

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

**CEZA HUKUKUNDA
AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ**

Doktora Tezi

Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ

Ankara-2018

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

**CEZA HUKUKUNDA
AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ**

Doktora Tezi

Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara-2018

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

CEZA HUKUKUNDA
AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Doktora Tezi

Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

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

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

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../2016)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ KAVRAMI VE SUÇA ETKİSİ

I) AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ	4
--	---

1) Kavram.....	4
----------------	---

2) Türk Hukukundaki Düzenlenme Şekli.....	5
---	---

II. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ İÇİNDEKİ YERİ.....	7
---	---

1) Hukuka Aykırılık Kavramı	7
-----------------------------------	---

A. Genel Olarak	7
-----------------------	---

B. Hukuka Aykırılığın Tespiti ve Suçun Unsuru Olarak Hukuka Aykırılık	8
---	---

C. Hukuka Aykırılığın Kapsamı	11
-------------------------------------	----

D. Şekli Hukuka Aykırılık-Maddi Hukuka Aykırılık Ayrımı	14
---	----

2) Hukuka Uygunluk Nedenleri	19
------------------------------------	----

A. Genel Olarak	19
-----------------------	----

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığı.....	21
--	----

C. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Etkisi	24
--	----

D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kusurluluğu Kaldıran Nedenlerden Farkları.....	26
--	----

a. Kusurluluğu Kaldıran Nedenlerin Suça Etkisi	27
--	----

b. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Aralarındaki Farklar.....	30
--	----

aa. Ceza Hukuku bakımından farkları	30
---	----

bb. Hukuk düzenindeki etkisi bakımından farkları	32
--	----

cc. Ceza muhakemesi hukuku bakımından farkları.....	35
---	----

3) Amirin Emrinin Yerine Getirilmesinin Suça Etkisi	38
---	----

A. Genel Olarak	39
-----------------------	----

B. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesinin Suça Etkisi	39
---	----

C. Hukuka Aykırı Emrin Yerine Getirilmesinin Suça Etkisi.....	42
---	----

a. Hukuka Aykırı Ancak Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emrin Yerine Getirilmesi.....	43
--	----

aa. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Kusurluluğu Kaldırdığını İleri Süren Görüş.....	44
---	----

bb. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Mazeret Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş	47
cc. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş.....	49
dd. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	53
b. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesi.....	59
aa. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Kusurluluğu Kaldırdığını İleri Süren Görüş	59
bb. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş.....	61
cc. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Cezalandırılabilirliğe Etki Ettiğini İleri Süren Görüş	63
dd. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	63

İKİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN KOŞULLARI

D) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ŞARTLARI	67
1. Bir Emrin Bulunması.....	67
A. Emir	67
B. Emri Veren	70
C. Emri Uygulayan	75
D. Hiyerarşik İlişki	80
a. Kamu Hukukunda Hiyerarşik İlişki	80
b. Özel Kişiler Bakımından Hiyerarşik İlişki.....	84
c. Asker Kişiler Bakımından Hiyerarşik İlişki	89
d. Hiyerarşi Yetkisine Tabi Olmayanlar	92
E. Emir Uyuşmazlıkları	95
a. Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Çıkabilecek Emir Uyuşmazlıkları	97
aa. Kolluk Personeli Bakımından	97
bb. Kamu Görevlisi Tanık Bakımından.....	99
b. TSK İç Hizmet Kanununa Göre Çıkabilecek Emir Uyuşmazlıkları	102
c. İl İdaresi Kanununa Göre Çıkabilecek Emir Uyuşmazlıkları	103
aa. Askeri Birliklerin Olaya Müdahalesi	103
bb. Askeri Birlikler İle Kolluk Kuvvetlerinin Olaya Ayrı Müdahalesi Halinde	105

cc. Askeri Birlikler İle Kolluk Kuvvetlerinin Olaya Birlikte Müdahalesi Halinde	106
dd. İlçe Çevresinde Çıkabilecek Olaylara Müdahale Halinde.....	109
2. Emrin Bağlayıcı Bir Emir Olması	111
A. Emri Veren Yetkili Olması	113
a. Kişi Bakımından Yetki	115
b. Konu Bakımından Yetki	119
c. Yer Bakımından Yetki	120
d. Zaman Bakımından Yetki	121
B. Emrin Yasalara Uygun Olması	122
a. Emrin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu	123
b. Emrin İçerik Yönünden Hukuka Uygunluğu	125
C. Emrin Yerine Getirilmesinin Görev Gereği Zorunlu Olması	126
II) EMRİ YERİNE GETİRENİN EMRİN HUKUKA UYGUNLUĞUNU ARAŞTIRMA YETKİSİ	133
1. Emri Uygulayanın Hukukilik Denetimi Yapabilmesine İlişkin Teoriler	133
A. Mutlak İtaat Teorisi	133
B. Şekli Denetim Teorisi	133
C. Maddi Denetim Teorisi	134
D. İtiraz Teorisi.....	134
E. Emrin Denetimi Bakımından Memurlar Arasında Ayrım Yapan Teori.....	135
F. Hâkime Takdir Hakkı Tanyan Teori	135
G. Hukuka Açıkça Aykırı Olan Emre İtaat Edilmemesini İleri Süren Teori....	135
H. Değerlendirme ve Görüşümüz	136
2. Türk Hukukunda Denetim Yetkisi	137
A. Memurun Emrin Hukuka Uygunluğu Araştırma Yetkisi.....	137
a. Anayasa Bakımından.....	139
b. Türk Ceza Kanunu Bakımından.....	141
c. Devlet Memurları Kanunu Bakımından	144
d. İl İdaresi Kanunu Bakımından	146
B. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin İstisnaları	148
a. Asker Kişiler Açısından	149
b. Kolluk Güçleri Açısından	156
III) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE SORUMLULUK DURUMU	162

1. Emrin Hukuka Uygunluğu ve Sorumlu Olmama	163
2. Emrin Hukuka Aykırılığı ve Sorumluluk	167
A. Hukuka Aykırı Ancak Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emir Bakımından Sorumluluk	167
B. Konusu Suç Teşkil Eden Emir Bakımından Sorumluluk.....	172
a. Emri Veren Sorumluluğu	179
b. Emri Uygulayanın Sorumluluğu	185
C. Mutlak İtaat Yükümlülüğü Bulunanların Sorumluluğu	187
a. Asker Kişilerin Sorumluluğu.....	188
b. Kolluk Güçlerinin Sorumluluğu.....	192

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SINIRIN AŞILMASI, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU, HATA HALİ VE DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

I) SINIRIN AŞILMASI	195
1. Emrin Yerine Getirilmesinde Sınırın Aşılması	195
2. Sınırın Mücbir Sebep Dolayısıyla Aşılması	199
3. Sınırın Kasten Aşılması	201
4. Sınırın Taksirle Aşılması	204
II) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN DURUMU	210
1. Hukuka Uygun Emirler Bakımından Direnme Hakkı	211
2. Hukuka Aykırı Ancak Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emirler Bakımından Direnme Hakkı	214
3. Konusu Suç Teşkil Eden Emirler Bakımından Direnme Hakkı.....	215
4. Sınırın Kasten Aşılması Karşısında Direnme Hakkı	217
III) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE HATA	218
1. Emrin Yerine Getirilmesine İlişkin Hukuki Hata.....	219
2. Emrin Yerine Getirilmesi Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartlarına İlişkin Hata	223
IV) AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLE DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	227
1. Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi	227
2. Meşru Savunma ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi	229
3. Zorunluluk Hali ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi.....	230

4. Hakkın Kullanılması ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi	232
5. İlgilinin Rızası ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi.....	233

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

D) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ULUSLARARASI CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ	234
1) Genel Olarak	234
2) Uluslararası Ceza Hukukunda Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuki Niteliği.	238
3) Emrin Yerine Getirilmesinin Tarihsel Gelişimi	246
A. I. Dünya Savaşı Öncesi	246
B. I. Dünya Savaşı Sonrası	247
a. Leipzig Yargılamaları.....	247
C. II. Dünya Savaşı Sonrası	251
a. Nürnberg Yargılamaları	251
b. Tokyo Yargılamaları	257
c. Takip Eden Davalar.....	258
d. Diğer Davalar	260
D. Londra Anlaşması Sonrası Gelişmeler.....	262
E. Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemeleri Bakımından Emrin Yerine Getirilmesi	266
4) Uluslararası Ceza Divanı Bakımından Emrin Yerine Getirilmesi	270
A. Roma Statüsü'nde Emrin Yerine Getirilmesi	270
II. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA KOMUTAN/ÜST SORUMLULUĞU	282
1) Roma Statüsü'nden Önceki Düzenlemeler	283
A. Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokolde Yer Alan Düzenlemeler	284
B. Ad Hoc Mahkemelerin Statülerindeki Düzenlemeler	286
2. Roma Statüsü'ndeki Düzenleme	294
SONUÇ	300
ÖZET	315
ABSTRACT	317
KAYNAKÇA	319

KISALTMALAR CETVELİ

AsCK	: Askeri Ceza Kanunu
AsYrg	: Askeri Yargıtay
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
BBG	: Bundesbeamtengesetz
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
K.	: Karar
kn.	: Kenar No
m.	: Madde
md.	: Madde
No	: Numara
PVSK	: Polis Vazife Selahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı/Sayılı
SG	: Soldatengesetz,
StGB	: Strafgesetzbuch
T	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB Dergisi	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

- UZwg** : Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
- VStGB** : Völkerstrafgesetzbuch
- WStG** : Wehrstrafgesetz
- YTCK** : Yeni Türk Ceza Kanunu



GİRİŞ

Yetkili amir ya da merciin verdiği emrin ast veya memur tarafından yerine getirilmesi emrin yerine getirilmesidir. Emrin yerine getirilmesi gerek Türk Hukuku gerekse de uluslararası ceza hukuku bakımından önemli bir konudur. Anayasa'nın 137. maddesinde kanunsuz emir düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde "kanunun hükmü ve amirin emri" başlığı altında emrin yerine getirilmesi hüküm altına alınmıştır. Maddenin birinci fıkrası kanunun hükmünün yerine getirilmesini düzenlemekte iken, iki, üç ve dördüncü fıkraları amirin emrinin yerine getirilmesine ilişkindir. Devlet Memurları Kanunu, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Askeri Ceza Kanunu ve Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda da konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda amirin emrinin yerine getirilmesinin kusurluluğu ortadan kaldıran hal olduğu ve fail hakkında ceza yer verilmesine yer olmadığı kararı verilmesinin kabulü Türk Hukukunda tartışmalara neden olmuştur. Ceza Kanunu'nun gerekçesinde de benzer açıklamaların yer alması amirin emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedenleri arasındaki yerini tartışmaya açmıştır. Kanunun hükmünün ve kanunsuz yani konusu suç olan emrin yerine getirilmesi bakımından da teori ve uygulamada özellikle kuvvet kullanma yetkisine sahip kişiler bakımından sıkıntılar bulunmaktadır. Uluslararası ceza hukuku ise her iki hali de hukuka uygunluk nedeni kabul etmeyerek ulusal ceza hukuku sisteminden tamamen ayrı bir özellik göstermektedir. Tüm bu problemler hem kanunun hükmünün hem de amirin emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedenleri arasındaki yerini ve özelliklerini incelemeyi gerekli kılmıştır.

Tez çalışmamızda amirin emrinin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni kabul etmemizin gerekçesi, emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedenleri arasındaki yeri, şartları, özellikleri ve uluslararası ceza hukukundaki durumu Türk hukuk mevzuatı bakımından karşılaştırmalı hukuk bilgisinden de faydalanılarak açıklanmaya çalışılacaktır.

Tez çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak amirin emrinin yerine getirilmesi kavramı, amirin emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedenleri içindeki yeri, hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk nedenlerinin özellikleri ve kusurluluğu kaldıran nedenlerden farkları ile emrin yerine getirilmesinin suça etkisi incelenecektir. Bu bağlamda özellikle hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran neden mi olduğu ve suç teşkil eden kanunsuz emrin yerine getirilmesinin suça etkisi tartışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde kanunun hükmünün ve amirin emrinin yerine getirilmesinin koşulları, emri yerine getirenin emrin hukuka uygunluğunu araştırma yetkisi, emrin yerine getirilmesinde sorumluluk durumu, sınırın aşılması ve hata hali incelenecek, Anayasa'nın 137. maddesinde düzenlenmiş olan "Kanunsuz Emir" hükmü, Askeri Ceza Kanunu ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ilgili hükümleri ve ilgili diğer mevzuat araştırma konusu yapılacaktır.

Üçüncü bölümde emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması, üçüncü kişilerin durumu ve hata hali incelenecek, amirin emrinin yerine getirilmesinin diğer hukuka uygunluk nedenleriyle karşılaştırılması yapılacaktır.

Tez çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde ise emrin yerine getirilmesine ilişkin uluslararası ceza hukukundaki durum uluslararası ceza hukuku kaynakları ve uluslararası ceza yargılamaları esas alınarak değerlendirilecektir. Öncelikle emrin yerine getirilmesinin uluslararası ceza hukuku bakımından hukuki niteliği tartışılacak devamında kavramın tarihsel gelişimi açıklanmaya çalışılacaktır. Uluslararası ceza hukukunda üst/komutan sorumluluğuna da değinilerek çalışma bitirilecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ KAVRAMI VE SUÇA ETKİSİ

I) AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

Amirin emrinin yerine getirilmesi Türk Ceza Kanununda Kanunun hükmü ve amirin emri başlığı altında 24. maddenin ikinci fıkrasında “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

1) Kavram

Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kısım ikinci bölümünde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Ceza Sorumluluğunu Azaltan Nedenler” başlığı altında 24, 25, 26 ve 27. maddeler de altı hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Bu hukuka uygunluk nedenleri sırasıyla; kanunun hükmünün yerine getirilmesi, amirin emrinin yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır.

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi ve amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri genellikle görevin yerine getirilmesi başlığı altında incelenmektedir.¹ Bunun nedeni gerek kanunun hükmünü gerekse de amirin emrini yerine getiren kimsenin aslında görevini yapmasıdır. Görevin kaynağı kanunun hükmünün yerine getirilmesinde kanun hükmü iken amirin emrinin yerine

¹ Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım, Cilt II**, İstanbul, 1999, s. 87, Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989, s. 233, Erem, Faruk /Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 552, Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 150.

getirilmesinde emirdir.² Ortak nokta ise her iki halde de fiili hukuka uygun kılının görevin yerine getirilmesi olmasıdır.³ Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde de amirin emrinin yerine getirilmesinde de emir kanuna aykırı olamayacağı için bu iki hukuka uygunluk nedeninin birleştirilmesi sakıncalı değildir.⁴

Hukuk düzeni kişiye hem bir görev yükleyip hem de bu görevi yerine getirmesinden dolayı kişiyi cezalandıramaz. Bu hukuk düzeninin kendisiyle çelişmeyeceği ilkesinin bir sonucudur.⁵ Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni de bu ilkenin tipik bir göstergesidir.⁶ Hukuk düzeni ile fiil arasındaki çatışma hukuka aykırılıktır, görevin yerine getirilmesi halinde kişiye belli bir görevin yapılması ödevi yüklediği için hukuka aykırılıktan bahsedilemez.⁷

2) Türk Hukukundaki Düzenlenme Şekli

Emrin yerine getirilmesi; amir durumunda olan kişinin ya da yetkili merciin verdiği emrin ast durumunda olan kişi tarafından yerine getirilmesidir.⁸ Amirin emrinin yerine getirilmesi mülga 765 S. Türk Ceza Kanunu'nda da 5237 S. Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlenmiştir.

765 S. Türk Ceza Kanunu'nda emrin yerine getirilmesi; kanunun hükmünün yerine getirilmesi, meşru müdafaa ve zorunluluk hali ile birlikte 49. madde de düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında "*selahiyattar bir merciden verilip infazı*

² Dönmezer/Erman, s. 87, Önder, s. 233, Toroslu/Toroslu, s. 150, Günal, Yılmaz, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s.1,

³ Dönmezer/Erman, s. 87.

⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 553.

⁵ Dönmezer /Erman, s. 88, Toroslu/Toroslu, s. 150.

⁶ Toroslu/Toroslu, s. 150.

⁷ Dönmezer/Erman, s. 88.

⁸ Önder, s. 233.

vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.” hükmü yer almaktaydı.

5237 S. Türk Ceza Kanunu’nda ise 24. maddenin 2. fıkrasında görevin yerine getirilmesinin emirden kaynaklandığı hal yani amirin emrinin yerine getirilmesi düzenlenmiştir. Fıkraya göre “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında da amirin emrinin yerine getirilmesi ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Üçüncü fıkraya göre “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.” Dördüncü fıkra ise “Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” hükmü yer almaktadır. Amirin emrinin yerine getirilmesi ile ilgili hükümler sadece Türk Ceza Kanunu’nda yer almamaktadır. Anayasanın 137. maddesinde Kanunsuz Emir başlığı altında konuyla ilgili hüküm vardır. Buna 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 surette yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır”⁹ Devlet Memurları Kanunu

⁹ 6771 S. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 16/B maddesine göre Anayasa’nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun’un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

madde 11. e göre “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 sorumludur.” Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Askeri Ceza Kanunu ve Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nda da konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

II. AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ İÇİNDEKİ YERİ

Amirin emrinin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygun veya hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emri yerine getiren memur ya da astın fiili hukuka uygundur. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi ise bir hukuka uygunluk nedeni değildir, bu durumda emri veren ve emri yerine getiren emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumludur.

1) Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık fiilin hukuku düzeniyle çatışma içinde olması, bir hukuk kuralını ihlal etmesidir. Suç hukuka aykırı kusurlu fiildir. Fiilin işlenmesine bir hukuka uygunluk nedeniyle izin verilmediği hallerde fiil hukuka aykırıdır.

A. Genel Olarak

Hukuk insanın egemenlik alanını sınırlamaktadır, bu durum hukukun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Hukuka aykırı fiiller hukuk kurallarının çizdiği sınırın aşılması anlamına gelmektedir. Hukuken korunan menfaate saldırı, hukuk düzeni ile çatışma hukuka aykırılıktır.¹⁰ Suç; hukuka aykırı kusurlu fiildir. Ancak

¹⁰ Dönmezer/Erman, s. 1, Önder, s. 150, Toroslu/Toroslu, s.99, Hafızoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015, s. 219, Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2014,

herhangi bir fiil değil, ceza hukuku normunu ihlal eden, ceza normu ile çatışan fiil suç oluşturmaktadır. Eğer ceza normu ile çatışan bir fiil yoksa suç da yoktur.¹¹

Suç “kusurlu hukuka aykırı fiil” şeklinde tanımlanmakla hukuka aykırılığa salt objektif bir değer verilmektedir. Çünkü hukuka aykırılık hukuk düzeninin ulaşmaya çalıştığı amaçlarla da çatışan bir nitelik göstermektedir.¹²

Suç oluşturan fiil bir ceza hukuku normuna aykırılık teşkil etmektedir.¹³ Ceza Kanunu ihlal edilmedikçe suç oluşmaz. Bu yüzden suç; hukukla bir çatışma, hukuka aykırı bir fiildir.¹⁴ Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul edilmesi suç genel teorisi içinde yenidir.¹⁵ Ceza hukukunda hukuka aykırılık uzunca bir süre kusurluluk ya da ceza verilmesine yer olmayan hallerle birlikte ele alınmıştır.¹⁶ Bunun nedeni o dönemde suçun subjektif bir hakkı ihlal ettiğine ilişkin görüştür.¹⁷

B. Hukuka Aykırılığın Tespiti ve Suçun Unsuru Olarak Hukuka Aykırılık

Fiilin tipik olması, yani Ceza Kanunu’ndaki suç tanımına uyması suç oluşturmaması için yeterli değildir. Ayrıca fiilin hukuka aykırı olması, yasak ya da emir

s. 277, Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014, s. 208, Katoğlu, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 19, Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, s. 295, Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2014, s. 398, Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2015, s. 301, Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014, s. 215, Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan, Koray, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, s. 283, Özen, Muharrem, **Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 60, Heinrich, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Stuttgart, 2005, kn. 305, s. 120, Tröndle, Herbert, Fischer, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, München, 2004, § 32, kn. 13, s. 287, Jescheck, Hans Heinrich/ Weigend, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin, 2004, s. 197.

¹¹ Centel/Zafer/ Çakmut, s. 277.

¹² Pisapia, Gian Domenico, **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Padova 1965**, Çeviren: Atif Akgüç, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971, s. 45.

¹³ Hafizoğulları, Özen, s. 219.

¹⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 194, Centel/Zafer/Çakmut, s. 277.

¹⁵ Erem/Danişman/Artuk, s. 51, Önder, s. 147, Centel/Zafer/Çakmut, s. 277.

¹⁶ Erem, s. 24, Önder, s. 147, Centel/ Zafer/Çakmut, s. 277.

¹⁷ Önder, s. 147.

içeren bir hukuk kuralını ihlal etmesi yani hukuk düzeniyle çatışma içinde olması gerekmektedir.¹⁸ Hukuk düzeniyle çatışma içinde olmayan bir fiil, tipik olsa dahi suç oluşturmamaktadır.¹⁹

Hukuk düzeni belli bazı koşullar oluştuğunda yasakladığı davranışların yapılmasına izin vermektedir. Bir fiilin yapılmasına aynı zamanda hem izin verilmesi, hem de fiilin yapılmasının yasaklanması, hukuk düzeninin kendi içinde çelişmemesi özelliği gereği mümkün değildir. Bu yüzden hukuk düzeni yasakladığı bir fiilin yapılmasına belli koşullarda izin vermişse, yasaklanan fiil bu koşullar altında hukuka aykırı değildir.²⁰

Tipik fiilin işlenmesine bir hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla izin verilmemişse fiil hukuka aykırıdır. Bu yüzden hukuka aykırılığın tespiti, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut koşullarda bulunup bulunmadığının tespitidir.²¹ Suç oluşturan hukuka aykırılığın belirlenmesi için iki ayrı şart gerekmektedir. Öncelikle kanuni tipe uygun bir fiil olmalıdır ve tipik bu fiilin işlenmesine bir hukuka uygunluk nedeniyle izin verilmemesi gereklidir, yani hukuka uygunluk nedenleri mevcut şartlar bakımından somut olayda bulunmamalıdır.²² Fiilin işlenmesini emreden ya da işlenmesine izin veren özel

¹⁸ Mezger, Edmund, **Strafrecht ein Lehrbuch**, Berlin München, 1949, s. 163, Roxin, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band:I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, kn. 1, s. 600-601.

¹⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 194.

²⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 195.

²¹ Hafizoğulları, Özen, s. 221, Soyaslan, s. 208, Lackner, Karl/ Kühl, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung**, München 1999, kn. 16, s. 82, Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Gieseking E.U.W. GmbH, Bielefeld, 2003, s. 165.

²² Hafizoğulları/ Özen, s. 221, Özgenç, s. 305, Kunter, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1949, s. 142, Wessels, Johannes/ Beulke, Werner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg, C.F.Müller, 2012, kn. 270, s. 102.

durumların yani hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda bulunması halinde fiil artık hukuka uygundur, hukuka aykırılıktan söz edilemez.²³

Hukuka aykırılığın mevcut koşullarda hukuka uygunluk nedenleri bulunmaması şeklinde belirlenmesi, hukuka aykırılığın niteliğini tartışmalı hale getirmektedir. Hukuka aykırılık bu şekilde anlaşıldığında, suçun üçlü ayırımında objektif bir unsur olarak kabul edilmekte ve tipik fiilin nesnel bir niteliğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılık kusurluluğun dışında ve kusurluluktan bağımsız bir unsurdur. Hukuka aykırılığın fiil ve kusurluluğun yanında bağımsız bir unsur olarak kabul edilmesiyle kusurlu olmayan bir fiilin de hukuka aykırı olabilmesi sonucu doğmaktadır.²⁴

Suçun ikili ayırımında ise hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil, içkin bir niteliği, özü, hatta suçun kendisidir.²⁵ Hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur olmadığını savunan görüş, suçun zaten ceza normunun ihlali ve suçun özünün de bu ilişki olduğunu savunmakta, hukuka aykırılığa bağımsız bir unsur niteliği vermemektedir.²⁶ Görüşe göre hukuka aykırılık bir unsur değildir, çünkü fiilin ceza normu ile çatışıp çatışmadığına ilişkin bir yargıdan oluşmaktadır. Her suçta daima bir fiil yani maddi unsur, bir de psişik bir irade olan manevi unsur vardır. Maddi unsur ve manevi unsur doğal dünyaya ait, belli bir içeriğe sahip kavramlardır ve aralarında bir uyum bulunmaktadır. Bir yargıdan ibaret olan hukuka aykırılığı bağımsız bir unsur olarak bu iki unsurun yanına koymak, var olan bu uyumu bozacaktır. Bu görüşe göre hukuka aykırılık suçun zaten özü yani kendisidir, dolayısıyla ayrıca suçun bağımsız

²³ Hippel, Robert von, **Lehrbuch des Strafrechts**, Berlin, 1932, s. 107.

²⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 195.

²⁵ Toroslu/Toroslu, s. 108, Pisapia, s. 45.

²⁶ Toroslu/Toroslu, s. 108.

bir unsur olarak değerlendirilemez.²⁷ Bu yüzden görüş hukuka aykırılığı suçun bir unsurunu saymamakta, hukuka uygunluk nedenlerini fiilin menfi şartı olarak kabul etmektedir.²⁸ Ancak ceza hukukunda fiil ile hukuka uygunluk nedenlerinin işlevi farklıdır. Kanunilik ilkesi gereği fiil ceza yaptırımını gerektiren ihlal biçimlerini, suçun maddi unsurunu göstermektedir. Bu sebeple suçun fiil unsuru sadece ceza hukukuna aittir. Hukuka uygunluk nedenleri ise tüm hukuk düzeni bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırdıkları için ceza hukukunun tüm hukuk düzeni ile bütünleşmesini sağlamaktadır. Bu sebeple Ceza Kanunu'nda öngörülmemiş olan hukuka uygunluk nedenleri de tipik fiili suç olmaktan çıkarmaktadır.²⁹ Hukuka aykırılık fiilin menfi şartı olarak kabul edildiğinde ise bu durum açıklanamamaktadır. Ceza hukuku sistemi içerisinde fiil ayrı, hukuka uygunluk nedenleri ayrı işlevlere sahiptir.³⁰ Kanımızca hukuka aykırılık suçun bağımsız bir unsurunu oluşturmaktadır, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı da bunu desteklemektedir.³¹

C. Hukuka Aykırılığın Kapsamı

Hukuka aykırılık işlenen tipik fiilin sadece ceza hukuku ile değil, tüm hukuk düzeniyle çatışması, fiilin işlenmesine hukuk düzeni tarafından izin verilmemiş olmasıdır.³² Hukuk bir bütündür. Tüm hukuk dalları da hukuk düzeninin bir parçasını oluşturmaktadır. Ceza Kanunu'nun içinde örneğin ticaret hukukuna ilişkin bir düzenleme yer alabileceği gibi Ticaret Kanunu'nun içinde de ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme bulunabilir. Türk Ceza Kanunu'nun hileli iflas ve taksirli iflası düzenleyen 161. ve 162. maddeleri ile Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet suçunu

²⁷ Toroslu/Toroslu, s.118-119, Pisapia, s. 45.

²⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 210.

²⁹ Hafizoğulları/ Özen, s. 210, Centel,/Zafer/Çakmut, s. 278.

³⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 210.

³¹ Kunter, s. 84.

³² Dönmezer/Erman, s. 1, Kunter, s. 112, Lackner/Kühl, kn. 16, s. 82, Jescheck/Weigend, s. 327.

düzenleyen 62. ve 63. maddeleri bu duruma örnektir.³³ Hukuk düzeninde buna benzer birçok hüküm bulunmaktadır.

Hukuk düzeni parçalanamaz, bu sebeple hukuka aykırılığın sadece ceza hukuku yönünden kabul edilmesi mümkün değildir.³⁴ Hukuka aykırılık bir bütündür ve tüm hukuk düzeni bakımından değerlendirilmelidir.³⁵ Bir fiilin suç olması için, fiilin ceza hukuku kurallarını ihlal etmesi ve fiile ceza hukukunun içinde ya da dışında bir hukuk kuralı ile izin verilmemiş ya da fiilin yapılmasının emredilmemiş olması gereklidir.³⁶

Suç aslında fiil ile hukuk düzeni arasındaki bir karşıtlık, çatışma ilişkisidir.³⁷ Suç; fiil ile Ceza Kanununun ihlal edilmesidir. Ceza Kanununun ihlal edilmesi fiilin hukuk düzeniyle çatışması demektir. Hukuka aykırılık da fiilin hukuk düzeniyle bu çatışmasıdır.³⁸ Suç oluşturan hukuka aykırılık için fiilin ceza hukuku kurallarıyla çatışması ve hukuk düzeninde bu fiilin yapılmasına başka bir kural ile izin verilmemiş olması gereklidir.³⁹ Hukuka aykırılık Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş hukuka uygunluk nedenleri dolayısıyla da ortadan kalkmaktadır.⁴⁰ Bunun nedeni hukuka uygunluk nedenlerini oluşturan normların cezai olmayan niteliğe sahip olmasıdır.⁴¹ Cezalandırıcı normlardan farklı olarak bu normlar kanunilik ilkesine sıkı sıkıya tabi

³³ Soyaslan, s. 208-209.

³⁴ Wessels/Beulke, kn.. 99, s. 39, Jescheck/Weigend, s. 327, Erem/Danışman/Artuk, s. 60Kindhäuser, Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden Baden, 2015, § 15, kn. 10, s. 139, Haft, Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.H.Beck, 2004, s. 69.

³⁵ Kunter, s. 112.

³⁶ Dönmezer/Erman, s. 11.

³⁷ Dönmezer/Erman, s. 1, Hafizoğulları/Özen, s. 210-213.

³⁸ Dönmezer/Erman, s. 8, Hafizoğulları/Özen, s. 210-213.

³⁹ Jescheck/Weigend, s. 327, Haft, s. 65, Wessels/Beulke, kn. 274, s. 102, Centel/Zafer/Çakmut, s. 278.

⁴⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 210-213, Centel/Zafer/Çakmut, s. 278.

⁴¹ Hafizoğulları/Özen, s. 210-213.

değildir. Yine hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar suç ve ceza koyan normlar olmadıkları için bu normlar bakımından kıyas mümkündür.⁴²

Suç hukuk düzeniyle bir çatışma hali, fail tarafından suç ile korunan hukuki menfaatin, hak kavramının reddedilmesidir.⁴³ Bu yüzden suç bakımından hukuka aykırılık ayrıca Ceza Kanunu'nun genel ya da özel kısmında belirtmeye gerek olmayacak kadar açıktır.⁴⁴ Bununla birlikte kimi suç tiplerinde hukuka aykırılık ayrıca “hukuka aykırı olarak”, “kanuna aykırı olarak”, “hakkı olmaksızın” vb. gibi ifadelerle belirtilmektedir. Doktrinde böyle durumlarda hukuka genel aykırılığın kastedilmediği, failin kastının özel hukuka aykırılığı da içermesi ve failde hukuka aykırılık bilincinin bulunması gerektiği, bu tür suçların sadece doğrudan kastla işlenebileceği savunulmaktadır.⁴⁵ Ancak bizce buradan hukuka genel aykırılığın yanında hukuka özel aykırılığın olduğu gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Hukuka aykırılık tektir, hukuka genel aykırılık-hukuka özel aykırılık şeklinde ayrılamaz.⁴⁶

Hukuka aykırılığın kapsamının ve sınırının belirlenmesi, hukuk kuralı ile sadece ceza hukuku alanındaki kuralların mı yoksa tüm hukuk kurallarının mı kastedildiğini saptamak için gereklidir.⁴⁷ Hukuka aykırılık genel yani tüm hukuk düzenine aykırılık olarak kabul edilirse, ceza hukukunda var olan bir hukuka uygunluk nedeni tüm hukuk düzeninde hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak ve fiil tüm hukuk düzeninde hukuka uygun kabul edilecektir.⁴⁸ Hukuka aykırılık özel yani sadece ceza

⁴² Hafizoğulları/Özen, s. 210-213.

⁴³ Jescheck/Weigend, s. 233, Dönmezer/Erman, s.2, Hegel, G.W.F., **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çeviren: Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, Kasım 1991, s. 90,.

⁴⁴ Dönmezer/Erman, s. 2.

⁴⁵ Özgenç, s. 295, Koca/Üzülmez, s. 197, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.483.

⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 210-213.

⁴⁷ Dönmezer/Erman, s. 8.

⁴⁸ Dönmezer/Erman, s. 8.

hukukuna aykırılık olarak kabul edilir ise de aynı fiil ceza hukuku bakımından hukuka uygun diğer hukuk dalları bakımından ise hukuka aykırı olacaktır.⁴⁹ Hukuka aykırılığın kapsamının belirlenmesinin önemi bir hukuk dalı tarafından kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerinin diğer bir hukuk dalında hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmayacağı meselesidir.⁵⁰ Hukuka aykırılığın bir bütün ve parçalanmaz olduğunun kabulü ile bu sorun çözülmektedir, buna göre bir hukuk dalında hukuka aykırılığın ortadan kaldırın hukuka uygunluk nedeni tüm hukuk düzeni bakımından geçerli olacak ve fiil artık hukuka uygun sayılacaktır.

D. Şekli Hukuka Aykırılık-Maddi Hukuka Aykırılık Ayrımı

Fiil ile hukuk düzeninin çatışması olarak tanımlanan hukuka aykırılık fiil ile çatışan hukukun ne olduğu sorusunu da beraberinde getirmiştir.⁵¹ Aslında sorun hukuka aykırılık tanımının soyut kanuni tipe göre mi yoksa normun amacına göre mi yapılacağına ilişkindir.⁵² Hukuka aykırılık, ceza hukukunun kaynağının sadece kanun olup olmamasına bakılarak hukuka şekli aykırılık ve hukuka maddi aykırılık biçiminde bir ayrıma tabi tutulmuştur.⁵³ Maddi-şekli hukuka aykırılık ayrımının temelinde hukukun kaynağına ilişkin olan doğal hukuk – pozitif hukuk ayrımı yatmaktadır.⁵⁴ Doğal hukuk kaynağını doğadan alan, yazılı hukuk kurallarından bağımsız ve aslında pozitif hukukun da ön şartı olan hukuktur. Tarihsel tüm hukuk kurumlarının karşıtı olan doğal hukuk aynı zamanda pozitif hukuka meşruiyet kazandırmaktadır. Pozitif hukuk tabi hukuka uygun olduğu ölçüde haklı ve değerlidir.⁵⁵ Pozitif hukuk ise

⁴⁹ Dönmezer/Erman, s. 8.

⁵⁰ Kunter, s. 114.

⁵¹ Katoğlu, s. 36.

⁵² Katoğlu, s. 36.

⁵³ Hafizoğulları/Özen, s. 197.

⁵⁴ Katoğlu, s. 36, Centel/Zafer/Çakmut, s. 279.

⁵⁵ Keyman, Selahattin, “Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili”, AÜHFD, Cilt 47, Sayı1-4, Yıl 1998, s. 20.

yürürlükteki hukuku kaynak almaktadır. Bunun için de öncelikle zor kullanma yetkisine sahip, egemen bir gücün yani devletin varlığı şarttır. Çünkü hukuk kurallarına uyulması devletin zor kullanma gücü ile sağlanmaktadır, bu yüzden kanunlar örf adetten ve hukukun diğer kaynaklarından daha üstündür.⁵⁶

Hukuka şekli aykırılık; fiil ile Ceza Kanunu'nun çatışmasıdır.⁵⁷ Ceza hukukunun tek kaynağı olarak kanun kabul edildiğinde tek bir hukuka aykırılık olduğu sonucuna varılacaktır. Kanuni hukuka aykırılığın kabul edilmesi hukuka şekli aykırılık-hukuka maddi aykırılık ayrımının yapılmasına engel olmamıştır. Hukuka şekli aykırılık fiil ile kanun hükmünün çatışması iken, hukuka maddi aykırılık fiilin kanun hükmünün koruduğu hukuki menfaati ihlal etmesidir.⁵⁸ Kanuni hukuka aykırılık kabul edildiğinde aslında tek bir hukuka aykırılık söz konusudur.⁵⁹ Şekli hukuka aykırılık bir hukuk kuralına aykırılıktır. Cezai nitelikteki hukuka aykırılık nitelik olarak kamu hukukunun diğer dallarındaki ya da özel hukuktaki hukuka aykırılıktan farklı değildir. Her hukuka aykırılık nitelik olarak aynıdır, hukuka aykırılıkları birbirinden ayıran ise hukuka aykırılık karşısında uygulanan yaptırımdır.⁶⁰ Her hukuk dalının kendine özgü yaptırım biçimleri vardır. Kendine özgü prensipleriyle ceza hukuku hukuk düzeni içerisinde özerk bir yere sahiptir.⁶¹ Ceza hukukunda hukuka aykırılık karşısında uygulanan yaptırım bu hukuk dalına özgü “ceza” yaptırımıdır. Ceza hukukuna özgü ceza yaptırımına tabi olan hareket aynı zamanda objektif bir hukuka aykırılık, yani suç teşkil etmektedir. Ceza hukukunda, hukuka aykırılığın

⁵⁶ Keyman, Selahattin, “**Hukuki Pozitivizm**”, AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1-4, Yıl 1978, s. 26-27, Hafizoğulları, Zeki, “**Laiklik ve TCK'nun 163. Maddesi Üzerine**”, AÜSBFD, Cilt 42, Sayı 1-4, Yıl 1987, s. 207-208.

⁵⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 197, Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 279.

⁵⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 197, Centel/ Zafer/Çakmut, s. 279.

⁵⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 197.

⁶⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 197.

⁶¹ Soyaslan, s. 209-210.

karşılığı cezadır. Yani hukuka aykırılık bütün hukuk düzeninde aynıdır, bir hukuka aykırılığa cezai nitelik veren bu hukuka aykırılık karşısında ona uygulanan yaptırımdır.⁶² Bu yüzden, bazıları istisna olmak üzere, suç tiplerinde hukuka aykırılığın ayrıca belirtilmesine ve tespitine gerek yoktur. Hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu durumlarda ise hareket ceza tehdidi altında olsa dahi objektif olarak hukuka aykırı değildir.⁶³ Biçimsel hukuka aykırılığın hukuka uygun hale gelmesi ancak pozitif hukuk düzeninde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına bağlıdır.⁶⁴ Şekli hukuka aykırılık ceza adaletini sağlamada yetersiz olduğu ve hukuka aykırılığın içeriğini ihmal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca şekli hukuka aykırılığın yasama organının keyfiliğine neden olabileceği ve ceza hukukunu durağan hale getirebileceği belirtilmiştir.⁶⁵

Maddi hukuka aykırılık ise şekli hukuka aykırılığın içeriği oluşturmaktadır. Norm ile korunan hukuki menfaatin gerçekten ihlal edilip edilmediği maddi hukuka aykırılığın konusunu oluşturmaktadır. Normun konulma amacı maddi hukuka aykırılığın içinde değerlendirilmelidir. Maddi hukuka aykırılık kanun koyucu tarafından fiilin neden suç sayıldığını göstermektedir.⁶⁶ Bir fiil yasada suç olarak kabul edilse dahi, gerçekleştirildiğinde eğer yasa koyucunun yasayı koyma amacını ihlal etmiyor ise maddi olarak hukuka aykırı sayılmayabilir.⁶⁷ Hukukta amaç sorunu, esas olarak sosyal hayatta insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının içeriğinin nasıl ve neye göre belirlendiğidir. Bu sebeple de amaç sorunu hukuk

⁶² Hafizoğulları/Özen, s. 197.

⁶³ Önder, s. 150.

⁶⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 278.

⁶⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 279.

⁶⁶ Önder, s. 151, Hafizoğulları/Özen, s. 197, Centel/ Zafer/Çakmut, s. 279.

⁶⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 197, Centel/Zafer/Çakmut, s. 280.

siyasetine ilişkindir.⁶⁸ Hukuk siyaseti iki tür faaliyeti içermektedir; ilki toplumsal hayatın ihtiyaçlarını saptamak ikincisi ise hukuki durumları en iyi şekilde düzenleyecek kuralları belirlemektir.⁶⁹ İkinci tür faaliyet olan hukuk kuralı yaratma aslında çeşitli imkânlar arasından seçim yapmaktır. Bu seçim sırasında insanların beğendiği ve beğenip de gerçekleşmesini istediği değerler de bir ideal, amaç olarak ortaya çıkmaktadır.⁷⁰ Maddi hukuka aykırılık düşüncesine göre de suç kabul edilen fiiller belli bir zamanda belli bir toplumun amaçları ile çelişmiyorsa cezalandırılmayabilir.⁷¹ Ancak tüm bu değerlendirmeler soyut ve keyfidir.⁷² Maddi hukuka aykırılığa göre hukuk kavramı sadece yürürlükte bulunan pozitif hukuktan ibaret değildir. Hukuk toplumsal menfaatler ile bireysel menfaatler arasında adaletli bir denge kurmalıdır. Dolayısıyla ortada korunması gereken bir menfaat yoksa ya da daha üstün bir menfaat yoksa hukuka aykırılık ortadan kalkar. Hangi menfaatin üstün olacağı pozitif hukuk tarafından belirlenebileceği gibi, hukukun genel ilkelerinden, örf ve adet hukukundan, ahlak ve din kurallarından dahi çıkarılabilir.⁷³ Maddi hukuka aykırılık hukukun kaynağı olarak pozitif hukukun dışına çıkmaktadır.⁷⁴ Bu ise temel hak ve özgürlükler bakımından sakıncalıdır.⁷⁵ Maddi hukuka aykırılığın yasada yer

⁶⁸ Çobanoğlu, Rahmi, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1964, s. 10.

⁶⁹ Çobanoğlu, s. 10-11.

⁷⁰ Çobanoğlu, s. 11.

⁷¹ Hafizoğulları/Özen, s. 197, Centel/Zafer/Çakmut, s. 279.

⁷² Katoğlu, s. 78.

⁷³ Hafizoğulları/Özen, s. 197, Centel/Zafer/Çakmut, s. 280-281.

⁷⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 282.

⁷⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 282. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.03.1983, 56/144, "Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müspet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, faili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fikrine "ratio legis"e bakmak gerekir. Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, hukuka aykırılık vardır; buna karşılık kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirten halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur"

almayan hukuka uygunluk nedenlerinin kabul edilmesini sağladığı için faydalı yönleri olduğu da ileri sürülmektedir.⁷⁶ Ancak hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen normlar bakımından kıyas zaten mümkündür, kıyas yasağı suç ve ceza içeren normlar bakımındandır. Yani maddi hukuka aykırılık-şekli hukuka aykırılık ayırımına gitmeden de hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının genişletilmesi mümkündür.⁷⁷ Maddi hukuka aykırılık suçun kaynağını sadece kanun ile sınırlamamakta, örf ve âdetin, içtihat hukukunun, etik ve din kurallarının dahi suçun kaynağı olabileceğini kabul etmektedir. Böyle bir düşünce de kanunilik ilkesine zarar vermekte, ceza hukukunun teminatçı niteliğini tahrip etmekte ve hukuki kesinliğe zarar vermektedir.⁷⁸ Fiilin ceza hukuku normunu ihlal etmesi, hem biçimsel olarak norm ile çatışması hem de normun koruduğu hukuki menfaat ile çatışmasıdır.⁷⁹ Suça dâhil olan, ancak suç ayrıştırılırken bir unsur sayılmayan hukuki menfaat, zarar, tehlike gibi hususlar bu sebeple hukuka aykırılık çevresinde toplanmaktadır.⁸⁰ Suçun hukuki konusu suç ile korunan hukuki menfaat, hukuki değerdir. Ceza hukuku kuralları ceza tehdidi ile bu hukuki menfaati olası saldırılardan korumaktadır. Yani hukuki menfaat zaten suçu düzenleyen ceza normuna dâhildir, norm ihlal edildiğinde biçimsel bir hukuka aykırılığın yanında aynı zamanda normun koruduğu hukuki menfaat de ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla suçun kaynağı olarak kanundan başka kuralları da kabul eden ve kanunilik ilkesine zarar veren maddi hukuka aykırılık-şekli hukuka aykırılık ayırımına kanımızca gerek yoktur.⁸¹

⁷⁶ Önder, s. 214, Centel/Zafer/Çakmut, s. 282.

⁷⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 198.

⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 198.

⁷⁹ Katoğlu, s. 78.

⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 198.

⁸¹ Hafizoğulları/Özen, s. 210-213, Toroslu/Toroslu, s. 108-111.

2) Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenleri; ceza kanununda suç kabul edilen tipik fiilin suç sayılmasını, fiilin işlenmesine izin veren ya da fiilin işlenmesini emreden normun varlığı nedeniyle engelleyen özel durumlardır.⁸² Bu nedenler var olduğunda fiil hukuka uygun kabul edilmekte, hukuka aykırılık ortadan kalkarak suç sayılmamaktadır.⁸³

A. Genel Olarak

Toplumsal hayat irade uyuşmazlıklarının ve çıkar çatışmalarının yaşandığı karmaşık bir yapıdır. Bu uyuşmazlıklar ve çatışmalar genellikle yasaklanan davranışların belli bazı şartlar altında yapılmasına izin verilmesiyle düzenlenmektedir. Hukuk düzeni de bazı özel durumlarda belli şartlar gerçekleştiğinde yasaklanan fiilin işlenmesine izin vermektedir, hukuka uygunluk nedenlerinin çıkış noktası da işte burasıdır.⁸⁴ Hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin amacını yerine getirmekte, bu amaca hizmet etmektedir.⁸⁵

Türk Ceza Kanununda hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen hükümler bir izin veya yetki bahşeden, tecviz edici normlardır. Bu normlar emredici ve yasaklayıcı normların etkilerini kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır.⁸⁶ Ceza hukuku düzeninde hem bazı davranışların yapılmasını ya da yapılmamasını emreden veya yasaklayan normlar, hem de belli bazı şartlarda yasaklanan ve emredilen davranışların yapılmasına ya da yapılmamasına izin veren normlar bulunmaktadır. Her iki tür norm

⁸² Toroslu/Toroslu, s.148.

⁸³ Heinrich, kn. 311, s. 126, Roxin, kn. 1. s. 600.

⁸⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 210-213, Kindhäuser, § 15, kn. 1, s. 139.

⁸⁵ Önder, s. 220.

⁸⁶ Hafizoğulları, Zeki, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s.296.

ceza hukuku düzeni bakımından aynı değerde olduğu için, belli şartlar altında yasaklanan ya da emredilen davranışın yapılması hukuki bir menfaati ihlal etmemekte dolayısıyla da işlenen fiil suç oluşturmamaktadır.⁸⁷ Fiilin hukuka aykırı sayılmamasının, suç oluşturmamasının nedeni hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu durumlarda fiille hukuk düzeni arasında bir çatışmanın olmamasıdır.⁸⁸

Hukuka uygunluk nedenleri hangi hukuk dalından kaynaklandığına bakılmaksızın tüm hukuk düzenine etki etmektedir. Hukuka uygunluk nedeninin yazılı olması veya olmaması önemli değildir. Özel hukuktan ya da kamu hukukunun diğer bir dalından kaynaklanan hukuka uygunluk nedeni ceza hukukunda hukuka aykırılığı kaldıracağı gibi, ceza hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni de diğer hukuk dalları üzerinde sonuç doğuracaktır.⁸⁹ Bu yüzden hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tüm hukuk düzeni bakımından araştırılmalıdır.⁹⁰ Hukuka uygunluk nedeninden ise sadece fiili bakımından gerekli şartları taşıyan kişi yararlanacaktır.⁹¹

Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda değildir, ceza hukuku dışındaki hukuk dallarından da kaynaklanabilir, yukarıda da belirttiğimiz üzere kıyas yasağı hukuka uygunluk nedenleri bakımından söz konusu değildir.⁹² Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri ve özel hukuka uygunluk nedenleri olarak da ayrıma tutulabilir. Genel hukuka uygunluk nedenleri her suç bakımından söz

⁸⁷ Hafizoğulları, Özen, s. 210-213.

⁸⁸ Kunter, s. 161, Alacakaptan, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 99.

⁸⁹ Önder, s. 220, Özgenç, s. 305.

⁹⁰ Jescheck/Weigend, s. 327, Haft, s. 65, Wessels/Beulke, kn. 274, s. 102.

⁹¹ Jescheck/Weigend, s. 327.

⁹² Wessels/Beulke, kn. 284, s. 106, Kindhäuser, § 15, kn. 10, s. 141, Krüger, Rolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Münster, 2006, s. 70.

konusu olabilen nedenlerdir. Kanunun hükmünün ve amirin emrinin yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası her suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıracı olan genel hukuka uygunluk nedenleridir. Özel hukuka uygunluk nedenleri ise sadece bazı suçlar ya da bazı durumlar bakımından öngörölmüş olan hukuka uygunluk nedenleridir.⁹³

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Varlığı

Hukuka uygunluk nedenleri objektif, nesnel niteliktedir.⁹⁴ Hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu durumlarda, failin somut olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunduğunu bilip bilmemesi önemli değildir. Fiilin hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla hukuka uygun olup olmadığı her somut olaya göre ayrı ayrı saptanmalıdır.⁹⁵

Hukuka uygunluk nedeninin somut olayda var olduğunu failin bilmesi halinde hukuka uygunluk nedeni objektif ve sübjektif olarak bulunmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olarak var olması, olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunmasıdır, sübjektif olarak var olması ise failin bu konudaki bilgisinin esas alınmasıdır.⁹⁶ Fiilin hukuka uygunluğu ex post değil, ex ante olarak saptanır, yani hukuka uygunluk nedenleri fiilin işlenmesinden önce değil, fiilin işlenmesinden sonra, neticeye göre değerlendirilir.⁹⁷ Bir görüş hukuka uygunluk nedenlerinin var olması

⁹³ Hafızoğulları/Özen, s. 212, Toroslu/Toroslu, s. 149, Soyaslan, s. 352.

⁹⁴ Dönmezer/Erman, s. 19, Hafızoğulları/Özen, s. 212, Erem/Danışman/Artuk, s. 551, Önder, s. 222, aksi yönde Özbek, Kanbur, Doğan, yazarlar failin olayda hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmesi ya da varlığına inanmasını gerektiğini belirtmekte, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif olduğunu belirtmektedir, s. 288.

⁹⁵ Özbek/Kanbur/Doğan, s. 288

⁹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 288.

⁹⁷ Önder, s. 224, Özbek/ Kanbur/ Doğan, s. 280, İçel, Kayıhan/ Sokullu Akıncı/ Füsün, Özgenç/ İzzet, Sözüer/ Adem, Mahmutoğlu/ Fatih Selami, Ünver/ Yener, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 117–118.

için hem objektif hem de subjektif olarak bulunması gerektiğini öne sürmekte, sadece objektif olarak bulunmayı suçun oluşmaması bakımından yeterli görmemektedir.⁹⁸

Somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunmasına rağmen, failin bunu bilmediği ve fiilini hukuka aykırı sandığı durumlarda ise hukuka uygunluk nedeni objektif olarak vardır. Hukuka uygunluk nedeninin objektif olarak bulunması fiilin suç oluşturmaması için yeterlidir.⁹⁹ Failin suç işleme kastının olması dahi hukuka uygunluk nedeninin varlığı dolayısıyla suç oluşmamasını etkilemez.¹⁰⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkisi, sadece kasten işlenen suçlar bakımından değil taksirli suçlar için de geçerlidir.¹⁰¹ Hukuka uygunluk nedeninin var olduğu durumlarda, fail hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu bilmiyorsa ve taksirli bir fiili söz konusuysa artık fiil suç oluşturmayacaktır.

