yetkisi vermektedir. Dolayısıyla emrin yerine getirilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için, hizmete ilişkin olması

⁵⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 94; GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 112.

⁵⁹⁶ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 178; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 135; DEMİRBAŞ, s. 273; İÇEL, s. 307.

⁵⁹⁷ GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s. 176; ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 178; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 293; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 410. Koca/Üzülmüş'e göre ise ast, askeri hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmaksızın amirinden aldığı her emre mutlak surette itaat etmek zorundadır. Bkz. KOCA/ÜZÜLMÜŞ, s. 303.

gerektiğinden, ast, amirin veya üstün kendisine verdiği emrin biçimsel yönden meşruluğunu ve bu emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmalıdır. Askeri mevzuat tarafından mutlak itaat öngörüldüğü için, emir biçimsel olarak meşru olmakla birlikte, içerik olarak hukuka aykırı olsa ve ast bu konuda tereddüde düşse dahi, emri yerine getirmelidir⁵⁹⁸. Böyle durumlarda ast, emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmayacaktır, meğerki emrin suç işlemek maksadıyla verildiğini biliyor olsun⁵⁹⁹.

Emrin içeriğinin araştırılmasının engellendiği hallerde, astın üstten emrin yazılı olarak yenilenmesini isteme hakkı olmadığı ve böyle durumlarda hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin söz konusu olduğu ifade edilse de⁶⁰⁰ astın, emri kanun ve nizamlara aykırı bulması halinde yazılı emir talep edip edemeyeceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Anayasa m. 137/3'te askeri hizmetlerin görülmesi halinde istisnaların kanunla düzenleneceği belirtilmişse de, bu konuda TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33. maddesinde düzenlenen hükümden başka bir istisna askeri mevzuatta yer almamaktadır⁶⁰¹. Yönetmeliğin 33. maddesine göre; AsCK'nun 41/3-B maddesine

⁵⁹⁸ **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 184; **GÜNAL**, “*Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk*”, s. 176; **CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT**, s. 294.

⁵⁹⁹ Belirtmek gerekir ki, AsCK'nın 41. maddesi II. Dünya Savaşı esnasında yürürlükte olan 1872 Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesiyle oldukça benzerlik göstermektedir. 47. maddedeki hükme göre, amirinin verdiği hizmete ilişkin emri yerine getirmek suretiyle suç işleyen askerin cezai sorumluluğu bulunmuyordu. Bu sorumsuzluğun ise iki istisnası düzenlenmişti. İlki emrin sınırlarının aşılmasıyken, ikincisi askerin emrin suç veya kabahat işlemek amacıyla verildiğini bilmesiydi. Bu iki istisna ise Nasyonal Sosyalizm rejiminde emre mutlak itaati savunan bazı hukukçular tarafından şiddetli biçimde eleştirilmiştir. Bkz. **BOZBAYINDIR**, s. 131, 132.

⁶⁰⁰ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 519.

⁶⁰¹ Bu nedenle hukuka aykırı emirlerin yazılı olarak istenemeyeceği yönünde görüşler olsa da, bu konunun kanunla düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Nitekim emrin hukuka aykırı olması halinde yazılı olarak istenemeyeceğine ilişkin bir istisnanın kanunda yer almadığı, Silahlı Kuvvetlerde astın amirinden aldığı emri hukuka aykırı görmesi durumunda yazılı olarak isteyip isteyemeyeceği hususunda hukuki bir boşluk bulunduğu, İç Hizmet Yönetmeliği m. 33'teki hükmün yazılı tekrar konusunda bir engel teşkil ettiği kabul edilse bile, Anayasa m. 137/3'te istisnaların kanunla düzenleneceği belirtildiği ifade edilmiştir. Bkz. **DEĞİRMENCİ**, “*Amirin Emrini İfa*”, s. 474; **KANGAL** s. 150. Öte yandan hizmete ilişkin olmayan bir emrin yazı ile yenilenmesinin, emir suç teşkil etmediği sürece astı sorumluluktan kurtaracağı hakkındaki görüşler için bkz. **ZAHER**, s. 355.

giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile yerine getirir ve ondan sonra şikâyet eder. Emir, AsCK'nun 41/3-B maddesine giren hallere ilişkin ise, yerine getirilmez ve gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire bildirilir. Aksi halde emri yerine getiren astın sorumluluğu devam eder. Dolayısıyla hukuka aykırı emirlere mutlak surette itaat ödevi getirilmiş ve bunların icra edildikten sonra şikâyet edileceği düzenlenmiştir. Öte yandan emrin suç işlenmek amacıyla verildiği ast tarafından biliniyorsa, emir yerine getirilmemelidir⁶⁰². Bir diğer ifadeyle askerler her ne kadar verilen emirleri içerik itibarıyla kontrol edemese de, mutlak itaatin sınırları açıkça suç teşkil eden bir emri yerine getirmeye veya suç işlenmek amacıyla verildiğinin bilindiği bir emri yerine getirmeye kadar genişletilemez⁶⁰³. Ayrıca verilen emri askeri disiplin ve hizmetin dışında bularak kanun ve nizamlara aykırı olduğu için yerine getirmeyen astın emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemiş olmayacağı ifade edilse de⁶⁰⁴, Askeri Yargıtay'ın, suç teşkil etmeyen emirleri yerine getirmeyen astın emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediğine dair kararları da bulunmaktadır⁶⁰⁵.

⁶⁰² **ARASLI**, s. 47.

⁶⁰³ **GÜNAL**, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s. 174; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 520.

⁶⁰⁴ Askeri Yargıtay'a göre; “Yasa ve diğer nizamlarla düzenlenmiş hususlarda, yasa ve nizamlara aykırı olarak verilen emrin yerine getirilmesi, askerliğin kuralları gereği zorunlu olsa dahi, yerine getirilmemesinin AsCK'nun 87'inci maddesinden düzenlenen ‘emre itaatsizlikte ısrar’ suçunu oluşturmayacağı Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile benimsenmiştir. Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması ile, bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin suç teşkil etmesi ayrı sonuçlardır. Ast, kanuna aykırı dahi olsa emri yerine getirecektir. Ancak yerine getirmediği takdirde eylemi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacaktır, ama bu eylemi askerliğin disiplin kurallarını ihlal ettiğinden disiplin tecavüzü teşkil edecek ve amiri tarafından disiplin cezası ile cezalandırılabilir.” (As. Yrg. 1 .D., 1.5.2002, 423/420). Karar için bkz. **KANGAL**, s. 150, dpn. 242.

⁶⁰⁵ “Amirin emrine muhatap olan astın, suç teşkil etmeyen emirleri kanunsuz da olsa yerine getirmeleri gerek Askeri Ceza Kanunu, gerekse de İç Hizmet Kanunu'nun hükümleri gereği olduğundan, demirbaş eşyaların ve sıkıyönetim dosyalarını zimmetine almayan erin hareketi emre itaatsizlikte ısrar suçunu

Emrin hukuka uygunluğunun araştırılması ve mutlak itaat kuralı ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer hüküm TSK İç Hizmet Kanunu m. 20'dir⁶⁰⁶. Bu hükme göre verilen emirler kural olarak ast tarafından değiştirilemez, ancak, olayın durumu ve koşullar emri yapılamayacak hale getirmişse veya emrin yerine getirilmesi halinde büyük bir tehlike veya ağır bir zarar ortaya çıkacaksa, amirinden yeni bir emir alma imkânı olmayan ast, sorumluluğu üzerine alır ve emri değiştirerek yapar. Bu nedenle emirlerin ast tarafından değiştirilemeyeceği hükmünün de mutlak olmadığı ifade edilmelidir⁶⁰⁷.

b. Kolluk Mevzuatının Getirdiği Sınırlamalar

Polis teşkilatında egemen olan hiyerarşi askerlere nazaran daha yumuşak olduğundan, polis memurları kural olarak emrin hukuka uygunluğunu denetleme olanağına sahiptirler. Anayasa'nın 137. maddesine paralel olan PVSK m. 2/2 bakımından polis memurlarının diğer devlet memurlarından bir farkı yoktur⁶⁰⁸: *"Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı*

oluşturacak niteliktedir." (As. Yrg. Drl. Kur. 9.3.1989, 91/71). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 37.

⁶⁰⁶ **"Madde 20** - Emirler ast tarafından değiştirilemez. Ancak, ahval ve şerait emri yapılamıyacak bir hale koymuşsa veyahut emir verilirken meçhul kalmış sebepler meydana çıkmışsa veya emrin yapılması büyük bir tehlikeyi ve ağır bir zararı da mücip olacaksa ve bütün bu haller karşısında amirden yeni bir emir alınmasına hal ve zaman da müsait değilse; ast mesuliyeti üzerine alarak emri yeni vaziyete uygun bir tarzda değiştirerek yapabilir ve ilk fırsatta emri yapılmıyan veya kısmen yapılan amirlere de malûmat verilir."

⁶⁰⁷ **ARASLI**, s. 45.

⁶⁰⁸ **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 210.

olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.” PVSK m. 2/2 genel ilkeyi tekrar ederek, polis memurunun kural olarak emrin şekil ve içerik bakımından meşruluğunu araştırmasını ister⁶⁰⁹. Polis memurunun emirde hukuka aykırılık görmesi halinde bunu yerine getirmeyerek amirine bildirmesi, amir emrini yazı ile yenilerse, bu kez hukuka aykırı bu emri yerine getirmesi gerekmektedir. Öte yandan konusu suç teşkil eden emirleri ise hiçbir surette yerine getirmemelidir⁶¹⁰.

Kural olarak emrin şekil ve içeriğini denetleyebilirlerse de öyle bazı durumlar vardır ki, polis memurlarının emrin içeriğini araştırma imkânları olmayabilir. Örneğin polis memuru, infazı gereken bir arama kararında, aramayı gerektiren makul şüphenin oluşup oluşmadığını inceleme yetkisine sahip değildir. Ancak her ne kadar emrin içerik bakımından meşruluğunu kontrol edemiyor olsa da, şekil bakımından meşruluk denetimini mutlaka yapmalıdır. Böyle durumlarda emrin hukuka uygunluğunun araştırılması kanun tarafından engellendiği için emrin yerine getirilmesinden emri veren amir sorumlu olacaktır⁶¹¹. Benzer şekilde yakalama emrini alan polis memurları, emrin haklılığını veya yakalananın gerçekten suç işleyip işlemediğini araştırmadan bu emri yerine getirmekle yükümlüdürler⁶¹².

Bu noktada PVSK m. 2’nin geçirdiği hukuksal süreçlere değinmekte fayda vardır. PVSK m. 2’de yer alan “*Polisin göreceği vazifelerde, selahiyettar amir*

⁶⁰⁹ ÖNDER, s. 197.

⁶¹⁰ İÇEL, s. 306.

⁶¹¹ TOROSLU, s. 154.

⁶¹² SOYASLAN, s. 379.

tarafından verilecek emirlerde Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünün cari olmadığı” hükmü, polisler bakımından mutlak itaat getirdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Mülga Memurin Kanunu’nun 40. maddesi, memurun, aldığı emri kanun, tüzük veya yönetmeliğe aykırı görmesi halinde, bu aykırılığı amirine bildirmesini ve amir emrinde ısrarcı olursa yerine getirerek sorumluluktan kurtulmasını düzenlemekteydi. Ancak dönemin anayasasına uygun olarak, “*Bu misillu emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevaddan bulunmaması lazımdır. Aksi takdirde bu emri kat’iyyen infaz etmek ve daha yüksek makama keyfiyeti bildirmeye mecburdur.*” şeklindeki hükümle konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceğini belirtiyordu. Böylece, polisin yerine getireceği görevlerde bu maddenin uygulanmayacağını düzenleyen PVSK m. 2/2 hükmünden, polisin konusu suç teşkil eden emirleri de yerine getirebileceği gibi bir anlam çıkabiliyordu. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, PVSK m. 2/2’yi “*Polisi, Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünden mutlak surette istisna etmiş olduğundan, konusu suç teşkil eden emirlerin dahi infaz edilmesi gerekeceği hakkında bir anlayışa da müsait*” bularak 1961 Anayasası’nın 125. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁶¹³. Ancak

⁶¹³ “Memurin Kanununun 40. maddesi, memurun, yetkili âmirden aldığı emrin yönetmelik, tüzük ve kanun hükümlerine aykırı olduğunu görürse bunu âmirine bildireceğini, âmiri ısrar ederse memurun bütün sorumluluğun kendi âmirine ait olduğunu yazı ile bildirerek emri yerine getireceğini bu misli emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevaddan bulunması lâzım geldiğini ve aksi halde memurun bu emri hiç bir surette yerine getirmiyerek keyfiyeti daha yüksek makama bildireceğini âmir bulunmaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendine (Polisin göreceği vazifelerde selâhiyetli âmirden verilecek emirlerde Memurin Kanununun 40. maddesi hükmü cari değildir.) hükmü konulmak suretiyle Memurin Kanununun 40. maddesinin (Konusu suç teşkil eden emrin hiç bir suretle yerine getirilemeyeceği) şeklindeki hükmü, polis memurları için bertaraf edilmiş bulunmaktadır.

334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 125. maddesi, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin üstünden aldığı emri yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmiyerek bu aykırılığı emri verene bildireceğini, ancak üstü emrinde ısrar eder ve bu emri yazı ile yenilerse emri yerine getireceğini, bu halde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağını belirttikten sonra (Konusu suç teşkil eden emir, hiç bir surette yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu hükmü iptal etmesi, bu maddenin iptali halinde polise de Memurin Kanunu m. 40'ın uygulanmak durumunda kalınacağı ve esas bu durumun Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı belirtilerek eleştirilmiştir. Karar, Anayasa'nın 125. maddesinde kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumak için kanunun gösterdiği istisnaların saklı tutulduğu gerekçesiyle de eleştirilmiş ve muhalefet şerhinde bu eleştirilere yer verilmiştir⁶¹⁴. İptale getirilen eleştirilerde,

Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.) hükmünü koymuştur.

Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendinin ikinci cümlesi, kanuna, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Komisyon raporunda bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir.

(Polisin Selâhiyetli âmirleri tarafından verilecek emri derhal infaz etmeleri vazifelerinin ehemmiyet ve müstaceliyet noktasından mültezem bulunduğundan Memurin Kanununun 40. maddesinde mevcut ve âmin vereceği emre müteallik umumi hükümlerin polis vazifelerinde cari olmayacağı kaydolunmuştur. Şu kadar ki polis âmirlerinin vereceği bir emrin sarih ve fahiş bir surette kanunsuzluğu anlaşılabilir hususlardan olmaması pek tabii olup, maddeye ilâve edilen fıkra ile bu kabil açık surette takdiri mümkün olan kanunsuzluklardan dolayı mahza âmirden emir verilmiş diye teveccüh edecek kanunî mesuliyetlerin polisin mutlak surette beri olacağı kastedilmemiştir).

Adalet Komisyonunun bu gerekçesinden her ne kadar Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendine eklenen ve davacı tarafından iptali istenen hüküm ile konusu suç teşkil eden emirlerin polis tarafından yerine getirilmesinin kastedilmediği anlaşılmakta ise de yetkili âmir tarafından verilecek emirlerin yönetmelik, tüzük, veya kanun hükümlerine fahiş surette aykırı olup olmadığının takdiri her zaman kolayca kabil olamayacağı gibi bu hüküm, polisi, Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünden mutlak surette istisna etmiş olduğundan, konusu suç teşkil eden emirlerin dahi infaz edilmesi gerekeceği hakkında bir anlayışa da müsait bulunmaktadır.

Halbuki Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrasıyla konusu suç teşkil eden emirlerin hiç bir suretle, yani âmir, emrini yazılı olarak yenilese dahi, yerine getirilemeyeceği ve yerine getiren memurun âmirinden aldığı yazılı emre dayanmasının kendisini sorumluluktan kurtaramayacağı açıkça belirtilmiştir.

Anayasa'nın sözü geçen maddesi, kamu hizmetlerinde âmir ile memurun münasebetini düzenlerken son fıkrasıyla acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğunu belirtmek suretiyle, âmir ve memur münasebetlerinde bazı hususların düzenlenmesini de kanun koyucuya bırakmıştır.

Dâva konusu Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendinin ikinci cümlesi, 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasından çok önce yürürlüğe konulmuş olduğundan bu kanunun Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrası uyarınca, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş bir kanun sayılması mümkün değildir ve; Anayasa'nın sözü geçen maddesi ile yasaklanan bir davranışa yer verir nitelikte olması bakımından da Anayasa'ya açıkça aykırı olan bu hükmün, iptali gerekir." (AYMK, 08.07.1963, 204/179, R.G. 13.11.1963/11554).

⁶¹⁴ "MUHALEFET ŞERHİ

1- 2559 sayılı kanunun ikinci maddesi, Memurin Kanununun 40. maddesinin polise ait vazifelerde tatbik edilmeyeceğini göstermekte, fakat 40. maddedeki hükme istisna teşkil edecek başka bir hüküm de ihtiva etmemektedir.

Ortada, polise ait vazifeler bakımından tatbiki mümkün bir hüküm bulunmadığına nazaran Anayasa'ya aykırılık değil hüküm eksikliği bahis konusu olabilir. Bu eksikliğin hukukî neticelerini ele alarak ve bu neticelerin Anayasa'nın maksadına aykırı düştüğü mülâhazasına istinat ederek 2559 sayılı

maddedeki “*Memurin Kanununun 40. maddesi cari değildir*” ibaresiyle esas olarak, polisin gördüğü işlerde acil müdahaleyi gerektiren durumların varlığı halinde yazılı emirlerle zaman kaybetmeyip, sözlü emir yoluyla daha hızlı karar alabilmenin amaçlandığı savunulmuştur⁶¹⁵.

PVSK’nın bu hükmü 1965 yılında geçirdiği değişiklikle Anayasa’ya paralel hale getirilerek polisin şekil ve içerik denetimi yapacağı kural olarak kabul edilmiştir. Ancak maddenin devamında on üç bentte sıralanan hallerde⁶¹⁶ “Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak

kanundaki hükmü iptal etmek, polise ait vazifelerde de Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünün uygulanması sonucunu doğurur ki asıl bu sonuç Anayasa’ya aykırı düşer.

Filhakika, Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında (Acele hallerde kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumak için kanunun gösterdiği istisnaların saklı bulunduğu) yazılıdır. Yani, Anayasa’da da polis görevlerini ilgilendiren bu konuların istisnai hükümlere tabi tutulması lüzumlu görülmüş ve bunun ayrı bir kanunla düzenlenmesi derpiş edilmiştir.

2- Kamu düzenini ve güvenliğini ilgilendiren konular için istisnai hükümler sevk edecek kanun yürürlüğe girinceye kadar polisin de, Anayasa’nın 125. maddesinin ilk fıkrası hükümlerine tâbi kalacağına ve 2559 sayılı kanunun ikinci maddesindeki istisna hükmüyle meydana gelen kanun boşluğu, Anayasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra kapanmış bulunduğu; (Kanunsuz emir) konusunu her cepheden ele alarak düzenliyen Anayasa’nın 125. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra her memurun, bu arada polisin, Anayasa’nın 8. maddesi gereğince Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünü değil Anayasa’nın 125. maddesi hükmünü tatbikle mükellef bulunmasına nazaran 40. madde hükmünün yürürlükte kaldığı düşünülemez. Binaenaleyh, polis memurlarının bu maddeye tâbi kalmaları neticesini doğuracak olan iptal kararına bu sebeple de iştirak olunamamaktadır.

Kararın l numaralı bendine bu sebeplerle muhalifiz.”

⁶¹⁵ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 132.

⁶¹⁶ “I – Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II – Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III – Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV – Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V – Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskün veya gayrimeskün yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII – Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için”

verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir." denerek hukuka uygunluk denetimine bir istisna getirilmiştir. Bu düzenleme, sayılan hallerde yetkili amir tarafından verilecek her emrin yerine getirilip getirilmeyeceğinin, emirlere derhal itaat etmenin sınırının ne olduğunun ve verilen emrin açıkça suç teşkil etmesi ya da keyfi olması durumunda polisin ne şekilde davranacağını açık olmaması nedeniyle eleştirilmiştir⁶¹⁷. PVSK m. 2/3'te on üç bent halinde sayılan bu durumlarda polis memuru, yetkili amir tarafından verilen sözlü emirleri mevzuata aykırı görse bile yerine getirmelidir⁶¹⁸. Ancak bu sayılan hallerde dahi konusu açıkça suç teşkil eden emirler yerine getirilemez. Aksi halde emri verenle birlikte yerine getiren de sorumlu olur⁶¹⁹. Bu nedenle doktrinde PVSK m. 2/3'te sayılan hallerin, konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 137/2. maddesi ile TCK'nın 24/3. maddesine birer istisna teşkil etmediği savunulmaktadır⁶²⁰. Bu görüşe göre; on üç bentte sayılan hallerde sadece emrin yazılı olarak verilmesi istenemez ve suç teşkil eden emir bu hallerde dahi yerine getirilemez, yerine getiren ise sorumluluktan kurtulamaz⁶²¹. Dolayısıyla bu hükümle, konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceği kuralına bir istisna getirilmemiş, sadece Anayasa m. 137/3 doğrultusunda acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için

⁶¹⁷ GÜNAL, "Emrin Meşruiyetini Kontrol", s. 669.

⁶¹⁸ İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, sözlü emirlerin mevzuata aykırı olsa dahi derhal yerine getirileceğini belirtmekle yetinerek, bunların konusu suç teşkil eden emirler bakımından da geçerli olup olmadığı konusunda bir açıklama yapmamıştır. Bkz. İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 135. Ayrıca bkz. ÖNDER, s. 197; İÇEL, s. 306.

⁶¹⁹ DEMİRBAŞ, s. 274; İÇEL, s. 307; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 294.

⁶²⁰ GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 133, 159; DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 96; ARASLI, s. 32.

⁶²¹ GÜNAL, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 159; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 294.

kolluk görevlisinin hukuka aykırı emre itiraz etmesi ve emri yazılı olarak tekrarlatması engellenmiştir. Ancak hükmün bizim de katıldığımız diğer yorumuna göre; hem hukuka aykırı emrin yazıyla tekrarlanması istenmesi engellenmekte hem de mutlak itaatin söz konusu olduğu bu hallerde emrin içeriğinin denetlenmesi kanun tarafından engellendiği için, emir açıkça suç teşkil etmiyorsa (bir diğer ifadeyle görünüşte hukuka uygunsa), emri icra suretiyle bir suç işlendiği takdirde bundan yalnızca amir sorumlu olmaktadır. Elbette bunun için emrin suç teşkil ettiğinin ast tarafından da bilinmemesi gerekmektedir⁶²².

Hukuka aykırı emrin yazılı olarak tekrarının istenemeyeceğine dair bir istisna da Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 20/5. maddesinde yer alır. Buna göre; *“Usulüne uygun olarak verilmiş arama kararı veya emri üzerine, yetkili âmirin, aramanın yapılması için kolluk memurlarına vereceği sözlü emirler derhâl yerine getirilir. Bu konudaki emirlerin yazılı olarak verilmesi istenemez. Bu hâllerde, emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk, emri verene aittir.”* Bu hükümle, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla alınan arama kararlarını yerine getirmek maksadıyla verilen emirlerin sorumluluğu amire ait olmak üzere derhal yerine getirileceği ve bunların yazılı tekrarının istenemeyeceği düzenlenmiştir. Böyle bir durumda hukuka aykırı sözlü emirlerin yerine getirilmesinde sorumluluk emri veren amire ait olmakla birlikte, konusu açıkça suç teşkil eden bir emir hiçbir surette yerine getirilmemelidir.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 9. maddesine göre *“Kanun ve nizamlar ile bunlara dayalı olarak verilen emir ve kararların*

⁶²² DEMİREL, M., s. 170. Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm.

*öngörmediği hiçbir görev Jandarmadan istenemez.” Bu düzenlemeyle, jandarmaya kanuna aykırı emir verilemeyeceği belirtilmiş ancak verildiği takdirde emrin yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığına dair bir hükme ise yer verilmemiştir. Bu nedenle, askeri görevleri bakımından TSK İç Hizmet Kanunu ve AsCK’na tabi olan jandarma açısından, bu durumlar saklı olmak üzere, Anayasa m. 137’deki konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceğine dair kuralın istisnası olmadan geçerli olduğu belirtilmiştir⁶²³. Ancak PVSK’da yer alan ve 2803 sayılı kanuna aykırı olmayan hükümler jandarma bakımından da uygulanmakta ve m. 25’teki “*Polis teşkilatı bulunmayan yerlerde il, ilçe ve bucak jandarma komutanları ile jandarma karakol komutanları bu kanunda yazılı vazifeleri yapar ve yetkileri kullanırlar.*” hükmüyle kolluk görevleri bakımından jandarmanın PVSK’daki vazifeleri yapacakları düzenlenmektedir. Bu nedenle koşulları olduğu takdirde PVSK m. 2/3’te sayılan durumlardaki sorumsuzluk halinin, bu görevi yerine getiren jandarma bakımından da geçerli olacağı söylenebilir.*

⁶²³ DEĞİRMENCİ, “*Amirin Emrini İfa*”, s. 473.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE

SORUMLULUK VE HUKUKİ NİTELİK

I. HUKUKA UYGUN EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Amirin emrini yerine getirmenin şartları açıklandıktan sonra, emri veren amir ve yerine getiren memur açısından sorumluluğun ne olduğunun ve bu sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Amirin emrini yerine getirmenin sorumluluğa hangi nedenlerle ve ne şekilde etki edeceği doktrinde tartışmalı olup bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Amirin emrini yerine getirmenin sorumluluğa etkisini incelerken bir ayrıma gidilmesinin teorik tartışmaları daha iyi görebilmek adına faydalı olacağını düşünüyoruz. Bu sebeple öncelikle amirin hukuka uygun emrini, hukuka aykırı emrinden ayırarak incelemek yerinde olacaktır. Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisi ile hukuki niteliğini incelerken de bir ayrıma gidilecek ve konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emir ile konusu suç teşkil eden emir ayrı olarak değerlendirilecektir.

Amirin verdiği emir hukuka uygun ise, emri veren amir ve yerine getiren memurun sorumsuzluğu söz konusudur. Bu sorumsuzluğun hukuki niteliği hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilir. Nitekim hukuka uygun bir emir meşruiyetini kanundan alır⁶²⁴. Hukuka uygun bir emrin verilmesiyle, esasında kanunun bir hükmü

⁶²⁴ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 34.

amirin emri aracılığıyla yerine getirilmektedir. Dolayısıyla hukuka uygun bir emri yerine getirmek, geniş anlamda bir görevin ifa edilmesidir ve memurun fiilini hukuka uygun hale getirmiştir⁶²⁵. Görevin ifasının fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmesi, hukuk düzeninin kendisiyle çelişmeyeceği ilkesinden kaynaklanır⁶²⁶. Çünkü amirin kanunun hükmünü yerine getirerek hukuka uygun bir emir vermesi şeklindeki eylemini hukuka uygun kabul edip, emri yerine getirmek suretiyle görevini ifa eden memurun eyleminin hukuka aykırı olacağını söylemek, çelişki oluşturur. Amirin emrinin yerine getirilmesinde hukuk düzeninin koruduğu bir değere kanun tarafından istenen bir zarar, emir vasıtasıyla verilmektedir⁶²⁷. TCK m. 24'ün gerekçesinde de *“Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır.”* demek suretiyle, bu nevi emirlerin hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmiştir⁶²⁸.

⁶²⁵ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 82. Ümanist Doktrine göre; amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi bir mazeret sebebidir ve objektif nitelik taşır. Amirin hukuka uygun emrini yerine getiren kimsenin kusurlu görülmemesinin nedeni, bir fiilin aynı anda hem suç hem de meşru bir hareket sayılamamasındandır. Bir fiilde mazeret sebebi varsa, o fiilin suç sayılması için gereken koşullardan kusurluluk eksik demektir. Bu nedenle hukuka uygun bir emrin varlığı halinde amirin ve memurun sorumsuzluğu, fiilin hukuka uygun olmasıyla değil, kınanabilirliğin ve dolayısıyla kusurluluğun bulunmamasıyla açıklanır. Kusurluluğun hukuka aykırılıktan önce geldiği ve bir mazeret sebebi olan amirin emrinin de kusurluluğu ortadan kaldırdığının kabul edildiği bu görüş hakkında bkz. EREM, s. 577, 578. Bu açıklama, kusurluluğun hukuka aykırılıktan önce geldiğini kabul etmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Kusurluluk tartışmasının yapılabilmesi için öncelikle suç teşkil eden bir fiilin işlenmiş olması gerektiğini ve daha sonra sübjektif unsurun, yani kusurun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirten görüş için bkz. GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 36. Benzer şekilde fiilde öncelikle hukuka aykırılığın bulunmasının gerektiğine, suçun manevi unsuru olan kusurluluğun ve isnat yeteneğinin daha sonra inceleneceğine dair görüş için bkz. DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 143.

⁶²⁶ TOROSLU, s. 148.

⁶²⁷ ZAFER, s. 301. Böyle bir durumda, kanun maddesinin böyle bir davranışın yapılmasına izin vermesi ve hatta bunun yapılmasını emretmesi ve kanun tarafından emredilen fiilin de objektif olarak suç olamayacağı hakkındaki görüş için bkz. GÜNAL, *“Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”*, s. 177.

⁶²⁸ *“Mağdur Nafiz Ş. 'in, Kültür Bakanlığı ile Turizm Bakanlığı 'nın birleştirilmeleri üzerine, 25.07.2003 tarihinde Bakü Kültür Müşavirliği görevinden alınıp, Kültür ve Turizm Bakanlığı APK uzmanı olarak atanması üzerine, atanma işleminin iptali için dava açtığı, Ankara İdare Mahkemesince 31.03.2004 gün ve 2003/1429 esas sayı ile bu atama işleminin yürütmesinin durdurulması kararı verildiği, kararın gerekçesinde ‘genel müdürlük kadrosunda bulunduktan sonra kültür müşavirliği görevine atanan*

davacının, öğrenim durumu itibariyle genel müdür yardımcılığı görevine atama koşullarını da taşıdığı hususu dikkate alındığında, kültür müşavirliğinden önceki görevi olan genel müdür yardımcılığına veya bu kadroya denk göreve atanması gerekirken, APK uzmanlığına atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığının' belirtildiği, kararın Bakanlığa 20.04.2004 tarihinde tebliğ edildiği, bu kez 04.05.2004 tarih ve 7982 sayılı müşterek kararname taslağı hazırlanarak, mağdurun Hakkari İl Kültür Ve Turizm Müdürlüğü'ne atanmasına ilişkin kararnamenin Başbakanlığa gönderildiği ve mağdurun 05.06.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 2004/5929 sayılı müşterek kararname ile Hakkari İl Kültür ve Turizm Müdürlüğüne atandığı, mağdurun bu atama işlemine karşı da iptal davası açtığı ve Ankara 7. İdare Mahkemesince 27.10.2004 gün ve 2004/2239 esas sayı ile atama işleminin yargı kararının etkisiz bırakılmasına yönelik olduğu kabul edilerek bu atama işleminin de yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği, bu işlemlerin yapıldığı dönemde sanık Mustafa İsen'in, Kültür ve Turizm Bakanlığı Müsteşarı olarak görev yaptığı ve atama işlemlerini uygun gördüğünü belirterek paraf ettiği tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. ...

Bütün bu bilgi ve belgeler bir arada değerlendirildiğinde; Mağdur Nafiz Şahin'in hakkında ilk atama işleminin yapılması, bakanlıkların birleşmesi üzerine olağanüstü bir nedenle gerçekleştirilmiştir. Bu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar veren İdare Mahkemesi ise, mağdurun önceki görevi olan genel müdür yardımcılığına veya bu kadroya denk göreve atanması gerektiğini belirtmiş, ancak denk görevin ne olduğu konusunda kararında herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. İki bakanlığın birleştirilmesi nedeniyle 29.04.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4848 sayılı Kültür ve Turizm Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Yasa ile idari kademedeki 719 kadronun iptal edilerek, yerine 296 kadro ihdas edildiği, ancak hangi kadroların denk olduğu konusunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı, bakanlıkların birleştirilmesinin önemli ölçüde kadro daralmasına sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır.

Mağdurun gerek alındığı gerekse atandığı görevler, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Yasa'nın 2. maddesi uyarınca müşterek kararname ile atanmayı gerektiren görevlerdendir. Üçlü imzayı gerektiren müşterek kararnamelerin, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanları tarafından önce incelenerek ve yapılan denetim sonucu hukuka uygunluğu saptanarak imzalandığı ve ardından Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girdiği nazara alındığında, sanık Müsteşarın bu kararnamenin hazırlanmasında icrai bir görevi bulunmadığı, Bakanın yazılı emrine uyarak yaptırdığı işlemlerin 'hazırlık' niteliğini taşıdığı ortaya çıkmaktadır.

Yargılamaya konu atama işleminde, icrai hareketlerin, imza yetkisi bulunanlarca yapılabileceği açıktır. Bakanın kişinin atandığı görevi açıklıkla belirten yazılı emrine uyularak kararname taslağının hazırlandığı bu aşamada, sanık Müsteşarca uygun görüşle anılan taslağın parafe edilmesi, suç nazariyesi yönünden icrai hareket niteliğinde değil, hazırlık hareketi mahiyetinde bir eylemdir ...

Bakanın atanılacak yeri ve görevi yazılı olarak bildirmesi ve emri doğrultusunda hazırlık hareketlerinin icrasını istemesi karşısında, bu emrin, Anayasa'nın 137. maddesinin 1. fıkrasında zikri geçen ve üstün ısrarı halinde emri yerine getirenin sorumluluğunu gerektirmeyen türden mi olduğu yoksa aynı maddenin 2. fıkrasında tarif edilip konusu suç teşkil eden bir emir niteliğini mi taşıdığı konusunda iyniyetli yorum farklılıkları oluşması olanaklı hale gelebilmiştir. Bakanlıkların birleştirilmesi ve bazı kadroların iptali ile yeni kadroların ihdas edilmesi hali hangi kadroların denk kadro olduğunun saptanmasında olağanüstü bir karmaşa yaratmış, emri uygulayan kişinin, verilen emrin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemesi de zorluk arz eder hale dönüşmüştür. Kişinin atanması sırasında bazı üst kadrolarda boşluk bulunmasının, denk göreve atamada açık bir kusur olarak değerlendirilmesi de isabetli değildir. Göz ardı edilmemelidir ki; iki bakanlığın birleştirilmesi olağandışı karmaşa doğurmuş, toplam 719 adetten ibaret geniş kadro 296 gibi dar bir sayıya çekilmiştir. Böyle bir evrede kadro yerleşiminden sorumlu kişilerin öncelikle ve sadece müştekiyi yerleştirme sorumluluğu taşımadığı, çok sayıda başka görevliye denk sıfat ve makam bularak yeni idari davalara neden olmama mesuliyetini üstlendikleri gözetilmelidir. Bu durumda da sanığın, Bakan tarafından verilen atama emrinin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemede hataya düşmesi olanaklı bulunduğundan, ortaya çıkan bu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesi ve emre uygun hazırlıkta bulunmanın suç oluşturmadığını düşünmüş olabileceği saviyla, eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma niyeti gütmeyeceğinin kabulü gerekmektedir.

Öte yandan; yerine getirilmesi gereken idare mahkemesi kararında '...veya kadroya denk bir göreve' atanması önerisine de yer verilmesi karşısında, üçlü imzayı gerektiren müşterek kararnameye konu atamaların, yekdiğeriyle denk telakki edilmesi ve bu tarzdaki bir hazırlık işleminde hukuka aykırılık olmadığı yorumuna varılması kabul edilebilir görünmekte, bu hal dahi sanığın suç işleme bilinciyle hareket etmediğini kabule yöneltmektedir. Bu gerekçelerle sanık müdafilerinin temyiz

Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi şeklindeki hukuka uygunluk nedeni, emri verenin cezai sorumluluğuna etki etmez. Ancak böyle bir emri veren amirin sorumsuzluğu TCK m. 24/1 kapsamında kanunun hükmünü icra etmek olarak değerlendirilir. Örneğin, CMK m. 119 uyarınca kolluk amirinin verdiği arama emri kanunun hükmünü icra; kolluk görevlilerinin de bu emre dayanarak arama yapmaları amirin emrini icra kapsamında değerlendirilir⁶²⁹. Benzer şekilde, amirin olay mahallindeki göstericilere tazyikli su sıkılmasını emretmesi ve sonucunda bazı göstericilerin yaralanması halinde, zor kullanmanın şartları gerçekleştiği takdirde, polis memurları esasen hukuka uygun bir emri yerine getirmişlerdir. Zor kullanmada sınırın aşılması hali saklı kalmak üzere, amir, PVSK m. 16'dan kaynaklanan yetkisini kullandığı için, emir hukuka uygundur. Bu hallerde emri veren bakımından kanunun hükmünün yerine getirilmesi, emri yerine getiren bakımından da amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri söz konusudur⁶³⁰.

Bu hukuka uygunluk nedeninin 24. maddenin hangi fıkrasına dayandığı konusunda bazı görüş ayrılıkları olduğu görülmektedir. Doktrindeki tüm görüşler, hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesinin fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırarak suçun oluşumunu engellediği konusunda hemfikirse de, bu görüşün dayanağı farklılık göstermektedir. Bazı yazarlar, hukuka uygun emri görevin ifası hallerinden biri olarak kabul etmekle beraber, sorumsuzluğun nedenini TCK m. 24/1'e

itirazları yerinde görüldüğünden, hükmün, sanığın beraatine hükmedilmesi gereğine işaretle bozulmasına karar verilmelidir.", (YCGK, 12.12.2006, 2006/4.MD-203, 2006/301). Karar için bkz. Mehmet Emin **ARTUK** / Ahmet **GÖKCEN**/ Ahmet Caner **YENİDÜNYA**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, Adalet Yay., Ankara 2014, s. 727-730.

⁶²⁹ **DEĞİRMENCİ**, "Amirin Emrini İfa", s. 460.

⁶³⁰ **ZAFER**, s. 304.

dayandırırken⁶³¹; bazı yazarlara göre ise TCK m. 24/2'ye göre bir hukuka uygunluk nedeni oluşmaktadır⁶³².

TCK m. 24/1'e göre; *“Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”* Amirin hukuka uygun emrini yerine getirmenin TCK m. 24/1'den kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunanlara göre, hukuka uygun emrin yerine getirilmesi ile kanun hükmünün yerine getirilmesi arasında esaslı bir fark görülmez ve ikisinin dayanağını da görevin ifası oluşturur⁶³³. Bu nedenle görevli ve yetkili amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi, görevin ifası hali olarak TCK m. 24/1'deki hukuka uygunluk nedenini oluşturmaktadır⁶³⁴. Bu görüşler, TCK m. 24/2'de sadece emrin hukuka aykırı olması halinin düzenlendiğini savunurlar. Öyle ki *Özbek* bu konuda *“Aslında hükmü şu şekilde anlamak gerekir: ‘Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu ve fakat aslında hukuka aykırı olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.’”* şeklinde görüş belirtir⁶³⁵. Oysaki amirin emrini yerine getirme, kanunun hükmünü yerine getirmeye, bir görevin ifası noktasında

⁶³¹ Bu yazarlar emrin yerine getirilmesi kurumunu bir bütün halinde incelemeyip, hukuka uygun emri hukuka uygunluk nedeni olarak görevin ifası biçimi şeklinde incelerken, hukuka aykırı emri kusurluluğu kaldıran nedenler altında incelemektedirler. Örneğin, **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 301; **ÖZGENÇ**, s. 407; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 405; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 284.

⁶³² *Hakeri*, amirin hukuka uygun emri ile hukuka aykırı emrini ayırarak incelese de ikisinin dayanağının da TCK m. 24/2 olduğunu söyler. Bkz. **HAKERİ**, s. 291; **ZAFER**, s. 300. *Toroslu*, amirin emrini yerine getirmeyi kanunun hükmünü icra ile birlikte görevin ifası başlığı altında inceleyerek TCK m. 24/2'ye dayanır. Bkz. **TOROSLU**, s. 150, 151; **İÇEL**, s. 301; **ÖNDER**, s. 193; **DEMİRBAŞ**, s. 267; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 208; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 289; **HAFIZOĞULLARI/ ÖZEN**, s. 239; **SOYASLAN**, s. 377.

⁶³³ **ÖZGENÇ**, s. 407; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 301.

⁶³⁴ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 405; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 284.