Somut olayda hukuka uygunluk nedeni yok ise ve fail de bunu biliyorsa, objektif ve subjektif olarak hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı için fiil hukuka aykırıdır ve diğer unsurlar da var ise fiil suç oluşturacaktır.¹⁰² Fail işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu ve olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını biliyor, ancak kişisel düşüncesi veya inancı gereği kendine göre fiilin uygun olduğunu düşünüyorsa da fiil hukuka aykırıdır ve diğer unsurlarda var ise fail cezalandırılacaktır. Örneğin Askeri Ceza Kanununda 45. maddede¹⁰³ din ve vicdana göre lazım sayılan hareketlerin cezaya etkisinin olmayacağı kabul edilmiştir. Buna göre zorunlu askerliğe vicdanen

⁹⁸ Jescheck/Weigend, s. 328, Tröndle/Fischer, § 32, kn. 14, s. 287, Heinrich, kn. 325, s. 127.

⁹⁹ Dönmezer/Erman, s. 22, Katoğlu, s. 88.

¹⁰⁰ Centel/Zafer/Çakmut, s. 288.

¹⁰¹ Önder, s.223.

¹⁰² Dönmezer/ Erman, s. 23, Katoğlu, s. 88.

¹⁰³ Bkz. Askeri Ceza Kanunu m. 45 “Bir şahsın hareketini vicdanına veya dinine göre lazım saymış olması, yapmak veya yapmamakla hukuka gelen bir cezayı mucip olmasına mani teşkil etmez.”

karşı olan bir kimse askerlikten soğutma suçunu işlediğinde kendi kişisel inancına bakılmaksızın cezalandırılacaktır.¹⁰⁴

Olayda hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen fail var sanıyor ise objektif olarak olmayan hukuka uygunluk nedenleri subjektif olarak vardır.¹⁰⁵ Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinde hata söz konusudur. Türk Ceza Kanunu madde 30/3e göre ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. Kanunda açıkça hatanın kaçınılmaz olduğu arandığı için kendi kusuruyla hataya düşen fail hataya taksirle düşse dahi cezalandırılacaktır. Hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin hatasından yararlanması için hatasının kaçınılmaz ve esaslı olması gerekir. Kaçınılmaz hata failin her türlü dikkat ve özeni gösterdiği halde düştüğü hatadır. Failin hukuka uygunluk nedenlerine ait koşulların gerçekleştiğine ilişkin hataya düşmesinde taksir derecesinde dahi kusuru olmamalıdır.¹⁰⁶ Esaslı hata ise, eğer fail hataya düşmeseydi yani şartlarının gerçekleştiğini sandığı hukuka uygunluk sebebi somut olayda gerçekten var olsaydı fiil hukuka uygun sayılacaktı ise düşülen hatadır.¹⁰⁷ Yani subjektif olarak hukuka uygunluk nedenlerinin var olması halinde, fail kaçınılmaz ve esaslı olarak hataya düşmüş ise cezalandırılmayacaktır, ancak bu durum hukuka uygunluk nedenleri konusu ile değil, hata konusu ve hükümleri ile ilgilidir.

¹⁰⁴ Dönmezer/ Erman, s. 23.

¹⁰⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 289.

¹⁰⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 290.

¹⁰⁷ Dönmezer/Erman, s. 28.

C. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Etkisi

Hukuka uygun bir fiil ceza hukukunun dışındadır, hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda fiil en başından itibaren hukuka uygun olarak doğmakta ve ceza hukukunun alanı dışına çıkmaktadır¹⁰⁸ Hukuka uygunluk nedenleri somut olayda var olduğunda, fiil doğrudan doğruya hukuka uygun olarak doğmaktadır. Hukuka uygunluk nedenleri fiil hukuka aykırı olarak işlendikten sonra etki etmemektedir, fiil zaten hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla işlendiği andan itibaren hukuka uygun olarak doğmaktadır.¹⁰⁹ Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırma gibi bir etkisi yoktur.¹¹⁰ Hukuka uygunluk nedeni var olduğunda artık ceza hukukunu ilgilendiren tipik fiil bulunmamaktadır, tipik bir fiilin hukuka uygun olması söz konusu değildir.¹¹¹ Somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı tespit edildiğinde fiil hukuka uygundur, hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırı işlenmiş olan fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır, bu sebepler var olduğunda fiil zaten hukuka uygun bir fiildir. Hukuka uygunluk nedenleri suç sayılan fiilin işlenmesine yetki verdikleri ya da bu fiilin işlenmesini görev haline getirdikleri için, fiil işlenmeye başlandığı andan itibaren hukuka uygundur.¹¹² Hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırı olarak doğmasını engelleyen nedenlerdir.¹¹³ Hukuka uygunluk nedenleri hukuk düzeninin tümü üzerinde etkili oldukları için bu nedenler arasında bir derecelendirme yoktur, her

¹⁰⁸ Keyman, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı:1, 1988, s. 126.

¹⁰⁹Dönmezer/Erman,s.19,Hafizoğulları/Özen,s.212,Kunter, s. 168, Alacakaptan, s. 98, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 399.

¹¹⁰ Kunter, s. 167-168.

¹¹¹ Keyman, s. 126.

¹¹² Alacakaptan, s. 98.

¹¹³ Soyaslan, s. 346.

hukuka uygunluk nedeni hukuk düzeni üzerinde aynı etkiyi yaptığı için aynı derecede önemlidir.¹¹⁴

Hukuka uygunluk nedenlerine doktrinde ceza sorumluluğunu kaldıran objektif sebepler de denilmektedir.¹¹⁵ Türk Ceza Kanununda da hukuka uygunluk nedenleri “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ya da Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak kanımızca hukuka uygunluk nedenlerini ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler olarak kabul etmek isabetli değildir.¹¹⁶ Çünkü ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ortada suç olmalıdır, ancak hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda zaten suç oluşmamaktadır.¹¹⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/2-d de yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde beraat kararı verilmesi düzenlenmiştir, dolayısıyla Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu arasında da bir çelişki bulunmaktadır.¹¹⁸

Doktrinde bir görüş hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret sebepleri kavramıyla belirttiği kusurluluğu kaldıran sebepleri eş tutmakta ve hukuka uygunluk nedenlerinin kusurluluğun oluşumuna engel olduğunu ileri sürmektedir.¹¹⁹ Görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin kusurluluğu ortadan kaldırması failin suç işleme iradesinden yoksun olması nedeniyle değildir, fail mazeret sebebinin var olması

¹¹⁴ Önder, s. 225, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 404.

¹¹⁵ Taner, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1949, s. 395.

¹¹⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 293, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 279-280, Yarsuvat, Duygun/ Bayraktar, Köksal/ Yüzbaşıoğlu, Necmi, “**Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü**”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 126

¹¹⁷ Kunter, s. 162, Hafızoğulları/Özen, s. 213.

¹¹⁸ Özbek/Kanbur/Doğan, s. 280.

¹¹⁹ Erem/Danışman/Artuk, s. 550.

dolayısıyla kusurlu sayılmamaktadır.¹²⁰ Mazeret sebepli bir fiil bu görüşe göre kusurlu sayılamaz, zira kusurluluk hukuka aykırılıktan öncedir. Mazeret sebepleri ile işlenen fiiller aslında hukuka aykırılıklarını sürdürmektedir, ancak hukuka aykırı olmakla birlikte bu fiiller kusurlu sayılmamaktadır.¹²¹ Biz bu görüşe katılmamaktayız. Çünkü hukuka aykırılık kusurluluktan önce gelmektedir. Hukuka aykırılık suçun unsuru da sayılsa, fiilin menfi şartı olarak da kabul edilse hukuka uygunluk nedenleri kuramsal olarak kusurluluktan önce araştırılan nedenlerdir. Yani şayet olayda hukuka uygunluk nedeni varsa, fiil hukuka uygundur, bu durumda fiil zaten suç oluşturmayacağından, fiilin kusurlu olup olmadığı da araştırılmayacaktır.¹²² Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler eş tutulamaz. Kusur olmadığına hukuka aykırılık yoktur, hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda ise ayrıca kusuru aramaya gerek yoktur.¹²³ Ayrıca hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda, ilk icrai veya ihmali hareket yapıldığı andan itibaren işlenen fiil hukuka uygundur. Mazeret nedenleri var olduğunda fiilin aslında hukuka aykırı olduğu ancak kusurlu sayılmadığı düşüncesinde örneğin amirin emrini yerine getiren kişinin fiilinin hukuka aykırı ancak kusursuz sayıldığını söylemek kanımızca mümkün değildir.¹²⁴

D. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kusurluluğu Kaldıran Nedenlerden Farkları

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler birbirinden ayrı hukuki kurumlardır. Her iki nedenin arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır.

¹²⁰ Erem/Danışman/Artuk, s. 551.

¹²¹ Erem/Danışman/Artuk, s. 551.

¹²² Hafizoğulları/Özen, s 213, Kunter, s. 98; ancak Kunter kusurluluk olmadan bir fiilin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı sorununun suç teorisi bakımından olmasa da hukuk teorisi bakımından incelenmesi gerektiğini savunur. Suç oluşturan hukuka aykırılık bakımından değil ancak haksız fiil oluşturan hukuka aykırılık bakımından kusurluluk olmadan fiilin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağının araştırılmasının önemli olduğunu belirtir, s. 98.

¹²³ Kunter, s. 164.

¹²⁴ Alacakaptan, s. 99.

Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bakımından; hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki farkın incelenmesi önem taşımaktadır.

a. Kusurluluğu Kaldıran Nedenlerin Suça Etkisi

Bir suçun oluşması için maddi unsurun yani fiilin bulunması yeterli değildir, fiille birlikte manevi unsurun yani iradenin de bulunması şarttır. Fiilin iradi olması zorunluluğu suçun subjektif yönünü, manevi unsurunu oluşturmaktadır.¹²⁵ İradi olmayan bir fiil objektif olarak hukuka aykırı olsa dahi cezalandırılmaz.¹²⁶ Suç oluşması için tipik fiilin iradi olması gereklidir. Suçun manevi unsuru da deneni failin fiilinin iradi olması, yani fiile iradenin katılması kusurluluk olarak adlandırılmaktadır.¹²⁷ Kusur ile kusurluluk birbirinden farklı kavramlardır. Kusur manevi unsurun fail yönünden incelenmesi, kusurluluk ise manevi unsurun fiil yönünden ele alınmasıdır. Failin kusuru, fiilin ise kusurluluğu söz konusudur. Ceza hukukunda suçun kurucu unsuru olarak fiil incelendiği için fiile ilişkin bir öge olarak kusurluluk ele alınmaktadır.¹²⁸ Failin kusuru ise ancak faile verilecek cezanın belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde söz konusu olabilir. Doktrinde manevi unsur, subjektif unsur ve kusurluluk kavramları çoğunlukla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.¹²⁹ Kusurluluğu kaldıran nedenler; hukuka uygunluk nedenleri, isnat

¹²⁵ Dönmezer/Erman, Cilt I, s. 328, Hafizoğulları/Özen, s. 264–265.

¹²⁶ Karakehya, Hakan, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yayınevi, 2010, Ankara, s. 7.

¹²⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 265, Toroslu/Toroslu, s. 185, Centel/Zafer/Çakmut, s. 342–343.

¹²⁸ İçel, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 7.

¹²⁹ Erem, 462–463, Toroslu/Toroslu, s. 185, Karakehya, s. 10. Bununla birlikte manevi unsuru kusurluluktan daha geniş bir kavram olarak gören bir görüş de vardır. Görüşe göre; manevi unsur kusur yeteneği ve kusurluluktan oluşmaktadır, bu bakımdan kusurluluk manevi unsura göre daha dar bir kavramdır. Ancak görüş her ne kadar kusurluluğu manevi unsurun altında bir alt başlık olarak incelemekte ise de kusurluluk başlığı altında kast ve taksiri incelemektedir. Dönmezer/Erman, Cilt II, s. 143, Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015, s. 248, Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2014, s. 341. Yine son dönemde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabul

yeteneğini kaldıran ve isnat yeteneğini azaltan nedenlerle birlikte ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında hükme alınmıştır. Öncelikle belirtmeliyiz ki biz suçun manevi unsuru ile kusurluluk kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmakta, kusurluluk kavramına suçun manevi unsurundan başka anlam vermemekteyiz. Bizce kusurluluk da denilen suçun manevi unsuru icrai ya da ihmali hareketin mutlaka bilinçli ve iradi olmasını gerektiren ve kast ya da taksir biçiminde ortaya çıkan bir unsurdur.¹³⁰ Isnat yeteneği bizce kusurluluğun ön şartı değil, faile ilişkin bir niteliktir. Dolayısıyla isnat yeteneğini kaldıran ya da isnat yeteneğini azaltan nedenler kusurluluğun dışındadır ve kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklıdır.¹³¹ Kusurluluğu kaldıran nedenlere suçu ortadan kaldıran subjektif nedenler de denmektedir.¹³² Bu nedenler fiilin iradiliğini engelleyen ya da hukukun veya fiilin bilinmemesinden kaynaklanan nedenlerdir ve kusurluluğu kaldırarak suçun oluşmasını engellemektedir.¹³³ Ceza sorumluluğu ancak fail irade özgürlüğüne sahip ise söz

edilmesinden sonra takip edilen bir görüş ise suçu tamamen farklı bir biçimde incelemektedir. Biz konumuzla doğrudan ilgisi olmadığını düşündüğümüz için bu farklılıklara burada değinmiyoruz. Sadece kusurluluk ile ilgili belirtmek gerekir ki görüş kusurluluk ile manevi unsurun ayrı kavramlar olduğunu ileri sürmektedir. Görüşe göre suçun manevi unsuru işlenen fiil ile kişi arasındaki manevi bağdır, kusurluluk ise suçun bir unsuru değil, işlediği fiille ilişkili olarak faille ilgili bir değer yargısıdır. Kusurluluk normatif bir değer yargısı olduğu için suçun unsuru değildir, manevi unsur ile kusurluluk eş tutulamaz. Kast ve taksir içerik itibarıyla birbirinden farklı birer haksızlık şeklidir, kusurluluk şekli değildir. Görüş kusuru failin irade oluşumunun kınanabilirliği olarak ifade etmekte ve kusurluluk altında isnat edilebilirliği, bizim isnat yeteneği dediğimiz algılama ve irade yeteneğini incelemektedir. Özgenç. s. 332, s.377-448, Koca/Üzülmez, s. 292-298, Hakeri, s. 378-398, Zafer, s. 339, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 332.

¹³⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 265, Toroslu/Toroslu, s. 191 vd.

¹³¹ Hafizoğulları/Özen, s. 313. Doktrinde bir görüş tarafından yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, cebir veya tehdit, zorunluluk hali, hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, haksız tahrik ve hata hallerinin hepsi kusurluluğu kaldıran ve kusurluluğu etkileyen neden olarak kabul edilmektedir. Aynı görüş suçun manevi unsuru ile kusurluluğun da farklı kavramlar olduğunu savunmaktadır. Özgenç. s. 232, s.377-449, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. Koca/Üzülmez, s. 292-298, Hakeri, s. 379-398, Zafer, s. 339, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 332. Özgenç/Artuk/Gökçen/Yenidünya ve Hakeri hata halini kusurluluğu etkileyen hal olarak değil ayrı bir başlık olarak incelemektedir.

¹³² Toroslu/Toroslu, s. 229.

¹³³ Hafizoğulları/Özen, s. 313.

konusudur, failin iradesi zorlanmamış, serbest olarak gerçekleştirilmiş olmalıdır.¹³⁴ Fail başka türlü hareket etme imkânına sahip değilse, kusurlu sayılması mümkün değildir. Kusurluluğun ortak noktası failin iradi davranması olduğu için iradenin kusurlu sayılmayacağı hallerde failin sorumluluğu da bulunmamaktadır.¹³⁵ Failin irade özgürlüğünü engelleyen haller failin kusurlu sayılmasının da önüne geçer. İrade özgürlüğü yoksa kusurluluk da yoktur, failin kusurlu sayılabilmesi için irade serbestisinin olması gerekir.¹³⁶ İradilik hem icrai hem de ihmali hareket için zorunlu psikik bir unsurdur. İrade hem itici hem de engelleyici bir güce sahiptir ve bu şekilde belli bir alana egemen olmaktadır, özgür iradenin ürünü olan hareketler ile iradenin önleyebileceği hareketler iradi sayılmaktadır. Buna karşılık iradenin kontrolü dışında kalan, önlenmesi mümkün olmayan hareketler ise iradi değildir.¹³⁷ Örnek vermek gerekirse dalgınlıkla kırmızı ışıktaki geçen sürücünün fiili iradenin önleyebileceği bir harekettir yani iradidir, şiddetli bir fırtınanın etkisiyle çatıdan düşen kişinin fiili ise iradi değildir, çünkü hareket iradenin kontrolü dışında kalmaktadır. Kusurluluğu kaldıran nedenler failin iradiliğini yok eden ya da failin bilinmemesinden kaynaklanan nedenlerdir. Fiilin iradiliğini yok eden nedenler fail ile fiili arasındaki psikik bağı ortadan kaldırmaktadır.¹³⁸ Bu nedenler var olduğunda failin başka türlü davranma olanağının bulunmadığı kabul edilmektedir. Kusurluluğun temeli kusurlu iradedir. Fail suçu işleyip işlememe konusunda özgür değilse, seçme özgürlüğü bulunmamakta ise kusursuz sayılmaktadır. Kusurluluğu kaldıran nedenler var olduğunda failin fiili

¹³⁴ Gülşen, Recep, **Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 19.

¹³⁵ Dönmezer/Erman, c.II, s. 324-325.

¹³⁶ Zafer, Hamide, “**Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı –Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı**”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, s. 157.

¹³⁷ Keyman, s. 139.

¹³⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 314, Toroslu/Toroslu, s. 229, Centel/Zafer/Çakmut, s. 342–343.

işlemekten başka olanağı yoktur. Bu nedenler failin irade özgürlüğünü ortadan kaldırmakta; iradesini, psikolojik durumunu ve algılamasını önemli ölçüde etkilemektedir.¹³⁹ Fail ile fiili arasındaki manevi bağ ortadan kalktığına fiilin iradiliğinden, kast ya da taksirinden söz edilememektedir.¹⁴⁰ Kusuru olmadığı için fail fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Fail kusurluluğu kaldıran nedenler söz konusu olduğunda başka türlü hareket etmek imkânına sahip değildir, bu yüzden iradesinin kusurlu olmadığını kabul etmek gerekmektedir.¹⁴¹ Fiilin işlenmesinde faile herhangi bir kusur yüklenemiyorsa kusurluluk da bulunmamaktadır, failin kusursuz kabul edilmesi failin somut olayda başka türlü hareket etme imkânının olmamasına bağlıdır. Failin başka türlü hareket etme olanağını yok eden haller de kusurluluğu kaldıran nedenlerdir.¹⁴²

b. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Aralarındaki Farklar

Hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasında ceza hukuku, her iki nedenin hukuk düzenindeki etkisi ve ceza muhakemesi hukuku bakımından farklar bulunmaktadır.

aa. Ceza Hukuku bakımından farkları

Ceza hukukunda hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için fiilin tipik olması ve Kanunla çatışması yeterlidir, ayrıca kusurlu olması ise gerekli değildir. Çünkü hukuka aykırılık değerlendirmesi ile kusurluluk değerlendirmesi birbirinden farklıdır. Hukuka aykırı olan bir fiil kusurlu olmayabilir. Kusur fiil ile fail arasındaki manevi bağdır, sübjektiftir, hukuka aykırılık değerlendirmesi ise objektiftir ve sübjektif unsurlarla,

¹³⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 419.

¹⁴⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 314, Toroslu/Toroslu, s. 229, Centel/Zafer/Çakmut, s. 342–343.

¹⁴¹ Demirbaş, s. 416.

¹⁴² Alacakaptan, s. 168.

kusurla ilgilenmez. Bu bakımdan kast ya da taksir olmaksızın fiilin hukuka aykırı olması mümkün olduğu gibi hukuka uygun olan bir fiilin kusurlu olması da mümkündür.¹⁴³ Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil kasıtlı dahi olsa hukuka uygun kabul edilmektedir, çünkü hukuka uygunluk nedenleri objektif unsurla ilgilidir ve objektiftir. Kastın varlığı hukuka aykırılık değerlendirmesini etkilememektedir, kast sübjektif unsurla ilgilidir ve hukuka aykırılık değerlendirmesinin kapsamına girmemektedir.¹⁴⁴

Hukuka uygunluk nedenlerinde fiil tipik olduğu halde hukuka aykırı değildir, kusurluluğu kaldıran nedenler ise failin iradesinin etkilenmesi dolayısıyla kusurlu hareket edebilmeye engel olan sebeplerdir.¹⁴⁵ Kusurluluğu kaldıran nedenler; suç ortadan kaldıran sübjektif, öznel nedenlerdir. Hukuka uygunluk nedenleri ise suç ortadan kaldıran objektif nedenlerdir, nesnel olarak değerlendirilmektedir.¹⁴⁶

Hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda fiil hukuka uygun olarak doğmaktadır, hukuka aykırılık kusurluluktan önce gelmektedir, bu sebeple zaten hukuka uygun olarak doğmuş bir fiilin kusurlu olup olmadığı incelenmeyecek, artık hukuka uygun bir fiil söz konusu olacaktır.¹⁴⁷ Kusurluluğu kaldıran nedenler söz konusu olduğunda ise hukuk düzeni fiilin işlenmesine izin vermemektedir, çatışan menfaatler söz konusu değildir, fiil tipiktir ve hukuka aykırılığını korumaktadır.¹⁴⁸

¹⁴³ Katoğlu, s. 86–87.

¹⁴⁴ Katoğlu, s. 87.

¹⁴⁵ Önder, s. 224.

¹⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 210, Toroslu/Toroslu, s. 229, Dönmezer/Erman, s. 22, Kunter, s. 142.

¹⁴⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 212.

¹⁴⁸ Jescheck/Weigend, s. 323-325, Haft, s. 137, Baumann/Weber/Mitsch, s. 491, Önder, s. 340, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 408 vd.

Hukuka uygunluk nedenleri hak tanıyabilir, imkân verebilir ya da yükümlülük yükleyebilir, ancak hukuka uygunluk nedenleri arasında gösterdikleri etki bakımından bir farklılık yoktur.¹⁴⁹ Her bir hukuka uygunluk nedeni fiilin hukuka uygun olarak doğmasını sağlamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinde çatışan menfaatler söz konusudur, hukuk düzeni de bu çatışan menfaatler arasında sosyal hayatın gerçeklerine göre bir düzenleme yapmaktadır.¹⁵⁰ Bazı durumlarda hukuk düzeni çatışan hukuki menfaatlerden birisine üstünlük tanırken, bazı durumlarda da çatışan hukuki menfaatleri eşit görmekte ve hukuka uygunluk nedenleri içinde gerçekleşen failin fiilini hukuka uygun kabul etmektedir.¹⁵¹ Hukuka uygunluk nedenleri hukuki menfaatlerin çatışması halinde ne yapılacağını belirlemekte ve hukuka uygun sayılacak fiilin hangisi olduğunu saptamaktadır.¹⁵² Hukuka uygunluk nedenlerinde hukuk düzeni belli özel durumlarda faile yasaklanan fiilin işlenmesine izin vermekte ya da fiilin işlenmesini emretmektedir. Yani failin fiili hukuka uygun olarak doğmaktadır. Kusurluluğu kaldıran nedenlerde ise hukuk düzeni tarafından verilen böyle bir izin söz konusu değildir, fiil kusurluluğu kaldıran nedene rağmen hukuka aykırılığını korumaktadır.¹⁵³

bb. Hukuk düzenindeki etkisi bakımından farkları

Kusurluluğu kaldıran nedenler de hukuka uygunluk nedenleri gibi sınırlı sayıda değildir.¹⁵⁴ Ancak hukuka uygunluk nedenleri tüm hukuk düzeninden kaynaklanabilirken, kusurluluğu kaldıran nedenler salt ceza hukukuna ait bir

¹⁴⁹ Önder, s. 225.

¹⁵⁰ Roxin, Claus, “**Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen**”, Juristische Schulung, Heft 6, 1988, s. 426.

¹⁵¹ Hafizoğulları/Özen, s. 290-291, Roxin, agm, s. 426.

¹⁵² Roxin, agm, s. 426.

¹⁵³ Roxin, s. 426.

¹⁵⁴ Önder, s. 341, Haft, s. 137.

kurumdur.¹⁵⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinde fiil sadece ceza hukukundan değil, diğer bir hukuk dalından kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla da hukuka uygun kabul edilebilir, yani somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığını saptamak için sadece ceza hukukuna değil tüm hukuk düzenine bakmak gerekmektedir.¹⁵⁶ Hukuka uygunluk nedenleri hangi hukuk dalından kaynaklandığına bakılmaksızın tüm hukuk düzeninde sonuç doğurmaktadır, hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla hukuka uygun doğan bir fiil ceza hukukunda suç sayılamayacağı gibi, tüm hukuk düzeninde hukuka uygun kabul edilir ve fiilin hukuka aykırı olduğundan hareketle diğer hukuk dallarına özgü yaptırımlar uygulanamaz, örneğin özel hukukta haksız fiil sorumluluğuna gidilerek faile tazminat yüklenemez.¹⁵⁷ Borçlar hukukunda zorunluluk hali sonucunda üçüncü kişinin malına verilen zararın zarar vereni mutlak olarak tazminat borcundan kurtarmayacağı kabul edilmekle birlikte buradaki tazminat yükümünün haksız fiil sorumluluğundan değil hakkaniyet sorumluluğundan, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinden kaynaklandığına dikkat etmek gerekmektedir.¹⁵⁸ Buradaki sorumluluk hukuka aykırı olmayan bir fiilden kaynaklanan ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan bir sorumluluktur, yani fiil borçlar hukukuna göre de hukuka uygundur, tazminat yükümlülüğünün nedeni fiilin hukuka aykırı olması değil hakkaniyet ilkesidir.¹⁵⁹ Kusurluluğu kaldıran nedenler ise sadece ceza hukukunda sonuç doğurmakta ve fail kusurlu sayılmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu madde 74/e göre hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme

¹⁵⁵ Keçecioğlu, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 304.

¹⁵⁶Roxin, agm, s. 426.

¹⁵⁷ Dönmezer/Erman, s. 10.

¹⁵⁸ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 611, Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 30.

¹⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 30.

gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz. Şayet somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunması nedeniyle fiil hukuka uygun sayılmış ve fail hakkında beraat kararı verilmiş ise aynı fiilden dolayı fail hakkında haksız fiil sorumluluğuna gidilemez, zira hukuka aykırılık tektir ve bölünemez.¹⁶⁰ Hukuka aykırılık tüm hukuk dalları bakımından genel bir kavramdır, haksız fiil ile suç arasında bir mahiyet farkı bulunmamaktadır, fiilin hukuk düzeniyle çatışması demek olan hukuka aykırılık suç ya da haksız fiil söz konusu olduğunda özü itibariyle bir farklılık göstermemektedir.¹⁶¹ Her suç aynı zamanda bir haksız fiildir, ancak her haksız fiil bir suç değildir, ceza kanunlarınca suç sayılan haksız fiiller suç sayılmaktadır.¹⁶² Suç ile hukuka aykırı diğer fiiller özellikle de haksız fiiller arasındaki fark özü itibariyle değil, biçimseldir, kanun koyucu suç oluşturan hukuka aykırı fiiller karşısında ceza yaptırımını öngörmekte, haksız fiil sayılan hukuka aykırılıklarda ise özel hukuk yaptırımları kabul etmektedir.¹⁶³ Dolayısıyla hukuk hâkimi Türk Borçlar Kanununa göre ceza mahkemesinin hukuka aykırılık kararını incelemekte serbest iken, ceza mahkemesi kararındaki fiilin hukuka uygunluk nedeni ile hukuka uygun sayılması ile bağlıdır.¹⁶⁴ Yani hukuka uygun sayılan bir fiil hakkında özel hukukta da haksız fiil sorumluluğuna gidilerek tazminat ya da diğer bir yaptırıma gidilemez. Çünkü sadece ceza hukukunda değil tüm hukuk düzeninden kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri yine sadece ceza

¹⁶⁰ Dönmezer/Erman, s. 10, Önder, s. 213, Roxin, kn. 98, s. 1098.

¹⁶¹ Katoğlu, s. 34-36.

¹⁶² Katoğlu, s. 34-36.

¹⁶³ Hafızoğulları/Özen, s. 155.

¹⁶⁴ Eren, s. 829.

hukukunda değil tüm hukuk düzeninde etki etmekte ve fiili tüm hukuk düzeninde hukuka uygun kabul etmektedir. Kusurluluğu kaldıran nedenler söz konusu olduğunda ise hukuk hâkimi ceza kararında failin kusurlu kabul edilmemesiyle bağlı değildir.¹⁶⁵ Kusurluluğu kaldıran nedenlerde fiilin hukuka aykırılığı devam ettiği için hukuk mahkemelerinde fail hakkında haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi mümkündür. Hukuk hâkimi failin kusur değerlendirilmesini yapmakta serbesttir, zaten ceza hukukundaki kusur değerlendirmesi ile medeni hukuktaki kusur değerlendirmesi birbirinden farklıdır.¹⁶⁶

cc. Ceza muhakemesi hukuku bakımından farkları

Kusurluluğu kaldıran nedenlerle hukuka uygunluk nedenleri arasında ceza muhakemesi hukuku bakımından da farklılık bulunmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesine göre hukuka uygunluk nedenleri var olduğunda faile ilişkin beraat hükmü, kusurluluğu kaldıran nedenler söz konusu olduğunda ise fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Ceza verilmesine yer olmadığı kararı Türk Hukuk Sistemine 5271 S. Ceza Muhakemesi Kanunu ile girmiştir. 1412 S. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 253. maddesinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı hüküm çeşitleri arasında yer almamaktadır. Ancak her ne kadar Kanunda yer almasa da CMUK döneminde ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay ceza verilmesine yer olmadığını beraat kararlarının gerekçesi olarak belirtmişlerdir.¹⁶⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/3de kusurun bulunmaması nedeniyle fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi kabul edilmiştir. Doktrinde bir görüş

¹⁶⁵ Eren, s. 828.

¹⁶⁶ Eren, s. 828.

¹⁶⁷ Özbek, Veli Özer/ Kanbur, Mehmet Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2015, s. 713, Yenerer Çakmut, Özlem, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”**, Cilt XI, Sayı:3-4, 2007, s. 36.

kusuru kınanabilirlik olarak kabul etmekte, kusurun olmamasını da failin kınanamaması olarak ele almaktadır. Görüşe göre kusurluluk suçun bir unsuru değildir ve unsurların dışında ele alınmalıdır. Kast ve taksir içerik itibariyle birbirinden farklı birer haksızlık şekli olup kusurluluk şekli değildir. Kusur failin irade oluşumunun kınanabilirliği olarak ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Görüş kusurluluğu suçun bir unsuru olarak değil kınanabilirlik olarak kabul ettiği için hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki farkları da ayrı bir bakış açısıyla ele almaktadır. Görüşe göre kusurluluğu kaldıran nedenler var olduğunda hukuk düzeni fiilin işlenmesine izin vermemekte ancak fiil işlendiğinde de fiili cezalandırmamaktadır.¹⁶⁹ Kusurluluğu kaldıran nedenler fiilin haksızlık niteliğini etkilememekte, sadece fail bakımından cezasızlık sonucunu doğurmaktadır.¹⁷⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinde fiilin işlenmesine izin verilmesine rağmen kusurluluğu kaldıran nedenlerde fiilin işlenmiş olması mazur görülme¹⁷¹ ve fail kusurluluğu kaldıran neden dolayısıyla mazur görülen bu fiil nedeniyle affedilmekte, cezalandırılmamaktadır, yani fail kınanamamaktadır.¹⁷² Ancak fiil kusurluluğu kaldıran nedenin varlığına rağmen haksızlık teşkil etmeye devam ettiği için fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.¹⁷³ Görüş öncelikli olarak ceza hukuku bakımından incelemeye uygun fiili belirlemekte, fiilin tipe uygun olup olmayacağını tespit edebilmek için tipiklik içinde maddi unsur ve manevi unsur incelemekte, tipiklikten sonra fiilin hukuka aykırı olup olmadığına bakmakta ve hukuka uygunluk nedenleri yok ise fiilin

¹⁶⁸Özgenç,s.232 ve s.366–376,Koca/Üzülmez,s. 292–298,Hakeri,s.378-398, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 332, Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75**, Beta Yayınları, 2013, s. 339.

¹⁶⁹ Hakeri ,s .377.

¹⁷⁰ Haft, s. 137.

¹⁷¹ Haft, s. 137.

¹⁷² Jescheck/Weigend, s. 476.

¹⁷³ Bekar, Elif, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 35.

haksızlık teşkil ettiğini kabul etmektedir.¹⁷⁴ Dolayısıyla haksızlık tipik fiil üzerine verilen bir değer yargısıdır.¹⁷⁵ Kusurluluk ise bu haksızlık yüzünden failin kınanabilip kınanamayacağıdır, fail hakkında verilen bir değer yargısıdır, kusurluluk yargısı fiile ilişkin değil faile ilişkindir.¹⁷⁶ Bu bağlamda kusursuz haksızlığın olabileceği ancak haksız kusurluluğun olamayacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁷ Kusurluluğu kaldıran bir neden olmadığı sürece fail kusurlu kabul edilmektedir.¹⁷⁸ Kusurluluğun haksızlığın dışına çıkarılmasının ceza hukuku bakımından sonucu ise kusurlu olmayan bir haksızlıkta fail hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesidir. Kusurluluk suçun unsuru olarak kabul edilmediği için kusurluluğu kaldıran hallerde fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir, ceza sorumluluğu için failin kusurunun olması şarttır, kusur yok ise fail hakkında ceza verilemeyecekse de haksızlık teşkil eden fiil var olduğu için güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.¹⁷⁹ Kusur cezanın işlevi de göz önüne alınarak tanımlanmaya çalışılmakta, devletin cezalandırma yetkisiyle birlikte değerlendirilmektedir.¹⁸⁰ Kusurluluğu kaldıran nedenlerin haksızlık teşkil eden fiilin ceza siyaseti nedeniyle cezalandırılmamasının sınırlarını çizdiği ifade edilmektedir.¹⁸¹ Kusur ancak cezalandırma toplumda hukuk bilincinin oluşması için mutlaka gerekli ise var sayılmaktadır.¹⁸² Biz bu görüşe katılmıyoruz. Görüş iradenin psikik içeriğini ihmal etmekte ve kusurluluğu isnat edilebilirliğe indirgemektedir.¹⁸³ Bizce kusurluluk

¹⁷⁴ Özgenç, s. 156-161, Koca/Üzülmez, s. 73-76, Hakeri, s. 121-123, Zafer, s. 162-177, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 215 Wessels/Beulke, kn. 82, s.33.

¹⁷⁵ Keçelioğlu, Elvan, “**Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)**”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:8, Sayı:21, Nisan 2013, s. 25.

¹⁷⁶ Özgenç, s. 229, s.377-448, Koca/Üzülmez, s. 292-298, Hakeri, s. 349-368, Zafer, s. 339, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 332, Haft, s. 14.

¹⁷⁷ Keçelioğlu, s. 25.

¹⁷⁸ Kindhäuser, § 21, kn. 11, s. 185.

¹⁷⁹ Koca/Üzülmez, s. 243.

¹⁸⁰ Wessels/Beulke, kn. 408, s. 152.

¹⁸¹ Keçelioğlu, s. 317.

¹⁸² Wessels/Beulke, kn. 408, s. 152.

¹⁸³ Hafizoğulları/Özen, s. 245, ayrıca bkz. Roxin, kn 10, s. 856.

ile kınanabilirlik birbirinden farklı kavramlardır, kusurluluk fiile failin iradesinin katılması, fiilin iradi olması yani fail ile fiil arasındaki psişik bağıdır, kusur çeşitleri ise kast ve taksirdir. Dolayısıyla kusurluluğu kaldıran nedenler failin kınanabilirliğini değil fiilin iradiliğini kast ve taksiri ortadan kaldıran nedenlerdir. Ve bu hallerde kast ve taksir olmadığından dolayı suç oluşmamaktadır. Bu haller suçu ortadan kaldıran subjektif, öznel nedenlerdir.¹⁸⁴ Dolayısıyla ortada suç olmadığı için fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanması imkânı da bulunmamaktadır. Kanımızca bu hallerde verilmesi gereken karar ceza verilmesine yer olmadığı kararı değil beraat kararı olmalıdır, çünkü ortada suç yoktur. CMK madde 223/2-c de failin kast veya taksirinin bulunmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi kabul edilmişken, madde 223/3/b de yüklenen suçun cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi ve madde 223/3/d de kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesinin düzenlenmesi bizce çelişkilidir.¹⁸⁵ Beraat kararı ceza verilmesine yer olmadığı kararına göre daha lehedir, fail hakkında beraat kararı verildiğinde tamamen aklanmaktadır, bu yüzden kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler var olduğunda suç ortadan kalktığı halde fail hakkında beraat kararı verilmesi adil değildir.¹⁸⁶

3) Amirin Emrinin Yerine Getirilmesinin Suça Etkisi

Hukuka uygun ve hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir, bu durumda emri yerine getirenin fiili hukuka uygun olduğu için sorumluluğu söz konusu değildir. Konusu suç teşkil eden

¹⁸⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 291, Toroslu/Toroslu, s. 229, Dönmezer/Erman, s. 22, Kunter, s. 142.

¹⁸⁵ Feyzioğlu, Metin, “**5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler**” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, Ocak –Şubat 2006, s.58.

¹⁸⁶ Feyzioğlu, s. 58,

emrin yerine getirilmesi ise bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Aksinin kabulü hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Amirin emrinin yerine getirilmesinin suça etkisi farklı tipte emirler için ayrı ayrı incelenmelidir.

A. Genel Olarak

Amirin emrinin yerine getirilmesinde iki tip emir söz konusu olabilir. İlk tip şekil ve içerik açısından hukuka uygun emirdir. İkinci tip emir konusu hukuka aykırı olan emirdir. Bu tip emir de kendi içinde; konusu hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emir ve konusu suç teşkil eden emir şeklinde ikiye ayrılır.¹⁸⁷ Anayasada hem konusu hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emir hem de konusu suç teşkil eden emir Kanunsuz Emir başlığı altında 137. maddede düzenlenmiştir.

Hukuka uygun emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Konusu hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni mi kusurluluğu kaldıran neden mi olduğuna ilişkin doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin suça etkisine ilişkin de doktrinde farklı görüşler vardır.

B. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesinin Suça Etkisi

Hukuka uygun emrin hukuka uygun, meşru sayılmasının nedeni kanundur, bu tür bir emir kaynağını kanundan almaktadır.¹⁸⁸ Yasal emrin yerine getirilmesi, kanun hükmünün amir aracılığıyla yerine getirilmesinden ibarettir. Emri yerine getiren memur, emrin sınırlarını aşmadığı, emre uygun davrandığı sürece, amir tarafından verilen kanun hükmünü yerine getirmektedir. Yasal emrin yerine getirilmesi halinde emri veren amirin fiili de, emri yerine getiren memurun fiili de hukuka uygundur, suç

¹⁸⁷ Önder, s. 234, Erem/Danışman/Artuk, s. 561, Toroslu/Toroslu, s. 150-154.

¹⁸⁸ Falnovic, Alen, **Aspekte der Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl im deutschen und internationalen Recht**, http://www.diss.fu-berlin.de/diss/servlets/MCRFileNodeServlet/FUDISS_derivate_000000004188/Dissertation_AFolnovic.pdf;jsessionid=8260D3408AD8AD978032E535582BD6D2?hosts=, erişim tarihi: 12.02.2013, s. 31.

sayılmamaktadır.¹⁸⁹ Örneğin usulüne uygun bir şekilde verilmiş olan tutuklama kararını yerine getiren kolluk görevlisi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlememektedir. Kolluk görevlisi burada kanun hükmünü amir aracılığı ile yerine getirmektedir.¹⁹⁰

Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi doktrinin büyük bir kısmı tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.¹⁹¹ Ancak bir görüş amirin emrinin yerine getirilmesinin “kusurluluk” bölümünde incelenmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁹² Görüşe göre mazeret sebepleri hukuka uygunluk nedenleri içinde de incelenebilir olmakla birlikte mazeret sebeplerinin hukuka aykırılığı kaldırdığı ancak kusurluluğu etkilemediği görüşü kabul edilemez. Çünkü mazeret sebepleri fail kusurlu sayılmadığı için görünüşte hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır, mazeret şartları altında işlenen fiil gerçekte hukuka aykırılığını korumaktadır.¹⁹³ Bu nedenle de mazeret sebepleri hakkında ancak kusurluluk kavramı içerisinde bir genel teori kurulabilir ki bu da kusurluluk kavramının çok boyutluluğunu göstermektedir.¹⁹⁴ Mazeret sebepleri altında işlenen fiil, mazeret sebepleri failin iradesini etkilediği için değil sosyal bakımdan kınanamadığı için kusurlu sayılmamaktadır, yani mazeret sebeplerinin bulunduğu hallerde kınanabilirlik hali yoktur.¹⁹⁵ Biz hukuka aykırılığın

¹⁸⁹ Günal, s. 34, Önder, s. 233.

¹⁹⁰ Günal, s. 34.

¹⁹¹ Hafizoğulları/Özen, s. 216, Toroslu/Toroslu, s. 150-154, Özgenç, s. 418, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 281, Koca/Üzülmez, s. 240, Demirbaş, s. 269, Hakeri, s. 281, Zafer, s. 301, Öztürk/Erdem, s. 311, Tröndle/Fischer, § 32, kn. 8, s. 285, Jescheck/Weigend, § 35, s. 395, Baumann/Weber/Mitsch, s. 466, İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Bölümler**, Beta Yayınevi, 2016 Ocak, s. 301, Gropp,Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, 3. Auflage, 2005, § 6, s. 188, Walter, Tonio, **Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB**, Juristische Rundschau, 2005, s. 279, Dursun, Selman, “**Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, S.2, s.234.

¹⁹² Erem/Danışman/Artuk, s. 551.

¹⁹³ Erem/Danışman/Artuk, s. 551-552.

¹⁹⁴ Erem/Danışman/Artuk s. 552.

¹⁹⁵ Erem/Danışman/Artuk, s. 552.

kusurluluktan önce geldiğini savunduğumuz için bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca hukuka uygun emri yerine getiren failin cezalandırılmamasının nedeni failin kusurluluğunun olmaması değil, bu emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun sayılmasıdır. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Bu yüzden amirin hukuka uygun emrini yerine getiren memurun fiili, daha işlendiği andan itibaren hukuka uygundur.¹⁹⁶ Yine sosyal bakımdan kınanamamanın temeli ile kastedilen kanımızca maddi hukuka aykırılık düşüncesidir. Daha önceden de belirttiğimiz gibi biz hukuka aykırılıktan şekli hukuka aykırılığı anlıyoruz ve maddi-şekli hukuka aykırılık ayrımını suçun kaynağı olarak kanun dışındaki kuralları da kabul ettiği ve kanunilik ilkesine zarar verdiği için benimsemiyoruz. Ayrıca aksinin kabulünün kanunun yasaklamadığı hukuka uygun fiillerin de maddi olarak hukuka aykırı sayılması sonucunu doğurabileceğini belirtiyoruz.

Başka bir görüş ise hukuka uygun emrin yerine getirilmesinde amirin emrinin yerine getirilmesinin değil, kanunun hükmünün yerine getirilmesinin söz konusu olduğunu ve bu sebeple hukuka uygun emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunmaktadır.¹⁹⁷ Biz bu görüşe de gerek hukuka uygun emrin gerekse de hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin TCK 24/2 de düzenlendiği ve bir hukuka uygunluk nedeni olduğu, her ne kadar hukuka uygun emrin yerine getirilmesi kanun hükmünün amir aracılığıyla yerine getirilmesi olsa da, TCK da farklı bir hükümde düzenlendiğini belirterek katılmıyoruz.

Amirin emrinin yerine getirilmesinde fiilin hukuka uygun sayılmasının nedeni korunan menfaatin üstünlüğü dolayısıyla Devletin ceza vermesine gerek olmadığıdır.

¹⁹⁶ Günal, s. 37.

¹⁹⁷ Özgenç, s. 415, Hakeri, s. 369, Koca/Üzülmez, s. 301.

Bu halde korunan menfaat çatışma içinde bulunan menfaate göre daha üstün sayıldığı için fiil suç sayılmamakta, hukuka uygun kabul edilmektedir.¹⁹⁸ Örneğin tutuklama kararının yerine getirilmesinde, tutuklanan bireyin menfaati ile toplumsal menfaat çatışma halindedir, ancak toplumun menfaati üstün sayıldığı için emri yerine getiren failin fiili kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmamakta, hukuka uygun sayılmaktadır.

Hukuka uygun emri yerine getiren fail cezalandırılmamaktadır, çünkü emri yerine getiren failin fiili hukuka uygundur, suç sayılmamaktadır. Failin cezalandırılmamasının sebebi failin fiilinin suç oluşturmamasıdır. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuk bir bütündür ve kendi içinde çatışmaz. Hukuka uygun emri yerine getiren fail aslında amir aracılığıyla kanunun hükmünü yerine getirmektedir, hukukun bir fiilin işlenmesine hem izin vermesi hem de aynı fiilin işlenmesini cezalandırması hukuk düzeni kendi içinde çelişmeyeceği için mümkün değildir.¹⁹⁹ Amirin hukuka uygun emri vermesi de memurun bu emri yerine getirmesi de hukuka uygundur, hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir.²⁰⁰

C. Hukuka Aykırı Emrin Yerine Getirilmesinin Suça Etkisi

Hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesi bakımından hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler ve konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi ayrı ayrı incelenmelidir.

¹⁹⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 211.

¹⁹⁹ Günal, s. 38, Dönmezer/Erman, s. 88, Erem/Danışman/Artuk, s. 550,

²⁰⁰ Dönmezer/Erman, s. 90, Toroslu/Toroslu, s. 150-154, Günal, s. 38, Yüce, Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Manisa, 1982, s. 273.

a. Hukuka Aykırı Ancak Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emrin Yerine Getirilmesi

Amirin verdiği emir şekil yönünden hukuka uygun olmak zorundadır. Örneğin yazılı verilmesi gereken bir emir sözlü olarak verilemez, emrin yazılı olması şekil bakımından hukuka uygunluktur.²⁰¹ Emrin şekil yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi esastır, şekil yönünden hukuka aykırı emri yerine getiren memur hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz, emri yerine getirmekten sorumlu olur.²⁰² Hukuk düzeni emrin içerik yönünden hukuka uygunluk denetimini yasaklayabilse de şekil yönünden hukuka uygunluk denetiminin yapılmasını yasaklayamaz. Zaten şeklen hukuka aykırı bir irade açıklaması hukuki anlamda emir vasfını da taşımamaktadır.²⁰³ Şekil bakımından eksik olan emri, yazılı verilmesi gereken emrin sözlü verilmesi gibi, memurun yerine getirme yükümlülüğü yoktur.²⁰⁴

Her hukuka aykırılık suç değildir. Konusu suç teşkil etmeyen ancak kanuna aykırı olan emir bakımından Anayasa memurun kayıtsız şartsız itaat zorunluluğu olmadığını kabul etmiştir.²⁰⁵ Amirin tüm emirlerine memurun mutlak itaat yükümlülüğü yoktur. Yetkili makamlar emir verirken kanunla bağlıdırlar, emri alan memurun da kendisine verilen emri denetleme yükümlülüğü vardır.²⁰⁶ Ancak bazı hallerde memurun denetleme yükümlülüğü Kanun tarafından engellenmiş olabilir, bu durumda memur emrin içerik olarak hukuka uygunluğunu denetleyemez, emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmaksızın emri yerine getirmek zorundadır. Memurun mutlak itaate zorunlu olduğu bu hallerde, TCK madde 24/4e göre emrin yerine getirilmesinden emri veren amir sorumlu olur. Bununla birlikte memur aldığı

²⁰¹ Dönmezer/Erman, s. 95, Toroslu/Toroslu, s. 150-154.

²⁰² Dönmezer/Erman, s. 95, Toroslu/Toroslu, s. 150-154.

²⁰³ Dönmezer/Erman, s. 95.

²⁰⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 561.

²⁰⁵ Erem/Danışman/Artuk, s. 561.

²⁰⁶ Dönmezer/Erman, s. 94.

emrin içerik yönünden hukuka aykırı olduğu sonucuna varırsa, bu hukuka aykırılığı emri veren amirine bildirmelidir. Ancak amir emrin yerine getirilmesinde ısrar eder ve emri yazılı olarak tekrarlırsa memur emri yerine getirmek zorundadır. Bu durumda verilen emir memurun saptadığı gibi hukuka aykırı ise, emrin yerine getirilmesinden emri veren amir sorumlu olur. Bu durum Anayasa madde 137/1de ifade edilmiştir. Maddeye göre kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük²⁰⁷, 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.

Bu şekilde hukuka aykırı bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesinin suça etkisinin nasıl olacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur.

aa. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Kusurluluğu Kaldırdığını İleri Süren Görüş

Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi TCK madde 24/1 yani kanun hükmünün yerine getirilmesi kapsamındadır, bu halde hukuka uygun emrin yerine getirilmesi ile kanun hükmünün yerine getirilmesi arasında ciddi bir farklılık bulunmamaktadır. Çünkü her ikisi de aslında görevin yerine getirilmesidir ve dayanak noktaları kanunla verilen bir görevdir. Dolayısıyla hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir.²⁰⁸ Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü maddeleri ise hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine

²⁰⁷ 6771 S. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

²⁰⁸ Özgenç, s. 415, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 281, Koca/Üzülmez, s. 240, Hakeri, s. 281, Zafer, s. 301.

getirilmesine ilişkindir. Emri veren amir ile emri yerine getiren memur arasındaki ilişki hiyerarşiktir. Bu ilişki içerisinde emre itaat esastır, memur amirin emrini değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmeye mecburdur²⁰⁹ Hukuka aykırı bir emirden dolayı sorumlu olunacağı açıktır, önemli olan emreden ve emredilen sorumluluğunun nasıl olacağını belirlemesidir.²¹⁰ Hiyerarşik yapı emredilen açısından emrin yerine getirilmesini bir zorunluluk haline getirmektedir. Emredilen kişinin iradesi hukuka aykırı emrin yerine getirilmesine ilişkin olarak zorlanmıştır ve bu durumda kişinin irade özgürlüğü bulunmamaktadır.²¹¹ Devlet işlerinin zamanında, gecikmeksizin ve disiplin içinde yürütülebilmesi memuru hukuka aykırı bağlayıcı emri yerine getirme mecburiyeti altında bırakmaktadır.²¹² Ancak verilen emir mutlaka bağlayıcı olmalıdır. İtaat zorunluluğu sadece bağlayıcı emirler için geçerlidir.²¹³ Emrin yerine getirilmesi emredilen bakımından bir mecburiyet, zorunluluk olduğu için kişinin bu konuda irade özgürlüğünün olmadığı normatif olarak kabul edilmektedir ve bu durumda emredilen kişinin kusurluluğu ortadan kalkmaktadır. Fiil her ne kadar zorunluluk altında işlense de hala hukuka aykırıdır.²¹⁴ Bu bakımdan hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir, emri verenin sorumluluğunun devam etmesi fiilin hala hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Bu durumda emir de emrin yerine getirilmesi de hukuka aykırıdır. Bir hukuk devletinde hukuka aykırı bir emir hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz.²¹⁵ 24. madde gerekçesinde de konuyla ilgili “*Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka*

²⁰⁹ Erem/Danışman/Artuk, s. 558.