⁶³⁵ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 409.

benzerlik göstermekle birlikte, görevin kaynağı açısından farklılık gösterir⁶³⁶. Ayrıca TCK m. 24/2, “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz” derken, hukuka uygun veya aykırı emir ayrımı yapmamıştır⁶³⁷. Bu nedenle amirin hukuka uygun emrinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmesinin dayanağının TCK m. 24/2 olduğu kanaatindeyiz.

Amirin hukuka uygun emrini yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin doğurduğu bazı sonuçlar vardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuka uygunluk nedenleri fiili suç olmaktan çıkaran objektif nedenlerdir ve varlıkları halinde fiil, başından itibaren suç teşkil etmez, doğrudan doğruya hukuka uygun biçimde doğar⁶³⁸. Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için, normda tarifli olan bir suç tipine uygun olması gerekir. Ancak kanun koyucu kimi zaman yasaklanmış bu fiillerin yapılmasına izin verebilir ve hatta bunların yapılmasını emredebilir. Bu nedenle, kanunda yasaklanan suç tipinin gerçekleştirilmesi tek başına suçun oluşması için yeterli değildir, aynı zamanda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması da gerekir⁶³⁹. Hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi söz konusu olduğunda ise, her

⁶³⁶ İÇEL, s. 302; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 290.

⁶³⁷ HAKERİ, s. 291; DEMİREL, M., s. 59.

⁶³⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 237; İÇEL, s. 290; Ahmet Emrah AKYAZAN, “5237 Sayılı TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, ABD, Yıl: 2006, S. 1, s. 79, 80. “Sanık (asteğmen), ... firari bir sanığın yakalanmasıyla görevlendirilmiş olup; bu görevin ifası için refakatinde bulunan jandarma erleri ile birlikte ... köyüne geldiklerinde, bir evin damından atlayan kişinin harmanlar arasında saklanması ... üzerine; ... harmanlar arasında saklanan kişinin bulunup meydana çıkarılması için (ot harmanını ateşe vermiştir. Bu) ... suretle gizlenen kişinin yakalanmasını sağlamıştır. Yanan ekin sahibine zarar verme kastı ile hareket etmeyen ... sanığın ‘infazı vazifeten zaruri bir emrin icrası’ ile görevlendirilmesi, olayın anarşik hareketlerin yoğun olduğu bir yörede cereyan etmesi, harman yerinde gizlenen ve jandarma görevlilerinin takibine maruz kalan kişinin silahla karşı koyma ihtimali ... göz önünde tutulduğunda, sanığın beraatine karar verilmesi gerekir.” (YCGK, 2.2.1987, 8-553/31). Karar için bkz. Mehmet UYGUN / Vural SAVAS / Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, Ceza Genel Kurulu Kararları, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1987, s. 86.

⁶³⁹ TOROSLU, s. 109, 110.

ne kadar maddi ve manevi unsurlar oluşmuş olsa da, emri veren ve yerine getiren bakımından hukuka uygun bir durum olduğu için, suç işlendiğinden söz edilemez. Bu yüzden, bir kimse tarafından gerçekleştirildiği takdirde suç olarak kabul edilecek olan bir fiil, amirinin hukuka uygun olarak verdiği emri icra eden bir memur tarafından gerçekleştirildiğinde suç oluşturmayacaktır. Örneğin, bir kişiyi yakalama fiilini herhangi bir kimse gerçekleştirdiğinde TCK m. 109’da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olacak iken, CMK m. 98/1 uyarınca hâkimin verdiği yakalama emrini veya CMK m. 146 uyarınca şüpheliyi zorla getirme emri veren Cumhuriyet savcısının bu emrini yerine getiren kolluk görevlisinin fiili hukuka uygun olduğundan, suç oluşturmayacaktır⁶⁴⁰. Benzer şekilde, her ne kadar fiili kanundaki suç tanımına uysa da, CMK m. 100 uyarınca tutuklama kararını yerine getiren kimse kişiyi hürriyetinden yoksun kılmış olmayacağı gibi, CMK m. 116 uyarınca konutta arama yapan kolluk görevlisi de TCK m. 116’daki konut dokunulmazlığının ihlali suçunu işlemiş olmayacaktır. O halde emir taşıması gereken tüm şartları haizse; yetkili bir merci tarafından verilmiş, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu ve hukuka aykırı değilse, emri veren amir ve yerine getiren memur bakımından herhangi bir sorumluluk doğmayacaktır. Amir kanunun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanarak hukuka uygun bir emir verdiği, memur da hukuka uygun bu emre itaat etme görevini yerine getirdiği için, ikisinin fiili de hukuka uygun hale gelmiştir⁶⁴¹. Hukuk düzeni bir bütün olduğundan, hukuka uygunluk nedenlerinin genel etkisinden dolayı, kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak meşru bir emir veren amirin fiili

⁶⁴⁰ ZAFER, s. 300; GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 34; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 189.

⁶⁴¹ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 135. Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için, bunun olayda objektif olarak bulunmasını yeterli görmeyen ve sübjektif olarak görevi yerine getirme bilincinin varlığını arayan görüş için bkz. Mahmut KOCA, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri”, CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 127.

de bu emri yerine getiren memurun fiili de sadece ceza hukuku değil, tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale gelir⁶⁴².

Amirin meşru emrini yerine getiren memurun fiilinin hukuka uygun olmasının sebebi, korunan menfaatin çatışan menfaate üstünlüğü ve toplumsal zararın yokluğu ile açıklanabilir. Çatışan hukuki değer veya menfaatlerden bir tanesine üstünlük tanındığı için ortada toplum bakımından cezalandırılması gereken bir zarar yoktur⁶⁴³. Maddi hukuka aykırılığa dayanan bu açıklamanın yanı sıra, şekli hukuka aykırılığı savunanlara göre ise, amirin hukuka uygun emirlerinin icra edilmesini bir görev olarak memurdan talep eden hukuk düzeni, aynı zamanda bu fiili icra ettiği için memuru cezalandıramaz⁶⁴⁴. Çünkü amirin emrin yerine getirilmesinde, hukuken korunan bir değer veya menfaate kanun tarafından istenen veya izin verilen bir zarar, emir vasıtasıyla verilmektedir⁶⁴⁵. Bu nedenle, memurun fiilinde suçun maddi ve manevi unsurları oluşmuş olsa da hukuka aykırılık mevcut olmayacak, fiil tüm hukuk düzenine uygun hale gelecektir. Bu nedenle CMK m. 223/2-d uyarınca, olayda bir hukuka

⁶⁴² Nitekim hukuka uygunluk nedenleri “*hukukun birliğini sağlayan bir temel oluşturur.*” Bkz. **KATOĞLU**, s. 23; Nurullah **KUNTER**, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949, s. 112; Uğur **ALACAKAPTAN**, Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 96; **KOCA**, s. 120; **TOROSLU**, s. 149; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 206. Yargıtay 4. HD, 1.2.1972 1971/10477 ve 1972/722 sayılı kararında, Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin, İstanbul’dan Ankara’ya düğüne gelen ve aracını bir binanın önüne park eden davacının, aracının plakasının belediye başkanlığının yazılı emri üzerine belediye zabıtası tarafından sökülmesi nedeniyle zarara uğradığını iddia ederek belediye zabıta memuru ve şube müdürü aleyhine kişisel kusurlarından dolayı maddi ve manevi tazminat davası açması şeklinde gelişen olayda, davalıların husumetle hareket etmeyip yazılı emri yerine getirdikleri gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği kararı onamıştır. Karar için bkz. Semahattin **DEVİRİM**, “*Anayasanın 125 inci Maddesi Üzerinde Bir İnceleme*”, Danıştay Dergisi, Yıl: 9, S. 34-35, 1979, s. 134.

⁶⁴³ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 235. **KOCA**, s. 133.

⁶⁴⁴ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 38.

⁶⁴⁵ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 134. Davranış, kanunun bir emrini veya yasağını ihlal ediyorsa biçimsel; bireysel veya kolektif bir menfaati ihlal ediyor, tehlikeye sokuyor veya normun amacına aykırılık teşkil ediyorsa maddi bakımdan hukuka aykırıdır. Maddi ve biçimsel hukuka aykırılıkla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KATOĞLU**, s. 36 vd.

uygunluk nedeni bulunduğu için, fail hakkında beraat kararı verilecektir⁶⁴⁶. Fiil tüm hukuk düzenine uygun olduğu için, faile başka bir hukuk alanından kaynaklanan bir yaptırım da uygulanamayacaktır⁶⁴⁷.

Hukuka uygunluk nedenleri, bu neden içinde hareket eden kimseye halin gerektirdiği araçları kullanarak durumu bertaraf edebilme hakkı tanıdığından, hukuka uygunluk nedeni içinde hareket eden bir kişinin bu davranışına karşı bir hukuka uygunluk nedeninden faydalanılamaz⁶⁴⁸. Bu nedenle, amirinin verdiği hukuka uygun bir emri yerine getiren memura karşı hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamayacak, hukuka uygun bir yakalama emrini yerine getiren kolluk görevlisine karşı, örneğin, meşru müdafaa gerçekleştirilemeyecektir. Elbette hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşan kişinin fiili artık haksız olacağı için, buna karşı bir hukuka uygunluk nedeninden faydalanılabilecektir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ **ZAFER**, s. 302. “Komutan sekreteri olan sanığın dava konusu eylemlerde konumu itibariyle yer almadığı, eylemlerin sanığın üstlendiği görevle ilgisinin bulunmadığı gibi sadece kendisine verilen emirleri yerine getirdiği, suç işleme kastıyla hareket etmediği, resmi belge niteliğindeki sözleşmenin son sayfası hariç diğer sayfalarını değiştirdiği iddiasının yerinde olmadığı, zira değişikliğe uğrayan, değiştirildiğinde bir tereddüt bulunmayan, sahte olmayan, dava tarihi itibariyle uygulanmakta olan sözleşmenin yanı sıra sözleşmenin değişen sayfalarının iptal kaşesi basılmak suretiyle Dairede saklanmakta ve bir suretinin dosyada mevcut olduğu görölmektedir. Sanık sivil işçinin, diğer sanığın sekreteri olduğu, onun isteklerini ve emirlerini ilgililere ilettiği, verilen emirler doğrultusunda işlem yaptığı, verilen kararları tartışma durumunda olmadığı, suç işleme kastıyla hareket etmediği, diğer görevlilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle eylemlerini kapsayacak şekilde atılı suçlardan beraatine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığından; sanık hakkında direnilmek suretiyle verilen beraat hükmünün onanmasına karar verilmiştir.”, (As. Yrg. Drl. Krl., 11.3.2010, 25/24). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 321.

⁶⁴⁷ *Koca/Üzölmez*’e göre; şayet bir yaptırım bağlanmışsa, o neden bir hukuka uygunluk sebebi değıldir. Bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 258.

⁶⁴⁸ **ÖNDER**, s. 173, 174; **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 284. Her hukuka uygunluk nedeninin, kendi sınırları içerisinde kalmak koşuluyla, kişiye başkasının hukuki alanına müdahale hakkı verdiği hakkındaki görüş için bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 259.

⁶⁴⁹ **ÖNDER**, s. 174; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 259.

II. HUKUKA AYKIRI EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuka uygun emirlerin amir ve memur bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği konusunda doktrinde fikir birliği olsa da, hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisinin hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu bakımdan hukuka aykırı emirleri, konusunun suç teşkil edip etmemesine göre ikiye ayırarak incelemek, tartışmaları görebilmek adına bir kolaylık arz etmektedir. Nitekim kanunsuz emri düzenleyen Anayasa'nın 137. maddesi de hukuk aykırı emirler arasında konusunun suç teşkil edip etmemesine göre bir ayırım yapmıştır.

A. KONUSU SUÇ TEŞKİL ETMEYEN HUKUKA AYKIRI EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Hukuka Aykırı Emirlerin Sorumluluğa Etkisi

Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisini incelemeden önce, hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiğine yer vermekte fayda vardır.

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile, hukuk düzeni tarafından müsaade edilmemesi, bu fiilin bütün hukuk düzeni ile çatışma

halinde bulunması⁶⁵⁰; belirli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık olarak tanımlanmıştır⁶⁵¹. Ceza hukukunda hukuka aykırılık, haksızlığın bir türüdür ve bütün hukuk düzeni bakımından hüküm ifade eder⁶⁵². Suç, hukuka aykırı fiiller arasında yer almakla birlikte, her hukuka aykırılık bir suç teşkil etmemektedir. Hukuka aykırılığın türünü, fiil için öngörülen yaptırım belirler. Suç, hukuka aykırı diğer fiillerden biçimi itibariyle ayrılır ve hukuka aykırı fiiller arasında kanun koyucunun sadece ceza yaptırımı öngördüğü fiiller suç teşkil eder⁶⁵³. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuka aykırı fiillerden idari ceza yaptırımı öngördüğü fiiller idari suç, zararın tazmini gibi özel hukuk yaptırımı uygulanan hukuka aykırı fiiller ise haksız fiil teşkil etmektedir⁶⁵⁴. Fiilin suç teşkil edebilmesi için, kanun koyucu

⁶⁵⁰ Hukuka aykırılığın suçun unsuru olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. Genellikle suçun ikili ayrımını kabul edenlere göre hukuka aykırılık suçun özünü ilgilendirdiğinden, ayrı bir unsur olarak değerlendirilemez. Bu görüşe göre; suçun özü olan hukuka aykırılık, suçu oluşturan unsurlar ile hukuki varlık veya menfaatleri korumaya yönelik normların fiil bakımından öngördüğü değerlendirme içinde erimiştir. Hukuka aykırılığı kanuni unsurlara dâhil eden yazarlara göre; bir fiilin kanuni tarife uygun olduğunu kabul edebilmek için, bu fiilde bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Hukuka aykırılığın maddi unsura dâhil olduğunu savunan yazarlara göre; suçun maddi unsurunu oluşturan fiil, esasen ceza hukukuna aykırı olan fiildir ve maddi unsurun varlığından söz edebilmek için, işlenen fiilin hukuka aykırı olması şarttır. Dolayısıyla fiilde hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması şeklinde menfî bir şart aranır. Suçun tekçi anlayışına göre; suç organik bir bütündür ve hukuka aykırılık suçun unsuru değildir. Suçun üçlü ayrımını kabul edenlere göre ise hukuka aykırılık, norm ile fiil arasındaki çatışma olarak suçun ayrı bir unsurudur. Tartışmalar için bkz. **KATOĞLU**, s. 127-147; **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 2 vd.

⁶⁵¹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 278.

⁶⁵² **KATOĞLU**, s. 21.

⁶⁵³ Suç ile haksız fiil arasında mahiyet farkı olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; suç ile haksız fiil arasında manevi unsur bakımından bir fark bulunur ve ceza hukuku anlamındaki suçlar kastla, haksız fiiller taksirle ya da kusursuz olarak işlenebilir. Bu görüş açıkça pozitif hukukla çelişmektedir. Bir diğer görüş, zararın türü ile ilgili bir ayrıma gider ve haksız fiillerden doğan zararın tazmininin mümkün olduğunu ancak suçtan doğan zararın tazmini ve tamirinin mümkün olmadığını ifade eder. Yine bu ayrımı savunanlara göre; suçla toplumsal ve kamusal bir zarara neden olunurken, haksız fiille bireysel bir zarar ortaya çıkmaktadır. Öte yandan bir diğer görüş ise hukukla çatışma bakımından suç ve haksız fiiller arasında mahiyet farkı olduğunu kabul eder. Tartışmalar için bkz. **KATOĞLU**, s. 28 vd.

⁶⁵⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 182.

tarafından ortaya konan suç tipine uygun olması gerekir⁶⁵⁵. Bir fiilin tipe uygun olması, hukuka aykırılık karinesini de beraberinde getirir ve suç tipinde fiilin ayrıca hukuka aykırı olduğu konusunda bir ifadenin varlığı aranmaz⁶⁵⁶. Bu nedenle bir fiilin suç teşkil etmesi için, o fiilde bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerekir. Ceza hukukunda yer alan bir hukuka uygunluk nedeni, diğer hukuk alanları bakımından da fiilin hukuka aykırı sayılmamasını ve diğer hukuk alanlarından kaynaklanan müeyyidelerin de uygulanmamasını gerektirir. Fiilin hukuka aykırı olduğu, yani suç teşkil ettiği tespit edildikten sonra, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler açısından bir inceleme yapılır⁶⁵⁷. Fiilin iradiliğini ortadan kaldıran bir nedenin varlığı halinde suç, unsurlarıyla birlikte oluşmuş olmakla birlikte, fail kusurlu görülmemektedir⁶⁵⁸.

Anayasanın 137. maddesine göre; “(1) 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. (2) Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. (3) Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” Görüldüğü üzere ilk fıkra,

⁶⁵⁵ TOROSLU, s. 109.

⁶⁵⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 279; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 77.

⁶⁵⁷ Kusurluluğa verilen anlama göre kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler de değişkenlik göstermektedir. Normatif anlamda kusurluluk anlayışı isnat yeteneğini kusurun ön şartı saydığı için, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi haller; hata, cebir gibi nedenlerle birlikte kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında kendisine yer bulur. Oysaki kusurluluğun tabiatçı anlayışında isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı değil, failin bir durumu olarak kabul edilerek, kusurluluğun dışında değerlendirilir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 313.

⁶⁵⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 314.

konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerde sorumluluk halini düzenlerken, ikinci fıkrada konusu suç teşkil eden emirlerle ilgili düzenleme yer almaktadır. Son fıkrada ise, itaat yükümlülüğü artırılmış olan kimseler bakımından geçerli olacak istisnai bir sorumsuzluk hali düzenlenmiştir. PVSK m. 2/2 ve DMK m. 11/2 ⁶⁵⁹ de Anayasa'nın söz konusu hükmüne paralel düzenlemeler içermektedir⁶⁶⁰.

Suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak TCK m. 24/2'ye göre; *“Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”* Bu hükmün hukuka uygun emirleri de kapsadığı konusunda görüş birliği olmasa da, suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesi halinde memurun sorumsuzluğunu düzenlediği konusunda

⁶⁵⁹ PVSK m. 2/2'ye göre; *“Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”* DMK m. 11/2'ye göre; *“Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmaya mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir”.* Amirin emrini yerine getirmede sorumluluk halini düzenleyen DMK'nın bu hükmü ile Anayasa'nın hükmü arasında bir çelişkinin olduğu belirtilmiştir. Şöyle ki, Anayasa m. 137'de yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa'ya aykırılıktan bahsedilirken, DMK m. 11'de bu sıra tersten sayılarak, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa en üst norm olduğu için, memurun emrin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda Anayasa'daki sıraya göre ilk önce yönetmeliğe bakması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **DEVİRİM**, s. 132.

⁶⁶⁰ İl İdaresi Kanunu'nun vali ve kaymakamların emir verme yetkisini düzenleyen 23. ve 38. maddeleri Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptal davasına konu olmuş, ancak Anayasa Mahkemesi *“İl İdaresi Kanununun 23 ve 38 inci maddelerinde emrin Anayasa'ya uygun olmaması halinin öngörülmemesinde Anayasa'ya aykırılık, hatta bir eksiklik ve boşluk dahi var sayılmaz. Çünkü emrin Anayasaya aykırı bulunması hali, Anayasanın 125 inci maddesinde yer almış ve bu hüküm 8 inci maddede yazılı organ, makam ve kişileri bağlamakta bulunmuş, dâva konusu maddelerde ise emrin, kanunlara uygun olmaması hali göz önünde tutulmuştur. Hukuki mevzuat içinde Anayasa'nın yerinin kanunlar bölümü olduğunda ve (Kanun) deyiminin Anayasayı da kapsadığında hiç şüphe yoktur. Anayasanın 125 inci maddesinde (Kanun)dan ayrı olarak (Anayasa) deyiminin de kullanılması faydalı ve uyarıcı bir tekrardan ibaret olmak gerekir. // Dâva konusu maddelerde emrin suç konusu olması halinin göz önünde tutulmadığı ve bu yüzden ilgililerin konusu suç olan emirleri yerine getirmek zorunda bırakıldıkları iddiasında da durum böyledir. Anayasa 125 inci maddesinin 2 nci fıkrasıyla (Konusu suç teşkil eden emrin hiç bir suretle yerine getirilmeyeceği; yerine getiren kimsenin sorumluktan kurtulmayacağı) temel hukuk kuralını koymuştur. Kaldı ki kanunların genel olarak suç saydığı bir eylemde bulunan kişinin, meselâ askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması durumlarında olduğu gibi, yine kanunda aksine bir sarahat bulunmadıkça, memurun emir aldığı bahanesinden, hukuki bir mazeretmişçesine, faydalanması hiç bir zaman düşünülemez.”* gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir (AYM, 20.05.1963, 174/115).

bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Madde gerekçesine göre; *“Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri ‘yerine getirme ve bu aykırılığı o emri verene bildirir’ler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir ‘emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz’ (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir.”*

O halde konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emir, amirin verdiği herhangi bir emrin mevzuata, yani yönetmelik, tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine aykırı olması ve suç teşkil etmemesi halinde ortaya çıkacaktır⁶⁶¹. Suç teşkil eden emirlerin Anayasa’nın 137. maddesi gereği yerine getirilmemesi gerektiğinden, bunların sorumluluk rejimi ile hukuki niteliği de farklılık arz eder. Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler daha çok anayasa hukuku, idare hukuku ve özel hukuk ile ilişkilidir⁶⁶². Uygulamada ve doktrinde örneklerine pek sık rastlanmamakla birlikte, hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen bir emre Kabahatler Kanunu’ndan örnek verilebilir. Şöyle ki, bir resmi kurumun araçlarının yoldaki kaldırıma park edilmesi

⁶⁶¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 415.

⁶⁶² GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s. 179.

yönündeki bir emir, Kabahatler Kanunu m. 38 uyarınca hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen bir emirdir⁶⁶³.

Amirin emri idari bir işlem olduğu için, hukuka uygunluk karinesini haizdir ve bunu icra eden memur da genellikle bundan faydalanır⁶⁶⁴. Emrin konusu suç teşkil etmediği sürece, amirin emir, karar ve direktiflerine karşı memurun idari veya kazaî bir müracaat yolu yoktur ve memura yalnızca amirine hukuka aykırılığı bildirme hakkı tanınır⁶⁶⁵. Bir idari işlem olan emrin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarında sakatlık veya eksiklik bulunması halinde emrin hukuka aykırılığından bahsedilir⁶⁶⁶. Amirin kanunu yanlış yorumlaması, takdir hakkını kötüye kullanması veya durumun gerektirdiği sınırı aşarak emir vermesi halinde, memur mevzuata göre gerekli kontrolleri yaparak emirde biçimsel veya maddi bir hukuka aykırılık fark ettiğinde bunu amirine bildirmelidir. Buna rağmen amir emrinde ısrar eder ve emrini yazı ile yenilerse, memur emrin hukuka uygunluğunu denetleme görevini yerine getirdiği için sorumluluktan kurtulacak ve fakat amirin sorumluluğu devam edecektir⁶⁶⁷.

Suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler kabahat şeklinde ortaya çıkabilirler. 765 sayılı mülga TCK'da suçlar cürüm ve kabahat olarak sınıflandırılmaktaydı. Kabahatler, 5237 sayılı TCK'dan çıkarılarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda

⁶⁶³ DEMİREL, M., s. 69.

⁶⁶⁴ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 138; GÖZLER/KAPLAN, s. 283. Bu nedenle idari bir işlemin ve dolayısıyla emrin hukuka aykırılığının bir mahkeme kararıyla tespit edilmediği sürece hukuka uygun olarak kabul edileceği ancak Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargısal denetime açık olduğundan, emrin hukuka uygunluğunun da denetlenebileceği hakkındaki görüş için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 416.

⁶⁶⁵ GÖZLER/KAPLAN, s. 111.

⁶⁶⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 417.

⁶⁶⁷ GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 138.

düzenlenmiş, böylece suç olmaktan çıkarılmıştır. Kabahatler Kanunu m. 2'ye göre; *“Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.”* Kabahatler hakkında cezai yaptırım değil idari yaptırım uygulanması nedeniyle bunlar artık suç teşkil etmemektedir. Bu nedenle amirinden herhangi bir kabahati işlemesi yönünde emir alan memurun bu emri yerine getirmesi halinde söz konusu kabahat nedeniyle sorumlu olup olmayacağının ortaya konması gerekir. Kabahatler Kanunu'nun 12. maddesi hukuka uygunluk nedenlerini düzenlemektedir: *“Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.”* Demek ki, kabahat teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi durumunda TCK m. 24'te yer alan emrin yerine getirilmesi hükümleri uygulanabilecektir⁶⁶⁸.

Kabahat teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi halinde sorumluluğun belirlenmesinde çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Bununla ilgili ilk görüş, kabahatlerin suç kapsamında yer almaması nedeniyle, kabahat teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi hususunun yazılı olarak tekrar edilmesi durumunda, emri yerine getirenin Anayasa m. 137/1 ve TCK m. 24/2 uyarınca sorumlu olmamasıdır⁶⁶⁹. Bir diğer görüşe göre ise, Kabahatler Kanunu m. 12 hükmü gereği, TCK m. 24/3'te yer alan *“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez”* hükmündeki “suç” ibaresi “kabahat” olarak da anlaşılmalıdır. Buradan çıkan sonuca göre; TCK m. 24/3 gereğince konusu kabahat olan emirleri yerine getiren sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu görüş ise, suç teşkil etmeyen ve amiri tarafından yazılı olarak

⁶⁶⁸ DEMİREL, M., s. 66.

⁶⁶⁹ DURSUN, s. 245; DEMİREL, M., s. 67.

tekrarlanan bir emri yerine getiren memurun sorumlu tutulmasına yol açarak Anayasa'nın 137. maddesine aykırılık oluşturacağından kabul edilemez. Bu nedenle, gerek Anayasa m. 137 gerekse TCK m. 24 ve Kabahatler Kanunu m. 12 birlikte değerlendirildiğinde, kabahatlerin, karşılığında idari yaptırım öngörülen ve suç teşkil etmeyen haksızlıklar olmasından yola çıkılarak denilebilir ki, amiri tarafından verilen ve yazılı olarak da tekrar edilen bir kabahatin yerine getirilmesi halinde hukuka aykırı bağlayıcı emir söz konusu olacağı için, memur sorumlu olmayacaktır⁶⁷⁰. Buradaki sorumsuzluk idare hukuku anlamında bir sorumsuzluktur. Nitekim ortada suç teşkil eden bir emir yoktur⁶⁷¹. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, resmi bir kurumun araçlarının yoldaki kaldırıma park edilmesi yönündeki bir emir, Kabahatler Kanunu m. 38 uyarınca hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen bir emirdir ve yazılı olarak yenilendiği takdirde Kabahatler Kanunu m. 12'nin yaptığı atıf nedeniyle TCK m. 24 uygulama alanı bulacak ve ast, bu emri yerine getirdiği için sorumlu olmayacaktır⁶⁷².

DMK m. 125, memura hangi hallerde hangi disiplin cezalarının verileceğini düzenleyerek idari yaptırımları öngörmüştür. Burada yer alan fiillerden bazıları ceza hukuku bakımından suç teşkil etmekte olup, bunun haricinde kalan ve salt disiplin suçu teşkil eden emirlerin bir memura verilmesi halinde, memur, hukuka aykırı olan bu emri yerine getirmeyip emri veren amire hukuka aykırılığı bildirecektir. Amiri emrinde ısrar

⁶⁷⁰ DURSUN, s. 245, dpn. 112.

⁶⁷¹ DEMİREL, M., s. 68.

⁶⁷² Kabahatler Kanunu m. 38'e göre; "(1) Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışı arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir." Benzer şekilde, kamu düzenini korumak maksadıyla amirin emri üzerine sivil kıyafetiyle okul önünde dilencilik yapan kolluk görevlisinin fiili her ne kadar Kabahatler Kanunu'nun 33. maddesinde yer alan "Dilencilik" kabahatini oluştursa da, emrin yazılı olarak tekrarı halinde memurun bu fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağı hakkında bkz. DEMİREL, M., s. 69.

eder ve bu emrini yazı ile yenilerse memur emri yerine getirecek ve sorumlu olmayacaktır⁶⁷³.

TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunun oluşmadığı bazı durumlarda hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirden söz edilebilecektir. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranması veya görevinin gereklerini yerine getirmede gecikme veya ihmal göstermesi gerekmekte ise de, bunlar suçun oluşumu için yeterli değildir. Bunların yanı sıra, objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak, kanunda sayılan neticelerden birinin de gerçekleşmesi gerekir. Bunlar ise TCK m. 257’de *“kişilerin mağduriyetine neden olma, kamunun zararına neden olma veya kişilere haksız bir menfaat sağlama”* olarak sayılmıştır⁶⁷⁴. Bu nedenle, kamu görevlisi, görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş olmasına rağmen, bu üç neticeden birinin gerçekleşmemesi durumunda suç tamamlanmamaktadır. Görevin gereklerine aykırı davranmış kişinin, mağduriyete yol açmadığı takdirde, teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği ileri sürülmekte ancak Yargıtay’ın bu üç unsuru, suçun neticesi değil de objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul ettiği görülmektedir⁶⁷⁵. Bu durumun konumuz açısından önemi ise, kamu görevlisinin

⁶⁷³ DEMİREL, M., s. 70, 71.

⁶⁷⁴ **“Madde 257 - (1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”**

⁶⁷⁵ *“...yasanın 257/2.maddesinde düzenlenen ihmalî davranışla işlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için ayrıca anılan maddede sayılan ...öğelerinin gerçekleşmesinin zorunlu bulunması karşısında, somut olayda sanığın görevini savsamasının sözü edilen yasal sonuçlara yol açıp açmadığı araştırılarak, bu sonuçlardan herhangi birinin olayda gerçekleşmediği kanısına varılması durumunda beraat kararı verilmesi ...”, (Y4CD, 19.9.2007, 3506/4086); “5237 sayılı yasanın 257. maddesindeki suçun oluşabilmesi için, kişilerin mağduriyetlerine veya kamunun zararına neden olunması ya da*

görevin gereklerine aykırı emir vermesi ancak kanunda sayılan neticelerin gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu neticelerden birinin gerçekleşmemesi nedeniyle, verilen emir, görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermiyor ve diğer bir suçun da unsurlarını taşımıyorsa, hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen bir emir söz konusu olabilecek ve amir hakkında disiplin yaptırımı uygulanması gündeme gelebilecektir⁶⁷⁶. Böyle bir durumda suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emri, amirin yazılı olarak yenilemesi üzerine yerine getiren memurun ise sorumluluğu doğmayacaktır.

Hukuka aykırı bir emrin verilmesi halinde, emrin amir tarafından yazı ile yenilenmesi ile memurun sorumluluktan kurtulması, bu emrin kendisinin hukuka uygun hale geldiği anlamını taşımaz. Bunun aksinin kabul edilmesi, memura her türlü emrin verilebileceği sonucunu beraberinde getirir⁶⁷⁷. Bu nedenle böyle bir emrin yerine getirilmesinin memur açısından yarattığı sorumsuzluk halinin hukuki niteliğinin açıklanması gerekmektedir.

2. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Hukuka Aykırı Emirlerin Hukuki Niteliği

Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu emirleri hukuka uygunluk nedeni olarak kabul

kişilere haksız bir kazanç sağlanması gerekmektedir. Bu sonuçları doğurmayan norma aykırı davranışlar suç kapsamında değerlendirilemez.”, (YCGK, 18.10.2005, 4. MD. - 96/118, YKD Ocak 2008). Kararlar için bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 867, dñn. 99.

⁶⁷⁶ **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, Ceza Özel Hukuku, s. 867.

⁶⁷⁷ Yaşar **ERDOĞDU**, “Kanunun Bir Hükmünün İcrası Sırasında İşlenen Suçlar”, AD, Yıl: 42, S. 4, Nisan 1951, s. 541.

ederken⁶⁷⁸, bazıları ise kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak görürler⁶⁷⁹. Öte yandan mazeret nedenlerini kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden ayırarak inceleyen bazı yazarlar, bu emirleri mazeret nedeni olarak nitelendirirler⁶⁸⁰. Ayrıca doktrinde bazı yazarlar tarafından konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin ceza hukukunu ilgilendirmedeği ve idare hukukunda bir mazeret nedeni teşkil ettiğı de savunulmaktadır⁶⁸¹.

a. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Neden Olarak Kabul Edenler

Suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emrin hukuki niteliğini kusurluluğu ortadan kaldıran neden olarak kabul edenlerin görüşlerine yer vermeden önce, “kusurluluk” kavramını açıklamak isabetli olacaktır. Zira kabul ettiğimiz suç teorisine göre, kusurluluktan anlaşılması gereken, suçun manevi unsurudur.

Psikolojik anlayışa göre kusurluluk; fail ile fiil arasındaki psikolojik bağı ifade ederek, iradenin ödeve aykırı davranışını dışarıda bırakır. Bu anlayış fiile psikolojik anlamda katılma zorunluluğunu arayan ve kast ile taksiri içine alan genel bir kavramdır⁶⁸². Normatif anlayışa göre kusurluluk ise, failin iradesiyle ceza normu arasındaki çatışmayı ifade ederek, psikolojik bağı ihmal eder. Kusurluluğu ceza

⁶⁷⁸ KUNTER, s. 168; TOROSLU, s. 150, 151; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 242; SOYASLAN, s. 377; ÖNDER, s. 193; İÇEL, s. 301.

⁶⁷⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 517; ZAFER, s. 354; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 300; ÖZGENÇ, s. 407; HAKERİ, s. 379.

⁶⁸⁰ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 412.

⁶⁸¹ DEMİREL, M., s. 86; Serkan MERAĞLI, “Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi”, CHD, Yıl: 5, S. 12, Nisan 2010, s. 289.

⁶⁸² Haluk TOROSLU, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneğı, Savaş Yay., Ankara 2015, s. 157, 158.

hukuku anlamında kişinin kınanabilmesi olarak kabul eden bu anlayışa göre kusurluluk; suç teşkil eden fiilin kasta veya taksire dayalı bir haksızlık olmasından veya hukuka aykırı bulunmasından ayrı olarak, failin hareketi hakkındaki kişisel haksızlık kararını ifade eder⁶⁸³. Bir diğer ifadeyle kusurluluk, *“failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması sebebiyle, bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir”*⁶⁸⁴. Kusurluluğu *“fail kusuru”* şeklinde anlayan ve Alman doktrinine dayanan bu görüşe göre, kusurluluk fiilin bir vasfı değil, failin bir sıfatıdır⁶⁸⁵. Bu nedenle kusurluluk, fail ile fiili arasındaki psikolojik bağ olmayıp, haksızlık teşkil eden eylem hakkındaki bir değer yargısıdır ve bu yönüyle manevi unsurdan ayrılır, zira manevi unsur olan kast ve taksir, haksızlığın birer şeklidir⁶⁸⁶.

Haksızlık ve kusuru birbirinden ayıran anlayışa göre haksızlık; hukuk düzeninin davranış normlarıyla yasakladığı fiilleri ifade etmektedir. Hukuka aykırılık çerçevesinde failden bağımsız objektif bir değerlendirme yapılarak, böyle bir fiilin bulunup bulunmadığı araştırılır. Kusur ise, maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılığın varlığı tespit edildikten sonra, fail bakımından yapılan bir değerlendirme

⁶⁸³ **TOROSLU, H.**, s. 160; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 479; *“Kusur, psikolojik kusur teorisinin kabul ettiği gibi fail ile fiil arasındaki sübjektif-manevi bir bağı ifade etmemektedir. Diğer bir deyişle kusur, failin tipikliği gerçekleştirdiğini bilmesi değildir. Kusur, failin haksızlık teşkil eden fiili hakkındaki değer yargısını ifade etmektedir. Bu nedenle kusur, haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olan kast ve taksirden farklıdır.”* görüşü için bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 294. Ayrıca bkz. **ZAFER**, s. 340.

⁶⁸⁴ **ÖNDER**, s. 252.

⁶⁸⁵ **İÇEL**, s. 369.

⁶⁸⁶ **ZAFER**, s. 340. Kusur, fiili gerçekleştiren kişinin kınanabilmesini ifade ettiği için, fail kusurlu olmasa bile fiilin suç teşkil etmeye devam edeceği, ancak failin kusur yeteneği olmadığından dolayı kişinin kusurlu sayılamayacağı yönündeki görüş için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 480. Böylelikle yazar, isnat yeteneğini failin bir durumu değil, kusurluluğun ön şartı olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte kusurun kast ve taksirden tamamen soyutlanarak yalın bir değer yargısı olarak kabul edilmesinin de söz konusu olamayacağına dair görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, s. 368.

olarak ortaya çıkar. Bu nedenle kusur, gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan dolayı failin kınanıp kınanamayacağı anlamını taşır ve fail hakkında bir kınama yargısında bulunulmasını gerektirir. Buradaki kınama, failin hukuka uygun hareket edebilecek iken hukuka aykırı davranışı tercih etmesinden kaynaklanır ve failin iradesiyle alakalıdır⁶⁸⁷.

Kusurluluğun psikolojik anlayışı, maddi fiilin psişik davranışla ilişkili olması yönüyle; kusurluluğun normatif anlayışı ise, faile hiçbir kınama yöneltilemiyorsa kusurlu bir iradeden söz etmenin mümkün olmaması yönleriyle haklıdır. Fail kasıtlı suçlarda, fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği için; taksirli suçlarda ise tedbirli ve dikkatli olmak yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği için kınanmaktadır. Bu nedenle kusurluluğun, “suçu oluşturan maddi fiile neden olan iradenin ödevde aykırı davranışı” tanımına katılıyoruz⁶⁸⁸. Fiile iradenin katılımıyla birlikte manevi unsur oluşmakta ve fiil, iradi ve şuurlu bir biçimde, kast veya istisnai olarak taksirle işlenebilmektedir⁶⁸⁹.

Amirin emrinin yerine getirilmesinin hukuki niteliğinin, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında incelenmesi de kendi içinde farklılık gösterir. Bazı yazarlar, emrin hukuka uygun olup olmaması hususunda bir ayırım yapmaksızın bu kurumu

⁶⁸⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 292-294. Alman ceza hukukuna göre kusurluluk, hukuka aykırı olan fiilden dolayı failin bizzat sorumlu tutulup tutulamayacağına ilişkindir. Kişide bulunması gereken asgari ölçüdeki kavrama ve kendi kendisini idare edebilme yeteneği kusur ehliyetiyle belirlenir. Kusur ehliyeti yoksa, kınanabilirlik ve kusur isnadı da söz konusu olmaz. Bkz. Hans-Heinrich **JESCHECK**, Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çev. Feridun Yenisey), B. 2, Beta Yay., İstanbul 2007.

⁶⁸⁸ **TOROSLU**, s. 189, 190; **DEMİRBAŞ**, s. 352; “...kusur veya kusurluluk bilinç ve iradenin gerçekleşen tipik sonuç ile ilgili özel durumudur.” görüşü için bkz. **İÇEL**, s. 369; “Failin fiili sübjektif sorumluluk hallerinde -kast veya taksirle- işlemesi halinde kusurlu hareket etmesi söz konusudur. Kişinin ceza yaptırımı ile cezalandırılması için mutlaka kusurlu bir şekilde hareket etmesi gerekir. Doktrinde suçun manevi unsuru için aynı zamanda kusurluluk ifadesi de kullanılır.” görüşü için bkz. **SOYASLAN**, s. 421; “Kusurlulukta psikolojik teori esastır; ancak, kusurluluğun bir değer yargısı olduğu da gözden uzak tutulamaz. Kusurluluk failin fiili ile olan psikolojik ilişkisi sebebiyle ve bu fiilden dolayı kınanabilmesidir. Görülüyor ki bu tarifte psikolojik ve normatif unsurlar bir aradadır.” görüşü için bkz. **ÖNDER**, s. 289.

⁶⁸⁹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 272. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TOROSLU, H.**, S. 155 vd.

tamamen kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında incelemeyi tercih ederler. Bu yazarlar, hukuka uygun emri görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin içinde değerlendirirken, sadece hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesini kusurluluğu kaldıran nedenler arasında incelemektedirler⁶⁹⁰. Buna karşılık bazı yazarlarsa, emrin hukuka uygun olup olmaması hususunda baştan açıkça bir ayırım yapar ve hukuka uygun emri hukuka uygunluk nedenleri arasında, hukuka aykırı emri ise kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler arasında incelemeyi tercih ederler⁶⁹¹.