²¹⁰ Walter, s. 279–280, Falnovic, s. 31, Korte, Marcus, **Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund**, Baden Baden, 2004, s. 90.

²¹¹ Özgenç, s. 416, Koca/Üzülmez, s. 250,

²¹² Koca/Üzülmez, s. 251.

²¹³ Korte, s. 90, Walter, s. 279–280, Falnovic, s. 31.

²¹⁴ Özgenç, s. 416.

²¹⁵ Koca/Üzülmez, s. 250-251, Hakeri, s. 369.

uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk emri verene aittir.” şeklinde açıklama bulunmaktadır. Emri yerine getirenin emrin yerine getirilmesine ilişkin irade özgürlüğü olmadığı için emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluğu da yoktur, bu durumda sorumluluk emri verene aittir. Normatif olarak irade özgürlüğü olmayan memurun kusurluluğunun var olduğu söylenemez. Yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emirden dolayı failin sorumlu tutulması görüşe göre kusur prensibine aykırıdır.²¹⁶

Hiyerarşik ilişkinin getirdiği hukuka aykırı da olsa bağlayıcı emri yerine getirme zorunluluğu, mecburiyeti emri yerine getiren bakımından bir mazeret, sorumsuzluk nedenidir.²¹⁷ 5237 S. Türk Ceza Kanunu hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini görüşe göre bir sorumsuzluk sebebi, mazeret sebebi olarak kabul etmiştir. Görüşe göre Anayasa madde 137/1de yer alan “...bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz” ifadesi ile TCK 24/2 de yer alan “yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz” ifadesi birbiriyle uyumludur ve hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni değil sorumsuzluk nedeni olduğunu göstermektedir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/2-d de yer alan “yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi” halinde “kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının” verileceği düzenlenmesine göre de artık Türk

²¹⁶ Hakeri, s. 369.

²¹⁷ Özgenç, s. 416, Koca/Üzülmez, s. 252.

mevzuatında hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi açıkça kusurluluğu kaldıran nedendir.²¹⁸

Kusurluluğu kınanabilirlik olarak ele alan görüş hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni sayılması halinde hukuka aykırılık unsurunun yokluğundan dolayı suç oluşmayacağı için emri yerine getirenin de emri verenin de sorumlu tutulamayacağını ileri sürmektedir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran neden sayılması halinde ise ortada bir suç bulunduğu için emri verenin cezai sorumluluğunun devam ettiğini, emri yerine getirenin ise kusuru olmadığı için cezalandırılmayacağını belirtmektedir.²¹⁹

bb. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Mazeret Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş

Görüşe göre mazeret nedenleri kusurluluğu kaldıran nedenlerden farklıdır. Kusurluluğu kaldıran nedenler kusurun oluşmasının engelleyen nedenler iken mazeret nedenleri kusuru ve fiilin haksızlık derecesini önemli derecede azaltan ve failin fiilinden dolayı mazur sayılmasını sağlayan nedenlerdir.²²⁰ Bu bağlamda hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi de memurun kusurunu tamamen ortadan kaldırmamakta ancak sorumlu tutulmasını engelleyecek derecede azaltmaktadır.

İtaat yükümlülüğü hukuka aykırı bir emri hukuka uygun hale getiremediği gibi emrin bağlayıcı olması da fiilin haksızlığını yok edememektedir. Ancak emrin

²¹⁸ Özgenç, s. 416-417, Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 637, Koca/Üzülmez, s. 301, Hakeri, s. 369, Zafer, s. 353, Özbek/Kanbur/Doğan, s. 420, Yıldız, s. 49, Değirmenci, Olgun, “**Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa**” TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz 2012, s. 459.

²¹⁹ Değirmenci, s. 458.

²²⁰ Jescheck/Weigend, § 42, s. 469, § 43, s.476-477, Wessels/Beulke, kn. 432-433, s. 161, Gropp, , § 7, s. 256-257, Kindhäuser, § 21, kn. 11-kn.13, s. 185-187, Bernd, Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım-I**, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 368-369.

bağlayıcılığı ve itaat yükümlülüğü dolayısıyla memurun emri yerine getirmemesi, emri yerine getirmeyi reddetmesi memurdan beklenemez. Bu nedenle memur mazur görülmelidir.²²¹

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini istenemezlik ilkesiyle de açıklanmaktadır. Şöyle ki hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi halinde, içinde bulunduğu hiyerarşik ilişki nedeniyle memurdan emri yerine getirmekten başka bir davranış beklenememektedir.²²² Memurun irade özgürlüğü tamamen ortadan kalkmamış ancak ciddi olarak sınırlanmıştır. Memurun iradesi önemli ölçüde zorlandığı için emri yerine getirmekten farklı bir hareket gerçekleştirmesini beklemek adil değildir. Bu nedenle, kendisinden farklı davranmasını beklemek mümkün olmadığı, başka türlü davranma olanağına sahip bulunmadığı için memur kusurlu sayılamaz.²²³

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi mazeret nedeni olarak kabul edildiğinde, emrin yerine getirilmesi hukuka uygun sayılmadığı için emri yerine getiren memura karşı üçüncü kişi meşru savunmadan yararlanabilir. Fiilin haksızlık içeriği önemli ölçüde azalsa da ortadan kalkmamıştır, üçüncü kişiler bu haksızlığa katlanmak zorunda değildir. Bu nedenle de hukuka aykırı emrin yerine getirilmesine karşı üçüncü kişi eğer diğer şartlar da somut olayda mevcut ise meşru müdafaadan faydalanabilir.²²⁴ Emri ifa eden itaat yükümlülüğü dolayısıyla zaten fiilinden ötürü mazur görülmekte cezalandırılmamaktadır, ancak kendisine karşı üçüncü kişinin

²²¹ Amelung, Knut, “Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten”, Juristische Schulung, 1986, s. 337.

²²² Özbek/Kanbur/Doğan, s. 425.

²²³ Özbek/Kanbur/Doğan, s. 425, Baumann/Weber/Mitsch, s. 466.

²²⁴ Amelung, s. 337, Falnovic, s. 33.

meşru savunmada bulunma ihtimali her zaman vardır, memur da bu ihtimali bilerek mesleğini seçmiştir.²²⁵

cc. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş

Suç teşkil etmeyen bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi bu emir hukuka aykırı dahi olsa hukuka uygunluk nedenidir.²²⁶

Anayasa'da belirtilen koşulların yerine getirilmesi halinde emredilen için hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi hukuka uygundur. Ast hukuka aykırı bulunduğu emri yerine getirmemeli ve hukuka aykırılığı üstüne bildirmelidir. Ancak üst emrinde ısrar ederse ve bu emri yazı ile yinelerse bu takdirde ast emri yerine getirmelidir. Anayasada belirtilen şartlara uygun hareket eden emri yerine getirenin bu davranışı ise hukuka uygundur. Çünkü ast Anayasa'da sayılan koşullara uygun hareket etmiştir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun olmasını sağlayan Anayasa'da yer alan bu koşullardır.²²⁷

Madde gerekçesinde yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin sorumsuzluk nedeni olarak açıklanması hatalıdır. Çünkü Türk Ceza Hukukunda ve suç genel teorisinde sorumsuzluk nedenleri şeklinde kendine özgü bir hukuki kurum bulunmamaktadır. Sorumsuzluk nedenleri ile genellikle ifade edilmek istenen; ceza sorumluluğuyla ilgili olan, hukuka aykırılığı kaldıran, kusurluluğu kaldıran, isnat yeteneğini kaldıran ve bazı durumlarda Devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesini ifade eden tüm nedenler şartları ve neticeleriyle birbirinden farklı, birbirinden ayrı ceza hukuku kurumlarıdır. Yani sorumsuzluk nedeni deyimi genel bir

²²⁵ Amelung, s. 337.

²²⁶ Dönmezer/Erman, s. 87, Önder, s. 234, Hafizoğulları/Özen, s. 216, Toroslu/Toroslu, s. 150-154, İçel, s. 301, Demirbaş, s. 269.

²²⁷ İçel, s. 301.

ifadedir ve genel bu ifade ile özel bir ceza hukuk kurumu olan yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin açıklanması yerinde değildir.²²⁸

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde hukuka uygun olan emredilenin bu emri yerine getirmesidir. Emrin yerine getirilmesi fiilinin hukuka uygun sayılması ile hukuka aykırı olan bir emrin hukuka uygun hale gelmesi ise mümkün değildir. Anayasada belirtilen koşullara uygun davrandığı müddetçe emredilenin emri yerine getirmesi hukuka uygundur. Hukuka aykırı emrin ise hukuka aykırılığı devam etmektedir. Emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun sayılması ile emrin hukuka aykırılığını sürdürmesi birbirinden farklıdır. Bu nedenle Gerekçede açıklananın aksine hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir.²²⁹

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni olmasını farklı gerekçelerle²³⁰ kabul eden bir görüş daha bulunmaktadır.²³¹ Görüş hukuka aykırı emrin yerine getirilmesini yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedenine dayandırmaktadır.²³² Yükümlülüklerin çatışması; failin aynı anda birden

²²⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 216.

²²⁹ Hafizoğulları/Özen, s.216.

²³⁰ Görüş Alman Ceza Hukuku'nda savunulmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch, StGB) emrin yerine getirilmesine ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Emrin yerine getirilmesine ilişkin hükümler; Askeri Ceza Kanunu (Wehrstrafgesetz, WStG), Askerler Kanunu (Soldatengesetz, SG), Uluslararası Ceza Kanunu (Völkerstrafgesetzbuch, VStGB), Federal Memurlar Kanunu (Bundesbeamtengesetz, BBG), Federal Kolluk Görevlilerinin Kamu Gücünü Kullanırken Doğrudan Zor Kullanmalarına İlişkin Kanun (Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes, UZwg) gibi çeşitli Kanunlarda yer almaktadır. Yazarlar da Alman mevzuatını inceleyerek görüşlerini ileri sürmektedir.

²³¹ Jescheck/Weigend, § 35, s. 394, Roxin, kn. 19, s. 794–795, Wessels/Beulke, kn. 450, s. 168, Gropp, § 6, s. 187-190, Haft, s. 110-111, Kindhäuser, § 15, kn. 13, s. 141, Walter, s. 280, Stratenwerth, Günter, **Verantwortung und Gehorsam**, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1958, s. 182, Ambos, Kai, **“Zur strafbefreienden Wirkung des “Handelns auf Befehl”aus deutscher un völkerstrafrechtlicher Sicht”**, Juristische Rundschau, Volume 1998, Issue 6, s. 222.

²³² Alman hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni olan yükümlülüklerin çatışması “pflichtenkollision” kavramı ile ifade edilmektedir. Yükümlülüklerin çatışmasını Türk Hukuku bakımından da Türk Ceza Kanunu'nda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden bir görüş bulunmaktadır.

fazla yükümlülükle karşı karşıya kalması halinde yerine getiremediği yükümlülük bakımından cezalandırılmayacağıdır. Fail yerine getirdiği yükümlülük bakımından hukuka uygun davranmış, yerine getiremediği yükümlülük bakımından ise hukuk kurallarına aykırı davranmıştır. Ancak fail yerine getiremediği yükümlülük bakımından cezalandırılmamaktadır.²³³ Görüşe göre ast hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi halinde bir çatışma yaşamaktadır, bu çatışma itaat yükümlülüğü ile hukuka aykırı davranmama yükümlülüğü arasındadır. Ancak kamu faaliyetlerinin düzenli yürütülmesi ve hiyerarşik itaat yükümlülüğü hukuk düzeni yükümlülüğünden daha önemli sayılmaktadır.²³⁴ Bununla birlikte itaat yükümlülüğü her olayda hukuk düzeni yükümlülüğünden daha önemli kabul edilmemektedir, görüşe göre itaat yükümlülüğü idare hukuku ve özel hukuk bakımından daha önemli sayılmaktadır.²³⁵ Bir diğer görüş ise hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin Alman Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen zorda kalış haline göre çözümlenebileceğini buna göre emir ceza hukukunu ve insanlık onurunu ihlal etmeye yönelik olmadıkça itaat yükümlülüğünün haksızlıktan kaçınmaktan daha öncelikli olduğunu ileri sürmektedir.²³⁶ Sorunun tek boyutlu olmadığı, itaat yükümlülüğünden hareket ederek değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir²³⁷. Hiyerarşik bir ilişkide, hukuku açıkça ihlal eden emirler hariç, asttan üstünün her emrini denetlemesi istenemez, aksini kabul sistemin işlevini yitirmesine neden olacaktır.²³⁸ Bağlayıcı her emir memur için bir itaat yükümlülüğü getirmektedir, bu yüzden emre uygun

²³³ Bacaksız, Pınar, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:8, Sayı:21, Nisan 2013, s. 120.

²³⁴ Jescheck/Weigend, § 35, s. 394, Stratenwerth, s. 165–166, Ambos, s. 222, Falnovic, s. 33,

²³⁵ Amelung, s. 337.

²³⁶ Roxin, kn. 19, s. 794–795, Falnovic, s. 33.

²³⁷ Falnovic, s. 32.

²³⁸ Gropp, § 6, s.188, Falnovic, s. 34.

davranmış olan memur emir aykırı emir bağlayıcı ise emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni, bağlayıcı değil ise mazeret nedenidir.²³⁹ Bağlayıcı olmayan emirler bakımından itaat yükümlülüğü söz konusu değildir, bu nedenle bağlayıcı olmayan emirlerin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Bir görüşe göre anayasal hükümler, kanun hükümleri ve yargı kararları bağlayıcıdır, bunlardan kaynaklanan emirlerde itaat yükümlülüğü diğer hukuki yükümlülüklerden daha üstün olduğu için hukuka aykırı dahi olsalar bunların yerine getirilmeleri bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Bağlayıcı idari işlemler bakımından ise durum daha farklıdır, hukuka aykırı olduklarında bu emirlerin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni sayılması itaat yükümlülüğünün ceza hukuku ve kabahatler hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerden daha üstün olmasına bağlıdır. Memurlar bakımından itaat yükümlülüğünün ceza hukuku yükümlülüklerinin önüne geçmesi imkânsız iken askerlerin itaat yükümlülüğünün sadece kabahatler hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ilerisine geçmesi mümkündür.²⁴⁰ Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde, memurun fiili hukuka uygun olacağı için, üçüncü kişinin emrin yerine getirilmesine karşı meşru savunma hakkı bulunmamaktadır.²⁴¹ Ayrıca emrin ifasına karşı üçüncü kişinin zorda kalış halinden yararlanması mümkündür, memur hem itaat yükümlülüğünün altına sokulup hem de kendisine karşı meşru savunmada bulunulmasına izin verilemez.²⁴²

²³⁹ Falnovic, s. 34.

²⁴⁰ Stratenwerth, s. 180-182.

²⁴¹ Jescheck/Weigend, § 35, s. 395, Gropp, § 6, s. 191.

²⁴² Walter, s. 280.

dd. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bizce bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygunluk nedenlerini açıkladığımız kısımda da belirttiğimiz üzere hukuka uygunluk nedenleri fiilin suç sayılmasını fiilin işlenmesine izin veren ya da fiilin işlenmesini emreden normun varlığı nedeniyle engelleyen özel durumlardır.²⁴³ Yani bir durumun hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için fiilin işlenmesine izin veren normun varlığı gereklidir. Hukuka uygunluk nedeni oluşturan fiilin işlenmesi hukukun verdiği bir yetki ya da yüklediği bir görevdir.²⁴⁴ Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi de emri yerine getiren memur bakımından hukukun yüklediği bir görevdir, bu görevin hukuki kaynağını da Anayasa'nın 137. maddesinin birinci fıkrası oluşturmaktadır. İlgili maddede açıkça hukuka aykırı bulunan emrin yerine getirilmesinin şartları ve bu şartlar yerine getirildiğinde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Hukukta çelişmezlik esastır. Bir fiilin işlenmesi anayasal bir normla emredilirken aynı zamanda bu fiilin hukuka aykırı kabul edilmesi hukuk düzeninin kendisiyle çelişkiye düşmeyeceği ilkesine aykırılıktır.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldırdığını ileri süren görüş hukuka uygun emrin yerine getirilmesini görevin yerine getirilmesi kabul ederken hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini bu kapsamda saymamaktadır. Görüş görevin yerine getirilmesinin kaynağının kanun ile verilmiş bir görev olduğunu ve bu yüzden hukuka uygunluk nedeni sayıldığını belirtmekte ancak kanımızca Anayasa'nın 137/1 maddesini dikkate almamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 137. maddesi hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi bakımından bir görev oluşturmaktadır. Dolayısıyla sadece kanun hükmünün ve hukuka uygun emrin yerine

²⁴³ Toroslu/Toroslu, s. 148.

²⁴⁴ Toroslu/Toroslu, s. 150.

getirilmesi değil hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi de görevin yerine getirilmesi kapsamındadır ve bir hukuka uygunluk nedenidir.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hiyerarşik yapı dolayısıyla emredilen bakımından bir zorunluluk oluşturduğu ve emri yerine getirenin bu konuda irade özgürlüğünün olmadığı görüşüne katılmamız mümkün değildir. Çünkü memur emir bağlayıcı dahi olsa idari mekanizmanın otomatik bir aleti değildir, mutlak itaatin kişinin irade özgürlüğünü yok edecek derecede katı bir itaat şeklinde anlaşılması mümkün değildir, iradenin kaçınılmaz bir şekilde bu emre itaat ettiği düşünülemez.²⁴⁵ Görüş normatif, hukuki bir zorunluluktan bahsetse de memurun hukuki bir zorunluluk dolayısıyla hareket etmesi onun irade özgürlüğünün olmadığı sonucunu doğurmaz. Failin emri yerine getirmekten başka olanağının bulunmadığını, emri yerine getirmek bakımından hiçbir serbestisinin olmadığını kabul etmek modern, demokratik hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Hukuk devleti ilkesi idarenin hukukla bağlı olmasını zorunlu kılmaktadır, Anayasa'ya göre idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. (m. 123/1) Yani idare her türlü faaliyetini hukuka uygun bir şekilde yürütmek zorundadır.²⁴⁶ Bu bakımdan memurun irade özgürlüğünün hiyerarşik ilişki dolayısıyla olmadığının kabul edilmesi açıkça hukuk devleti ilkesine aykırılıktır.

24. maddenin gerekçesinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni değil bir sorumsuzluk nedeni olduğu belirtilmiştir. Ceza hukukunda sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilen, özelleşmiş, ayrı bir kurum bulunmamaktadır. Türk hukukunda sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilen tek kurum

²⁴⁵ Günel, s. 41.

²⁴⁶ Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 37.

yasama sorumsuzluğudur. Yasama sorumsuzluğu milletvekillerinin meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamamalarıdır. (AY m. 83/1) Yasama sorumsuzluğu sadece milletvekilleri için kabul edilmiş bir ayrıcalıktır, bu ayrıcalığın nedeni de yasama faaliyetinin tam olmasını sağlamak, milletvekillerinin meclis çalışmalarında etki altında kalmadan, korkusuzca düşüncelerini açıklamalarına, oylarını kullanmalarına olanak tanımaktır.²⁴⁷ Cezai ve özel hukuk sorumsuzluğunu içeren yasama sorumsuzluğu meclis üyesinin şahsı ile ilgilidir ve işlenen fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.²⁴⁸ Sorumsuzluğun hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar olsa da doktrinde ağırlıklı görüş sorumsuzluğun fiilin hukuka uygun kabul edilmesi sonucunu doğurmayacağını, yani hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğini, cezalandırılabilmeyi kaldırdığını kabul etmektedir.²⁴⁹ Bir sorumsuzluk nedeni olan yasama sorumsuzluğu, açıklandığı üzere hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinden tamamen farklıdır. Zaten iki kurumu düzenleyen anayasal hükümler olan AY madde 83/1 ile AY madde 137/1 birbirinden farklı düzenlemelerdir. Yasama sorumsuzluğundan başka Türk hukukunda sorumsuzluk nedeni şeklinde nitelendirilebilecek bir kurum bulunmamaktadır. Sorumsuzluk nedenleri ile ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin kastedildiği ileri sürülebilse de Kanun'da ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler başlığı altında hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini kaldıran ve

²⁴⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 50, Centel/Zafer/Çakmut, s. 149, Feyzioğlu, Metin, “**Yasama Dokunulmazlığı**” AÜHFD, C.42, Sayı:1, 1992, s. 22.

²⁴⁸ Dönmezer/Erman, C. I, s. 250, Toroslu/Toroslu, s. 78.

²⁴⁹ Dönmezer/Erman, C. I, s. 250, Önder, s. 423, Toroslu/Toroslu, s. 78, Yalçın, Türkan, “**Yasama Sorumsuzluğu**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2, Yıl:92, s. 223.

azaltan nedenler bir arada düzenlenmiştir. Bunların hepsi kendine özgü özellikleri, şartları ve sonuçları olan farklı hukuki kurumlardır, hepsinin tek bir başlık altında toplanarak sorumsuzluk nedeni sayılması mümkün değildir. Bu bakımdan hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini suç teorisinde olmayan sorumsuzluk nedeni kavramıyla açıklamak kanımızca yerinde değildir.

Yine hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinde hukuka uygun kabul edilen emir değildir, yani bu hukuka uygunluk nedeni hukuka aykırı emri hukuka uygun hale getirmez. Hukuka uygun kabul edilen emredilenin emri yerine getirme fiilidir. Hukuka aykırı bir emrin hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacağı ileri sürülse de hukuka uygunluk nedeni oluşturan hukuka aykırı emir değil bu emrin yerine getirilmesini gerekli kılan görevin yerine getirilmesidir. Kaldı ki kanunun hükmünün yerine getirilmesini bakımından da benzer bir durum söz konusu olabilir. Şöyle ki bir kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilebilir. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen ilgili kanun hükmü iptal kararı Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde ise Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. (AY m. 153/3) Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğünü ertelediği hallerde, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihe kadar, ilgili kanun hükmü yürürlükte kalacaktır.²⁵⁰ Böyle bir durumda hukuka aykırı olması nedeniyle iptal edilen bir kanun hükmü yürürlükte kaldığı süre boyunca uygulanmaya devam edecektir, hükmü uygulayanlar da kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Yani tıpkı hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi gibi bir

²⁵⁰ Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 410.

durum söz konusudur. Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin; hukuka aykırı bir emrin hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacağı gerekçesiyle kusurluluğu kaldıran neden olduğunu savunan görüşün, kanun hükmünün yerine getirilmesini tartışmasız hukuka uygunluk nedeni kabul etmesi kanımızca çelişkilidir. Bizce gerek kanun hükmünün yerine getirilmesi gerekse de hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi aslında görevin yerine getirilmesidir ve her iki halde görevin yerine getirilmesi söz konusu olduğu için hukuka uygunluk nedenidir.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ile konusu suç olan emrin yerine getirilmesi birbirinden farklıdır. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde memurun emri yerine getirme fiili hukuka uygundur, bu fiil örneğin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Emri veren amirin ise fiili hukuka aykırılığını korumaktadır, hukuka aykırı emir vermek suretiyle görevinin gereklerine aykırı hareket ettiği için amirin fiili görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Çünkü amir de bir kamu görevlisidir ve hukuka aykırı emir vererek kanunların ve idari düzenlemelerin belirlediği durumların dışına çıkmakta ve yetkisinin sınırını aşmaktadır. Dolayısıyla da görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş sayılmaktadır.²⁵¹ Şayet amirin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesi kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olmuşsa veya kişilere haksız bir kazanç sağlanmış ise görevi kötüye kullanma suçu söz konusu olacaktır.²⁵² Burada dikkat edilmesi gereken emri veren amirin suçun azmettiricisi değil faili olduğudur. Bu sebeple hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni sayılması halinde

²⁵¹ Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 306, Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014, s. 675.

²⁵² Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015, s. 945 vd.

hukuka aykırılık unsurunun yokluğundan dolayı suç oluşmayacağı için emri yerine getirenin de emri verenin de sorumlu tutulamayacağını ileri süren görüşe katılamamaktayız. Çünkü hukuka aykırı emrin verilmesi hukuka aykırılığını korumaktadır, hukuka uygun olan, memurun bu emri yerine getirmesidir, yine emri verenin hukuka aykırı bu fiili gerekli unsurlar varsa suç oluşturabilir, emri veren de suçun faili olur, emredilenle iştirak halinde işlenen bir suç zaten söz konusu değildir. Suça iştirakten ancak konusu suç teşkil eden emrin verilmesi halinde bahsedebiliriz, bu durumda emri veren azmettiren, emri yerine getiren ise suçun failidir, suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni değildir, bizce görüş hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ile suç teşkil eden emrin yerine getirilmesini birbirine karıştırmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi ve fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceğinin düzenlenmesi kanımızca yerinde değildir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir, Ceza Muhakemesi Kanununda kurumun kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi maddi ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurmaz. Hukuka aykırı bağlayıcı emri yerine getiren fail hakkında verilecek karar beraat olmalıdır. Failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde memur hakkında özel hukuk mahkemesinde tazminat sorumluluğunun devam ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Oysa memurun fiili hukuka uygundur ve hakkında haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi imkânı bulunmamaktadır. CMK madde 223/3-d memur bakımında adil olmayan sonuçlara neden olabilecek bir düzenlemedir.

b. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesi

Anayasa madde 137/2 ve TCK madde 24/3e göre konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez. Bu emir yerine getirildiği takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olur. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi temel ilke olmakla birlikte Anayasa madde 137/4 de askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır. Kanunla gösterilen bu istisna hallerde suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde ise emrin yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olacaktır. Memurun emrin hukuka uygunluğuna ilişkin fiili hataya düştüğü hallerde de emri veren amirin sorumluluğu devam edecek, emri yerine getirenin ise istisnai olarak sorumsuzluğu söz konusu olacaktır.

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin suça etkisine ilişkin olarak kusurluluğu kaldırdığına, hukuka uygunluk sebebi olduğuna ve cezalandırılabilmeyi kaldırdığına ilişkin olarak doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur.

aa. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Kusurluluğu Kaldırdığını İleri Süren Görüş

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldırdığına ilişkin görüşler kusurluluğa verilen anlama göre iki ayrı şekilde incelenmektedir. İlk grup kusurluluk ile bizim de kabul ettiğimiz şekilde suçun manevi unsurunu kast etmekte, ikinci grup ise kusurluluğu kınanabilirlik olarak ele almaktadır. Dolayısıyla önceki bölümlerde de açıkladığımız şekilde ilk görüşe göre kastın ortadan kalktığı kabul edilirken, ikinci görüşe göre fail kusurlu sayılmayacağı için kınanamamaktadır.

Kusurluluğu suçun manevi unsuru olarak kabul eden bir görüş ise suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde memurun iyiniyetli davranıp davranmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre memur amirin suç teşkil eden bir emir

veremeyeceğini düşünerek iyi niyetli hareket etmiş ise memurun kastı bulunmamaktadır, sadece emre itaat etmek istemiştir. Görüş açıkça suç teşkil eden emir ve açıkça suç teşkil etmeye emir ayrımı yapmakta ve açıkça suç teşkil etmeyen emirler karşısında bu emri yerine getiren memurun iyi niyetli olduğunu kabul etmektedir.²⁵³

Bir görüşe göre ise suç teşkil eden emrin suç teşkil ettiği anlaşıldığı halde emir baskı altında yerine getirilmiş ise zorunluluk durumu, bilmeden, anlaşılamadan yerine getirilmiş ise hata söz konusu olabilir.²⁵⁴ Emrin yerine getirilmesinin zorunluluk durumu oluşturduğunu ileri süren görüşe göre memurun iradesi emri yerine getirmesi yönünde zorlanmaktadır, memurun üzerinde hiyerarşik bir baskı vardır, emri yerine getirmediği takdirde ceza tehdidi ya da kendisine bir kötülük yapılması tehlikesi bulunmaktadır. Bu nedenle de durum memur bakımında bir tür zorunluluk hali oluşturmaktadır.²⁵⁵ Başka bir görüş suç teşkil eden emrin memur bakımından manevi bir cebir oluşturduğunu ileri sürmekte, emre mutlak itaat etmesi gerektiği için memurun iradesinin zorlandığını ve kastının ortadan kalktığını belirtmektedir.²⁵⁶ Memurun kusurluluğunun kalktığını savunan bir görüş ise hata ile durumu açıklamakta, memurun emrin bağlayıcılığında ya da emrin meşruluğunda hataya düşebileceğini ifade etmektedir. Görüşe göre memur bağlayıcı olmayan bir emri bağlayıcı zannederek ve suç teşkil ettiğini bilmeyerek itaat saikiyle yerine getirmiş ise kusurlu değildir. Ancak memurun emrin suç teşkil ettiğini bilmesi ve intikam vb. saiklerle hareket etmesi halinde hata söz konusu değildir. Memurun hatasında

²⁵³ Zikreden, Günal, s. 42.

²⁵⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 560.

²⁵⁵ Zikreden, Günal, s. 40.

²⁵⁶ Zikreden, Günal, s. 41.

yararlanması istisnai bir durumdur ve fiili hata bakımından geçerlidir, hatanın hukuki hatayı da kapsayacak kadar genişletilmemesi gereği savunulmaktadır.²⁵⁷

Kusurluluğu kınanabilirlik olarak kabul eden görüşe göre emri yerine getirenin itaat yükümlülüğü bulunmaktadır, dolayısıyla memur emri yerine getirerek aslında itaat yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde memurun sorumlu olmamasının nedeni irade özgürlüğünün bulunmaması dolayısıyla failin kusurunun ortadan kalkmasıdır. Failin yani emri yerine getirenin iradesi özgürlüğü yoktur, bunun nedeni kendisine kötülük yapılabileceği ihtimali ya da ceza tehdididir.²⁵⁸ Diğer bir görüş emrin memur bakımından manevi cebir oluşturduğunu, bu manevi cebir dolayısıyla suç teşkil eden emre itaate zorunlu kaldığını bu nedenle de irade özgürlüğünün bulunmadığını ifade etmektedir.²⁵⁹ Askeri hiyerarşide askeri hizmetin gereği olarak ve askeri hizmetle ilişkili konularda emre itaat yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük mutlak itaat mecburiyeti şeklindedir. Mutlak itaat mecburiyeti altındaki ast emrin konusu suç teşkil etse bile emre itaat etmek zorundadır. Astın emre itaat etmek zorunda olması, astın kusurluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu halde emri yerine getiren ast kusurlu sayılamayacağı için cezalandırılmaz ancak emri yerine getirilmesi her halde hukuka aykırılığını korumaktadır.²⁶⁰

bb. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş

Emrin hukuka uygunluğunu denetleme olanağının kaldırıldığı veya mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu hallerde hukuk düzeni emredilen için özel bir yükümlülük getirmektedir. Emrin yerine getirilmesi hukuk tarafından beklenen ve

²⁵⁷ Zikreden, Günel, s. 45-46.

²⁵⁸ Zikreden Günel, s. 40.

²⁵⁹ Zikreden Günel, s. 41.

²⁶⁰ Özgenç, s. 418 vd.

onaylanan bir yükümlülüktür. Hukuk tarafından yüklenen bu yükümlülüğün ise hukuk düzeninin çelişmezliği ilkesi gereği hukuka aykırı olması düşünülemez. Emredilene itaat yükümlülüğü yükleyen kural, emirle ihlal edilen kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Memur itaat yükümlülüğüne uygun davrandığı sürece fiili hukuka uygundur, emri veren amirin hareketi ise suçtur, çünkü amir suç teşkil eden emir verilmesini yasaklayan kuralı ihlal etmiştir.²⁶¹

Bir görüşe göre ise suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hukuka uygundur çünkü yükümlülüklerin çatışması söz konusudur. Dolayısıyla amirin emrini yerine getirme yükümlülüğü yani emre itaat yükümlülüğü ile ceza hukuku tarafından yasaklanan bir fiili işlememe yükümlülüğü çatışmaktadır. Eğer emrin içeriği kontrol hakkı bulunmamakta ve mutlak itaat mecburiyeti söz konusu ise yerine getirilmesi gereken yükümlülük emre itaattir.²⁶²

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi menfaatlerin çatışmasıyla da açıklanmıştır. Menfaatlerin çatışması daha üstün bir hukuki menfaatin korunması için başka bir hukuki menfaatin ihlal edilmesine izin verilmesidir. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde devletin emrin acele icrasındaki menfaatine üstünlük tanınmaktadır. Ancak bu menfaate üstünlük tanınırken vatandaşların ihlal edilen haklarıyla devletin menfaati arasında da denge kurulmak zorundadır. Devlet menfaatine üstünlük tanındığı için suç teşkil eden emri yerine getiren astın fiili hukuka uygun sayılmaktadır.²⁶³

²⁶¹ Zikreden, Günal, s. 49.

²⁶² Zikreden, Günal, s. 50.

²⁶³ Zikreden, Günal, s. 50.

cc. Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Cezalandırılabilirliğe Etki Ettiğini İleri Süren Görüş

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi cezalandırılabilirmeye etki etmektedir.

Suç teşkil eden emri yerine getiren kişi hukuka aykırı ve kusurlu hareket etmiştir ancak yasa koyucu tarafından durum gereği olarak cezalandırılmamaktadır. Emir suç olma özelliğini devam ettirmektedir, sadece emri yerine getiren bakımından cezasızlık söz konusudur. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde objektif olarak bir suç var iken subjektif olarak bir suç yoktur. Yani emri yerine getiren tarafından işlenen bir suç bulunmamaktadır.²⁶⁴

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde menfaatlerin çatışması söz konusu değildir. Böyle bir emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni sayılamaz, emrin yerine getirilmesi fiili hukuka uygun kabul edilemez sadece emri yerine getiren bakımından cezalandırılmaya engel olan bir neden vardır.²⁶⁵

dd. Değerlendirme ve Görüşümüz

Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Anayasa'nın 2. maddesinde de *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”* denmektedir. Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri devletin hukuk kurallarıyla bağlı olmasıdır. Dolayısıyla devletin hukuk kurallarına uymak zorunda olduğu bir hukuk devletinde sıfatı ve makamı ne olursa olsun hiç kimse suç teşkil eden bir emri verme yetkisine sahip değildir. Devlet hiçbir şekilde suç işleme ya da işletme gücüne sahip

²⁶⁴ Zikreden, Günel, s. 46.

²⁶⁵ Zikreden, Günel, s. 47.

değildir. Emir hukuki bir işlemdir, hukuki bu işlemin konusu suç olamaz.²⁶⁶ Aksinin kabulü anayasal bir ilke olan hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir.²⁶⁷

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Konusu suç olan emir söz konusu olduğunda emri veren de emri yerine getiren de sorumlu olur. Hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emir de olduğu gibi emre meşruiyetini veren bir hukuk normu söz konusu değildir. Aksine “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz” şeklinde anayasal hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla suç teşkil eden emrin verilmesi de bu emrin yerine getirilmesi de hukuka aykırıdır.

Biz suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldırdığı görüşüne de, cezalandırılabilirliği kaldırdığı görüşüne de, hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin görüşe de katılmıyoruz. Kusurluluğu kaldırdığına ilişkin görüşe katılmama nedenlerimiz hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin niçin kusurluluğu kaldıran neden sayılamayacağına ilişkin açıklamalarımızla aynıdır. Memurun açıkça suç teşkil etmeyen emirler bakımından iyi niyetli sayılmasının kabul edilmesi gerektiğini savunan görüşe ise “kanunu bilmemek mazeret sayılamaz” kuralı gereği katılmıyoruz. Cezalandırılabilirliğe etki ettiğini savunan görüşün emri yerine getirenin fiilini aynı zamanda hem hukuka aykırı ve kusurlu, hem de hukuka uygun bulması kanımızca çelişkilidir. Yine aynı görüş mutlak itaat istenen hallerde emri yerine getirenin neden

²⁶⁶ “Sanık, Bakanın bilgi ve buyruğu doğrultusunda hazırlanan müşterek kararname taslağını soyadının baş harfi olan İ harfini yazarak paraf etmekle, yürütmenin durdurulmasına ilişkin idari yargı kararını etkisiz bırakan işlemin yapılmasına yol açmak suretiyle suça katılmıştır. Sanığın hiyerarşik düzeydeki buyruklarını yerine getirmekle yetindiği yolundaki savunması yerinde değildir. Çünkü suç oluşturan bir buyruğu yerine getirmek, eylemi suç olmaktan çıkaran ve onu hukuka uygun kılan bir neden olamaz.”, Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 08.06.2006, E.2006/25, K.2006/15, Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 633.

²⁶⁷ Hafizoğulları/ Özen, s. 241.

cezalandırılmadığını açıklamamış, konunun derinine inmemiş, kanun hükmünün dar ve lafzi yorumuyla yetinmiştir. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir kanun hükmü ile hukuka uygun hale getirilmemiştir, yani suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun kabul edilmesine kaynaklık eden bir hukuk normu yoktur. Anayasa’da ve ilgili kanunlarda (TCK m. 24/3, PVSK m. 2/2, DMK m.11/3 gibi) suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi kesin olarak yasaklanmıştır.

Hukuk devletinde suç teşkil eden emir bir hukuka uygunluk nedeni sayılamaz. Emir kanuna eşit değildir. İdare hukukla bağlıdır, yürütmenin sınırı daima kanundur, hukukun üstünlüğü ilkesi bunu gerektirir.²⁶⁸ Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin, bazı hizmetler bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılmasının ileri sürülmesi kabul edilemez. Kanunun kendisine aykırı olan bir emri hukuka uygun kabul etmesi hukuki olarak mümkün değildir. Böyle bir kabul hukuka değil, örneğin siyaset gibi hukuktan farklı bir olguya üstünlük tanımak anlamına gelmektedir.²⁶⁹

Emri yerine getirenin emrin içeriğini kontrol etmesinin yasaklandığı veya emri yerine getirenden mutlak itaat beklendiği durumlarda²⁷⁰ emri yerine getiren, emrin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa, hukuka uygun bir emri yerine getirdiğine inanarak emri yerine getirmişse burada fiili hata söz konusudur.²⁷¹ Fiili hata kusurluluğu kaldıran bir

²⁶⁸ Erem/Danışman/Artuk, s. 559.

²⁶⁹ Erem/Danışman/Artuk, s. 559.

²⁷⁰ Bkz. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, m. 14/1: “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.

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

²⁷¹ “Kahramanmaraş’ta yakalanan PKK’lı terörist, sorgusunda; Doğanşehir, Hekimhan ve Pötürge ilçelerine üç Pkk timinin gizlice sızdığını, bunların eylemler yapacağını açıklar. Bunun üzerine kolluk

nedendir ve bu nedenle fail suç teşkil eden emri yerine getirdiği için sorumlu tutulamaz. Ancak burada önemle belirtmek isteriz ki memur fiili hataya düştüğü için kusurluluğu ortadan kalkmıştır, yoksa failin irade serbestisi olmadığı için kınanamayacağı, kusurluluğunun olmadığı görüşüne katılmamız mümkün değildir. Çünkü mutlak itaat emri yerine getiren kişinin irade özgürlüğünü ortadan kaldıracak derecede bir bağımlılık, körü körüne bir itaat demek değildir. Aksinin kabulü modern ve demokratik hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir.²⁷² Şayet emri yerine getiren fiili hataya düşmemiş ise suç teşkil eden bir emrin yerine getirdiğini biliyor ise artık bu emrin yerine getirilmesinden hem emri veren hem emri yerine getiren sorumlu olacaktır.

kuvvetleri teyakkuza geçer. Pötürge Tepehan Jandarma Karakolunda nöbet tutan er, gece saat 03.30 sularında uzak tepede yaklaşan bir ışık görür. Durumdan haberdar edilen karakoldaki diğer bütün askerler silahların ışık istikametini hedef itihaz ederek sefer alır. Bazı beyanlara göre “dur” dendiği halde ışık durmaz, bazı beyanlara göre de “dur” denmeden ‘PKK lılar geldi’ düşüncesiyle ışık istikametine doğru seri atışlar yapılır. Yapılan atışlar sonucunda ışık ve hareket kesilir. Gün ağardığında yapılan kontrolde, iki yaşlı kişinin cesediyle karşılaşılır. Bunların, bayram namazı kılmak üzere karakol yakınındaki camiye gelen iki köylü olduğu anlaşılır.” Şirin, Osman, **“Silah Kullanan Kolluk Görevlileri Hakkında Verilen Yargıtay Kararları”**, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:6, İstanbul, 2005, s. 83.

²⁷² Günal, s. 58.

İKİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİNİN KOŞULLARI

D) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ŞARTLARI

Amirin emrinin yerine getirilmesi bakımından öncelikli olarak amir tarafından verilmiş bir emrin bulunması gerekir. Aynı zamanda bu emrin yerine getirilmesi gerekli bir emir olması gerekir.

1. Bir Emrin Bulunması

A. Emir

Emir bir irade açıklamasıdır. Hukuka göre üstün olan ve yetki sahibi kişi tarafından; ast konumunda olan kişiye karşı belli bir hareketin yapılması veya yapılmaması için yöneltilmiş ve açıklanmıştır.²⁷³ Emri verenin üstünlüğü hukuktan kaynaklanan bir üstünlük olmalıdır. Fiili üstünlük durumlarında da sözlük anlamı itibariyle bir emir söz konusu olsa da bu emir bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz.²⁷⁴ Emrin yerine getirilmesi sadece kamu hukukundan kaynaklanan emirler bakımından geçerlidir. Özel hukuktan kaynaklanan emirler bakımından, işverenin işçiye talimat vermesi gibi, emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusu değildir.²⁷⁵ Kamusal nitelikte olmayan, saygı ve bağlılık ilişkisi gereği gerçekleşen talepler emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında emir sayılmaz.²⁷⁶ Benzer şekilde aile hukukundan kaynaklanan emirler de, örneğin anne babanın çocuklarına verdiği emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine

²⁷³ Dönmezer/Erman, s. 90, Önder, s. 233.

²⁷⁴ Günel, s. 59. Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre emir; buyruk, komut, talimat, ferman olarak tanımlanmaktadır. (bkz. www.tdk.gov.tr) Hukuk Sözlüğüne göre ise emir uyulması zorunlu irade beyanıdır. Bkz. Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996, s. 230.

²⁷⁵ Dönmezer/Erman, s. 91, Önder, s. 233, İçel, s. 303.

²⁷⁶ Önder, s. 234.

dayanak oluşturmaz.²⁷⁷ Kamu hukukundan kaynaklanmayan bir emri yerine getiren kimse ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Ancak böyle bir durumda, emri yerine getiren kimse özel hukuktan kaynaklanan ve emrin konusunu oluşturan fiilin hukuka aykırılığının bilincinde değilse ve bunun farkına varma olanağına da sahip değilse kusurluluğu olmadığı için cezalandırılmayabilir.²⁷⁸

Emir kanunen tanınmış bir yetkinin belirli bir olay bakımından somut hale gelmesidir, hukuka uygun bir emir kanunun belirttiği neden ve olaya ilişkin iradeyi göstermektedir.²⁷⁹ Türk Ceza Kanununda birçok suçta emir ifadesi geçmesine karşın (m.219, m.258, m.317, m.321) bir emir tanımı yapılmamıştır. Emre ilişkin bir tanım Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda yer almaktadır. İç Hizmet Kanununun 8. maddesinde emir hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesi olarak tanımlanmıştır. Hizmet ise 6. maddeye göre kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.

Devletin yürütme erki emir üzerine kuruludur.²⁸⁰ Yürütme erki; yasama ve yargı faaliyetleri ile yürütmenin salt siyasal nitelikli faaliyetleri dışında kalan, toplumsal ihtiyaçların karşılanması için devletin yürüttüğü tüm faaliyetleri kapsamaktadır.²⁸¹ Bu bağlamda amir için emir vermek, memur içinse verilen emri yerine getirmek bir yükümlülüktür.²⁸² Devlet emir sayesinde kendi iradesini açıklamakta, birçok devlet işi emir ile yürütülmektedir.²⁸³ Kamu hizmetlerinin zarar

²⁷⁷ Alacakaptan, s. 102.

²⁷⁸ Toroslu/Toroslu, s. 150.

²⁷⁹ Demirbaş, s. 271.

²⁸⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 214.

²⁸¹ Günay, s. 14.

²⁸² Yüce, s. 273.

²⁸³ Günal, s. 60, Yüce, s. 273.

görmemesi için emirlerin geciktirilmeksizin yerine getirilmesi gerekmektedir. Emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni sayılmasıdaki nedenlerden birisi de budur.²⁸⁴ Amir idare hukuku kurallarına göre belirlenir, bir hizmetin ya da kuruluşun başında veya içinde bulunan, idari faaliyetlerin ve hizmetlerin görülebilmesi için altında bulunan memurlara emir verme yetkisi tanınmış kişi amirdir.²⁸⁵ Yetkili amir bu mekanizmada bir aracıdır. Bu mekanizma aslında kanunun yerine getirilmesinden ibarettir. Yetkili amir aracılığı ve emirle memur kanunla bağlı kılınmaktadır.²⁸⁶ Bu nedenle emrin unsurları üstünlük, zorunluluk ve bağımlılıktır. Memur hukuk kurallarınca önceden belirlenmiş objektif bir takım yükümlülüklerle tabidir. Hiyerarşik üste bağlılık ve itaat yükümlülüğü de memurun yükümlülüklerinden birisidir. Görevinin doğru bir biçimde yürütülmesine ilişkin memurun amirine karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Memur amirinin verdiği bağlayıcı emirlere uymak zorundadır.²⁸⁷

Emir genel bir talimat ya da genel bir tebliğ şeklinde ya da toplu, kişisel veya özel olarak verilebilir, emrin kaynağı doğrudan doğruya Kanun olabileceği gibi bir yargı kararı da olabilir.²⁸⁸ Sadece bir memura verilen emir özel bir emir iken, amirin memurları hakkında çıkardığı genelge ya da sirküler gibi düzenleyici işlemler genel bir emirdir. Yazılı ya da sözlü emirler arasında kural olarak bir farklılık yoktur.²⁸⁹ Emrin şekli nasıl olursa olsun, emir bağlayıcı olduğu takdirde emrin yerine getirilmesine dayanak teşkil etmektedir.²⁹⁰ Emrin yerine getirilmesinde itaat

²⁸⁴ Alacakaptan, s.102.

²⁸⁵ Alacakaptan, s. 102.

²⁸⁶ Günal, s. 60.

²⁸⁷ Günday, s. 602–603.

²⁸⁸ Erem, s. 436, Günal, s. 60–61.

²⁸⁹ Önder, s. 233.

²⁹⁰ Dönmezer/Erman, s. 91, Önder, s. 233, İçel, s. 303.

yükümlülüğü esastır, memura bağlayıcı bir emir verildiğinde emre itaat zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Emrin bağımlılık ve zorunluluk unsurlarının kaynağı itaat yükümlülüğüdür.²⁹¹

Bir emrin varlığından bahsedebilmek için öncelikle bir üstünlük ilişkisinin olması gereklidir. Bu üstünlük hiyerarşik ilişkiden kaynaklanabileceği gibi, kanunun emri verene emir yetkisini tanıması ve emri uygulayana itaat yükümlülüğü yüklemesinden de kaynaklanabilir. Emrin hukuka uygunluğundan ve hukuka aykırılığından bahsedebilmek için emir hukuken mutlaka var olmalıdır. Hukuken var olmayan bir emrin yerine getirilmesi de mümkün değildir.²⁹²

B. Emri Veren

Türk Ceza Kanunu m. 24/2de yetkili merciiden verilen emirden söz edilmektedir, 24. maddenin 3. ve 4. fıkralarında ise emrin yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağı belirtilmektedir. Emri veren kişi amirdir, amir yetkili merciin başında bulunmaktadır.²⁹³

Amir hiyerarşik yapılanmada belirli bir kuruluşun ya da örgütün başında bulunan ve emir verme yetkisine sahip bulunan kimsedir. Yetkili mercii ile kastedilen resmi merciidir, amir kamusal alanda emir vermektedir. Amir, öncelikle kamu tüzel kişisi içindeki bir teşkilat ya da örgütün başında olmalıdır, özel kuruluşların başında bulunan amirlerin verdiği emirler emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine dayanak oluşturmamaktadır. Memurun emre itaat yükümlülüğünden bahsedebilmek

²⁹¹ Günal, s. 60.

²⁹² Günal, s. 94.

²⁹³ Amir hukuk sözlüğüne göre emreden buyuran demektir. Bkz. Yılmaz, s. 58. Türk Dil Kurumuna göre ise amir bir işte emir verme yetkisi bulunan kimse, mir olarak tanımlanmaktadır. Bkz. tdk.gov.tr

için öncelikle emrin kamusal güce sahip, yetkili bir mercii tarafından verilmesi gereklidir.²⁹⁴

Amir tek bir kişi olabileceği gibi kurul halinde çalışan kişiler topluluğu da olabilir.²⁹⁵ Emri veren yetkili mercii bir Türk mercii olmalıdır. Kural olarak yabancı ülke makamları amir sayılmaz, ancak bir yabancı merciiye de Türk Kanunlarına göre emir verme yetkisi tanınmış ise bu mercii de amir kabul edilebilir. Örneğin Türkiye'nin de taraf olduğu *Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme*²⁹⁶ uyarınca yabancı bir makamın da yetkili amir olması mümkündür.²⁹⁷

Amir hiyerarşik amir olmalı ve emir verme yetkisine sahip olmalıdır. İdari teşkilat dereceler ve kademeler şeklinde örgütlenmiştir. Üst derecedeki makamı işgal eden kişi amir[üst] alt derecedeki kişi ise memurdur[ast].²⁹⁸ Bu teşkilatta ast üste bağlıdır ve üst derecedeki amirinin emirleri çerçevesinde işlemlerini yapmaktadır. Ast kuşkusuz kanuna da uygun hareket etmek zorundadır, ancak amir kanunla ast arasına girdiği için, astın üstün emirlerine uyma yükümlülüğü de bulunmaktadır.²⁹⁹

Hiyerarşi derece derece, kademe kademe ilerleyen bir sıralamadır. Bu sıralamada bir en üst bir de en alt vardır. Ancak bu iki kademe arasında üstün üstü astın astı bulunmaktadır. En üstteki kişinin aldığı kararlar emir ve talimatlar sayesinde tüm kademelere ulaşmaktadır.³⁰⁰ Ast ile üst birbirinden bağımsız değildir ve aynı kamu

²⁹⁴ Günal, s. 66–67.

²⁹⁵ Centel/Zafer/Çakmut, s. 296.

²⁹⁶ Resmi Gazete: 11.05.1953, Sayı 8832, (Asıl) Düstur Tertip:3, Cilt:34, Sahife:495

²⁹⁷ İçel, s.303.

²⁹⁸ Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.162.

²⁹⁹ Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 2, İstanbul, 1966,s. 598.