Hukuki niteliği ne şekilde ifade edilirse edilsin, bir emrin taşınması gereken şartlarından biri, bağlayıcı olmasıdır. Emir, yöneldiği kişiyi bağlamalı ve o kişiyi emri yerine getirmeye mecbur tutmalıdır⁶⁹². Gerek Anayasa'nın 137/1. maddesi gerekse PVSK m. 2/2 ve DMK m. 11/2'de yer alan düzenlemelerde, memur, amirinin verdiği hukuka aykırı emri, devlet faaliyetlerinin disiplin içinde ve aksamaksızın yürütülebilmesi adına, yerine getirmek mecburiyetinde bırakılmaktadır. Bir diğer ifadeyle amirin emri hukuka aykırı olmakla birlikte, bu emir emredilen açısından bağlayıcıdır⁶⁹³. Emri yerine getirme mecburiyetinin olduğu böyle durumlarda ise, emri yerine getiren bakımından bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedenin ortaya çıktığı savunulmaktadır⁶⁹⁴. TCK'nın söz konusu

⁶⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 300; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 517; ÖZGENÇ, s. 406.

⁶⁹¹ HAKERİ, s. 291, 379; ZAFER, s. 300, 353.

⁶⁹² Bkz. İkinci Bölüm.

⁶⁹³ ÖZGENÇ, s. 407.

⁶⁹⁴ Koca/Üzülmöz bu durumu açıklarken “Artık memur, amirin verdiği hukuka aykırı ve fakat Anayasa gereği bağlayıcı ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan böyle emri yerine getirmek mecburiyetindedir. Hiyerarşinin doğurduğu bu mecburiyet, emri yerine getiren bakımından bir mazeret sebebi teşkil etmektedir. Ancak amirin sorumluluğu sürmektedir.” şeklinde bir ifade kullanarak, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ile mazeret nedenlerini aynı anlamda kullanır. Bkz.

hükmünde bir sorumsuzluk sebebi yaratıldığı ve hukuka aykırı olan emrin ifasının hukuka aykırılık vasfını sürdürdüğü, zira bir hukuk devletinde kanunsuz bir emrin hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı ifade edilmektedir⁶⁹⁵. Bu görüşe göre; hukuka aykırı emri yerine getiren memurun sorumlu tutulamaması, içinde bulunduğu hiyerarşik ilişki nedeniyle kusurluluğunun etkilenmesine bağlanmaktadır. Hukuka aykırı olan bir emrin yerine getirilmesi hususunda memur açısından oluşan mecburiyet, memurun, emrin ifasına ilişkin irade özgürlüğünü ortadan kaldırmakta ve hukuka aykırılık devam etmekle beraber kusurluluk ortadan kalkmaktadır⁶⁹⁶. Failin başka türlü hareket etme imkânının olmaması nedeniyle iradesinin kusurlu sayılmasına olanak bulunmayan böyle hallerde, fiilin kusur içeriği normal durumlara göre daha azdır. Bu nedenle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde emri yerine getiren kişiyi sorumlu tutmak, ceza hukukuna egemen olan kusur prensibine aykırılık oluşturacağından emri yerine getirenin kusurluluğunun etkilendiği kabul edilmektedir⁶⁹⁷. Diğer taraftan, fiil hukuka aykırılığını sürdüreceği için emri veren de sorumlu olmaya devam edecektir⁶⁹⁸.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edenlerin mevzuattaki dayanağını CMK m. 223/3

KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 302. Ayrıca bkz. **ÖZGENÇ**, s. 408; **HAKERİ**, s. 379; **ZAFER**, s. 353; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 518.

⁶⁹⁵ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 301; **ÖZGENÇ**, s. 408.

⁶⁹⁶ **ÖZGENÇ**, s. 408; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 301.

⁶⁹⁷ **HAKERİ**, s. 378, 379.

⁶⁹⁸ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE**, s. 412; **HAKERİ**, s. 379. *Erem*, amirin emrini yerine getirmeyi mazeret nedeni olarak kabul ederek kusuru ortadan kaldırmasını, fiilin sosyal bakımdan kınanamaz oluşuna bağlar ve fiilin hukuka aykırılığının devam ettiğini ancak failde kusur görülmediğini ifade eder. Bkz. **EREM**, s. 578.

oluşturmaktadır⁶⁹⁹ : “(3) Sanık hakkında; ... b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ... hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.” Ayrıca suç olmayan hukuka aykırı emrin iradeyi etkileyerek kusurluluğu ortadan kaldırdığını savunan görüşlerin bir diğer dayanağını Anayasa m. 137 ve TCK m. 24’teki “emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı” ifadesi oluşturmaktadır⁷⁰⁰. Kanunun “ceza verilmez” ifadesi yerine, bunu kabul etmesi, gerekçe de göz önünde bulundurularak, kurumun hukuki niteliğinin artık bir hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁰¹.

b. Mazeret Nedeni Olarak Kabul Edenler

Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emrin hukuki niteliğini mazeret nedeni olarak kabul edenlerin görüşlerine yer vermeden önce, doktrinde mazeret nedenlerinden ne anlaşıldığını açıklamak yerinde olacaktır. Nitekim mazeret

⁶⁹⁹ ZAFER, s. 354; ÖZGENÇ, s. 409; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Ceza Hukuku, s. 518; HAKERİ, s. 379; DEĞİRMENCİ, “Amirin Emrini İfa”, s. 459.

⁷⁰⁰ ÖZGENÇ, s. 408.

⁷⁰¹ HAKERİ, s. 379; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre; “Zira sorumlu olmamak ceza verilmemek kavramından daha geniştir. Amirin emri artık bir mazeret sebebi olduğuna göre varlığı bir cezasızlık sebebidir.” Bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 410. “Sorumlu olmamak” ifadesinin “ceza verilmemek” ifadesinden daha geniş bir anlamı olduğu görüşüne katılıyoruz. Ancak “ceza verilmez” ifadesi her zaman bir hukuka uygunluk nedenini karşılamamaktadır. Zira TCK m. 28’de yer alan “Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez.” hükmü buna bir örnek teşkil etmektedir. Cebir ve tehdidin, hukuk uygunluk nedeni değil, kusurluluğu ortadan kaldıran neden olduğu düşünüldüğünde, sadece kanun metninin ifadesine bakarak bir yargıya varılamayacağı kanaatindeyiz.

nedenleri, kimi yazarlarca kusurluluğu kaldıran nedenlerle eş anlamda kullanılsa da⁷⁰², kimi yazarlar tarafından iki kurumun birbirinden farklı olduğu savunulmaktadır⁷⁰³.

Mazeret nedenlerini kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden ayıran görüşe göre; “*Özür, bahane; bir şeyden kaçınmak için ileri sürülen neden; istenmeden ortaya çıkan ve kişiyi belli bir davranışta bulunmaktan alıkoyan sebep*”⁷⁰⁴ olarak tanımlanan mazeret sebebi halinde kişi, davranışlarını özgür iradesiyle yönlendiremez⁷⁰⁵. Mazeret sebebi halinde faile ceza verilmemesinin nedeni de, içinde bulunduğu durumda failden tehlikeye katlanmasının beklenmesinin imkânsız olması olarak açıklanır. Faile neticenin yüklenebilmesini engelleyen kusurluluğu kaldıran haller dışında mazeret nedenleri, tipe uygun haksızlığı işleyen failin mazur görülmesini sağlar. Mazeret sebeplerinde hem fiilin haksızlık içeriğinde hem de hareketin kusur içeriğinde azalma meydana gelir⁷⁰⁶.

Mazeret sebebi kapsamında hareket eden fail, hareketinin hukuka aykırı olduğunu bilmekle beraber, içinde bulunduğu psikolojik durum nedeniyle, kendisini hareketi gerçekleştirmekten alıkoyamamaktadır ve hareketin haksızlık ve kusur içeriğinde azalma meydana gelmektedir⁷⁰⁷. İşte mazeret nedenlerinde kusurun ve haksızlık içeriğinin azalmasına yol açan şeyin, faili harekete geçiren dürtü ve saik olmasından hareketle, bunların kusurluluğu kaldıran hallerden farklı olduğu

⁷⁰² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 313; HAKERİ, s. 379.

⁷⁰³ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 391; MERAKLI, s. 261; DURSUN, s. 205, dpn. 2.

⁷⁰⁴ Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, B. 3, Yetkin Yay., Ankara 2005, s. 435.

⁷⁰⁵ MERAKLI, s. 262.

⁷⁰⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 391; MERAKLI, s. 264, 265.

⁷⁰⁷ MERAKLI, s. 266.

belirtilmiştir. Bu görüşe göre; zorunluluk hali, amirin emrinin yerine getirilmesi ile meşru savunmada sınırın mazur görülebilir heyecan, korku ya da telaş nedeniyle aşılması halleri birer mazeret sebebi iken; cebir, şiddet, tehdit ve hata kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerdir⁷⁰⁸. Cebir ve şiddet, korkutma veya tehdidin kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler olmasının sebebi, failin hareketlerini yönlendirme imkânının bulunmaması olarak açıklanmıştır. Kusurluluğu kaldıran bu nedenler ise hareketin haksızlık içeriğine etki etmemektedir⁷⁰⁹.

Hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin yerine getirilmesindeki sorumsuzluk halini bir mazeret nedeni olarak kabul eden bu görüşe göre; memurun emre itaat yükümlülüğü ya da emrin bağlayıcılığı, haksızlığı haklı hale getirmez. Böyle bir durumda fiilin hukuka aykırılığı devam etmekle beraber, emrin bağlayıcılığından dolayı memur mazur görülmektedir. Belirtmek gerekir ki bu görüş, yalnızca hukuka uygun emirlerin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir⁷¹⁰. 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanunla CMK m. 223/3'te yapılan değişiklikten önce, kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararının verileceği haller arasında hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesine yer verilmemiş olması, önceden bu emirlerin bir hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülmesine imkân verebileceği şeklinde yorumlanmıştır. Hukuka

⁷⁰⁸ **MERAKLI**, s. 264; Zorunluluk hali, meşru müdafaada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ötürü aşılması ile birlikte amirin emrini de mazeret nedenleri arasında sayan görüş için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 391.

⁷⁰⁹ **MERAKLI**, s. 271.

⁷¹⁰ Alman doktrininde konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emirleri kusurluluk alanında bir mazeret nedeni olarak kabul eden görüşler bulunmaktadır. Öte yandan hukuka aykırı emrin kural olarak bağlayıcı olamayacağı ve bunlara itaatin gerekmediği, ancak askerler bakımından hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin söz konusu olabileceği, böyle bir durumda da astın zor altında bir haksızlık gerçekleştirmesinden dolayı mazur görüleceği görüşleri hakkında bkz. **DURSUN**, s. 213.

aykırı bağlayıcı emirlerin yapılan değişiklikle buraya eklenmesi sonucu, bunların mazeret sebebi olmasının sağlanmaya çalışıldığı ileri sürülmüştür⁷¹¹. Bu görüşe göre; TCK'da emri yerine getiren bakımından hukuka uygunluk nedeni değil, bir mazeret nedeni yaratılmıştır⁷¹². Nitekim failin hareketi, bağlayıcı nitelikte olan emre itaat etme yükümlülüğünün ifası amacına yönelmekte ve fiilin haksızlık içeriğinde azalma meydana gelmektedir. Bunun yanı sıra, bağlayıcı emrin yerine getirilmemesi halinde hakkında disiplin yaptırımları uygulanacağına dair baskı, failin hareketi gerçekleştirmesinde etkili olarak kusuru azaltmaktadır. Memurun emri uygulama konusunda baskı altında olması sonucu ayrıntılı değerlendirme yapma imkânı olmadan acil bir karar verme zorunluluğu da, kusuru azaltan bir neden olmaktadır. Bu nedenle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin varlığı halinde memurdan, içinde bulunduğu durum dolayısıyla hukuk kurallarına uygun davranması beklenemez ve böylelikle hukuka aykırı emir, kusuru kaldıran bir mazeret nedeni olarak ortaya çıkar⁷¹³.

Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin kusurluluğu etkileyen neden olarak kabul edilmesi, bazı görüşler tarafından Türk ceza hukukundaki suç teorisiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷¹⁴. Nitekim kusur yargısından önce, kanundaki belirli suç tarifine uygun bir haksızlığın gerçekleştirilmesi gereklidir⁷¹⁵. Bir diğer ifadeyle, bir kimsenin işlenen fiilden dolayı kusurlu

⁷¹¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 412.

⁷¹² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 411; HAKERİ, s. 379; DURSUN, s. 211.

⁷¹³ Her ne kadar CMK m. 223/3-b'de hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi durumunda fail hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir denilse ve söz konusu hal kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak ifade edilse de, bu durumun hatalı olduğu ve düzenlemelerin hukuki nitelikleri ile örtüşmediği hakkındaki görüş için bkz. MERAKLI, s. 287.

⁷¹⁴ DEMİREL, M., s. 83.

⁷¹⁵ ZAFER, s. 340.

sayılabilmesi için öncelikle bu fiilin kanuni tanıma uygun olması gerekir. Ortada suç teşkil eden bir eylem olmadığı sürece bir kusur yargısına ihtiyaç duyulmayacaktır⁷¹⁶. Bu nedenle konusu suç teşkil etmeyen ancak hukuka aykırı olan bir fiil hakkında kusur değerlendirmesi yapılabilmesi mümkün değildir⁷¹⁷. Anayasa m. 137, konusu suç teşkil eden emirle konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emrin ayrımını kesin bir şekilde yaptığı için, hukuka aykırı emrin mazeret nedeni olarak nitelendirilebilmesi ve emri yerine getiren kişinin de bu mazeret nedeni dolayısıyla mazur görülebilmesi için, emrin konusunun mutlaka suç teşkil etmesi gerektiği savunulmuştur. Buna gerekçe olarak CMK m. 223/3-b'deki "*Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle ... işlenmesi*" hükmündeki "yüklenen suçun" ifadesine dikkat çekilmiştir. Buradaki ifadede yola çıkılarak kusurun ortadan kalkması için emrin konusunun suç teşkil etmesi gerektiği yorumu yapılmıştır⁷¹⁸.

Bu nedenle doktrindeki bazı yazarlarca, konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emrin ceza hukuku ile ilgisinin olmadığı ve daha çok idare hukuku ile ilgili olduğu düşüncesi savunulmaktadır⁷¹⁹. Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emirlerle ilgili düzenlemelere TCK'da yer verilmemesi gerektiği ve konunun idare hukukuna ilişkin düzenlemelere bırakılması veya TCK'da yer

⁷¹⁶ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 480, 481.

⁷¹⁷ Bu görüşe göre; konusu suç olmayan ancak hukuka aykırı emrin ceza hukuku anlamında bir mazeret sebebi kabul edilmesi, emrin yerine getirilmesi amacıyla işlenen fiilin suç olması sonucunu ortaya çıkarır. Böylelikle, konusu suç teşkil eden emirle konusu suç olmayan hukuka aykırı emrin birbiriyle aynı olması gibi yerinde olmayan bir tespiti beraberinde getirecektir. Bkz. **DEMİREL, M.**, s. 84.

⁷¹⁸ **DURSUN**, s. 241, dpn. 100.

⁷¹⁹ **GÜNAL**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 136; **MERAKLI**, s. 289; **DEMİREL, M.**, s. 83. *Değirmenci* bu konuda, konusu suç teşkil etmeyen ancak hukuka aykırı emrin ceza hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve bu nedenle TCK m. 24'te bu yönde açık bir hüküm bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **DEĞİRMENCİ**, "*Emre İtaatsizlikte Israr Suçu*", s. 14.

verilecekse tüm yönleriyle açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷²⁰.

TCK m. 24'ün gerekçesine göre; *“Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir”*. Emri verenin bu sorumluluğu ceza hukuku anlamında bir sorumluluk değil, idare hukuku anlamında idari yaptırımın uygulanmasını gerektiren bir sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Çünkü amirin hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri söz konusu olduğunda, her ne kadar haksızlık teşkil eden bir fiil meydana gelse de, ortada suç oluşturan herhangi bir tipik fiilin bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu nedenle, bu görüşe göre; konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emri yerine getiren memurun sorumsuzluğu, ceza hukuku anlamında bir mazeret nedeni değil, idare hukuku anlamında bir mazeret nedeni olarak kabul edilmelidir⁷²¹. Bunun sonucunda da TCK m. 24/2 hükmünün hukuka aykırı emirler bakımından geçerli olacak şekilde bir mazeret nedeni değil de hukuka uygun emirler bakımından geçerli olacak şekilde bir hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılması gerektiği savunulmuştur⁷²².

⁷²⁰ Yener **ÜNVER**, “YTCK’da Kusurluluk”, CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 62; **MERAKLI**, s. 289.

⁷²¹ Nitekim **Demirel**’e göre; *“...ceza hukukunun konusuna girmeyen hukuka aykırı emir, yerine getirilmesi halinde yalnızca idare hukuku alanında bir sonuç doğurabilecektir. Bu bağlamda gerek AY m. 137, gerekse DMK m. 11 hükümleri gereğince emrin yerine getirilmesi nedeniyle sorumluluğundan bahsedilemeyecek olan astın bu sorumsuzluğunun temeli, idare hukukuna dayanacak ve memur, amirinin emri yazılı olarak tekrar etmesinden dolayı mazur görülerek hakkında herhangi bir disiplin cezasına hükmolunamayacaktır.”* Bkz. **DEMİREL, M.**, s. 86.

⁷²² **DEMİREL, M.**, s. 86, 87.

c. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Edenler

Hukuka aykırı olmakla birlikte konusu suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesinin memurun sorumluluğunu ortadan kaldırmasını hukuka uygunluk nedeniyle açıklayan görüşler de bulunmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak ceza kanunu tarafından yasaklanmış bir fiilin, bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı nedeniyle suç sayılmasını engelleyen özel durumlardır⁷²³. Hukukun yüklediği bir görevin varlığı, hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmezliği ilkesinin gereği olarak, hukuka aykırılığı ve suçu ortadan kaldıracaktır. Hukuka aykırılık, eylemin tüm hukuk düzeniyle çelişki içinde bulunması olarak açıklandığında⁷²⁴, hukuk düzeninin bir fiile rıza gösterirken veya onu emrederken aynı zamanda bu fiili yasaklaması mümkün değildir. Böylelikle, bu nedenlerin bulunması halinde fiil, sadece ceza hukuku yönünden değil, tüm hukuk düzeni yönünden hukuka uygun hale gelecektir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirler, yerine getirilmeleri görev gereği zorunlu oldukları ve memuru emir gereğince hareket etmeye mecbur tuttıkları takdirde görevin ifası kapsamına dâhil edilir⁷²⁵. Anayasa m. 137, DMK m. 11 ve PVSK m. 2'ye göre; memur, emri hukuka aykırı bularak amirine bildirir ve amiri de bu emri yazı ile yenilerse, artık emri yerine getirmeye mecburdur. TCK m. 24 de yetkili merciden verilip görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emirden bahsetmektedir. Bu

⁷²³ **TOROSLU**, s. 149; Nitekim *Demirbaş*'a göre; “*Kanunun yasaklayarak cezalandırdığı bir hareketin yapılmasına, izin verilmesi durumuna hukuka uygunluk nedeni denir.*”. Bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 260.

⁷²⁴ **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 287.

⁷²⁵ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 85, 86.

hükümlerle, konusu suç teşkil etmediği sürece memurun hukuka aykırı emirleri yerine getirmesi ona bir görev olarak yüklenmiş, memura bu emri yerine getirmesi konusunda kanun tarafından bir yetki ve bir emir verilmiştir. Nitekim memur, emri yerine getirmediği takdirde DMK m. 125’te yer alan yaptırımlardan biriyle⁷²⁶ karşılaşabilecek veya TCK m. 257 kapsamında görevi kötüye kullanmasından dolayı cezai sorumluluğu doğabilecektir. Benzer şekilde AsCK m. 87’de emre itaatsizlik suç olarak düzenlenmiştir.

Demirbaş, her ne kadar TCK m. 24’ün gerekçesinde bir hukuka uygunluk nedeni değil de sorumsuzluk nedeninden bahsedildiğini belirtse de, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emirleri hukuka uygun ve hukuka aykırı şeklinde ayırmaksızın hukuka uygunluk nedenleri altında incelemeye devam eder⁷²⁷. Benzer şekilde *İçel*, “Bağlayıcı olan bir emrin, suç teşkil etmemesi koşuluyla, emri yerine getiren kimsenin eyleminin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi gerekir. Hatta suç teşkil etmemekle birlikte hukuka uygunluk göstermeyen emirlerde bile ulaşılabilecek sonuç aynı olacaktır.” demekle, konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirleri hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini belirtmekle birlikte, bu kabulünün nedenini, Anayasa’da ve diğer kanunlarda öngörülen koşullara uyulması durumunda hukuka aykırı emre uyan memurun davranışının da hukuka uygun hale geleceği şeklinde açıklamıştır⁷²⁸.

⁷²⁶ Verilen emirleri tam ve zamanında yapmamak, emre itaatsizlik etmek hallerinde uyarma kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması gibi yaptırımlar uygulanabilmektedir.

⁷²⁷ **DEMİRBAŞ**, s. 269; **SOYASLAN**, s. 377; **CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT**, s. 289; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 208.

⁷²⁸ **İÇEL**, s. 301, 302. *Toroslu* da, emrin hukuka uygun veya aykırı olmasına göre bir ayırma gitmeksizin, amirin emrini yerine getirmeyi görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni altında inceler. Bkz. **TOROSLU**, s. 148-154.

TCK m. 24'ün hem madde metninde hem de gerekçesinde yer alan “*sorumlu olmama*” ifadesi, konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkarıldığı anlamına gelmemektedir. Zira sorumsuzluk nedenleri kusurluluğu, isnat yeteneğini kaldıran ve Devletin cezalandırma hakkından vazgeçtiği halleri de kapsamakla beraber, hukuka aykırılığı kaldıran nedenleri de içine almaktadır⁷²⁹. Bu noktada amirin, konusu hukuka aykırı emir verme fiili ile memurun konusu hukuka aykırı emri yerine getirme fiilinin madde gerekçesinde birbirine karıştırıldığı belirtilmiştir. Gerçekten de gerekçede yer alan “*Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez.*” ifadesine karşı gelmek mümkün değildir. Ancak burada amirin hukuka aykırı emir verme fiili ile memurun hukuka aykırı emri yerine getirme fiilini birbirinden ayırarak incelemek gerekir. Amirin hukuka aykırı emir verme fiili, hiyerarşik ilişkinin dışında kalan dışarıya yönelik ilişkiler bakımından hukuka aykırılığını, haksızlığını korumaktadır. Bu bölünmüş hukuka aykırılık değerlendirmesi neticesinde amirin bu fiilden kaynaklanan sorumluluğu devam etmektedir⁷³⁰. Bir diğer ifadeyle, amirin emrini yerine getirme zorunluluğu nedeniyle, hukuka aykırı bir emrin hukuka uygun hale gelmesi diye bir durum söz konusu değildir; emir hukuka aykırılığını sürdürmektedir. Burada hukuka uygun olan, memurun, hiyerarşik ilişkilerdeki itaat zorunluluğu bakımından kanunun koyduğu koşullara uyarak bu emri yerine getirmesi fiilidir⁷³¹.

⁷²⁹ Nitekim *Hafizoğulları/Özen*, “genel ile özel açıklanamaz” kuralından yola çıkarak, amirin emrinin bir sorumsuzluk nedeni olarak nitelendirilip, suç genel teorisi içindeki yerinin, konumunun, hüküm ve neticelerinin salt buna bağlı olarak açıklanmasının mümkün olmadığını ifade ederler. Bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 240.

⁷³⁰ **DURSUN**, s. 215, 216.

⁷³¹ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 240; **DURSUN**, s. 215, 216.

d. Kanaatimiz

Hukuk düzeni, yasaklarla beraber, bu yasakların belli şartların varlığı halinde bertaraf edilebileceğini de düzenler. Böylece hukuk düzeni yasakların yanı sıra bazı eylemlerin yapılmasına izin vererek, haksızlığı belirten suç tiplerinin yanında hukuka uygunluk nedenlerini oluşturur⁷³². Hukuka aykırı bağlayıcı emir söz konusu olduğunda, bir yanda astın hukuka aykırı davranmama, bir yanda da emre itaat etme yükümlülüğü çatışmaktadır. Devlet faaliyetlerinin yerine getirilmesi ve hiyerarşik düzenin korunması bakımından kimi zaman amire itaat yükümlülüğü hukuk düzenine itaat yükümlülüğünün üzerinde tutulmuştur⁷³³. Memurun, amirinin verdiği hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi esasında yasak iken, bu hukuka aykırılığın amire bildirilmesi ve amirin de emri yazı ile yenilemesi halinde, emrin yerine getirilmesi konusunda gerek Anayasa gerekse PYSK ve DMK tarafından, memura bir yetki ve görev verildiği görülür. Böylece kanunda yer alan ve yasak olan bir fiil, yine kanun tarafından belirli koşullar dâhilinde emredilmiş olur. Bir fiil hem hukuk düzeni tarafından emredilip hem de yasaklanamayacağı için, memurun, suç teşkil etmeyen bağlayıcı hukuka aykırı emri yerine getirmesi halinde bir hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkacaktır. Buradan yola çıkarak denebilir ki, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren memurun hareketi hukuk düzeni tarafından tasvip edilmektedir. Çünkü amirin hukuka aykırı emri yazı ile yenilemesi sonucu, memura bu emri yerine getirme

⁷³² ÖNDER, s. 162.

⁷³³ Alman doktrinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin ast bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu kabul edenlere göre; eğer amirin emrinin yerine getirilmesiyle özel hukuk, idare hukuku gibi alanlar bakımından daha hafif bir ihlal oluşuyor ve memurun emre itaatindeki yararın daha yüksek olduğu kabul edilebiliyorsa, bu hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Öte yandan ceza hukukunu ihlal eden ağır haksızlık hallerinde ise emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edemeyeceği ifade edilmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURSUN, s. 212, 213.

ödevi yükleyen kural ile (AY m. 137), memurun hareketiyle ihlal edilen değeri koruyan kurala bir istisna getirilmiştir. Memur, emrin hukuka uygunluğunu denetleyip, hukuka aykırılığı amirine bildirmekle üzerine düşeni yapar ve amirin bunu yazı ile yenilemesi halinde de bu emri yerine getirerek görevini icra ederse, hareketi hukuka uygundur, çünkü hukuk düzeni tarafından istenen ve onaylanan bir hareketi yapmıştır⁷³⁴. Bu nedenle hukuka aykırı da olsa -suç teşkil etmediği sürece- bağlayıcı olan bir emrin yerine getirilmesi, hukuka uygunluk nedenidir⁷³⁵.

Belirtmek gerekir ki, suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, emri hukuka uygun hale getirmez ve amirin hukuka aykırı emir vermekten sorumluluğu devam eder. Nitekim *Hafizoğulları/Özen*'in belirttikleri gibi⁷³⁶, amirin hukuka aykırı emir vermesiyle memurun bu emri yerine getirmesi fiilleri ayrı değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk, hiyerarşinin kendi iç ilişkisinin gereklerinden kaynaklanmaktadır ve emri veren amirin davranışının haksızlığı devam etmektedir. Hukuk düzeni tarafından getirilen emri yerine getirme zorunluluğu neticesinde, memurun fiili hiyerarşik ilişkideki itaat yükümlülüğü bakımından hukuka uygun hale gelmektedir⁷³⁷.

⁷³⁴ Bu konuda hukuk düzeninin sadece fiili değil o fiilin gerçekleşme şeklini de değerlendirdiğini ve amirin emrini yerine getirmede emri veren ve yerine getiren tarafından yapılmak üzere iki hareket olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca bkz. **GÜNAL**, s. 49-55.

⁷³⁵ Böylece konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin salt CMK m. 223/3-b'ye dayanılarak kusurluluğu ortadan kaldırın neden olduğu savunulamayacaktır. Nitekim beraat kararı verilmesini gerektiren hukuka uygunluk nedenleri CMK m. 223'te tek tek sayılmamıştır. Bkz. **ZAFER**, s. 356.

⁷³⁶ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 240.

⁷³⁷ **DURSUN**, s. 215, dpn. 24.

B. KONUSU SUÇ TEŞKİL EDEN EMİRLERİN YERİNE GETİRİLMESİNİN SORUMLULUĞA ETKİSİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Konusu Suç Teşkil Eden Emirlerin Sorumluluğa Etkisi

a. Genel Olarak

Konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği mevzuatta açıkça belirtilirken, doktrinde de tüm yazarlar tarafından kabul görmüştür⁷³⁸. Nitekim konusu suç teşkil eden emirlerin verilmesine olanak tanıyan bir hukuk sistemi, hukuk devleti ilkesine ters düşecektir⁷³⁹. Hiçbir makam suç işleme emri vermeye yetkili değildir ve hiçbir suçun yapılması da bir memur için görev sayılamaz. Bu nedenle bir suç işlenmesi yolunda yapılan isteklerin emir olmayacağı ifade edilir⁷⁴⁰. Emrin konusu suç teşkil ediyorsa emri veren ile birlikte yerine getiren de sorumlu olacaktır, zira her ikisi de yaptıkları fiilin kanuna aykırı olduğunu bilerek ve suç işleme irade ve kastıyla hareket etmektedirler⁷⁴¹. Gerçekten de, Anayasa'nın “*Kanunsuz*

⁷³⁸ Hafizoğulları/Özen bu konuda, “*Kanunda suç sayılan bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremez, bu tür bir emri kimse yerine getiremez. Elbette, bu halde, hem emri veren, hem de emri yerine getiren, kendi fiilinden sorumludur.*” şeklinde görüş belirtmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 241. Ayrıca bkz. TOROSLU, s. 153; ÖNDER, s. 197; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210; İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s.135; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA Ceza Hukuku, s. 518; DEMİRBAŞ, s. 271; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 303.

⁷³⁹ Hafizoğulları'na göre devletin suç işleme erki ve ehliyeti bulunmadığı için, devletin olmayan bir ehliyet, devletin memurunun da olamayacaktır. Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, “*İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi*”, AÜHFD, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 573.

⁷⁴⁰ Zeki HAFIZOĞULLARI, “*Polisin Zor Kullanma Görev ve Yetkisi*”, AÜSBFİHMD., C. 3, S. 4, Kasım 1955, s. 15, 16; DEMİREL, H., s. 118; ARASLI, s. 33; DURSUN, s. 237.

⁷⁴¹ SOYASLAN, s. 378.

Emir”⁷⁴² başlıklı 137. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” ve TCK’nın 24. maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*”⁷⁴³

Hukuka uygunluk denetiminin yapılabildiği durumlarda, konusu suç teşkil eden emirler bağlayıcı nitelikte değildir. Hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde dahi, konusu açıkça suç teşkil eden emirler yerine getirilmemelidir. Örneğin, emniyet müdürü bir polis memuruna, suçunu ikrar ettirmek için gözaltına alınan kişiye işkence etmesini emrederse, bu emrin konusu açıkça TCK m. 94’te düzenlenen işkence suçunu oluşturacağı için, emir polis memuru tarafından yerine getirilmemelidir. Benzer şekilde bir bakanın müsteşarına bir kamu ihalesinin rüşvet veren firmaya verilmesini emretmesi halinde, emrin konusu suç teşkil ettiği için, yerine getiren sorumluluktan kurtulamayacaktır⁷⁴⁴. Belediye başkanının ruhsata aykırı olarak yapılan bir inşaatı mühürleyen belediye görevlilerinin bu işlemlerine kızarak görev yerlerini değiştirmesi, başka görevlilere mührün sökülmesi için emir vermesi ve mal sahibine de inşaatı sürdürmesini söylemesi, TCK m. 257/1 kapsamında görevi

⁷⁴² “*Kanunsuz emir*” başlığı yerine “*Hukuka aykırı emir*” başlığının kullanılmasının daha yerinde olduğunu düşünen *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*’ye göre; Anayasa m. 137 sadece kanuna değil, yönetmelik, tüzük ve Anayasa hükümlerine aykırılığı da düzenlemektedir. Bir emrin doğrudan Anayasa’ya aykırılığı halini kanunsuz emir olarak ifade etmek doğru olmaz, çünkü bir emrin kanuna dayanması her zaman Anayasa’ya uygun olduğu anlamına gelmez. Nitekim Anayasa’ya aykırı olan kanunlar da mevcut olabilir. Dolayısıyla kanuna uygun ve fakat Anayasa’ya aykırı emirlerin mevcudiyeti mümkündür. Bkz. **ÖZBEK/KANBUR/ DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 416.

⁷⁴³ Doktrinde Anayasa m. 137/2 ve TCK m. 24/3’ün bu hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanını oldukça daralttığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre söz konusu hükümler, uygulama alanını, hukuka uygunluk nedeninde esaslı hataya düşülmesi ve emrin hukuka uygunluğunu denetleme imkânının kısıtlandığı durumlarla sınırlandırmıştır. Bkz. Fatih S. **MAHMUTOĞLU**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 46.

⁷⁴⁴ **ZAFER**, s. 302; **GÖZLER/KAPLAN**, s. 111.

kötüye kullanma suçunu oluşturacağından, böyle bir emri yerine getiren belediye görevlileri de sorumluluktan kurtulamayacaktır⁷⁴⁵.

Emrin görünüşte hukuka uygun olduğu durumları, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi bir suçun işlenmesi emrinin verilmesi halinden ayırmak gerekir. Örneğin, bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılmak isteyen hâkim, bir yakalama emri hazırlayarak kolluğa emir verirse, kolluk görevlisi, düzenlenen yakalama emrini mevzuatta belirtilen şekilde yerine getirmekle yükümlüdür ve yakalama emri için gereken şartların oluşup oluşmadığını araştırma yetkisi yoktur. Böyle bir durumda ortada açıkça bir suçun işlenmesi emri yoktur ve kolluk görevlisi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaktan dolayı sorumlu olmaz⁷⁴⁶. Diğer şartların da varlığı halinde, böyle bir yakalama emrini yerine getiren memur sorumlu olmamakla birlikte, sadece yakalama emrini veren hâkim görevini kötüye kullanmış olur. Memurun buradaki sorumsuzluğunun nedeni ise, verilen emrin yerindeliğini ya da hukukiliğini denetleme

⁷⁴⁵ Yargıtay 4. CD.'nin, 28.9.1992, 4468/5454 kararı için bkz. İsmail **MALKOÇ** / Mahmut **GÜLER**, Zimmet, İrtikap, Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları, Gen Matbaacılık, Ankara 1993, s. 255. "TCK'nın 24/3. maddesinin 'konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur' hükmü gereğince, yakınının Ziraat Odası Başkanlığı'na üye olmak amacıyla yazdığı dilekçeyi içeren posta gönderisini Oda Başkanı olan sanığın talimatı ile kabul etmeme şeklindeki eylemde, atılı suçun unsurları sanık yönünden mevcut olmakla ..." (4. CD, 13.02.2013, 4036). Karar için bkz. **HAKEİRİ**, s. 381. "Sanıklar Güven D., Süleyman F., İsmet K., Haluk K., Kubilay Ö., Enver Ç. ve Oğuzhan K.'in, C.Savcısı olan sanık Bünyamin Y. tarafından düzenlenen 43 adet takipsizlik kararlarını 2002 yılı Nisan ayında yazılmış olmalarına rağmen 2001 yılı Aralık ayında karara çıkmış gibi mağdurlara tebliğ ederek, tebliğ-tebellüğ belgelerini düzenledikleri anlaşıldığından; Anayasa'nın 137. maddesinde düzenlenen 'konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilemez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz' hükmü karşısında sanıkların eylemlerinin 765 sayılı TCY'nin 64. maddesi aracılığı ile 240, 80. maddelerine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden yasal temelden yoksun gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi" (Y.4.CD., 10.03.2008, 2007/9828, 2008/2538). Karar için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s. 735, 736.

⁷⁴⁶ Demirel'e göre; emrin yetkili merciden verilmiş ve görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olması memur nazarında emrin hukuka uygunluğu konusunda bir karine teşkil ettiğinden, iyi niyet sahibi memur, emrin konusu açıkça suç teşkil etmediği sürece emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmamalıdır. Bkz. **DEMİREL, H.**, s. 10. Emrin açıkça kanuna aykırılık teşkil etmediği böyle durumlarda, sübjektif olarak memurun, itaat yükümlülüğü, ruh hali ve amiriyle olan hiyerarşik ilişkilerinin de göz önünde bulundurulması ve emrin amaç bakımından kanuna aykırı olduğu konusunda şüphesi olmaması halinde, sorumluluğunun da doğmaması gerektiğine ilişkin görüşler için bkz. **ARASLI**, s. 26, 27 ve **ERDOĞDU**, s. 548.

imkânının bulunmamasıdır. Bu nedenle, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine müsaade edilmeyen böyle durumlarda, usulüne uygun olarak verilen bir emrin yerine getirilmesi, yetkili merciden verilip görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir teşkil ettiğinden, memur, amirin işlediği suçtan dolayı sorumlu değildir, meğerki emrin konusu açıkça suç teşkil etsin⁷⁴⁷.

Emrin konusunun açıkça suç teşkil etmesi halinde, hiyerarşik yapı nedeniyle bu emrin yerine getirilmesine ilişkin irade özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı veya zayıflatıldığı kabul edilemez. Hukuka uygunluk denetimin yapılabilirdiği veya emrin açıkça suç teşkil ettiği böyle bir durumda, iştirak iradesi de varsa⁷⁴⁸, emri veren azmettiren, emri yerine getiren ise fail olarak suçtan sorumlu olacaktır⁷⁴⁹. Ancak emri veren kişi tarafından emrin yöneltildiği memurun irade özgürlüğü zayıflatılıp tamamen ortadan kaldırılmış da olabilir⁷⁵⁰. Bu nedenle memur, konusu suç olan emri cebir veya tehdit altında yerine getirmek zorunda kalmışsa TCK m. 24 hükümleri uygulama alanı bulmaz ve fakat kusurluluğu ortadan kaldıran TCK m. 28 hükümleri devreye girer⁷⁵¹. Amir fiilî hata neticesinde hukuka aykırı bir emir verir ve memur emri, konusunun suç teşkil ettiğini bile bile yerine getirirse, amir mazur görülebileceği halde, memurun sorumluluğu devam edecektir. Amir kasten hukuka aykırı bir emir verir ve memur da

⁷⁴⁷ **HAFIZOĞULLARI**, “*Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi*”, s. 16. CMK m. 161/2’ye göre adli kolluk savcının emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlü olup, 3. fıkraya göre ise savcı acele hallerde kolluğa sözlü emir verebilecektir. Bu madde, adli kolluğun, savcının verdiği emirleri denetleme yetkisinin engellendiği yorumuna elverişli görülmüştür. Bkz. **DURSUN**, s. 239, dpn. 92.

⁷⁴⁸ **GÜNAL**, “*Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk*”, s. 187.

⁷⁴⁹ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 303; **ÖZGENÇ**, s. 409. Emrin içeriğinin hukuka uygunluğunun denetlenebildiği hallerde ise kendisine sözlü olarak verilen bir emrin içeriğinin hukuka aykırılığını denetlemekte ihmal gösteren memurun görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olabileceğine ilişkin olarak bkz. **ZAFER**, s. 355, 356.

⁷⁵⁰ **ÖZGENÇ**, s. 409.

⁷⁵¹ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 419.

bunu hata ile yerine getirirse, yalnızca amir sorumlu olacaktır⁷⁵². Böyle hallerde amir, emrin suç teşkil ettiği konusunda hataya düşen memuru bir araç olarak kullanmak suretiyle dolaylı fail olabilir ve şartların gerçekleşmesi durumunda amire karşı meşru savunmadan yararlanılabilir⁷⁵³.

Konuyla ilgili olarak AİHM'in yaklaşımına yer vermekte fayda vardır. AİHM, uluslararası nitelikteki insan haklarına ve insan hakları hiyerarşisinde üstün bir değer taşıyan yaşama hakkına açıkça aykırı olan emirlere körü körüne itaat edilemeyeceği görüşündedir. Öte yandan Mahkeme, kararlarında, BM Genel Kurulunun 1946 tarihli kararında belirtilen Nürnberg İlkeleri'ne de atıfta bulunmaktadır. Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde sınır muhafızı olan bir erin, yüzerek sınırı geçmek isteyen bir kişiyi vurup öldürmesini konu alan *K.-H.W./Almanya* davasında AİHM, askerin aldığı emirlerin ülkeyi terk etmeye çalışan silahsız kimselerin vurulmasını haklı kılmayacağını belirtmiştir⁷⁵⁴.

Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast suçun faili olacağı için, cezai sorumluluğu, suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başladığı anda söz konusu olur. Emri yerine getirmediği takdirde ise memurun herhangi bir

⁷⁵² GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 152.

⁷⁵³ HAKERİ, s. 382.

⁷⁵⁴ Bkz. *K.-H.-W. v Almanya*, Başvuru no: 37201/97, 22.03.2001, 75. Par., <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59352> (15.05.2015). Belirtmek gerekir ki kanuna dayanan böyle bir emrin yerine getirilmesi durumunda dahi sorumluluğun devam edeceğinin kabul edilmesinin felsefi bir boyutu da vardır. İlk kez, Üçüncü Reich adı verilen Hitler rejiminin ceza hukuku yoluyla tasfiye edilmesi sürecinde ortaya çıkan Radbruch formülü, kanun biçimi altında gerçekleşen hukuksuzluklar söz konusu olduğunda belirli birtakım pozitif hukuka uygunluk nedenlerinin devre dışı bırakılmasını savunur. Dolayısıyla sözlü bir vur emrinin sadece yurtlarını terk etmek isteyen cumhuriyet firarileri hakkında tatbik edilmesini sağlayan sınır koruma yasası, kanun biçiminde bir hukuksuzluk olarak nitelendirildiğinde, buna dayanan emirleri yerine getirenlerin de sorumluluklarının devam etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Kristian KÜHL, “Radbruch Formülü”, (Çev. Mehmet Cemil Ozansü), İÜHFİM, C. 70, S. 1, Yıl: 2012, s. 374. Radbruch formülü ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sevtap METİN / Altan HEPER, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yay., İstanbul 2014.

sorumluluğu doğmaz⁷⁵⁵. Bu durumda amirin azmettiren olarak sorumluluğu, emrin ast tarafından yerine getirilmesi veya en azından buna teşebbüs edilmesi halinde doğacaktır. Emri alan memur, emrin konusunu oluşturan suçu işlemez veya işlemeye teşebbüs etmezse, iştirake bağlılık kuralı gereği amirin sorumluluğu da doğmayacaktır. Bu durumda amirin konusu suç teşkil eden emir vermesi, AsCK m. 109'daki düzenleme gibi başlı başına bir suç da oluşturabilecektir⁷⁵⁶.

TCK'nın genel hükümlerinin AsCK'da yer alan suçlar hakkında da uygulanacağını öngören AsCK ek m. 8 uyarınca, askeri suçların iştirak halinde işlenmelerinde kural olarak TCK'nın iştirake ilişkin kuralları uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla askeri suçlara azmettirmede de her ne kadar TCK'nın azmettirmeye ilişkin düzenlemeleri geçerli olacak olsa da, bunun AsCK'da bir takım istisnaları da mevcuttur⁷⁵⁷. Astına bir suçun yapılması için emir veren amir veya üstün sorumluluğunu düzenleyen AsCK m. 109 da bu istisnalardan biridir⁷⁵⁸. Maddeye göre; *“1. Rütbe veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve salahiyetini suistimal ederek madununa bir suçun yapılmasını teklif eden, amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur. 2. Suç yapılır veya yapılmağa teşebbüs edilirse faili asliye muayyen olan ceza, emir veren hakkında (M. 50) artırılarak hükmolunur.”*

⁷⁵⁵ DEĞİRMENCİ, “Amirin Emrini İfa”, s. 478.

⁷⁵⁶ GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s. 190; DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 84.

⁷⁵⁷ AYCAN, s. 958.

⁷⁵⁸ KANGAL, s. 165.

Bu maddeden sorumluluğun doğabilmesi için, astın, emri yerine getirmek suretiyle suçu işlemesi veya işlemeye teşebbüs etmesine gerek yoktur⁷⁵⁹. Ancak konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde, AsCK m. 109/2'ye göre faile verilen ceza, AsCK m. 50 uyarınca amir bakımından artırılarak verilecektir⁷⁶⁰. Bu hükmün, sorumluluğu, azmettirmeye nazaran genişlettiği görülür. TCK m. 40'ta düzenlenen iştirakte bağlılık kuralı gereği, azmettirmeden ötürü ceza sorumluluğunun doğması için, suça en azından teşebbüs edilmesi gerekirken; AsCK m. 109 uyarınca buna gerek olmadan, böyle bir emir verildiği anda suç gerçekleşmiş olacaktır⁷⁶¹. Dolayısıyla bu suçu oluşturan fiil, bir suçun asta teklif edilmesi hareketidir. Yöneltilen talebin emir olması gerekmez; amirin veya üstün, rütbe, makam veya memuriyetinin nüfuz ve yetkisini kötüye kullanarak bir talepte bulunması yeterlidir. Ancak suçun oluşabilmesi için, bu teklifin mutlaka bir suç teşkil etmesi gerekir ve verilen emrin sadece kanun veya nizamlara aykırı olması ya da yalnızca hizmete ilişkin olmaması

⁷⁵⁹ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 85. “*Mayınlı sahada askerlerin yaralanması ile ilgili olay sonrasında olay tanıklarını toplayarak; rütbe, makam ve memuriyet nüfuz ve selahiyetini suiistimal ederek bu olayla ilgili olarak yalancı tanıklık yapmalarını teklif eden sanığın eylemi madununa suç yapmak için emir verme suçunu oluşturur.*” (As. Yrg. 2.D., 12.07.2006, 1034/1023). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 574.

⁷⁶⁰ “*Foça Deniz Üs K.lığına bağlı ... Haber Merkezi Komutanlığında bölük astsubayı olarak görevli iken, sanığın, 2001 Ocak ayında astı olan Dz. Er A.T. şoförü olduğu 553091 plakalı askeri araçtan benzin çekerek getirmesini emrettiği, adı geçen erin de kendi sorumluluğu altında bulunan askeri araçtan 4 litre benzin çekip bir bidona koyduktan sonra sanığın evine getirip teslim ettiği, anılan erin zimmet suçundan dolayı mahkum edildiği, böylece sanığın 'astına zimmet suçunu işlemek için emir vermek' suçunu işlediği anlaşılmaktadır. Uygun gerekçelerle AsCK'nın 109/2, 131/1 (az vahim hal) ve 50'nci maddeleri uyarınca cezalandırılmasında yasaya aykırılık bulunmamaktadır.*” (As. Yrg. 2.D., 27.06.2007, 1123/1115). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 575. “*... amir konumunda olan sanığın astı olan acemi er Ali'ye rütbe ve memuriyetinin nüfuz ve yetkisinden cesaret alarak mağdurun koltuk altına kolonya döküp yakması hususunda emir verdiği, konusu açıkça suç teşkil eden bu emir üzerine er Ali'nin emrin gereğini yerine getirerek ... mağdurun bedenine zarar veren müessir fiili suç kastıyla hareket ederek gerçekleştirdiği; ... mahkemece asli maddi fail Ali için yerinde ve uygun gerekçelerle hapis cezası tercih edilerek alt sınırdan uzaklaşıp temel cezanın 2 ay hapis olarak tayininde bir isabetsizlik ve takdir zaafı bulunmadığı, bu hale göre asli maddi fail için temel ceza olarak belirlenen 2 ay hapis cezası esas alınarak sanık Salih hakkında AsCK'nun 109/2'nci maddesi gereğince uygulama yapıp AsCK'nun 50'nci maddesi uyarınca cezasının artırılmasının kanuna uygun bulunduğu...*” (As. Yrg. 1. D., 15.11.2000, 724/721). Karar için bkz. **KANGAL**, s. 151, dpn. 243.

⁷⁶¹ **KANGAL**, s. 151; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 85.

halinde AsCK m. 109 uygulama alanı bulmaz⁷⁶². Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast ise suçun faili olarak sorumlu olur ve AsCK m. 109 kapsamında bir sorumluluğu doğmaz⁷⁶³.

Kendisine suç işlemesi teklif edilen ve suçu işleyen astın, şikâyetin gerçekleşmemesi gibi herhangi bir nedenle ceza almaması durumunda emri veren amirin sorumluluğunun devam ettiği kabul edilir⁷⁶⁴. Ancak böyle bir durumda, ast açısından yargılama yapılamayacağı için, amirin cezası astın cezasına göre belirlenemeyeceğinden, amir hakkında hangi hükmün uygulanacağı sorun teşkil edecektir⁷⁶⁵. Böyle durumlarda ast hakkında şikâyet şartı gerçekleşmediği için, amir bakımından m. 109/2'nin uygulama alanı bulamayacağına ve m. 109/1'de yer alan

⁷⁶² Kanun ve nizama aykırı olarak verilen emir, diğer şartları da mevcutsa, amir bakımından ayrıca AsCK m. 115'te düzenlenen "*memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması*" suçunu oluşturabilir. Ayrıca astına suç işlemek için teklifte bulunan amir veya üst, bu suça iştirak etmemelidir, aksi halde sorumluluğu iştirak kurallarına göre belirlenir. Bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 344, 345. Hizmete ilişkin olmayan bir emir veren amir hakkında da birtakım yaptırımlar uygulanabilir. Yürürlükten kalkan AsCK m. 108 gereği, amirin hizmete ilişkin olmayan emir vermesi halinde hapis cezası ile cezalandırılabilmesi mümkündür. Ancak bu madde yürürlükten kalktığı için Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanun'un 53. maddesi gereğince, amirin disiplin cezası alması söz konusu olabilecektir. "*Nöbetçi çavuşluğu sırasında iki bira aldırarak üzere astlarını mahalle bakkalına yollayan sanığın fiili, DMK'nın 53. maddesinde yazılı 'astlarına hizmetle ilgisi olmayan emir vermek' suçunu teşkil eder.*", (As. Yrg. 4.D, 26.11.1968, 6/4). Karar için bkz. **POLATCAN**, s. 579. Hizmetle ilgisi olmayan bir emir asta değil de sivil birine verilirse, AsCK m. 115'teki memuriyet nüfuzunun kötüye kullanılması suçu oluşacaktır: "*1. Emir vermek yetkisini veya memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak mevzuatın tayin ettiği ahvalden başka bir suretle herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yahut astı hakkında keyfi bir işlem yapan yahut yapılmasını emreden amir veya üst, bir aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Askeri Yargıtay bir kararında, Devlet hava meydanındaki sivil telsizciye baskı yaparak, ona gerçeğe aykırı bir telsiz çekirtmek suretiyle havalanmış olan askeri bir uçağın dönmesini sağlayan subayın fiilinin memuriyet nüfuzunu kötüye kullanma olduğuna karar vermiştir (As. Yrg. DK. 13.5.1966, 46/42, As. Ad. Der. Ekim 1966, X/40, 58, 59). Karar için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 179, dpn. 28.

⁷⁶³ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 346.

⁷⁶⁴ "*Astı olan jandarma erine emir vererek diğer jandarma erlerini dövdürten sanık astsubaya AsCK'nın 109/2'nci maddesi gereğince, faili asli durumunda olan jandarma erine terettüp edecek (verilecek) cezanın AsCK'nın 50'nci maddesi gereğince artırılarak hükmedilmesi gerekir. Dövülen jandarma erlerinin şikâyetçi olmamaları sebebiyle sanık jandarma eri hakkında (kovuşturmaya yer olmadığı) kararı verilmesi sanık astsubayın sorumluluğunu etkilemez.*" (As. Yrg. Drl. Krl., 4.6.1971, 45/44). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 573.

⁷⁶⁵ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 345.

maktu cezanın uygulanacağına dair Askeri Yargıtay kararları bulunduğunu belirtmek gerekir⁷⁶⁶.

b. Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırlandırıldığı Hallerde Konusu Suç Teşkil Eden Emirlerin Sorumluluğa Etkisi

Mevzuattaki açık hükümler karşısında konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği hususunda doktrin hemfikir olmakla beraber, bu kurala Anayasa ve TCK tarafından bir istisna tanınıp tanınmadığı konusunda görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Bu tartışmaların nedeni ise, Anayasa m. 137/3'te yer alan, askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olacağına ilişkin hüküm ile TCK m. 24/4'te yer alan ve emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerden bahseden hükümdür. İkinci Bölümde değinildiği üzere, bu hükümler, düzenlendikleri maddede konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği kuralından sonra yer almaları nedeniyle, bu kurala birer istisna teşkil ettikleri şeklinde yorumlanmaktadır⁷⁶⁷. Bu nedenle Anayasa m. 137/3 ile TCK

⁷⁶⁶ “Emir gereğince işlenen, teşebbüs edilen ya da teklif edilen suçun şikâyet tabi olması AsCK’nın 109’uncu maddesinde düzenlenen suçu da şikâyet tabi kılmamaktadır. İşlenen ya da teşebbüs edilen suçun şikâyet tabi olması, ancak şikâyetin bulunmaması halinde, AsCK’nın 109/2’nci maddesinin uygulama olanağı bulunmayıp, diğer şartları da varsa, AsCK’nın 109/1’inci maddesinin uygulanması ihtimali ortaya çıkmaktadır.” (As. Yrg. 2.D., 24.09.2014, 859/852). Karar için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 346.

⁷⁶⁷ *Özbek*, kanun yapma tekniği bakımından bir madde içinde önce kuralın, sonra gelen fıkralarda da o kuralın istisnalarının yer alacağını belirttikten sonra, Anayasa ve TCK m. 24’e bakıldığında her iki hükmün son fıkralarının önceki fıkralara istisna getirdiği anlamının çıktığını ifade eder. Böylelikle, Anayasa m. 137/2 ve TCK m. 24/3, konusu suç teşkil eden emri veren ve alanın sorumlu olacağını ifade ederken, Anayasa m. 137/3 ve TCK m. 24/4, sanki bu durumun istisnası gibi algılanmaya elverişli bir düzenleme getirmektedir diyerek, mutlak itaatin kabul edildiği durumlarda emrin yerine getirilmesinden sadece emri verenin sorumlu olacağı şeklinde bir yorumun yapılmasını kanunun amacına aykırı bulmaktadır. Bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 418. Konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği ve yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı

m. 24/4'ün, kamu düzeni ve güvenliğinin diğer değerlerden üstün olduğu anlamını ortaya koyması nedeniyle hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği ifade edilmektedir⁷⁶⁸.

Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceği kuralının istisnası olmadığını savunan görüşe göre; gerek memurlar gerekse polis ve askeri kişiler, suç teşkil eden bir emri yerine getiremez ve getirdikleri takdirde sorumluluktan kurtulamazlar⁷⁶⁹. Bu nedenle, TCK m. 24/4'te belirtildiği şekilde hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olduğu hallerde dahi, konusu suç olan emrin verilemeyeceği, böyle bir emrin yerine getirilemeyeceği ve bu kuralın da hukuk düzeninde bir istisnasının olmadığı savunulur. Mutlak itaatin söz konusu olduğu bu durumlarda dahi, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini kabul eden bu görüşe göre, Anayasa m. 137/3 ve TCK m. 24/4'te yer alan istisnalar, bu emirler için geçerli değildir⁷⁷⁰. Söz konusu hükümler, ancak birinci fıkradaki kural açısından mümkün olabilir ve suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin yazılı olarak

kuralının, “görev ve hizmetin kapsamı dışında kalan ve konusu suç teşkil eden emir hiçbir zaman yerine getirilemez, yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz.” şeklinde anlaşılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **ZAFER**, s. 355.

⁷⁶⁸ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE**, s. 418. *Erem/Danışman/Artuk*, Anayasa'nın kanunsuz emir konusunda kesin bir kural koymayıp m. 137/3'te bir boşluk bıraktığını, kanununa aykırı bir emre mazeret etkisi tanınmasının hukuka üstünlük ilkesiyle bağdaşmayacağını ileri sürmüştür. Bkz. **EREM/DANIŞMAN/ARTUK**, s. 559.

⁷⁶⁹ **ÖNDER**, s. 197.

⁷⁷⁰ **DEMİRBAŞ**, s. 272. *Hakeri bu hususu “TCK 24/3'teki hükümden çıkan sonuç ise sadece hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinden dolayı astın sorumlu olmayacağıdır. Ne var ki, konusu suç oluşturan emirlerin yerine getirilmesi halinde üst gibi, ast da sorumluluktan kurtulamaz. Zira bir suç teşkil eden emir ve emri veren bakımından böyle bir emir verme yetkisi ne kanunlarda vardır ne de suç teşkil eden emir, görev bakımından yerine getirilmesi zaruri bir emir olabilir.”* şeklinde ifade etmektedir. Bkz. **HAKERİ**, s. 383.

tekrarının istenmesini engelleyebilir, ancak suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesine izin verildiği şeklinde yorumlanamaz⁷⁷¹.

Bir diğer görüşe göre ise; konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirenin sorumlu tutulmasının iki istisnasının vardır ve bunlar “*filî hata*” ile “*emrin içeriğinin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği haller*” şeklinde ortaya çıkar⁷⁷². Bu nedenle doktrinde bir kısım yazar, konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği kuralını benimsedikten sonra, askerlik ve güvenlik hizmetleri alanında emrin içeriğini kontrol hakkının kısıtlandığı durumlarda, bu kurala bir istisna getirildiğini kabul etmektedir. Böylece, emrin yazılı olarak yenilenmesini isteme yetkisinin olmadığı hukuka aykırı bağlayıcı emirlerde, askerlik ve güvenlik hizmetlerinin zamanında yapılması bakımından ilk anda emrin yerine getirilmesi zorunludur ve askeri hizmetlerin ifası esnasında bir suç işlenirse, bundan emri veren sorumlu olur⁷⁷³. Bu noktada emrin açıkça suç teşkil etmesiyle görünüşte hukuka uygun olması şeklinde bir ayırım yapılarak, amirin yetkisi dâhilinde ve görünüşte meşru (ancak olayda suç teşkil eden) bir emir vermesi halinde, memurun da, meşru bir emri yerine getirdiği inancıyla hareket etmesi durumunda, sorumlu olmaması gerektiği savunulmuştur⁷⁷⁴. Böyle bir durumda ise amir dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

⁷⁷¹ **ÖZGENÇ**, s. 410; *Hafizoğulları/Özen* bu durumu, “*Hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olması demek, kanunun suç işlemeye kılıf hazırlaması demek değildir.*” şeklinde ifade eder. Bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 241; **ÖZTÜRK/ERDEM**, s. 210; **İÇEL**, s. 306; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 82, 83.

⁷⁷² **GÜNAL**, “*Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk*”, s. 182. TCK m. 24/4’te kanun tarafından hukuka uygunluğu denetlenemeyen emirlerin ifasından sadece emri verenin sorumlu olacağı düzenlendiği için, 2. ve 3. fıkraların hukuka uygunluğu denetlenebilen emirlere ilişkin olduğu hakkındaki görüş için bkz. **DURSUN**, s. 233, dpn. 71.

⁷⁷³ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 519, 520.

⁷⁷⁴ Bu görüşü savunanlara göre, görünüşte hukuka uygun olan bir emri yerine getiren memurun, kanunu ihlal etme gibi bir iradesi yoktur ve bu nedenle sorumluluğu doğmamalıdır. Bkz. **GÜNAL**, s. 140.

Ancak emir açıkça suç teşkil ediyorsa veya açıkça suç teşkil etmemekle beraber emri yerine getiren kişi emrin suç oluşturduğunu biliyorsa, emri verenle birlikte sorumlu olacaktır⁷⁷⁵. Bu durumda amir azmettiren, emri yerine getiren ise faildir⁷⁷⁶. Ayrıca emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hallerde memurun sorumluluğu koşullar sağlandığı takdirde doğmayacakken, memurun fiiline iştirak eden üçüncü şahısların sorumluluklarının devam edeceği kabul edilmektedir⁷⁷⁷.

Anayasa m. 137/3 ile TCK m. 24/4'ün işaret ettiği ve hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı haller, askeri mevzuat ile kolluk mevzuatında yer almaktadır. Konuyla ilgili tartışmalar emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kuralından ve bunun mutlak itaat hallerinde sınırlanmasından ayrı düşünülemese de, bu açıklamalara emrin şartlarının açıklandığı İkinci Bölümde detaylıca yer verdiğimizden burada üzerinde durmayacağız. Öte yandan konusu suç olan emirlerin sorumluluğa etkisindeki tartışmaların odak noktasını oluşturan PVSK m. 2 ve AsCK m. 41 açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmayı daha uygun görüyoruz.

ba. Askeri Mevzuattaki Düzenlemelerin Sorumluluğa Etkisi

Hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırılmasına özellikle askeri hukukta rastlandığını ifade etmiştik. Mutlak itaat yükümlülüğü nedeniyle uzun zaman boyunca, emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenen suçtan doğan sorumluluk amire ait olmuş ve

⁷⁷⁵ DURSUN, s. 218-220; GÜNAL, “*Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk*”, s. 183; SOYASLAN, s. 380.

⁷⁷⁶ DEMİREL, M., s. 175.

⁷⁷⁷ EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 566.

ast cezai sorumluluktan muaf tutulmuştur. Emrin yerine getirilmesinin astın sorumluluğunu ortadan kaldırmasının kabul edilmesinin altında yatan nedenler ise, askeri yapının hiyerarşik doğası, askeri disiplinin sürdürülmesinin gerekliliği ve amirin, astının fiillerinden sorumlu olması olarak sayılmıştır⁷⁷⁸. Ancak amirin sorumluluğunu kabul eden bu anlayış zamanla değişmeye başlamış ve yerini üzerinde astın sorumluluğunun ne dereceye kadar kabul edilebileceğine dair tartışmalara bırakmıştır.

AsCK m. 41, astın cezai sorumluluğunu iki halde kabul etmiştir. Bunlardan bir tanesi, astın kendisine verilen emrin sınırını aşmış olması iken, ikincisi amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını içeren bir fiile ilişkin olduğunun ast tarafından biliniyor olmasıdır. Maddede yer alan “*hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse*” ifadesinden, hizmete ilişkin verilen bir emrin aynı zamanda suç teşkil edebileceği sonucu çıkmaktadır⁷⁷⁹. Hüküm mutlak itaati düzenleyen TSK İç Hizmet Kanunu m. 14 ile birlikte değerlendirildiğinde ise, hizmete ilişkin hususlarda verilen emrin konusu suç teşkil etmesine rağmen, ast açısından yerine getirilmesinin kanuni bir zorunluluk arz ettiği anlamına ulaşılabilir. Nitekim TSK İç Hizmet Kanunu m. 14’e göre; “(1) *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. (2) Ast muayyen olan*

⁷⁷⁸ BASSIOUNI, s. 449, 450.

⁷⁷⁹ Bu hükmü, bir emrin hem hizmete ilişkin olup hem de suç olabileceği anlamını taşıması bakımından Anayasa m. 137/2’ye ve hukuk devleti ilkesine aykırı bularak eleştiren görüş için bkz. ÖZGENÇ, s. 411; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 416; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 304; HAKERİ, s. 383.

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

Bu düzenlemeler doğrultusunda astın cezai sorumluluğu, emrin hizmete ilişkin olmaması veya hizmete ilişkin bir emrin suç işletmek maksadıyla verildiğinin bilinmesi halinde ortaya çıkacaktır⁷⁸⁰. Bir diğer ifadeyle, kanunun lafzından, verilen emir açıkça suç teşkil etse bile, bu emrin hizmet gereği olarak değil de, suç işlemek maksadıyla verildiğini bilmiyorsa, astın sorumlu tutulamayacağı yorumu yapılabilecektir. Bu nedenle, bu hükümde sorumluluğun doğması için, “*emrin açıkça suç teşkil etmesi*” şeklinde objektif bir değerlendirme gerektiren bir ölçüt yerine, “*emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilinmesi*” şeklinde subjektif bir değerlendirme gerektiren ölçütün benimsendiği görülmekte ve bu husus eleştirilmektedir⁷⁸¹. Üstelik AsCK m. 41 “*doğrudan bilme*”yi aradığı için, maksadın muhtemel görülmesi, öngörülebilmesi veya tahmin edilebilir olması ve şüphe

⁷⁸⁰ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 304. Astın şüpheye kapılmasının dahi sorumlu tutulması için yeterli olmadığı, her askerin, amiri tarafından verilen emrin meşru olduğunu farz ve kabul etmek zorunda olmasından bahisle, ast lehine bir karinenin mevcut olduğu görüşü için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 182; **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 94; **DEMİRBAŞ**, s. 274; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza Hukuku, s. 184. Askeri Yargıtay, askeri araçla dışarıdan alkollü içki alıp gelmesi hususunda nöbetçi astsubay tarafından ere verilen emrin, askeri suç maksadıyla verilmiş olması ve 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 etmesinin, suç oluşturduğuna karar vermiştir (As. Yrg. Drl. Krl, 24.6.2004, 109/101). Karar için bkz. **KOÇ**, İç Hizmet Kanunu, s. 486.

⁷⁸¹ Emrin suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilinmesi ile suç işlemek maksadıyla verildiğinin bilinmesi farklı iki durumdur. Emrin hukuka uygun olması için taşıması gereken şartları haiz olmadığının ast tarafından bilinmesi, bu emrin mutlaka suç işlemek maksadıyla verildiği anlamına gelmemektedir. Nitekim amir, emrin hukuka uygunluğu konusunda hataya düşerek böyle bir emri vermiş olabilir ve ast bu hukuka aykırılığı fark edebilir. Konu hakkında bkz. **DEMİREL, M.**, s. 163. Bu konuda Alman, İngiliz, İsrail, Belçika, Yunan, Fransız, İtalyan, İsveç ve Amerikan ceza kanunlarında objektif esasın kabul edildiği ve emir açıkça bir suç teşkil ediyorsa emri yerine getirenin de sorumlu olacağı görülür. Bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 183. Ayrıca bkz. “Karşılaştırmalı Hukukta Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi” başlığı. Bu konuda kanun değişikliğine gidilerek, hizmete ilişkin olmayan emrin suç teşkil ettiğinin açıkça anlaşılması halinde astın bu emre itaat etmeye mecbur edilmemesi ve objektif kıtasın benimsenmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, s. 411.

duyulması da bilmeye dâhil edilemez⁷⁸². Nitekim TCK m. 2 gereği, ceza kanunları kıyasa varacak şekilde geniş yorumlanamaz. Sübjektif değerlendirme gerektiren bir ölçüt de TSK İç Hizmet Yönetmeliği m. 33'te yer almaktadır: *“Amirin verdiği emir Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren hallere mütaallik ise emir ifa olunmaz ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire malûmat verilir. Bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyet ast'a aittir.”* Bu hükme göre ast, amirin suç işlemek amacıyla emir verdiğini biliyorsa, bunu yerine getirmemeli ve bir derece yukarı amire bilgi vermelidir. Dolayısıyla askeri mevzuatta mutlak itaat kabul edilmiş olmakla beraber, bu, hiçbir zaman suç işlemek amacıyla verildiği bilinen emirlere kadar genişletilmemelidir.

Askeri Yargıtay çoğu kararında, kanunun lafzına uygun olarak, emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi durumunda astı sorumlu tutarken, kimi kararlarında ise emrin açıkça suç teşkil ettiğine de dikkat çekmektedir⁷⁸³.

⁷⁸² **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 182.

⁷⁸³ “Bölük komutanı erata kalçadan atışı göstermek istediği sırada mermi sıkışması nedeniyle tüfeğin namlusunun dağıldığı, ancak sorumluluktan çekinen Yzb.nın tüfeğin Er E.B.nin elinde iken dağıldığı yolunda rapor düzenleyerek üst makamlara gönderilmesini sanık Başçavuştan istediği, sanığın da hakikate muhalif olarak düzenlediği belgeleri üst makamlara sunduğu anlaşılmaktadır. Sanık kendisine emir verildiği için emri yapmak zorunda kaldığını ileri sürmekte ise de, Anayasa'nın 137/2, İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33/1, AsCK'nın 41/B maddelerinde konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği, AsCK'nın 41/B maddesinde **suç maksadını bilerek emri yerine getirenlerin de cezai sorumluluğu bulunduğu belirtildiğinden**, temyiz sebeplerine itibar edilmemiş, mahkûmiyet hükmünün onanması gerekmiştir.” (As. Yrg. 1.D., 12.10.1988, 632/622). Askeri Yargıtay'ın sübjektif ölçüte yer verdiği karar için bkz. **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 84, dpn. 202. Öte yandan Askeri Yargıtay bazı kararlarında, emrin suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilinmesi şartının yanında ayrıca emrin açıkça suç teşkil etmemesini de aramaktadır: *“Hizmete müteallik hususlarda verilen ve suç teşkil eden emirlerin amiri mesul kılacağı kanuni bir prensip olmakla beraber, suç maksadını güttüğü bilinen bir emri uygulamanın astı da sorumlu kılacağı AsCK m. 41/3-B maddesinde açıklanmış ve Anayasa'nın 137 nci maddesinde de, hizmet gerekleri dikkate alınarak, askeri mevzuatta yer alan emirle ilgili hüküm istisna yolu ile mahfuz tutulmuş olduğuna, 227 SK.nun 10 uncu maddesiyle yasaklanmış olmasına rağmen, sinema parası namı altında aylık ... liranın erat harçlıklarından kesilmesine dair Tb. K.lığından verilen ve zikredilen mahiyeti itibariyle **suç maksadı güttüğü aşikar olan ... kanuna muhalefetle mualllel olduğu kendilerince de bilinen** emri uygulamaktan imtina etmeleri ve durumu en kısa yoldan bir derece yukarı amire duyurmaları gereken Bölük Komutanlarının emrin verildiği ... tarihinden, kaldırıldığı ... tarihine kadar iş bu emri uyguladıkları sübute erdiğine göre sanıkların AsCK 41/3-B md.si delaletiyle memuriyet nüfuzunu suiistimal suçundan dolayı faili*

AsCK m. 41/3-B bakımından önemli olan, konusu suç teşkil eden emrin görev ve hizmete ilişkin olup olmadığıdır. Nitekim zor kullanma emri gibi bazı görev ve hizmetler, konusu bir suç tanımına uyan bir fiilde bulunma emri vermeyi gerektirebilir⁷⁸⁴. Böyle hallerde, her ne kadar AsCK m. 41/3-B hükmünde emrin bir suç işlemek maksadıyla verildiğinin bilinmesi şeklinde sübjektif bir ölçüte yer verilmiş ise de, ast, emrin suç işletmek maksadıyla verildiğini bilmiyorsa ve fakat emir açıkça suç teşkil ediyorsa, bunun yerine getirilmesi halinde de sorumluluktan kurtulamayacaktır⁷⁸⁵. Zira astın, salt ne maksatla verildiğini bilmediği için açıkça suç teşkil eden emri yerine getirmekten sorumlu olmayacağını ifade etmek, TCK m. 4'te yer alan ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralı gereği mümkün olmayacağından, bunu açıkça suç teşkil eden değil de görünüşte suç teşkil etmeyen (ya da açıkça suç teşkil etmeyen) emirlerin yerine getirilmesi açısından kabul etmek

müşterek olarak cezalandırılmalarında kanuna aykırı bir cihet görülmemiştir.", (As. Yrg. 4.D., 18.01.1972, 4/21). Karar için bkz. Metin **ULUKANLIĞİL**, Askeri Yargıda İtaatsizlik Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul 2001, s. 42, 43.

⁷⁸⁴ **ZAFER**, s. 355.

⁷⁸⁵ **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 184; **GÜNAL**, "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", s. 198; **DEMİRBAŞ**, s. 273. Bu duruma, sarhoş amirin yoldan geçenleri öldürmeyi emretmesi şeklinde bir örnek verilebilir. Nitekim böyle bir durumda emrin suç teşkil ettiği açıktır. Bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 520; **SOYASLAN**, s. 380. "...Buna göre başta İl Jandarma Komutanı olan sanığın, mahkeme kararıyla kendisine babasının cenazesi için izin verilen mağdurun, bu mahkeme kararına uygun olarak, kaldığı cezaevinden alınması ve yol süresi hariç iki gün süreyle yanlarında dış güvenlik görevlisi bulundurulmak suretiyle taziye evinde tutulmasını emretmek yerine, mahkemenin verdiği iznin tam olarak kullanılmasını engelleyen, iki gün izin kullanmayı içeren mahkeme kararına aykırı olan ve tutukluya taziye nedeniyle verilen kısmi hürriyeti, cezaevine erken teslim ve iznini 48 saat yerine toplam yaklaşık 12 saat süreyle kullandırma biçimindeki emri astlarına vermesi konusu suç teşkil eden ve yerine getirilmesi hiçbir kamu görevlisini cezai sorumluluktan kurtarmayan bir eylemdir. ... Konusu suç oluşturan emri yerine getiren öbür sanıkların sorumlulukları ise, yine Anayasa'nın 138/4, 137/2, 5237 sayılı TCK'nın 24/3 maddeleri ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 41/3-b maddesinde öngörülen 'Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendilerince malum' olduğu halde yapmakta tereddüt göstermemelerinden doğmaktadır. ... Mahkemenin verdiği bir kararla sağlanan özgürlüğün, herhangi bir kamu görevlisi tarafından kısıtlanması veya eksik kullandırılması mümkün olmadığı gibi, hürriyetin kısıtlanmasını sonuçlayan ve konusu itibarıyla suç oluşturan bir emrin ya da talimatın uygulanması da mümkün değildir." (14. CD, 21.3.2013, 259/3060). Karar için bkz. **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 418, dpn. 601.

daha doğru olacaktır. O halde, hizmete ilişkin bir emir görünüşte suç teşkil etmiyorsa ve ast da bunun suç işlemek maksadıyla verildiğini bilmiyorsa, astın sorumsuzluğundan söz edilebileceği için, Anayasa ve TCK'daki bu istisnaları ***“hizmete ilişkin olan ancak açıkça suç teşkil etmeyen ve astın da suç işlemek amacıyla verildiğini bilmediği emirler”*** için geçerli sayabilmek mümkündür. Bir diğer ifadeyle, emrin konusu açıkça suç teşkil ediyorsa, ne olursa olsun yerine getirilmeyecek ve yerine getiren sorumluluktan kurtulamayacaktır⁷⁸⁶. Ancak emrin içeriğinin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi Anayasa m. 137/3 ve TCK m. 24/4 uyarınca kanun tarafından sınırlanıp itaat mecburiyetinin artırıldığı hallerde ast içerik itibariyle hukuka uygunluğu araştıramadığı için, görünüşte suç teşkil etmeyen bir emri yerine getirdiği durumlarda, astın o olaya ilişkin özel bilgisi de değerlendirilerek, emrin suç işlemek maksadıyla verildiğini bilip bilmemesine göre bir ayırım yapılacaktır ve bilmediği takdirde sorumluluğu ortadan kalkacaktır⁷⁸⁷. Örneğin çatışma anı gibi emrin derhal yerine getirilmesi gereken durumlarda ast, emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilemeyebilir. Emrin açıkça suç teşkil etmediği böyle durumlarda, astın da emrin suç teşkil ettiğine ilişkin özel bir bilgisi yoksa AsCK m. 41 uygulama alanı bulur

⁷⁸⁶ Amirin verdiği emrin açıkça suç sayılıp sayılamayacağını takdir edebilmek için, zorunluluk hallerini, meşru savunma ve kanunun hükmünü yerine getirmeyi de göz önünde bulundurmak gerektiği, bu değerlendirmeler yapıldıktan sonra amirin verdiği emrin cezalandırılması gereken bir fiil olup olmadığı sonucuna varılabileceği, örneğin kanun tarafından silah kullanılabilmesini düzenleyen hallerde, silahını kullanması emredilen memura suç işlemek amacıyla emir verildiğinin söylenemeyeceği hakkındaki görüş için bkz. **ARASLI**, s. 36, 37.

⁷⁸⁷ **DURSUN**, s. 221, dpn. 36. *“Bir neferin diğer bir bataryaya verilmesi, kanunsuz hapis edilen neferlerin de serbest bırakılması hakkında tabur kumandanı tarafından verilen hizmete müteallik olduğu aşıkâr olan emirlerin hilafı kanun ve usul olduğu bahanesiyle ifasından imtina kaideten caiz olmamasına ve çünkü AsCK.nun 41.maddesi hükmünce hizmete müteallik verilen emrin gayri kanuni olup bir suç teşkil etmesi halinde, bu suçun işlenebilmesinden emri icra eden değil, belki emri veren amirin mesul tutulmasına...”*, (As. Yrg. GK., 30.07.1933, 788/940). Karar için bkz. **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 180, dpn. 30.

ve ast sorumlu olmaz⁷⁸⁸. Böylece mevzuatın kabul ettiği sınırlı sorumlulukta, hem objektif hem de sübjektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle, AsCK m. 41/3-B’yi bu şekilde yorumlamak gerektiğini düşünüyoruz⁷⁸⁹.

Konuyla ilgili olarak AsCK ek m. 8, ek m. 10 ve TCK m. 5 hükümlerinin ilişkisine yer vermek yerinde olacaktır. AsCK, TCK’ya göre özel bir kanun niteliği taşımaktadır. Ayrıca TCK m. 5’e göre; TCK’nın genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır. AsCK ek m. 8/1’de yer alan *“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 49uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.”* hükmüne göre AsCK m. 41/2 ve 3’ün zımnen ilga edildiği ifade edilmektedir. Nitekim ek m. 10’a göre; *“Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıluncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ... hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”* Bu düzenlemeler vasıtasıyla, AsCK’da genel hükümlere ilişkin bir düzenleme olsa bile, TCK’nın genel hükümlerinin uygulanmasının yolu açılmıştır. Ek m. 8 hükmüne göre; artık AsCK kapsamında bir suç işlendiği takdirde TCK’nın genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun istisnasını da ek m. 8’de sayılan hükümler oluşturmakta ve bu sayılan hükümlerin uygulanmasına devam

⁷⁸⁸ TSK İç Hizmet Kanunu m. 87’deki “Derhal Hareket Edilmesi Gereken Durumlar”da komutan sözlü ateş emri vermeye yetkilidir. O halde, bir çatışma esnasında komutan terörist olduğunu söyleyerek bir vatandaşa kasten ateş açılması emrini verir ve ast da hukuka uygunluğu denetleme imkânı sınırlandığı için o halin koşullarına göre bu emri uygularsa, AsCK m. 41 uyarınca sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

⁷⁸⁹ Tahir **TANER**, Ceza Hukuku, B. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953, s. 401; **GÜNAL**, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 154.

edilmektedir⁷⁹⁰. Bu nedenle sayılan istisnaların arasında yer almadığı için amirin emrini yerine getirme açısından AsCK m. 41'in de öneminin kalmadığı ve AsCK kapsamındaki suçlara da bu maddenin TCK'daki karşılığı olan m. 24/2, 3 ve 4'ün uygulanacağı ifade edilmektedir⁷⁹¹. Dolayısıyla TCK m. 24/3 gereği, hizmete ilişkin olsa dahi konusu suç teşkil eden bir emrin verilemeyeceği, verilmiş ise yerine getirilemeyeceği, yerine getirenin ise sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir⁷⁹². Ayrıca her ne kadar Anayasa m. 137/3 istisnai durumların kanunla gösterilmesini öngörmüş ise de, Anayasa'nın bu hükmünün kanunlarda bir karşılığının bulunmadığı da savunulmaktadır⁷⁹³.

Bir diğer görüş, AsCK m. 41'deki düzenlemelerin yine AsCK ek m. 8 ve ek m. 10 gereğince zımnen ilga edildiği ve bu tür emirlerin yerine getirilmesi halinde TCK m. 24'ün uygulanacağı fikrinin sorunu çözmede yetersiz kaldığını, nitekim TCK m. 24'ün de Anayasa m. 137'e paralel bir düzenleme olduğunu ve sorunun çözümü için

⁷⁹⁰ Çetin **ARSLAN** / Murat **KAYANÇİÇEK**, Suçta Tekerrür, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 238.

⁷⁹¹ **KANGAL**, s. 33; **DEMİREL**, M., s. 105; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 35.

⁷⁹² **KANGAL**, s. 150.