³⁰⁰ Gözler, c.I, s. 163.

tüzel kişinin içinde bütünleşmektedir. Her ikisi de bir kararı uygulamakta ve birbirine bağımlı olarak hareket etmektedir.³⁰¹ Örneğin rektör, dekan, bölüm başkanı, anabilim dalı başkanı arasında hiyerarşik bir sıralanma bulunmaktadır.³⁰²

Aynı kademede yer alan, aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunmayanların birbirine emir verme yetkisi yoktur, eşitenden aldığı bir emri yerine getiren kimsenin emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün değildir. Ancak amir bazen birden fazla olabilmektedir, bu durumlarda emir verme yetkisi birden fazla amire tanınmıştır, ast yetkili herhangi bir amirin emrini yerine getirdiğinde fiili hukuka uygun olmaktadır.³⁰³

Emri veren kural olarak emri uygulayanla aynı kamu tüzelkişisi içinde bulunmalıdır. Hiyerarşik yetki ayrı kamu tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar arasında geçerli değildir.³⁰⁴ Ancak kanunun özel olarak yetkili kıldığı hallerde emri veren hiyerarşik amir dışında bir amir de olabilir. Kanun çeşitli idarelerde çalışanları birbirinin emri altına koymuş olabilir, bu durumda kanun hükmü gereği ilgili amirin de emir verme yetkisi bulunmaktadır. Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin adli kolluk görevlilerine emir verebilmesi bu duruma örnektir. Türkiye’de ayrı ayrı idari kolluk teşkilatı ve adli kolluk teşkilatı olmamakla birlikte kolluk faaliyeti idari kolluk ve adli kolluk şeklinde ayrılmaktadır.³⁰⁵ İdari kolluk faaliyeti bakımından kolluk görevlileri kendi idari teşkilatları içinde bir hiyerarşiye tabii iken adli kolluk faaliyeti bakımından durum farklıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 164/1 e göre “*adli kolluk;*

³⁰¹ Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Kaman, Nur/ Özdemir, Eyüp/ Üstün, Gül/ Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 43.

³⁰² Gözler, s. 190.

³⁰³ Günal, s. 67.

³⁰⁴ Gözler, c. I, s. 169.

³⁰⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, Cilt II Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 423.

4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.” Aynı maddenin ikinci fıkrasında “Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.” hükmü yer almaktadır. Son fıkra ise “Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir.” şeklindedir.

Emri veren ile emri uygulayanın aynı hiyerarşik kurum içinde olmamasına, çeşitli kamu kuruluşları arasında emir verilmesine izin veren diğer bir Kanun 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu’dur. İl İdaresi Kanunu 11/A ya göre “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.” İl İdaresi Kanunu m. 11/D ye göre ise “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.” Vali en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlarının hiyerarşik amiri değildir ve bu birlik komutanlıklarına emir verme yetkisine kural olarak sahip değildir. Ancak İl İdaresi Kanununda sayılan hallerde bu komutanlıklardan yardım talep ettiğinde bu talep geciktirilmeksizin yerine getirilir. Burada yardım talebi geciktirilmeksizin yerine getirilecek bir emirdir, emri veren amir validir, emir ise birlik komutanlığının aracılığıyla yerine getirilmektedir.³⁰⁶ Ancak bu durum hiyerarşik ilişki sonucu değil, İl İdaresi Kanununun özel olarak yetki vermesi sonucu var olabilmektedir.

Amirin hiyerarşik amir olmamasına ilişkin olarak idarenin bütünlüğü ilkesinin getirdiği bir diğer denetim türü olan idari vesayet denetiminin de üzerinde durmakta fayda vardır. İdare hukukunda hiyerarşik ilişkinin yanında bir de idari vesayet denetimi bulunmaktadır. Anayasa m.127/5e göre “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*” Bu hükümden de hareketle idari vesayet, merkezi idarenin yerinden yönetim idareleri üzerindeki denetim yetkisi olarak tanımlanmaktadır. Amaç idarenin bütünlüğünü sağlamak ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmayan işlem

³⁰⁶ Günal, s. 68.

ve eylemleri engellemektir.³⁰⁷ Örneğin valinin belediye meclisi, kaymakamın köy muhtarı üzerinde veya bakanın kamu iktisadi teşebbüsleri üzerinde idari vesayet yetkisi bulunmaktadır.³⁰⁸ Kanunla verilen ve istisnai bir yetki olan idari vesayet yetkisi kural olarak emir ve talimat verme yetkisini içermemektedir.³⁰⁹

C. Emri Uygulayan

Emri uygulayan kişi de emri veren kişi gibi kamu görevlisidir. Kamu görevlisi idarenin insan unsurunu oluşturmakta ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde çok önemli rol oynamaktadır.³¹⁰ Bununla birlikte ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramı idare hukukunda yer alan kamu görevlisi kavramından farklıdır. Her iki hukuk dalının amaçları farklı olduğu için kamu görevlisi kavramına ortak bir anlam vermeye de gerek yoktur.³¹¹ İdare hukukunda kamu görevlisi öncelikli olarak mutlaka bir kamu kurum ya da kuruluşuna bağlı olarak çalışmalıdır, dolayısıyla kamuya yararlı bir hizmeti görenler ya da yaptıkları iş kamu hizmeti sayılanlar kamu görevlisi sayılmazlar.³¹² Ceza hukukunda ise fail ya da mağdur olduklarında kamu görevlilerinin etkin bir biçimde korunması ya da daha ağır bir biçimde cezalandırılmaları amaçlanmaktadır.³¹³ Aynı zamanda kamu görevlilerinin yargılanmaları da istisnai bir yargılama usulüne göre yapılmaktadır.³¹⁴

³⁰⁷ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s. 35–37.

³⁰⁸ Gözler, s. 190.

³⁰⁹ Gözler, s. 179.

³¹⁰ Akgüner, Tayfun, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 40.

³¹¹ Özen, Muharrem / Tozman, Önder, “**Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 42, Sayı:4, Aralık 2009, s. 44, Okuyucu Ergün, Güneş, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s. 11, s. 35.

³¹² Günday, s. 579-580, Özen/Tozman, s.32.

³¹³ Özen/Tozman, s. 32-34, Okuyucu Ergün, s. 11.

³¹⁴ Erman, Sahir, “**Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur**” Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, c. 11, Sayı 3-4, İstanbul, 1947, s. 270.

Kamu görevlisi TCK m. 6/1-c’de “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Madde ceza kanunlarının uygulanması bakımından kavramı tanımlamıştır. Bu tanım 765 Sayılı TCK da yapılan tanımdan farklıdır. Mülga Kanunda kamu görevlisi değil memur tanımlanmış ve kamu görevi yapanlar ile kamu hizmeti görenler arasında ayırım yapılmıştı.³¹⁵ Buna göre kamu görevi yapanlar memur kabul edilirken, kamu hizmeti görenler memur sayılmamaktaydı.³¹⁶ Memur tespitinin yapılması için önemli olan kıstas kamu göreviydi.³¹⁷ Devletin herhangi bir faaliyeti tek başına veya daha çok devlete ait hukuki bir yetki ve gücün kullanılması amacıyla örgütlenmesi halinde kamu görevi söz konusuydu.³¹⁸ Bir idari faaliyet olan kamu görevi; kamu idaresinin iradesinin oluşturulması ya da yansıtılması suretiyle veya bu iradenin emredici veya tasdik edici yetkisiyle gerçekleştirilmekteydi.³¹⁹ Kamu hizmeti ise kamu görevi sayılmayan, siyasal organlar tarafından kamuya yararlı kabul edilen, bir kamu kuruluşunun kendisi tarafından gerçekleştirilen ya da kamu kuruluşunun gözetimi ve denetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir.³²⁰ Bu faaliyetleri yürütürken güdülen amaç

³¹⁵ Bkz.765 S. TCK m. 279: “*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 ve ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.*”

Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar: 1. Devamlı veya muvakkat suretle bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesinin memur ve müstahdemleri 2. Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.”

³¹⁶ Özen/Tozman, s. 37, Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 2015, s. 751.

³¹⁷ Kamu görevinin tespitine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özen/Tozman, s. 37-40, Okuyucu Ergün, s. 13-28.

³¹⁸ Toroslu, özel hükümler, s. 276.

³¹⁹ Okuyucu Ergün, s. 27.

³²⁰ Günday, s. 332.

kamu yararı, ortak ihtiyaçların karşılanması ve bu ihtiyaçların giderilmesidir.³²¹ Bununla birlikte idare hukukundaki kamu hizmeti kavramı ceza hukukundakinden farklıdır. Ceza hukukunda kamu görevi kamu hizmeti ayrımı var iken idare hukuku kamu hizmetini kamu görevini de içine alacak şekilde geniş anlamda kullanmaktadır.³²² 765 Sayılı TCK döneminde devletin yerine getirmek zorunda olduğu asli görevleri yerine getirenler memur kabul edilirken, kamuya faydalı olmakla birlikte devletin yerine getirmekle yükümlü olmayıp buna ilişkin takdir hakkının olduğu işleri yapanlar kamu hizmetlisi kabul edilmekteydi.³²³ Bu nedenle din hizmetlileri veya genel hizmetler sınıfında görev yapanlar yaptıkları iş kamu görevi kabul edilmediği için memur sayılmamaktaydı.³²⁴

TCK'nın 6. maddesi mülga Kanundan ayrılarak memur ve kamu hizmeti gören ayrımını terk etmiştir. Maddenin gerekçesine göre *“kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.”* Yani Türk Ceza Kanunu'na göre kimlerin kamu görevlisi sayılacağı kamusal faaliyet kavramının açıklanmasına göre belirlenecektir.³²⁵ Kamusal faaliyet gerekçede *“Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir.”* şeklinde tanımlanmıştır. Gerekçeye göre *“Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp*

³²¹ Temiz, Özgür, **Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 138.

³²² Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İstanbul, 1966, s. 13, Günday, s.330, Okuyucu Ergün, s. 28.

³²³ Önok, Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 368. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.11.1985, 410/195 *“Devlete ait hukuki bir iktidar ve selahiyeti kullanarak hukuki tasarruf veya fiilin icrasını gerçekleştirenlerle, bu hukuki tasarruf veya fiilin icrasına amme hukuku usulüne uygun bir şekilde iştirak ve yardım eden kişi memurdur.”* Önok, s. 368.

³²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.1004, Demren Dönmez, Burcu, **“Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/94, s. 117.

³²⁵ Özen/Tozman, s. 42.

almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay ve erleri de, kamu görevlisidirler. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır.” Yani TCKnın 6. maddesine göre kamu görevlisi sayılmak için ilgili kişinin devletle ya da bir kamu tüzel kişisiyle istihdam ilişkisinde bulunması, istihdam ilişkisi içinde ise göreve ne şekilde geldiği, görevin sürekli, süreli ya da geçici olup olmadığı önem taşımamaktadır. Önemli olan ilgili kişinin yaptığı işin kamu faaliyeti olmasıdır.³²⁶

5237 sayılı Kanunun amacı kamu görevlisi kavramının içine kamu görevi yapanların yanında kamu hizmeti görenleri de almaktır.³²⁷ Bu bağlamda artık 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre memur sayılmayan odacı, bekçi, şoför gibi kişiler kamu görevlisi sayılabilecektir.³²⁸ Ancak ceza hukukunun son çare olarak başvurulma özelliği dikkate alındığında kamu görevlisi kavramının sınırlarının genişletilmesi sorunlara neden olabilir.³²⁹ Kamu görevlisi tanımında ölçüt olan kamusal faaliyet kavramı ilk kez 5237 Sayılı Kanun ile Ceza Kanununa girmiştir. Kamusal faaliyet idare hukukunda var olan ve tanımlanmış bir kavram değildir.³³⁰ İdare hukukunda

³²⁶ Toroslu, Özel Hükümler, s. 275, Özen/Tozman, s. 41.

³²⁷ Özen/Tozman, s. 54, Demren Dönmez, s. 119

³²⁸ Soyaslan, s.494, Demren Dönmez, s. 119.

³²⁹ Özen/Tozman, s. 54, Demren Dönmez, s. 119.

³³⁰ Özen/Tozman, s. 44.

kavram faaliyetin iş, hizmet anlamına gelmesinden bahisle genellikle kamu hizmetini tanımlamak için kullanılmaktadır.³³¹ Ancak ceza hukukundaki kamusal faaliyet kavramı ile idare hukukundaki kamu hizmeti kavramı birbiriyle tamamen örtüşmemektedir. İdare hukukunda kamu hizmeti kavramının içine kamuya yararlı hizmet de girmektedir. Ancak kanun koyucunun amacı kamuya yararlı ya da kamuya yönelik hizmet sağlayan herkesin kamu görevlisi sayılması değildir.³³² Aksinin kabulü kişi özgürlükleri ve hukuk devleti ilkesi yönünden çok sakıncalı sonuçlara neden olabilir.³³³ Kamu görevlisinin kamusal faaliyet gibi bilinmeyen bir kavramla açıklanmaya çalışılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.³³⁴ Doktrinde kamusal faaliyetin kamu görevi şeklinde görünebileceği veya kamu hizmeti biçimde ortaya çıkabileceği belirtilmiş, ancak kamu hizmeti görenlerin de kamu görevlisi sayılmasının büyük sorunlara yol açacağı üzerinde durulmuştur.³³⁵ Gerçekten de kamu hizmeti gören herkesin kamu görevlisi sayılmasının sonucu kamu görevlisi kavramı aşırı genişleyecek ve özel hastanedeki bir sağlık görevlisi ya da belediye otobüsü şoförü dahi kamu görevlisi sayılacaktır.³³⁶ Kamu görevlisi kavramının kamusal faaliyet kavramından hareketle bu kadar geniş yorumlanması hukuk devleti ilkesi açısından da sıkıntılıdır.³³⁷ Kamu görevlisi kavramının kamu görevini kapsadığı açıktır, buna göre kamu otoritesi adına yürütülen bir faaliyetin icrasına, az ya da çok kamu otoritesine ait bir güç ve yetki kullanarak katılan herkes memurdur. Buradaki

³³¹ Bkz. Onar, , s. 16: “Devlet veya diğer âmme hükmî şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumî ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, âmme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetlere âmme (kamu) hizmeti denilmektedir.”

³³² Özen/Tozman, s. 45, Tezcan/Erdem/Önok, s. 980.

³³³ Özen/Tozman, s. 45.

³³⁴ Özen/Tozman, s. 43, Okuyucu Ergün, s. 30, Önok, s. 370.

³³⁵ Erman, Ceza tatbikat ve takibatında memur, s. 253 ve s. 258.

³³⁶ Okuyucu Ergün, s. 36.

³³⁷ Özen/Tozman, s. 43.

ölçüt memur sayılan kişinin mutlaka kamu otoritesine ait bir güç ya da yetkiyi kullanmasıdır, bu güç ya da yetkinin az ya da çok olması önemli değildir.³³⁸ Kanımızca kamusal faaliyet kavramı mülga Kanun dönemindeki kamu görevi, kamu görevlisi ise mülga Kanun dönemindeki memur şeklinde anlaşılmalıdır.³³⁹ Buna göre kamu görevlisi kamu hizmeti gören kişi değil, kamu gücünü kullanan kişidir.³⁴⁰

Kamu hukukundan kaynaklanan emirlerin yerine getirilmesi kamu görevlisinin görevidir. İdare hukukuna göre memur kavramı ceza hukukundakinden farklıdır ve ceza kanunlarının uygulanmasında kuşkusuz TCK m.6ya göre belirleme yapılacaktır. Ancak bu tanım kamu hizmeti gören herkesi kamu görevlisi kabul ettiği için çok geniştir. Bu bakımdan emrin yerine getirilmesinde kamu görevlisi olarak kamu hizmeti gören kişi değil, kamu gücünü kullanan kişi, yani memur anlaşılmalıdır.³⁴¹ Bununla birlikte emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından emri veren ile emri uygulayan arasındaki hiyerarşik ilişki de büyük önem taşımaktadır.

D. Hiyerarşik İlişki

a. Kamu Hukukunda Hiyerarşik İlişki

Kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde sunulması gerekmektedir. Bu nedenle idare görevleriyle bir bütündür. İdare teşkilatındaki tüm birimler idari faaliyetlerin bir parçası olup ortak amaç olan kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik olarak faaliyette bulunmaktadır.³⁴² Demokrasinin gereklerini yerine getirmek ve etkili bir yönetim sağlayabilmek için idarenin bütünlüğünün sağlanması gereklidir.³⁴³ Bu sebeple idare hukukunda devlet memurları bakımından hiyerarşi

³³⁸ Özen/Tozman, s. 43-44, Tezcan/Erdem/Önok, s. 978-979.

³³⁹ Okuyucu Ergün, Güneş, “**Görevi Kötüye Kullanma Suçu**”, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, s. 3.

³⁴⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 213.

³⁴¹ Hafizoğulları/Özen, s. 213.

³⁴² Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 30.

³⁴³ Gözler, Cilt I, s. 161.

(meratip silsilesi) esası geçerlidir.³⁴⁴ Hiyerarşik ilişkide amaç bir teşkilat içinde çalışan kişileri belli bir diziliş içinde tek bir şefe bağlamaktır.³⁴⁵ Hiyerarşi tek bir tüzel kişi olan devlet tüzel kişisi içindeki çeşitli örgüt ve birimler arasında bütünlüğü sağlamaktadır.³⁴⁶ İdarenin bütünlüğü ilkesini uygulayabilmek için hiyerarşik denetim esastır. Sıralanma, kademelenme anlamına gelen hiyerarşi idare teşkilatında yer alan makam ve görevlilerinin aşağıdan yukarıya doğru derece derece sıralanarak üstteki yetkili ya da yetkililere tabi olmasıdır.³⁴⁷

Hiyerarşi emir verme üzerine kurulmuştur, belli bir örgüt yapısı içinde yer alan ve aralarında astlık üstlük ilişkisi bulunan kişilerden oluşmaktadır.³⁴⁸ Bu ilişki sayesinde idari teşkilatın en üstünde bulunan idarecinin tüm örgütü yönetebilmesi ve yönlendirebilmesi olanaklı hale gelmektedir. Hiyerarşik sistem idari fonksiyonun sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için gereklidir. Hiyerarşi sadece merkezi idareye özgü olmayıp, her idari birimde ast üst ilişkisi bulunmaktadır.³⁴⁹

Kanuni idare ilkesi, idarenin kuruluşunun ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi ve bütün faaliyetlerinde kanuna bağlı olması anlamına gelmektedir. Kanuni idare ilkesi idare teşkilatının düzenlenmesinde hiyerarşik sıralanmanın yasa ve düzenleyici işlemlerde belirtilmesini zorunlu kılmaktadır. Yasa ve düzenleyici işlemlerden kaynaklanmayan yetkilerin kullanılması söz konusu olamayacağı için, üst makam ve görevlilerin de yasa ve düzenleyici işlemlerle belirlenmesi

³⁴⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 558.

³⁴⁵ Onar, c. II, s. 598

³⁴⁶ Gözler, s. 161.

³⁴⁷ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 31.

³⁴⁸ Özgenç, s. 418 vd.

³⁴⁹ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 32.

gerekmektedir.³⁵⁰ Hiyerarşi ilişkisinden kaynaklanan yetkiler ise genel ve olağan oldukları için bunların da aynı şekilde belirlenmesine gerek bulunmamaktadır.³⁵¹

Üstün ast üzerinde sahip olduğu güç hiyerarşik güç, hiyerarşik güç dolayısıyla sahip olunan yetkiler ise hiyerarşik yetki olarak ifade edilmektedir. Bu gücün karşılığı ise itaat yükümlülüğüdür.³⁵² Hiyerarşik yetkilerin en önemlilerinden birisi de emir ve talimat verme yetkisidir.

Emri verenle emri yerine getiren arasında hiyerarşik bir ilişkinin olması zorunludur.³⁵³ Hiyerarşi, astın üste itaatini, üst tarafından verilen emirlerin değiştirilmeksizin ve geciktirilmeksizin ast tarafından yerine getirilmesini gerekli kılmaktadır.³⁵⁴ Emri veren amir/üst, emri yerine getiren ise memur/asttır. Amir makam ve memuriyet bakımından emretme yetkisine sahiptir. Memur ise amirin emri altındadır.³⁵⁵ Hiyerarşi ilişkisinin içinde olan memurun kanunu kendi anlayışına göre ve kendiliğinden uygulaması mümkün değildir, ast üstün emirlerine uygun olarak kanunu uygulayan bir vasıtaadır.³⁵⁶ Hiyerarşi idare hukukunda memurlar arasında astın üste itaatini zorunlu kılmaktadır ve emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni ile yakından ilişkilidir.³⁵⁷ Emri veren ile emri alan arasında kamu hukukundan kaynaklanan bir hiyerarşi ilişkisinin olması emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin ön şartı olarak değerlendirilmektedir.³⁵⁸

³⁵⁰ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 32.

³⁵¹ Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964, s. 57.

³⁵² Gözler, s. 162.

³⁵³ Önder, s. 234, Zafer, s. 303.

³⁵⁴ Erem/Danışman/Artuk, s. 558.

³⁵⁵ Önder, s. 234, Zafer, s. 303.

³⁵⁶ Erem/Danışman/Artuk, s. 558, Onar, s. 364.

³⁵⁷ Erem/Danışman/Artuk, s. 558.

³⁵⁸ Toroslu/Toroslu, s. 150.

Hiyerarşik üst emir ve talimatlarla yasanın uygulanma ve görevin yerine getirilme biçimini belirlemektedir. Yetkili olduğu birimi yöneten üstün astın yaptığı işlemler üzerine hukukilik ve yerindelik denetimi yapma yetkisi vardır. Üst astın işlemlerini onaylayabilir, düzeltebilir, değiştirebilir, iptal edebilir, erteleyebilir ya da durdurabilir. Ancak üst astın yerine geçip onun yerine işlem yapamaz, sadece asta emir vererek yeni işlem yapılmasını sağlayabilir.³⁵⁹

Hiyerarşik ilişki gereği ast üstün göreve ilişkin emir ve talimatlarına ilişkin idari dava açamamaktadır.³⁶⁰ Astın üstün emrini hukuka aykırı bulması halinde bu hukuka aykırılığı daha üst makama bildirebileceğine ilişkin bir yasal düzenleme mevzuatımızda yoktur. Bu nedenle memur hukuka aykırı bulduğu bir emir veya talimatı, önce emri verene bildirecek, yazı ile yinelenmesi halinde ise uygulayacaktır. Hukuka aykırı yazılı emrin uygulanması zorunluluğu da hiyerarşi ilişkisinin bir sonucudur. Çünkü hiyerarşik ilişkide üstün hizmetin kurallarını ve gereklerini daha iyi bildiği, deneyimlerinin daha fazla olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle asta hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bir emri sadece amire bildirme ve yazı ile yinelenmesi halinde yerine getirme yükümlülüğü yüklenmiştir.³⁶¹

Konusu suç teşkil eden bir emir ise zaten kamu hizmeti ile bağdaşmamaktadır. Kamu hizmetinin amacı kamu yararını gerçekleştirmektir, suç işlemek biçiminde ya

³⁵⁹ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 32.

³⁶⁰ Danıştay 10. Dairesi, “Hiyerarşi ilişkisi içinde bir idari faaliyeti yürüten astın, üstün o faaliyete yönelik buyrukları, talimatlarıyla kişisel menfaat ilişkisi içinde bulunduğunu; söz konusu işlemlere karşı iptal davası açabileceğini kabule olanak görülmemektedir. Zira hiyerarşi ilişkisi üstün yetkileri karşısında, astın yükümlülüklerini ifade eder. Bu bağlamda, ast yapma durumunda olduğu hukuki işlem ve eylemleri sadece yasaların kendisine yüklediği biçimde ve üstünün verdiği buyruk doğrultusunda, onun çerçevesinde kalarak yerine getirmek zorundadır. Bu itibarla kamu görevlileri kendilerini ilgilendiren, özlük haklarına yönelik idari işlemlerin iptali istemiyle dava açabilirler. Hiyerarşi ilişkisi içinde bir idari faaliyeti yürüten astlar, üstün hizmetin işleyiş ve yürütülmesiyle ilgili düzenlemelerin iptali istemiyle dava açamazlar.” Aslan, Zehreddin/Berk, Kahraman, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2006, s.155.

³⁶¹ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 35.

da suç yoluyla kamu yararının elde edilmesi olanağı bulunmamaktadır. Hiyerarşik ilişki ve üstün ast üzerindeki gücü kamu hizmetinin yerine getirilmesini sağlamak içindir. Suç sayılan bir emrin ise kamu hizmetinin yürütülmesiyle ve idarenin faaliyet alanıyla bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla bu durumda emri veren de emri yerine getiren de emrin yerine getirilmesinin sonuçlarına katlanmak zorundadır.³⁶²

b. Özel Kişiler Bakımından Hiyerarşik İlişki

Resmi kuruluşların yanı sıra özel hukuka tabi kuruluşların teşkilatları içinde de hiyerarşik ilişki bulunmaktadır.³⁶³ Özel hukuk bakımından da işverenin Kanuna, toplu iş sözleşmesine ve bireysel iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla emir ve talimat vererek, işin yürütülmesini ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkı vardır.³⁶⁴ Yönetim hakkı olarak ifade edilen bu hak emir verebilme yetkisini içermektedir, bu hakkın karşılığını işçinin itaat borcu oluşturmaktadır. İşverenin emir verme yetkisi karşısında işçinin bu talimat ve emirlere uyma borcu bulunmaktadır. Özel hukukta işçi işverenin vereceği emirlere uymak zorundadır.³⁶⁵ İşçinin itaat borcunun sınırı Kanun, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesidir. Bireysel iş sözleşmeleri işçi ve işveren arasında Kanuna ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla her konuda düzenlenebilir.³⁶⁶ İşçi iş sözleşmesi yapılırken düzenlemediği konulara ilişkin olarak Kanun ve toplu iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla işverenin emir verme yetkisini kabul etmiştir. İşçi bu konularda işverenin vereceği emirlere uymak ve bu emirleri yerine getirmekle yükümlüdür.³⁶⁷ İşverenin vereceği emir ve talimatlar her

³⁶² Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 35.

³⁶³ Onar, s. 598.

³⁶⁴ Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 61.

³⁶⁵ Süzek, s. 61.

³⁶⁶ Centel, Tankut, Demircioğlu, Murat, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 79.

³⁶⁷ Balkır, Gönül, "**İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar**", 2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, 18-19 Kasım 2005, Sakarya, s. 199, <http://www.etikturkiye.com/etik/cesit/Balkir.pdf>, erişim tarihi, 23 Mayıs 2015.

halde kamu düzenine, hukuka, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmamalıdır, ayrıca emrin yerine getirilmesi olanaksız da olmamalıdır.³⁶⁸ İşçinin de işverenin emir ve talimatlarına uymak ve bunları yerine getirmekle yükümlü olması emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin özel hukuk bakımından da geçerli olması gereğinin ileri sürülmesine neden olmuştur. Buna göre kanun hükmünün yerine getirilmesi dar yorumlanmalı ve TCK 24/1in muhatabı mutlaka kamu görevlileri olmalıdır, amirin emrinin yerine getirilmesi ise özel hukuk hiyerarşisini de içerecek şekilde geniş yorumlanmalıdır.³⁶⁹ Ancak TCK m.24/2 de yer alan amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından önemli olan kamu hukuku kaynaklı olan hiyerarşik ilişkidir. Her ne kadar özel hukuk ilişkilerinde de yerine getirilmesi zorunlu emirler olduğu ve bu emirlerin hukuka uygun olması halinde emrin yerine getirilmesinin söz konusu olacağı ileri sürülse³⁷⁰ de biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü zaten hukuka uygun olan ve suç teşkil etmeyen bir emrin yerine getirilmesi ceza hukukunun alanına girmemektedir. Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olmasa dahi emri yerine getirenin fiili hukuka uygundur. Zaten özel hukuk alanındaki emirlerin kamu düzenine ve hukuka aykırı olması halinde işçinin bu emre itaat borcu bulunmamaktadır. Ancak kamu hukuku kaynaklı hiyerarşik ilişkide itaat yükümlülüğü esastır. Amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olmaksızın örneğin bir kolluk görevlisinin arama işlemi yapması konut dokunulmazlığı suçunu oluşturacaktır.³⁷¹ Özel hukuk alanındaki emirler bakımından ise ceza hukukunun sahasına giren bir durum bulunmamaktadır. Bir çiftçinin yanında

³⁶⁸ Balkır, s. 201.

³⁶⁹ Günal, s. 77.

³⁷⁰ Günal, s. 77.

³⁷¹ Keskin Kızıroğlu, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama” AÜHFED, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu Anısına, Cilt:58, Sayı:1, 2009, s.152.

çalışan ortakçısına ya da yarıcısına kendi arazisinde bulunan ağaç dallarını kesmesini emretmesi ve ağaç dallarının kesilmesi halinde çiftçinin yarıcıdan/ortakçıdan mala zarar verme suçundan dolayı şikâyetçi olabileceği ve bu adaletsiz sonucun doğmaması için emrin yerine getirilmesinin özel kişiler bakımından hiyerarşik ilişkiyi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür.³⁷² Ancak verilen örnekte emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine gidilmesine gerek yoktur. Böyle bir durumda mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni gereği zaten mala zarar verme suçu oluşmayacaktır. Burada çiftçi serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir hak olan mülkiyet hakkı üzerine geçerli bir rıza açıklamasında bulunmuştur.

Kamu hukukundan kaynaklanan hiyerarşik ilişkide tarafların eşitliği söz konusu değildir, kamu kudreti esastır. Emir in kamu hukukundan kaynaklanmasının nedeni kamu gücü ayrıcalıklarına dayanmasıdır.³⁷³ Hiyerarşik ilişkideki itaat yükümlülüğü kamu kudreti dolayısıyladır. Özel hukuka hâkim olan ilke ise tarafların eşitliğidir. Taraflar ekonomik ve sosyal durumlarına bakılmaksızın kanun önünde eşittir ve eşit korumadan yararlanmaktadır.³⁷⁴ Özel hukuktaki sözleşmeler incelendiğinde hem bireysel hem de toplu sözleşmeler bakımından tarafların sözleşmeye uyma yükümlülüğü bulunmaktadır, sözleşmeye uygun davranmama halinde ise sözleşmeye aykırılık söz konusudur ve özel hukuk yaptırımları gündeme gelmektedir. İşçinin itaat borcunun, işverenin yönetim borcunun kaynağı sözleşmedir.³⁷⁵ Kamu hukukunda ise emri uygulayan kamu görevlisinin itaat yükümlülüğünün kaynağı bir sözleşme değildir, kamu yararının sağlanabilmesi, kamu

³⁷² Günal, s. 77.

³⁷³ Gözler, c.I, s. 555,

³⁷⁴ Eren, s. 17.

³⁷⁵ Süzek, s. 60–63.

hizmetlerinin düzenli yürütülebilmesi için idarenin bir bütün olması gereklidir, bunun sağlayabilmek için de hiyerarşik denetim esastır.³⁷⁶ Özel hukuk bakımından mutlak itaat yükümlülüğü söz konusu olamaz, işçi her zaman emrin içeriğini denetleyebilir ve emrin hukukilik denetimini yapabilir, hukuka aykırı gördüğü emri ise yerine getirmez, çünkü hukuka aykırı bir emre ilişkin sözleşme dolayısıyla itaat borcu bulunmamaktadır.³⁷⁷ Kamu hukukunda ise belirli kamu görevlileri bakımından mutlak itaat yükümlülüğü getirilerek bu kamu görevlilerinin emrin hukukilik denetimini yapabilme yetkisi kaldırılmıştır, hukukilik denetimi yapabilen kamu görevlileri ise emrin hukuka aykırılığını üstlerine bildirmek, aynı emir yazı ile yenilendiğinde emri yerine getirmek zorundadır. Dolayısıyla özel hukuktaki itaat borcu ile kamu hukukundaki itaat yükümlülüğü benzer kavramlar olmayıp, özel hukuktaki hiyerarşik ilişkiler bakımından amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanması mümkün değildir.³⁷⁸

Özel kişiler amirin emrini yerine getirmekle yükümlü değildir. Ancak Kanun özel kişileri amirlerin emirlerini yerine getirmekle yükümlü kılmış ise bu durumda özel kişi de amirin emrini yerine getirecek ve amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Özel kişinin amirin emrinin yerine getirilmesinden faydalanmasının sonucu kabahatlere özgü yaptırımla cezalandırılmayacak olmasıdır. 765 S. TCK'nın kabahatleri düzenleyen üçüncü kitabının birinci babının *Salahiyettar Mercilerin Emirlerine İtaatsizlik* başlıklı birinci faslında m. 527de özel kişinin belirtilen durumlar altında memura itaat yükümlülüğü bulunmaktaydı. Hüküm “*Her kim, bir musibet ve felaket veya karışıklık yahut cürmü*

³⁷⁶ Onar, c. II, s. 599–600.

³⁷⁷ Centel/Demircioğlu, s. 79–80.

³⁷⁸ Günal, s. 77.

meşhut vukuunda makbul bir özüre müstenit olmaksızın lazımgelen hizmet ve yardımı yapmaktan kaçınır yahut vazifesini yaptığı sırada kendisine müracaat eden memurlara lazımgelen malumat ve tarifati vermekten imtina eylerse otuz liraya kadar hafif cezai nakdiye mahkûm olur. Eğer vermiş olduğu malumat ve tarifat hakikata mugayir olursa ceza elli liraya kadar hafif cezai nakdi veya bir aya kadar hafif hapistir.” şeklindeydi. Özel kişi felaket, karışıklık, suçüstü hallerinde geçerli bir mazereti yok ise belirli hizmet ve yardımları yapmak ve kendisine müracaat eden memura gerekli bilgiyi vermek ve açıklamayı yapmakla yükümlüydü. Bu şekilde bir itaat yükümlülüğü altına sokulduğu için kendisine verilen emirleri yerine getirdiğinde emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı kabul edilmekteydi.³⁷⁹ Mevcut Ceza Kanunumuzda cürüm ve kabahat ayrımı kaldırıldığı gibi benzer bir hüküm de yer almamaktadır. Ancak Türk Hukuk Sisteminde özel kişilere itaat yükümlülüğü yükleyen Çeltik Ekimi Kanunu³⁸⁰, Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu³⁸¹ gibi kanunlar bulunmaktadır.

³⁷⁹ Günal, s. 78.

³⁸⁰ Kanun No: 3039, Kabul tarihi: 11.6.1936, Resmi Gazete Tarih:23.6.1936, Sayı:3337 Bkz.m. 9: *“Yeniden çeltiklik yapacak olanlarla ötedenberi bulunan çeltikliklerde çeltik ekimini yapmak isteyenler; her yıl komisyonca ilan edilecek ekim vaktinden en aşağı üç ay önce çeltikliğın bulunduğu yerin,büyükliğini,bir sene önce tarlada ne ekilmiş olduğunu, sulama için kullanacakları suyun nereden alınacağını, nerelerden geçeceğini ve çeltik tarlalarından çıkacak suyun nereden geçerek nereye akacağını bildirir bir dilekçe ile yalnız başına veya toplu olarak o yerin en büyük mülkiye memuruna bildirmekle mükelleftirler. Bu dilekçe birinci maddede yazılı çeltik komisyonuna verilir.”*

³⁸¹ Kanun No: 4373, Kabul tarihi: 14.1.1943, Resmi Gazete Tarih:21.1.1943, Sayı:5310 Bkz. m. 6. *“Taşkın sularla kenar ve setlerin yıkılma ve yarılma tehlikesine maruz bulunması veya yakın arazinin su baskınına uğraması gibi hallerde, hadisenin vukubulduğu mahallin en büyük mülkiye memurunun emriyle tehlike ile karşılaşan köy ve kasabaların 18 yaşını bitirip 50 yaşını doldurmamış bulunan erkekleri, ellerinde bulunan ve yıkıntıları düzeltmeğe yarayacak her türlü alat, edevat ve malzeme ve vasıtalarla tehlike yerine yardıma koşmağa ve gösterilen işlerde çalışmağa mecburdurlar. Köylünün temin edemeyeceği anlaşılan lüzumlu vasıtaları Nafia Vekilliği önceden کافی miktarlarda ve taşkın sahalalarında bulundurur. Tehlike ile karşılaşan veya tehlikeye uğrayan mahaller halkı ile bu afetin önlenemeyeceği anlaşıldığı takdirde, tehlike muntakası dışında kalan komşu köy ve kasabalar halkı da birinci fıkra hükümleri dairesinde yardıma çağırılırlar. Bunlar da gösterilen işlerde çalışmağa mecburdurlar. Mülki idare muntakası ayrı dahi olsa komşu köy ve kasaba halkı tehlikeye maruz mahallin en büyük mülkiye memurunun bu yoldaki emirlerini yerine getirmekle mükelleftir. Şu kadar ki bu komşu köy ve kasabaların bağlı bulunduğu vilayet veya kazaya derhal malümat verilir ve yardım istenilir.”* Hüküm taşkın ve su baskını gibi tehlikeler karşısında özel kişiyi en büyük mülkiye memurunun emri

c. Asker Kişiler Bakımından Hiyerarşik İlişki

Asker kişiler ile sivil kişiler aynı hiyerarşik bağın içinde yer almamaktadır. Askerler arasında sıkı bir hiyerarşik ilişki ve denetim olmakla birlikte bu sivil idari kuruluşların arasındaki hiyerarşiden farklıdır.³⁸² Askeri hiyerarşide amir ve üst bulunmaktadır. Amir, makam ve memuriyet itibariyle emretme yetkisine sahiptir, üst ise rütbe ya da kıdemce büyük olandır.³⁸³ Amirlerin verdiği emirler bakımından her durumda mutlak itaat yükümlülüğü geçerli iken, üstlerin verdiği emirler de ast öncelikle üstün böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırarak, yetkili ise emre mutlak surette itaat edecektir.³⁸⁴ Dolayısıyla asker kişiler bakımından emretmek ve kumanda etmek ile rütbe itibariyle olmak üzere iki tip hiyerarşinin olduğu ileri sürülebilir. Emir ve kumanda yetkisi belirli ilişkiler bakımından iken rütbe teğmen üstteğmen örneğinde olduğu gibi rütbe bakımından üstünlüğü ifade etmektedir.³⁸⁵ Amir her durumda emretmek ve kumanda etmek yetkisine sahiptir. Üst ise kanun ve nizamlara göre yetkili kılındığı konularda emir verebilir.³⁸⁶ Askerliğin temeli disiplindir. Disiplin ise kanunlara, nizamlara, amirlere mutlak itaat, astının ve üstünün hukukuna riayet etmek demektir.³⁸⁷ Ast üniformalı veya üniformasız asker amirleri ile sivil amirlerinin verdiği emirleri yerine getirmek zorundadır.³⁸⁸

Askeri otoriteler sivil otoritelere bağlıdır ve gerekli olduğunda sivil otoritelerin kararlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak bu kararları yerine getirirken sivil memurlardan farklı olarak kararların yerine getirilmesine ilişkin olarak sivil

altına sokmaktadır. Dolayısıyla özel kişi en büyük mülkiye memurunun emirlerini yerine getirdiğinde emrin yerine getirilmesinden faydalanacaktır.

³⁸² Onar, c. II, s. 605.

³⁸³ Bkz. 211 S. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 9, m. 10.

³⁸⁴ Erman, Sahir, **Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usül**, İstanbul, 1974, s. 177.

³⁸⁵ Günal, s. 79.

³⁸⁶ Erman, askeri ceza, s. 177.

³⁸⁷ TSK İç Hizmet Kanunu m. 13.

³⁸⁸ TSK İç Hizmet Kanunu, m.19.

makamlardan emir ve talimat almazlar. Emir ve talimatlar kendi hiyerarşileri içinde verilmektedir.³⁸⁹ Anayasa m. 117 ye göre “*Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir. Genelkurmay Başkanı, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine, Cumhurbaşkanınca atanır; görev ve yetkileri kanunla düzenlenir. Genelkurmay Başkanı, bu görev ve yetkilerinden dolayı Başbakanı karşı sorumludur.*” Türk Silahlı Kuvvetleri merkezi idare içinde özerk bir yere sahiptir. Diğer merkezi idare kuruluşları (sivil idareler) belli bir bakanlığın ana hizmet birimi olarak yer almakta ya da belli bir bakanlığa bağlı olarak çalışmaktadır. Türk Silahlı Kuvvetleri ise Milli Savunma Bakanlığı dâhil hiçbir bakanlığa bağlanmamıştır. Genel Kurmay Başkanlığının görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınarak Genel Kurmay Başkanlığının Milli Savunma Bakanlığından ayrı olduğu anayasal olarak kabul edilmiştir.³⁹⁰ Sivil idareler bünyesinde yer aldıkları ya da bağlı oldukları bakanlıklardan ya da Başbakanlıktan bağımsız yetki kullanamamaktadır, Türk Silahlı Kuvvetlerinin komutanı olan Genel Kurmay Başkanı ise 1324 Sayılı Genel Kurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun uyarınca ve diğer Kanunlarca kendisine verilen yetkileri bağımsız olarak kullanabilmektedir.³⁹¹ Genel Kurmay Başkanı sadece Başbakanı karşı sorumlu kılınmıştır ancak bu sorumluluk Genel Kurmay Başkanlığının Başbakanlığa bağlı bir kuruluşu olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Başbakanın ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan Başbakanlık bağlı kuruluşları üzerinde hiyerarşi yetkisi olmasına rağmen Genelkurmay Başkanlığı üzerine hiyerarşi

³⁸⁹ Onar, c. II, s. 605.

³⁹⁰ Günday, s. 418.

³⁹¹ Günday, s. 418.

yetkisi yoktur. Bu nedenle her ne kadar doktrinde aksi ileri sürülse de Başbakanın Genelkurmay Başkanına emir ve talimat vermesi mümkün değildir.³⁹²

Askeri kuvvetler arasında jandarma kuvvetleri kolluk görevi yapmaktadır. Bu nedenle hiyerarşik bakımdan mülki makamlara bağlı oldukları için diğerlerinden farklıdır.³⁹³ Jandarma kolluk görevinin yerine getirilmesi bakımından İçişleri Bakanlığına bağlıdır, dolayısıyla İçişleri Bakanı Jandarma'ya bu göreve ilişkin olarak emir ve talimat verebilmektedir.³⁹⁴ 1324 Sayılı Kanun'un 1. maddesinde 669 sayılı KHK ile 2016 yılında yapılan değişikliğe göre, Kuvvet Komutanlıklarının teşkilatları bakımından bir tür bağımsızlığa son verilmiş ve teşkilatlarının Milli Savunma Bakanlığı'nın kadro ve teşkilatında gösterileceği hükme bağlanmıştır. Yapılan değişiklikle Genel Kurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin komutanıdır.³⁹⁵ Teşkilat bakımından yeni bir düzenleme yapılsa dahi barış ve savaş durumlarında Genel Kurmay Başkanı'nın silahlı kuvvetlerin komutanı olması ve hiyerarşik amir durumunda olması değişmemiştir. Ancak, 669 sayılı KHK'nın 36. maddesi ile "*Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıkları Milli Savunma Bakanına bağlıdır. Bu Kanuna aykırı olmayan ve diğer kanunlarla Genelkurmay Başkanlığına verilen görev ve yetkilere ilişkin hükümler saklıdır.*

³⁹² Günday, s. 419. Gözler Başbakanın Genel Kurmay Başkanına emir ve talimat verebileceğini, ancak Genel Kurmay Başkanına tabi olan kişilere emir ve talimat veremeyeceğini ileri sürmektedir. Bkz. Gözler c. I, s. 171.

³⁹³ Onar, c. II, s. 605.

³⁹⁴ Gözler, c. I, s. 171.

³⁹⁵ 1324 sayılı Kanun'un 7.8.1970 tarih ve 13572 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan hali "Silahlı Kuvvetlerin teşkilâtı, kendi kuruluş ve kadrolarında gösterilir.

Genelkurmay Başkanı, barışta ve savaşta Silahlı Kuvvetlerin Komutanıdır" biçimindedir. 669 sayılı KHK ile düzenleme "Genelkurmay Başkanlığı teşkilatı kendi kuruluş ve kadrolarında gösterilir. Barışta Kuvvet Komutanlıkları bu teşkilat dışında yer alır ve teşkilatları, Milli Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda gösterilir.

Genelkurmay Başkanı Silahlı Kuvvetlerin Komutanıdır" biçiminde değişiklik göstermiştir. 671 sayılı KHK ile "barışta" ifadesi madde metninden çıkarılmıştır.

Cumhurbaşkanı, Başbakan gerekli gördüklerinde Kuvvet Komutanları ile bağlularından doğrudan bilgi alabilir ve bunlara doğrudan emir verebilir. Verilen emir herhangi bir makamdan onay alınmaksızın derhal yerine getirilir” düzenlemesi 1325 sayılı Milli Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilatı Hakkında Kanun’a 1/A maddesi olarak eklenmiştir.

d. Hiyerarşi Yetkisine Tabi Olmayanlar

Bağımsız görev sahibi memurlar hiyerarşi ilişkisinin dışındadır.³⁹⁶ Hâkimler ve mahkemeler arasında hiyerarşi ve hiyerarşik denetim ilişkisi bulunmamaktadır. Hâkimler Anayasa’nın 138. maddesine göre görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. İstinaf Mahkemeleri ve Yargıtay’ın ilk derece mahkemelerinin kararları üzerinde bozma yetkisi bulunsa da bu hiyerarşik denetim olarak değerlendirilemez. Çünkü bu denetim biçimi hiyerarşik yetkilerin en önemlilerinden birisi olan emir ve talimat verme yetkisini içermemektedir. İstinaf Mahkemesi veya Yargıtay ilk derece mahkemesinin yargılaması esnasında yargılamaya ilişkin emir ve talimat veremez. Sadece hükme ilişkin kanun yoluna başvurulduğunda hükmün hukuka uygun olup olmadığını değerlendirir.³⁹⁷ Zaten Anayasa’nın 138. maddesinin ikinci fıkrasına göre hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Hâkimler kanunu doğrudan doğruya uygulama yetkisine sahiptir, araya bir emrin girmesine gerek yoktur. Kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği Adalet Bakanlığı dahi hâkimler üzerinde hiyerarşi yetkisine sahip değildir. Anayasa m. 7 ye göre “yargı

³⁹⁶ Erem/Danışman/Artuk, s. 558.

³⁹⁷ Onar, c.II, s. 605.

yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır”. Adalet Bakanlığı kanunların uygulanmasına ilişkin görüşünü bir genelge ya da talimat şeklinde tüm mahkemelere gönderse dahi bunun hiçbir bağlayıcılığı yoktur.³⁹⁸

Savcılar ise hiyerarşi ilişkisinin dışında değildir. Savcılar idari mekanizmanın içinde olup, adalete ilişkin olan idari nitelikte görev yapmaktadır.³⁹⁹ Savcılar başsavcılık makamına dâhildir ve başsavcılık adına faaliyet gösterip, başsavcılık makamını temsil etmektedir. 5235 Sayılı Adli Teşkilat Kanunu m.16 ya göre Cumhuriyet başsavcılığında, bir Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla bir veya birden fazla Cumhuriyet başsavcivekili atanır. Her başsavcılık makamı ise hiyerarşik bir yapıya sahiptir. Başsavcı başsavcılık makamının başında olan kişidir, savcılara emir verme yetkisine sahip olup, savcılar başsavcının gözetimi ve denetimi altındadır. Başsavcılık makamı bir bütün olduğu için, soruşturmayı farklı bir savcı açıp, duruşmayı farklı bir savcı takip edebilir.⁴⁰⁰ Savcılarının yine hâkimlerden farklı olarak bağımsızlıklarından söz edilemez. Anayasa hâkimlerin bağımsızlığını m.9⁴⁰¹, m.138/1⁴⁰², m.140/2⁴⁰³ de açıkça kabul etmesine karşın savcılarının bağımsızlığından bahsetmemiştir. Bağımsız olmak hiçbir etki ve baskı altında kalmadan karar vermek, emir almamaktır. Bağımsızlık özellikle yürütme organından emir almamaya ilişkindir.⁴⁰⁴ Hâkimler görevlerinde

³⁹⁸ Onar, c.II, s. 605.

³⁹⁹ Centel/Zafer, s. 115.

⁴⁰⁰ Toroslu/Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi, s. 115.

⁴⁰¹ Bkz. Anayasa m. 9:” Yargı yetkisi, Türk Milleti adına **bağımsız** mahkemelerce kullanılır.”

⁴⁰² Bkz. Anayasa m.138/1: “Hâkimler, **görevlerinde bağımsızdırlar**; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.”

⁴⁰³ Bkz. Anayasa 140/2:” Hâkimler, mahkemelerin **bağımsızlığı** ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.”

⁴⁰⁴ Centel/Zafer, s. 116.

bağımsızdır ve emir almamaktadır. 1412 Sayılı CMUK m. 148/3 Adalet Bakanı'nın cumhuriyet savcısına davanın açılması yönünde emir verebilmesini düzenlemekteydi. Savcı bu emir üzerine dava açmak zorunda olmakla birlikte, dava açıldıktan sonra görüşünü değiştirip beraat isteyebilirdi. Adalet bakanının emir yetkisi sadece davanın açılmasına ilişkin olup davanın açılmaması yönünde emir verme yetkisi bulunmamaktaydı. Adalet Bakanına ilgili yetkiyi veren hüküm 1412 Sayılı Kanun döneminde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu hükmün kaldırılmasından sonra Adalet Bakanı ya da Adalet Bakanlığı savcıya dava açma ya da açmamaya ilişkin emir veremez. Bununla birlikte savcının kimi konularda adalet bakanlığından emir alması mümkündür. Örneğin Adalet Bakanı ya da Adalet Bakanlığı cumhuriyet başsavcılığında bir olayın soruşturulmasını talep edebilir.⁴⁰⁵ Yine CMK m. 309a göre hâkim veya mahkeme tarafından verilen ve istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenen Adalet Bakanlığı, o karar veya hükmün Yargıtayca bozulması istemini, yasal nedenlerini belirterek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak bildirir.

Hiyerarşi yetkisi merkezi idare içindeki teknik uzmanların uzmanlıklarına ilişkin konular üzerinde ve sadece teknik hususlara ilişkin olarak kullanılamaz. Çünkü bu gibi faaliyetlerin nitelikleri ile hiyerarşi yetkisi bağdaşmamaktadır.⁴⁰⁶ Örneğin Sağlık Bakanlığı, bakanlığa bağlı olarak çalışan bir hekime ameliyatın yapılmasına ilişkin ya da Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumunda çalışan bir uzmana hazırlayacağı rapora ilişkin olarak emir ve talimat verilemez.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s. 117

⁴⁰⁶ Onar, c. II, s. 605.

⁴⁰⁷ Gözler, c. I, s. 172.

Üniversite öğretim elemanlarının eğitim, öğretim faaliyetlerinde ve bilimsel araştırmalarına ilişkin olarak hiyerarşi yetkisi kullanılamaz.⁴⁰⁸ Akademik özgürlük bir akademik personelin kişisel öğretiminde ve araştırmasında devlet tarafından herhangi bir cezai işlem olmaksızın faaliyetlerini yürütebilmesi, akademik ifade özgürlüğüne sahip olması, araştırma projelerini ve alanlarını serbestçe belirleyebilmesi, ders içerikleri gibi belirli uzmanlık alanlarına ilişkin kararlar alabilmesidir.⁴⁰⁹ Bu nedenle rektör ya da dekanın bir akademik personelin ders içeriğine, derste anlatacaklarına, bilimsel çalışmalarına ilişkin emir ve talimat vermesi mümkün değildir. Ancak dersi yapmasına ya da dersi belirlenen saatte yapmasına ilişkin olarak emir ve talimat verme yetkileri bulunmaktadır.⁴¹⁰

E. Emir Uyuşmazlıkları

Bir emrin verilmesi amirin bu emrin yerine getirilmesini talep etme hakkını memurun ise emre itaat yükümlülüğünü doğurmaktadır. Verilen emir amir tarafından ikinci bir emirle değiştirilebilir ya da farklı mercilerden aynı kapsamda emirler verilebilir. Birden fazla emir verildiğinde, bu emirler birbirine aykırı değilse tüm emirler yerine getirilmelidir. Birden fazla birbiriyle çatışan emir verildiğinde ise artık bir emir uyuşmazlığı söz konusudur. Bu emirlerden sadece biri yerine getirilebilir.⁴¹¹

Amir ilk emrini verdikten sonra bu emri ikinci bir emirle değiştirebilir, eğer ilk emir yerine getirilmeden ikinci emir verilmiş ise artık ilk emir ölü bir emir olup ikinci emir yerine getirilecektir. Bu durumda eğer memur ilk emri yerine getirmiş ise emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Çünkü yerine

⁴⁰⁸ Onar, c. II, s. 605.

⁴⁰⁹ Bingöl, Bilge, “Üniversite Özerkliğinin Değişen Tanımı ve Üniversitelerin Yeniden Yapılandırılması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2) 2012, s. 55-56.

⁴¹⁰ Onar, c. II, s. 172.

⁴¹¹ Günal, s.80.

getirilmesi gereken emir ikinci emirdir, ilk emir ikinci emirle hükümsüz kılınmıştır.⁴¹² Ancak eğer ilk emir yerine getirilmeye başlanmış iken ikinci emir verilmiş ise ilk emrin yerine getirilmesi bırakılacak, ikinci emir yerine getirilmeye başlanacaktır. İlk emrin o zamana kadar ki icrasından emri veren amir sorumlu olacaktır. Memur ikinci emre rağmen ilk emri yerine getirmeye devam ederse artık sorumluluk amire değil kendisine aittir.⁴¹³

Kanunen emir vermeye, bir şeyin yapılmasını talep etmeye yetkili olan amirin ilgili şeyin yapılmamasını istemeye de yetkisi olmasından dolayı amirin bir konuya ilişkin emir verdikten sonra aynı konuda ikinci bir emir vermesi mümkündür. Eğer iki emir aykırı ise ikinci emir yerine getirilerek sorun çözülecektir.⁴¹⁴

Emir uyuşmazlığı farklı merciiler tarafından verilen emirler arasında da çıkabilir. Bu durumda kanunen aksi düzenlenmediği hallerde derecesi en yüksek olan en yetkili amirin emri yerine getirilmelidir.⁴¹⁵ TSK İç Hizmet Kanununun 22. maddesi benzer bir durumu, bir emir uyuşmazlığını düzenlemektedir. Maddeye 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 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 dahilinde yapılır ve amirlere bildirilir.*” Hükme göre uyuşmazlık ikinci emri veren daha yüksek amire ilk emir bildirilip amirin kendi emrinin yerine getirilmesinde ısrar etmesi halinde ikinci emir

⁴¹² Günal, s. 80.

⁴¹³ Günal, s. 80.

⁴¹⁴ Günal, s.80.

⁴¹⁵ Günal, s.80.

yerine getirilerek ve ilk emri veren amire de konuyla ilgili bilgi verilerek çözülecektir. Ancak daha büyük amire ilk emrin bildirilmesine hal ve zaman uygun değilse asta doğrudan doğruya bir yetki verilmiştir. Buna göre ast emirlerden vaziyete uygun olduğunu düşündüğü emri yerine getirecek ve durumu amirlere bildirecektir. Bu halde emrin yerine getirilmesinden ise ast sorumlu olacaktır.

Aynı seviyede olup farklı derecede olan amirlerin birbiriyle çatışan emirler vermesi halinde ise aynı seviyede belirli bir emri vermeye yetkili olan amir tek olacağı için memur sadece yetkili amirin emrini yerine getirecektir.⁴¹⁶

Bir kamu görevlisi geçici ya da devamlı olarak görev gereği değişik amirlere bağlı olabilir. Bu amirler farklı idarelere bağlı olup farklı yetkilere de sahip olabilir. Her amir yetkisi dâhilinde emir verebileceği için usulüne uygun verilen bir emir bakımından memur diğer amirin yetkili olup olmadığını araştırmayacaktır. Ancak yetkili amirlerin verdiği emirler birbiriyle çatışıyor da olabilir. Kanun bu konuya ilişkin bir düzenleme yaparak hangi amirin emrinin yerine getirileceğini düzenlemiş ise sorun yoktur, kanun hükmüne göre hareket edilecektir. Kanuni düzenleme yok ise somut olayın özelliğine göre hareket edilmelidir.⁴¹⁷

a. Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Çıkabilecek Emir Uyuşmazlıkları

Ceza Muhakemesi Kanununa göre çıkabilecek emir uyuşmazlıkları kolluk personeli ve kamu görevlisi tanık bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

aa. Kolluk Personeli Bakımından

Soruşturma evresinin başı ve yetkilisi cumhuriyet savcısıdır. CMK m. 160/2ye göre Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir

⁴¹⁶ Günal, s. 81.

⁴¹⁷ Günal, s. 81.

yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür. CMK m. 164e göre cumhuriyet savcısı her türlü araştırmanın yapılmasını emrindeki kolluk görevlilerinden talep edebilir. Adli kolluk görevlileri cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır. Kolluk hizmetleri adli kolluk ve idari kolluk olarak ayrılmaktadır. Her iki kolluğu kısaca görevleri ve amaçları bakımından ayırmak gerekirse; adli kolluk suçun işlenmesinden sonra suç faillerini ve delillerini araştırıp bulmakla ve adli mercilere teslim ve tevdi etmekle görevli iken idari kolluğun görev ve amacı suç işlenmesini önlemek ve kamu düzenini korumaktır. Emniyet Teşkilatı Kanunu m.8e göre de polis idari, siyasi ve adli kısımlara ayrılmaktadır. Bu ayrımın görevlilerin işledikleri suçlar ve yargılanmaları açısından birçok sonucu olmasına⁴¹⁸ rağmen Türkiye’de kolluk teşkilatı adli kolluk idari kolluk şeklinde ayrılmamış, görevleri ve amaçları yönünden farklı olan idari kolluk ile adli kolluk gerek teşkilat gerekse de görevlileri yönünden birbirine karışmıştır. Her iki kolluğun ayrı örgütleri olmadığı gibi idari kolluk ve adli kolluk görevleri çoğunlukla aynı görevliler tarafından yerine getirilmektedir.⁴¹⁹ Dolayısıyla hem adli kolluk hem de

⁴¹⁸ İdari kolluk idari makamların emri altında faaliyet göstermekte olduğu için doğan uyuşmazlıklar idari yargıda, adli kolluk adli makamların emri altında olduğu için çıkan uyuşmazlıklar adli yargıda çözülmektedir. İdari kolluk görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı yargılanmaları 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılmakta iken, adli kolluk görevlilerinin görevleri sırasında işledikleri suçlar CMK m. 161/5 gereği doğrudan doğruya cumhuriyet savcılığı tarafından soruşturulur. Bkz. CMK m.161/5: “Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır”

⁴¹⁹ Günday, s. 294.

idari kolluk faaliyetiyle görevli aynı kolluk görevlisine aynı anda hem cumhuriyet savcısı hem de idari amirler tarafından emir verilmesi söz konusu olabilir. CMK m. 164/3e göre adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir. Ancak kolluk görevlisi aynı anda hem idari kolluk hizmetini hem adli kolluk hizmetini yerine getirmekte olsa dahi, eğer kolluk görevlisi adli görevlerle görevlendirilmiş ise öncelikle cumhuriyet savcısının emrini yerine getirmelidir. Hem Ceza Muhakemesi Kanununa göre hem de Adli Kolluk Yönetmeliği m. 6 ya göre adli kolluk görevlileri Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini gecikmeksizin yerine getirmek zorundadır. Emir verilen idari kolluk dahi olsa eğer idari kolluk cumhuriyet savcısının talebi üzerine adli kolluk görevi ile görevlendirilmiş ise öncelikli olarak cumhuriyet savcısının emrini yerine getirecektir, çünkü adli görevle görevlendirilen idari kolluk adli görevler dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanununun hükümlerini uygulamakla yükümlüdür.⁴²⁰

bb. Kamu Görevlisi Tanık Bakımından

Kamu görevlisinin CMK uyarınca tanıklık (m.43-61) veya bilirkişilik (62-73) yapmak için adli makamlara çağrıldığı hallerde; hiyerarşik amirinin kamu görevlisine derhal görevine dönmesini emretmesi durumu tartışmalıdır. Böyle bir durumda kanunun yargı mercilerine üstünlük tanıdığı ve önceliğin tanıklık ve bilirkişilik görevinde olduğu belirtilmiş, memurun tanıklık veya bilirkişilik görevini yerine

⁴²⁰ Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda bütün kolluk makam ve memurlarının cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmişti. Bkz. m.154: “Bütün zabıta makam ve memurları, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri Cumhuriyet Savcılıklarına derhal bildirmek ve Cumhuriyet Savcılığının adliyeye ilişkin işlerde bütün emirlerini yerine getirmekle yükümlüdürler. Cumhuriyet Savcıları emirleri yazılı olarak verir, acele hallerde sözlü emir de verebilir.” Bu durumda aynı anda kolluk görevlisine hem idari amirinden hem de cumhuriyet savcılığında emir verildiğinde; verilen emir adli işlerle ilgili ise önceliğin cumhuriyet savcılığının emrinde olduğu, adli işlerle değilse önce idari amirin emrinin yerine getirilmesi gerektiği savunulmaktaydı. Günal, s.82. Doktrinde kolluk görevlilerinin verilen emir adli göreve ilişkin de olsa öncelikle sicil amirleri de olan idari amirlerinin emirlerini yerine getirmesinin ancak cumhuriyet savcılığına bağlı bir adli kolluk teşkilatı kurularak çözülebileceği ileri sürülmüştür. Erem, Faruk, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, Ankara, 1986, s.233.

getirmeksizin makamdan ayrıldığı takdirde amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı savunulmuştur.⁴²¹ Bu görüşe kamu görevlisinin hiyerarşik amirinin izniyle hareket ettiği ve izin henüz kendisinin ifade veya beyanından önce amiri tarafından kaldırılmışsa görevine dönmesi gerektiği ileri sürülerek karşı çıkmıştır. Karşıt görüş yargı mercilerine üstünlük tanınmadığını ve kamu görevlisinin adli merciin karşısında ifade ya da beyanda bulunuyor olmadıkça amirin emrine uyması gerektiğini belirtmekte ve amirin emrine uyan görevlinin amirin emrinin yerine getirilmesinden yararlanacağını ifade etmektedir.⁴²² Tanıklık kamu hukukundan kaynaklanan toplumsal ve kamusal bir görev olup, usulüne uygun olan tanığın kendisini çağıran kişi veya makam önüne gelme zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar da dâhil olmak üzere cumhurbaşkanı dışında⁴²³ herkes içindir.⁴²⁴ Tanıklık ceza muhakemesi faaliyeti bakımından, savunma-iddia hak ve görevlerinin yerine getirilmesi bakımından çok önemlidir. Bu nedenle usulüne uygun olarak çağrılan tanığın belirli bir günde belirli bir saatte belirli bir yerde bulunma zorunluluğu vardır.⁴²⁵ Kamu görevlisinin tanıklığı bakımından da aynı zorunluluk geçerlidir, tanık olarak çağrılan kamu görevlisi belirtilen gün ve saatte çağrılan yerde olmak zorundadır. Ancak tanık haklı nedenler ileri sürerek belirtilen gün ve saatte çağrılan yerde olamayacağına ilişkin mazeret bildirebilir, bu durumda davet eden makam tanığın mazeretini yerinde görür ise yeniden dinleme günü belirleyerek bunu tanığa bildirir. Eğer tanık mazereti olmaksızın

⁴²¹ Günal, s. 82.

⁴²² Günal, s. 82.

⁴²³ Bkz. CMK m.43/4, “Cumhurbaşkanı kendi takdiri ile tanıklıktan çekinebilir. Tanıklık yapmayı istemesi halinde beyanı konutunda alınabilir ya da yazılı olarak gönderebilir.”

⁴²⁴ Feyzioğlu, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 101.

⁴²⁵ Feyzioğlu, s. 102.

gelmez ise CMK m. 44/1e göre zorla getirilir ve gelmemelerinin sebep olduğu giderler takdir edilerek, kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödettirilir. Mülga 765 s. Türk Ceza Kanununda 282. maddeye göre usulüne uygun olarak tanık veya bilirkişi olarak çağrılan kişilerin asılsız nedenler ileri sürerek çağrıya uymamaları veya çağrıya uydıkları halde aynı nedenden görev yapmaktan kaçınmaları hali suç olarak düzenlenmişti. Mülga 1412 s. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 46/1e göre de çağrı üzerine gelmeyen tanık hakkında adli para cezası uygulanmaktaydı. Bu hükümler artık kaldırılmış, sadece gelmeyen tanık hakkında zorla getirme kararı çıkarılacağı ve gelmemelerinin sebep olduğu masrafların ödettirileceği düzenlenmiştir. Kanımızca tanık olarak dinlenmek üzere çağrılan kamu görevlisi, belirtilen günde henüz tanık olarak dinlenmeksizin yetkili amiri tarafından göreve dönmesi emredilirse amirinin emrini yerine getirecektir. CMK m. 44e göre *“Zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse aleyhine hükmedilen giderler kaldırılır.”* Dolayısıyla m.44 gereği amirin emri dolayısıyla çağrılan yeri tanıklık yapamadan terk etmek zorunda kalan kamu görevlisi hakkında zorla getirme kararı çıkarılacak ve zorla getirilecektir. Ancak amirin emri önceden gelmemesini haklı kılacak bir sebep olduğu için m. 44 gereği aleyhine hükmedilen giderler kaldırılacaktır. Bununla birlikte kamu görevlisi tanıklık için duruşma salonuna girmiş ise artık CMK m.53/1 d gereği mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceğinden amirin emrini yerine getiremez. Bilirkişilik bakımından da durum aynıdır. Kamu görevlisi bilirkişi beyanda bulunmadan önce amirin emrini yerine getirip görev yerine dönebilir, amirin emri aleyhine hükmedilecek giderleri kaldırarak haklı bir sebeptir, ancak bilirkişi olarak beyanda bulunuyorsa artık amirin emrini yerine getiremez, CMK m. 68/2 gereği de bilirkişiler

yaptıkları açıklamalardan sonra mahkeme başkanı veya hâkim, çekilmelerine izin vermedikçe, bilirkişiler duruşma salonunda kalmak zorundadır.

b. TSK İç Hizmet Kanununa Göre Çıkabilecek Emir Uyuşmazlıkları

TSK İç Hizmet Kanununun 94. maddesinde acele ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde en yakın polis ve jandarma kuvvetlerine müracaat edileceği, askeri inzibatlar tarafından vaki olacak yardım talepleri üzerine polis ve jandarmalar tarafından yardımda bulunulacağı gibi polis ve jandarmadan gelecek yardım taleplerinin askeri inzibatlarca yerine getirileceği düzenlenmiştir. Hükme göre eğer olaya müdahale eden polis ve jandarma yeterli gelmiyorsa, olay polis ve jandarmanın kuvvet durumunu aşmakta ise ve kendi takviye kuvvetlerinin durumu derhal ve süratle askeri inzibat kuvvetine müracaatı zorunlu kılmaktaysa ve bu halde askeri inzibata başvurmayıp kendi kuvvetleriyle takviye yapıldığında meydana gelecek gecikme bir tehlikeye neden olması ihtimali varsa askeri inzibattan yardım talep edilir. Bu durumun tam tersi yani askeri inzibatın polis ve jandarmadan yardım talep etmesi de aynı şartlara bağlıdır.

Ancak TSK İç Hizmet Kanununun 94. maddesinde yardım talebinin kim tarafından yapılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Askeri inzibat, polis ve jandarmanın askeriyedeki karşılığı olup bir askeri birlik değildir. Garnizonlarda askeri disiplinin muhafazası, önleyici zabıta ve adliye vazifeleri ile askeri trafik vazifeleri garnizon kumandalarına aittir. Garnizon kumandanları yukarıda gösterilen vazifeleri merkez kumandanlıkları ve bunların emrindeki askeri inzibat kuvveti marifetiyle yürütür.⁴²⁶

⁴²⁶ Bkz. TSK İç Hizmet Kanunu m. 91: “a) Garnizonlarda askeri disiplinin muhafazası, önleyici zabıta ve adliye vazifeleri ile askeri trafik vazifeleri garnizon kumandanlarına aittir. Garnizon kumandanları yukarıda gösterilen vazifeleri merkez kumandanlıkları marifetiyle yürütür. Merkez kumandanlıkları; büyük garnizonlarda kadrolarla tesbit ve teşkil olunur. Diğer garnizonlarda garnizon kumandanları rütbece kendisinden bir veya nihayet iki derece ast olan bir subayı merkez kumandanı olarak tayin ve tanzim edebilir. Merkez kumandanlığı teşkiline lüzum görülmiyen küçük garnizonlarda buna ait

Bu nedenle genel yetki kurallarından hareket edilmek suretiyle sorun çözülecektir. Olayın çıktığı yer mülki amiri o yerdeki en büyük kolluk amiridir. Dolayısıyla bu yardım talebi olayların çıktığı yer mülki amiri tarafından, yani vali, kaymakam veya bucak müdürü tarafından gerçekleştirilmelidir.⁴²⁷ Askeri inzibat kuvvetlerinin polis ve jandarmaya yardım ettikleri hallerde sivil kolluk amirlerinin komutasına girip girmeyecekleri, yani emir komuta yetkisinin hangi makamda olacağı emir uyuşmazlıkları bakımından önemlidir. Askeri inzibat kuvvetleri ile polis ve jandarma acele ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ortak bir faaliyet yürütmektedir, bu faaliyetin zarar görmemesi açısından iki başlılık ve farklılık olmaması gereklidir. Bu nedenle faaliyet tek amirle, aynı kurullarla, aynı şekilde hareket edilmesi sağlanarak yönetilmelidir. Tek başlılığı sağlayabilmek için de yardıma gelene kuvvetler yardım talep eden kuvvetlerin komutasına girmelidir.⁴²⁸ Ancak askeri inzibat kuvvetlerinin klasik askeri birlikler olmadığını da tekrar vurgulamak gereklidir.

c. İl İdaresi Kanununa Göre Çıkabilecek Emir Uyuşmazlıkları

İl İdaresi Kanununa göre askeri birliklerin olaya müdahalesi bakımından emir uyuşmazlıkları ortaya çıkabilir.

aa. Askeri Birliklerin Olaya Müdahalesi

İl İdaresi Kanunu m.11/D ye göre de il içindeki kolluk kuvvetleri ile bastırılmayacak olağanüstü ve ani olayların cereyan etmesi halinde vali en yakın

vazifeler, garnizon kumandanı tarafından tayin edilecek bir inzibat subayı veya astsubayı buna da imkan olmıyan hallerde bizzat garnizon kumandanı tarafından yapılır. b) Merkez kumandanlığı kadro ile tesbit ve teşkil edilmediği ahvalde; garnizon dahilindeki kıta ve askeri müesseselerin miktarı, şehrin genişliği ve vazifelerin ehemmiyeti gözönüne alınarak kafi miktarda subay, astsubay, erbaş ve erler merkez kumandanı veya inzibat subayı veya astsubayın emrine verilir ve bunlara inzibat kuvveti denilir. Askeri inzibat kuvveti mensupları Silahlı Kuvvetler Kıyafet Kararnamesinde tesbit edilen hususi işareti taşırlar.”

⁴²⁷ Güran, Sait, “Genel İdari Zabıta Faaliyetlerinde Askeri Kuvvetlere Başvurulması” Amme İdaresi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, s. 87.

⁴²⁸ Güran, s. 86-87.

birlik komutanından yardım istemek yetkisine sahiptir ve valinin bu istemi derhal yerine getirilir. Valinin bu yetkisini kullanabilmesi için hükme göre il sınırları içinde çıkan olayları emrindeki kuvvetlerle önleyememesi ya da çıkabilecek olayları emrindeki kuvvetlerle önleyebilmesinin mümkün olmaması gereklidir. Aldıkları tedbirleri emrindeki kuvvetlerle uygulayamamakta ya da uygulaması mümkün olmamaktadır. Bu halde valiler 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 isteme yetkisine sahiptir. İlin kamu düzen ve güvenliğini korumak valinin sorumluluğu altındadır, bu nedenle askeri kuvvetlerinde yardım talebinde bulunup bulunmamak da valinin takdirine bağlıdır. Valinin Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dâhil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından yardım talep etmesi bir emirdir ve derhal yerine getirilmelidir. Askeri kuvvetlerin valinin talebi üzerine olaya müdahale ettiğinde valinin emrindeki kuvvetler olaydan el çekmemektedir. Kolluk kuvvetleri ile askeri kuvvetler olayda birlikte hareket etmektedir. Ancak askeri kuvvetler komuta bakımından valinin yetkisi altına girmemektedir. Olay yerinde askeri kuvvetlere ayrılan bölgede emir ve komuta yetkisi askeri komutana aittir, askeri birlik İl İdaresi Kanunu gereği olaya müdahale ettiği için, yani Kanunda yapılması yazılmış olan bir husus yerine getirildiği için TSK İç Hizmet Kanunu m.6a göre bu harekât askeri bir hizmettir. Bu nedenle askerlerin silah kullanma yetkileri bakımından, sivil amirlerin emir ve komuta yetkileri bulunmamaktadır, yetkili amir TSK İç Hizmet Kanununda silah kullanma yetkisini düzenleyen 87. ila 91. maddelere göre belirlenecektir.⁴²⁹ Vali askeri birliklerin olaya müdahalesini emretme yetkisine sahiptir, bu emir derhal yerine

⁴²⁹ Güran, s. 90-91.

getirilmelidir. Ancak askeri birlikler olaya müdahale ettikten sonra emir komuta yetkisinin kimde olduğu çıkabilecek emir uyuşmazlıkları bakımından önemli bir sorundur.

bb. Askeri Birlikler İle Kolluk Kuvvetlerinin Olaya Ayrı Müdahalesi Halinde

Kanunun 11/D maddesinin ikinci paragrafına göre vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesi halinde; muhtemel olaylar için istenen askeri kuvvet, valinin görüşü alınarak olaylara hızla el koymaya uygun yerde, cereyan eden olaylar için ise olay yerinde hazır bulundurulur. Olayların niteliğine göre istenen askerî kuvvetin çapı, görevde kalış süresi, askerî birliğin komutanı ile koordine edilerek vali tarafından belirlenir. Askeri kuvvetin müstakilen görevlendirilmesi durumunda; verilen görev askeri kuvvet tarafından kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatlarına göre Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkiler kullanılarak yerine getirilir. Güvenlik kuvvetleri ile yardıma gelen askeri kuvvet arasında işbirliği ve koordinasyon, yardıma gelen askeri birliğin komutanının da görüşü alınarak vali tarafından tespit edilir. Ancak, bu askeri birliğin belirli görevleri jandarma ya da polis ile birlikte yapması halinde komuta, sevk ve idare askeri birliklerin en kıdemli komutanı tarafından üstlenilir. Yani eğer askeri birlikler ile kolluk kuvvetlerinin müdahale sahası ve alanı ayrı ise, her kuvvet kendi yetkili amirinin emir ve komutası altındadır, iki kuvvet birbirinden ayrı ve bağımsız olarak olaya müdahale etmekte, emir ve komuta bakımından da ayrı amirlere bağlı olmaktadır. Askeri birlik validen ve valinin müdahale için görevlendirdiği emniyet amirinden de özerktir, yani vali ve valinin müdahaleyi yönetmekle görevli ve sorumlu kıldığı emniyet amiri askeri birlik komutanına doğrudan doğruya emir verememektedir. Uygulamada emir öncelikle askeri birliğin bağlı olduğu garnizon

komutanlığına iletilmekte, olay yerindeki birlik komutanına emri garnizon komutanı vermektedir. Birlik komutanı sadece kendi komutanın emirlerini yerine getirmekle yükümlü olup, valinin ya da sivil amirin emrine uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak garnizon komutanının birlik komutanına doğrudan doğruya valinin ya da yetkili kılınan sivil amirin emriyle hareket edeceğine ilişkin açık ve genel bir emir vermesi halinde artık birlik komutanı valinin ya da yetkili emniyet amirinin emir ve talimatı ile hareket edecektir.⁴³⁰

cc. Askeri Birlikler İle Kolluk Kuvvetlerinin Olaya Birlikte Müdahalesi Halinde

Eğer askeri birlik ile kolluk kuvvetlerinin müdahale alanı birbirinden ayrılmamış ise askeri birlik valinin talebinde belirttiği yere gelir ve garnizon komutanından harekât emri gelene kadar bekler. Askeri birlik valinin ya da yetkili emniyet amirinin emriyle harekete geçememektedir, validen ya da yetkili sivil amirden hareket emri geldiği takdirde birlik komutanı durumu derhal kendi komutanına bildirir ve onun emrine göre hareket eder.⁴³¹ Askeri birliğin hareket biçimine ilişkin askeri komutan ile sivil amir arasındaki uyumsuzluk vali ile garnizon komutanı tarafından birlikte giderilecek ve askeri birliğe garnizon komutanının emri olarak aktarılacaktır.⁴³² Askeri birlik ile sivil kolluk arasındaki işbirliği ve koordinasyon askeri birlik komutanının görüşü alınarak vali tarafından belirlense dahi valinin askeri birliklere doğrudan emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Askeri birlik sivil kolluk ile birlikte görev yapıyor ise emir komuta yetkisi askeri birliklerin en kıdemli komutanına aittir. Yani sivil amir askeri birliğe emir verememektedir, sivil amir tarafından askere emir verildiği takdirde bu emrin yerine getirilmemesi gereklidir, getirildiği takdirde

⁴³⁰ Güran, s. 92.

⁴³¹ Güran, s. 93.

⁴³² Güran, s. 94.

emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte yetkili askeri komutan emir verdiğinde dahi bu emrin konusunun suç teşkil etmemesi gereklidir.

Kanunun 11/D maddesinin ikinci fıkrasında görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin, bu fıkra kapsamındaki faaliyetlerinin, askerlik hizmet ve görevlerinden sayıldığı belirtilmektedir. Hükümün önceki hali *“Bu fıkra uyarınca görevlendirilen askeri birlik mensupları hakkında bu görevlerin ifası sırasında işledikleri suçlardan dolayı tabi oldukları kanun hükümlerine göre işlem yapılır.”* şeklindedir. Hüküm 13.7.2013 tarihinde 6496 Sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Mevcut hüküm ise *“Bu fıkra uyarınca görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin, bu fıkra kapsamındaki faaliyetleri, askerlik hizmet ve görevlerinden sayılır.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Ancak doktrinde İl İdaresi Kanunu 11/D bakımından emir ve komuta yetkisinin askeri birlik komutanına ait olması ve faaliyetin askeri hizmet ve görev sayılması eleştirilmektedir. Görüş valinin askeri birlik komutanına doğrudan emir verme yetkisinin olması gerektiğini ve faaliyetin askeri hizmet sayılamayacağını ileri sürmektedir. TSK İç Hizmet Kanunu m. 86da *“Asayişin temin için Silahlı Kuvvetlerin nasıl kullanılacağı ve örfi idare ilanı halinde askerlerin vazife ve salahiyetleri hususi kanunlar hükümlerine göre yürütülür.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre askeri hizmetler, asli nitelikteki askeri faaliyetler bakımından TSK İç Hizmet Kanununun hükümlerine başvurulacak, güvenliğin sağlanması için Silahlı Kuvvetlerin kullanılması gerektiğinde ise görev ve yetkiler Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Kanunu, İl İdaresi Kanunu gibi özel Kanunlarca belirlenecektir. Asayişin sağlanması için silahlı kuvvetlere başvurulması görüşe göre askeri hizmet

sayılamayacağı için özel Kanunlar uyarınca düzenlenecek bu görev ve yetkilerin içine emir-komuta yetkisi, silah kullanma yetkisi de girmektedir. Dolayısıyla İl İdaresi Kanunu 11/D güvenliğin sağlanması için silahlı kuvvetlerin kullanılmasından ibarettir ve bu halde emir ve komuta yetkisi garnizon komutanına değil, valiye aittir. Geçici ve istisnai bir hüküm olan 11/D nin askeri birliklerin olay bakımından kullanıldığı süre boyunca emir ve komuta yetkisini sivil amirlere bıraktığı ileri sürülmektedir. Görüşe göre TSK İç Hizmet Kanununun 86. maddesi gereği askeri kuvvetlerin valinin talebi üzerine sivil kuvvetlere yardım etmesi güvenliğin sağlanabilmesi içindir ve askeri nitelikli bir hizmet değildir. Bu nedenle de valinin birlik kumandanına doğrudan emire yetkisi bulunmaktadır.⁴³³ Bununla birlikte aynı görüş TSK İç Hizmet Kanunu m. 86 olmasaydı dahi valinin İl İdaresi Kanunu m. 11/D deki şartlar gerçekleştiğinde askeri kuvvetlerin valinin emir ve kumandası altında olacağını savunmaktadır. Vali İl İdaresi Kanunu m. 11/A ya göre 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. 11/D maddesinde ortaya çıkan olayların vali emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmemekte veya olayları önleyememektedir; bu nedenle askeri birliklerden yardım talep etmektedir. Valinin emrindeki kuvvetlerle yaptığı hizmet sivil bir hizmet, sivil bir kolluk faaliyetidir, askeri birliklerin olaylara yardımcı kuvvet olarak müdahale etmesi, faaliyetin sivil niteliğini değiştirmemektedir. Vali statüsü gereği genel ve özel tüm kolluk kuvvetlerinin amiri olduğu için, 11/D bakımından da emir verme yetkisine sahip amir validir, çünkü yardıma gelen askeri

⁴³³ Güran, s. 98.

birlik askeri niteliğinden bağımsız, istisnai, yardımcı bir kuvvettir.⁴³⁴ Birlik komutanı emri validen ya da valinin yetkili kıldığı emniyet amirinden alacak, kesin ve sınırları belli emirler hariç aldığı emirleri kendi görüş ve anlayışına göre uygulayacaktır. Emirleri uygulamasından dolayı sorumluluğu da askeri hükümlere göre değil, sivil kolluk görevlilerinin tabi olduğu hükümlere göre olacaktır. Ancak 11/D bakımından askeri birlikler yardımcı kuvvettir, askeri birlikler yardıma geldiğinde sivil kolluk faaliyetlerine devam etmelidir.⁴³⁵ 11/D maddesi bakımından tek sorumlu ve tek yetkili validir, bu nedenle harekât sadece vali tarafından koordine edilmeli ve yönetilmelidir. Askeri birlik kendi içinde kendi hiyerarşi ve kurallarına tabi olsa da müdahalenin bütünü bakımından emir ve komuta yetkisi valiye aittir.⁴³⁶ Bu nedenle görüş m.11/D nin askere emir komuta yetkisi veren ikinci fıkrasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmektedir.⁴³⁷

dd. İlçe Çevresinde Çıkabilecek Olaylara Müdahale Halinde

İl İdaresi Kanununun 32. maddesi kaymakamın yetkilerini düzenlemektedir. Kanunun 32/E maddesine göre *'Kaymakam, ilçe çevresinde çıkabilecek olayların emrindeki kolluk kuvvetleriyle önlenmesine olanak bulunmayacağı kanısına varır veya ilçe içindeki kolluk kuvvetleriyle önlenemeyecek olağüstü ve ani olaylar karşısında kalırsa hemen valiye bilgi vererek yardım ister ve en yakın askeri (Kara, Deniz ve Hava) komutanlara da haber verir; Yardıma gelen askeri kuvvet bu kanunun 11/D maddesi uyarınca kendisine verilecek görevi yerine getirir.'* Hüküm m. 11/D ye atıf yapan ve benzer yetkileri kaymakama tanıyan bir hükümdür. Emrindeki kuvvetlerle

⁴³⁴ Güran, s.99.

⁴³⁵ Güran, s.100-101.

⁴³⁶ Güran, Sait, "Toplumsal Olaylarda Askeri Kuvvetlerden Yararlanılması", Amme İdaresi Dergisi, Sayı 13/1, Mart 1980, s. 28.

⁴³⁷ Güran, s. 29.

önleyemeyeceği olağanüstü ve ani olayların karşısında kaymakama hemen valiye ve en yakın askeri komutanlara haber verir. Komutanlar kaymakamlara ilgili emri verme yetkisi tanınmadığı için validen emir gelene kadar beklemek durumundadır. 32/E hükmü kaymakama askeri komutanlara emir verme yetkisini tanımamakta sadece valiye ve komutanlara haber vermesini düzenlemektedir, emir yetkisi hala validedir. Nitekim vali gerekli görmez ise bu emri vermez, takdir yetkisi valinindir. Ancak askeri kuvvetler yardıma geçtikleri andan itibaren emir ve komuta yetkisi kaymakamdadır, vali kaymakamı atlayarak doğrudan kolluk güçlerine de askeri birliklere de emir veremez. Askeri kuvvetlerin olaydan çekilmesi kararını da vali değil kaymakam verebilir. Bununla birlikte sivil amirlerin askeri birliklere emir verebilmesi için 11/D maddesi bakımından söylediklerimiz aynen 32/E bakımından da geçerlidir. Buna göre kaymakam da vali gibi birlik komutanına doğrudan emir verememektedir, emir ve komuta yetkisi birliğin bağlı olduğu garnizon komutanındır, dolayısıyla kaymakam emirleri garnizon komutanına bildirecek, askeri birlikler garnizon komutanından gelecek emirleri yerine getirecektir. Ancak ilçe sınırlarının il sınırları içinde bulunması göz önünde bulundurursa özellikle merkez ilçeler bakımından kaymakamın yardım bildirimini alan vali olayda 32/Enin değil 11/Dnin uygulanmasına karar verebilir, bu halde tüm emir ve komuta yetkisi 11/A gereği valiye aittir.⁴³⁸

Ancak önemle belirtmek isteriz ki İl İdaresi Kanununun 11/D ve 32/E maddeleri ancak olağanüstü durumlar için geçerli olabilecek istisnai hükümlerdir. Bu hükümlere sıklıkla başvurulması ve toplumsal olaylarda askeri kuvvetlere başvurulması birçok açıdan sakınca taşımaktadır.

⁴³⁸ Güran, s. 102.

23.06.2016 tarihli 6722 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 12. maddesi ile İl İdaresi Kanununun 11. maddesine J fıkrası eklenmiştir. İlgili fıkra ile genel kolluk kuvvetlerinin imkân ve kabiliyetlerini aşan durumlarda terörle mücadele için gerekli olması veya terör eylemlerinin kamu düzenini ciddi şekilde bozulması hâlinde, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinin görevlendirilebileceği hüküm altına alınmaktadır. Görevlendirilecek Türk Silahlı Kuvvetleri birliklerinin çapı, teşkilatı, konuşlandırılacağı yerler, emir komuta ilişkileri, kuvvet kaydırılması ve bu kapsamda gerekli görülen diğer hususlar Genelkurmay Başkanlığı tarafından belirlenir. Görevlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri birlikleri ve personeli, kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatlarına göre Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkileri kullanarak verilen görevleri yerine getirir. Bu fıkra uyarınca illerde icra edilecek görevler kapsamında askeri birlikler ile genel kolluk kuvvetleri ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları arasındaki işbirliği, koordinasyon ve gözetim valiler tarafından yerine getirilir. Askeri birliklerin belirli görevleri genel kolluk kuvvetleriyle birlikte yapması hâlinde komuta, sevk ve idare askeri birliklerin en kıdemli komutanı tarafından üstlenilir.

2. Emrin Bağlayıcı Bir Emir Olması

Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine her emir konu olmaz. Emrin şekli önemli olmamakla birlikte, herhangi bir emir de hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından emrin muhakkak bağlayıcı olması gereklidir. Bağlayıcı emir memuru emri yerine getirme

hususunda bağlayan, emri yerine getirmek zorunda bırakan emirdir.⁴³⁹ Sadece bağlayıcı emirler bakımından memurun itaat yükümlülüğü vardır ve memurun emri yerine getirmesi hukuka uygundur. Bağlayıcı emirler memura görev yükleyebilen ve belli bir şekilde hareket etmesini sağlayan emirlerdir.⁴⁴⁰ Hukuka uygun olan emir bağlayıcıdır. Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin şartlarını taşıyan emir ise hukuka uygun bir emirdir.⁴⁴¹ Sadece hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi hem emri vereni hem de emri yerine getireni sorumluluktan kurtarmaktadır. Emri hukuka uygun hale getiren bir hukuk kuralıdır. Emri veren, kendisine bu kuralın yüklediği ödevi yerine getirmekte ve yetkiyi kullanmakta iken emri yerine getiren kuralın içerdiği iradeyi dolaylı olarak gerçekleştirmektedir.⁴⁴²

Ancak emrin hukuka aykırı olmasına rağmen bağlayıcı olması da mümkündür, hukuka aykırı bağlayıcı emir de memur tarafından AY m. 137deki şartlara uygun olarak yerine getirilmelidir.⁴⁴³ Hukuka aykırı bağlayıcı emir, emrin içeriğinin hukuka aykırı olması durumudur, yoksa her durumda emir şeklen hukuka uygun olmalı ve suç teşkil etmemelidir.

Hukuka uygun emirler bağlayıcıdır. Hukuka uygun bir emir verildiğinde emri verenin de emri yerine getirenin de davranışı hukuka uygundur. Hukuka aykırı bir emir verilmesi durumunda ise sadece emri veren amir bakımından hukuka aykırılık mevcut olup, emri yerine getirenin emri yerine getirme fiili hukuka uygundur.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Dönmezer/Erman, s. 91.

⁴⁴⁰ İçel, s. 303.

⁴⁴¹ Alacakaptan, s. 103.

⁴⁴² Toroslu/Toroslu, s. 150.

⁴⁴³ İçel, s. 302.

⁴⁴⁴ Dönmezer/Erman, s. 91.

Emrin hukuka uygun olabilmesi için; emri veren amirin böyle bir emir vermeye yetkili olması, emri alan memurun bu emri yerine getirmeye görevi gereği zorunlu olması ve emrin biçim ve içerik olarak kanunun gerektirdiği şartlara uygun olması gerekmektedir.⁴⁴⁵

A. Emri Veren Yetkili Olması

Türk Ceza Kanunu m. 24/2 e göre emir yetkili bir merciden verilmelidir. Emir herhangi bir kimse tarafından değil, Anayasa ve Kanunların yetkili kıldığı kişi veya merci tarafından verilmelidir. Anayasa m.123/1 e göre “*İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” Yani idarenin faaliyet alanı kanunlarla kendisine bırakılan alanlarla sınırlıdır, bu nedenle idare yasama ya da yargı organına bırakılan faaliyetlere ilişkin işlem yapamamaktadır. İdarenin kendi faaliyet alanında ise yapılacak idari işlemlerin hangi idari makam ve organlarca yapılacağı Anayasa ve Kanunlarla düzenlenen yetki kurallarıyla belirlenmektedir.⁴⁴⁶

Yetkili mercinin emri idari bir işlemdir. Bu nedenle bir idari işlem olan emir verilirken her türlü yetki kuralına uygun hareket edilmesi gereklidir. Her türlü yetki kuralı kamu düzeniyle ilgilidir, bu nedenle yetki kurallarına uyulmaksızın verilen bir emir yetki unsuru yönünden hukuka aykırıdır.⁴⁴⁷

Emrin yerine getirilmesi bakımından amirin mutlak yetkili amir olması gerekmektedir.⁴⁴⁸ Çünkü sadece yetkili amirin memurdan belli bir davranışta

⁴⁴⁵ Dönmezer/Erman, s. 92.

⁴⁴⁶ Günday, s. 134-135.

⁴⁴⁷ Günday, s. 135.

⁴⁴⁸ “Sanığın üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçimindeki kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın Pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CMUK’un 97. Maddesinde belirtilen “gecikmesinde sakınca bulunan halin” somut olayda gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aynı yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilecekse de el koyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hakim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır.

bulunmasını talep etme yetkisi bulunmaktadır.⁴⁴⁹ Amirin yetkili amir olup olmadığı verilen emire göre belirlenmelidir. Çünkü amir genel olarak yetkili iken, verilen emir bakımından böyle bir emri vermeye yetkili olmayabilir. Bu yüzden öncelikle incelenmesi gereken husus amirin ilgili emri vermeye kanuni bir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır.⁴⁵⁰ Örneğin tutuklama kararı sadece hâkim tarafından verilebilir, savcının tutuklama kararı verme yetkisi bulunmamaktadır, bu bakımından savcı tarafından verilen bir tutuklama kararı emri alan memur bakımından bağlayıcı bir emir oluşturmayacaktır.

Emri alan memur, her durumda amirin bu emri vermeye yetkili olup olmadığını araştırmalıdır. Yetkili olmayan amir tarafından verilen emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Dolayısıyla memurun emri yerine getirmesinin hukuka uygun sayılabilmesi açısından verilen emrin mutlaka yetkili amirce verilmesi şarttır.⁴⁵¹

Amirin yetkisi kişi, konu, yer ve zaman bakımından incelenmeli, bu üçü bakımından da yetkili olan amirin emri yerine getirilmelidir.⁴⁵²

Sanık da suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceğinin olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgiler Cumhuriyet Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hakim kararı alınması konusunda girişimde buldukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın hakları ihlal ettiğinden söz edilemez. Bu nedenle sanığın üzerindeki arama işlemi ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 15.03.2005, 15/29, Ünver, Yener/ Hakeri, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2012, s. 433.

⁴⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 296.

⁴⁵⁰ Dönmezer/Erman, s. 92.

⁴⁵¹ Dönmezer/ Erman, s. 92.

⁴⁵² Önder, s.234.

a. Kişi Bakımından Yetki

Kişi yönünden yetki, idari faaliyet içinde hangi makamın irade açıklamaya yetkili olduğunu ifade etmektedir. Amirin kişi bakımından yetkili olması ile kastedilen; kendi görev alanı içine giren bir konuya ilişkin irade açıklamaya, yani o konuya ilişkin olarak emir vermeye yetkili olmasıdır.⁴⁵³

Amirin bir konuda emir verebilmesi, verdiği emrin bir idari işlem olarak geçerli olabilmesi için öncelikle amirin medeni hukuk bakımından ehliyetli olması, yani temyiz kudretine sahip olması gereklidir.⁴⁵⁴ Temyiz kudretine sahip olmayan bir amirin irade açıklaması hukuki işlem sayılamayacağı için verdiği emir de bir idari işlem olmayacak, yok hükmünde sayılacaktır.⁴⁵⁵

Amir idare adına irade açıklamaya, emir vermeye yetkili kılınmış olmalıdır. İdare adına irade açıklamaya hangi mercilerin yetkili kılınmış olduğu ise Kanunla belirlenmektedir.⁴⁵⁶ Her idari merciin emir verme yetkisi olmayıp, emir verme

⁴⁵³ Günday, s. 136.

⁴⁵⁴ Akyılmaz, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri İşığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 105.

⁴⁵⁵ Onar, s. 301, Günday, s. 136.

⁴⁵⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2006/7064, K. 2006/15110, T. 11.10.2006, "Zorla getirme, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılacak yargısal işlemlerin, yerine getirilebilmesi amacıyla yapılan çağrıya uymayan, şüpheli sanık ve tanıkların gerektiğinde zor kullanılarak, yetkili adli makamların önüne çıkarılmasını sağlayan bir tedbirdir. Anılan işlem, kısa süreli de olsa kişilerin özgürlüğünü sınırlayıcı nitelik taşıdığından, hâkim kararının gerekliliği sonucuna ulaşmak isabetli bir değerlendirme olacaktır. 5271 sayılı CMK.nun 146/1 maddesinde, zorla getirme kararı verilmesi nedenleri yönünden tutuklama ve yakalama emri hükümlerine, gönderme yapılmıştır. Aynı yasanın 98. ve 100. maddelerinde belirtilen nedenlerin varlığının saptanması durumunda tutuklama kararı verebilecek ya da yakalama emri düzenleyecek merciin sulh ceza hâkimi olduğu, anılan Yasanın 98/1. ve 101/1. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Zorla getirme kararının da nedenleri yönünden gönderme yapılan işlemleri gerçekleştirecek sulh ceza hâkimi tarafından verilmesi, benzer ceza yargılaması işlemleri arasında uygulama birliği sağlayacaktır. 5271 sayılı CMK.nun 98/1. maddesinde "Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılmayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir..." hükmü yer almaktadır. Aynı Yasanın 146. maddesindeki zorla getirme kararı da anılan Yasanın 98/1. maddesinde yer alan yakalama emri düzenlenmesi işlemi ile aynı niteliktedir. Bu işlemlerden birisini yapmak açısından sulh ceza hâkimi açıkça yetkili kılınmışken diğeri yönünden açık hüküm bulunmadığı gerekçesiyle farklı bir merciin yetkili olduğunu kabul etmek kişilerin özgürlüklerinin anayasal güvence altında olması ilkesine de ters düşecektir. Zira T.C.Anayasasının 19. maddesinde " Herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir." denildikten sonra aynı maddede şekil ve şartları kanunda gösterilen bazı hallerde kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği belirtilmiş ve anılan maddenin başka bir fıkrasında yer alan " Her

yetkisine sahip idari merciler belirli ve sınırlıdır.⁴⁵⁷ Emir sadece kanunen bu yetkiye sahip mercii tarafından verilebilir.⁴⁵⁸

Anayasa m.6/son da “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz.” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre idari tüm yetkilerin kaynağının Kanun olması ve kanuni bu yetkilerin kim tarafından kullanılacağına yine Kanun tarafından belirlenmiş olması gereklidir.⁴⁵⁹ Dolayısıyla emir verme yetkisi hangi amire verilmiş ise emri o amir vermelidir. Ancak bu kuralın istisnaları vardır. İlk istisna vekâlettir. Kamu hizmetlerinin aksamaması için yetkili amirin görevi başında bulunamadığı durumlarda emir verme yetkisi ona vekâlet eden kamu görevlisi tarafından da kullanılabilir. Amire vekâlet iki türlü olabilir. İlkinde yetkili amir hastalık, izin gibi geçici nedenlerle görevi başında değildir, bu durumda

ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla bir yargı merciiine başvurma hakkına sahiptir.” hükmüyle de kişi özgürlüğü, anayasal ve yargısal güvenceye kavuşturulmuştur.

Konu eski ve yeni CMK. larındaki düzenlemeler açısından irdelendiğinde de aynı sonuca ulaşmak olanaklıdır. 1412 sayılı CMK.nun 154/4. maddesi, Cumhuriyet Savcısına olayın sanık ve tanıklarının yapılan işleme ait evrakla birlikte hazır edilmeleri konusunda zabıta kuvvetlerine talimat verme yetkisi tanıdığı, 5271 sayılı CMK.nun Cumhuriyet Savcısının görev ve yetkilerini düzenleyen 161. maddesinde bu tür bir yetkiden bahsedilmemiştir. Kanunda açıkça düzenlenmeyen bir yetkinin kullanılmayacağına kuşku yoktur. Yasa koyucu, Cumhuriyet Savcısına genel olarak vermediği bu yetki açısından istisna oluşturan bir düzenlemeye 5271 sayılı Yasanın 251. maddesinde yer vermiştir. Anılan maddenin 6. fıkrasında “250 nci madde kapsamına giren suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk, soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli veya sanığı, tanığı, bilirkişiyi ve suçtan zarar gören şahsı Ağır Ceza Mahkemesi veya Başkanın, Cumhuriyet Savcısının, mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emirleriyle belirtilen gün ve saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur.” denilmektedir. Bu yasal hüküm de kanunda açıkça öngörülmemen bir yetkinin Cumhuriyet Savcısınca kullanılmayacağı yolundaki görüşü destekler niteliktedir. Bu durumda, çağrıya uymayan şüphelinin, ifadesinin alınabilmesi için Cumhuriyet Savcısının, 5271 sayılı Yasanın 162.maddesi gereğince Sulh Ceza Hâkiminden aynı Yasanın 146. maddesinde belirtilen zorla getirme kararı verilmesini veya anılan Yasanın 98/1 maddesine uygun olarak Sulh Ceza Hâkiminin yakalama emri düzenlemesini istemesi yasal bir uygulama olacaktır. İncelenen dosyada, 5271 sayılı Yasanın 250. maddesinde sayılan suçlardan birisini işlemeyen şüphelinin çağrıya karşın Cumhuriyet Savcılığına gelip ifade vermediği ve bu nedenle Sulh Ceza Hâkiminden zorla getirme kararı istendiği görülmektedir. Yasaya uygun isteğin, Sulh Ceza Hâkimince Cumhuriyet Savcısının bu konuda yetkisi bulunduğu bahisle reddedilmesi hukuka aykırıdır.” Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

⁴⁵⁷ Günday, s. 136.

⁴⁵⁸ Akyılmaz, s. 105.

⁴⁵⁹ Akyılmaz, s. 115.

amirin yetkilerini kullanması için bir vekilin görevlendirilmesi gereklidir. Amirin ölmesi, emekliye ayrılması ya da istifa etmesi gibi nedenlerle görevinden ayrılması halinde de yeni bir görevli ilgili makama atanıncaya kadar boş kalan makama bir vekil atanmaktadır. İlk halde vekâlet sürelidir ve vekil ilgili makam bakımından görevlendirilmektedir. İkinci halde ise vekâletin süresi yeni amir atanana kadar olduğu için belirlenememektedir, vekil ilgili makama görevlendirilmemekte atanmaktadır.⁴⁶⁰ Her iki halde de vekil olan kişi yetkili amir konumundadır, amirin yetkilerini kullanma yetkisine sahiptir ve verdiği emirler yetki bakımından hukuka uygundur.

Diğer bir istisna ise yetki devridir. Bir hukuki işlem olan yetki devri; kanunun açıkça öngördüğü konularda üst kademedeki olan amirin yetkilerinin bir kısmını kendi adına kullanmaları için astına devretmesinden ibarettir. Yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla amir kullanılması münhasıran bir makama değil de bir kamu görevlisine tanınmış olan yetkileri ve devir yasağı olan yetkileri hariç tüm yetkilerini devredebilir.⁴⁶¹ Yetki devri kaldırılmadıkça yetkiyi devreden üst bu yetkiyi kullanamamakta, yetkiyi devralan ast yetkiyi kullanmaktadır. Yetki devri soyuttur ve makama veya memuriyete yapılmaktadır. Yani yetkiyi devralan ast konumundaki kamu görevlisi değişse dahi yeni görevli bu yetkiyi kullanabilmektedir.⁴⁶² Yetki devriyle birlikte normatif olarak belirlenen kişi bakımından yetki kuralları da değişmektedir.⁴⁶³ Kural emir yetkisinin kanun tarafından belirlenen makam tarafından kullanılmasıdır. Bu yetkinin kanunen yetkili makam tarafından başka bir makama devredilmesi yetkiyi veren kanun hükmünün ilgili makam tarafından değiştirilmesi

⁴⁶⁰ Günday, s. 141–142.

⁴⁶¹ Akyılmaz, s. 115.

⁴⁶² Günday, s.140.