⁷⁹³ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 184. Emrin hukuka uygunluğunu denetleme olanağının askeri hizmetin gereği olarak kanunla değil de İç Hizmet Yönetmeliği m. 33 ile engellenmesini Anayasa'ya aykırı bulan görüş için bkz. **KANGAL**, s. 150. Belirtmek gerekir ki Yargıtay, Balyoz Harekât Planı Kararı'nda, konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceğine dair kurala, askeri hizmetlerin görülmesi bakımından kanunla getirilen bir istisnanın bulunmadığını belirtmiştir: *"Konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceğine ve yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağına dair bu anayasal düzenlemenin istisnalarından birinin de 'askeri hizmetlerin görülmesi' olduğu ve istisnanın 'kanunla gösterilmesi' gerektiği anlaşılmaktadır. Sanıklara yüklenen suçun 'askeri hizmetlerin görülmesi' kapsamında bulunmadığı açıktır. ... Sanıklara yüklenen suç kapsamında oluşturulan yasadışı oluşumdaki emir verme konumlarının yetkili/salahiyetli bir merci olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Konu; Anayasamızın 137. maddesi bağlamında askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla getirilen istisnalar bakımından ele alındığında; ... Askeri Ceza Kanununun ek 8/1 maddesi uyarınca, 5237 sayılı TCK'nın genel hükümlerine dahil olan 24. maddesi hükmü Askeri Ceza Kanununda yer verilen suçlar hakkında da uygulanacaktır. İncelenen askeri mevzuattan da anlaşıldığı üzere, Anayasamızın 137. maddesinde yer alan 'Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz' şeklindeki hükme askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla getirilen bir istisna bulunmamaktadır."* (Y9CD, 9.10.2013, 9110/12351, UYAP).

mevzuattaki hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁹⁴. Öte yandan AsCK m. 41'in zımnen ilga edildiği fikrine karşı çıkan görüşe göre; maddenin, sorumsuzluğun istisnalarını göstermesi bakımından TCK m. 24/4'ü tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı ve iştirake dair ifadelerin haricinde TCK ile çatışma halinde bulunmadığı için, bu hükümle ilgili sınırlı olarak yürürlükte olduğu kabul edilmelidir. Nitekim TCK m. 24/4, emrin denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallere işaret ederek AsCK m. 41 ve PYSK m. 2/3 gibi hükümleri esas almaktadır⁷⁹⁵. Biz de bu görüşe katılarak, Anayasa ve TCK'daki istisna hükümlerin işaret ettiği AsCK m. 41'in yürürlükte olduğu fikrini savunuyoruz.

Burada tartışmalı bir konuya daha yer vermekte fayda vardır. Türkiye Roma Statüsü'ne taraf olduğu takdirde, iç hukuktaki maddi ceza hukuku normları Statü'dekine özdeş hale getirilmediği sürece, savaş suçlarına dair olarak AsCK ve TCK'daki hükümlere göre yargılama yapılacaktır. Benzer şekilde, bu suçlar bakımından amirin emrinin yerine getirilmesinde de Statü'deki koşullar uygulanamayacaktır⁷⁹⁶. Bu noktada AsCK ve Statü'nün arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlardan ilki astın sorumsuzluğu için aranan koşullara ilişkindir. Yukarıda açıklandığı üzere AsCK, amirinin hizmete ilişkin emrini yerine getiren astın sorumlu tutulabilmesi için kendisine verilen emrin sınırlarını aşmış olmasını veya emrin askeri veya adli bir suç amacını içeren bir fiile ilişkin olduğunu bilmesini aramaktadır. Oysaki Roma Statüsü, Birinci Bölümde detaylı bir şekilde açıklandığı üzere, astın sorumluluktan kurtulabilmesi için, emrin

⁷⁹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 304, dpn. 877.

⁷⁹⁵ DURSUN, s. 231.

⁷⁹⁶ Tartışmalar için bkz. ÖNOK, Rapor, s. 19, 20.

yerine getirilmesinin zorunlu olması ve astın emrin hukuka aykırılığını bilmemesinin yanı sıra, “*emrin açıkça hukuka aykırı olmaması*” koşulunu da kümülatif olarak aramaktadır. Dolayısıyla Roma Statüsü, yalnızca emrin suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilindiği hallerde değil, hukuka aykırılığın ast tarafından bilinmesi gerektiği durumlarda da sorumluluğun devam edeceğini kabul etmekte ve bunun tespitinde de objektif ölçütler devreye girmektedir. Oysaki -her ne kadar doktrinde ve kararlarda açıkça hukuka aykırılık ölçütüne sık sık göndermede bulunulsa da- AsCK m. 41 sadece, astın sorumsuzluğu için kendisine verilen emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi şeklinde sübjektif bir değerlendirme gerektiren bir şart aramıştır⁷⁹⁷.

Bir diğer sorun Roma Statüsü’nde yer alan istisnalara ilişkindir. Statü’nün 33. maddesinin 2. fıkrasında, soykırım suçu ile insanlığa karşı suçlar açıkça hukuka aykırı sayılmıştır. Böylece bu iki suç tipi bakımından amirin emri savunması hiçbir suretle kabul edilmemiştir⁷⁹⁸. Ancak AsCK, amirin emrini yerine getiren bakımından sorumsuzluğu kabul ederken herhangi bir istisnaya yer vermiş değildir ve bu suç tipleri bakımından da uygulanmaya müsaittir. Bu nedenle Roma Statüsü’ne taraf olunması durumunda AsCK m. 41 hükmünde değişikliğe gidilerek Statü ile uyum sağlanması ve savaş suçlarının ayrıca düzenlenmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ ÖNOK, Rapor, s. 62.

⁷⁹⁸ Bkz. “Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü” başlığı.

⁷⁹⁹ ÖNOK, Rapor, s. 62, 77.

bb. Kolluk Mevzuatındaki Düzenlemelerin Sorumluluğa Etkisi

Anayasa m. 137/3 ve TCK m. 24/4'ün belirttiği, hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerden ikincisi PYSK m. 2'de düzenlenmektedir. Bu madde ile konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin yazı ile yenilenmesi sonucu memurun sorumluluktan kurtulacağı, ancak konusu suç olan emirlerin yerine getirilmesi halinde ise sorumluluğun devam edeceği belirtildikten sonra, 3. fıkrada on üç bent halinde sayılan durumlarda⁸⁰⁰ *“yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.”* şeklinde bir hüküm getirilmiştir⁸⁰¹.

Bu hüküm açısından tartışmalı olan husus, on üç bent halinde sayılan durumlarda yalnızca memurun suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlere itiraz

⁸⁰⁰ “I – Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II – Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III – Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV – Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V – Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskün veya gayrimeskün yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII – Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için”

⁸⁰¹ Hafizoğulları'na göre, kanun bu hükmüyle bir yandan emrin yerine getirilmesini bir yandan da memuru teminat altına almıştır. Bkz. HAFIZOĞULLARI, “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi”, s. 573.

etmesinin mi engellendiği, yoksa konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği kuralına da bir istisna mı getirildiğidir.

Maddenin son hükmü, polisin, sayılan hallerde konusu suç olan emre uymak zorunda olduğu şeklinde yorumlanmaya elverişlidir⁸⁰². Ancak İkinci Bölümde açıklandığı üzere bir görüşe göre hüküm, konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceği kuralı ile ilgili olmayıp, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği kuralı on üç bent halinde sayılan hallerde de geçerliliğini korumaktadır⁸⁰³. Hükmün anlamı, sayılan hallerde, amir tarafından verilen sözlü emirlerin, *suç teşkil etmemek kaydıyla*, mevzuata aykırı görülse dahi yerine getirileceğidir. Bir diğer ifadeyle mutlak itaat, sadece konusu suç olmayan hukuka aykırı emirler bakımından getirilmiştir⁸⁰⁴.

Doktrindeki pek çok yazar yukarıdaki açıklamaları getirse de, PVSK m. 2/3'ün kapsamında, sadece konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emirler değil, aynı zamanda mutlak itaatin söz konusu olduğu ve hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kısıtlandığı hallerde emrin görünüşte suç teşkil etmediği, memurun da emrin suç teşkil ettiğini bilmediği emirlerin de yer aldığı savunulmaktadır⁸⁰⁵. Nitekim TBMM Adalet Komisyonu Raporu'nda da bu hükmün gerekçesi şu şekilde

⁸⁰² ALACAKAPTAN, s. 106.

⁸⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 96; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 210; ALACAKAPTAN, s. 106; SOYASLAN, s. 306.

⁸⁰⁴ DEMİRBAŞ, s. 274. Ayrıca bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 294. Benzer şekilde Özgenç bu durumu, “Hukuka aykırı emrin ancak yazılı olarak tekrarlanması halinde, mecburiyetin varlığı normatif olarak kabul edilmektedir. Bu kurala getirilebilecek istisna ile konusu suç teşkil etmemekle beraber, muhteva olarak hukuka aykırı olan bir emrin yerine getirilmesi için yazılı tekrar şartı aranmayabilmektedir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, m. 2, f. 3 hükmü, bu istisna çerçevesinde mütalaa edilmelidir.” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, s. 410.

⁸⁰⁵ DEMİREL, M., s. 94; GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, s. 182.

ifade edilmiştir: “Polisin yetkili amirleri tarafından verilecek emri derhal yerine getirmeleri görevlerinin önemi ve ivediliği noktasından ileri geldiğinden emre ilişkin genel kurallar polis görevlerinde geçerli olamaz. Ancak, **polis amirlerinin vereceği bir emrin sarih ve fahiş bir surette kanunsuzluğu anlaşılabilir hususlardan olmaması pek doğal olup, maddeye ilave edilen fıkra ile bu kabil açık surette takdiri mümkün olan kanunsuzluklardan dolayı mahza amirden verilmiş diye teveccüh edecek kanuni mesuliyetlerden polisin mutlak surette beri olacağı kastedilmemiştir.**”⁸⁰⁶ PVSK m. 2/3’te yer alan istisna ile amirin verdiği, “hukuka aykırı olmakla beraber suç teşkil etmeyen” ya da “suç teşkil ettiği görünüşte belli olmayan (açıkça suç teşkil etmeyen)” bir emri yerine getiren kolluk görevlisinin sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir⁸⁰⁷. Burada dikkati çeken bir husus, sorumsuzluk için, AsCK m. 41’deki gibi, emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilinmemesi şeklinde sübjektif bir değerlendirme gerektiren bir koşulun getirilmemiş olmasıdır. PVSK, m. 2/3, sayılan haller bakımından mutlak bir sorumsuzluk getirmiş gibi görünmektedir⁸⁰⁸.

Kanaatimizce, Anayasa m. 137/3 ve TCK m. 24/4, mutlak itaatin benimsenip hukuka uygunluk denetiminin kısıtlandığı hallerde verilen tüm emirleri kapsamaktadır. Böylece, hem konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler hakkında amirden tekrar yazılı emir istenemeyeceğine dair istisnalar hem de açıkça suç teşkil etmeyen ve astın da hukuka uygunluk denetiminin sınırlanmasından dolayı

⁸⁰⁶ Gereke için bkz. İlker Hasan **DUMAN**, “Kanunsuz Emir”, YD, C. 13, S. 1-2, Ocak-Nisan 1987, s. 50.

⁸⁰⁷ Ramazan Cengiz **DERDİMAN**, “Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkisinin Anayasal ve Yasal Dayanakları ve Boyutları”, Journal of Business Economics and Political Science, Vol. 2, No: 3, June 2013, s. 71.

⁸⁰⁸ **DURSUN**, s. 242.

suç teşkil ettiğini bilmediği emirler bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bir diğer ifadeyle, PVSK m. 2/3'te düzenlenen sorumsuzluğun sınırını açıkça suç teşkil eden emirler oluşturmaktadır. Bu nedenle, PVSK m. 2/3 kapsamında sayılan hallerde, emir, hukuka aykırı olup suç teşkil etmiyorsa yazılı tekrar isteyemeyen ve bunu yerine getiren kolluk memuru sorumlu olmayacağı gibi, görünüşte suç teşkil etmeyen ancak olayda suç teşkil eden durumlarda da kolluk görevlisinin sorumlu olmayacağı yönündeki görüşlere katılıyoruz. Nitekim bu düzenleme ile durumun icabından dolayı yerindelik ve hukuka uygunluk denetimi yapamadığı hallerde, emirde bir hukuka aykırılık görememesi ihtimaline karşılık, kolluk görevlisinin iyi niyeti hakkında fiili bir karine kabul edilerek böyle bir sorumsuzluk hali tanınmıştır⁸⁰⁹. Öte yandan hukuka uygunluk denetiminin engellendiği bu hallere ilişkin olan bir emir açıkça suç teşkil etmemekle beraber, kolluk görevlisi, amirinin kendisine verdiği emrin suç teşkil ettiğine dair bir bilgiye sahipse, bu emri yerine getirmemesi gerekir. Ancak fıkranın ele alınış şeklinden, hukuka uygunluk denetimi yapma imkânı olmayan astın, emrin suç teşkil ettiğini bildiği durumlarda dahi sorumlu olmayacağı yorumu yapılabilmektedir. Böyle durumlarda sorumluluğun devam etmesi gerektiği ve PVSK m. 2/3'teki düzenlemenin kolluk görevlisine mutlak bir sorumsuzluk sağlamayacağı kanaatindeyiz.

⁸⁰⁹ *Erem/Danışman/Artuk*, bazı hizmetlerin nitelikleri gereği astın üstün emrini tartışmasının mümkün olmadığını ve bu hizmetlerin, derhal ve aksamadan yerine getirilmesi gereken faaliyetlere ilişkin olduğunu, bu nedenle derhal yerine getirilmesi gereken emirlerden doğabilecek sorumluluğun emri verene ait olacağını ancak bu mutlak itaatin de konusu açık biçimde suç oluşturan emirlere kadar genişletilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **EREM/DANIŞMAN/ARTUK**, s. 562, 564.

2. Konusu Suç Teşkil Eden Emirlerin Hukuki Niteliği

Hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerdeki sorumsuzluğun hukuki niteliğini açıklamada temel olarak iki görüş ortaya atılmıştır. Sorumluluğun istisnası halini kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edenlerin yanı sıra, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edenler de vardır⁸¹⁰.

Sorumsuzluğun hukuki niteliğinin kusurluluğu kaldıran neden olduğunu savunanlar kendi içinde farklılaşarak, bunu, zorunluluk hali, tehdit, hüsnüniyet, hukuki bir zorunluluk ve hata ile açıklamaya çalışmışlardır⁸¹¹. Zorunluluk hali ile açıklayanlara göre; amirinin suç teşkil eden emrini yerine getiren memurun iradesi, emri yerine getirmesi doğrultusunda zorlanmaktadır. Çünkü aksi halde kendisine kötülük yapılabilmesi veya ceza tehdidi ile karşılaşabilmesi ihtimali vardır. Amirin emrinin yerine getirilmesinde mutlak itaat teorisini benimsemiş olanlar, emri yerine getirenin irade serbestisinin olmadığını, emrin tehdit altında yerine getirildiğini savunmuşlardır. Hüsnüniyetle açıklayanlara göre; memurun iradesi, kanunda suç olarak düzenlenmiş bir emri yerine getirmeye değil, sadece amirinin vermiş olduğu emri yerine getirmeye yöneliktir. Bu noktada emrin açıkça hukuka aykırı olmasıyla görünüşte hukuka uygun olması halleri birbirinden ayrılmıştır. Hukuki zorunluluk hali

⁸¹⁰ İtalyan ceza hukukunda hukuka uygun ve hukuka aykırı emirler arasında katı bir ayrım yapılarak emri denetleme yükümlülüğünün olup olmamasına göre ayrı düzenlemelere yer verilir. Hukuka uygunluk denetiminin yapılabildiği hallerde suç teşkil eden emirleri yerine getiren memur sorumlu olmaya devam eder, nitekim hukuka aykırı emirlere uymama yükümlülüğü vardır. Bu konuda fiili hataya düşmesi halinde ise sorumluluktan kurtulacaktır. Polisler ve askerlerdeki hiyerarşik ilişkilerde emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi engellendiği için, bu hallerde hukuka aykırı bağlayıcı emirler ortaya çıkmakta ve memur sorumluluktan kurtarılmaktadır. Bu sorumsuzluğun hukuki niteliği konusunda da hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni olarak görüşler ileri sürülmektedir. Hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunanlara göre burada emre derhal itaatteki yarar, ceza normuyla korunan yarardan daha üstün görülmüş ve kişisel bir hukuka uygunluk nedeni yaratılmıştır. Mazeret nedeni olarak kabul edenlere göre ise, itaat yükümlülüğü dolayısıyla psikolojik baskı altında olan astın hukuka uygun davranması engellenmekte ve bir mazeret nedeni ortaya çıkmaktadır. Bkz. **DURSUN**, s. 224.

⁸¹¹ Açıklamalar için bkz. **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 40-46.

ile açıklayanlara göre; memurun irade serbestisi ortadan kaldırılmıştır ancak bunun ortadan kalkmasına sebep olan, fiilî zaruret hali değil hukuki zaruret halidir, çünkü görevi gereği buna itaat etmeye hukuk tarafından zorlanmaktadır. Hukuki niteliği hata ile açıklayanlara göre ise memur, emrin meşruluğunda veya bağlayıcılığında hataya düşer ve bu nedenle kusuru ortadan kalkar.

Amirin konusu suç olan emrini yerine getiren memurun sorumsuzluğunu hukuka aykırılık unsurunun bulunmayışıyla açıklayanlar ise, tıpkı suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirdeki gibi, amir ile emri yerine getiren memurun fiilleri arasında bir ayrım yaparlar. Buna göre, memur bakımından emrin meşruiyetini kontrol hakkının kaldırılıp mutlak itaatin benimsendiği durumlarda, hukuk düzeni tarafından tanınan ödev gereği olarak, emri yerine getirenin hareketinin meşru olduğu kabul edilir. Böylece memura itaat ödevi yükleyen kural, memurun hareketiyle ihlal edilen değeri koruyan kurala bir istisna teşkil eder. Her ne kadar amir, böyle bir emir vermeyi yasaklayan maddeye aykırı harekette bulunup suç işlese de, emrin konusu açıkça suç teşkil etmiyorsa, memur itaat görevini yerine getirdiği için, hukuk düzeni tarafından istenen ve onaylanan bu hareketi hukuka uygundur⁸¹².

Açıkça suç teşkil etmeyen ve hukuka aykırılığı derhal anlaşılamayan emirlerde, amirinin verdiği emirlerin hukuka uygun olacağı inancıyla hareket eden memur, emrin olayda suç teşkil ettiğini bilecek durumda olmayabilir. Bir görüşe göre; böyle bir durumda kanun mutlak itaati öngörüp, memura emrin içerik bakımından hukuka

⁸¹² GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 49. Burada bölünmüş bir hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılması neticesinde, amirin dolaylı fail olarak sorumlu olacağı ve fiil dış ilişkiler bakımından hukuka aykırı kalmakla beraber, ifa eden memur bakımından, iç ilişkideki itaat zorunluluğu nedeniyle, hukuka uygunluk nedeni meydana geleceği görüşleri ileri sürülmüştür. Bkz. DURSUN, s. 215, 216. Akyazan, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı hallerde, görünüşte suç teşkil etmeyen emirlerin yerine getirilmesi durumunda bir görevin ifasının söz konusu olduğunu ve astın fiilinin hukuka aykırı olmadığını belirtmektedir. Bkz. AKYAZAN, s. 83; SOYASLAN, s. 380.

uygunluğunu denetleme yetkisi tanımadığı için, memur aldığı emri tereddüde düşse dahi yerine getirmek zorunda olup, emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmiyorsa, bu esaslı fiilî hatasından dolayı sorumlu olmayacaktır⁸¹³. Bu nedenle örneğin, TSK İç Hizmet Kanunu m. 14 uyarınca memurun hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisi sınırlandırıldığı için, görünüşte suç olmayan bir emrin olayda suç teşkil edeceğini bilmesi kendisinden beklenemeyeceğinden, AsCK m. 41/3-B'deki istisna niteliğindeki hükme yer verildiği söylenebilecektir. Bunun sonucunda, konusu suç teşkil etmekle birlikte hizmete ilişkin olan ve suç işletmek maksadıyla verildiği kendisince bilinmeyen bir emri yerine getiren memura, CMK m. 223/3-b uyarınca *“yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle ... işlenmesi”* nedeniyle kusurunun bulunmamasından dolayı ceza verilemeyecektir.

Bu noktada bir diğer görüş ise, bir emrin yerine getirilmesi suç teşkil ediyorsa, böyle bir kanuni mazeret sebebine gerek olmadığını, zira kanunsuz emir iyi anlaşıldığı halde yerine getirilmiş ise bunun bilerek ve fakat baskı altında olmaktan dolayı zaruret halinde işlendiğini; anlaşılamamış ise hata sebebiyle işlenmiş olduğunu savunmaktadır⁸¹⁴.

Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi ile ilgili TCK m. 24/3 ve 4'ün düzenlenme yerlerinin hatalı olduğu da doktrinde savunulmuştur. Bu görüşe göre; bu iki durum esasında bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp, kusuru etkileyen hata

⁸¹³ Böylece *Demirbaş* söz konusu sorumsuzluk halinin esasını fiilî hata ile açıklamaktadır. Bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 273, 274. Ayrıca bkz. **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrinin İfa, s. 58.

⁸¹⁴ **EREM/DANIŞMAN/ARTUK**, s. 560.

kurumu ile ilgilidir ve hatayı düzenleyen hükümler arasında yer almalıdır⁸¹⁵. Ancak başka bir görüşe göre; görünüşte hukuka uygun ancak olayda suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinde astın hataya düşmesinden söz edilemez, çünkü astın emrin meşru olmadığını bilmemesi, kanun koyucunun emrin hukuka uygunluğunu denetleme imkânını sınırlamasından kaynaklanır⁸¹⁶.

3. Kanaatimiz

Amirinin tecrübesi ile mesleki bilgisine güvenen astta emrin hukuka uygun olduğuna yönelik bir algının oluşması mümkündür. Özellikle askeri hiyerarşi içinde eğitim görmüş bir askerin ilk eğilimi de aldığı emre itaat etmektir. Astçoğu kez emrin içeriğini sorgulama eğilimi göstermemekte ve disiplin yaptırımları ile de itaat etmeye zorlanmaktadır. Öte yandan silahlı çatışma anlarında astın içinde bulunduğu birime bağlılığı daha da artmakta ve meşruluk denetiminin yapılması neredeyse imkânsızlaşmaktadır⁸¹⁷. AsCK m. 41 ve PYSK m. 2/3'teki gibi hukuka uygunluk denetiminin kısıtlandığı hallerde ast, emri gecikmeksizin ifa etmekle yükümlü olduğu için, bu koşullar altında suç teşkil eden bir emri de bilmeden yerine getirmiş olabilir. Her ne kadar konusu suç teşkil eden emirler ast bakımından bağlayıcı olmasa dahi, hukuka uygunluk denetiminin engellendiği böyle hallerde bağlayıcı bir emrin

⁸¹⁵ Ayrıca emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından değil de fiilen bir kimse tarafından engellenmesi halinde, m. 30/1 ve 30/4'teki hata hallerinin dikkate alınarak uygulama yapılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **ÜNVER**, s. 62, 63.

⁸¹⁶ Dolayısıyla emrin açıkça suç teşkil etmediği ve içeriğinin denetlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, astın bilgisi olduğu halde, denetleme imkânının olmamasından bahisle hatasının kaçınılmaz olduğu gerekçesi ileri sürülebilecektir. Bkz. **DURSUN**, s. 240; **DEMİREL, M.**, s. 164.

⁸¹⁷ **GÜNEYSU**, s. 13.

varlığından söz edilebilecek ve bu emrin neticesinde bir suçun işlenmesi söz konusu olabilecektir⁸¹⁸.

AsCK m. 41/3 astın sorumsuzluğunu, emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmemesi şartına bağlarken, PVSK m. 2/3 herhangi bir koşul getirmeksizin, saydığı on üç halde verilen emirlerin derhal yerine getirileceğini ve bundan yalnızca amirin sorumlu olacağını düzenlemiştir. Hukuka uygunluk denetiminin yapılamadığı haller bakımından AsCK m. 41/3'te sınırlı bir sorumluluk benimsenmişken, PVSK m. 2/3'te mutlak sorumsuzluğun, bir diğer ifadeyle amirin sorumluluğunun tercih edildiği görülmektedir⁸¹⁹. Ancak her ne kadar PVSK m. 2/3, sorumluluk için, emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilinmesi gibi sübjektif değerlendirme gerektiren bir koşul aramamış ve mutlak sorumsuzluğu benimsemiş olsa da, açıkça suç teşkil eden emirler ile suç işlemek amacıyla verildiği bilinen emirlerin yerine getirilmemesi gerekir. Bu nedenle hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde dahi, emrin suç teşkil ettiği, astın niteliklerini taşıyan herhangi bir kimse tarafından anlaşılabilecek durumdaysa, bu emri yerine getiren astın sorumluluğu devam etmelidir.

Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerde, hukuka aykırılığın amire bildirilmesi ve amirin bu emri yazılı olarak yenilemesi durumunda memurun bu emri yerine getirmesi, başta Anayasa olmak üzere PVSK ve DMK'da bir görev olarak memura yüklenmiştir. Bu açık düzenlemeler gereği, koşulları gerçekleştiği takdirde, suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bir emri yerine getiren memurun fiilinin hukuka

⁸¹⁸ DURSUN, s. 240.

⁸¹⁹ BOZBAYINDIR, s. 125-128; DURSUN, s. 242.

uygun hale geleceğini kabul ettiğimizi belirtmiştik. Ancak hiçbir kanun maddesi, konusu suç olan bir emri yerine getirmesi konusunda memura bir görev yükleyemez⁸²⁰. Artık amirin ve memurun fiilleri suç teşkil etmektedir⁸²¹. Bu nedenle konusu açıkça suç teşkil etmeyen bağlayıcı emirlerin yerine getirilmesinde sorumluluğun ortadan kalkması hali bakımından hukuka aykırılık değil, kusurluluk bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır.

Amirin emrinin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olarak sınırını, emrin konusunun suç teşkil etmesi oluşturur. Bu nedenle emrin konusu suç teşkil etmediği sürece, görev gereği yerine getirilmesi gereken bağlayıcı emirler memur bakımından bir hukuka uygunluk nedeni yaratır. Nitekim hukuka aykırı olsalar dahi, bunların yerine getirilmesi gerektiği kanun tarafından memura bir görev olarak yüklenmiştir. Öte yandan, emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde kural, bu emri yerine getiren memurun sorumlu olması iken, failin mutlak sorumluluğu benimsenmemiş ve bu sorumluluğun, belli koşulların varlığı halinde ortadan kalkabileceği kabul edilmiştir. Bu koşullar (AsCK m. 41 bakımından) emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilinmemesi ile mevzuatta açık bir biçimde düzenlenmese de, emrin açıkça suç teşkil etmemesidir. Belirtmek gerekir ki, astın, konusu açıkça suç teşkil eden bir emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmemesi bir önem arz etmez ve böyle bir emri yerine getirmesi halinde sorumluluğu her zaman devam eder.

⁸²⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 241.

⁸²¹ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 57.

Düzenlemelerden yola çıkıldığında, Türk hukuk sisteminde konusu suç teşkil eden emirler bakımından sınırlı sorumluluğun benimsendiği söylenebilir. Bu sınırlı sorumluluk neticesinde, astın fiili hukuka uygun hale gelmemektedir. Ast emrin içeriğini denetleyemediği için, görünüşte hukuka uygun ancak olayda suç teşkil eden bir emri bilmeden yerine getirdiğinden, kusuru ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla bu durum, amirin emrinin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olmasını engellememekte, yalnızca, suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmeyeceği kuralı ile bu hukuka uygunluk nedenine bir sınır getirilmektedir. Bu sınırın ötesine geçildiğinde ise, konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast mutlak bir şekilde sorumlu tutulmamakta ve kanunun aradığı koşulların varlığı halinde sorumsuz olmaktadır. Mutlak itaatin arandığı ve emrin açıkça suç teşkil etmediği hallerde, ast, emri denetleme imkânı bulamamakta ve derhal hareket etmek zorunda kalmaktadır. Emredilen fiili gerçekleştirmek isteyen ancak bunun olayda suç teşkil ettiğini bilmeyen astın bu konudaki bilgisizliği, iradesinin oluşumu üzerinde etkili olup kusurunu ortadan kaldırmakta ve CMK m. 223/3-b uyarınca hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmesi nedeniyle kendisine sorumluluk yüklenememektedir⁸²². Emrin açıkça hukuka aykırı olmaması, sübjektif ve objektif bilmeyele ilgili bir değerlendirme gerektirdiğinden ötürü, amirin emri konusuna hata açısından yaklaşmaktadır. Örneğin yaklaşan bir askeri araca saldırıda bulunma emrini alan askerin, amiri tarafından yanlış yönlendirilip, hukuka uygun bir emri yerine getirdiği inancıyla askeri araç düşüncesiyle sivil bir araca ateş etmesi halinde, durum

⁸²² Astın, verilen emirden dolayı baskı altında bulunması ve denetim imkânı olmaması nedeniyle de derhal karar vermesinin gerekmesinin, kusurluluğunu etkilediğine dair görüş ve tartışmalar için bkz. **DURSUN**, s. 219, dpn. 30.

böyledir⁸²³. Görünüşte suç teşkil etmeyen böyle bir emri yerine getiren astın sorumsuzluğu, emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmemesini gerektirdiği için, emrin hukuka uygunluğunun araştırılmasının engellendiği bu haller bakımından istisnai olarak düzenlenen ve kusuru ortadan kaldıran bu durumun fiilî hatanın bir görünümünü oluşturduğu görüşlerine katılıyoruz.

III. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE HATA

Memurun, yerine getirdiği emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi, bu konuda hataya düşmesi, Anayasa'nın 137. maddesinde düzenlenen, kanunsuz emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı kuralının istisnalarından birini oluşturur⁸²⁴. Kendisine verilen emrin biçimsel ve maddi bakımdan meşruiyetini araştırma ödevi bulunan ancak bunu yapmadan hukuka aykırı bir emri yerine getiren memurun sorumluluğu devam eder. Memurun, emrin hukuka aykırı olduğu hususunda haklı görülebilecek bir hatasının söz konusu olduğu hallerde ise sorumluluk açısından ayrı bir değerlendirmenin yapılması gerekir.

Kural olarak iradenin oluşum sürecine etki eden hata, maddi veya normatif dünyaya ilişkin bir şeyin veya bir gerçekliğin olduğundan farklı algılanması veya değerlendirilmesi olarak tanımlanır. Bilmeme, bir şey hakkında bilgi sahibi olunmamasını veya eksik bilgi sahibi olunmasını ifade ederken; hata, eksik veya yanlış

⁸²³ GÜNEYSU, s. 103, 104. *Güneysu*, uluslararası ceza hukukunda, amirin emrini yerine getirmenin sorumluluğu ortadan kaldırabilmesi için emrin hukuka aykırılığının bilinmemesi ve bilinmesinin de gerekmemesi şartlarının aranmasından yola çıkarak; burada esasında hatanın özel bir türünün var olduğunu savunmaktadır. Yazara göre amirin emri tek başına bir savunma olarak kabul edilemez ve ancak fiili hata, hukuki hata ve tehdit ile zorlama hallerinin özel bir hali olarak kabul edilebilir. Bkz. GÜNEYSU, s. 162-171.

⁸²⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 91; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 417.

olan bilginin yol açtığı kanıyı ifade etmektedir⁸²⁵. Ceza hukukunda hata, fiil üzerinde ve kural üzerinde olmak üzere iki türdür ve iki hatanın psikik etkileri farklıdır. Kast, tipik maddi fiilin hukuka aykırılığının değil, doğrudan bu fiilin bilinmesi ve istenmesi olduğundan, hata da fiil üzerinde ve hukuka aykırılık üzerinde olup olmamasına göre kastı kaldıracak veya kaldırmayacaktır⁸²⁶. Böylece hukuka uygunluk nedenlerinde hata da, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının gerçekleştiği konusunda veya hukuk düzeni tarafından kabul edilmemiş bir hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyeti üzerinde olabilecektir⁸²⁷. Buna bağlı olarak emrin yerine getirilmesinde hata da farklı şekillerde ortaya çıkabilecektir. Emri yerine getiren, verilen emir üzerine gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda hataya düşebilir veya meşru bir emirde bulunması gereken şartların tamamının gerçekleştiğini düşünebilir⁸²⁸. Bu ihtimallerde emri yerine getirenin sorumluluğunun ne olacağı belirlenmelidir.

A. HUKUKİ HATA

Hukuki hata ya da kural üzerinde hata, duyu organları tarafından doğru olarak algılanmış olan bir gerçekliğin, normun bilinmemesi veya hatalı yorumlanması nedeniyle yanlış değerlendirilmesidir⁸²⁹. Hukuki hatada kişi, ceza normu tarafından

⁸²⁵ Devrim GÜNGÖR, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yay., Ankara 2007, s. 23; TOROSLU, s. 234; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 316.

⁸²⁶ TOROSLU, s. 236.

⁸²⁷ ÖNDER, s. 175.

⁸²⁸ Emrin meşruiyetinde hatanın sadece bağlayıcı olmayan emirler üzerinde söz konusu olabileceği, bağlayıcı emirler üzerinde astın kontrol hakkı olmadığı için emirleri yerine getirmek zorunda olduğundan dolayı, bu emirlerin meşruiyetinde hatadan söz edilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. PISAPIA, s. 142.

⁸²⁹ Toroslu'ya göre; "*Failin, ceza normu üzerindeki bir hata nedeniyle yasaklanmadığına ve dolayısıyla herhangi bir suçu oluşturmadığına inanmasına rağmen, gerçekte ceza normu tarafından yasaklanan*

yasaklanan fiili gerçekleştirmeyi istemekte, ancak bu fiilin suç olmadığını düşünmektedir. Failin, işlemiş olduğu fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklandığını bilmesine karşılık olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu düşünmesi, bir diğer ifadeyle fiiline hukuk düzeni tarafından izin veren bir normun bulunduğunu zannetmesi halinde de hukuki hatadan söz edilecektir⁸³⁰. Bu halde fail, davranışın zarar verici olduğunu ve kötü biçimde hareket ettiğini bilmekte ancak kendisine izin veren bir normun bulunduğunu düşünmektedir⁸³¹.

Kast, fiilin bilinmesi ve istenmesini gerektirdiği için, kişi, ceza normu tarafından yasaklanan bir fiili isteyerek gerçekleştirdiğinden, hukuki hatanın kasta bir etkisi olmaz ve sorumluluk ortadan kalkmaz⁸³². Nitekim TCK m. 4'e göre; "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*" Hata, hukuka uygunluk nedeninin özünü ilgilendiriyor ve fail, gerçekte mevcut olmayan bir hukuka uygunluk nedenini var sanarak hukuka aykırı hareket etmediğini düşünüyorsa, bu, hukuki hatadır. Ayrıca hukuka uygunluk nedeninin şartlarında düşülen hata da hukuki hata teşkil eder ve fiilin hukuka aykırılığını kaldırmaya etkili olmayan bir sebebi bu nitelikte sayan kimsenin hatası mazur görülemez⁸³³. Bu nedenle, amir tarafından verilen her emrin yerine getirilmesi halinde fiilin hukuka uygun hale geleceğini düşünen ve bu düşünceyle amirinin suç teşkil eden bir emrini yerine getiren (örneğin ifadesini aldığı şüpheliye

fiilin aynısı olan maddi bir fiili tasavvur ettiğinde, istediğinde ve gerçekleştirdiğinde, ceza kuralı üzerindeki bir hata söz konusudur." Bkz. **TOROSLU**, s. 236.

⁸³⁰ **KANGAL**, s. 137; **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 202.

⁸³¹ **TOROSLU**, s. 238.

⁸³² **DÖNMEZER/ERMAN**, C: 2, s. 314; **ÖNDER**, s. 343; **GÜNGÖR**, s. 25.

⁸³³ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2 , s. 24. Belirtmek gerekir ki bu durum hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleştiğine dair düşülen hatadan farklıdır. Nitekim bu halde hukuka uygunluk nedeninin şartları doğru olarak bilinmekte ve olayda gerçekleştiği sanılmaktayken, diğer durumda, esasında var olmayan bir şartın o hukuka uygunluk nedeninin kapsamında olduğu sanılmaktadır.

emir üzerine işkence yapan) polis memurunun hatası hukuki hata olup sorumluluğu kaldırmayacaktır. Söz konusu halde memur, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesini meşru zannetmektedir.

TCK m. 4'te yer alan bu kural mutlak anlamda kabul edilmemiş ve TCK m. 30/4'te düzenlenen *“İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”* hükmünün getirdiği fiilin haksızlığı konusundaki kaçınılmaz hata ile yumuşatılmıştır⁸³⁴. Böylece fail, işlediği fiilin meşru olduğunu düşünüyor, fiilin başka kimseler bakımından bir zarar veya tehlike doğurmadığını sanıyor ve içinde bulunduğu koşullarda bir yanlış yapmadığına inanıyorsa, hataya düşmede mazur görülecektir. Bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı ise, failin kişisel durumuna ve içinde hareket ettiği somut koşullara göre belirlenecektir⁸³⁵.

Memur, ancak amirin verdiği emrin icrasının haksızlık teşkil ettiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerse, TCK m. 30/4 uyarınca cezalandırılmayacaktır. Burada failin, emir üzerine gerçekleştirilen fiilin suç teşkil ettiğini bilmemesi önemli değildir, önemli olan fiilin haksızlık teşkil ettiği konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesidir⁸³⁶. Emrin açıkça suç teşkil ettiği durumlarda, yerine getirenin hatasının kaçınılmaz olduğundan söz etmek mümkün değildir. Örneğin bir birliğin komutanının, kışlanın önünden geçen herkese ateş edilmesi şeklinde verdiği ve içeriğinin suç teşkil ettiği

⁸³⁴ **TOROSLU**, s. 245.

⁸³⁵ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 319, 320.

⁸³⁶ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 86. Beşeri imkânlar içinde hatanın önüne geçilebiliyorsa, bu hata kaçınılamaz değildir. Hatanın kaçınılamaz olup olmamasında, failin kişisel durumuna, bilgi düzeyine, eğitimine ve içinde bulunduğu somut koşullara da bakılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 319. Astın, görevi ile ilgili olarak verilen emrin niteliğinde hataya düşmesinin ve suç teşkil eden bir emri yerine getirmesinin mazur görülemeyeceği hakkındaki görüş için bkz. **DEMİREL, M.**, s. 181.

açıkça belli olan bir emri yerine getirerek yoldan geçen birini öldüren askerin hatası, fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda esaslı ve kaçınılmaz bir hata teşkil etmez ve sorumluluğu kaldırmaz⁸³⁷. Ayrıca verilen emrin hukuka uygunluğunu araştırma yükümlülüğü altında bulunan ancak bunu yapmadan hataya düşen kişi kusurludur ve hatasının kaçınılmaz olduğundan söz edilemez⁸³⁸.

B. FİİLÎ HATA

Fiilî hata, duyu organları ile algılanabilen bir konunun veya bir gerçekliğin eksik veya yanlış, olduğundan başka bir şekilde algılanmasıdır. Dolayısıyla hukuki hatada işlenen fiilin cezai nitelendirilmesinde hataya düşülürken, fiilî hatada işlenen fiilin kanuni tipe uygunluğu hususunda hataya düşülür⁸³⁹. Kişi, suç sayılan fiili bilmesine karşın, ceza normu tarafından yasaklanandan başka bir fiili gerçekleştirdiğini düşündüğü için, failin gerçekleştirmek istediği fiille gerçekleştirdiği fiil birbirinden farklıdır ve bu hatası bilme unsuruna etki ederek kastı ortadan kaldırır⁸⁴⁰.

Fiilî hatanın ceza sorumluluğunu tamamen kaldırması için, esaslı ve kaçınılmaz olması gerekir. Fail, fiili işlediği sırada, fiilin unsurları hakkında bilgisizce veya yanlış ya da eksik bilgiyle hareket ediyorsa hatası esaslı; hataya düşme konusunda kendisine herhangi bir kınama yöneltilemiyorsa da hatası kaçınılmazdır.

⁸³⁷ DEMİRBAŞ, s. 272; DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 91.

⁸³⁸ DEMİREL, M., s. 180.

⁸³⁹ TOROSLU, s. 235-237.

⁸⁴⁰ GÜNGÖR, s. 25.

Öte yandan dikkatli ve özenli davranıyordu hataya düşmesinin önlenebileceği kabul edilebilirse, hatanın kaçınılabilir olduğu söylenebilecektir ve şartları varsa taksirli sorumluluk devam edecektir⁸⁴¹.

TCK m. 30/3'e göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler içinde, kanunun hükmünü icra, amirin emrini yerine getirme, meşru müdafaa, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra, cebir, tehdit, haksız tahrik gibi kusurluluğa etki eden nedenler ile yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, sarhoşluk ve uyuşturucu madde etkisinde olma gibi isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenler de bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinde fiilî hatada fail, kanuni tipe uygun bir fiilin meydana geldiğini bilmesine karşın, fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerden birinin maddi koşullarının olayda gerçekleştiğini sanmaktadır⁸⁴². Bu nedenle amirin emrinin yerine getirilmesinin maddi koşullarının gerçekleştiği konusunda hata da TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirilmelidir. Olayda amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartları gerçekleşmemesine rağmen, memur esaslı ve kaçınılmaz bir hataya düşer ve şartların gerçekleştiğini düşünerek esasında meşru olmayan bir emri yerine getirirse, TCK m. 30/3 hükümleri gereği sorumluluğu ortadan kalkar⁸⁴³.

Failin var olduğunu zannettiği durum gerçekte mevcut olsa idi, fail hukuka uygunluk nedeninden yaralanacak idiyse, bu fiilî hatası esaslıdır ve failin kastını

⁸⁴¹ GÜNGÖR, s. 55; ÖNDER, s. 345; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 320-322.

⁸⁴² GÜNGÖR, s. 62.

⁸⁴³ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 200.

kaldırır. Örneğin, göreve yeni başlayan polise amirinin bir evi araması yönünde emir vermesi durumunda, polis konutta arama için hâkim kararı gerektiğini bilmekle beraber, amirinin gerekliliğini aldığını sanarak esaslı ve kaçınılmaz fiilî hataya düşerse, konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmasına rağmen, polis memurunun sorumluluğu doğmayacaktır. Böyle bir durumda polis memuru, amirinin kendisine verdiği arama emrinin meşru olması için gereken şartları haiz olduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğü için kusuru ortadan kalkmaktadır⁸⁴⁴. Gerçeğine uygun şekilde taklit edilmiş sahte bir yakalama emrine dayanarak bir kimseyi yakalayan kolluk görevlisi de fiilî hata nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Nitekim yetkili bir merciin vermiş olduğu bir karara güvenerek hareket eden kişinin kusurlu olduğu söylenemeyecektir⁸⁴⁵. Sayılan hallerde memur, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarını doğru olarak bilmekte ancak bunların olayda gerçekleştiği konusunda hataya düşmektedir.

Polis memurunun bir kişinin yakalanması için amirinden emir alıp, (örneğin isim benzerliğinden dolayı) kişinin kimliğinde hataya düşerek müzekkerede yazılı olandan başka bir kimseyi yakaladığı varsayımında, hata olmasaydı ve polis memuru yakalama müzekkeresindeki kişiyi yakalamış olsaydı fiili hukuka uygun sayılacağından, böyle bir esaslı hata halinde fail mazur görülmelidir⁸⁴⁶. Benzer şekilde amirin yetkili olduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen memur, bu hatasından

⁸⁴⁴ **MAHMUTOĞLU**, s. 59; **DEMİRBAŞ**, s. 272. Benzer şekilde, hâkim kararı olmadan bir el koyma işlemini gerçekleştirmesi yönünde kolluk görevlisine amiri tarafından bir emir verilir ve bu emir yerine getirilirse, el koyma işleminin meşru olmayacağı ve hırsızlık, özel hayatın gizliliğini ihlal gibi suçların oluşabileceği ancak kolluk görevlisinin fiilî hatasının kastını kaldıracağı hakkındaki görüş için bkz. **DEMİREL, M.**, s. 184.

⁸⁴⁵ **TOROSLU**, s. 154; **ZAFER**, s. 305; **SOYASLAN**, s. 380; **ÖNDER**, s. 343. Kendisine verilen yakalama emrinde yer alan isim hatası yüzünden üçüncü bir şahsı yakaladığı vakit, polis memuru, emrin hukuka uygunluğu konusunda kaçınılmaz hataya düştüğü için mazur görülmelidir.

⁸⁴⁶ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 27, 28.

faaydalanmalıdır⁸⁴⁷. Belirtmek gerekir ki *Dönmezer/Erman*, bu mazur görme neticesinde failin fiilin hukuka uygun sayılması gerektiğini savunur. Yazarlara göre; kanunda yer alan bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşme şartlarında hataya düşülmüş ise, bu hata kusurlu olmadığı sürece, hukuka aykırılık oluşmayacak ve fail hukuka uygun hareket etmiş sayılacaktır⁸⁴⁸. CMK ise, böyle durumlarda fail hakkında m. 223/3-d uyarınca kusuru ortadan kaldıran hataya düşmesi nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini düzenlemektedir⁸⁴⁹.

TCK m. 30'un gerekçesinde, hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişinin işlediği fiilden kasten sorumlu tutulacağı ve hatasının temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağı belirtilmiş, hataya düşmede dikkatsiz ve özensiz davranan failin taksirli sorumluluğundan söz edilmemiştir⁸⁵⁰. Benzer şekilde amirinin verdiği emrin kanun ve nizamlara uygun bulunduğu zannıyla hareket eden kimse hem hareketi hem de neticeyi istediğinden, kişinin taksirli hareket ettiğinin söylenemeyeceği ileri sürülmüştür⁸⁵¹. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda gerçekleştiği hususunda hataya düşmekte dikkatsiz ve özensiz davrandığı için,

⁸⁴⁷ *CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT*, s. 285.

⁸⁴⁸ *DÖNMEZER/ERMAN*, C. 2, s. 24.

⁸⁴⁹ Düzenlemenin eleştirisi için bkz. *GÜNGÖR*, s. 105. Böyle bir durumda hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmiş sayılacağından, hukuka aykırılığın bulunmamasından ötürü fail hakkında CMK m. 223/2-d uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiği görüşü için bkz. *ZAFER*, s. 338.

⁸⁵⁰ Ancak failin hataya düşmede kusurlu davranması halinde kastından dolayı sorumlu tutulmasının fiil üzerinde hatanın niteliği ile çelişir bulunması hakkındaki görüş için bkz. *GÜNGÖR*, s. 70, 71; *TOROSLU*, s. 184.

⁸⁵¹ *DÖNMEZER/ERMAN*, C. 2, s. 25; *ÖNDER*, s. 178.

fiilin taksirli şeklinin öngörüldüğü hallerde, faili, genel hükümlere göre taksirli suçtan dolayı sorumlu tutmanın mümkün olduğu söylenebilecektir⁸⁵².

Amir fiilî hata neticesinde hukuka aykırı bir emir verir ve memur da bu emri, konusunun suç teşkil ettiğini bilerek yerine getirirse amir mazur görülebileceği halde memurun sorumluluğu devam edecektir⁸⁵³. Memur da fiilî hataya düşer ve amirin hata ile verdiği konusu suç teşkil eden emri yerine getirirse, her ikisinin de sorumsuzluğu söz konusu olabilecektir⁸⁵⁴. Ayrıca emri yerine getiren kusurlu olmasa da, hareketi tipe

⁸⁵² GÜNGÖR, s. 71, 72; TOROSLU, s. 184; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 322; İÇEL, s. 295-297; MAHMUTOĞLU, s. 59. İtalyan CK m. 59/3'e göre; "Fail cezayı ortadan kaldıran nedenlerin varlığını hata ile var sanmışsa, bu nedenler daima onun lehine olarak dikkate alınır. Ancak, taksirden doğan bir hata söz konusu ise kanunun fiili, taksirli bir cürüm olarak öngördüğü hallerde cezalandırılma imkânı ortadan kalkmış olmaz." Böylece hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hususunda taksirli olarak hataya düşen failin, suçun taksirli şeklinden sorumluluğu doğacak ancak fiil sadece kasıtlı işlenebiliyorsa, fail cezalandırılmayacaktır. Bkz. CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT, s. 284; DEMİRBAŞ, s. 266. Bu konuda 28.12.2011 tarihinde Şırnak ili Uludere ilçesinde 34 kişinin ölümü ile sonuçlanan hava operasyonu ile ilgili verilen takipsizlik kararına kısaca değinmek yerinde olacaktır. İnsansız Hava Araçları tarafından Irak'tan Türkiye sınırına yaklaşmakta olan kaçakçılık yapan kişilerin terörist oldukları sanılarak öldürülmesinde askeri savcılık, 06.01.2014 tarihli ve 2013/404 E., 2014/1 K. sayılı kararında bir korgeneral, bir tümgeneral, iki tuğgeneral ve bir kurmay albay rütbesinde toplam beş subay hakkında "Gerek şüphelilerin gerekse olayda görev yapan diğer TSK personelinin ..., kanunun emrini icra kapsamında hataya düştükleri dolayısıyla eylemleri hakkında kamu davası açılmasını gerektiren sebep bulunmadığı anlaşıldığından ... kovuşturmaya yer olmadığına" karar vermiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi ise mağdur ailelerinin takipsizlik kararına itirazlarını oyçokluğuyla reddetmiştir. Mahkeme heyetinin başkanı ise, kamu davası açılması için yeterli şüphe nedeni mevcut olduğundan, mecburilik ilkesi gereğince savcının dava açmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Başkan, kusurluluğun olup olmadığının yargılama sonucu ortaya çıkması gerektiğini ve kaçınılmaz hataya düşülüp düşülmediği hususunda karar verilebilmesi için salt genel ve hukuki bilgi yeterli olmayabileceğinden bahisle bilirkişi görüşünün alınması gerektiğini savunarak karşı oy kullanmıştır. Haber için bkz. <https://t24.com.tr/haber/askeri-hakim-roboski-icin-takipsizlik-kararina-neden-karsi-oy-kullandi,264406> (12.04.2015). Ölen 34 kişinin yakınlarının Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuru üzerine Adalet Bakanlığı bildirdiği görüşünde "Güvenlik güçleri, bir terör veya yakalama operasyonunda, henüz fiili saldırıyla karşılaşmamış olsalar bile AİHM Sözleşmesinin 2'nci maddesi 2'nci fıkrasındaki amaçları gerçekleştirmek için güç kullanabilirler. Ancak, bu durumda güç kullanmalarının o sırada geçerli gibi görünen sağlam sebeplere dayandığına dair samimi bir inançları bulunmalıdır. Daha sonra bir hata olduğunun anlaşılması, kullanılan gücü otomatik olarak haksız hale getirmez. Aksini düşünmek, devlete ve kanun adamlarına görevlerini yaparlarken, belki de kendilerinin ve diğerlerinin yaşamlarına zarar verebilecek gerçekçi olmayan bir külfet yüklemek olur. Bununla birlikte olayın içinde bulunduğu koşullar, güç kullanılmasını gerektiren makul bir inancın varlığını göstermelidir." şeklinde görevin yerine getirilmesinde kaçınılmaz hataya düşüldüğü kanaatine varmıştır. Bkz. Reşit Ant ve Diğerleri Tarafından Yapılan 2014/11864 No'lu Bireysel Başvuruya İlişkin Adalet Bakanlığı Görüşleri, par. 20.

⁸⁵³ GÜNAL, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 152.

⁸⁵⁴ GÜNAL, "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", s. 193. Bir diğer ihtimal de memurun, esasında suç teşkil etmeyen bir emrin suç teşkil ettiğini düşünerek yerine getirmekten çekinmesi hali,

uygun ve hukuka aykırı olduğu için, kişinin hareketine karşı meşru savunmada bulunulması mümkündür⁸⁵⁵.

IV. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE SINIRIN AŞILMASI

A. GENEL OLARAK

Memur emri yerine getirirken, kanunun veya amirin tayin ettiğı sınırı aşabilir⁸⁵⁶. Hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının aşılması halinde failin davranışı hukuka aykırı hale geleceğinden, görevin ifası hallerinden biri olan amirin emrinin yerine getirilmesinde de, emir ile işlenen fiil arasında orantı bulunmadığı takdirde, fiil sınırın aşıldığı oranda hukuka aykırı olacaktır. Sınırın aşılması farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden, emri yerine getirenin sorumluluğu, hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını aşma şekline göre belirlenmelidir. Memur, mücbir sebep nedeniyle sınırı aşabileceği gibi taksirle veya kasten de sınırı aşabilir⁸⁵⁷.

Sınırın aşılması TCK m. 27’de “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek*

yani emrin suç teşkil ettiğine ilişkin hatasıdır. Bu durumda amir, emrin başkası tarafından yerine getirilmesini isteyebileceği gibi, emri bizzat kendisi de uygulayabilir. Bkz. **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 92. Ayrıca böyle bir durumda AsCK m. 87’de düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar suçundan dolayı sorumluluk doğabilecekse de, memur hata hükümlerinden yararlanabilecektir.

⁸⁵⁵ **ÖNDER**, s. 368.

⁸⁵⁶ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 161. Hukuka uygunluk nedenlerinin tamamından geçerli olan ilkenin orantılılık olduğı ve eylemin kendisini hukuka uygun kılan gerekçelerle ölçülü olması gerektiğı hakkındaki görüş için bkz. **MAHMUTOĞLU**, s. 57.

⁸⁵⁷ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 137; **DEMİRBAŞ**, s. 324; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 474.

hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir⁸⁵⁸. Böylece TCK m. 27, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasını düzenleyerek hukuka uygunluk nedenlerinin yanında, kusurluluğu ve isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerle cezalandırılabilme şartlarında da sınırın aşılabileceğini kabul etmiş gibi görünmektedir. Ancak sınırın aşılması çatışma halindeki iki değer varlığını gerektirdiğinden, TCK m. 27’nin de dar anlamda hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilir⁸⁵⁹. Bu maddenin uygulanabilmesi için her şeyden önce, olaydaki hukuka uygunluk nedenine ilişkin şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Memur, sınırı aşmamış olsaydı hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecek olmalıdır. Bu nedenle emrin yerine getirilmesi bakımından, öncelikle ortada yetkili merci tarafından verilmiş ve görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emir bulunmalı, ancak bu emrin sınırları emri yerine getiren tarafından aşılmalıdır. Örneğin, havaya ateş etmesi doğrultusunda bir emir alan kolluk görevlisi dikkatsizlik, tedbirsizlik, acemilik gibi kusurlu bir hareketle sınırı aşar ve kalabalığa ateş ederse, sınırın taksirle aşılmasından söz edilebilir⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Mülga TCK m. 50 hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını düzenlerken “*selahiyettar makamın tayin ettiği hududu tecavüz etmek*” ifadesini tercih etmiş, ancak sınırın aşılmasında kast-taksir ayrımı yapmamıştır: “*49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya selahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça müretteb ceza altında birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir.*”

⁸⁵⁹ Nitekim kusuru etkileyen, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerde ya da cezalandırma şartlarında sınırın aşılmasının söz konusu olamayacağı hakkındaki görüş için bkz. **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 163; **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 474.

⁸⁶⁰ **GÜNAL**, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 161; **TOROSLU**, s. 183; **ÖNDER**, s. 247; **DEMİRBAŞ**, s. 324.

Tüm hukuka uygunluk nedenlerinin bir oran barındırması gerektiğinden, amirin emrinin yerine getirilmesinde de oranlılık kuralına uyulması gerekir⁸⁶¹. Sınırın aşılması kasıtlı, taksirli ya da kusursuz olabilir ve bunun tespitinde failin subjektif durumuna, içinde bulunduğu ruh haline bakılmalıdır. Fail, emrin sınırlarını bilinçli bir irade ile aşmışsa, sınırın aşılması kasıtlıdır. Gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek emrin sınırlara uygun şekilde hareket ettiğini düşünüp sınırı aşarsa, taksirlidir. Gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen verilen emrin sınırı aşmışsa, kusursuzdur⁸⁶². Bu son halde fail, bütün özeni göstermiş ancak öngörmesi veya önlemesi mümkün olmayan bir nedenden dolayı sınırı aşmışsa, sınırı aşma mücbir sebeple meydana gelmiştir. Sınırın mücbir sebeple kusursuz olarak aşılması halinde TCK m. 27 uygulanmaz ve fail sınırı hiç aşmamışçasına hukuka uygunluk nedeninden yararlanır⁸⁶³. Bu nedenle emri yerine getiren memur, kendisine verilen emrin sınırlarını mücbir nedenle aşmışsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak ve herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır.

Fail hukuka uygunluk nedenlerindeki sınırı kasten aşarsa, meydana gelen neticeden sorumlu olur ve işlediği suçun tam cezasıyla cezalandırılır. Böyle bir durumda da TCK'nın 27. maddesi uygulama alanı bulmaz ve fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz⁸⁶⁴. Nitekim emrin sınırları kasten aşıldığında yeni bir suç işlenmekte ve bunu hukuka uygun kılacak bir hukuka uygunluk nedeni veya mazur

⁸⁶¹ **HAFIZOĞULLARI**, “Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi”, s. 18.

⁸⁶² **TOROSLU**, s. 183.

⁸⁶³ **GÜNAL**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 162, 166; **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 138; **TOROSLU**, s. 184; **İÇEL**, s. 362; **MAHMUTOĞLU**, s. 57. Mücbir sebebin bulunduğu böyle durumlarda emri yerine getirene kusur isnat edilemeyeceği ve failin hukuka aykırılığının devam etmesiyle beraber failin kusurluluğunun ortadan kalkacağına ilişkin görüş için bkz. **ZAFER**, s. 335.

⁸⁶⁴ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 138; **TOROSLU**, s. 183.

görülmesini sağlayacak kusuru etkileyen bir neden de bulunmamaktadır⁸⁶⁵. Sınırın aşılması araçlarda değil de amaçta ise, fail hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını kasten aşmıştır. Bir kolluk görevlisi bir kimseyi yakalamak için emir alır ve bu emri yerine getirirken o kimseyi döver veya öldürürse, sınırın aşılması amaçtır ve olayda artık hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır⁸⁶⁶. Bununla birlikte, böyle bir durumda hukuka uygun bir emir veren amirin sorumluluğu bulunmamaktadır⁸⁶⁷.

TCK m. 27/1'in uygulanması için gereken ilk koşul olayda bir hukuka uygunluk nedeninin olması iken, ikinci koşul ise sınırın taksirle aşılmasıdır. Elbette failin sorumluluğunun doğabilmesi için, hukuka uygunluk nedeninde sınırının aşılması suretiyle işlenen suçun taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyor olması gerekir⁸⁶⁸. Sınırı taksirli aşmada fail, hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmakta ancak bunu bilerek ve isteyerek yapmamaktadır. Faile, sınırı aşmada dikkatsiz ve özensiz davranması nedeniyle, işlediği suç taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, suçun taksirli hali için öngörülen ceza indirilerek verilmektedir⁸⁶⁹. Örneğin direnişi kırmak için silah kullanma emrini alan kolluk görevlisi, tedbirsiz ve dikkatsiz bir şekilde

⁸⁶⁵ İÇEL, s. 364. Sınırın kasten aşılması durumunda esasında bir aşmanın söz konusu olmadığı ve bu halde kasten icra edilen bir fiilden söz edilebileceği hakkındaki görüş için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 383.

⁸⁶⁶ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 141; GÜNAL, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 165.

⁸⁶⁷ ERDOĞDU, s. 546.

⁸⁶⁸ İÇEL, s. 366, 367; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 382. Belirtmek gerekir ki TCK m. 27/1 tüm hukuka uygunluk nedenleri için, m. 27/2 ise sadece meşru savunma için sınırın aşılmasında sorumluluk halini düzenler. Bu nedenle sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan aşılması halinde faile ceza verilmeyeceğini düzenleyen TCK m. 27/2, diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanamaz. Bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 242, 243. Özellikle zor ve silah kullanımının söz konusu olduğu amirin emrinin yerine getirilmesi hallerinde de sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan aşılmasının söz konusu olabileceği ve bu nedenle m. 27/2'deki sorumsuzluk halinin sadece meşru savunma ile sınırlandırılmasına getirilen eleştiriler için bkz. ÜNVER s. 66; AKYAZAN, s. 94.

⁸⁶⁹ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 140; İÇEL, s. 364.

insanlara doğru ateş edip bazı kimselerin ölümüne veya yaralanmasına yol açarsa, TCK m. 27 gereği sorumluluğu söz konusu olur. Böyle bir durumda sınırın aşılıp aşılmadığı emrin niteliğine ve somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir. Kolluk görevlilerinin silah kullanmalarına imkân tanıyan görevin ifası hallerinde taksiri tespit ederken, görevin gerekleri ve görevlinin içinde bulunduğu ruh hali de göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁷⁰. Yargıtay, kolluk memurunun, silahını maktulün hayati önem taşımayan bölgesine yöneltmeyip kafasına doğru ateş etmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın kasten hareket edip etmediğinin tespit edilememesi nedeniyle, sınırın taksirle aşıldığına karar vermiştir⁸⁷¹. Ancak memurun emrin sınırlarını aşması taksire dayanmıyor ve fiilî hatadan kaynaklanıyorsa, sorumluluğu TCK m. 30/3'te düzenlenen hata hükümleri çerçevesinde belirlenmelidir⁸⁷².

TCK m. 27'nin uygulanabilmesi için gereken şartlardan biri, önceden de ifade ettiğimiz gibi hukuka uygunluk nedenindeki sınırın aşılması ile işlenen suçun taksirle işlenebilen suçlardan biri olmasıdır⁸⁷³. Böyle bir durumda failin alacağı ceza TCK m. 27/1'de yazılı oranlarda indirilir. Ancak failin sınırı aşmak suretiyle işlediği suç sadece kasten işlenebilen bir suç ise, TCK m. 27 uyarınca ceza alması mümkün değildir. Örneğin, emrin yerine getirilmesi esnasında kişinin malına zarar verilmesi halinde,

⁸⁷⁰ **DÖNMEZER/ERMAN**, C. 2, s. 141. Kolluk görevlilerinin aldıkları emir üzerine müdahalede bulunurken haklı bir nedenle paniğe kapılıp sınırı aşmaları halinde ise hukuka uygunluk nedeninden yararlanmaları ve görevi yerine getirmeleri nedeniyle hiçbir şekilde ceza almamaları gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **İÇEL**, s. 365.

⁸⁷¹ Yargıtay 1. CD'nin 18.6.1981 tarih ve 199/419 sayılı kararı için bkz. **İÇEL**, s. 365.

⁸⁷² **GÜNAL**, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 164; **DEMİRBAŞ**, s. 330. Kast olmaksızın bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının aşılmasının, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın bir görünüm şeklini oluşturduğunu, TCK m. 27/1'in hukuki niteliğinin hata ile açıklanması ve hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarındaki hata ile maddi şartlarındaki hatanın aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 290 vd.

⁸⁷³ **TOROSLU**, s. 183.

mala zarar verme suçu ancak kasten işlenebilen bir suç olduğu için, emri yerine getiren kişiye ceza verilmez ve fakat kişinin hukuki sorumluluğu devam eder⁸⁷⁴.

Askeri ceza hukukunda emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması iki halde ortaya çıkabilir. 477 sayılı Kanun'un (Disiplin Mahkemeleri Kanunu) 48. maddesine göre; *“Kast veya ihmâl ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir.”* Amirin emri hukuka uygun olmakla beraber, ast emrin sınırlarını aşarak bir suç işlerse, bütün sorumluluk yalnızca asta aittir ve böyle bir durumda işlediği suçun cezasının yanı sıra sınırı aşarak itaatsizlik ettiği için, 477 sayılı Kanun'un 48. maddesinden dolayı da sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin sorguya çekilecek bir erin getirilmesi emrini alan ast, eri getirirken onu dövecek olursa, AsCK m. 117'den dolayı cezai sorumluluğu doğacaktır⁸⁷⁵. TCK'nın genel hükümlerinin AsCK'daki suçlar hakkında da uygulanacağı düzenlemesine yer veren AsCK ek m. 8 hükmüne göre ise, TCK m. 27 uyarınca astın sınırı taksirle aşması halinde alacağı ceza maddede belirtilen oranlarda indirilecektir. Ast sınırı kasten aşıyorsa, işlediği suçun tam cezası ile cezalandırılacaktır. Bir diğer durum, AsCK m. 41/3-A'da düzenlenen ve bir suçun işlenmesine ilişkin olan emirlerde astın sorumluluğunu kabul eden haldir. Buna göre; hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emri veren sorumlu olacaktır. Ancak kendisine verilen emrin sınırlarını aşan ast da müsterek fail sıfatıyla sorumlu tutulacaktır. Bu maddede, astın sınırı kasten

⁸⁷⁴ DÖNMEZER/ERMAN, C. 2, s. 141.

⁸⁷⁵ ERMAN, Askeri Ceza Hukuku, s. 182. *“Madde 117 – 1. Madununu kasten itip kakan, döven veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suumamelde bulunulmasına müsamaha eden amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur.”*

veya taksirle aşmasında bir ayrıma gidilmemiştir ve her iki halde de asta suçun tam cezasının verileceği sonucu çıkmaktadır⁸⁷⁶.

Amirin verdiği emirler, üçüncü şahıslara karşı bir takım davranışlar gerektirip kişilerin menfaatlerine zarar verse bile, bu emirler hukuka uygun olduğu sürece üçüncü şahısların itaat mecburiyetleri vardır. Aksi halde TCK m. 265'te düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşabilir. Vatandaşların kamu görevlilerine ve emirlere itaat etme ödevleri olmakla beraber, amirin kendisine verilen yetkinin sınırlarını aşarak veya tamamen hukuka aykırı bir emir vermesi ve memurun bilerek veya fiilî hataya düşerek bu emri yerine getirmesi ya da hukuka uygun bir emir vermekle beraber memur tarafından icra edilirken emrin sınırlarının aşılması halinde, üçüncü şahısların böyle emirlere itaat ödevlerinin olmadığı ve mukavemet hakkına sahip oldukları kabul edilmiştir⁸⁷⁷.

Hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesine basit bir mukavemet dışında daha kuvvetli bir şekilde karşı koymak da belirli hallerde mümkün olabilir. Böyle bir durum, kişinin gerek kendisini gerekse bir başkasını ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtarmak şeklinde zaruret hali olarak ortaya çıkabileceği gibi, saldırıyı orantılı bir şekilde def etmek şeklinde meşru müdafaa olarak da ortaya çıkabilir. Her iki halde de önemli olan, hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmek için gereken tüm şartların bulunmasıdır. Karşı koyma hakkı üçüncü şahıslara sınırsız bir şekilde tanınmadığı için, memurun fiili ile karşı koyma arasında bir orantı bulunmalı ve karşı koyma memura derhal yönelmelidir. Üçüncü şahıs karşı koymada sınırı aşar ya da gerekli

⁸⁷⁶ **ERMAN**, Askeri Ceza Hukuku, s. 182.

⁸⁷⁷ **GÜNAL**, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 166-168.

koşullar oluşmadan direnirse, fiili suç teşkil edecektir⁸⁷⁸. Öte yandan emrin sınırlarının aşıldığı hallerde üçüncü şahısların haksız tahrik hükümlerinden faydalanması da mümkündür⁸⁷⁹.

B. ZOR VE SİLAH KULLANMA YETKİSİNDE SINIRIN AŞILMASI

Kişi veya eşya üzerinde vücut kuvveti, vücut kuvvetine yardımcı araçlar ve silah kullanılması anlamına gelen doğrudan doğruya zor kullanma, kademeli bir şekilde artan maddi güç uygulanmasıdır⁸⁸⁰. Kolluk görevlileri emniyet ve asayiş ile kamu düzenini korumakla görevli oldukları için, bu görevlerini icra ederken bir mukavemet veya saldırı ile karşılaşmaları halinde zor ve silah kullanma yetkisine sahiptirler. Ancak kolluk, bu yetkiyi kullanırken hukuk kuralları içinde hareket etmelidir. Kolluk, kanun ve nizamla uygun bir şekilde kişileri yakalamak ve çeşitli direnişleri kırmak maksadıyla, kendisine yönelen saldırıları etkisiz hale getirmek için zor kullanabilir⁸⁸¹. CMK m. 43, 44, 146 ve 176 gibi hükümlerde düzenlenen hallerde

⁸⁷⁸ GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 168, 169. Görevi yaptırmamak için direnmeyi düzenleyen TCK m. 265'e göre; "(1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. (4) Suçun, silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

⁸⁷⁹ Benzer şekilde emrin sınırlarını aşan memura hakaret eden kişinin TCK m. 129'da düzenlenen "haksız fiil nedeniyle hakaret" hükmü dolayısıyla cezası indirilebileceği gibi kişiye hiç ceza da verilmeyebilir: "(1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir. (2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez." Ayrıca bkz. GÜNAL, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 168.

⁸⁸⁰ Feridun YENİSEY, Kolluk Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2009, s. 107, 108.

⁸⁸¹ Cihan KOÇ, Kolluğun Adli Görevleri, Kartal Yay., Ankara 2002, s. 420.

kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen zorla getirme emrini ifa ederken, tanık, şüpheli veya sanığa karşı, bu kişinin gelmemek yönündeki direncini kırarak ölçüde zor kullanma yetkisine de sahiptirler⁸⁸². Böyle durumlarda usulüne uygun şekilde zor kullanılması kolluk görevlisi yönünden bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur⁸⁸³. Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi kimi durumlarda kanunun hükmünden kimi durumlarda ise amirin emrinden kaynaklandığı için⁸⁸⁴, zor ve silah kullanımında sınırın aşılması haline ayrıca yer vermekte fayda görüyoruz.

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi ile ilgili pek çok hukuki düzenleme bulunmaktadır. Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre; *“Zor kullanma; kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç*

⁸⁸² ÖZGENÇ, s. 303. **“Madde 44 – (1) Usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanıklar zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır. Madde 146 – (1) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/20 md.) Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145 inci maddeye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir. (2) Zorla getirme kararı, şüpheli veya sanığın açıkça kim olduğunu, kendisiyle ilgili suçu, gerektiğinde eşkâlini ve zorla getirilmesi nedenlerini içerir. (3) Zorla getirme kararının bir örneği şüpheli veya sanığa verilir. (4) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/20 md.) Zorla getirme kararı ile çağrılan şüpheli veya sanık derhal, olanak bulunmadığında yol süresi hariç en geç yirmidört saat içinde çağırılan hâkimin, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının önüne götürülür ve sorguya çekilir veya ifadesi alınır. (5) (Değişik: 6/12/2006 – 5560/20 md.) Zorla getirme, bunun için haklı görülecek bir zamanda başlar ve hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından, sorguya çekilmenin veya ifade almanın sonuna kadar devam eder. (6) Zorla getirme kararının yerine getirilememesinin nedenleri, köy veya mahalle muhtarı ile kolluk görevlisinin birlikte imzalayacakları bir tutanakla saptanır. (7) (Ek: 6/12/2006 – 5560/20 md.) Çağrıya rağmen gelmeyen tanık, bilirkişi, mağdur ve şikâyetçi ile ilgili olarak da zorla getirme kararı verilebilir.”**

⁸⁸³ M. Bedri ERYILMAZ / Ayhan BOZLAK, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, TBBD, S. 83, 2009, s. 229.

⁸⁸⁴ Devrim AYDIN, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, AÜ Yay., Ankara 2015, s. 145.

ve silah kullanılması halini” ifade eder. Buna göre zor kullanma, mağdurun bedenine zarar vererek acı doğuran davranışlar gerçekleştirme, bir diğer ifadeyle şiddet kullanılmasını ifade etmektedir⁸⁸⁵. Zor kullanma ile ilgili en önemli düzenlemelerden bir tanesi de PVSK m. 16’da yer alır. Buna göre; “*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*”⁸⁸⁶ Benzer şekilde JTGY de 38. maddesinde jandarmanın zor kullanma

⁸⁸⁵ İsmail Turgut **KILDAN** / Oktay **BAHADIR**, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, TAAD, Yıl: 3, S. 11, Ekim 2012, s. 210.

⁸⁸⁶ “**Madde 16** - (Değişik: 2/6/2007-5681/4 md.) Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

d) (Ek: 27/3/2015-6638/4 md.) Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldırın veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir.

Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

yetkisini düzenlerken, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 24'te de zor kullanma yetkisi ile ilgili hükümler yer almaktadır⁸⁸⁷.

PVSK m. 16/5'e göre polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Kolluk, karşılaştığı engel veya karşı koymanın derecesiyle orantılı olarak bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanabilme yetkisine sahiptir. Bu nedenle polis, ister doğrudan müdahalede bulunsun ve kanunun hükmünü icra etsin, ister amirinin emri doğrultusunda hareket etsin, direnişle eş zamanlı ve orantılı biçimde zor kullanmalıdır⁸⁸⁸. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler, müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir. Organize hareket edilmesi gereken bir durumda polise kendi başına değerlendirme yapma hakkının verilmesi halinde doğabilecek sakıncaları engellemek amacıyla böyle bir düzenleme getirilerek, birlikten sorumlu olan amirin

Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir."

⁸⁸⁷ "**Madde 38** – Jandarma kanun ve nizamla uygun olarak kişileri yakalama veya toplulukları dağıtma sırasında karşılaştığı direnmeleri kırmak, saldırıya yeltenen veya saldırıda bulunanları etkisiz duruma getirmek için zor kullanabilir.

Zor kullanmanın niteliği ve derecesi karşılaşılan direnme veya saldırıya göre değişmek üzere; yeterli biçimde ve nitelikte bedeni kuvvet, maddi güç ve şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanmayı kapsar.

Yakalanan kişinin kaçmasını önlemede, gözaltında bulundurulurken ciddi bir tehlike oluşturması ve özellikle birlikte bulundurulduğu kimseler ve personelin güvenliği için zorunlu görüldüğünde veya intihara kalkıştığı ve bu yolda hazırlıkta bulunduğu, bu davranışlarına engel olmak için; yakalanan kimsenin sağlığına zarar vermeyecek şekilde gerekli önlemler alınır.

Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereç seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana aittir. Bu konuda mülki amirin yetkileri saklıdır."

⁸⁸⁸ Direniş etkisiz hale getirmek için polisin kendi makul düşüncüsü ve tecrübesine göre kullanacağı aracı seçmesi ve direnişe oranla daha ağır bir araç kullandığını fark ederse seviyeyi düşürmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **DERDİMAN**, s. 47; **HAFIZOĞULLARI**, "Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi", s. 18.

yetkisi esas alınmış ve sorumluluğun yalnızca amire ait olması kabul edilmiştir⁸⁸⁹. Dolayısıyla zor kullanmanın derecesini, kullanılacak araç ve gereci kuvvetin amiri tayin ettiğinden, böyle durumlarda emredilen zorun derecesi ve kullanılan araç, direnme ve saldırı ile orantılı olmadığı takdirde, emri yerine getiren memur sorumlu olmayacaktır⁸⁹⁰. Nitekim polis memuru, emri altında bulunduğu amir tarafından emredildiğinde, doğrudan doğruya zor kullanmaya mecburdur. Ancak verilen emir kişi onurunu ihlal eder nitelikteyse veya göreve ilişkin değilse bu emri yerine getirme mecburiyeti yoktur⁸⁹¹.

Bir yürüyüşü dağıtmada olduğu gibi, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ve kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tespit edileceği için, amirin takdir ettiği sınırı aşan kolluk görevlisi hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşmış olacaktır. Örneğin, kolluk amiri yalnızca bedeni kuvvet kullanılmasını emreder ve kolluk görevlileri de bu emre uygun olarak kişileri etkisiz hale getirmek amacıyla müdahalede bulunurlarsa, amirin hukuka uygun emrini yerine getirdikleri için fiilleri hukuka uygundur. Elbette burada emrin hukuka uygunluğundan söz edilebilmesi için, amirin takdir ettiği zor kullanma derecesinin somut olayın şartları ile orantılı olması da gerekir. 21 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında yapılan *Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine 8. Birleşmiş Milletler Konferansı* tarafından kabul edilen ve kolluk kuvvetlerinin zor ve silah kullanımına açıklık getiren temel prensiplerin 4. maddesine göre; zor ve güç

⁸⁸⁹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 300.

⁸⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, “Polisin Zor Kullanma Görevi ve Yetkisi”, s. 20.

⁸⁹¹ YENİSEY, s. 108.

kullanımı en son yöntemdir⁸⁹². Polis, zor kullanmanın en son çare olup olmadığına ve orantılılık ilkesine dikkat etmeli ve zor kullanmadan önce kişileri, zamanında uzaklaşabilecekleri kadar önceden ikaz etmelidir⁸⁹³. Polisin direnenlere karşı koyarken araç ve gereç kullanmadan önce afiş ve pankartların elinden alınması veya oturma eylemi yapan kişilerin zorla kaldırılması gibi fiziki kuvvet kullanması gerekir⁸⁹⁴. Polisin zor kullanma yetkisinin aşamaları arasındaki orantılılık, maddi güç kullanımı esnasında da olmalıdır. İçişleri Bakanlığı Haziran 2013 tarihinde, göz yaşartıcı gazın kullanılmasından önce yüksek sesle uyarı yapılmasını, gazlı müdahaleden önce basınçlı su ya da boya veya biber gazı kapsülü atabilen ve orta mesafede etkili olan darbe etkili savunma tüfeği, gaz fişegi yerine de ses ve ışık fişegi ya da yüksek ses çıkartan diğer mühimmat kullanılacağını, gaz türü ve miktarının belirlenmesinde, olay yerindeki en üst rütbeli amirin yetkili ve sorumlu olacağını belirten bir genelge yayınlamıştır⁸⁹⁵.

Maddi güç araçlarının en hafif etki yaratanından en ağırına doğru kullanılması gerekir. Örneğin, bedeni kuvvet ile son verilebilecek bir direnişi kırmak için amirin basınçlı su kullanma emrini vermesi halinde, zor kullanmanın orantılı ve dengeli

⁸⁹² “Kanun adamları görevlerini yaparlarken, zora ve silaha başvurmadan önce mümkün olduğu kadar şiddet içermeyen araçları kullanırlar. Sadece başka araçların etkisiz kalması veya hedeflenen sonucun gerçekleşme ümidinin bulunmaması halinde zor veya silah kullanabilirler.” 5. maddenin (a) bendine göre ise; zor ve silah kullanımı kaçınılmaz hale geldiği zaman, suçun ciddiliğiyle ve gerçekleştirilmek istenen meşru amaçla orantılı bir ölçüde zor kullanılır. Bkz. Turan **GÜZELOĞLU**, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 67.

⁸⁹³ **YENİSEY**, s. 104, 105.

⁸⁹⁴ **ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE**, s. 293.

⁸⁹⁵ **BBC Türkçe**, Biber Gazı Kullanımı Konusunda Genelge, 27. 06. 2013, http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/06/130627_biber_gazi_genelgesi (01.04.2015). Biber gazının orantısız kullanımıyla ilgili olarak AİHM’in Türkiye’yi de mahkûm ettiği çeşitli kararları bulunmaktadır. Örneğin *Abdullah Yaşa ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no: 44827/08, 16.07.2013; *Aytaş ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru no: 49391/99, 10.01.2006. Bkz. **AYDIN**, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, s. 146, 147.

olduğu söylenemeyeceği gibi, bariyer kurma gibi fiziki engeller ile engellenebilecek bir direnişin cop ile bertaraf edilmesi halinde de maddi gücün orantısız kullanıldığı söylenebilecektir⁸⁹⁶. Ancak böyle durumlarda zor kullanma derecesini amir takdir ettiği için, sorumluluk ona ait olacaktır. PVSK m. 2’de sayılan on üç istisnai durumun varlığı halinde⁸⁹⁷ amir tarafından verilecek sözlü emirlerin yazılı tekrarı istenemeyeceği ve bu emirlerin derhal yerine getirilmesi gerektiği için, fiil açıkça bir suç teşkil etmediği sürece kolluk görevlisinin sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşın, toplu olarak hareket edilen durumlarda, kuvvet kullanmanın şartları hiç oluşmamışsa ve amir buna rağmen zor kullanma emri vermişse, verilen bu emir açıkça suç teşkil ettiği için emri yerine getiren kolluk görevlileri de sorumlu olacaklardır⁸⁹⁸. Öte yandan amirin olayın koşullarıyla orantılı şekilde verdiği müdahale emrinde kolluk görevlisi sınırı aşarsa, örneğin bedeni kuvvet kullanma emrini alan kolluk görevlisi maddi güç kullanırsa, hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemeyecektir.