⁴⁶³ Akyılmaz, s. 115.

anlamına gelmektedir. Bu nedenle yetki devri istisnaidir ve ancak kanun tarafından açıkça öngörülmüş ise ve yine sadece belirli işlemler bakımından yapılabilir.⁴⁶⁴ Şayet emretme yetkisi bir makamdan başka bir makama devredilmiş ise; artık yetkili merci bu yetkiyi devralan makamdır, devreden makamın verdiği emirler yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırıdır. Yetkiyi devralan merci artık kendi nam ve sorumluluğu çerçevesinde hareket etmekte, sorumluluğu kendisi devralmaktadır, verdiği emirler de kendi hiyerarşik seviyesine göre değerlendirilmektedir.⁴⁶⁵

İmza devri ise karar alma yetkisinin değil sadece bu kararın imza ile belgelendirilme yetkisinin başka bir makama devredilmesidir. Yetki sahibi makam emir yetkisini kendisinde tutmakla birlikte imza yetkisini başka bir makama devretmektedir. İmza devri kişisel ve somuttur, belli bir kamu görevlisine yapılmaktadır. İmza yetkisinin devredildiği kamu görevlisi görevinden ayrılmış ise imza yetkisi de sonlanmış, yerine gelen kamu görevlisinin imza yetkisi yoktur.⁴⁶⁶ Emrin yerine getirilmesi bakımından önemli olan husus imza devri halinde de yetkili merciin karar alma yetkisine sahip olan ve imza yetkisini devreden makam olduğudur. İmza yetkisi devredilen makam karar alma yetkisine sahip olmadığı için emir veremez, bu makam tarafından verilen emirler de yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırıdır. Yani imza devriyle beraber yetki kurallarını düzenleyen normatif düzende bir değişiklik olmamakta, sorumluluk devreden de kalmaktadır.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Günday, s. 140.

⁴⁶⁵ Akyılmaz, s. 118.

⁴⁶⁶ Günday, s. 141.

⁴⁶⁷ Akyılmaz, s. 119.

b. Konu Bakımından Yetki

Konu bakımından yetki belli konulara ilişkin idari işlemlerin hangi makam tarafından gerçekleştirileceğini ifade etmektedir. Amirin yetkili olması için, emir verdiği konuya ilişkin emir verebilme yetkisinin olması gerekir.

Her idari kuruluş sadece Kanunla kendisine tanınan faaliyet alanlarında hizmet gösterebilir, idari kuruluşların görev alanları Kanunla belirlenmiştir. Çünkü hukuk devleti ilkesi idarenin yetkilerinin kapsamının belirlenmesini gerektirmektedir.⁴⁶⁸ Bir amir her konuda emir veremez, amirin emretme yetkisine dâhil olan konular önceden belirlenmiştir, idarede idari işlem yapma yetkisi işbölümü esaslarına göre kullanılmaktadır.⁴⁶⁹

Konu bakımından yetkisizlik sorunu ayrı hiyerarşik düzen içinde bulunan makamlar arasında ortaya çıkabileceği aynı hiyerarşik düzen içindeki makamlar bakımından da ortaya çıkabilir. Örneğin bir bakanlıktaki amirin diğer bir bakanlıktaki memura emir vermesi halinde konu bakımından yetkisizlik söz konusudur.⁴⁷⁰ Aynı hiyerarşik düzen içerisinde ise astın üst yerine veya üstün ast yerine işlem yapması halinde yetkisizlik sorunu ortaya çıkmaktadır. Alt kademedeki bir idari makamın üst kademedeki bir idari makamın görev alanına giren konuda emir vermesi halinde ilgili emir konu bakımından yetkisiz amir tarafından verildiği için hukuka aykırıdır.⁴⁷¹ Örneğin valinin emir vermesi gereken bir konuya ilişkin kaymakam emir vermiş ise, bu emir yetkisizlik dolayısıyla hukuka aykırıdır.⁴⁷² Hiyerarşi ilişkisi üstün ast üstünde bir takım yetkilerinin olmasını sağlamaktadır.⁴⁷³ Üst kademedeki bir idari makam alt

⁴⁶⁸ Akyılmaz, s. 108.

⁴⁶⁹ Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.117.

⁴⁷⁰ Günday, s. 136.

⁴⁷¹ Akyılmaz, s. 109.

⁴⁷² Günday, s.137.

⁴⁷³ Akyılmaz, s. 109.

kademedeki bir idari makama emir ve talimat verebilir, alt kademedeki makama emir vermek suretiyle onun kendi iradesi doğrultusunda işlem yapmasını sağlayabilir. Ancak üst kademedeki makam alt kademedeki makamın yerine geçerek, onun görev alanına giren bir konuda emir veremez, yani alt kademedeki makama ait bir yetkiyi doğrudan kullanamaz.⁴⁷⁴ Üst makamın, alt makamın yerine geçerek emir vermesi halinde de bu işlem yetkisizlik dolayısıyla hukuka aykırı olur. Açık bir kanuni yetki olmaksızın astın üst yerine veya üstün ast yerine emir vermesi konu yönünden yetkisizliğe, dolayısıyla emrin yetkisizlik yönünden hukuka aykırılığına yol açmaktadır.⁴⁷⁵

Aynı idari kuruluşun organları bakımından da yetkisizlik ortaya çıkabilir. Organlardan birinin görev alanına giren bir konuda, diğer organ emir verir ise bu emir yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırıdır.⁴⁷⁶

c. Yer Bakımından Yetki

Konu bakımından yetkili olan idari mercilerin bu yetkiyi kullanabilecekleri coğrafi alan yer bakımından yetkiyi ifade etmektedir.⁴⁷⁷

İdari mercilerden bazılarının yetkileri ülke genelindedir, yani bu makamlar tüm ülke için geçerli olacak şekilde emir verebilirler. Bazı idari mercilerin emir verme yetkileri ise belli bir coğrafi alanla sınırlıdır. Örneğin merkezi idarenin taşra teşkilatının başında bulunan amirlerin yetkisi makamlarının bulunduğu idari bölümler

⁴⁷⁴ Günday, s.137.

⁴⁷⁵ Akyılmaz, s. 109.

⁴⁷⁶ Günday, s.137.

⁴⁷⁷ Akyılmaz, s. 111.

bakımındandır. Bu coğrafi alan dışında emir vermeleri halinde, emir yer bakımından yetkisizlik nedeniyle hukuka aykırıdır.⁴⁷⁸

d. Zaman Bakımından Yetki

Zaman bakımından yetki konu yönünden yetkili olan idari makamların bu yetkiyi kullanabilecekleri süreyi ifade etmektedir.⁴⁷⁹

Bir idari makamda bulunan amirin idare adına emir verebilme yetkisi amirin görevde kaldığı süre için geçerlidir. Amir idari makamı işgal etmeye başlamadan önce ya da bu idari makamdan ayrıldıktan sonra emretme yetkisini kullanamaz.⁴⁸⁰ Amirin yetkisini kullanarak emir verebilmesi için öncelikle atama işleminin tamamlanmış ve ilgili göreve başlamış olması gereklidir. Sadece ataması tamamlanmış ve göreve başlamış olan amirin emir verme yetkisi bulunmaktadır. Bu iki şarttan birisi eksik ise, örneğin amirin atama işlemi tamamlanmamış ancak göreve başlamış ise ya da atama işlemi tamamlanmış olmasına rağmen göreve başlamamış ise amirin verdiği emir zaman bakımından yetkisizlik dolayısıyla hukuka aykırıdır.⁴⁸¹

Amirin izinli bulunduğu sürede de emir veremez, bu sürede verilen emir bakımından da amir zaman bakımından yetkisizdir.⁴⁸²

Bir kamu görevlisi olan amirler, görev sürelerinin bitmesi, emekliye ayrılmaları ya da istifa etmeleri gibi nedenlerle görevden ayrılabilirler. Görevinden ayrılmış olan amirin kural olarak yetkileri sona ermiştir ve emir verememektedir. Ancak idarede süreklilik ilkesi hâkimdir. İdari faaliyetlerin aksamaması için

⁴⁷⁸ Günday, s.137.

⁴⁷⁹ Günday, s. 138.

⁴⁸⁰ Akyılmaz, s. 112-113.

⁴⁸¹ Günday, s. 138.

⁴⁸² Günday, s. 138.

görevinden ayrılan amirin yerine yenisi gelene kadar amir yetkilerini kullanmaya devam eder ve verdiği emirler bakımından yetkisiz sayılmaz. Ancak görevinden ayrılan amirin yerine geçebilecek bir vekilin ya da başka bir kamu görevlisinin bulunması halinde artık yetkilerini kullanması mümkün değildir.⁴⁸³

B. Emrin Yasalara Uygun Olması

Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin şartlarından birisi de emrin meşru, yani hukuka uygun olmasıdır. Emrin hukuka uygun olması koşulu açıkça TCK m.24 de gösterilmemiştir. Ancak TCK m.24/4 de “emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağı” belirtilmesi emrin yasalara uygun olması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.⁴⁸⁴

Emir Kanunda gösterilen şekil ve içeriğe uygun olarak verilmelidir. Yani emir hem şekil hem de içerik bakımından hukuka uygun olmalıdır.⁴⁸⁵

⁴⁸³ Günday, s. 138.

⁴⁸⁴ Centel/Zafer/Çakmut, s. 297.

⁴⁸⁵ Dönmezer/Erman, s. 95, Centel/Zafer/Çakmut, s. 297.

a. Emrin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu

Emrin şekil yönünden hukuka uygunluğu Kanunda gösterilen şekil kurallarına uygun olmasıdır.⁴⁸⁶ Örneğin yazılı olarak verilmesi gereken bir emrin sözlü olarak verilmesi halinde şekil bakımından aykırılık söz konusudur.⁴⁸⁷

Emrin yerine getirilebilmesi için kesin olması gereklidir. Kesin bir emir ise yazılı, imzalı ve gerekiyor ise mühürlü bir emirdir. Kesin olmayan, kanunun aradığı, şeklen gerekli şartları taşımayan bir emre memurun itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Memur böyle bir emri yerine getirmemelidir.⁴⁸⁸ Örneğin gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin emir CMK m. 91/3 e göre mutlaka yazılı olmak zorundadır.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Yargıtay CGK, E. 2005/10-15, K. 2005/29, T. 15.3.2005 “Öncelikle; yukarıda ayrıntıları ile belirtildiği gibi arama kararı ya da emri yazılı olmalıdır. Oysa sanığın üzeri Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile aranmıştır. PVSK.nun 2. maddesinde belirtilen haller dışında (VIII bent hariç) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasanın 20. maddesinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra "arama" ve "el koyma" tedbirlerinde "yazılılık" temel ilke olarak kabul edilmiştir. Sözü geçen hükmün eski ve yeni düzenlemesi karşılaştırıldığında ilke, belirgin bir şekilde açığa çıkmaktadır: Maddenin eski düzenlemesinde "kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin, üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz" denilmiştir. Maddenin yeni düzenlemesi ise, "... Kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, ... veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz..." şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Görüldüğü gibi; arama kararı verme yetkisi yönünden her iki hükümde de benzerlik olup, yetki "hakime" verilmiştir. Oysa "gecikmesinde sakınca bulunan" hallere ilişkin olarak "arama emri" verme yetkisi eski hükümde "kanunla yetkili kılınan merciin emri" şeklinde belirtilmiş iken, değişiklikten sonra "kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri" şekline dönüştürülmüştür. Nitekim Anayasanın belirlediği bu ilkelere uygun şekilde değiştirilen PVSK.nun 9. maddesinde Anayasanın 200. maddesi adeta aynen tekrar edilerek, polisin "... kamu düzeninin, genel sağlık, ... veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması... amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle; ... kişilerin üstlerini, araçlarını, ... ve eşyasını..." arayabileceği belirtilmiştir. Öncelikle; yukarıda ayrıntıları ile belirtildiği gibi arama kararı ya da emri yazılı olmalıdır. Oysa sanığın üzeri Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile aranmıştır. PVSK.nun 2. maddesinde belirtilen haller dışında (VIII bent hariç) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmamaktadır.” Kazancı Hukuk Otomasyon Programı

⁴⁸⁷ Dönmezer/Erman, s. 95.

⁴⁸⁸ Günel, s. 94.

⁴⁸⁹ Bkz. CMK. 91/3:” 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.”

Kanun genellikler emirler bakımından yazılı şekil şartını arasa da bazen sözlü emirlerin de yerine getirilmesini düzenleyebilir. Böyle durumlarda yazılı emir ile sözlü emir arasında fark bulunmayıp, memurun sözlü emri yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. PVSK m.2/2 bu tür emirlere örnek olup, Kanun bu tür emirlerin derhal yerine getirilmesini kabul etmiştir.

Kesin emrin yazılı olması gerekmektedir birlikte, Kanunun emrin yazılı olması gerektiğini ayrıca belirtmediği hallerde emir sözlü de olabilir, yine yazılı olması gerekli olmakla birlikte acele ve gecikmesinde sakınca olan hallerde emrin sözlü olmasına izin verildiği haller de olabilir. Örneğin CMK m. 161/3e göre Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir.

Kimi emirler bakımından resmi gazetede ilan şartı bulunmaktadır. Resmi Gazete'nin Sureti Neşir ve Muameleatının Tarzı İcrasına Dair Yönetmelik m.2 ye göre tüzükler, yönetmelikler, kararnameler resmi gazetede yayınlanmak zorundadır. Ancak 3011 sayılı Kanuna göre sadece Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin; işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenleyen, kamu personeline ait genel hükümleri kapsayan, kamuyu ilgilendiren yönetmelikler Resmi Gazetede yayımlanır. Milli emniyet ve milli güvenlikle ilgili olan ve gizlilik derecesi taşıyan yönetmelikler ise Resmi Gazetede yayımlanmaz. Resmi Gazetede yayımlanması gerekli emirler bakımından ilan bir şekil şartıdır. Henüz Resmi Gazetede yayımlanmamış bir emre memurun itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak kimi emirler bakımında Resmi Gazetede ilanın yerine başka vasıtalarla emrin ilanı kabul edilmiş olabilir. Örneğin 3011 Sayılı Kanununun 2. maddesine göre mahalli idarelerce düzenlenen ve bu idarelerin yetki ve görev alanlarına giren yönetmelikler, mahallinde çıkan gazete veya diğer yayın yolları ile ilan olunur. Bir emrin resmi gazete dışında

yayın organlarıyla ilanı kabul edilmişse artık resmi gazete ilanını beklemeye gerek yoktur, belirtilen şekilde ilan edilmesi emrin yerine getirilmesi için yeterlidir.⁴⁹⁰

Emir bakımından yazılılık şartı dışında şekil şartları da aranmış ise emir tüm şartlara uygun olarak verilmelidir. Aksi takdirde emir yerine getirilmemelidir. Çünkü tüm şekil şartlarına uygun olmayan bir emir yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir değildir. Ancak kanun emrin şekil bakımından eksik olsa dahi yerine getirilmesini emretmiş ise artık memurun bu emre itaat yükümlülüğü bulunmaktadır.⁴⁹¹

b. Emrin İçerik Yönünden Hukuka Uygunluğu

Hukuka uygun emir şekil ve içerik bakımından hukuka uygun olan emirdir. İçerik bakımından aykırılık emrin kanunun belirttiği sebep ve konuya uygun olmamasıdır.⁴⁹² Kanunda düzenlenmiş olan bir yetki emirde somut hale gelmektedir. Bu nedenle emir kanunda belirtilen şartları taşımak zorundadır. Hukuka uygun olan bir emir Anayasa 125e göre yönetmelik, tüzük⁴⁹³, kanun ve Anayasa hükümlerine uygun olmalıdır. Aksi takdirde bu emir yerine getirilmemelidir.

Emrin içerik yönünden hukuka aykırı olması emrin suç teşkil etmesi ya da emrin konusunun suç teşkil etmemekle birlikte maddi koşullara uygun olmamasıdır.⁴⁹⁴ Konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilmez. Ancak memur emrin içeriğinin suç teşkil etmemekle birlikte hukuka aykırı olduğunu düşünüyor ise emri

⁴⁹⁰ Günal, s. 94.

⁴⁹¹ Günal, s. 96.

⁴⁹² Dönmezer/Erman, s. 95.

⁴⁹³ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.Maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁴⁹⁴ Zafer, s. 354.

verene bu durumu bildirmelidir. Emri veren emrinde ısrar eder ve emri yazı ile yinelerse artık memur hukuka aykırı olduğunu düşündüğü emri yerine getirmek zorundadır. Bu durumda memur içerik yönünden hukuka aykırı bir emri yerine getirmiş olmaktadır, ancak emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. Memurun emri yerine getirme fiili aslında bir suç oluştursa dahi emri yerine getiren memur bu suçtan dolayı sorumlu olmaz, sorumluluk emri veren amire aittir. Çünkü Anayasanın 125. maddesi memura emri yerine getirmesini emretmektedir. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken nokta hukuka uygun sayılanın sadece memurun emri yerine getirme fiili olduğudur, yoksa emir hukuka aykırılığını devam ettirmektedir, emrin yerine getirilmesi emri hukuka uygun hale getirmemektedir.⁴⁹⁵

Emir yetkili bir amirden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olmasına rağmen içerik yönünden hukuka aykırı olabilir. Ancak konusu suç teşkil etmekte ise bu emir memur bakımından yerine getirilmesi görev gereği zorunlu emir değildir. Bir hukuk devletinde hiçbir merci ya da makama suç işleme emri verme yetkisi tanınmamıştır, bu nedenle kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi hiçbir zaman hukuki bir işlem olan emrin konusu yapılamaz. Aksi takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olur. Anayasanın 125. maddesi ve TCK m. 24/3 suç teşkil eden emrin yerine getirilmesini kesin bir biçimde yasaklamaktadır.

C. Emrin Yerine Getirilmesinin Görev Gereği Zorunlu Olması

TCK m. 24/2 de “yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir” den bahsedilmektedir. Görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emir tüm şekil şartlarına uymalıdır. Öncelikle kamu hukukundan kaynaklanan, hiyerarşik ilişki gereği

⁴⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 216.

itaat yükümlülüğünün gerektiği bir emir olmalıdır. Bu emir kanunun aradığı tüm şekil şartlarına uygun olmalıdır. Yazıllık şartının arandığı emirlerin yazılı, imzalı ve gerekiyor ise mühürlü olması bir şekil şartıdır.⁴⁹⁶ Şekil şartlarını taşımayan emirler hukuka uygun emirler olmadıkları için memur bu emirlere itaat etmemelidir. Yerine getirilmesi görev gereği zorunlu emir ancak memurun ilgili emri yerine getirmeye yetkili olması halinde söz konusu olur. Örneğin usulüne uygun olarak verilmiş olan arama kararı⁴⁹⁷ kolluk görevlileri tarafından yerine getirilir, eğer arama kararını kolluk görevlisi değil de mahkemenin yazı işleri memuru yerine getirirse artık yazı işleri memuru bakımından emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemeyecek, aramayı yapan memurun konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.⁴⁹⁸ Memurun verilen emri yerine getirmeye yetkili olup olmadığı memurun yetkisini belirleyen kurallara ve verilen emrin niteliğine göre belirlenir.⁴⁹⁹Eğer verilen emir memurun yetkisi kapsamında ise artık emrin yerine getirilmesi memurun görevidir. Memur verilen emrin yetkisi kapsamında olup olmadığını araştırmalıdır. Eğer memur verilen emrin kendi yetkisine girip girmediğini araştırmaksızın, kendi görevi alanına girmeyen bir emri yerine getirmiş

⁴⁹⁶ Demirbaş, s. 271.

⁴⁹⁷ Arama kararı yetkisi için bkz. Keskin Kızıroğlu, s.151-154.

⁴⁹⁸ Yüce, s. 274.

⁴⁹⁹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005 ve 10–15/29 Sayılı Kararı “Sanığın üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle kuşku uyandırması nedeniyle delillerin yok edilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CMUK’nun 97. Maddesinde belirtilen gecikmesinde sakınca bulunan halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan aynı yasa maddesi uyarınca emniyet amiri vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı verilmesi gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, el koyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hâkim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri C. Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hâkim kararı alınması için girişimde buldukları, bu surette hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez.” İçel, s. 304-305.

ise artık emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Ancak kendi yetki alanına girdiğini sandığı ancak aslında görevi içinde olmayan bir emri yerine getirmiş ise artık sorun hata hükümlerine göre çözülecektir.⁵⁰⁰

“Yerine getirilmesi görev gereği zorunlu emir” şartı konusu suç teşkil eden emirler bakımından da önemlidir. Konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği Anayasal bir ilkedir ve TCK, DMK gibi çeşitli Kanunlarda da ilkeye yer verilmiştir. Bununla birlikte suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde memurun ilgili hukuka uygunluk nedeninden faydalanması her halde olanaksızdır. Çünkü Kanunun suç saydığı bir emir yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir değildir. Memur suç teşkil eden emri yerine getirdiği takdirde, bu emir yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir olmadığı için, yani şartları oluşmadığı için emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz.⁵⁰¹ Ancak memur emrin kendi görev alanına girdiğine ilişkin kusursuz bir biçimde yanılarak emri yerine getirirse hatasından yararlanır.⁵⁰²

Yetkili bir amir tarafından, emri yerine getirmesi görevi gereği zorunlu olan memura verilen emir aynı zamanda kanunun gerektirdiği biçim ve içerik şartlarına uygun olmalıdır. TCK m. 24/2 de bu şarttan açıkça söz edilmemiştir. 765 S. Türk Ceza Kanununun 49. maddesinin son fıkrasında “merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hâsıl olan cürme mürettip ceza emri veren amire hükmolunur” hükmü yer almaktaydı. 5237 S. Türk Ceza Kanunu m.24/3e göre ise “konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine

⁵⁰⁰ Dönmezer/Erman, s. 92–93.

⁵⁰¹ Taner, s. 399.

⁵⁰² Alacakaptan, s. 104.

getiren ile emri veren sorumlu olur” denilmektedir. Kanunda artık kanuna aykırı emirden değil konusu suç teşkil eden emirden söz edilmektedir. Kanun tersten okunduğunda emrin konusunun suç teşkil etmemesi esastır. Ancak buradan emrin biçim ve içerik açısından hukuka aykırı olabileceği sonucu çıkarılmamalıdır. Zaten Anayasa m. 137/1de de “kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük⁵⁰³, 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.” hükmü yer almaktadır. Yani emir hukuka uygun olmalıdır, aksi takdirde emri verenin cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Yönetmelik, tüzük⁵⁰⁴, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı olan bir emir hukuka aykırıdır. Böyle bir emiri memur derhal yerine getirmemeli, hukuka aykırılığı amire bildirmelidir. Emirlerin geciktirilmeksizin yerine getirilmesi gereği memuru otomatik hareket eden bir alete indirgememektedir. Memur emrin hukuka uygunluğunu anayasal esaslara uygun olmak suretiyle denetleyebilmektedir.⁵⁰⁵

Kanunsuz emir düzenlemesi ilk kez 1961 Anayasası'nın 125. maddesinde yer almıştır. 1924 Anayasasında ise kanunsuz emir düzenlenmemiş, sadece 94. maddede kanuna aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmanın memuru sorumdan kurtarmayacağı

⁵⁰³ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁵⁰⁴ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁵⁰⁵ İçel, s. 305.

belirtilmişti. 1.3.1926 tarihli 765 Sayılı Kanunun 49. maddesinde ise yetkili merci tarafından verilen emrin kanuna aykırı olması halinde sorumluluğun emri veren amire ait olacağı düzenlenmişti. 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde 765 Sayılı Kanunun 49. maddesi ile Anayasanın 94. maddesinin çelişmekte olduğu ileri sürülmekteydi.⁵⁰⁶ Bu sorunu çözmek için doktrinde özellikle “emrin yetkili merci tarafından verilmesi” ve “emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması” şartları üzerinde durulmuş ve konusu suç teşkil eden bir emrin zaten yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir oluşturamayacağı ve bu emri yerine getirdiği takdirde memurun sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmiştir.⁵⁰⁷ Yani konusu suç teşkil eden emirler bakımından aslında anayasal bir yasak olduğu ve bu tür emirler yerine getirildiği takdirde 24 Anayasasının 94. Maddesine göre memurun sorumluluktan kurtulamayacağı, hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirler bakımından ise 765 S. TCK’nın 49. Maddesi gereği sadece emri veren amirin sorumlu olacağı belirtilmiştir.⁵⁰⁸ Bu bağlamda verilen iki örnek dikkat çekicidir. Konusu suç teşkil eden emirlere örnek olarak kaymakamın kolluk görevlisine bir şahsı döverek getirmesine ilişkin emir vermesi verilmiştir. Kaymakam böyle bir emir vermeye yetkili olmadığı gibi kolluk görevlisi de bu emri yerine getirmeye görevi gereği zorunlu değildir. Yani bu emrin yerine getirilmesinden hem emri veren kaymakam hem de emri yerine getiren kolluk görevlisi sorumlu olacaktır.⁵⁰⁹ Yetkili hâkimin tutuklama kararı vermesi ve bu emri yerine getirmesi için kolluk görevlisine iletmesi, kolluk görevlisinin ilgili kişiyi tutuklaması ancak tutuklama kararının hukuka aykırı olması halinde ise, örneğin tutuklama şartları gerçekleşmemişse sadece emri veren hâkim sorumlu olacaktır.

⁵⁰⁶ Taner, s. 397.

⁵⁰⁷ Taner, s. 398.

⁵⁰⁸ Taner, s. 398.

⁵⁰⁹ Taner, s. 398.

Çünkü kolluk görevlisi yetkili bir merciden verilmiş olan ve görevi gereği yerine getirmek zorunda olduğu bu emrin hukuka uygunluğunu inceleyemez. Ancak tutuklama kararı açıkça suç oluşturuyorsa örneğin hâkim kişisel nedenlerle husumeti olan bir kimsenin tutuklanıp tutukevine götürülmesini kolluk görevlisinden istemekte ise kolluk görevlisi bu emri yerine getirmemelidir.⁵¹⁰ Konusu suç olan bir emir zaten yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir olmadığı gibi, amirin de böyle bir emri vermeye yetkisi yoktur. Bununla birlikte o dönemde yürürlükte olan 18 Mart 1926 tarihli ve 788 Sayılı Memurun Kanunu'nun 40. Maddesinde “Memur emir ve talimatname ve nizamname ve kanun hükümlerine mugayır olarak herhangi bir makam veya amirinden bir emir telakki edince onun ahkama mugayeretini kendi amirine bildirir. Amiri ısrar ederse memur bütün mesuliyeti kendi amirine ait ve münhasır olduğunu tahriren bildirerek o emri infaz eder. Bu misillu emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevaddan bulunmaması lazımdır. Aksi takdirde bu emri katiyyen infaz etmez ve daha yüksek makama keyfiyeti bildirmeye mecburdur.” hükmü yer almaktadır. Hükümde memurun hukuka aykırı bulduğu emirleri amirine bildireceği, amirin ısrar etmesi halinde ise bütün sorumluluğun amire ait olduğunu yazı ile bildirerek emri yerine getireceği düzenlenmiştir. Suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği ve memurun durumu daha yüksek makama bildirmesinin zorunlu olduğu da hükümde belirtilmiştir.

Konusu suç oluşturan bir emre memurun itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Böyle bir emir bakımından amirin yetkili olup olmadığının ya da emrin memur bakımından görevi gereği yerine getirilmesi zorunlu emir olup olmadığının incelenmesine gerek yoktur. Emrin konusunun suç oluşturmaması emrin yerine

⁵¹⁰ Taner, s. 398.

getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından ayrıca ve bağımsız olarak getirilmiş bir şarttır. Yetkili bir amir tarafından verilmiş olsa ve memurun görevi alanına girse dahi konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir, aksi takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olacaktır.

İdarenin fonksiyonunu yerine getirebilmesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kargaşa çıkmaması için memurun amirin emirlerini geciktirmeksizin yerine getirmesi esastır.⁵¹¹ Ancak itaat yükümlülüğü memura körü körüne itaat zorunluluğunu yüklemeyiz, memur idari mekanizmanın iradesiz bir aleti değildir.⁵¹² Memur sadece emri yerine getiren kişi olmayıp, memurun sadece pasif bir biçimde emre itaat etmesi gerektiğini belirtmek, memuru iradesiz bir otomat konumuna sürüklemektir. Oysa memur idarenin işleyişine iradi, bilinçli bir biçimde katılmaktadır.⁵¹³ Memura emrin hukukilik denetimini yapabilmesinin Anayasada düzenlenmesi de bunu açıkça göstermektedir. Aksini kabul hukuk devleti ilkesi ile çelişmek olur. Memurun statüsünü belirleyen hukuk kurallarıdır, hiyerarşik bir ilişki içinde olması memuru iradesiz yapmaz.⁵¹⁴ Emir vermeye yetkili merciler de emri yerine getiren memurlar da hukuk kurallarıyla bağlıdır. Yani hem emir verilirken hem de emir yerine getirilirken sınır kanundur. Memur amirine ne mutlak surette itaat etmekle ne de mutlak surette itaat etmemekle yükümlüdür. Emir suç teşkil etmekte ise bu emir bakımından itaat yükümlülüğü yoktur. Hukuka aykırı bir emir söz konusu ise hukuka aykırılığı amirine bildirdiğinde amir emri yazı ile yinelediği takdirde sorumluluk amire ait olmak üzere emre itaat etmekle yükümlüdür.⁵¹⁵

⁵¹¹ Önder, s. 234.

⁵¹² Önder, s. 234.

⁵¹³ Erem, s. 563.

⁵¹⁴ İçel, s. 304.

⁵¹⁵ Taner, s. 400.

II) EMRİ YERİNE GETİRENİN EMRİN HUKUKA UYGUNLUĞUNU ARAŞTIRMA YETKİSİ

1. Emri Uygulayanın Hukukilik Denetimi Yapabilmesine İlişkin Teoriler

A. Mutlak İtaat Teorisi

Mutlak ya da pasif itaat teorisi emri uygulayanın emri verene her zaman itaat zorunluluğu olduğunu kabul etmekte ve emrin emri uygulayan tarafından denetlenmesini reddetmektedir. Teorinin çıkış noktası mutlak monarşilerde tüm yasal düzenlemelerin aslında imparatorun iradesi olması, bu iradenin hiyerarşik yapılanma sayesinde daha alt kademelere de yansması, dolayısıyla emre itaatsizliğin bu iradeye itaatsizlik sayılmasıdır. Devlet hiyerarşiyi, hiyerarşi ise itaati zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle verilen her emir sorgulanmadan yerine getirilmelidir. Mutlak itaat teorisi emir karşısında memuru pasif bir konuma sürüklemektedir, verilen emir hukuka uygunluğu ya da hukuka aykırılığı önem taşımaksızın her durumda memur tarafından yerine getirilmek zorundadır. Konusu suç teşkil eden emirler dahi istisna değildir. Ancak emrin yerine getirilmesinden memur değil emri veren amir sorumludur, memurun itaat yükümlülüğü mutlak⁵¹⁶ Memurun amirin emrini incelemek ve tartışmak gibi bir yetkisi söz konusu değildir.⁵¹⁷

B. Şekli Denetim Teorisi

Şekli denetim teorisine göre memur emri verenin yetkili olup olmadığını, kendisinin bu emri görevi gereği yerine getirmeye zorunlu olup olmadığını ve emrin gereken şekli şartlara uygun olup olmadığını denetleme yetkisine sahiptir. Yetkili amir tarafından verilmeyen, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olmayan ve aranan şekli şartlarına uyulmayarak verilen emre memurun itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır, böyle bir emir yerine getirilmemelidir. Ancak şekli tüm şartlara uyan bir emir içeriği

⁵¹⁶ Günal, s. 101.

⁵¹⁷ Taner, s. 397.

denetlenmeksizin yerine getirilmelidir. Emrin yerine getirilmesi için önemli olan amirin yetkili amir olması, yetkisi dâhilinde bir konuya ilişkin emir vermesi ve memurun böyle bir emri yerine getirmeye yetkili olmasıdır. Bu şartlar oluştuğu takdirde, içeriğini denetlenmeksizin emri yerine getiren memur cezai sorumluluktan kurtulacaktır.⁵¹⁸

C. Maddi Denetim Teorisi

Maddi denetim teorisine göre emri uygulayacak olan memur emrin hem şekli hem de maddi açıdan hukuka uygunluğunu denetlemek zorundadır. Memur görevini hukuka uygun bir biçimde yerine getirilmelidir. Bu nedenle kendisine verilen emir içerik olarak hukuka aykırı ise emri yerine getirmemelidir. Aksi takdirde emrin yerine getirilmesinden emri veren amirle birlikte sorumlu olacaktır.⁵¹⁹ Memur amirin emrini mutlak bir itaatle yerine getirmek yükümlülüğü altında değildir, emir hukuka uygun ise memur tarafından yerine getirilir, hukuka aykırı ise getirilmez.⁵²⁰

D. İtiraz Teorisi

İtiraz teorisine göre memur kendisine verilen emrin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa bunu amirine bildirmelidir, amir emri tekrar eder ve yazı ile yinelerse emri yerine getirmelidir. Emrin hukuka aykırılığı olduğunu düşündüğü takdirde bunu amirine bildirmek memurun görevidir ve bildirdiği takdirde görevini yerine getirmiş olur. Hukuka aykırılığı şüphesiyle emrine itiraz edildiğinde amir emrini inceleyecek ve emrini yinelerken daha dikkatli olacaktır. Amirin emrini yinelemesi aynı zamanda

⁵¹⁸ Günal, s. 104.

⁵¹⁹ Dönmezer/Erman, c.II, s. 95, Günal, s. 104.

⁵²⁰ Taner, s. 397.

emrinin hukuka uygun olduğunu teyit etmesidir. Teoriye göre emrin konusu suç teşkil etse dahi amir emri yazılı olarak yinelerse memur emri yerine getirmek zorundadır.⁵²¹

E. Emrin Denetimi Bakımından Memurlar Arasında Ayrım Yapan Teori

Emrin denetimi bakımından memurlar arasında ayrım yapan teoriye göre memurlar pozisyon olarak ya karar verirler ya da uygularlar. Buna göre memur karar veren konumunda ise emri hem şekli hem maddi açıdan denetleme yetkisine sahiptir. Ancak memur uygulayan konumunda ise emri sadece şekli olarak denetleyebilir. Karar veren memurlar zaten emir verebilme ve karar alma yetkisine sahip oldukları için kendilerine verilen emrin de içerik olarak hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkileri bulunmaktadır. Uygulayan pozisyonundaki memurların ise böyle bir yetkisi yoktur, denetleme yetkileri sadece şekli bakımdandır, şekli bakımdan hukuka aykırı olan bir emir uygulayıcı memurlar yerine getirmemelidir.⁵²²

F. Hâkime Takdir Hakkı Tanıyan Teori

Yargıca takdir hakkı tanıyan teoriye göre memurun emre itaat yükümlülüğü bulunup bulunmadığını takdir hakkı hâkime aittir. Hâkim emri veren amirin yetkili olup olmadığını ve emrin gerekli şartları taşıyıp taşımadığını inceleyecek ve memurun itaat yükümlülüğünden hareketle sorumluluğunu tespit edecektir.⁵²³

G. Hukuka Açıkça Aykırı Olan Emre İtaat Edilmemesini İleri Süren Teori

Teori emirler arasında açıkça hukuka aykırı olan emir ve açıkça hukuka aykırı olmayan emir ayrımı yapmaktadır. Buna göre hukuka açıkça aykırı olan emri yerine getirenin cezai sorumluluğu bulunurken, hukuka aykırılığı açık olmayan emirleri yerine getiren kişi emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden

⁵²¹ Günal, s. 108.

⁵²² Günal, s. 108.

⁵²³ Günal, s. 110.

yararlanacaktır.⁵²⁴ Hukuka açıkça aykırı olan emir bakımından memurun itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁵²⁵

H. Değerlendirme ve Görüşümüz

Mutlak itaat yükümlülüğü hukuk devleti ilkesini kabul eden modern bir devlet sisteminde kabul edilemez. Çünkü emri uygulayan memur idarenin kör bir aleti, iradesiz bir ajanı değildir. Bir insan olan memurun bir araç, bir nesne seviyesine indirgenmesi olanaksızdır. Bu bakımdan şekli denetimi de reddeden ve suç teşkil eden emirlerin dahi mutlak biçimde yerine getirilmesi gereğini ileri süren mutlak itaat yükümlülüğü teorisine katılmak mümkün değildir. Zaten teori modern ceza hukukunun ilkeleriyle de çelişmektedir. Şekli denetim teorisinin kabul edilmesi konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi sonucunu doğurabileceği için tehlikelidir. Böyle bir durumda emri yerine getiren memur şekli denetimi yapmış ise teoriye göre sorumluluktan dahi kurtulabilecektir. Maddi denetim teorisi ise mutlak bir biçimde uygulandığında idarenin kimi hizmetlerinin yürütülmesi bakımından sorun ortaya çıkabilir. Bizce memur emrin hem şekli hem de maddi hukukilik denetimini yapabilmelidir. Emri içerik olarak hukuka aykırı olduğunu düşünen memur bu hukuka aykırılığı emri veren amirine bildirmeli, amir emrinde ısrar eder ve emrini yazı ile yinelerse emri yerine getirmelidir. Ancak bu sadece hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından geçerlidir. Konusu suç teşkil eden emirler hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir. Yani biz memurun hukukilik denetimi yapabilmesine ilişkin teorilerden şekli denetimi, maddi denetimi ve itiraz teorisini içeren karma bir görüşe katılıyoruz.

⁵²⁴ Günal, s. 110.

⁵²⁵ Taner, s. 397.

Sert bir hiyerarşiye sahip asker kişiler bakımından verilen emrin içerik yönünden hukuka uygunluk denetimini yapmak yasaklanmıştır. Bu nedenle asker kişiler bakımından şekli denetim teorisi benimsenebilir. Asker kişilere verilen emirler bakımından yasaklanan sadece maddi denetimdir, asker kişiler de emrin şekli olarak hukukilik denetimini yapmak ve konusu açıkça suç teşkil eden emri yerine getirmemek zorundadır. Emri uygulayan asker kişi öncelikle emrin şekli olarak hukuka uygun olup olmadığını ve askeri hizmete ilişkin olup olmadığını denetlemelidir. Bu hususlara uygun bir emir verilmiş ise emri yerine getirmelidir. Mutlak itaat yükümlülüğü hukuka uygun olup olmadığı ya da suç teşkil edip etmediği önem taşımaksızın her emrin yerine getirilmesini zorunlu kıldığı için asker kişiler bakımından mutlak itaat teorisinin benimsenebileceği fikrine katılmıyoruz. Çünkü askeri kişi de irade sahibi bir bireydir ve askeri hiyerarşi karşısında pasif konumda değildir. Asker kişiler için sözü edilen mutlak itaat yükümlülüğü mutlak itaat teorisindeki gibi her emrin yerine getirilmesini değil, askerin sadece emrin şekli denetimini yapabilmesini, emri içerik bakımından inceleyememesini içermektedir.

2. Türk Hukukunda Denetim Yetkisi

A. Memurun Emrin Hukuka Uygunluğu Araştırma Yetkisi

İdarede memurların yükümlülüğü verilen bir emri incelemeksizin yerine getirmek değildir.⁵²⁶ Bu nedenle emri alan memur emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmak zorundadır.⁵²⁷ Emrin hukuka uygun olup olmadığını incelemek memurun yükümlülüğüdür.⁵²⁸ Memur verilen emri hem şekil hem de içerik yönünden incelemelidir. Emrin hukuka uygun olup olmadığını incelemeksizin emri yerine

⁵²⁶ Önder, s. 234.

⁵²⁷ Dönmezer/Erman, s. 94, Önder, s. 235.

⁵²⁸ Koca/Üzülmez, s. 251.

getiren memur emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz.⁵²⁹ Memur yetkili amir tarafından verilen emri incelemeli, yönetmelik, tüzük⁵³⁰, Kanun veya Anayasa hükümlerine emri aykırı görürse bu aykırılığı amirine bildirmelidir. Şayet amir emrin yerine getirilmesini tekrarlar ve yazı ile emri yenilerse artık memur emri yerine getirmek zorundadır. Emrin hukukilik denetimini yapma memurun görevidir, bu görevin tek sınırı ise yine hukuk olabilir. Hukuk kuralları memurun emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmasını yasaklamışlar, diğer bir ifadeyle memura mutlak itaat yükümlülüğü yüklemişler ise artık memur hukukiliğini denetlemeksizin ilgili emri yerine getirmek zorundadır.⁵³¹ Bununla birlikte memura mutlak bir itaat yükümlülüğü yüklenen istisnai hallerde dahi memur emrin şekil yönünden hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilir. Hukuk düzeni emrin şekil bakımından hukuka uygunluğunun denetlenmesini yasaklayamaz. Şekli olarak hukuka uygun olmayan bir irade açıklaması emir değildir. Mutlak itaat yükümlülüğü sadece emrin içerik yönünden hukukilik denetiminin yapılmasına ilişkin olabilir. Bu halde memur verilen emrin şekli yönden hukuka uygun olup olmadığını araştırmak zorundadır.⁵³² Memurun emrin hukukilik denetimini yapmasının yasaklandığı hallerde memur hukuka uygun sanarak emri yerine getirirse memur hatasından faydalanır, ancak bu durumda memurun cezalandırılmamasının nedeni emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu kaldıran neden olan hatadır.⁵³³

⁵²⁹ Dönmezer/Erman, s. 94.

⁵³⁰ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁵³¹ Dönmezer/Erman, s. 94.

⁵³²Dönmezer/Erman, s. 95.

⁵³³Dönmezer/Erman, s. 95.

a. Anayasa Bakımından

Anayasanın 137. Maddesi kanunsuz emri düzenlemektedir. Maddeye göre; *“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük⁵³⁴, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”*

Anayasal kural emrin içerik yönünden de hukukiliğinin emri yerine getirecek memur tarafından denetlenmesidir. Emri uygulayacak kimse emrin yönetmelik, tüzük⁵³⁵, kanun ve Anayasa hükümlerine aykırı olup olmadığını inceleyecek, eğer emrin bu hükümlere aykırı olduğunu düşünürse aykırılığı emri verene bildirecektir, emri veren emrini tekrar eder ve yazı ile yenilirse artık emir yerine getirilmek zorundadır.

Memurun hem şekli hem de maddi hukukilik denetimini yapmak memurun görevidir. Ancak belirli kanunlarda memur bu görevinden yasaklanmış olabilir.

Anayasa'nın 137. Maddesinin son fıkrasında askeri hizmetlerin görülmesi ve acele

⁵³⁴ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁵³⁵ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir. Mutlak itaat yükümlülüğünün yüklendiği başlıca kişiler asker kişilerdir. Askeri kanunlar askerlere verilen emirleri içerik olarak hukuka uygun olup olmadığını araştırmaksızın yerine getirme ödevi yükleyebilir.⁵³⁶ Bu durumlarda artık emrin yerine getirilmesinden emri yerine getiren memur değil emri veren amir sorumludur. Ancak emrin konusunun suç oluşturduğu hallerde emri yerine getiren de emri verenle birlikte sorumludur.

Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Hiçbir hiyerarşik esas bu kuralı değiştiremez. Soyut bir yapı olan hiyerarşinin emredilenin irade özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırması mümkün değildir.⁵³⁷ Ancak emredilenin hataya düşmesi söz konusu olabilir. Hata hali iki türlü olabilir; memur suç teşkil etmeyen bir emrin suç teşkil ettiğini sanabilir ya da suç teşkil eden bir emrin hukuka uygun olduğunu zannedebilir. Aslında suç teşkil etmeyen bir emrin suç teşkil ettiğini sanarak emri yerine getiren memur bakımından sorun yoktur. Memur suç teşkil etmeyen emrin suç teşkil ettiğini düşünerek emri yerine getirmiyor ise emri yerine getirmemekten dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir.

Konusu suç teşkil eden emri hukuka uygun olduğunu düşünerek yerine getiren bir memur ise verilen emrin hukuka uygunluğuna ilişkin esaslı bir hataya düşmüş olmalıdır. Eğer verilen emir apaçık suç oluşturmakta ise, yani emrin konusunun suç teşkil ettiği açıkça anlaşılıyorsa ve bu konuda hiçbir tereddüt yoksa memur bu emri yerine getirmekten dolayı sorumludur. Emrin açıkça suç oluşturmasına ilişkin olarak askere kışlanın önünde gezen insanları vurmasının emredilmesi gösterilebilir. Bununla

⁵³⁶ Dönmezer/Erman, s. 95.

⁵³⁷ Özgenç, s. 418 vd.

birlikte her halde emrin apaçık suç oluşturduğu yargısına varmak kolay değildir, memurdan bir yargı organı gibi emri değerlendirmesinin beklenmesi de mümkün değildir.⁵³⁸ Memurun emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiği hususunda şüpheye düşmesi halinde emrin hukuka aykırı olup olmadığı ve emrin görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olup olmadığı hem objektif hem de subjektif olarak incelenmeli, memurun amir ile olan hiyerarşik ilişkisi de dikkate alınmalıdır.⁵³⁹ Açıkça suç teşkil ettiği belli olan emirler bakımından sorun yoktur. Ancak suç oluşturup oluşturmadığı hemen anlaşılamayan emirler bakımından memurun şahsı ve itaat yükümlülüğü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tür emirler bakımından amirin verdiği emirlerin her zaman yerine getirilmesi görev gereği zorunlu ve suç teşkil etmeyen emirler olduğuna inanan ve bu zanla hareket ederek emri yerine getiren memur esaslı hata nedeniyle sorumlu olmayacaktır.⁵⁴⁰

Anayasa m. 137/1de yer alan hüküm sadece hukuka aykırı emirler bakımından geçerlidir. Konusu suç teşkil eden emirler bakımından emir amir tarafından yazılı ile yinelenirse dahi memur tarafından yerine getirilemez.⁵⁴¹ Zaten maddenin ikinci fıkrasında da “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz” hükmüyle konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi açıkça yasaklanmıştır.

b. Türk Ceza Kanunu Bakımından

Türk Ceza Kanununun amirin emrinin yerine getirilmesini düzenleyen 24. Maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında memurun emrin hukukilik

⁵³⁸ Dönmezer/Erman, s. 98.

⁵³⁹ Taner, s. 399.

⁵⁴⁰ Taner, s. 399.

⁵⁴¹ Özgenç, s. 418 vd.

denetimini yapabilmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda da benzer şekilde konuyla ilgili açık bir hüküm bulunmamakla birlikte 49. Maddenin son fıkrası “*Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme mürettip ceza emri veren amire hükmolunur.*” şeklindeydi. Bu hüküm emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından emrin şekli ve maddi olarak kanuna aykırı olmamasının gerektiği aksi takdirde emri verenin emrin yerine getirilmesinden sorumlu olacağı şeklinde yorumlanmaktaydı.⁵⁴² Şu an yürürlükte olan Türk Ceza Kanununda ise benzer bir hüküm bulunmamakla birlikte sadece m.24/4 de “*emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller*” ifadesi yer almaktadır. Anayasanın 137. Maddesi de göz önüne alındığında emrin yetkili merci/amir tarafından verilmesinin ve emrin yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir olmasının yanında, emrin yerine getirilmesinin şartlarından birisi de emrin kanunlara hem şekil hem de içerik olarak uygun olmasıdır. Şekli şartı taşımayan bir irade açıklaması emir değildir, içerik olarak da emir kanuna uygun değilse yetkili merciin yazı ile yineleme durumu hariç olmak üzere böyle bir emir yerine getirilmemelidir.⁵⁴³

Emir şekil itibariyle ve içerik itibariyle olmak üzere iki türlü hukuka aykırı olabilir. Kanunun aradığı şekil şartlarını taşımayan emir şeklen hukuka aykırı bir emirdir, emrin kanunun belirttiği sebep ve konuya uygun olmaması ise içerik olarak hukuka aykırılıktır. Gerekli şekil şartını taşımayan emir yerine getirmesi görev gereği zorunlu olan bir emir değildir, aynı şekilde yetkili amirden verilmemiş olan bir emre

⁵⁴² Dönmezer/Erman, c.II, s. 93.

⁵⁴³ Hafizoğulları/Özen, s. 216-217.

de memurun itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Şekli kontrol hakkı memurun görevidir, bu nedenle hiçbir zaman memurun emri şekil bakımından denetleyebilmesi yasaklanamaz.⁵⁴⁴

Memurun emrin içeriğinin hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilmesi oldukça tartışmalıdır. Her emrin içeriğini memurun denetleyebilmesi halinde kimi kamu hizmetlerinin etkin bir biçimde yürütülmesinde sıkıntı yaşanacağı ve bunun karmaşaya neden olabileceği ileri sürülmektedir.⁵⁴⁵ Hiyerarşik amirin emrin hukuka uygun olup olmadığını daha iyi bilebileceği, mevzuatı daha iyi yorumlayabileceği kabul edilmektedir, bu nedenle amirin emri yazı ile yinelenmesi halinde memur emri yerine getirmek zorundadır.⁵⁴⁶ İdarenin bütünlüğü ilkesi gereği memur amirin emrini yerine getirmekle yükümlüdür, memur amirin emrini değiştiremeyeceği gibi memurun keyfi olarak emri yerine getirmemesi de söz konusu olamaz. Memur sadece emrin hukuka uygun olup olmadığını inceleyebilir, ancak bu durumda da emir yazı ile yinelenirse emri yerine getirmekle yükümlüdür, bu hiyerarşik ilişkinin bir gereğidir.⁵⁴⁷

Memur emrin hukuka uygun olup olmadığını kontrol ederken emrin yerindelik denetimini yapamaz. Emrin haklı olup olmadığı ya da emrin verilme nedenleri memurun inceleme konusu değildir. İnceleme konusu sadece emrin hukuka uygun olup olmadığı ya da suç teşkil edip etmediğidir. İdari yargı dahi idari eylem ve

⁵⁴⁴ Günal, s. 118, Dönmezer/Erman, s. 118.

⁵⁴⁵ Taner, s. 397

⁵⁴⁶ Gözler, c.I, s. 162.

⁵⁴⁷ Günal, s.119.

işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı ve yerindelik denetimi yapılamazken⁵⁴⁸ memura böyle bir yetki verilemez.⁵⁴⁹

TCK m. 24/4 de “*emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller*” olarak ifade edilen haller emrin içerik olarak hukuka uygunluğunun denetlenemediği hallerdir. Bu hal Kanunda istisna olarak belirtildiğine göre kural memurun emrin hukuka uygunluğunu hem şekil hem de içerik bakımından denetlemesidir. Türk Ceza Kanununun 24/4 maddesi Anayasanın 137. Maddesinin son fıkrasına paralel bir hükümdür. Çünkü emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller Anayasa m. 137/3 de belirtilen askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalardır. Ancak önemle tekrar belirtmek isteriz ki bu istisnalar konusu suç teşkil eden emirler bakımından değildir, istisna sadece memurların emrin içerik olarak hukukilik denetimini yapabilmesine ilişkindir. Bu hallerde memur emrin sadece şekli hukukilik denetimini yapmalı ve içerik olarak incelemeksizin şeklen hukuka uygunsu emri yerine getirmelidir. Ancak emrin konusu suç teşkil etmekte ise bu emri kesinlikle yerine getirmemelidir. Bu kural mutlak olup hukuk düzeninde bir istisnası bulunmamaktadır.⁵⁵⁰

c. Devlet Memurları Kanunu Bakımından

Devlet Memurları Kanununun 11. Maddesi devlet memurlarının görev ve sorumluluklarını düzenlemekte ve Anayasa'nın 137. Maddesini tekrar etmektedir.

⁵⁴⁸ Bkz. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2/2: “*İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.*”

⁵⁴⁹ Günal, s. 119.

⁵⁵⁰ Hafizoğulları/Özen, s.218.

Maddeye göre; “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. 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 yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

Devlet Memurları Kanunu memurların kanun, tüzük ve yönetmeliklere yani hukuka uygun davranmakla ve amirlerinin emirlerini yerine getirmekle yükümlü olduklarını kabul etmiştir. Bu nedenle amir tarafından verilen emrin öncelikle şekli ve maddi olarak hukukilik denetimi yapılacak, emir hukuka uygun ise yerine getirilecektir. Hukuka aykırı bulunduğu emri ise yerine getirmeyip neden yerine getirmediğini amirine bildirecektir. Amir bu durumda emri yeniden inceleyecek hukuka aykırı bulunduğu takdirde emri geri çekecek, emrin hukuka uygun olduğunu düşünüyorsa emri yazı ile yenileyecektir. Emir yazı ile yinlendiğinde memur emri yerine getirmek zorundadır. Ancak emrin konusu suç teşkil etmesi halinde emir kesinlikle yerine getirilmemelidir, aksi takdirde memur emri yazılı olarak ikinci kez dahi almış olsa sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁵⁵¹

⁵⁵¹ Günal, s.116.

Hukuka uygun olan bir emrin suç teşkil ettiğine ilişkin memur hataya düşebilir. Böyle bir durumda memur suç teşkil ettiğini öne sürerek emri yerine getirmeyi reddederse amir emri başka bir memura verip emri diğer memurun yerine getirmesini sağlayabilir, ancak memurun yerine geçerek emri kendisi yerine getiremez. Çünkü amirin memuru üzerindeki hiyerarşik yetki memurun amirin yerine geçerek işlem yapmasını kapsamamaktadır.⁵⁵² Bu durumda amirin yapabileceği emri başka bir memura vermek ya da emri geri çekmektir.

Memur emri yerine getirmeme olanağına sadece emrin konusu suç teşkil ettiğinde sahiptir. Bu olanağa sahip olduğu için de konusu suç teşkil eden emri yerine getirdiğinde sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁵⁵³ Devlet Memurları Kanunu da Anayasal hükme paralel olarak acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaları saklı tutmuştur. Ancak bu istisna konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesine ilişkin değil, memurun emrin hukukilik denetimi yapabilmesine ilişkindir. Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmemesi kuralı mutlaktır ve bu kurala hiçbir istisna getirilemez.

d. İl İdaresi Kanunu Bakımından

İl İdaresi Kanunu da emrin hukukilik denetiminin yapılabilmesi için hükümler öngörmektedir. Kanunun 23. Maddesine göre “*İl idare şube başkanları ve kaymakamlar vali tarafından re'sen verilen emirlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet Kararlarına uygun olmadığı içtihadında buldukları takdirde keyfiyeti valiye yazarlar. Vali, emrin mevzuata uygun bulunduğu takdirde ısrar ederse yazılı olarak emir verir ve aynı zamanda işi ilgili mercie yazar. Cevap gelinceye kadar valinin*

⁵⁵² Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 32.

⁵⁵³ Günay, s. 83.

verdiği emir kendi sorumluluğu altında uygulanır.” Hükme göre emrin hukukilik denetimini yapabilmek il idare şube başkanlarına ve kaymakamlara aittir. Madde 18e göre vali il idare şube başkanları ve kaymakamların birinci derecede sicil amiridir. Kanunun 21. Maddesine göre il idare şube başkanlarının her biri, kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarının verdiği ödev ve görevleri ve valinin emirlerini yürüterek aldıkları işler üzerinde gereken incelemeleri yaparak bilgi ve düşüncelerini zamanında bildirmek ve valinin istediği her türlü bilgiyi vermekle ödevlidirler. Kaymakamlar da valinin emir ve talimatları altındadır.⁵⁵⁴ İl idare şube başkanları ve kaymakamların valinin resen verdiği emirlerin içerik olarak hukukilik denetimini yapma yetkileri bulunmaktadır. Buna göre il idare şube başkanları ve kaymakamlar verilen emrin hukuka aykırı olduklarını düşünmeleri halinde durumu valiye yazılı olarak bildirirler. Vali verdiği emrin hukuka uygun olduğunda ısrar ederse emri yazılı olarak tekrarlamalı, aynı zamanda emrin hukuka aykırı olup olmadığını ilgili merciye yazılı olarak sormalıdır. Cevap gelene kadar valinin emri uygulanmalıdır, ancak bu durumda emrin uygulanması dolayısıyla sorumluluk il idare şube başkanları ve kaymakamlara değil valiye aittir.

Kanunun 9/ç maddesine göre valiler Kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarının verdiği yetkiyi kullanmak ve bunların yüklediği ödevleri yerine getirmek için genel emir çıkarabilmektedir. Genel emir bir düzenleyici işlemdir ve Kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet kararlarına aykırı olmamalıdır. Aykırı oldukları takdirde ise iptalleri istenene kadar askılı bir geçerliliğe sahip olacaktır.⁵⁵⁵ Bu aykırılığı tespit edecek olan ise bu düzenleyici işlemi uygulayanlar değil, idari yargıdır. İdari

⁵⁵⁴ Köksal, Erhan, “Türkiye’de Vali ve Kaymakamların Fonksiyon ve Yetkileri,” Amme İdaresi Dergisi, Sayı2/1, Mart 1969, s. 114.

⁵⁵⁵ Günday, s. 232.

yargı yoluna dahi başvuracak olanlar emri uygulayanlar değildir, emri uygulayanların idarenin emir ve talimatlarına ilişkin dava hakkı bulunmamaktadır.⁵⁵⁶

İl İdaresi Kanununun emrin hukukilik denetimine ilişkin diğer bir hükmü 38. Maddedir. Maddeye göre “*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.*”

34. Maddeye göre kaymakamlar ilçe şube başkanlarının birinci derecede sicil amiridir.

37. Maddeye göre ise ilçe idare şube başkanları, kaymakam tarafından verilen emirleri yerine getirmek ve tevdi edilen işler hakkında gereken tetkikleri yaparak mütalaalarını zamanında bildirmek ve istenilen her türlü bilgiyi vermekle yükümlüdürler. Buna göre kaymakam ilçe idare şube başkanlarına bir emir verdiği ınde, şube başkanları emrin içerik olarak hukuka uygun olup olmadığını incelemeli ve emri hukuka aykırı buldukları takdirde durumu kaymakama yazılı olarak bildirmelidir. Kaymakam emrinin mevzuata uygun olduğunu düşünüyorsa emri yazı ile yinelemeli ve durumu valiye bildirmelidir. Validen cevap gelene kadar ise kaymakamın emri yerine getirilmelidir. Ancak cevap gelene kadar emrin yerine getirilmesinden ilçe idare şube başkanları değil kaymakam sorumlu olacaktır.

B. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin İstisnaları

Anayasanın 137. Maddesinin son fıkrasında “Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerle mutlak itaat gerektiren hallerin

⁵⁵⁶ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 35.

askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması ile sınırlı olduğu ve sadece kanunla gösterilebileceği kabul edilmiştir. Devlet Memurları Kanununun 11. Maddesinin son fıkrasında da “Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” şeklinde benzer bir düzenleme vardır. Anayasa ve Devlet Memurları Kanunundaki düzenlemelerden çıkarılacak sonuç memurlar bakımından emrin hukukilik denetiminin sadece kanunla ve belli şartlar altında sınırlandırılabilirdir.

Emrin hukukilik denetiminin yapılmasını engelleyen mutlak itaat yükümlülüğü tüm memurlar bakımından geçerli değildir. Askerlik ve güvenlik hizmetlerinin gecikmeksizin ve düzenli bir biçimde, aksamadan yürütülmesi gerekmektedir. Bu hizmetlerin niteliği gereği ve hizmetlerin işleyebilmesi için mutlak itaat yükümlülüğü gerekmektedir.⁵⁵⁷

Asker hizmetleri ve kolluk hizmetleri bakımından kabul edilen hiyerarşi serttir.⁵⁵⁸ Belli memurlar bakımından mutlak itaat yükümlülüğü kabul edilmiş olabilir. Bu hallerde memurun emrin içeriğini, hukuka aykırı olup olmadığını denetleme yetkisi yoktur.

a. Asker Kişiler Açısından

Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 14. Maddesinde astın vazifeleri düzenlenmiş ve astın mutlak itaat yükümlülüğünün olduğu kabul edilmiştir. Maddeye 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. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri

⁵⁵⁷ Yüce, s. 275, Demirbaş, s. 271.

⁵⁵⁸ Öztürk/Erdem, s. 213.

vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.” Askeri Ceza Kanunu m.41/2e göre ise “Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.”

Askeri hiyerarşide astın amire emrin hukuka aykırı olduğunu bildirmesi ve emrin yazı ile tekrarlanmasını talep etmesi olanaksızdır. Askerlik ve güvenlik hizmetleri alanında astın emrin içeriğini incelemesi mümkün olmadığı için bağlayıcı hukuka aykırı emir söz konusudur.⁵⁵⁹ Bu hizmetler bakımından emir derhal yerine getirilmelidir.⁵⁶⁰

Askeri Hukuk bakımından emri verenin amir ya da üst olmasına göre mutlak itaat yükümlülüğünün değişeceği savunulmaktadır. Emri veren amir ise mutlak itaat yükümlülüğünün geçerli olduğu, herhangi bir üst tarafından verilen emirler bakımından ise sadece kanun ve yönetmeliklerde gösterilen hallerde mutlak itaat yükümlülüğünün geçerli olacağı ileri sürülmektedir.⁵⁶¹ Amir makam ve memuriyet itibariyle emretme yetkisine sahip kimsedir. (AsCK m. 13/2, İç Hizmet K. m. 9) Amirin emri altındakiler maiyettir. (İç Hizmet K. m. 9/2) Üst ise rütbe ve kıdem büyüklüğünü göstermektedir. (AsCK m. 13/3, İç Hizmet K. m.10) Ast üstün rütbe veya kıdem olarak aşağısında bulunan kimsedir. (İç Hizmet K. m.10/2) Amir ve üste örnek vermek gerekirse bir erin bölük komutanı onun amiri iken, dışarıdaki herhangi bir albay erin üstüdür.⁵⁶²Amirler bakımından astın yetkiyi araştırma zorunluluğu

⁵⁵⁹ Toroslu/Toroslu, s. 151.

⁵⁶⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 639.

⁵⁶¹ Erman, askeri ceza hukuku, s. 178, Önder, s. 235.

⁵⁶² Demirbaş, s. 273.

bulunmamaktadır. Ancak ast öncelikli olan emri verenin amir mi yoksa üst mü olduğunu araştırmak zorundadır. Emri veren amir ise mutlak itaat yükümlülüğü geçerlidir. Emir üst tarafından verildi ise üstün kanun ve yönetmeliklere göre böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştıracak şayet yetkili ise yine mutlak olarak itaat edecektir.⁵⁶³

Ancak önemli olan nokta mutlak itaat yükümlülüğünün sınırsız olmadığıdır. Emir amir ya da kanun ve yönetmeliklere göre yetkili olan üst tarafından dahi verilse ast sadece hizmete ilişkin olan emirleri yerine getirmeli, emir hizmete ilişkin değilse emri yerine getirmekten kaçınmalıdır.⁵⁶⁴ Zaten Askeri Ceza Kanunu m. 41de de sadece hizmete ilişkin emirlerden bahsedilmektedir. Yani astın verilen emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırma yetkisi ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Hizmet İç Hizmet K. m.6 da ve AsCK m. 12 de tanımlanmıştır. İç Hizmet Kanunu m. 6ya göre hizmet *kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.* Askeri Ceza Kanununda ise hizmet *gerek malüm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifeninmadun tarafından yapılması halidir.* Yani malum ve muayyen olan ya da amir tarafından verilen askeri bir vazifenin ast tarafından yapılması hizmettir. Askeri Yargıtaya göre “*malüm ve muayyen olan askerî vazife*” kanunlarda yapılması ve yapılmaması açıkça gösterilmiş olan hususlardır, “*bir amir tarafından emredilen vazife*” ise kanun ve yönetmeliklerde açıkça gösterilmeyip yetkililerin takdirine bırakılan hususlardır. Yetkili amirlerin hizmetin düzgün, verimli ve kesintisiz bir biçimde yürütülmesini temin etmek maksadıyla ve kanuna aykırı

⁵⁶³ Erman, s. 178.

⁵⁶⁴ Erman, s. 179-180.

düşmemek koşuluyla somut kural ve prensipler ihdas edebilme yetkisine sahip oldukları ifade edilmiştir.⁵⁶⁵ Askeri Yargıtay kararlarına göre “istirahat saatinde banyo yapılmaması”⁵⁶⁶, “reçetesiz veya kendi inisiyatifinde ilaç alıp kullanılmaması ve bulundurulmaması”⁵⁶⁷, “saça jöle sürülmemesi ve dışarıdan yemek getirilmemesi”⁵⁶⁸ gibi emirler askeri hizmete ilişkin değildir.

Astin emrin şekli olarak hukuka uygun olup olmadığını araştırma yetkisi sınırlandırılmamaktadır. Emrin hizmete ilişkin olup olmadığı da bu yetki ve yükümlülükle ilişkilidir. Ast emrin şeklen hukuka uygun olup olmadığını ve hizmete ilişkinliğini denetlemeli, emir şekli olarak hukuka uygun ve hizmete ilişkin ise yerine getirmelidir. Aksi takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olacaktır.⁵⁶⁹ Öte yandan mutlak itaat yükümlülüğünü astın amir ya da üstün emrini hizmetle ilişkili olup olmadığı ve hizmetin gereği olup olmadığını araştırmaksızın derhal yerine getirme zorunluluğu olarak tanımlayan bir görüş⁵⁷⁰ de bulunmaktadır ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Mutlak itaat yükümlülüğü sadece verilen emrin içeriğinin hukukilik denetimini yapmaksızın emrin yerine getirilmesinin gerekli olmasını ifade etmektedir.⁵⁷¹

Şeklen hukuka uygun ve hizmete ilişkin bir emrin içeriği askeri hukukta ast tarafından denetlenemez. Ancak ast amirin verdiği emrin adli ya da askeri suç amacını

⁵⁶⁵ Bkz. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 7.7.2005, E.2005/59, K.2005/60 S. Kararı, Askeri Yargıtay 4. Dairesi, 2.3.2004, E.2004/240, K.2004/247 S. Kararı, http://www.askerihukuk.net/FileUpload/ds158941/File/madde_7_vazife.pdf, erişim tarihi:02.05.2015.

⁵⁶⁶ As. Yrg. 4. D., 7.3.2006, E.2006/371, K. 2006/371 K., Kangal, Zeynel, **Askeri Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 118.

⁵⁶⁷ As. Yrg. DK. , 05.02.2009, E. 2009/16, K. 2009/12, Kangal, s. 118.

⁵⁶⁸ As. Yrg. DK. ,27.03.2008, E. 2008/59, K.2008/58, Kangal, s. 118.

⁵⁶⁹ Erman, s. 182–183.

⁵⁷⁰ Özgenç, s. 418 vd.

⁵⁷¹ Demirbaş, s. 271.

taşıyan bir fiile karşılık geldiğini biliyorsa emri yerine getirdiği takdirde sorumlu olur. Bu durum Askeri Ceza Kanunu m. 41/3-B de “*Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise*” şeklinde ifade edilmiştir. Askeri Ceza Kanunu emrin içeriği konusunda yanılan ya da kararsız olan astı cezalandırmamakta, ancak emrin içeriğinin suç olduğu bildiği hallerde astı cezalandırmaktadır.⁵⁷² Askeri hukukta ast amirin verdiği emri içerik olarak denetleyememekte, ancak emrin açıkça suç oluşturduğu haller haricinde emrin yerine getirilmesinden amir sorumlu tutulmaktadır.⁵⁷³

Askeri hukuk bakımından astın şekli olarak hukukilik denetimini yapması sınırlandırılmamıştır. Ast emrin şeklen hukuka uygun ve hizmete ilişkin olup olmadığını araştırarak, emir şekli olarak hukuka uygun ve hizmete ilişkin ise bu emri içeriğini denetlemeksizin yerine getirecektir. Mutlak itaat yükümlülüğü emrin içerik olarak hukukilik denetimine ilişkindir. Ast emrin içerik olarak hukuka uygun olup olmadığı hususunda kararsız kalsa dahi askeri hukuka göre emri derhal yerine getirmekle yükümlüdür. Bu emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluk emri veren amire aittir. Ancak ast verilen emrin suç işletmek amacıyla verildiğini biliyor ise artık sorumluluktan kurtulamayacaktır. Yani emrin suç teşkil ettiğini bilen ast bu

⁵⁷² Erman, s. 183–184.

⁵⁷³ Bkz. Askeri Yargıtay, 4. Daire, 18.01.1972, 4/21: “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 Askeri Ceza Kanunu 41/3-B maddesinde açıklanmış ve Anayasanın 137. maddesinde de, hizmet gerekleri dikkate alınarak, askeri mevzuatta yer alan emirle ilgili hüküm istisna yolu ile mahfuz tutulmuş olduğuna, 227 SK.nun 10. maddesiyle yasaklanmış olmasına rağmen sinema parası namı altında aylık Liranın erat harçlıklarından kesilmesine dair Tb. K.ılığında verilen ve zikredilen mahiyeti itibariyle suç maksadı güttüğü aşıkâr olan ...kanuna muhalefetle muallle olduğu kendilerince de bilinen emri uygulamaktan imtina etmeleri ve durumu en kısa yoldan bir derece yukarı amire duyurmaları gereken Bölük Komutanlarının emrin verildiğitarihinden, kaldırıldığı tarihine kadar bu emri uyguladıkları sübuta erdiklerine göre sanıkların Ask. CK. 41/3-B md.si delaletiyle memuriyet nüfuzunu suiistimal suçlarından dolayı faili müşterek olarak cezalandırılmalarında kanuna aykırı bir cihet görülmemiştir.” Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Madde 1-36, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 640.

emri yerine getirmeyecek, getirdiği takdirde sorumlu olacaktır.⁵⁷⁴ Ast amirin verdiği emri içerik olarak denetleyememekte, ancak emrin açıkça suç oluşturduğu haller haricinde emrin yerine getirilmesinden amir sorumlu tutulmaktadır.⁵⁷⁵ Bizce askeri mevzuatta yer alan hizmete ilişkin hususlarda verilen emrin suç teşkil etmesi halinde bu suçun işlenmesinden emri verenin sorumlu olacağına ilişkin hüküm (AsCK m.41/2) konusu suç teşkil etse dahi astın emre mutlak itaat yükümlülüğü olduğu⁵⁷⁶ şeklinde yorumlanamaz. Çünkü konusu suç teşkil eden bir emir hizmete ilişkin değildir, hizmete ilişkin olmayan bir emrin ise ast tarafından yerine getirilmemesi gerekir. Böyle bir emir yerine getirildiğinde ast da emredenle birlikte sorumlu olacaktır. Askeri Ceza Kanunu m.109/2e göre emrin konusu olan suç işlenirse ya da işlenmeye teşebbüs edilirse emredene işlenen suçun cezası AsCK m. 50 uyarınca artırılarak verilecektir.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Dönmezer/Erman, s. 100–101.

⁵⁷⁵ Bkz. Askeri Yargıtay, 4. Daire, 18.01.1972, 4/21: “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 Askeri Ceza Kanunu 41/3-B maddesinde açıklanmış ve Anayasanın 137. maddesinde de, hizmet gerekleri dikkate alınarak, askeri mevzuatta yer alan emirle ilgili hüküm istisna yolu ile mahfuz tutulmuş olduğuna, 227 SK.nun 10. 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 aşık olan ...kanuna muhalefetle muallal olduğu kendilerince de bilinen emri uygulamaktan imtina etmeleri ve durumu en kısa yoldan bir derece yukarı amire duyurmaları gereken Bölük Komutanlarının emrin verildiğitarihinden, kaldırıldığı tarihine kadar bu emri uyguladıkları sübuta erdiklerine göre sanıkların Ask. CK. 41/3-B md.si delaletiyle memuriyet nüfuzunu suiistimal suçlarından dolayı faili müşterek olarak cezalandırılmalarında kanuna aykırı bir cihet görülmemiştir.” Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 640.

⁵⁷⁶ Özgenç, s. 418 vd.

⁵⁷⁷ As. Yrg. 1. Dairesi, 15.11.2000, E. 2000/724, K.2000/721: “P. Uzman Çavuş Salih’in 18.9.1998 tarihinde öğleden sonra içtima başlangıcında personel bakımını kontrol için mensubu olduğu 1. Takıma sıra açtırdıktan sonra Komutanı olduğu 2. Manganın ellerine ensede birleştirme komutu vererek acemi erlerin şahsi temizliklerini kontrole başladığı, mağdur acemi er Mustafa’nın sağ koltuk altındaki tüylerin uzun olduğunu tespit ederek yanında dolaştırdığı temyize gelmeyen sanık acemi er Ali’ye “cellat gel kolonya dök ve ütüle” sözlerini sarfederek mağdurun koltukaltına kolonya dökmesi ve yakması emrini verdiği, bu emir üzerine sanık Ali’nin kolonyayı dökerek çakmakla tutuşturduğu, mağdurun sağ koltuk altından bel kemerine kadar akan kolonyanın tutuşmasıyla mağdurda iz bırakacak şekilde birinci derecede yanıklar oluştuğu, acılara dayanamayan mağdurun bir gün sonra akşam vizite görevlisine müracaat ederek askeri hastaneye sevkini sağlattığı, tedavi sonrası düzenlenen kati raporlara göre mağdurun yanma sonucu 20 günde iyileşebilecek tarzda 10 gün iş ve güç kaybına uğradığı maddi vakia olarak ortaya çıkmıştır. AsCK’nın 109/2 maddesinin uygulanabilmesi için, amir veya üstün rütbe veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve yetkisini suiistimal etmek suretiyle, bu nüfuz ve yetkiden aldığı kuvvet ve cesaretle yapmış olduğu tesir neticesi suçun işlenmiş veya teşebbüs aşamasında kalmış olması

Askeri hiyerarşide mutlak itaat yükümlülüğü kabul edilmekle birlikte suç oluşturduğu açık emirler bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Konusu apaçık suç oluşturan emirleri ast yerine getirmemelidir. Askeri Yargıtay da bir kararında yerine getirilmesi zorunlu emirlerin amirin suç oluşturmayan ve askeri hizmete yönelik emirleri olduğunu belirtmiştir, bu emirler hukuka aykırı dahi olsa astın bu emirleri yerine getirmek zorunda olduğunu açıklamıştır.⁵⁷⁸ Askeri hizmetler bakımından mutlak itaat yükümlülüğünün anlamı verilen emrin hukuka aykırı olması halinde astın bu aykırılığı bildirme ve yazılı emir isteme yetkisinin olmamasıdır. Askerlik ve güvenlik hizmetleri alanlarında asta emrin içerik olarak hukuka uygun olup olmadığının denetleme yetkisinin verilmemesinin nedeni bu hizmetlerin zamanında yapılmasının tehlikeye düşmesinin engellenmesidir.⁵⁷⁹ Bu hizmetlerin aksamadan yürütülebilmesi için mutlak itaat yükümlülüğü kabul edilmektedir.⁵⁸⁰ Ast emrin hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa emri yerine getirdikten sonra şikâyet edebilir.⁵⁸¹ Ancak ast eğer bu emri yerine getirmeyi emrin hukuka aykırı olduğuna inandığı için

gerekmekte; teklif edilen suçun Askeri Ceza Kanunu veya başka bir ceza kanununda yazılı olması arasında fark bulunmamaktadır. Bu genel açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde 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 Ali'nin emrin gereğini yerine getirerek hem rütbe olduğu mağdurun bedenine zarar veren müessir fiili suç kastıyla hareket ederek gerçekleştirdiği, bedene verilen zarar nedeniyle mağdurun mutad işgalinin on günden ziyade uzamaması nedeniyle işlenen suçun TCK'nın 456. maddesinin 4. fıkrasında tanımlanan basit müessir fiil olduğu, 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 zaafi bulunmadığı, bu hale göre asli maddi fail için temel ceza olarak belirlenen 2 ay hapis cezası esas alınarak sanık Salih hakkında AsCK'nın 109/2 maddesi gereğince uygulama yapıp AsCK'nın 50. maddesi uyarınca cezanın artırılmasının Kanuna uygun bulunduğu, AsCK'nın 50. maddesi sınırları içerisinde temel cezanın oluşa ve dosyaya uygun takdir zaafi teşkil etmeyen sebep ve gerekçelerle ½ oranında artırılmasında bir isabetsizlik görülmemiştir." Kangal, s. 119.

⁵⁷⁸ Polatcan, İsmet, **Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu Ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, 11. Basım, Bayrak Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 32.

⁵⁷⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 640.

⁵⁸⁰ Toroslu/Toroslu, s. 151.

⁵⁸¹ Kangal, s. 118.

reddedirse emre itaatsizlikte ısrar suçunu⁵⁸² işlemiş olmaz.⁵⁸³ Mutlak itaat yükümlülüğü bulunan astın emrin içeriğinin hukuka aykırılığını inceleyemeyeceği için sorumluluk sadece emri verene aittir.⁵⁸⁴

b. Kolluk Güçleri Açısından

Kolluk güçleri bakımından da Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu gereği mutlak itaat yükümlülüğü kabul edilmiştir. PYSK m. 2, 16.7.1965 tarihinde, 694 Sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Hüküm polisin göreviyle ilgili ve yetkili amirce verilen emirler bakımından mutlak itaat yükümlülüğü getirmekteydi.⁵⁸⁵ Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükmün polise kör bir itaat yükümlülüğü yükleyip yüklemediği tartışılmıştır.⁵⁸⁶ Hükme göre memurun emrin içeriğini denetleme yetkisi tamamen kaldırılmıştı, emrin içeriğinin hukuka aykırı olduğu hususunda şüpheye düşse ya da emrin hukuka aykırı bir emir olduğundan emin olsa dahi emri yerine getirmek zorundaydı. Emrin hukuka aykırılığını amire bildirme ve ancak yazı ile yinelenirse

⁵⁸² Bkz. AsCK m. 87: “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 hükmolünür.”

⁵⁸³ As. Yrg. 1. Dairesi, 01.05.2002, E. 2002/423, K. 2002/420, “Yasa veya diğer nizamlarla düzenlenmiş hususlarda, yasa ve nizamlara aykırı olarak verilen emrin yerine getirilmesi, askerliğin kuralları gereği zorunlu olsa dahi, yerine getirilmemesinin AsCK’nın 87. maddesinde düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar” suçunu oluşturmayacağı Askeri Yargıtay’ın Yerleşik İçtihatları 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 cezalandırılacaktır. “, Kangal, s. 119.

⁵⁸⁴ Öztürk/Erdem, s. 213.

⁵⁸⁵ PYSK m. 2 nin eski hali “İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı vazifeleri yapmak polisin göreceği vazifelerde salahiyyetli amirden verilecek emirlerde Memurun Kanununun 40uncu maddesi hükmü cari değildir.” şeklindeydi. Mülga Memurin Kanununun 40. maddesi ise memurun, yetkili âmirden aldığı emrin yönetmelik, tüzük ve kanun hükümlerine aykırı olduğunu görürse bunu âmirine bildireceğini, amiri ısrar ederse memurun bütün sorumluluğun kendi âmirine ait olduğunu yazı ile bildirerek emri yerine getireceğini, ancak bu emirlerin konusunun suç teşkil etmemesi gerektiğini aksi halde memurun bu emri hiç bir surette yerine getirmeyerek keyfiyeti daha yüksek makama bildireceğini düzenlemektedir.

⁵⁸⁶ Alacakaptan, s. 105.

emri yerine getirme yoluna gidilemezdi. Emir hukuka aykırı olsa dahi emir yetkili amir tarafından verilmiş ve polisin görevleriyle ilgili olduğu takdirde memur emri yerine getirmek zorundaydı. Bu konuda tek sınır emrin yetkili amir tarafından verilmesi ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda sayılan polisin görevleriyle ilgili olmasıydı. Yetkili amir tarafından verilmeyen ya da yetkili amir tarafından verilip de polisin görevleriyle ilgili olmayan bir emir mutlak itaat yükümlülüğü gerektirmediği gibi memurun böyle bir emri yerine getirdiği takdirde sorumluluğu bulunmaktaydı. Konusu suç olan emirler bakımından da hükmün uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıydı. Doktrinde konusu suç olan emirler bakımından hükmün uygulanamayacağı savunulmaktaydı. Polisin görevi içinde suç teşkil eden fiillerin sayılmadığı, dolayısıyla polisin görevi ile ilgili olmayan bir emir söz konusu olduğu için emrin yerine getirilemeyeceği ileri sürülmekteydi. Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 2-B hükmünün esas kuralın istisnası sayılamayacağı yani polise yetkili amir tarafından suç teşkil eden emir verildiğinde polisin bu emri yerine getirip sorumlu olmayacağı şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmişti.⁵⁸⁷ Hükümle istisna tutulmanın sadece emrin hukuka aykırılığını amire bildirmek ve amiri ısrar ederse emri yerine getirmek kısmıydı. Suç teşkil eden emir memurun görevi gereği yerine getirmesi zorunlu bir emir değildi. Dolayısıyla iptal edilen hükmün suç teşkil eden emirler bakımından uygulanabilmesi olanaksızdı.⁵⁸⁸ Bu bentte yer alan "Polisin göreceği vazifelerde selahiyetli amirden verilecek emirlerde Memurin Kanununun 40. maddesi hükmü cari değildir." hükmü Anayasa Mahkemesinin 8.7.1963 tarih ve E.1963/204 K. 1963/179 sayılı Kararıyla iptal

⁵⁸⁷ Taner, s. 400.

⁵⁸⁸ Taner, s. 400.

edilmiştir. Anayasa Mahkemesi incelemeyi 1961 Anayasa'sına göre yapmıştır. Ancak 1961 Anayasasının Kanunsuz Emir başlıklı 125. Maddesi mevcut Anayasanın 137. Maddesiyle aynıdır.⁵⁸⁹ Hüküm gerekçesinde ilgili hüküm ile konusu suç teşkil eden emirlerin kastedilmediği anlaşılrsa da bir emrin suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesinin her zaman kolay olmadığı, bu nedenle hükümün konusu suç teşkil eden emirler bakımından dahi uygulanabilmesinin mümkün olabileceği belirtilmiş ve hüküm Anayasa'nın Kanunsuz Emir başlıklı 125. Maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁵⁹⁰ Anayasa Mahkemesinin bu kararı doktrinde kolluk görevlileri ile diğer

⁵⁸⁹ Bkz. 1961 Anayasası m. 125: -Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu hâlde, 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.

⁵⁹⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesinin 8.7.1963 tarihli kararı, E. 1963/204, K.1963/179: “Davacı, dâva dilekçesinde, Anayasa'nın temel ilkelerine dair görüşünü genel olarak açıkladıktan sonra, konu ile ilgili özel gerekçesinde 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendinin ikinci cümlesi ile polis'in göreceği vazifelerde yetkili âmirden verilecek emirlerde Memurin Kanununun 40. maddesi hükmü cari olmayacağı esasının konulmuş olmasının, polisi, görevinin yaparken âmirinden aldığı emin, suç teşkil etse bile, düşünmeden yerine getirmek zorunda bıraktığını, bunun ise Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek mezkûr hükmün iptalini istemiştir.

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 yenilirse 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.

Askerî 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 âmirin vereceği emre müteallik umumi hükümlerin polis vazifelerinde cari olmayacağı kaydolunmuştur.

memurlar arasındaki farkı kaldıracığı ve kolluk hizmetinin zamanında ve etkili bir biçimde gerçekleştirilmesine engel olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁵⁹¹

Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun halen yürürlükte olan 2. Maddesi polisin görevlerini düzenlemektedir. Mutlak itaat yükümlülüğü bakımından 2. Maddenin B bendi çok önemlidir. B bendi iki kısımdan oluşmaktadır. B bendinin ilk kısmında öncelikle Anayasada yer alan temel ilke tekrar edilmiştir. Buna 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. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.*” B bendinin ikinci kısmında ise sayılan I ila XIII arası haller bakımından

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, Memurun 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 âmirin den 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 Anayasa'sından 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 İle yasaklanan bir davranışa yer verir nitelikte olması bakımından da Anayasa'ya açıkça aykırı olan bu hükmün, iptali gerekir.”

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/83661af4-a21e-4a04-b338-59ca329a98a2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, erişim tarihi: 17.10.2014

⁵⁹¹ Dönmezer/Erman, s. 105.

yetkili amir tarafından verilen sözlü emirler için mutlak itaat yükümlülüğü getirilmiştir. Hükme göre 2-B bendinde I den XIII e kadar sıralanan haller için *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.* Kolluk görevlisine tanınan mutlak itaat yükümlülüğünün sınırları emrin sayılan hallerle ilgili olması, yetkili amir tarafından verilmesi ve sözlü bir emir olmasıdır. Polis bu nitelikte bir emrin içerik olarak hukuka aykırı olup olmadığını incelemeksizin emri derhal yerine getirmek zorundadır.⁵⁹² Eğer verilen emir bentte sayılan hallerden birisi ile ilgili değilse ancak yetkili amir tarafından verilmiş ise, genel kural geçerli olacak, kolluk görevlisi hukuka aykırı olduğu emri amirine bildirecek, amir emri yazılı olarak yinelerse yerine getirecektir. Yani sayılan haller dışında verilen sözlü emirler bakımından kolluk görevlilerinin itaat yükümlülüğü diğer memurlarınki ile aynıdır, kolluk görevlisi de emrin hem şekli hem de içerik olarak hukuka uygun olup olmadığını araştırma yetkisi ve yükümlülüğüne sahiptir.⁵⁹³ Bununla birlikte doktrinde Anayasa Mahkemesinin eski ilgili hükmü suç teşkil eden emirler bakımından da uygulanabilme ihtimali nedeniyle iptal etmesi eleştirilmiş, mevcut hükmün de konusu suç teşkil eden emirleri ayrıca istisna tutmadığı için, mevcut düzenlemenin de suç teşkil eden emirler bakımından uygulanabilme ihtimalinin olduğu, hükmün düzenleniş biçiminin böyle bir yorumu olanaklı kıldığı ileri sürülmüştür.⁵⁹⁴ Ancak bizce B bendinin ilk kısmındaki konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceği ilkesi bendin devamı için de geçerlidir. Yani ikinci kısımdaki istisna sadece emrin hukuka aykırılığının ileri sürülmesini ve yazı ile

⁵⁹² İçel, s. 306.

⁵⁹³ Dönmezer/Erman, s. 106.

⁵⁹⁴ Dönmezer/Erman, s. 105.

yinelenmesi halinde yerine getirilmesi yükümlülüğünü ortada kaldırmış, sözlü emirlerin diğer şartları taşıdığı takdirde derhal yerine getirileceği kuralını koymuştur. Suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği kuralı ise bu kısım bakımından da devam etmektedir.⁵⁹⁵

Kolluk görevlisinin görevlerinden birisi işlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmaktır. (PVSK m.2/B) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir. (CMK m. 164/2) Bu görev bakımından kolluk görevlisinin mutlak itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır, yani emrin içerik yönünden hukukilik denetimini yapma yükümlülüğü ve yetkisi vardır. Kolluk görevlisi koruma tedbirlerinin yerine getirilmesiyle yükümlüdür. Ancak özellikle yazılı verilmesi gereken koruma tedbirleri bakımından, örneğin tutuklama kararı gibi, kolluk görevlisinin hukukilik denetimi yapabilmesi mümkün değildir. Kanımızca kolluk görevlisi yerine getirilmesi gereken bir tutuklama kararının tutuklamayı gerektiren şartlara sahip olup olmadığını incelemek gibi bir yetkiye sahip değildir.⁵⁹⁶ Ancak tutuklama kararı CMK m. 100 deki şartlara aykırı olduğu gibi aynı zamanda suç teşkil etmekte ise, örneğin sulh ceza hâkimi bir kişi hakkında tutuklama şartları olmaksızın sadece kişisel husumet nedeniyle tutuklama kararı vermiş ise kolluk görevlisi bu emri yerine getirmemelidir.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Dönmezer/Erman, s. 106.

⁵⁹⁶ Toroslu/Toroslu, s. 152.

⁵⁹⁷ Demirbaş, s. 271.

Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceğine ilişkin kural mutlaktır. Asker ve polis kişiler de dâhil olmak üzere tüm memurlar bu mutlak kuralla bağlıdır.⁵⁹⁸ “Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar” ancak emrin içeriğinin hukukilik denetimini yapmaya ilişkin olarak getirilebilir. Konusu suç teşkil eden bir emir hiçbir şekilde emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine dayanak olamaz. Çünkü böyle bir emir görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir değildir. Emri yerine getiren memur ancak hataya düşmüş ise sorumlu olmaz, ancak burada da bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu kaldıran bir neden söz konusudur.

Suç teşkil eden emirler emrin içeriği denetlenemese ve yazılı olarak yinelenmesi istenemese de yerine getirilmeyecektir, emrin suç olduğunu bilerek yerine getiren memur ya da ast bu emrin yerine getirilmesinden emri verenle birlikte sorumlu olacaktır.⁵⁹⁹

III) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE SORUMLULUK DURUMU

Emir ceza hukukuna has bir kurum değildir, bununla birlikte emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte, emrin etkileri ve sonuçları ceza hukuku tarafından düzenlenmektedir.⁶⁰⁰ Emir hukuka uygun emir, hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emir ve suç teşkil eden emir olmak üzere üç şekilde ortaya çıkabilir. Hukuka uygun veya hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirleri gerekleri şartlara uygun olarak yerine getiren memurun fiili hukuka uygun

⁵⁹⁸ İçel, s. 307.

⁵⁹⁹ Öztürk/Erdem, s. 213.

⁶⁰⁰ Günal, s. 134.

kabul edilmektedir. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi ise hukuka uygunluk nedeni kabul edilemez, böyle bir emri veren de emri yerine getiren de sorumludur.

1. Emrin Hukuka Uygunluğu ve Sorumlu Olmama

Yetkili mercii tarafından verilen yerine getirilmesi görev gereği zorunlu hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi tartışmasız bir hukuka uygunluk nedenidir. Emri veren amirin de emri yerine getiren memurun da fiilleri hukuka uygundur. Oysa emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olmaksızın bu fiiller aslında bir suç oluşturmaktadır. Örneğin tutuklama kararına konu olan fiil aslında TCK m. 109da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, arama kararına konu olan fiil ise aslında TCK m. 116da düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturmaktadır. Ancak diğer taraftan Ceza Muhakemesi Kanununun 100. Maddesinde kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebileceği kabul edilmiştir, Aynı Kanunun 116. Maddesinde ise yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği kabul edilmiş, 117. Maddede ise diğer kişilere ilişkin aramanın şartları düzenlenmiştir. Yani emrin yerine getirilmesine konu olan fiil duruma göre kişi özgürlüğüne, konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, vücut bütünlüğüne müdahale ettiği hale suç sayılmamaktadır. TCK m. 109 ve TCK 119da ilgili fiiller suç sayılmış, ancak diğer hukuki kurallar olan CMK m. 100 ve CMK m.116 ilgili fiillerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmış ve fiiller hukuka uygun hale gelmiştir. Yani hukuken korunan bir değere emir aracılığıyla kanunen kabul edilmiş bir zarar verildiğinde hukuka uygunluk

nedeni ortaya çıkmaktadır. Suç sayılan fiillerin işlenmesi bu şekilde hukuka uygun kabul edilmektedir.⁶⁰¹

Başka bir kanun maddesi yani hukuk normu ile işlenmesine izin verilen bir fiil objektif olarak hukuka aykırı değildir. Çünkü kanun hükmü belli şartlar altında bu fiilin işlenmesine izin vermiş hatta bazı hallerde emretmiştir. Bu nedenle diğer kanun hükmü ile suç kabul edilen fiilin işlenmesi hukuka uygundur.⁶⁰² Burada kanun hükmünün yerine getirilmesinin mi amirin emrinin yerine getirilmesinin mi söz konusu olduğuna ilişkin bir soru gündeme gelebilir. Kanun hükmünün yerine getirilmesi ve amirin emrinin yerine getirilmesi görevin yerine getirilmesi kapsamında kabul edilmektedir. Görevin kaynağı kanun hükmünün yerine getirilmesinde kanun, emrin yerine getirilmesinde ise amirin emridir. Her iki hukuka uygunluk nedeni birbirine çok benzemekle birlikte emrin yerine getirilmesinde mutlaka yetkili amirden verilen bir emrin olması gerekmektedir, emrin kaynağı kanun da olsa memur kanun hükmünü emir olmaksızın yerine getiremez. Kanun hükmünün yerine getirilmesinde ise emre ihtiyaç olmadığı gibi hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için her durumda kamu görevlisi olmaya da gerek yoktur.⁶⁰³ Ancak eğer kanun hükmünün muhatabı silah kullanma yetkisini düzenleyen PVSK m. 16da olduğu gibi kamu görevlisi ise bu durumda kanun hükmünün mutlaka kamu görevlisi tarafından yerine getirilmesi gereklidir, diğer kişiler ilgili hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz.⁶⁰⁴ Tutuklama ya da arama işlemlerini değerlendirirsek, her ne kadar bunları düzenleyen birer kanun hükmü olmakla birlikte, memurların doğrudan ilgili

⁶⁰¹ Günal, s. 134-135.

⁶⁰² Günal, s. 135.

⁶⁰³ Erem/Danışman/Artuk, s. 559.

⁶⁰⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 218.

Kanun hükümleri olan CMK m. 100ü ya da CMK m. 116yı uygulamasına olanak yoktur. Öncelikle usulüne uygun tutuklama emri ya da arama emri çıkmalı, sonra emir aracılığıyla kanun hükümleri yerine getirilmelidir. Dolayısıyla bu hallerde ilgili hukuka uygunluk nedeni kanun hükmünün yerine getirilmesi değil, amirin emrinin yerine getirilmesidir. Ancak örneğin CMK m. 90/1 de kişiye suç işlerken rastlanması, suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde herkes tarafından geçici olarak yakalamanın yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda herkes ilgili koşullar oluştuğunda yetkili bir makamın emri olmaksızın herkes yakalama yetkisini kullanabilir, burada görevin kaynağı doğrudan kanun hükmüdür, dolayısıyla yararlanılan hukuka uygunluk nedeni kanun hükmünün yerine getirilmesidir. Benzer şekilde PYSK m. 16da⁶⁰⁵ polislerin silah kullanma yetkisi bakımından da amirin emrine

⁶⁰⁵ Bkz. PYSK m. 16: “Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş 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; polislerin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü, b) Maddî güç; polislerin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı 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 direniş 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, 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. Polis, direniş 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”

ihtiyaç yoktur, gerekli şartlar oluştuğunda ve polis silah kullandığında kanun hükmünün yerine getirilmesi söz konusudur.⁶⁰⁶

Emri uygulayan memurun fiili hukuka uygundur, hukuka uygun bir emre memurun itaat yükümlülüğü bulunmaktadır, emrin hukuka uygunluğunun kaynağı da Kanun hükmüdür, çünkü Kanuna uygun olduğu sürece hukuka uygundur.⁶⁰⁷ Emrin yerine getirilmesinde hukuk normunun içerdiği irade emir vasıtasıyla dolaylı olarak gerçekleşmektedir. Yetkili amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin temeli emri hukuka uygun hale getiren hukuk normudur.⁶⁰⁸ Emri verenin de emri uygulayanın da fiilleri hukuka uygun olduğu ve bir hukuka aykırılık söz konusu olmadığı için her ikisinin de cezai sorumlulukları bulunmamaktadır. Zaten bu durum Türk Ceza Kanununun 24. Maddesinin ikinci fıkrasında da “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

⁶⁰⁶ “Sanığın arkadaşı tanık Eyüp ile Ümraniye İlçe Jandarma Karakol Komutanlığı Yeni Doğan Karakolu Sorumluluk Bölgesinde, olay gecesi saat 01 ile 05 arasında, önleyici yaya kolluk devriyesi görevini yaparken, İl Jandarma Komutanlığı Muhabere Merkezi Telsizinden 34VL1219 plakalı beyaz renkli Uno marka hususi otunun çalıntı olduğu, çeşitli yerlerde kapkaç olayına karıştığı, aracın mıntika dahilinde görüldüğünde yakalanarak gerekli yasal işlemlerin yapılmasının anons edildiği, maktulün yanında tanık Başar ile saat 02.45 sıralarında sevk ve idaresindeki 34 VL1219 plakalı beyaz renkli Uno marka arabanın, Mimar Sinan Bulvarında nöbet tutan sanık ve tanık Eyüp tarafından görülmesi üzerine tanık Eyüp’ün defalarca düdük çalarak ve el işareti ile dur ihtarında bulunduğu, maktulün arabayı sanığın üzerine sürerek kaçmaya çalıştığı sanık ve arkadaşının dur ihtarına devam ettiği, sanığın havaya 1 el uyarı ateşi yaptığı, uyarıya rağmen kaçan araca, durmasını temin için tekerleğini hedef alarak arkasından 1 el ateş ettiği, aracın bagajından giren merminin maktule isabetle ölümünü tevlit ettiği, araç içinde yapılan kontrolde yağmaya maruz kalan mağdurelerin çantaları ve özel eşyalarının bulunduğu arabanın düz kontak yapılarak çalındığının anlaşıldığı olayda,

2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununun 11,25/a,2559 Sayılı PYSK 16, 211 Sayılı Yasanın 80/a, 87/1-c ve yönetmeliğin 39. Maddelerinin verdiği yetkiye istinaden silah kullanan sanığın 5237 sayılı Yasanın 24. Maddesine göre kanunun hükmünü yerine getirdiği anlaşılmalı ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 2537 sayılı Yasanın 27/1, 85, 62. Maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T. 30.10.2007, E. 2006/4717, K. 2007/7842, Metiner, Haydar, Koç, Ahsen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, I. Cilt, Madde 1-36**, Yorum Basın Yayın, Mart 2008, Ankara, s. 278.

⁶⁰⁷ Günal, s.135.

⁶⁰⁸ Toroslu/Toroslu, s. 150.

Hukuka uygun emrin yerine getirmesi bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ve emrin yerine getirilmesi fiili hukuka uygun kabul edildiği için bir suç da söz konusu değildir. Dolayısıyla fiil hukuka uygun olup, teşebbüs aşamasında dahi kalmış bir suç fiili olmaması nedeniyle emri uygulayan memura yardım eden kişi suça iştirak dolayısıyla cezalandırılmaz. Örneğin haciz memurunun isteğiyle kapıyı açan çilingirin konut dokunulmazlığının ihlal suçundan dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Haciz memurunun fiili icra dairesinin hukuka uygun emrini yerine getirmesi dolayısıyla hukuka uygundur, çilingir de bu fiil hukuka uygun olduğu için cezalandırılmaz.⁶⁰⁹

2. Emrin Hukuka Aykırılığı ve Sorumluluk

Emrin hukuka aykırılığı her zaman suç oluşturmaz. Çünkü her hukuka aykırılık suç değildir. Ancak her suç hukuka aykırı bir fiildir.⁶¹⁰ Dolayısıyla her hukuka aykırı emir de suç teşkil etmemektedir. Bu bakımdan hukuka aykırı emirler konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler ve suç teşkil eden emirler olarak ayrılabilir. Bu iki tip emir arasında hukuki nitelik bakımından ve emri verenin ve emri uygulayanın sorumluluğu açısından fark bulunmaktadır.

A. Hukuka Aykırı Ancak Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emir Bakımından Sorumluluk

Bir emir hukuka aykırı olmakla birlikte konusu suç oluşturmayabilir. Suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinin ceza hukukunun sahası dışında kaldığı ve konunun daha çok idare hukuku ve anayasa hukuku ile ilgili olduğu ileri sürülse⁶¹¹ de biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü özellikle Ceza Muhakemesi

⁶⁰⁹ Günal, s. 136.

⁶¹⁰ Hafızoğulları/ Özen, s. 187 vd.

⁶¹¹ Günal, s.136, Önok, s. 452, Dursun, s. 237, Ünver, Yener, “YTCK da Kusurluluk” Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, s. 55.

Kanununa göre verilen tutuklama kararı ya da arama kararı hukuka aykırı olabilir. Bir kolluk görevlisi bu durumda tutuklama emrinin ya da yakalama emrinin hukuka aykırılığını bildirirse ve kendisine emir yazıyla yinelense hukuka aykırı olan bu emirleri yerine getirmekle yükümlüdür. Bu hallerde emir hukuka aykırıdır ancak tutuklama emrini yerine getiren kolluk görevlisi sorumlu olmayacaktır.⁶¹² Dolayısıyla hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesi ceza hukukunun alanı dışında değildir. Kaldı ki bir hukuka aykırılığın ne zaman suç oluşturup oluşturmadığını tespit bakımından da konu ceza hukuku ile ilgilidir.

Anayasa memurlara mutlak itaat yükümlülüğü yüklememiştir. Memur kendisine verilen emri her durumda yerine getirmek zorunda değildir. Anayasa m. 137/1 e göre memur üstünden aldığı emri öncelikle yönetmelik, tüzük⁶¹³, kanun veya Anayasa hükümlerine göre incelemeli, emir de bir hukuka aykırılık olduğunu düşünürse bu aykırılığı emri veren amirine bildirmelidir. Memur emir ancak amir emirde ısrar eder ve emri yazılı olarak tekrarlırsa emri yerine getirmekle yükümlüdür. Aynı düzenleme Devlet Memurları Kanununda m. 12 de de yer almaktadır. Amirin yazı ile tekrarladığı emir aslında hukuka aykırı değilse sorun yoktur, emri verenin de emri yerine getirenin de sorumluluğu zaten söz konusu değildir. Ancak amirin yazı ile yinelediği ve memurun yerine getirdiği emir gerçekten hukuka aykırı bir emir ise bu durumda emrin yerine getirilmesinden memur değil sadece emri veren amir sorumlu olur. Bu sorumluluğun cezai bir sorumluluk olmadığı, idari bir sorumluluk ya da

⁶¹² Hafızoğulları/Özen, s. 218.

⁶¹³ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.Maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

tazminat sorumluluğu olduğu ileri sürülmüşse⁶¹⁴ de kimi durumlarda emrin yerine getirilmesinden cezai bir sorumluluk doğması da olanaklıdır. Buna göre emri alan ve emri hem şekli olarak hem de içerik olarak inceleyen ve amirine emrin hukuka aykırılığını bildiren memur, amirin emrinde ısrar etmesi ve emri yazı ile tekrarlaması halinde sadece idare ve borçlar hukuku bakımından değil görevi kötüye kullanma suçundan dolayı da sorumlu tutulamayacaktır.⁶¹⁵ Bu durumda memur hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emri yerine getirmiş olacak ancak cezai sorumluluğu olmayacaktır. Zaten, [her ne kadar hukuka aykırı emrin yerine getirilmesini kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul etmesi nedeniyle kanımızca yerinde bir düzenleme olmasa da] CMK 223/3-b de yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde faile ceza verilemeyeceğini düzenlemiştir. CMK m 223/3-b nin konusu suç teşkil eden emirler bakımından uygulanması olanaksızdır, çünkü konusu suç teşkil eden emirler yerine getirildiğinde emri veren de emri uygulayan da sorumlu olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta emrin konusunun sadece hukuka aykırı olması ancak suç teşkil etmemesidir. Amirin memura yerine getirilmesi bir suç oluşturacak emir vermesi halinde hukuka aykırı emir değil konusu suç teşkil eden emir söz konusudur.⁶¹⁶ Örneğin Türk Ceza Kanununun 120. Maddesine göre hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisinin fiili haksız arama suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda örneğin cumhuriyet savcısının hiç arama şartları oluşmadığı halde keyfi olarak arama yaptırması halinde her ne kadar doktrinde aksi ileri sürülse de⁶¹⁷ bizce

⁶¹⁴ Günal, s. 137.

⁶¹⁵ Zafer, s. 354.

⁶¹⁶ Zafer, s. 355.