Zor kullanılmasına neden olan amaca ulaşıldığında eyleme derhal son verilmesi gerektiği için, amaca ulaşıldıktan sonra yapılan zor kullanma da hukuka uygunluk nedeni içinde değerlendirilmeyecektir⁸⁹⁹. Benzer bir durum, verilen emir doğrultusunda hareket etmekle birlikte aracın kullanım tarzında ortaya çıkabilir. Örneğin gazlı müdahalede bulunan kolluk görevlileri, gaz fişliğini atarken kullanım kurallarına uygun şekilde (doğrudan hedef gözetmeksizin, havaya doğru 45 derecelik

⁸⁹⁶ KILDAN/BAHADIR, s. 202; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 294.

⁸⁹⁷ Örneğin toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlar “IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için” veya “XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için” ortaya çıkabilir.

⁸⁹⁸ ERYILMAZ/BOZLAK, s. 230.

⁸⁹⁹ ERYILMAZ/BOZLAK, s. 229; KILDAN/BAHADIR, s. 203.

açıyla) hareket etmek yerine, hedef gözeterek yere paralel atış gerçekleştirdikleri ve bu şekilde bir kimsenin yaralanmasına neden oldukları takdirde, hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşmış olacaklardır. Benzer şekilde, verilen emir üzerine bedeni kuvvet kullanırken direnişte bulunana karşı direnişi kıracak ölçünün ötesinde tekme, tokat, yumruk atılması veya kişinin yerde sürüklenmesi de görevin gerektirdiği ölçünün dışında zor kullanılması halinin içinde değerlendirilebilir. Sınır kasten aşılmışsa, memuriyet görevinden dolayı ve suçun görev esnasında işlenmesinden bahisle, cezanın ağırlaşması da mümkündür⁹⁰⁰. Böyle durumlarda ise kolluk görevlisinin içinde yer aldığı ortamın da göz önünde bulundurulması gerekir, nitekim kullanılan kuvvetin makul olup olmadığı olayın şartlarına göre değişiklik gösterecektir⁹⁰¹.

PVSK m. 16/2 uyarınca zor kullanma yetkisi kapsamında kolluğa silah kullanma yetkisi de sağlanmıştır. Silah kullanma, zor kullanma yetkisinin en ağır şekil ve derecesini oluşturur⁹⁰². Silah kullanma yetkisi, polisin zor kullanma yetkisi dâhilinde en son başvurabileceği yetkidir. Bedeni kuvvet ile maddi güç kullanmanın yetersiz kaldığı durumlarda ve PVSK m. 16/7'deki yasal koşulların olduğu hallerde düzeni bozan kişinin saldırmasını veya kaçmasını engellemek amacıyla silah

⁹⁰⁰ **SOYASLAN**, s. 381. “*Sanığın, polis memurlarının kendisine biber gazı sıkarak polis aracına bindirmek istemeleri nedeniyle ayaklarına vurmuş olabileceğine ilişkin savunması, olay tutanağında yer olan araca binmekte zorluk çıkarak sanığa biber gazı sıkılıp kelepçe takıldığı biçimindeki açıklama ile olaya müdahale eden polis memurlarında yaralanma bulgusu saptayan herhangi bir hekim raporu bulunmaması karşısında, polis memurlarının, sanığa biber gazı sıkma eylemlerinin, sanığın görevlilere direnmesinden önce gerçekleştirildiğinin belirlenmesi durumunda, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Yasasının 5681 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesinde öngörülen zor kullanma yetkisinin sınırlarını aşar nitelikte olup olmadığı(nın) ... tartışılmaması*”, (Y4CD., 24.09.2008, 2008/8446, 2008/17394). Karar için bkz. **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, TCK Şerhi, s. 908.

⁹⁰¹ **HAFIZOĞULLARI**, “*Polisin Zor Kullanma Görev ve Yetkisi*”, s. 18; **ERYILMAZ/BOZLAK**, s. 271.

⁹⁰² **KOÇ**, Kolluğun Adli Görevleri, s. 423.

kullanılabilecektir⁹⁰³. Benzer şekilde jandarmanın da, kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahip olduğu, JTGYK'nın 11. maddesinde belirtilmiştir. Bu noktada bir görüş, buradaki “silah” deyiminden salt ateşli silahın anlaşılması gerektiğini ifade ederken⁹⁰⁴, silah kavramının TCK m. 6/1-f'ye göre daha geniş anlaşılması gerektiği de savunulur⁹⁰⁵. PVSK m. 25 gereği silah kullanma yetkisini düzenleyen PVSK m. 16 hükümleri, jandarma açısından da geçerlidir. JTGYK m. 40'ta silah kullanma sırasıyla ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede silah kullanmak deyiminden mutlaka ateş etmenin anlaşılmayacağı, ateş etmenin son çare olduğu ifade edilmiştir⁹⁰⁶. Benzer şekilde Asayiş Müessir Bazı Fiillerin

⁹⁰³ YENİSEY, s. 110. Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı Üzerine 8. Birleşmiş Milletler Konferansı'nda kabul edilen prensiplerin 9. maddesine göre; “*Kolluk kuvvetleri, kendilerini (meşru müdafaa) veya başkalarını ciddi şekilde yaralanmalardan veya ölüm tehdit ve tehlikesinden korumak, kişilerin canını tehlikeye sokacak bir suçun işlenmesini önlemek, bu şekilde bir tehdit oluşturan kişileri yakalamak ve buna direnenleri etkisiz hale getirmek veya kaçmalarına mani olmak durumu dışında ateşli silah kullanmamalıdır. Ateşli silah ancak daha hafif güç, araç ve yolların zikredilen hususları yerine getirmekte yetersiz kalması durumlarında kullanılmalıdır.*” Bkz. GÜZELOĞLU, s. 68.

⁹⁰⁴ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 295.

⁹⁰⁵ ERYILMAZ/BOZLAK, s. 242. TCK m. 6/1-f'ye göre; “*Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, anlaşılır.*” Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 4. maddesine göre; “*Silah ve araç; cop (normal veya elektrikli), sis ve gaz bombaları, tabanca, makinalı tabanca ve tüfek, gaz ve bomba tüfeği, dürbünlü tüfek ve benzeri vurucu, önleyici etkisiz hale getirici savunmaya elverişli aletleri, gaz, boyalı veya boyasız tazyikli su püskürten veya personeli ve malzemelerini taşıyan zırhlı veya zırhsız araçlar ile helikopterleri veya uçakları*” ifade ettiğinden, maddi güç kullanımı kapsamında sayılanların dışında kalan araçların silah kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁹⁰⁶ “**Madde 40** - Silah kullanmak deyiminden, mutlaka ateş etmek anlaşılmaz. Ateş etmek, silah kullanmada en son çaredir. Buna bağlı olarak:

a. Bu yönetmeliğin uygulanmasında silah deyimini; ateşli silahları, kesici ve dürtücü silahları, önleyici, etkisiz duruma getirici ve savunmaya ilişkin aletleri cop, sis ve gaz bombalarını; gaz, boyalı ve boyasız basınçlı su püskürten, personel ve malzeme taşıyabilir zırhlı ve zırhsız araçları, helikopter ve uçakları kapsar.

b. Silah kullanma yetkisine sahip bulunan amir ve görevliler, kanun ve nizamların belirlediği yetkilerini zamanında kullanmaz yada silahlarından yeterince yararlanmazsa, davranış ve tutumunun niteliğine göre cezalandırılır. “Din ve vicdana göre lazım sayılan hareketler” ile “şahsi tehlike korkusu” yüzünden silah kullanmaktan kaçınmış olmak cezayı kaldırmaz ve hafifletmez.

Önlenmesi Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinde polis ve jandarmanın silah kullanma yetkileriyle ilgili hükümler bulunmaktadır. Ayrıca insana karşı ateşli silah kullanılabilmesi için öncelikle eşyaya karşı (kişinin kaçtığı aracın lastiklerine ateş etmek gibi) silah kullanmanın sonuç vermeyeceğinin anlaşılması gerektiği de ifade edilmektedir⁹⁰⁷.

PVSK m. 16/7'ye göre; polis meşru savunma hakkı kapsamı haricinde, bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direnişi kırmak maksadıyla ve bunu kırarak ölçüde; hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve bunu sağlayacak ölçüde silah kullanmaya yetkili kılınmıştır. Bu son halde polis, silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" ihtarını yapar ancak kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar eden kişiyi yakalamak amacıyla ve bunu sağlayacak ölçüde kişiye silahla ateş edilebilir. Dolayısıyla ateş etmek için gereken şartlar oluşmadığı halde, amir emrindeki polislere ateş emri verir ve yaralama ya da ölüm sonucu meydana gelirse, suç teşkil eden bu emri veren amir

c. Silah kullanmada, olayın ve durumun özellikleri göz önünde bulundurularak; savunmaya ilişkin aletlerle önleyici ve etkisiz duruma getirici aletleri kullanılmasına öncelik verilir. Daha sonra, kesici ve dürtücü silahlarla, ateşli silahların hedefe yöneltilmesi safhasına geçilir. Etkili olunmadığında, dipçik ve kabzalar kullanılır. Buna rağmen amaç sağlanamamışsa, kesici ve dürtücü silahlarla, ateşli silahlar kullanılır. Ateşli silahların kullanılmasında sırasıyla; önce havaya ihtar atışı yapılır, sonra ayağa doğru ateş edilir. Buna rağmen silah kullanmaya yol açan olay ve durum bastırılmamışsa hedef gözetilmeden ateş edilir. Bu sıranın her olayda aynen izlenmesi zorunlu değildir. Olayın özelliğine göre, sıra atlanabileceği gibi, şartları varsa doğrudan doğruya hedefe de ateş edilebilir. Bu gibi durumlarda, neden bu şekilde hareket edildiği olay tutanağında açıkça ve özellikle belirtilir.

d. Ateşli Silahlarla Ateş Edilmesi;

(1) Öncelikle bu konuda emir verilmiş olmasına bağlıdır.

(2) Ateş emri verilmemiş olsa bile 39 uncu Maddede sayılan durum ve özelliklerin ortaya çıkması nedeniyle, silahın kullanma zamanını, ölçü ve tarzını, her alandaki özel şartları göz önünde tutarak; her görevli kendisi değerlendirir ve saptar.

Diğer silahların kullanılması, emirle ve emirde belirtildiği şekilde olur."

⁹⁰⁷ YENİSEY, s. 110.

de yerine getiren memur da sorumlu olur^{908 909}. Böyle bir durumda iştirak iradesi varsa emri veren azmettiren olarak sorumludur. Ancak şartlar oluşmuş ve amir öldürme kastı olmaksızın sadece saldırıyı def etmek ya da kişiyi yakalamak maksadıyla yeterli ölçüde silah kullanma emri vermiş ve emri yerine getiren buna uygun hareket etmiş ise, amirin de memurun da fiilleri hukuka uygundur. Amir yalnızca saldırıyı def etmek veya kişiyi yakalamak maksadıyla ateş emri vermiş ancak emri alan memur saldırganı öldürmüştü, amir sorumlu olmamakla birlikte, emri yerine getiren, sınırı kasten aştığı bu kısımdan sorumlu olacaktır. Yine amir hukuka uygun olarak ateş emri vermiş ancak polis, silahını dikkatsiz ve özensiz kullanarak bir kimsenin ölümüne yol açmış ise, bu kez emri yerine getirenin taksirli sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ **KILDAN/BAHADIR**, s. 213. Ateş etme sırasında amaç, kişinin saldırıda bulunmasını veya kaçmasını önlemektir. Öldürmek için ateş edildiği takdirde silah kullanma yetkisinde sınır aşılmış olacaktır. Bu noktada rehine kurtarma operasyonlarında hayat kurtarıcı öldürücü atış ortaya çıkabilmektedir. Olaya ekip halinde müdahale edilen böyle durumlarda amirin vereceği emir üzerine saldırganı öldürmek üzere ateş edilir. Esasında bu halde üçüncü kişi lehine meşru savunma söz konusudur ve meşru savunmanın şartları oluşmamışsa polisin sorumluluğu doğacaktır. Bkz. **YENİSEY**, s. 112. BM Konferansı'nda kabul edilen prensiplerin 25. maddesine göre; "*Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, Kanun Adamları İçin Talimatname ve bu temel prensiplere uygun davranmak için, verilen zor ve silah kullanma emrini yerine getirmeyi reddeden veya diğer görevliler tarafından bu tür hareketlerin yapılmasını rapor eden kanun adamlarına hiçbir cezai veya disipliner bir yaptırım verilmemesini sağlar.*" Bkz. **GÜZELOĞLU**, s. 69.

⁹⁰⁹ AİHM kararlarında zor ve silah kullanımında orantılılık hususunda sıkça atıf yapmaktadır. 1979 yılında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 690 sayılı karar ile kabul edilen Polis Bildirisi'nin 3. maddesine göre; "*Yargılamadan adam öldürmek, işkence ve diğer insanlık dışı veya alçaltıcı ceza veya muameleye tabi tutmak, durum ve şartlar ne olursa olsun, yasaktır. Her polis, bu eylemleri içeren emir veya direktifleri uygulamamakla yükümlüdür.*" 12. maddeye göre; "*Polis, görevini yaptığı sırada, kararlılıkla ve kanunla zorunlu kılınmış veya müsaade edilmiş bir görevi yerine getirmek için makul olandan fazla bir kuvvet kullanmadan hareket etmek zorundadır.*" Bkz. **GÜZELOĞLU**, s. 70.

⁹¹⁰ **SOYASLAN**, s. 382. "*Maznun jandarma eri, karakol komutanı tarafından, ruhsatsız tabanca taşıdığı ihbar edilen müdahil İbrahim Ejder'i yakalamak ve tabancasını almak üzere vazifelendirilmiş olup selahiyettar merciin vermiş olduğu ve infazı kendisi için zaruri olan bu emri icra etmek üzere harekete geçmiş, uzaktan kendisine gösterilen müdahil İbrahim'e dur emri verip ihtarda bulunduğu halde, kaçmaya başladığını görerek aldığı emrin yerine getirilmesi zaruretiyle ve Ceza Kanununun 49/1 ve Jandarma Teşkilat ve Vazife Tüzüğü'nün 270 inci maddesinin 4 ünü bendinin verdiği selahiyete dayanarak silahını kullanmış olduğu ve mahkemece maznunun burada kanuni zaruretin hududunu biraz aştığı ... anlaşılmaktadır.*" (YCUH, 19.1.1959 8/6). Karar için bkz. **PİRLER**, s. 33.

Silah kullanma yetkisiyle ilgili olarak PVSİ m. 16/7'ye 6638 sayılı Kanunla eklenen (d) bendine göre; polis, “**Kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde**” silah kullanmaya yetkili kılınmıştır. Bu nedenle özellikle toplumsal olayların yaşandığı ve toplu olarak müdahalede bulunulmasını gerektirebilecek yukarıdaki hallerde, amirinden saldırıyı sona erdirmek amacıyla silah kullanma emrini alan kolluk görevlisi, ancak bu amaçla ve bunu sağlayacak ölçüde silah kullanabilecektir. Aksi takdirde, müdahalede bulunurken sınırı aşmasından ötürü kasıtlı veya taksirli sorumluluğu devam edecektir⁹¹¹.

Bu noktada “Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçunu düzenleyen TCK m. 256'ya değinmekte de yarar vardır. Maddeye göre; “Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” Suçun maddi unsuru, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin kanunların verdiği zor kullanma sınırını aşarak mağdura karşı orantısız şiddet kullanmasıdır⁹¹². Bu hüküm TCK m. 27'ye bir istisna getirerek hukuka aykırı

⁹¹¹ PVSİ m. 16/8'de sözü geçen “dur ihtarı”, yalnızca 7. fıkranın (c) bendi kapsamında kabul edildiği için, yeni eklenen (d) bendi bakımından polis, dur ihtarına gerek kalmadan silah kullanmaya yetkili kılınmıştır. Ancak burada polisin, saldırıyı sona erdirmek amacıyla meşru savunma kapsamında silah kullanabileceğinin kabul edilmesi kanaatindeyiz. Dolayısıyla saldırıya teşebbüs edenlere karşı silah kullanılması da, ancak gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırının varlığı halinde söz konusu olmalıdır. Öte yandan söz konusu hükümdeki polisin kullanacağı “silah” kavramını sadece ateşli silahlar olarak algılamadığımızı, maddi güç kullanımında sayılanların dışında kalan ve saldırıyı sonlandıracak ölçüde kullanılabilecek diğer araçları da bu kapsamda değerlendirdiğimizi yeniden belirtmek isteriz.

⁹¹² AYDIN, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, s. 146.

olduğu gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki, kamu görevlisinin zor kullanma yetkisi kanundan veya -PVSİ m. 2'deki durumlarda veya m. 16/5 gibi toplu kuvvet kullanımını gerektiren hallerde- amirin emrinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi zor kullanma yetkisine sahip olan kamu görevlisi, bu yetkisini kullanırken bir görevi yerine getirmekte ve hukuka uygunluk nedeni içinde hareket etmektedir. Dolayısıyla yetkisinin sınırlarını kasten aştığında, fiil hangi suç oluşturuyorsa bundan kaynaklanan cezai sorumluluğu devam etmektedir. Ancak kamu görevlisi yetkisinin sınırlarını dikkatsizlik ve özensizlik sonucu taksirle aşmışsa, kendisine kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını kabul etmek hukuka aykırı bulunmuş ve eleştirilmiştir. Her ne kadar gerekçede bu hükmün uygulanabilmesi için kasten hareket edilmesi gerektiği belirtilmiş olsa da, bir kast karinesinin ve objektif sorumluluğun getirildiği belirtilmiştir⁹¹³. Hüküm esasında mevcut durumu tekrarlamaktadır. Zor kullanmaya ilişkin emri yerine getirirken dikkatsiz ve özensiz bir şekilde sınırları aşan kolluk görevlisi, sınırı aşarak gerçekleştirdiği fiilden taksirli olarak sorumlu olacak ve suçun taksirli hali mevcutsa

⁹¹³ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 263. TCK m. 256'nın gerekçesine göre; "Bazı kamu görevlileri, görevlerinin gereği olarak zor kullanma yetkisiyle donatılmışlardır. Örneğin emniyet görevlileri, suç şüphesi altında bulunan kişiyi yakalamak yetkisiyle donatılmıştır. Yakalanan kişi, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için, emniyet görevlisinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin örneğin hâkim veya savcı huzuruna çıkarılmamak için direnmesi hâlinde, emniyet görevlileri zor kullanarak bu kişiyi hâkim veya savcı huzuruna çıkarabilirler. Keza, bir meydana hukuka uygun olmayan, örneğin gece yarısı gösteri yürüyüşü yapmak isteyen kişilerin, dağılmaları hususunda çağrıda bulunan emniyet görevlilerinin bu çağrısına rağmen, dağılmasını sağlamak amacıyla kuvvet kullanılabilir. Kullanılan zorun, birinci örnekte suç şüphesi altında bulunan kişinin hâkim veya savcı huzuruna çıkmamak konusundaki direncini kırmaya yetecek ölçüde, ikinci örnekte ise hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçüde olması gerekir. Bu ölçünün dışında kuvvet kullanılması durumunda, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır. Örneğin hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmamakta direnmenin ötesinde, kamu görevlilerine karşı bir saldırıda bulunmalarına rağmen, bu kişilere karşı vücutlarının yaralanmasını sonuçlayacak şekilde silâh kullanılması hâlinde, emniyet görevlileri açısından artık hukuka uygun bir davranışın varlığından söz edilemez. Bu durumda, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerekmektedir. Ancak, bunun için, emniyet görevlisinin kasten hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, sorunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir."

bundan dolayı ceza alacak ancak cezası indirilecektir⁹¹⁴. Fakat sınırı kasten aşarsa, bundan doğan sorumluluğu devam edecek ve suçun tam cezasını alacaktır. PVSK m. 16/5'e göre toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda zor kullanmanın derecesi ile araç ve gereçleri tayin eden amir ise azmettiren olarak; kasten ihmalde bulunduğu vakit ise müşterek fail olarak sorumlu olacaktır⁹¹⁵.

Asker kişilerin silah kullanma yetkisi ise TSK İç Hizmet Kanunu'nun 87-90. maddelerinde düzenlenmektedir. 87. maddede yazılı durumların varlığı halinde silah kullanılması için, başkaca bir çare kalmaması veya zaruretin olması şart koşulmuştur. Ateş etmek için yetkili olan komutanın sözlü emir vermesi gerektiği belirtilmişse de, ateş emri verilmemiş olsa dahi her askerin olayın hal ve şartlarına göre silahını kullanacağı zamanı, kullanma derecesiyle tarzını kendisinin tayin edeceği ifade edilmiştir. Olayın şartlarına göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemeyecektir⁹¹⁶. Kanunun aradığı silah

⁹¹⁴ **ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA**, Ceza Hukuku, s. 474; **ZAFER**, s. 336. Zor kullanma fiili sırasında sınırın taksirle aşılması olanağının oldukça zayıf olduğuna ilişkin görüş için bkz. **AYDIN**, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, s. 153. *Tüfekçi v. Türkiye* kararında, güvenlik güçlerinin yasal olan bir gösteriye müdahalede bulunarak göstericilerin üzerine taş atması ve şikâyetçinin burnunun kırılmasına yol açması eylemi, AİHM tarafından gereksiz yere aşırı güç kullanılması nedeniyle TCK m. 256 kapsamında değerlendirilmiş ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir. Bkz. *Tüfekçi v. Türkiye*, Başvuru No: 52494/09, 22 Temmuz 2014.

⁹¹⁵ **AYDIN**, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu”, s. 156.

⁹¹⁶ “**Madde 87** – (Değişik : 25/4/1972 - 1582/1 md.) Askerler karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde aşağıda gösterilen hallerde silah kullanmaya yetkilidirler.

I - Silah kullanmasını gerektiren haller

a) Bu hizmetlerden birini yaparken müessir bir fiil ile taarruza uğranıldığı veya müessir bir fiil veya tehlikeli bir tehdit ile bu hizmetlerle yapılmasına mukavemet edildiği takdirde bu taarruz ve mukavemetleri gidermek için,

b) Bir taarruz veya mukavemete hazırlanan ve silahını veya mukavemete elverişli bir aleti bırakmaya davet edildiği halde, bu davete derhal itaat etmeyen veya bırakmadığı silahı veya aleti tekrar eline almaya davranan veya alan kimseyi itaate zorlamak için,

c) Bu kanunun 80 ve 81 inci maddeleri gereğince muvakkaten yakalanan bir şahsın veya muhafaza ve sevki kendisine tevdi edilmiş olan bir tutuklunun veya hükümlünün kaçması veya kaçmaya teşebbüs etmesi ve verilecek durur emrini dinlemediği görüldüğünde başka türlü ele geçirilmesi kabil olmadığı takdirde yakalanması için,

kullanmayı gerektirecek şartların gerçekleşmesi halinde, silahını kullanan asker hukuka uygunluk nedeni içinde bulunduğundan, sorumlu olmayacaktır. Öte yandan, koşulları oluşmasına rağmen silah kullanılmasına dair emri vermeyen veya silahını kullanmayan askerin bundan dolayı sorumlulukları doğacaktır⁹¹⁷. Amir hukuka uygun şekilde silah kullanılması emrini verir ve fakat ast sınırı aşarsa, bu kez ast sınırı aştığı kısımdan sorumlu olacaktır⁹¹⁸.

d) Kendi muhafazasına tevdi edilmiş olan insan ve her türlü eşyaya karşı vukubulan taarruzu defetmek için,

e) Bu maddede sayılan görevleri yapan askerlere karşı, sözle yapılan sataşma veya hareketlerin bertaraf edilmesi sırasında mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehlikeli bir tehditle karşılaşıldığında bu halleri gidermek için.

II - Silah kullanma derecesi

Bu maddede yazılı hizmetlerin yapılması sırasında silah kullanılması için başkaca bir çare kalmaması veya zaruret olması şarttır.

1. Şahıs veya topluluk silahsız ise; mukavemet, taarruz, müessir fiil veya tehdidin derecesine göre asayiş hizmeti ile görevli birlik komutanı gerekli uyarıyı yaparak silah kullanılacağını ihtar eder. Bu ihtara itaat edilmezse bunu sağlayacak dereceden başlamak üzere silah kullanılır.

2. Şahıs veya topluluk silahlı veya taarruzun önemli derecede etkili kılacak şekilde aletleri taşıyorsa, silah veya aletlerin bırakılması ihtar olunur. Tecavüz taarruz veya mukavemet buna rağmen devam ederse itaati sağlayacak dereceden başlamak üzere silah kullanılır.

III - Silah kullanma tarzı

1. Silah çeşitlerine göre etkili olabilecek şekilde kullanılır. Önce kesici ve dürtücü silahlar ile ateşli silahlar hedefe tevcih edilir, sonra ateşli silahların dipçik ve kabzaları kullanılır, daha sonra kesici ve dürtücü ve ateşli silahlar bilfiil kullanılır.

2. Silah kullanmak mutlaka ateş etmek değildir. Ateş etmek son çaredir. Önce havaya ihtar ateşi yapılır. Sonra ayağa doğru ateş edilir, mukavemet veya taarruza veyahut tehlikeli bir tehdide varan mukavemet hali devam ederse, hedef gözetilmeksizin ateş edilir.

IV - Ateş emri ve kendiliğinden ateş etmek

1. Ateş etmek bilhassa bunun için emir verilmiş olmasına bağlıdır.

2. Ateş emri verilmemiş olsa dahi her asker silahını kullanabilir. Ancak silahını kullanılacağı zamanın ve kullanma derece ve tarzının tayini her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutularak silahını kullanacak asker tarafından bizzat takdir olunur.

V - Ateş emri vermeye yetkili makamlar

1. Bu maddede yazılı görevleri yapmak için birliğe görev veren üst komutan olay yerinde bulunuyorsa sözle ateş emri vermeye yetkilidir. Komutan, bu emri yazı ile teyit eder.

2. Asayişe memur edilen kuvvetlerin olay yerinde bulunan birlik komutanı veya asayişe memur edilen birliğin parçalarına komuta eden en küçük komutan ve amirler dahi önceden emir verilmemiş olsa bile sözle ateş emri vermeye yetkilidir.

VI - Sorumluluk

Her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez.”

⁹¹⁷ DEĞİRMENCİ, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 153.

⁹¹⁸ “Olay tarihinde yol kontrolünde görevli olan devriyenin kontrolden sonra Mustafa’nın jandarmanın görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile 3.11.1983

Askeri Yargıtay bir kararında, dur ihtarı çekilmeden ateş edilmesine dair hukuka aykırı emrin yerine getirilmesini, suç işlemek amacıyla verildiği ast tarafından bilinmedikçe hukuka uygun kabul etmiş, ancak astın önceden planladığı şekilde uzman çavuşu ve kaçakçıları vurması nedeniyle emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağına, sınırı kasten aştığına kanaat getirmiştir: “*Hudut ihlalinin ve suç işlendiğini gördüğü takdirde, gece karanlığında olursa dahi öncelikle ‘dur’ ihtarında bulunulması, ihlalin devamı ve kaçışın başlaması halinde silah kullanılması gereklidir. Ancak, somut olaya münhasır olarak, dikkate alınacak husus, suç işleme kastıyla verildiği sanık tarafından bilinmeyen ‘hudutta dur yok, vur var’ emridir. Bu emrin uygulanmasında sanık açısından hukuka aykırı bir durumun bulunduğu söz edilemez.*⁹¹⁹” Başka suretle ele geçirilmesi imkânı varsa, kaçan

tarıhli Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliğine ve ayrıca 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanununa uygun olarak devriye görevini yürütürken, asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine yakalayıp teslim ettiğ i maktulü, olay günü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra ayaklarına doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda yasaya aykırı bir davranışın gözlemlenmediğ i sanığın TCK.nun 49/1. maddesi anlamında, kanunun hükümlerinin icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiğ i, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğ ü, emrin sınırlarının aşılması suretiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının farklılık arz ettiğ i düşünülmeden, sanık hakkında TCK.nun 49/1. maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesis edilmesi...” (Y1.CD., 12.12.2002, 3659/4665). Karar için bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, TCK Şerhi, s. 736. TSK İç Hizmet Kanunu m. 87/I-c’ye göre kaçan şahsın başka türlü yakalanmasına imkânı olmayan durumlarda silah kullanılması emrinin verilebileceğ inden bahisle, söz konusu olayda başka türlü yakalama imkânı olduğ u için ortada hukuka uygun bir emrin bulunmadığı yönündeki eleştiriler için bkz. DEMİREL, M., s. 190, 191.

⁹¹⁹ “Kırıkhan 2’nci Hudut Tabur 5’inci Hudut Bölük Komutanlığı’na bağı lı Onbaşı Aydın Karakolu’nda askerlik hizmetini ifa eden sanığın, aynı karakolda komutan yardımcısı olarak görevli bulunan P. Uzm. Çvş. R.D.’in olay günü öncesinde yaptığ i kaçakçılık ile ilgili konuşmalarını, P. Er M. Ö.’un uzman çavuş hakkında anlattıklarını ve 13.05.1994 tarihinde kaçakçıların geçişine yardımcı oluş unu dikkate alarak, uzman çavuşun eroin ve silah kaçakçıları yakalayacağına dair beyanlarına inanmayıp, karakol ve bölük komutanlarından da şüphelendiğ i için kaçakçılara yardım ettiğ ine kanaat getirdiğ i uzman çavuşu ve kaçakçıları yakalamak maksadıyla arkadaşları P. Er O.A., P. Er N.C. ve P. Er H. K. ile konuşup plan yaptığ i, uzman çavuş ile birlikte devriyeye çıkan sanığın sınırı geçiş noktasında kaçakçılara ateş edeceğ inin ve kaçanları ise geri tarafta pusuya yatmış olan diğ er üç erin vurmaya çalışacağı nın planlandığ ı, ... 15.05.1994 günü saat 22.30 sıralarında, uzman çavuşun nöbetçilere gece görüş cihazı vereceğ ini söyleyerek sanıkla birlikte dışarı çıktığı, cihazı bir mevziye bıraktıktan sonra nöbetçi P. Er A. K’yi uzak mesafedeki mevziye gönderdiğ i, geçişin yapılacağı bölgeye geldiklerinde uzman çavuşun sanığı 35-40 metre kadar geride bırakıp el feneri ile Suriye tarafına işaret verdiğ i, önce

2 kişinin gelip uzman çavuşla konuştuğu, daha sonra 7-8 kişilik bir grubun gelip iz tarlasını geçerek Türkiye tarafına ilerlemeye başladığı, gruba doğru yanan sanığın arkada kalan 3 kişiye seri şekilde ateş ettiği, bu ilk ateşte uzman çavuşu vuran sanığın geriye doğru gidip kayaların arasına kamaya çalışan sivil şahız E.S. 'yı da ateş ederek vurduğu, her ikisinin silahlı ateş yaralanmasına bağlı olarak olay yerinde öldükleri, ... olayın cereyan ettiği yerin geri tarafında sırt tabir edilen iki çuval içerisinde 102 kg çay, 3 kg kahve ve 1 kg tuz ele geçirildiği maddi vakia olarak dosya kapsamından sabit görülmüştür. ... Kara sınırında devriye görevini ifa eden sanığın hudut ihlalini gördüğü anda bu ihlali önlemeye ve işlenen suçun failini yakalamaya yetkili olduğu hususunda herhangi bir kuşku bulunmadığı görülmektedir. Ancak, bu noktada somut olayda vaki olan bir hususun dikkate alınması gerekir. **Gerek hudut birliğinde görevli erlerin ve gerekse rütbeli şahısların ifadelerine nazaran, hudutta görevli tüm personele Hudut Alay Komutanı ve diğer komutanlarca sürekli olarak, özellikle geceleyin 'Hudutta dur yok, vur var' emrinin tekrarlandığı ve hudutta görevli tüm personelin bu emir doğrultusunda uygulama yapmaya şartlandırıldıkları anlaşılmaktadır. Bu emrin, ... mevzuata aykırı olduğu ve kanunsuz emir niteliği taşıdığı açıktır.** Bu sebeple kanunsuz emir kurumunun irdelenmesi ve somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekir. ... hudutta görev yapan sanığın bu görevin ifasında Anayasa, yasa, tüzük ve yönetmeliklerde yazılı hususları dikkate alacağı, ayrıca askerlik hizmetinin özelliğine nazaran, amirlerin verdiği emirlere mutlak surette itaat edeceği izahtan varestedir. TCK 44'üncü maddesi kanunu bilmemenin mazeret sayılamayacağını hükme bağlamış ise de; bir üst norm olan Anayasa'nın 137'nci maddesinde konusu suç teşkil eden emrin yapıp yapılmaması hususunda askeri hizmetler istisna tutulmuş ve bu istisna bağlamında AsCK'nun 41/3'üncü maddesinde yer alan düzenleme yapılmıştır. **Olay öncesinde ve sırasında sanığın, Alay Komutanı tarafından verilmiş 'Hudutta dur yok, vur var' emrinin suç işleme maksadıyla verildiğini bildiği hususunda herhangi bir emare dava dosyasında bulunmadığından, bu emrin gereğini yapmakla mükellef olduğunun ve söz konusu emrin, sanığın görevinin ifası sırasında dikkate alacağı mevzuat arasında yer aldığının kabulü gerektiği açıktır...** TCK 50'nci maddesinde bu fiillerin icrasında kanunun veya yetkili makamın veyahut zaruretin tayin ettiği hududun aşılması durumunda failin cezasında indirim yapılması öngörülmüştür. ... Hukuki nitelemeye gitmeden önce sanığın olay öncesi ve anındaki hali ruhiyesi, amacı, olay tarihinde sınırındaki mevcut durum ve şartların saptanmasında fayda vardır. Sanık, olay tarihinde takriben bir senelik asker olup, rütbeliler dahil 30-35 kişinin görev yaptığı hudut karakolunda çavuş rütbesiyle görevlidir. Yeni atanmış genç yaştaki karakol komutanına güvenmemekte, kaçakçılara yardım ettiğine kani olduğu uzman çavuşu suçüstü yakalamaya ve bir bakıma vatanını koruyup kanunların uygulanmasını sağlamaya çalışmaktadır. **Ancak, fırsatı bulunmasına rağmen, üst komutanlıklara durumu önceden bildirmemiş ve gereksiz bir işgüzarlıklar kaçakçıları ve uzman çavuşu yakalamak için arkadaşları ile plan yapmıştır.** 13.05.1994 günü Suriye'ye, 14.05.1994 günü ise Türkiye'ye uzman çavuşun geçiş sağladığını görmüştür. Her ne kadar maktul, önce çay kaçakçılarının geleceğini ve daha sonra gelecek olan eroin ve silah kaçakçılarını yakalayacağını sanığa söylemiş ise de, sanık geçişlerin vukuundan sonra maktule inanmamış ve onun çay kaçakçılarına yardım ettiğini anlamıştır. ... Maktulün fenerle karşı tarafa işaret vermesi ve çay kaçakçılarının sınırı ihlal etmeleri sanığın beklemediği bir vakia olmayıp, aksine bu ihtimale yönelik olarak plan yapılmıştır. Sanık birdenbire kaçakçılarla karşılaşmamış, onlara yaklaşarak ateş etme imkânını bulmuştur. ... Tabi olduğu mevzuat gereği, sanığın, hudut ihlalini gördüğü anda gerek buna mani olmak ve gerekse faileri yakalamak yetki ve görevinin bulunduğu, ancak bu görevini ifa ederken yasa, tüzük, yönetmelik ve emirler dahilinde hareket etmesi gerektiği açıktır. **Hudut ihlalini ve suç işlendiğini gördüğü takdirde, gece karanlığında olursa dahi öncelikle 'dur' ihtarında bulunulması, ihlalin devamı ve kaçışın başlaması halinde silah kullanılması gereklidir. Ancak, somut olaya münhasır olarak, dikkate alınacak husus, suç işleme kastıyla verildiği sanık tarafından bilinmeyen 'hudutta dur yok, vur var' emridir. Bu emrin uygulanmasında sanık açısından hukuka aykırı bir durumun bulunduğundan söz edilemez. Dolayısıyla, dur ihtarı çekilmeden silah kullanılması hukuka uygun görülebilir ise de, tanıkların açık ifadelerine nazaran, bu emrin iz tarlasını geçen kişiler bakımından verildiği düşünüldüğünde, Türkiye tarafında olup, sınırı ihlal etmeyen uzman çavuş bakımından bu emir gereğince uygulama yapılmasının hukuka uygun olmadığı kabul edilmelidir.** Yukarıda sıralanan mevzuat ve özellikle Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 87'nci maddesinde geçen 'ancak, silahın kullanılacağı zamanın ve kullanma derece ve tarzının tayini her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutularak silahını kullanacak asker tarafından bizzat takdir olunur' hükmü, sanığın eyleminde dikkate alınmalıdır. Karaltıların içinde kaçakçılar ile beraber uzman çavuşun da bulunabileceğini rahatlıkla öngörebilen ve hatta bunu bilen sanığın, ateş ettiği yönde kim olursa olsun, o kişiyi de vurma kastı ile hareket ettiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. ... **Sanığın uzman**

kişiyi karşı hedef gözeterek silahla ateş edilemez. Dolayısıyla kişinin yakalanmasını sağlayacak ölçünün ötesinde yaralanmasına veya ölmesine neden olacak şekilde silah kullanılması halinde hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşıldığından söz edilecektir⁹²⁰. Benzer şekilde hukuka aykırı olarak sınırı geçmek isteyen kişilerin uyarılması veya korkutulması, geçişlerinin engellenmesi ya da geçtikten sonra yakalanmalarının sağlanması amacıyla silah kullanılabilirse de, bir saldırının veya saldırı tehlikesinin bulunmadığı hallerde bu kimseleri öldürmeye yönelik olarak silah kullanımına hukuken izin verilmez⁹²¹. Nitekim TSK İç Hizmet Kanunu m. 87/III-2’de “*Silah kullanmak mutlaka ateş etmek değildir. Ateş etmek son çaredir. Önce havaya ihtar ateşi yapılır. Sonra ayağa doğru ateş edilir, mukavemet veya taarruza veyahut tehlikeli bir tehdide varan mukavemet hali devam ederse, hedef gözetilmeksizin ateş edilir.*” demek suretiyle ateş etmenin tarzı düzenlenmiştir. Öte yandan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 22. maddesine göre de; “*Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye "dur" uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir..*”

çavuşu ayırmaksızın veya yakalanmasına yönelik bir çaba göstermeksizin doğrudan ateş etmesinde herhangi bir mücbir sebep bulunduğu ve olayın gelişimine nazaran, sanığın aşırı korku içinde olduğu da söylenemez. Dolayısıyla hudutta ifa ettiği görev itibarıyla sahip olduğu silah kullanma yetkisinin sınırını taksirle değil, bilerek ve isteyerek aştığının kabulü gerekir.”, (As. Yrg. 3.D., 05.11.2002, 1112-1107). Karar için bkz. KANGAL, s. 134-136, dpn. 207.

⁹²⁰ ÖZGENÇ, s. 309. Makaracı bu hususu, “İster şüpheli, ister sanık ve isterse mahkûm bir şahıs olsun ve bunlar firar olarak kaçak bulunsun veya kaçacak sayılsın, arandıkları zaman durup dururken vurulmaları -öldürülmeleri- suçtur.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Halil MAKARACI, “Vur Emri Bir İnsan Avidir”, ABD, Yıl: 1976, S. 6, s. 1066.

⁹²¹ ÖZGENÇ, s. 309, dpn. 476.

Dolayısıyla doğrudan hedefe ateş etme imkânı yalnızca meşru savunma kapsamında kabul edilmiştir. Bu nedenle ihtar yapılmaksızın kişileri vurmak amacıyla doğrudan hedef gözeterek ateş edilmesi yönünde bir emir verilmesi açıkça suç teşkil ettiği için, “hudutta dur yok, vur var” emrinin suç işlemek amacıyla verildiği ast tarafından bilinmese bile, yerine getirilmesi halinde amiriyle birlikte astın sorumluluğu devam etmelidir⁹²².

Özellikle zor ve silah kullanılmasının söz konusu olduğu hallerde esasında kanunun bir hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bulunsa da, kanunun hükmü kimi zaman amirin verdiği emir aracılığıyla da yerine getirilmektedir. Bu nedenle silah kullanma yetkisi ile ilgili olarak bazı Yargıtay kararlarında memurun fiili hukuka uygun bulunurken, yerine getirilmesi zorunlu olan bir emirden bahsedildiği görülür⁹²³. Bir görüşe göre; böyle durumlardaki emirler kaçan şüpheli, sanık veya mahkûmun yakalanmasına ilişkin birer emir olup silah kullanılmasına yönelik

⁹²² Nitekim böyle durumlarda silah kullanma yetkisine sahip olan kimsenin bir nevi “ceza vermek” şeklindeki bu fiilini hukuka uygun kabul etmenin mümkün olmadığı hakkında bkz. **MAKARACI**, s. 1070.

⁹²³ “Yerel mahkemece, oluşturma ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde kabul edildiği gibi Kartal Emniyet Müdürlüğünde komiser olan sanığın, Maltepe’de İlyas Aydeniz adlı şahsın işyerinde yapılan hırsızlıkla ilişkisi olduğu iddia edilen maktul Erkan Yaşaroğlu’nu yakalamakla görevlendirildiği, yanına tanık polis memuru Zekeriya İnan’ı da alan sanığın, müştekinin kardeşi ile birlikte maktulün bulunduğu eve geldiklerinde, arandığını anlayan maktulün kaçmaya başladığı, önce polis memuru Zekeriya’nın polis olduklarını söyleyip maktulü kaçmaması için uyardığı, uyarıya aldırmayan maktulün kaçmaya devam ettiği, sanıkla tanık polis memuru Zekeriya’nın maktulü uzun süre kovaladıkları, yorulan polis memurunun geride kaldığı, sanığınca kovalamaya devam ettiği, **durması için maktulü tekrar önce sözle uyardığı, daha sonra havaya iki el ateş ettiği, buna rağmen engelbeli bir arazide maktul kaçmaya devam ederken sanığın tabancasından çıkan bir adet kurşunun maktule isabetle ölümüne neden olduğunun anlaşılması; olayda sanığın ‘infazı vazifeten zaruri bir emri’ icra sırasında silahını kullandığını belirlenmesi, sanığın kovalama sırasında tökezleyip düşerken silahının patladığı yolundaki savunmasının aksi sabit olmaması da göz önünde tutulduğunda, hakkında TCK’nın 49/1 inci maddesinin uygulanmasında zorunluluk bulunan sanığın eyleminde, aşırılığa kaçtığına da kabul edilemeyeceği göz önünde tutularak beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır.” (Y1CD; 14.12.1994, 3786/4436), Karar için bkz. **KOÇ**, Kolluğun Adli Görevleri, s. 454.**

değildir⁹²⁴. Emrin kaynağını ister doğrudan kanun ister amirin emri oluştursun, hukuka uygun hareket ettiği ve kanunun çizdiği sınırlar içinde kaldığı sürece meydana gelen zararlardan dolayı memurun bir sorumluluğu olmayacaktır⁹²⁵.

Bu konuda değinilmesi gereken bir başka husus kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesidir. Buna göre; *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* Ancak son fıkra göre; *“Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”* Fıkroda sayılan durumlarda veya sıkıyönetim hali ya da olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, herkesin yaşama, maddi ve

⁹²⁴ Örneğin Yargıtay 1.C.D., 18.11.1987 tarih ve 4125/4031 sayılı kararında *“Hırsızlık suçundan aranan maktul Tahsin'in yakalanması bakımından Komiser muavini Murtaza'nın komutasındaki bekçi İlyas ve polis memurları Fevzi ve Mahmut'tan oluşan ekip, adı geçen maktulü yakalamak üzere Güroymak Bucağı'na gittikleri, Güroymak'a gelir gelmez cadde üzerinde rastladıkları maktul Tahsin'in, 'dur' ihtarına rağmen kaçması ile bekçi İlyas ve polis memuru Fevzi'nin kovaladıkları ve yakalanmasını kolaylaştırmak bakımından ihtar atışlarına rağmen maktulün bu ilk aşamada kaçmayı başardığı, ... ihtar atışlarını duyan jandarma erleri Ramazan, Sezai, Erol ve Cemal'in, Vahan'ın komutasında olay yerine gelmek üzere hareket ettikleri, arama sürerken polis memuru Mahmut tarafından maktulün yeniden görülmesi ile teslim ol emrine uymayan ve ihtar atışlarını umursamayarak kaçan maktule iki el ateş ettiği, bu arada olay yerine gelen jandarma erleri sanıklar Ramazan, Sezai, Erol ve Cemal'in de ateş etmeleri sonucu maktulün aldığı üç isabet sonucu öldüğü ... anlaşılmaktadır. Komiser muavini Murtaza'nın komutasındaki bekçi İlyas ve polis memurları Fevzi ve Mahmut'tan oluşan güvenlik ekibi, hırsızlık suçundan sanık ve firari maktul Tahsin'i yakalamak üzere görevlendirilmişlerdir. Bu itibarla verilen emri yerine getirmekle yükümlüdürler. Yasaya uygun olarak verilen bu emri yerine getirdikleri sırada kendi yetkileri sınırları içinde, yasal şekillere uygun olarak yapılan fiil ve hareketlerini meşru saymak gerekir.”* diyerek emrin silah kullanılmasına ilişkin olduğundan bahsetmemiş, yalnızca yakalamaya ilişkin bir emrin varlığını vurgulamıştır. Bu nedenle, kaçan şüpheli, sanık ve mahkûmun yakalanmasını sağlamaya yönelik silah kullanılmasını hukuka uygun hale getiren durumu, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emrin varlığına dayandırmanın doğru olmadığını savunan görüş için bkz. **ÖZGENÇ**, s. 311-317.

⁹²⁵ **DEĞİRMENCİ**, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 151.

manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen hükmün dışında tutulmuştur. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na 1996 yılında 4178 sayılı Kanunla eklenen *“Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler.”* şeklindeki ek m. 2'nin Anayasa Mahkemesi tarafından 6.1.1999 tarihli ve 68/1 sayılı kararla iptal edilmesinde, Anayasa'nın söz konusu hükmünün yorumu da yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına göre; *“Bu maddeyle (AY m. 17) güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir. / Kuralda faillerin sadece ‘silah’ kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken, kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı ‘ateşli silah’ kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir. / Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silah kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ‘ateşli silah’ kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.”*

Madde 2006 yılında 5232 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilen ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.*” şeklinde, iptal edilmeden önceki haline nazaran silah kullanımını daha çok kolaylaştıran bir halde yeniden düzenlenmiştir⁹²⁶. Oysaki ister yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi ya da bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, ister bir ayaklanma veya isyanın bastırılması ya da sıkıyönetim hali veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında olsun, silah kullanılmasına izin verilen hallerde son çare olarak silah kullanmak gereklidir. Diğer yöntemler denenmeden bu yetkinin kullanılması halinde görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının aşılması söz konusu olacaktır. Terörle Mücadele Kanunu’ndaki hükme paralel şekilde 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu m. 4/2 de, “teslim ol” emrine uyulmaması halinde, güvenlik kuvveti mensuplarına doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilme yetkisi verilmiştir⁹²⁷. Güvenlik kuvvetlerinin silah kullanma tarzını düzenleyen TSK İç Hizmet Kanunu m. 87 ve PVSK m. 16, Polis Vazife ve Selahiyet Nizamnamesi m. 17 ⁹²⁸ göz önünde

⁹²⁶ Nitekim iptal edilen madde “*teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde*” diyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesini şart koşarken yeni madde, “*teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde*” ifadesiyle silah kullanmasa dahi sırf “teslim ol” emrine uymayan kimseye karşı doğrudan silah kullanmayı mümkün kılmaktadır. Bir diğer değişiklik, eski düzenlemede “ateşli silah” deyiminin tercih edilmesiyle, yeni düzenlemede yalnızca “silah” deyiminin tercih edilmesidir.

⁹²⁷ Sıkıyönetim Kanunu m. 4/2: “*Silah kullanma yetkisine sahip güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.*”

⁹²⁸ “ ... polis için silah kullanmak selahiyetinin kabul edildiği hallerde, silah kullanılması, silahı kullanmaktan başka çare bulunmadığı hallere münhasırdır. Bu takdirde mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralanmasına dikkat edilmesi icap eder...”

bulundurulduğunda, Sıkıyönetim Kanunu ile Olağanüstü Hal Kanunu'nun yetki verdiği durumlarda dahi silah kullanmanın mevzuatta düzenlenen şekle uygun olması ve son çare olarak tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹²⁹.

AIHM de, silahın son çare olarak kullanılması gerektiğini kabul etmekte, zor ve silah kullanımında ölçüsüz vasıtaların kullanılması halinde AIHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmaktadır. Mahkeme, 2005 yılında verdiği bir kararda terörle mücadele kapsamında düzenlenen bir operasyonda yapılan ev baskını neticesinde örgüt üyesi olduğu düşünülen iki kişinin yanında bu kişilerden birinin iki çocuğunun da öldürülmesi şeklinde gerçekleşen olayda, polisin, vatandaşların hayatlarını koruma konusunda gerekli tedbirleri almadığını öngörerek, Türkiye'yi Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal etmesinden dolayı mahkûm etmiştir. Kararda değinilen en önemli hususlardan biri ise, polis amirlerinin astlarına açık şekilde talimat vermemeleri ve direnişi kırmayı sağlayacak ölçünün ötesinde bir yöntemin izlenmiş olmasıdır⁹³⁰.

⁹²⁹ **ÖZGENÇ**, s. 315, dpn. 485; **KOCA**, s. 137. Olağanüstü Hal Kanunu m. 23/2: "*Olağanüstü halin, bu Kanunun 3 üncü maddesinin (b) bendi gereğince ilan edilmesi halinde, silah kullanma yetkisine sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.*"

⁹³⁰ "*AIHS'nin 2. maddesinde bizzat belirtildiği gibi, güvenlik güçlerinin öldürücü güce başvurmaları belli hallerde meşru sayılabilir. Bununla birlikte 2. madde, sınırsız bir yetki tanınamamaktadır. Devlet görevlilerinin fiillerinin sınırlarının kurallarla çizilmemiş olması ve bu konuda keyfiliğe izin verilmesi, insan haklarına saygı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu husus, gücü keyfi ve kötüye kullanmaya karşı, yerinde ve etkili bir sistem içinde, polis operasyonlarının iç hukukla yetkilendirilmesinden başka, bu hakkın yeterince sınırlandırılması gerektiğinin göstergesidir... // AIHM bu çerçevede, sözü edilen operasyonun düzenlenmesi emrini veren polis amirlerinin öldürücü veya olmayan yöntemler arasında bir ayrım yapmadıklarını not etmektedir. Polis amirlerinin açık talimatlar vermemeleri, polis memurlarının etrafi sarılı evde bulunanların hayatlarını riske atmaksızın aranan tehlikeli kimselerin yakalanmasında izleyecekleri yöntemi uygulamalarını yetersiz kılmıştır. Bununla birlikte, sözü edilen operasyon sırasında polisler göz yaşartıcı gaz bombası veya etkisiz hale getirici maddeler kullanmamış, yalnızca ateşli silahlara başvurmuştur. // Bu operasyonda, etrafi kuşatılmış iki şüphelinin teslim olmaya yanaşmadıkları farz edildiğinde, bir kadının ve iki çocuğun bulunduğu aynı eve kontrolsüz ve şiddetli bir baskın yapılması sadece şüphelilerin hayatlarını tehlikeye atar. İki çocuğun ve bir kadının ki, silahlı olmadığına itiraz edilmemekte, ölümü bunun bir kanıtıdır.*", Hamiyet

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 6. maddesinde, "*Mülki idare amirleri havalimanı, liman, gümrük, gar ve istasyon gibi yerler ile spor müsabakalarının, sahne gösterilerinin ve benzeri etkinliklerin yapıldığı yerlerdeki özel güvenlik tedbirlerini denetlemeye ve kamu güvenliğinin gerektirdiği hallerde ek önlemler aldirmaya yetkilidir.*" demek suretiyle mülki idare amirlerinin sayılan yerlerde gerekli tedbirleri aldirmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. Öte yandan ikinci fıkrada "*Kamu güvenliğinin sağlanması yönünden 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile vali ve kaymakamlara verilen yetkiler saklıdır. Bu yetkilerin kullanılması durumunda özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personeli mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorundadır.*" denerek, valinin İl İdaresi Kanunu m. 11'deki yetkileri kullanarak özel güvenliğe emir vermesi durumunda özel güvenlik personelinin bu emirleri ve ayrıca genel kolluk amirinin emirlerini de yerine getirmek zorunda olduğu düzenlenmektedir. Böyle durumlarda 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında kalmak kaydıyla özel güvenlik görevlilerinin kendilerine emir veren genel kolluk birimlerinin yetkilerine sahip olacakları kabul edilmektedir⁹³¹. Nitekim 5188 sayılı Kanun'un 7. maddesinde özel güvenlik personelinin TCK m. 24 ve 25 uyarınca zor kullanma yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması hususunda yaptığımız açıklamalar 5188 sayılı Kanunun 23. maddesi uyarınca ceza kanunun uygulanmasında kamu görevlisi sayılan özel güvenlik personeli bakımından da geçerli olacaktır.

Kaplan ve diğeri v. Türkiye, Başvuru no: 36749 / 97, 13.09.2005, s. 5, 6, www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/36749_97.pdf (Erişim tarihi: 15.05.2015).

⁹³¹ HÜNLER, s. 85. Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 13/3. maddesine göre; "*Özel güvenlik kapsamında korunan ve güvenliği sağlanan yerlerde can ve mal güvenliğinin ciddi şekilde tehlikeye düştüğü veya düşeceği anlaşıldığında, mülki idare amirleri genel kolluğu görevlendirir. Bu takdirde özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personeli mülki idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmekle yükümlüdür.*"

SONUÇ

Sorumluluğa etkisiyle hukuki niteliği, özellikle 20. yüzyılın başlarından itibaren gerek devletlerin iç hukuklarında gerekse uluslararası alanda tartışmalı bir konu olmuş olan amirin emrinin yerine getirilmesi kurumunu, Türk hukuk sisteminde ve uluslararası ceza hukukunda düzenlendiği şekliyle incelemeye çalıştık.

TCK'nın genel hükümleri arasında yer alması nedeniyle, bu kanundaki ve özel ceza kanunlarıyla ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar bakımından da uygulama alanı bulan amirin emrinin yerine getirilmesi, geniş anlamda görevin ifası hallerinden bir tanesidir. Roma hukukundan günümüze dek, özellikle askerlik alanında, amirin emirlerine itaat etmek hukuk düzeni tarafından memurun/astın en önemli görevlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Amirin emrinin yerine getirilmesinin sorumluluğu etkileyip etkilemeyeceği, özellikle suç teşkil eden emirlerde tartışma konusu olmuş ve yaşanan iki dünya savaşının ardından yapılan düzenlemeler ile yargılamalar neticesinde, uluslararası ceza hukukunun da en önemli meselelerinden biri haline gelmiştir. Suç teşkil eden bir emri yerine getiren astın sorumsuzluğunu esas alıp bütün sorumluluğun yalnızca amirde olduğunu kabul eden amirin sorumluluğu teorisi, astı amirin elinde pasif bir araç konumunda görerek, amirin emrini yerine getirmeyi tam bir savunma olarak kabul etmiştir. Öte yandan suç teşkil eden bir emrin astın sorumluluğunu hiçbir şekilde ortadan kaldırmayacağını savunan mutlak sorumluluk teorisi, amirin yalnızca meşru emirlerine itaat edilebileceğini ve emirler üzerinde hukuka uygunluk denetiminin her zaman yapılabileceğini savunmuştur. İki teori arasında dengeyi gözeten sınırlı sorumluluk teorisi ise, açıkça suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinin sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını kabul etmekle

beraber, belirli koşulların varlığı halinde görünüşte suç teşkil etmeyen emirleri bilmeden yerine getiren astın sorumlu olmayacağını belirtmektedir. Roma Statüsü'n n 33. maddesi de, suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesinin astı kural olarak sorumluluktan kurtarmayacağına dair genel kurala yer vermekle beraber, emri yerine getirmenin zorunlu olması, emrin hukuka aykırılığının ast tarafından bilinmemesi ile açıkça hukuka aykırı olmaması halinde sorumluluğun doğmayacağını kabul ederek, sınırlı sorumluluk ilkesini benimsemiştir. Soykırım suçu ile insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler açıkça hukuka aykırı sayılarak bunlara karşı bu savunmadan yararlanılamayacağı belirtilmiştir. II. Dünya Savaşı'nın ardından pek çok ulusal mevzuatta sınırlı sorumluluk teorisi benimsenmiş ve emrin açıkça hukuka aykırılık teşkil etmemesi gerektiği koşulu aranmıştır.

Amirin emrinin yerine getirilmesi ancak belirli koşulların varlığı halinde sorumluluğu ortadan kaldıracılabilecektir. İlk olarak ortada bir emir bulunmalı ve askerlik söz konusuysa emir hizmete ilişkin olmalıdır. Emri alan ile veren arasında kamu hukukundan kaynaklanan bir hiyerarşı bulunmalıdır. Emir, resmi ve yetkili bir merci tarafından verilmeli, şekil şartlarını taşımalı ve görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olmalıdır. Ayrıca emrin hukuka uygun olması ve memurun da hukuka uygunluk denetimi yapması gerekmekte ise de, özellikle askerlik ve kolluk alanında emrin içeriğinin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı ve mutlak itaatın beklendiği durumlar söz konusu olabilmektedir.

Hukuka uygun bir emir veren amir ile bu hukuka uygun emri yerine getiren memurun fiilleri hukuka uygundur ve herhangi bir sorumlulukları doğmaz. Bu konuda doktrinde bir fikir birliği olsa da, emrin konusunun hukuka aykırı olduğu durumlarda böyle bir emri yerine getiren memurun sorumluluğunun ne olacağı ve sorumsuzluğun

kabul edilmesi durumunda da bunun hukuki niteliğinin ne şekilde belirleneceği tartışmalıdır. Bu noktada konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerle suç teşkil eden emirleri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler yerine getirilmemeli ve memur hukuka aykırılığı fark ettiği takdirde amirine bu durumu bildirmelidir. Amir ise emrin yerine getirilmesi konusunda ısrar eder ve emri yazılı olarak yenilerse, memur artık bu emri yerine getirmek zorundadır ve sorumluluğu doğmayacaktır. Buradaki sorumsuzluğun hukuki niteliğini kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul eden görüşler bulunduğu gibi mazeret nedeni olarak kabul edenler de bulunmakta, bazı yazarlar ise bu durumun ceza hukukuyla bir ilgisi olmadığından idare hukukundan kaynaklanan bir mazeret nedeni olduğunu savunmaktadırlar. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş, söz konusu durumda amirin hukuka aykırı emir vermesi fiili ile memurun bu hukuka aykırı emri yerine getirmesi fiilini ayırarak inceler ve memurun emri yerine getirmesi fiilinin, içinde bulunduğu hiyerarşik ilişki bakımından hukuka uygun hale geldiğini kabul eder. Nitekim bu emrin yenilenmesi halinde yerine getirilmesi gerekliliği Anayasal bir ödevdir (m. 137/1). Hukuk düzeninin doğrudan veya dolaylı olarak yapılması ödevini yüklediği durumlarda fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışmanın varlığından söz edilemeyeceğinden, memurun fiili hukuka uygun hale gelmektedir. Belirtmek gerekir ki böyle bir durumda hiyerarşik ilişki bakımından hukuka uygun hale gelen emir değil, bu emrin yerine getirilmesidir ve gerek emrin haksızlık niteliği gerekse fiilin dış ilişkiler bakımından bir bütün olarak hukuka aykırılığı devam etmektedir.

Konusu suç teşkil eden emirler söz konusu olduğunda ise kural, böyle bir emri veren amirin de yerine getiren memurun da sorumlu olmasıdır. Ancak emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği bazı durumlarda emri yerine getirene

istisnai bir sorumsuzluğun tanındığı görülmektedir. Bu durumlardan biri AsCK'nın 41/3. maddesinde, bir diğeri de PVSK'nın 2/3. maddesinde yer almaktadır. Askeri hukuk amirin tüm emirlerine mutlak itaati kabul etmişken, kolluk hukukunda, bazı istisnai hallerde emirlerin sorgulanmaksızın derhal yerine getirileceği kabul edilmiştir. İşte böyle durumlarda verilen emirlerin yerine getirilmesi suretiyle bir suç işlenirse, sorumluluğun emri verene ait olacağı düzenlenmiştir. Bu konuda PVSK herhangi bir istisna getirmeden yalnızca amirin sorumlu olacağını belirtmiş, AsCK ise amirin verdiği emrin bir suçun işlenmesine ilişkin olduğunu bilmesi halinde astın da sorumlu olacağını kabul etmiştir. Ancak mevzuatta düzenlenmese de, yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için emrin açıkça suç teşkil etmemesi gerektiğini önemle vurgulamak gerekir. Nitekim emir açıkça suç teşkil ediyorsa, yerine getirenin bu konudaki bilgisizliğinin de bir önemi olmayacaktır. Askeri mevzuat ile kolluk mevzuatının tanıdığı bu istisnai sorumsuzluk hallerinin hukuki niteliği de tartışılmış ve hukuka uygunluk nedeni ile kusurluluğu kaldıran neden olarak başlıca iki görüşün bulunduğu görülmüştür. Gerek ulusal mevzuatlarda gerekse uluslararası ceza hukukunda, bazı koşulların varlığı halinde emri yerine getiren astın amirin emri savunmasından (*defence*) yararlanabileceği kabul edilse de, bunun bir hukuka uygunluk nedeni olamayacağı (*justification*) ve ancak kusurluluğu kaldıran bir neden (*excuse*) olabileceği vurgulanmıştır. Gerçekten konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi hiçbir hukuk düzeni tarafından asta görev olarak yüklenemez veya buna izin verilemez. O nedenle amirin emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak sınırını, emrin konusunun suç teşkil etmesi oluşturur. Ancak emrin konusunun suç teşkil ettiği hallerde dahi astın mutlak sorumluluğu benimsenmemiş ve bazı koşulların varlığı halinde sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir. Hukuka

uygunluk denetiminin yapılamadığı, emrin açıkça suç teşkil etmediği (objektif ölçüt) ve astın da emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmediği (sübjektif ölçüt) böyle durumlarda, astın kusurunun ortadan kalktığını ve bunun fiilî hatanın bir görünümünü oluşturduğunu savunan görüşe katılıyoruz.

Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinde sorumluluğu ortadan kaldıran bir durum da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatadır. Memur, kendisine verilen emrin taşınması gereken tüm şartlarının olayda gerçekleştiğini ve hukuka uygun bir emri yerine getirdiğini zannederek emrin hukuka aykırılığı konusunda kaçınılmaz hataya düşer ve kendisine bu konuda bir kınama da yöneltilemezse, bu fiilî hatasından yararlanır ve sorumluluğu doğmaz. Belirtmek gerekir ki, amiri tarafından verilen her emre -suç teşkil etsin etmesin- itaat etmesinin kendisi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni yaratacağını zannetmesi, hukuki bir hata olup astın sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Öte yandan kendisine verilen emrin sınırlarını aşan memur, sınırı aşmada kusursuz ise sorumlu olmayacak, kasıtlı ise sınırı aştığı kısımdan tamamen sorumlu olacaktır. Sınırı aşmada taksirli davrandıysa, şartları olduğu takdirde taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu noktada zor ve silah kullanımında sınırın aşılması hususu ayrı bir öneme sahiptir. Özellikle silahın son çare olarak ve olayın koşullarıyla ve karşılaşılan direnişle ölçülü olarak kullanılmasının gerekliliği önem kazanmaktadır. Toplu olarak müdahalede bulunulacak durumlarda olduğu gibi zor ve silah kullanımının amirin emrine bağlı olduğu hallerde, zor ve silah kullanmada sınırı aşan astın kasıtlı veya taksirli sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

ÖZET

Amirin emrinin yerine getirilmesi, gerek Türk ceza hukukunda gerekse uluslararası ceza hukukunda en tartışmalı konulardan birini oluşturmaktadır. Özellikle emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliğinin ne olacağı hususunda doktrinde bir uzlaşıya varılmış değildir. Üç bölümden oluşan çalışmada, birinci bölümde amirin emrinin yerine getirilmesi ile görevin ifası ilişkisine yer verilmiş ve ardından emrin yerine getirilmesinin tarihsel gelişimi incelenmiştir. Uluslararası ceza hukukunda ileri sürülen teorilere ve konunun uluslararası alandaki gelişimine değinildikten sonra, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde amirin emrinin yerine getirilmesinin şartları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, hukuka uygun ve hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinin sorumluluğa etkisi üzerinde ayrıntılı bir şekilde durulmuş ve konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerle konusu suç teşkil eden emirlerin hukuki nitelikleri hakkındaki tartışmalar değerlendirilmiştir. Son olarak emrin yerine getirilmesinde hata ve sınırın aşılması halleri ele alınmıştır.

ABSTRACT

Execution of superior order is one of the most contradictive issues in both Turkish and international criminal law. In the doctrine, there is no reconciliation, particularly, on the legal nature of execution of order. In the thesis which consists of three chapters, under the first chapter, the relation between execution of superior order and perform the legal duty is expressed and then historical development process of execution of superior order is mentioned. The theories propounded in international criminal law and the process of the issue in international area are considered. Following that, regulations in comparative law are expressed. Under the second chapter, provisions of execution of superior order are examined. Under the third chapter, effects of executions of legal and unlawful orders on legal responsibility are comprehensively examined and then, discussions about legal natures of orders which are manifestly illegal and, unlawful orders which not constitute an offence, are considered. Finally, mistake of law and mistake of fact and exceeding of border in execution of superior order are also mentioned.

KAYNAKÇA

AKGÜNDÜZ Ahmet: İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, C. 1, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yay., İstanbul 2011.

AKYAZAN Ahmet Emrah: “5237 Sayılı TCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, ABD, Yıl: 2006, S. 1, s. 77-98.

ALACAKAPTAN Uğur: Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

ALPKAYA Gökçen: Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2002.

ARASLI Tevfik: Emir ve Yapılmasından Doğacak Sorumun Kime Ait Olacağı, B. 2, Doğu Ltd. O. Matbaası, Ankara 1952.

ARSLAN Çetin / KAYANÇİÇEK Murat: Suçta Tekerrür, Seçkin Yay., Ankara 2009.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner: Ceza Hukuku, B. 5, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2011.

ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, Adalet Yay., Ankara 2014.

ASLAN Muzaffer Yasin: Teoride ve Uygulamada Savaş Suçları, Bilge Yay., Ankara 2006.

AYCAN Ragıp: “Türk Ceza Kanunu ile Askeri Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Mukayesesi Üzerine Bir İnceleme”, AD, Yıl: 54, S. 9-10, Eylül-Ekim 1958, s. 954-972.

AYDIN Devrim: “*Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi*”, AÜHFD, C. 51, S. 4, 2002, s. 131-167.

AYDIN Devrim: “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 1, AÜ Yay., Ankara 2015, s. 137-174.

AZARKAN Ezeli: “*Uluslararası Ceza Mahkemelerinde Savaş Suçları*”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 1, Yıl: 2004, s. 53-76.

BASSIOUNI M. Cherif: Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 1999.

BELGESAY Mustafa Reşit: Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1015, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.

BOHRER Ziv: “*England and the Superior Orders Defence - Choosing the Middle Path*”, Oxford University Commonwealth Law Journal, Vol. 12, No. 2, 2012, s. 273-294.

BOZBAYINDIR Ali Emrah: Turkey and the International Criminal Court, Nomos, Köln 2012.

CASSESE Antonio: International Criminal Law, Oxford University Press, 2003.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Beta Yay., İstanbul 2012.

CENTEL Nur / ZAFER Hamide / ÇAKMUT Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, B. 8, Beta Yay., İstanbul 2014.

ÇELEBİCAN Özcan Karadeniz: Roma Hukuku, B. 15, Yetkin Yay., Ankara 2012.

DANIEL III Aubrey M.: “*The Defence of Superior Orders*”, University of Richmond Law Review, Vol. 7, 1973, s. 477-509.

DEĞİRMENCİ Olgun: “*Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu*”, KHO Bilim Dergisi, C. 18, S. 2, 2008, s. 1-35.

DEĞİRMENCİ Olgun: “*Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa*”, TAAD, C. 1, Yıl: 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 455-484.

DEĞİRMENCİ Olgun: “*Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu*”, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 120, Aralık 2012, s. 57-96.

DEĞİRMENCİ Olgun: Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2014.

DEMİRBAŞ Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yay., Ankara 2013.

DEMİREL Hakkı: “*Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar*”, AÜHFD, C. 7, S. 1-2, 1950, s. 116-121.

DEMİREL Muhammed: Amirin Emri, On İki Levha Yay., İstanbul 2014.

DERDİMAN Ramazan Cengiz: “*Polisin Zor ve Silah Kullanma Yetkisinin Anayasal ve Yasal Dayanakları ve Boyutları*”, Journal of Business Economics and Political Science, Vol. 2, No: 3, June 2013, s. 43-81.

DEVİRİM Semahattin: “*Anayasanın 125 inci Maddesi Üzerinde Bir İnceleme*”, Danıştay Dergisi, Yıl: 9, S. 34-35, 1979, s. 132-137.

DI MARZO Salvatore: Roma Hukuku, (Çev. Ziya Umur), İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 1, B. 10, Beta Yay., İstanbul 1987.

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, B. 11, Beta Yay., İstanbul 1997.

DUMAN İlker Hasan: “*Kanunsuz Emir*”, YD , C. 13, S. 1-2, Ocak-Nisan 1987, s. 45-50.

DURSUN Selman: “*Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*”, GÜHFD, C.18, S. 2., s. 203-252.

EDEN Paul: “*Criminal Liability and the Defence of Superior Orders*”, The South African Law Journal, Vol. 108, Juta&Co Ltd. Law Publisher, Cape Town and Johannesburg 1991, s. 640-655.

ERDOĞDU Ahmet: “*Kanunun Bir Hükmünün İcrası Sırasında İşlenen Suçlar*”, AD, Yıl: 42, S. 4, Nisan 1951, s. 538-557.

EREM Faruk / DANIŞMAN Ahmet / ARTUK Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 1997.

EREM Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1, B. 8, AÜHF Yay., Ankara 1968.

ERGÜN Güneş Okuyucu: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Çakmak Yay., Ankara 2008.

ERMAN Sahir: Askeri Ceza Hukuku, B. 7, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983.

ERMAN Sahir: “*Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur*”, AÜSBFD, C. 2, S. 3, 1947, s. 235-276.

ERYILMAZ M. Bedri / BOZLAK Ayhan: “*Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi*”, TBBD, S. 83, Yıl: 2009, s. 223-277.

GAETA Paola: “*The Defence of Superior Orders: The Statue of the International Criminal Courts versus Customary International Law*”, European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, s. 172-191.

GÖZLER Kemal / KAPLAN Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, B. 15, Ekin Yay., Bursa 2014.

GÖZÜBÜYÜK Şeref / TAN Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, C. 1, B. 10, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2014.

GREEN Leslie C.: Superior Orders in National and International Law, A.W. Sijthoff, Leyden 1976.

GÜNAL Yılmaz: “*Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi*”, AÜSBFD, C. 20, S. 2, 1965, s. 635-669.

GÜNAL Yılmaz: “*Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk*”, AÜSBFD, C. 22, S. 4, 1967, s. 169-207.

GÜNAL Yılmaz: “*Harp Suçluları Bakımından Yetkili Merciin Emrini İfada Sorumluluk*”, AÜSBFD, C. 21, S. 1, 1966, s. 183-191.

GÜNAL Yılmaz: Yetkili Merciin Emrini İfa, AÜSBF Yay., No: 224-206, Ankara 1967.

GÜNDAY Metin: İdare Hukuku, B. 10, İmaj Yay., Ankara 2011.

GÜNEYSU Gökhan: Uluslararası Hukukta Amirin Emri, On İki Levha Yay., İstanbul 2015.

GÜNGÖR Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yay., Ankara 2007.

GÜZELOĞLU Turan: Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Seçkin Yay., Ankara 2008.

HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2011.

HAFIZOĞULLARI Zeki: “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi”, AÜHFD, , C. 44, S. 1-4, 1995, s. 567-585.

HAFIZOĞULLARI Zeki: “Polisin Zor Kullanma Görev ve Yetkisi”, AÜSBFİHMD, Kasım 1955, C. 3, S. 4, s. 14-20.

HAKERİ Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 17, Adalet Yay., Ankara 2014.

HOBBS Thomas: Leviathan, (Çev. Semih Lim), B. 12, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2013.

HOBEL Mark: “*So Vast an Area of Legal Irresponsibility? The Superior Orders Defense and Good Faith Reliance on Advice of Counsel*”, Columbia Law Review, Vol. 111, 2011, s. 574-623.

HÜNLER Arın: İç Güvenlik Hizmetlerinde Özelleştirme ve 5188 Sayılı Kanun, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Ankara 2010.

INSCO James B.: “*Defense of Superior Orders Before Military Commissions*”, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 13, 2003, s. 389-418.

İÇEL Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Beta Yay., İstanbul 2014.

İÇEL Kayıhan / ÖZGENÇ İzzet / SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih Selami / ÜNVER Yener: Suç Teorisi, 2. Kitap, Sebat Yay., İstanbul 1999.

JESCHECK Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukukuna Giriş, (Çev. Feridun Yenisey), B. 2, Beta Yay., İstanbul 2007.

KATOĞLU Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin Yay., Ankara 2003

KILDAN İsmail Turgut / BAHADIR Oktay: “*Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu*”, TAAD, Yıl: 3, S. 11, Ekim 2012, s. 193-223.

KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Seçkin Yay., İstanbul 2013.

KOCA Mahmut: “*YTCK’da Hukuka Uygunluk Nedenleri*”, CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 115-148.

KOÇ Cihan: Kolluğun Adli Görevleri, Kartal Yay., Ankara 2002.

KOÇ Cihan: Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı-Örneklili Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ve İlgili Mevzuat, B. 21, Sözkese Matbaası, Ankara 2014.

KÖPRÜLÜ Timuçin: Uluslararası ve Ulusal Ceza Hukukunda Soykırım Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Yayımlanmamıştır), Ankara 2008.

KUDO Koji: Command Responsibility and the Defence of Superior Orders, The Thesis Submitted for The Degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester, 2007.

KUNTER Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.

KUNTER Nurullah / YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 18, Beta Yay., İstanbul 2010.

KÜHL Kristian: “*Radbruch Formülü*”, (Çev. Mehmet Cemil Ozansü), İÜHFM, C. 70, S. 1, Yıl: 2012, s. 369-374.

LIPPMAN Matthew R.: “*Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defence*”, Penn State International Law Review, Vol. 20, 2001, s. 153-251.

LÜTEM İlhan: Harp Suçları ve Milletlerarası Hukuk, AÜHF Yay., Ankara 1951.

MAHMUTOĞLU Fatih S.: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Dergisi, S. 5, Nisan 2005, s. 42-60.

MAKARACI Halil: “*Vur Emri Bir İnsan Avidir*”, ABD, S. 6, Yıl: 1976, s. 1065-1070.

MALKOÇ İsmail / GÜLER Mahmut: Zimmet, İrtikap, Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları, Gen Matbaacılık, Ankara 1993.

MERAKLI Serkan: “*Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi*”, CHD, Yıl: 5, S. 12, Nisan 2010, s. 261-302.

METİN Sevtap / HEPER Altan: Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü, Tekin Yay., İstanbul 2014.

ODMAN Tefrik: “Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, 1996, s. 131-151.

ÖNDER Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Beta Yay., İstanbul 1989.

ÖNOK Murat: Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2003.

ÖNOK Murat: Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu.

ÖZBEK Veli Özer / KANBUR Mehmet Nihat / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 4, Seçkin Yay., Ankara 2013.

ÖZDEMİR Gökçe Türkoğlu: Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Seçkin Yay., Ankara 2008.

ÖZGENÇ İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 9, Seçkin Yay., Ankara 2013.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 14, Seçkin Yay., Ankara 2014.

PISAPIA Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, (Çev. Atıf Akgüç), Adalet Bakanlığı Yay., Yeni Seri No: 10, Ankara 1971.

PİRLER Orhan: “*Kamu Hizmetlerinde Emir ve Uygulanması*”, TİD, Yıl: 59, S. 374, Mart 1987, s. 15-36.

POLATCAN İsmet: Notlu-Açıklamalı- İctihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanunu, B. 15, Bayrak Yay., İstanbul 2006.

SACK Alexander N.: “*War Crimes and the Defence of Superior Order in International Law*”, Lawyers Guild Review, Vol. 11, 1945, s. 11-17.

SATO Hiromi: “*The Defence of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law*”, International Criminal Law Review, Vol. 9 2009, s. 117-137.

SCHABAS William A.: An Introduction to the International Criminal Court, Second Edition, Cambridge University Press, 2004.

SELÇUK Sami: “*İdare ve Ceza Hukuklarında Memur Kavramı*”, YD, C. 23, , S. 1-2, Ocak-Nisan 1997, s. 21-45.

SEVER D. Çiğdem: “*Kolluk Yetkilerinin Devredilmezliği İlkesi Açısından Özel Güvenlik*”, Sarper Süzek'e Armağan, C. 3, Beta Yay., Ankara 2011, s. 3279-3311.

SLIEDREGT Elies von: The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law, TMC Asser Press, Hague 2003.

SOYASLAN Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 6, Yetkin Yay., Ankara 2014.

SÖĞÜTLÜ Özlem: Roma Hukukunda Aile Babasının Egemenliği Altında Bulunanların Fiillerinden Sorumluluğu ile Türk Hukukunda Aile Reisinin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Ankara 1993.

ŞEKERCİOĞLU Metin: Ceza Hukukumuzda Memur Kavramı, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1974.

TAHİROĞLU Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin: Roma Hukuku Dersleri, B. 5, Der Yay., İstanbul 2009.

TAHİROĞLU Bülent: Roma Borçlar Hukuku, Der Yay., İstanbul 2009.

TANER Tahir: Ceza Hukuku, B. 3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1953.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, B. 10, Seçkin Yay., Ankara 2013.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, B. 2, Seçkin Yay., Ankara 2014.

TEZCAN Durmuş: “*Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine*”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, İÜHF Yay., s. 481- 490.

TOROSLU Haluk: Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Savaş Yay., Ankara 2015.

TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, B. 19, Savaş Yay., Ankara 2013.

TURHAN Faruk: “*Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, DEÜ Yay., İzmir 2000, s. 333-365.

ULUKANLIGİL Metin: Askeri Yargıda İtaatsizlik Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul 2001.

UYGUN Mehmet / SAVAŞ Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık: Ceza Genel Kurulu Kararları, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, Ankara 1987.

ÜÇÖK Coşkun / MUMCU Ahmet / BOZKURT Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, B. 12, Turhan Kitabevi Yay., Ankara 2007.

ÜNVER Yener: “YTCK’da Kusurluluk”, CHD, Eylül 2006, S. 1, s. 41-78.

VERSEVELD Annemieke van: Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Criminal Law, TMC Asser Press, The Hague 2012.

WALLERSTEIN Shlomit: “*Why English Law Should Not Incorporate the Defence of Superior Orders*”, Criminal Law Review, 2010, s. 109-126.

WEBER Max: Bürokrasi ve Otorite, (Çev. H. Bahadır Akın), B. 6, Adres Yay., Ankara 2013.

WILLIAMS Glanville: Criminal Law The General Part, Second Edition, Gaunt Inc., 1998.

YAKUPOĞLU Yusuf: “*Emrin Yerine Getirilmesinden Dolayı Memurların Cezai Sorumluluğu*”, İdare Dergisi, Yıl: 28, S. 244, Ocak-Şubat 1957, s. 188-192.

YENİSEY Feridun: Kolluk Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2009.

YILMAZ Ejder: Hukuk Sözlüğü, B. 3, Yetkin Yay., Ankara 2005.

YİĞİT Yaşar: İslam Ceza Hukuku, Sistem Ofset Yay., Ankara 2012.

YÜCEER Bilal: Askerlikde Emir Müessesesi, Nüve Matbaası, Ankara.

ZAFER Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, B. 3, Beta Yay., İstanbul 2013.

ZIMMERMANN Andreas: “*Superior Orders*”, The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary, Vol. I, (Editors: Antonio Cassese, Paola Gaeta, John, R.W.D. Jones), Oxford University Press, 2002, s. 957-974.

İnternet Kaynakları

http://www.academia.edu/10671638/Polis_Vazife_ve_Salahiyet_Kanun_Tasarısı_İç_güvenlik_Paketi_

BBC Türkçe, Biber Gazı Kullanımı Konusunda Genelge, 27. 06. 2013, http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/06/130627_biber_gazi_genelgesi.

<https://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic9.Torture.htm>

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>