⁶¹⁷ Gülşen, Recep, “**Haksız Arama Suçu**”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, 2007-2008, s. 151; yazar bu örnekte hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin söz konusu olduğunu

konusu suç teşkil eden bir emir söz konusudur ve kolluk görevlisi haksız arama suçundan dolayı sorumlu olur.⁶¹⁸ Benzer şekilde amirin emrinin konusu görevini kötüye kullanma suçu teşkil etmekte ise hem emri veren hem emri uygulayan görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumludur. Yargıtay bir kararında *“polis memuru olan sanığın, ruhsatsız silah taşıyan kimseyi karakola götürüp yasal işlem yaptığı sırada karakola gelen emniyet amirinin yasaya aykırı olarak verdiği emri yerine getirerek, düzenlediği tutanağı yırtarak silahı geri verip sanığı serbest bırakmasının görevi kötüye kullanma suçu oluşturduğuna”* karar vermiştir.⁶¹⁹

Memur konusu suç oluşturmeyen emirler bakımından, emrin hukuka aykırı olduklarına kanaat ederlerse durumu amire bildirmeli, amir emrinde ısrar eder ve emri yazı ile yinelerse yerine getirmelidir. Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından kural budur. Emrin hukuka aykırı olduğunu düşünmesine rağmen amirin emri yazılı olarak tekrarlaması üzerine memurun hukuka aykırı emri yerine getirmesinin nedeni idari mekanizmanın işleyişini bozmamaktır. Hiyerarşik ilişki amirin memurdan daha uzman ve bilgi sahibi olduğu esasına dayanmaktadır, amirin hukuk kurallarını memurdan daha doğru yorumlayacağı kabul edildiği için memurca hukuka aykırı bulunan bir emir amir yazılı olarak tekrarlandığında yerine getirilmektedir.⁶²⁰ Emrin yazılı olarak tekrarlanması memurun emrin hukuka aykırılığına itiraz ettiğine ilişkin bir ispat belgesi olması bakımından da önemlidir.⁶²¹ Amirin emrinde ısrar etmesi ve emrini yinelemesi sonucu hukuka aykırı bir emrin

ve emrin yerine getirilmesinden kolluk görevlisinin değil sadece emri veren cumhuriyet savcısının sorumlu tutulacağını ileri sürmektedir.

⁶¹⁸ Yıldırım, Akif, **“Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu”**, Türk Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, s.608.

⁶¹⁹ Yargıtay 4. CD. , 6.6.1998-4229, Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 370.

⁶²⁰ Demirel, Hakkı, **“Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar”**, AÜHFD, Cilt:7, Sayı:1, 1950, s. 117-118.

⁶²¹ Günal, s.137.

yerine getirilmesi halinde memurun değil emri veren amirin sorumlu olacağını Anayasal olarak kabul edilmesi yerinde bir düzenlemedir. Memurun emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanması için öncelikle emrin yetkili amir tarafından verilip verilmediğini, emrin görevi gereği yerine getirmesi zorunlu bir emir olup olmadığını incelemesi gereklidir. Bu şartlar yerine getirilmeksizin emir verilmiş ise emri yerine getirmemelidir. Emir gerekli şartlara uygun olmasına rağmen içerik olarak hukuka aykırı ise bu aykırılığı emri verene bildirmelidir Emrin hukuka aykırılığını amire bildiren ve emir kendisine yazılı olarak yinelenen memur sorumluluktan kurtulacaktır.⁶²²

Memur amirin emir ve talimatlarına ilişkin idari dava yoluna gidememektedir.⁶²³ Mevzuatı yorumlamak ve uygulamak, gerekli tedbirleri almak, takdir hakkını kullanmak amirin yetkisindedir. Kendisine bir emir verildiğinde memurun yapabileceği tek şey emre ilişkin hukuka aykırılık itirazında bulunmaktır. İtiraza rağmen emirde ısrar edilmiş ve emir yazılı olarak tekrar verilmişse memurun yükümlülüğü emri yerine getirmektir. Bu durumda emrin yerine getirilmesinden amir sorumlu olacaktır. Emri veren amir hukuka aykırı emir vermek suretiyle hukuk kurallarının kendisine tanıdığı görev alanının dışına çıkmışsa ve görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş ise diğer şartların da var olması kaydıyla görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olabilir, memur ise bu suçtan dolayı sorumlu olmayacaktır.⁶²⁴ Amirin görev alanı dışına çıkarak emir vermesi hukuka aykırıdır ve suç oluşturmaktadır, memurun fiili ise hukuka aykırı ancak suç oluşturmayan emrin yerine getirilmesi bizce hukuka uygunluk nedeni olduğu için hukuka uygundur.

⁶²² Değirmenci, s. 475.

⁶²³ Yıldırım/Yasin/Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, s. 35.

⁶²⁴ Değirmenci, s. 458.

Tekrarlamak istediğimiz husus emrin hukuka aykırılığını koruduğu, cezalandırılanın ve suç kabul edilenin ise amirin emretme fiili olduğudur, hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla hukuka uygun sayılan sadece memurun emri yerine getirme fiilidir.⁶²⁵ Amir memurun fiiline azmettirdiği için değil, kendi fiilinden dolayı fail olarak cezalandırılmaktadır.⁶²⁶

B. Konusu Suç Teşkil Eden Emir Bakımından Sorumluluk

Konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez, yerine getirildiğinde emri veren de emri yerine getiren de sorumludur. Anayasa m.137/2de bu kural açıkça kabul edilmiştir. Türk Ceza Kanunu m. 24/3, Devlet Memurları Kanunu m. 11/3, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu m.2/2 de de konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi yasaklanmıştır. Türk Ceza Kanununda konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden emri yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmişken, Devlet Memurları Kanunu ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanununda emrin konusunun suç teşkil etmesine ilişkin olarak *“merciinden sadır olan emir hilafi kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme mürettip ceza emri veren amire hükmolunur”* hükmü yer almaktaydı. Hükümde konusu suç teşkil eden emirden açıkça söz edilmeyerek kanuna aykırı emirden bahsedilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Hüküm sanki kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinin bir suça neden olması halinde bu suçtan dolayı sadece emri veren amirin sorumlu olacağı gibi bir lafzi yoruma neden olabileceksede böyle bir durumda hem emri veren amirin hem de emri yerine getirenin sorumlu olacağı belirtilmiştir.⁶²⁷

⁶²⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 216.

⁶²⁶ Aksi yönde, Değirmenci, s. 458.

⁶²⁷ Günal, s. 139.

Bununla birlikte mülga 765 S. Kanun döneminde de kanuna aykırı her emrin aynı zamanda suç teşkil etmeyeceği, kanuna aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirlerin de söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁶²⁸ Emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde ise 765 S. TCK döneminde de Kanunun yerinde bulunmayan lafzına karşın hem emri verenin hem emri yerine getirenin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Mevcut 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ise açıkça konusu suç teşkil eden emirden bahsetmiş ve bu emrin yerine getirilmesini mutlak biçimde yasaklamıştır.

Yetkili amir tarafından verilen ve emri yerine getirenin de görev alanı içine giren bir emir suç teşkil edebilir. Bu durumda emri yerine getirenin sorumluluğuna ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin sadece hukuka uygun emirler için geçerli olduğunu konusu suç teşkil eden emirler bakımından ise emri verenin ve emri yerine getirenin sorumluluğunun esas olduğunu ileri sürmektedir. Görüşe göre kurala sadece emri yerine getirenin hataya düşmesi ve emri yerine getirene emrin içerik olarak hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin tanınmadığı hallerde istisna getirilebilir. Bu istisna hallerinde emrin yerine getirilmesinden sorumsuzluk emri veren bakımından değil, emri yerine getiren bakımındandır. Emri veren her halde suç teşkil eden emrin verilmesinden sorumludur.⁶²⁹ Bir başka görüş emrin yerine getirilmesinin şartlarından yola çıkarak bir yorum yapmaktadır. Görüşe göre emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için gerekli şartlar emri veren yetkili amir olması ve emrin görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir olmasıdır. Konusu suç teşkil eden bir emri vermek hiçbir makamın yetkisi içinde olmadığı gibi böyle bir emir yerine

⁶²⁸ Günal, s. 136-138.

⁶²⁹ Dönmezer/Erman, s. 95-96.

getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir de değildir. Görüş konusu suç teşkil eden emirler bakımından kanuna açıkça aykırı olan ve kanuna açıkça aykırı olmayan emirler ayrımını yapmaktadır. Kanuna açıkça aykırı olan ve suç teşkil eden bir emir yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir değildir, dolayısıyla bu emir yerine getirildiğinde emri veren de emri yerine getiren de sorumlu olacaktır. Kanuna açıkça aykırı olmayan emrin verilmesi halinde ise emrin yerine getirilmesinin şartları sadece objektif olarak değil sübjektif olarak da değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken amir ile memur arasındaki hiyerarşik ilişki de dikkate alınmalıdır. Bir emir görünüşte hukuka uygun olup açıkça Kanuna aykırı değilse, yani ilk bakışta emrin Kanuna aykırılığı anlaşılamiyorsa objektif koşulların yanında memurun sübjektif durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Yani memurun şahsı, ruh hali, hiyerarşik ilişki gereği itaat yükümlülüğü, amirinin verdiği emirlerin her zaman hukuka uygun olacağına ilişkin inancı da dikkate alınmalı ve tüm bunlar memurun emrin Kanuna aykırılığına ilişkin şüphe dahi duymamasına neden olmuşsa memur görüşe göre Kanuna açıkça aykırı olmayan emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmamalıdır.⁶³⁰ Diğer bir görüşe göre ise kanunsuz emir konusunda Türk hukuk sistemi bilinçli boşluklar bırakmakta, konuya ilişkin belirli bir düzenleme yapmaktan kaçınmaktadır. Anayasa 137/3de yer alan “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır*” hükmü de bunu göstermektedir, kanunsuz emir konusunda hemen her devlet içtenlikten uzak düzenlemeler yapmaktadır. Hukuk devletinde kanunsuz emir bir hukuka uygunluk nedeni sayılamaz. Emir kanuna eşit değildir. İdare hukukla bağlıdır, yürütmenin sınırı daima kanundur, hukukun üstünlüğü ilkesi bunu gerektirir. Kanuna

⁶³⁰ Taner, s. 398-399.

aykırı bir emrin yerine getirilmesinin, bazı hizmetler bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılmasının ileri sürülmesi kabul edilemez. Kanunun kendisine aykırı olan bir emri hukuka uygun kabul etmesi hukuki olarak mümkün değildir. Böyle bir kabul hukuka değil, örneğin siyaset gibi hukuktan farklı bir olguya üstünlük tanımak anlamına gelmektedir. Emrin yerine getirilebilmesi için emrin amacının anlaşılmasının zorunlu olması ile memurun emri anlamadan emri yerine getirmeye zorunlu tutulması çelişkilidir. Yerine getirilmesi suç olan emrin hukuka uygun sayılması mümkün değildir.⁶³¹

Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesini savunanlar ise görüşlerini idarenin bütünlüğüne ve hiyerarşi ilişkisine dayandırmaktadır. Buna göre devletin idari faaliyetlerine zarar vermeden memurun verilen bir emri yerine getirmemesini savunmak olanaklı değildir. Görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emir suç teşkil etse dahi kamu hizmetlerinin aksamaması için yerine getirilmelidir.⁶³² Yine memurun suç teşkil eden emri yerine getirilmesine ilişkin olarak emri yerine getirenin fiilinin memur görevini yerine getirdiği için hukuka uygun olduğu, emri veren amirin ise emrindeki memur aracılığıyla suç işlemiş olduğu ileri sürülmüştür.⁶³³ Hiyerarşik ilişkilerin, amir ile memur arasındaki emir talimat ilişkisinin düzenlenmesinin ceza hukukunun çalışma alanında olmadığı bunu idare hukukunun belirlemesi gerektiği ileri sürülmüş, ceza hukukunun hangi amirin hangi memura hangi emri verebileceğiyle ilgili olamayacağı savunulmuştur. Dolayısıyla memura yüklenen itaat yükümlülüğünün memurun emrin içeriğini inceleme hakkını kaldırıp kaldırmadığını denetlemek ceza hukukunun değerlendirmesi gereken bir konu değildir. Bu her

⁶³¹ Erem/Danışman/Artuk, s. 560.

⁶³² Günal, s. 141.

⁶³³ Günal, s. 141.

durumda idare hukuku tarafından belirlenmelidir. Ancak konunun idare hukukunun alanına girmesi, memurun her emri yerine getirmesi gerektiği anlamına da gelmemektedir. Memur konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde esaslı bir hataya düşmüş ise hatasından yararlanacak ve sorumlu olmayacaktır.⁶³⁴

Kuşkusuz emir yetkili amir tarafından verilmemiş ise, emrin konusu amirin yetkisinin dışında kalmakta ise bu emir yerine getirilmemelidir. Yetkisinin dışına çıkarak verdiği emirler bakımından amir yetkili sayılmadığı için memurun bu emirlere itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Emrin yerine getirilmesi fiili objektif olarak suç oluşturduğu halde memur tamamen itaat yükümlülüğünü yerine getirdiği ve görevini yaptığı inancıyla hareket etmiş olabilir. Bu durumda memurun saiki hukuka uygun olduğu ve hiyerarşik itaat yükümlülüğü kural olarak emrin yerine getirilmesini gerektirdiği için fiilin suç niteliğini kaybettiği ileri sürülmüştür. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre konusu suç teşkil eden emirler bakımından memurun itaat zorunluluğundan bahsedilemeyeceği gibi memurun emrin hukuka uygun olduğu inancı ile emri yerine getirmesi halinde sadece memurun sübjektif sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Böyle bir durumda fiilin objektif olarak suç sayılamaması mümkün olmadığı gibi emri veren amirin suç teşkil eden bu fiilden dolayı sorumluluğu devam etmektedir.⁶³⁵

Emri yerine getiren emrin gereklerine uygun hareket ettiğini ve Kanuna uygun davrandığını emri yerine getirirken sınırı aşmadığını ispat etmesi halinde sorumlu olmayacağı ileri sürülmüştür. Buna göre tutuklama, arama yapmak için konuta girme, kuvvet ve cebir kullanma bir kamu görevlisinin görevi alanında olabilir. Bu vazifelerin

⁶³⁴ Günal, s.142.

⁶³⁵ Günal, s. 142-143.

sınırı aşıldığında hukuka aykırı bir tutuklama, arama ya da kuvvet kullanma söz konusu olacaktır. Sınırın aşılmasından ise emri yerine getiren memur değil, emri veren amir sorumlu olacaktır. Emri yerine getirenin emri tıpkı hâkimin kanunu uyguladığı gibi yerine getirdiği ve emre itaat saikiyle hareket ettiği bu nedenle de kendisi bakımından bir suç oluşamayacağı ileri sürülmüştür.⁶³⁶ Kanımızca verilen örnekler konusu suç teşkil eden emirler bakımından değil hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından geçerlidir. Şöyle ki hiyerarşik ilişki bakımından kimi hallerde memurun emrin içeriğini denetleyecek bilgiye sahip olmaması bu denetimi olanaksızlaştırabilir. Örneğin bir kolluk görevlisine bir yakalama emri ya da tutuklama emri verildiğinde memurun bu emirlerin hukuka uygun olup olmadığını araştırması olanaksızdır. Çünkü bu emirlerin hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilecek bilgileri bulunmamaktadır. Kaldı ki tutuklama gibi yazılı verilen bir emrin tekrar yazılı olarak istenmesinin yerindeliliği ve olanaklılığı da tartışmalıdır. Dolayısıyla böyle hallerde hukuka aykırı emri yerine getiren memurun hukuka uygun davrandığının kabul edilmesi sorumluluğun emri veren amire ait olması gereklidir.⁶³⁷ Ancak tabii ki verilen emrin konusunun suç teşkil etmesi hali ayrıdır. Örneğin bir sulh ceza hâkiminin hakkında suç şüphesi ve tutuklama kararı olmayan kişinin keyfi olarak tutuklanmasını ve tutukevine götürülmesini kolluk görevlisine emretmesi halinde bu emir konusu suç teşkil ettiği için yerine getirilmemelidir, aksi takdirde emri yerine getiren bu fiilinden dolayı sorumlu olur.⁶³⁸

⁶³⁶ Günal, s. 143.

⁶³⁷ Zafer, s. 356, yazar hukuka aykırı emrin yerine getirilmesini kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul ettiği için memurun kusurunun bulunmaması nedeniyle sorumlu olamayacağını savunmaktadır.

⁶³⁸ Taner, s. 398.

Emri veren amiri suç işlemeyi amaçlayıp, aslında suç teşkil eden bir emri sanki hukuka uygun bir emir gibi gösterip, suç teşkil ettiğini saklayarak verebilir. Bu durumda emri yerine getiren emrin aslında suç teşkil ettiğini anlayamadan yerine getirirse sorumluluktan kurtulur, ancak emrin suç teşkil ettiğini anlamış ise emri yerine getirmemelidir, getirdiği takdirde suç işlemiş olacaktır.⁶³⁹

Konusu suç teşkil eden emir bizce hiçbir şekilde yerine getirilmemelidir. Konusu suç teşkil eden bir emri vermek hiçbir amirin yetkisi içine girmediği gibi böyle bir emir görev gereği zorunlu bir emir olarak da kabul edilemez. Hukuk devleti ilkesi gereği böyle bir durum olanaksızdır. Devletin suç işlemeyi yasaklarken, amir ve memurları aracılığıyla suç işletmesi düşünülemez. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Anayasa m. 137/son da belirtilen *askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar* ve Türk Ceza Kanunu m.24/3 de belirtilen *hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olduğu haller* bu kuralın istisnası değildir. Bu haller sadece emrin içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin engellemekte, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine izin vermemektedir. Bu düzenlemelerin Anayasada ve Kanunlarda konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin yasaklanmasından hemen sonra yer alması ilgili durumların bu kuralın istisnaları olduğu anlamına gelmemektedir. Hukuka uygunluk denetiminin yasaklaması kanunun suç işlemeye izin vermesi demek değildir. Hukuka uygunluk denetiminin yasaklanması suç sayılan fiiller bakımından değil, suç oluşturmayan hukuka aykırı fiil ve işlemlerle ilgilidir. Yani emri yerine getiren memur her koşulda kendisine verilen emrin konusunun suç

⁶³⁹ Günal, s. 142.

oluşturup oluşturmadığını denetlemek ve suç sayılan bir emri hangi yetkili mercii tarafından verildiğine önem vermeksizin yerine getirmemek zorundadır.⁶⁴⁰

Sonuç olarak konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi mutlak bir kuraldır, böyle bir emir yerine getirildiği takdirde emri yerine getiren memur sorumluluktan kurtulamayacaktır. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir, emrin yerine getirilmesinden hem emri veren amir hem de emri yerine getiren memur sorumlu olacaktır.

a. Emri Veren Sorumluluğu

Türk Ceza Kanununun 24. Maddesinin üçüncü fıkrasına göre konusu suç teşkil eden emir yerine getirildiğinde emri yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emri veren sadece konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden değil hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesinden de sorumludur. Anayasa m. 137/1 de hukuka aykırı emrinde ısrar eden ve bu emri yazılı olarak tekrarlayan amirin bu emirden dolayı sorumlu olacağı açıkça kabul edilmiştir. Hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emir bakımından emri yerine getirenin faydalandığı hukuka uygunluk nedeni amir için değildir, amir fiilinden sorumludur. Konusu suç teşkil eden emir bakımından ise sorumluluk her ikisi içindir. Emrin hukuka aykırılığı amirin yetki aşımından, yetkisizliğinden ya da emrin şekil ve/veya içerik bakımından hukuka aykırı olmasından kaynaklanabilir. Emir hukuka aykırı olup suç teşkil etmese de ya da konusu suç teşkil etse de amir hukuka aykırı emrin verilmesinden sorumludur.⁶⁴¹

⁶⁴⁰ Hafizoğulları/Özen, s. 216.

⁶⁴¹ Günal, s. 144.

Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen bir emir verildiğinde memur biçim ve içerik denetimini yapmaksızın emri yerine getirmişse, diğer bir ifadeyle amire hukuka aykırılık itirazında bulunmamışsa hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden amir ile birlikte sorumludur. Burada emrin konusu suç teşkil etmemekle birlikte memurun emri yerine getirmesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilir. Bu durumda hem amirin emrine dayanarak görevinin gereklerine aykırı hareket eden ve hukuka aykırı bir emri yerine getiren memur hem de görevinin gereklerine aykırı hareket eden amir görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olacaktır.⁶⁴² Eğer emri yerine getiren amirine hukuka aykırılık itirazında bulunmuşsa ancak amir emri yazı ile yinelemişse emri yerine getirmek zorundadır. Bu durumda sadece emri veren görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olmaktadır. Ancak sadece hukuka aykırı bir emrin verilmesi memur tarafından emir yerine getirilmedikçe tek başına görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturmamaktadır, hukuka aykırı emrin görevin gereklerine aykırılık suçunu oluşturabilmesi için memurun bu emri yerine getirmesi gereklidir.⁶⁴³ Hukuka aykırı bir emri veren amir kanuna, yönetmeliklere, tüzüklere⁶⁴⁴ veya Anayasa hükümlerine aykırı emir vererek yetkisinin dışına çıkmaktadır. Bir kamu görevlisi olan amir yetkisinin sınırını aşarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmektedir.⁶⁴⁵ Amirin bu fiili neticesinde kişilerin mağduriyetine neden olunmuş, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş ya da kişilere haksız yarar sağlanmış ise amir görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olmaktadır. Emri yerine

⁶⁴² Okuyucu Ergün, görevi kötüye kullanma, s. 16.

⁶⁴³ Okuyucu Ergün, görevi kötüye kullanma, s. 16.

⁶⁴⁴ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.Maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁶⁴⁵ Toroslu, özel kısım, s. 306.

getirenin fiili ise Anayasa 137/1 hükmü gereği hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukuka aykırı bir emrin verilmesi halinde sorumluluk bizzat emri veren amire ait olmaktadır.⁶⁴⁶

Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden hem emri veren amir hem de emri yerine getiren memur sorumlu olur.⁶⁴⁷ Anayasa m. 137/2 de yer alan “*yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz*” ifadesinden konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden sadece emri uygulayan memurun sorumlu olacağına ilişkin bir sonuç çıkarılmamalıdır. Zaten TCK m. 24/2 de de böyle bir emrin yerine getirilmesinden emri verenin de sorumlu olacağı açıkça kabul edilmiştir. Emri veren azmettiren olarak sorumlu olmaktadır. Emri verenin konusu suç teşkil eden emirden dolayı sorumlu tutulabilmesi için emredilen memurun emri yerine getirmesi ya da yerine getirmeye teşebbüs etmesi gerekmektedir. Amirin azmettirmeden dolayı sorumluluğu tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun gerçekleştirilmesine bağlıdır.⁶⁴⁸ Dolayısıyla memur konusu suç teşkil eden emri yerine getirmemişse, bu emri yerine getirmeye teşebbüs dahi etmemişse amir de sorumlu değildir. Çünkü sadece konusu suç teşkil eden emir vermek amirin sorumluluğu için yeterli değildir, emrin konusu görevi kötüye kullanma suçu olsa dahi amirin sorumluluğu için öncelikle emir yerine getirilmelidir.⁶⁴⁹ Ancak amirin sadece konusu suç teşkil eden emir vermesi bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş ise amir bu durumda memur emri yerine getirmese dahi ilgili suçun faili olmaktadır.⁶⁵⁰ Örneğin Askeri Ceza Kanununda 109. Madde de amirin konusu suç teşkil eden emir vermesi bağımsız

⁶⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 217.

⁶⁴⁷ Değirmenci, s.478.

⁶⁴⁸ Toroslu/Toroslu, genel kısım, s. 302.

⁶⁴⁹ Okuyucu Ergün, görevi kötüye kullanma, s. 16

⁶⁵⁰ Değirmenci, s. 478.

olarak cezalandırılmaktadır.⁶⁵¹ Hükme göre suç işlenmese ya da işlenmeye teşebbüs edilmese dahi emri veren cezalandırılmaktadır. Suçun işlenmesi ya da işlenmeye teşebbüs edilmesi hali ise cezayı artıran neden olarak kabul edilmiştir.

Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu emrin yerine getirilmesi bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. 6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. Maddesi Anayasa'nın 105. Maddesinde değişiklik yapmış ve cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenlemiştir: "*Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir.*

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımdan itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir

⁶⁵¹ Bkz. AsCK, m. 109: "Rütbe veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve salahiyetini suistimal ederek madununa bir suçun yapılmasını teklif eden, amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolünür. 2. Suç yapılır veya yapılmaya teşebbüs edilirse faili asliye muayyen olan ceza, emir veren hakkında (M. 50) artırılarak hükmolünür."

defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer.

Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.” Ancak bu hüküm 6771 sayılı Kanunun 18. Maddesi gereğince birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir. Aynı Kanunun 17. Maddesinde yer alan Geçici 21/A maddesine göre ise Türkiye Büyük Millet Meclisinin 27’nci Yasama Dönemi milletvekili genel seçimi ve Cumhurbaşkanlığı seçimi 3.11.2019 tarihinde birlikte yapılacaktır. Yani 3.11.2019 tarihine kadar Anayasa’nın 105. Maddesi geçerliliğini korumaktadır.

Mevcut Anayasal düzende Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı’nın cezai sorumluluğu kişisel suçlarından ve görev suçlarından sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir. Hukuk devleti ilkesi gereği Cumhurbaşkanı’nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olduğu açıktır, ancak bu suçlar nedeniyle yargılamanın görev süresi içinde yapılıp yapılamayacağına ilişkin Anayasa’da bir hüküm bulunmamaktadır. Kanımızca cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığı gereği kişisel suçlardan dolayı yargılama görev süresi bittiğinde yapılmalıdır.⁶⁵² Görev suçları bakımından ise

⁶⁵² Hafizoğulları/Özen, s. 51.

cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu yoktur. Anayasa m. 105/e göre *Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz. Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler dışındaki tüm kararları Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır, bu kararlardan dolayı sorumluluk da Başbakan ve ilgili Bakanlara aittir.* Cumhurbaşkanı görev suçları dolayısıyla sadece vatana ihanet dolayısıyla sorumlu olabilir. Hıyanet-i Vataniye Kanunu yürürlükten kalkmakla birlikte, Türk Ceza Kanununda yer alan Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m.302-309), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m.309-316), Milli Savunmaya Karşı Suçlar (m.317-325), Devlet Suçlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m.326-339) vatana ihanet kapsamında değerlendirilebilir. Anayasa m. 105/3e göre *Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.* Kanımızca Anayasa ve Kanun koyucu Cumhurbaşkanı'nın hukuka aykırı ya da suç içeren bir emir vermeyeceğini öngörmüştür. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirlerinden dolayı sorumlu değildir. Konusu suç teşkil eden emirler bakımından ise verilen emir kişisel bir suça ilişkin ise cumhurbaşkanı sorumludur, görev suçları bakımından ise vatana ihanet haricinde Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Yani verilen emir vatana ihanet dışında bir görev suçu oluşturuyorsa bu emrine yerine getirilmesinden sadece emri yerine getiren sorumludur. TCK'nın 40. Maddesinde yer alan *“Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.”* hükmü gereği Cumhurbaşkanı emrin

verilmesinden sorumlu olmasa da emri yerine getirenin cezai sorumluluğu devam etmektedir.

b. Emri Uygulayanın Sorumluluğu

Yetkili amir tarafından verilen ve görev gereği yerine getirilmesi zorunlu hukuka uygun emri yerine getiren memurun fiili hukuka uygundur. Emrin konusu suç teşkil etmemekle beraber hukuka aykırı ise memur emrin hukuka aykırılığını emri verene bildirdiği ve emri veren tarafından emir yazı ile yinlendiği takdirde memurun emri yerine getirmesi yine hukuka uygun kabul edilmekte ve emri uygulayan emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden faydalanmaktadır. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bakımından ise hem emri veren hem de emri uygulayan sorumludur.

Konusu suç teşkil eden emri memurun yerine getirmemesi halinde amirin de konusu suç teşkil eden emri vermek fiilinin bağımsız olarak suç kabul edildiği haller haricinde cezalandırılmayacağını belirtilmiştir. Bununla birlikte emri yerine getirmeyen memur bakımından görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı tartışmalıdır. Kanımızca durum hukuka uygun emirler, hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler ve konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

TCK m. 257/2ye göre “*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*” görevi kötüye kullanma suçu dolayısıyla cezalandırılmaktadır. Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emir bakımından memurun yerine getirmedeği emir yetkili amir tarafından verilmiş ve

görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan bir emirdir. Görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emir; memurun görev alanına giren, göreviyle ilgili olan ve Kanun ve idari düzenlemeler gereği yerine getirmekle yükümlü olduğu bir emirdir. Yani verilen emir aslında memurun gereğini yapmakla yükümlü olduğu bir iştir. ⁶⁵³ Görevin gereklerini yapmakta ihmal, yapılması zorunlu bir görevi yerine getirmemek, görevi yapmamaktır. Görevi ihmal suçu ise kişilerin mağduriyetinin veya kamu zararının ya da haksız kazancın gerçekleştiği anda tamamlanmaktadır.⁶⁵⁴ Mülga 765 S. TCK nın 230. Maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunun seçimlik hareketlerinden birisi de *“üstünün yasaya göre verdiği buyrukları geçerli bir neden olmadan yapmamak”* da bulunmaktaydı. Mevcut Türk Ceza Kanununda bu seçimlik harekete yer verilmese de amirin hukuka uygun emri 257/2 bakımından görevin gerekleri içerisindedir. Dolayısıyla amirin hukuka uygun emrini yerine getirmeyen memur diğer şartlar da oluştuğunda TCK 257/2 dolayısıyla cezalandırılacaktır, amirin emrini gereği gibi yerine getirmeyen memur ise 257/1 dolayısıyla sorumlu olacaktır.⁶⁵⁵ Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta görevi gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emrin hukuka uygun olmasıdır. Anayasa 137/1 gereği memur mevzuata aykırı olan emri hukuka aykırılık itirazına rağmen yazı ile yinelendiğinde yerine getirmek zorunda olsa da eğer hukuka aykırı bu emri yerine getirmezse görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olmaz. Yazıyla tekrarlanan emri hukuka aykırı olduğu için yerine getirmemek idare hukuku gereği disiplin suçu oluştursa da görevin gereklerini yapmada ihmal sayılmaz ve görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz.⁶⁵⁶ Emrin

⁶⁵³ Toroslu, özel kısım, s. 309.

⁶⁵⁴ Toroslu, özel kısım, s. 310.

⁶⁵⁵ Gökcan, Hasan Tahsin, **“5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu”** Yargıtay Dergisi, Ekim 2005, s. 521

⁶⁵⁶ Gökcan, s. 526.

konusunun suç oluşturduğu hallerde ise memur emri yerine getirmemelidir, yani zaten memurun yükümlülüğü emri yerine getirmek değil, emri yerine getirmemektir. Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren memur suç işlemiş olacağı için bu emri yerine getirmemek görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz.⁶⁵⁷

C. Mutlak İtaat Yükümlülüğü Bulunanların Sorumluluğu

Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından kural memurun emri hem şekli hem de içerik olarak inceleyebilmesidir. Ancak bu kurala kimi hallerde istisna getirilerek memurun emrin hukuka uygun olup olmadığını maddi olarak inceleyebilmesi kısıtlanabilir. Bu istisna haller Anayasa m. 137/sonda askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar olarak ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanununda ise 24. Maddenin son fıkrasında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller emri yerine getirenin emri içerik olarak denetleyemediği hallerdir. Devlet Memurları Kanununun 11. Maddesinin son fıkrasında da “*acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır*” denilerek Anayasal hükme paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Türk Hukuk Sistemi bakımından emrin içerik olarak denetlenmesinin kısıtlanabilmesi ancak asker kişiler ve kolluk güçleri bakımından mümkündür. Bu kişiler bakımından itaat yükümlülüğünü artırarak mutlak itaat yükümlülüğünün kabul edildiği kanunlar ise Askeri Ceza Kanunu ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanunudur. Bu Kanunlar dolayısıyla emri yerine getirenlerin emre mutlak itaat etmeleri gerekmektedir. Ancak mutlak itaat yükümlülüğü konusu suç teşkil eden emirler bakımından değildir. Konusu suç teşkil eden emirler kesinlikle yerine

⁶⁵⁷ Gökcan, s. 526.

getirilmemelidir. Mutlak itaat yükümlülüğü emri yerine getirenin emrin içeriğini incelemesini yasakladığı için memur hukuka aykırılık itirazı yapamayacak ve dolayısıyla emir yazılı olarak tekrarlanamayacaktır. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden emri veren amir sorumlu olacaktır.

a. Asker Kişilerin Sorumluluğu

Asker kişiler yapılan hizmetin niteliği gereği itaat yükümlülüğü artırılmış kişilerdir. Üst ya da amir astına bir emir verdiğinde ast sadece emrin şekli açıdan hukuka uygun olup olmadığını ve hizmete ilişkin olup olmadığını inceleyebilir. Mutlak itaat yükümlülüğü astın emrin şekli yönünden hukukiliğini ve hizmete ilişkin olup olmadığını inceleme yetkisini kaldırmamaktadır. Sadece itaat yükümlülüğü artırılmış olduğu için astın verilen emrin içerik olarak hukuka uygun olup olmadığını incelemek gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Doktrinde askeri hiyerarşi içerisinde astın üst ya da amirlerinin emrinin hizmete ilişkin olup olmadığını ya da hizmet gereği olup olmadığını inceleme yetkisinin olmadığı ileri sürülmekte, astın amirin emrini mutlak olarak yerine getirme yükümlülüğü içinde olduğu belirtilmektedir.⁶⁵⁸ Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. İç Hizmet Kanununun 8. Maddesinde emirin tanımı “*hizmete ait bir talep veya yasağın sözle,yazı ile ve sair surette ifadesidir*” şeklinde hizmete ilişkin olarak yapılmıştır. Dolayısıyla hizmete ilişkin olmayan bir talep ya da yasak emir sayılamayacağı için yerine getirilmesi de söz konusu değildir. Yani emrin yerine getirilebilmesi için emrin hizmete ilişkin olması vazgeçilemez bir şarttır.⁶⁵⁹ Hizmetle ilişkin olmayan bir emri yerine getiren astın emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün değildir.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Özgenç, s. 418 vd, Koca/Üzülmez, s. 252.

⁶⁵⁹ Değirmenci, s. 473.

⁶⁶⁰ Erman, s. 182–183, Dönmezer/Erman, s. 100.

TSK İç Hizmet Kanununa göre emirlerin vaktinde yerine getirileceği ve değiştirilemeyeceği düzenlenmekle birlikte hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirlerin ve konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuka aykırı emre ilişkin TSK İç Hizmet Kanununda hüküm bulunmamasıyla birlikte TSK İç Hizmet Yönetmeliğinde⁶⁶¹ 33. Maddesinde konuya ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. 33. Maddeye 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. 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.*” Yönetmelik hükmüne göre emrin hizmete ilişkin olması şart olduğu gibi emir hukuka da uygun olmalıdır. Ancak ast emir hukuka aykırı olsa dahi önce emri yerine getirmeli sonra ise şikâyet etmelidir. Hüküm AsCK m. 41/b de yer alan emrin konusunun suç teşkil etmesi halini istisna tutmuştur. Hükme göre konusu suç teşkil eden bir emir yerine getirilmemeli ve gecikmeksizin bir yukarı amire emre ilişkin bilgi verilmelidir. Eğer ast konusu suç teşkil eden emri yerine getirirse sorumluluk kendisine ait olacaktır. Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmemesine ilişkin ilke asker kişiler için de geçerlidir.⁶⁶²

⁶⁶¹ Resmi Gazete Tarihi: 06.09.1961 Resmi Gazete Sayısı: 10899

⁶⁶² “Sanık Çavuşun, birlik kumandanının emir vermesi üzerine er ile cinsi münasebette bulunması olayında, birlik kumandanının verdiği emir, Askeri Ceza Kanunu 41/3-b maddesine aykırı olduğundan ast durumunda olan sanığın iş bu emrin gereğini yerine getirmemesi gerekirken, emrin

Askeri Ceza Kanununun 41. Maddesinin b fıkrası her ne kadar iştirak başlığı altında yer alsada konusu suç teşkil eden emri düzenlemektedir. Hükümde konusu suç teşkil eden emirler bakımından astın nasıl hareket etmesi gerektiği değil astın cezai sorumluluğu yer almaktadır.⁶⁶³ Buna göre amir tarafından verilen emrin adli ya da askeri bir suç oluşturması ve astın da bu durumu bilmesi halinde astın da amirle birlikte cezalandırılacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte Askeri Ceza Kanununun 41. Maddesi Askeri Ceza Kanununa ek 8. Madde ile zımnen yürürlükten kaldırılmıştır. Ek maddeye göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerinin bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla Türk Ceza Kanununun amirin emrinin yerine getirilmesine ilişkin hükümleri asker kişiler bakımından da uygulanacaktır.⁶⁶⁴

Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesi bakımından ise astın hukuka aykırı emri üstten yazıyla tekrarlamasını talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. TSK İç Hizmet Kanunu m. 14 de astın amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate zorunlu oldukları düzenlenmiş, ancak hukuka aykırı emrin yerine getirilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Hukuka aykırı emrin yazılı olarak istenip istenemeyeceğine ilişkin hukuki bir boşluk bulunmaktadır. TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 33. Maddesi hukuka aykırı emri yerine getireceğini ve sonra şikâyet edileceğini düzenlese de Anayasa m. 137/son da istisnaların Kanunla gösterileceği kabul edilmiştir, Kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun yönetmelikle

yapılmış olmasının sanığı sorumluluktan kurtarmayacağı....” Askeri Yargıtay 4. Dairesi, T. 16.02.1982, 78/75, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 517.

⁶⁶³ Değirmenci, s.474.

⁶⁶⁴ Kangal, s. 116-117, Değirmenci, s. 475.

düzenlenmesi ise yerinde değildir. Asker kişilerin hukuka aykırı emri yerine getirmelerine ilişkin Kanuni bir düzenlemenin yapılması hükümlerin doğru yorumlanması açısından yerinde olacaktır.⁶⁶⁵ Konuyla ilgili yasal boşluk olduğu iddiaları yerinde olmakla birlikte asker kişilerin mutlak itaat yükümlülüğüne tabii oldukları AsCK m. 14 de açıkça düzenlenmiştir. Mutlak itaat yükümlülüğü emrin içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının emri uygulayan tarafından denetlenememesidir. Ast emri veren amir ise emrine mutlak itaat edecek, üst ise kanun ve nizamlara göre böyle bir emir verip veremeyeceğini inceledikten sonra mutlak itaat edecektir.⁶⁶⁶ TSK İç Hizmet Kanunu astın mutlak itaat yükümlülüğü altında olduğunu düzenleyerek asta emri içerik itibariyle hukuka aykırılığını araştırma yetkisini tanımamıştır. Emrin içeriğinin hukukilik denetimini yapma yetkisi kendisine tanınmayan astın ise kanımızca emre hukuka aykırılık itirazında bulunması ve yazı ile yinelenmesini talep edebilmesi düşünülemez.⁶⁶⁷ Hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesinin emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacağı kabul edilmekle birlikte, Askeri Yargıtay'ın farklı gerekçelerle suçun oluşmayacağına karar verdiği çelişik kararları bulunmaktadır.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Değirmenci, s. 474.

⁶⁶⁶ Dönmezer/Erman, s. 99-100.

⁶⁶⁷ Dönmezer/Erman, s. 99-100.

⁶⁶⁸ Bkz. As. Yrg. 1. D. 01.05.2002, E. 2002/423, K.2002/420, “Yasa ve diğer nizamlarda düzenlenmiş hususlarda, yasa ve nizamlara aykırı olarak verilen emrin yerine getirilmesi, askerliğin kuralları gereği zorunlu olsa dahi, yerine getirilmemesinin AsCK'nın 87. Maddesine düzenlenen emre itaatsizlik suçunu oluşturmayacağı Askeri Yargıtay'ın yerleşik İçtihatları ile benimsenmiştir. Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması ile bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin suç teşkil etmesi ayrı sonuçlardır. Ast kanuna aykırı olsa dahi 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 cezalandırılabilecektir.” Kangal, s. 119. Farklı gerekçe için bkz. As. Yrg. Daireler Kurulu, 22.02.2001, E.2001/18, K.2001/21, “Her ne kadar İç Hizmet Kanununun 14 ve İç Hizmet Yönetmeliğinin 33. maddesi ile ‘astın aldığı emri kanuna ve nizama uygun bulmasa bile bu emri yapması ve ondan sonra şikâyet etmesi’ hüküm altına alınmış ise de, bu hükmün ceza hukuku alanında uygulama imkânı yoktur. Çünkü ceza hukukunda esas olan, ceza kanunlarının tayin ettiği suç tipine uygun fiilin mevcut olup olmadığıdır. Başka bir tabirle emrin biçimi ne olursa olsun astların uyma mecburiyeti olduğuna ilişkin idari kanun ve yönetmeliklerdeki hükümlerin As.C.K.nun 87. maddesi ile ilişkisi düşünülemeyeceği

b. Kolluk Güçlerinin Sorumluluğu

Kolluk güçleri mutlak itaat yükümlülüğü dolayısıyla itaat yükümlülükleri artırılan bir diğer meslek grubudur. Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 2. Maddesinde belirtilen hallerde verilen sözlü emirlerin yazılı istenemeyeceği açıkça kabul edilmiştir. Ancak polisler sadece PVSK m. 2de sayılan I-XIII arası haller içindir. Kanunda sayılan hallerde emri alan polis memuru emrin şekli denetimini yapacak ancak içerik bakımından hukuka uygun olup olmadığını denetleyemeyecektir. Böyle bir halde memur verilen sözlü emri yerine getirecek, bu emre hukuka aykırılık itirazında bulunup emrin yazılı olarak yinelenmesini isteyemeyecektir. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluk emri verene aittir. Ama bu sayılan hallerde dahi memur emri verenin yetkili olup olmadığını, emrin görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir olup olmadığını incelemek zorundadır. Emir sayılan hallere ilişkin olup emri veren amir yetkili değilse ya da emir memurun görev alanına girmiyorsa, görevi bakımından yerine getirmesi zorunlu bir emir değilse emri yerine getirmemelidir. Madde dışındaki hallerde ise polis memurunun itaat yükümlülüğü diğer devlet memurlarının itaat yükümlülüğü ile aynıdır. Yani polis memuru emri hem şekil hem de içerik olarak hukuka uygunluk bakımından denetlemeli, verilen emrin hukuka aykırı olduğunu düşündüğü takdirde emri verene bu hukuka aykırılığı bildirmeli ve amir emrinde ısrar edip emri yazıyla yinelediğinde emri yerine getirmelidir.

PVSK m.2 de sayılan haller sadece emrin içerik olarak hukuki denetiminin yapılmasına ve emrin yazılı olarak istenememesine ilişkindir. Bu haller konusu suç

gibi, kanuna ve emirlere aykırı olan bir istek emir niteliğini kazanamayacağı cihetle İç Hizmet Kanununun 14 ve Yönetmeliğin 33. maddelerinin ceza hukuku yönünden değer ifade etmesi de iddia edilemez.”Aktaran, Değirmenci, s. 475.

teşkil eden emirlerin yerine getirilemeyeceğine ilişkin kuralın istisnası değildir. Polis memuru bu hallerde konusu suç teşkil eden emri yerine getirdiği takdirde sorumluluktan kurtulamaz. Zaten PVSK m.2 de de konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği ve yerine getirenlerin sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre örneğin polise öldürme, yaralama, işkence emirlerinin verilmesi halinde konusu suç teşkil eden emir söz konusudur ve bu emirler yerine getirildiği takdirde polis ve emri veren amir sorumlu olacaktır.⁶⁶⁹ Bununla birlikte polise verilen arama, zor kullanma gibi bazı emirler konusu bir suç tanımına uymakla birlikte hukuka uygun olabilir. Bu hallerde kanuni şartlara uyulduğu takdirde emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden emri yerine getiren memur yararlanır. Örneğin PVSK m. 16 polisin silah ve zor kullanma yetkisini düzenlemektedir. Hükme göre polis 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. 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. Polise PVSK m. 16 da tanınan yetki istisnaidir ve ancak gereklilik ve zorunluluk halinde bu yetkiye başvurulmalıdır. Bu yetkiye başvurulduğunda da güç kullanmanın başvurma amacıyla orantılı olması gerekmektedir. Buna göre toplu kuvvet olarak müdahale edilen bir

⁶⁶⁹Bkz. Yrg. Ceza Genel Kurulu, 30.01.2001, E.2000/1-150, K.2001/1, “Sanıklardan Seydi’nin istihbarat sorgulama kısım amirliğinin amiri, sanık Recep’in de, maktûlün sorgulamasında görevli polis memuru olduğu, Komiser Seydi’nin amir olarak sorgulamayı yönlendirip, işkence eyleminin azmettiricisi konumunda olduğu, diğer sanığın da işkencede aktif rol üstlendiği, her iki sanığın sonucu belli hareketleri bilerek asli maddi fail olarak suçu doğrudan doğruya beraber işledikleri....” <http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=22044>, erişim tarihi:02.05.2016.

olayda eğer amir polise göstericilere örneğin basınçlı su sıkılmasını emrederse bu hukuka uygun bir emirdir ve yerine getiren polis memurunun fiili hukuka uygundur. Basınçlı su göstericilerin direnmesini etkisiz hale getirmek amacıyla ve ölçülü olarak kullanılmalıdır. Kuvvet kullanma şartları somut olayda oluştuğunda basınçlı su ölçülü olarak kullanıldığı halde göstericilerin yaralanmasına neden olmuşsa bundan dolayı emri veren amir de emri yerine getiren memur da sorumlu değildir. Çünkü amir kanun hükmünü polis memuru ise amirin emrini yerine getirmektedir. Basınçlı su sıkılması emrinin verilmesi de bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygundur.⁶⁷⁰ Ancak göstericileri yaralama ya da öldürme amacıyla basınçlı su sıkılması emredilmiş ise konusu suç teşkil eden bir emir söz konusudur ve bu emir yerine getirilmemelidir. Yine toplu müdahale edilen bir olayda kuvvet kullanma şartları oluşmamasına rağmen amir kuvvet kullanma emrini vermiş ise konusu suç teşkil eden bir emir söz konusudur ve bu emir yerine getirildiği takdirde emri verenle emri yerine getiren sorumlu olacaktır.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Zafer, s. 304.

⁶⁷¹ Eryılmaz, Bedri, Bozlak, Ayhan, “**Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi**”, TBBD, 2009/83, s.230.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SINIRIN AŞILMASI, ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU, HATA HALİ VE DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

I) SINIRIN AŞILMASI

Mücbir sebeple sınırın aşılması, sınırın kasten ve taksirle aşılması halleri ayrı ayrı incelenmelidir.

1. Emrin Yerine Getirilmesinde Sınırın Aşılması

Yetkili amirin emrini yerine getiren kimse, emri uygularken kanunun çizdiği sınırı aşabilir. Türk Ceza Kanununun 27. maddesinde sınırın aşılması düzenlenmiştir.

Maddeye göre *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.”*

765 S. Türk Ceza Kanununda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması 50.

madde de *“49uncu maddede yazılı fiillerden birini icra ederken kanunun veya selahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ölüm cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve ölüm cezasını*

müstelzim olduğu takdirde altı seneden onbeş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça mürettep ceza altıda birinden eksik ve

yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse tahvil olunur. Ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir.”

şeklinde düzenlenmişti. İki hüküm arasındaki fark 765 S. Türk Ceza Kanununun

sadece kanunun hükmünün yerine getirilmesi, yetkili merciin yerine getirilmesi ve

zorunluluk hali bakımından sınırın aşılmasını düzenlemesine karşılık 27. maddenin

tüm ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler bakımından sınırın aşılmasını düzenlemesidir. Ancak kanımızca hüküm dar yorumlanmalı ve 27. maddenin sadece hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanması kabul edilmelidir.⁶⁷² Dolayısıyla her ne kadar 27. maddenin birinci fıkrası bakımından ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedenin varlığı gerekli görülse de ceza sorumluluğunu kaldıran nedenden sadece hukuka uygunluk nedenleri anlaşılmalıdır. Çünkü ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler yapısı ve niteliği dolayısıyla sınırın aşılmasına olanaklı değildir.⁶⁷³ Örneğin yaş küçüklüğü ya da akıl hastalığı gibi nedenlerde sınırın aşılması söz konusu olamaz.⁶⁷⁴

Bir hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla ilgili fiilin hukuka uygun kabul edilebilmesi için öncelikle somut olayda hukuka uygunluk nedeni bakımından gerekli şartlar gerçekleşmelidir.⁶⁷⁵ Fiil orantılı yani ölçülü olmalıdır. Ölçülülük fiilin hukuka uygun sayılması için gerekli şartlarla orantılı olmasıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde fiil ölçülü olmadığı için artık hukuka uygun kabul edilmemektedir.⁶⁷⁶ Yani TCK m. 27nin uygulanabilmesi ve hukuka uygunluk

⁶⁷² Hafizoğulları/Özen, s. 238.

⁶⁷³ Koca, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, s. 141.

⁶⁷⁴ İnci, Zekiye Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması (TCK m.27)” Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:37, Eylül 2009, s. 121.

⁶⁷⁵ “1. Otomobilin bagaj kapak plakasının sol üst kısmı ile sol ön kapı kuşak üst kısmına mermi isabet ettiği göz önüne alınarak atışların yere değil karşı istikamete yapıldığının anlaşılmasına göre maddi bulgularla doğrulanmadığı halde, sanığın yere doğru ateş edip yerden seken merminin maktule isabet ettiğinin kabulüne karar verilmesi,

2. Sanığın otomobille kaçış halinde bulunan hırsızlık zanlılarına karşı ateş etmesinin Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun silah kullanma yetkisi veren 16. maddesine uymadığı gözetilmeden polislere karşı aktif direnme ve saldırının olmadığı bir ortamda ateş edilmesinin, karara gerekçe yapılan aynı kanunun ek 6. maddesi kapsamında da değerlendirilemeyeceğinin düşünülmemesi”, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T.24.5.2005, E. 2004/4110, K.2006/2101, Metiner, Koç, s.578-579.

⁶⁷⁶ Mahmutoğlu, Fatih Selami, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.5, Nisan 2005, s. 57.

nedenlerinde sınırın aşılmasından, aşırıktan söz edebilmek için ilgili hukuka uygunluk nedeninin şartları var olmalı ancak kanunun belirlediği sınır aşılmalıdır.⁶⁷⁷

Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getiren memurun fiili hukuka uygundur. Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin şartlarına uygun davranıldığı takdirde emri yerine getiren memurun sorumluluğu söz konusu olamaz. Sınırın aşılması halinde ise artık bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez. Yetkili amir ya da mercii tarafından verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir söz konusu olmakla birlikte kanunun çizdiği sınır aşılmıştır.⁶⁷⁸ Emrin yerine getirilmesi şartları olayda bulunmakla birlikte sınır aşıldığı için emri yerine getirenin fiili hukuka uygun değildir. Ancak hukuka uygun emir veren amirin fiili hukuka uygundur, sınırın aşılmasından sorumluluk sadece emri yerine getirirken sınırı aşan memura ait olacaktır.⁶⁷⁹ Örneğin amirin havaya ateş emrini vermesine rağmen memur önce havaya ateş edip sonra kalabalığa ateş ederse memur kalabalığa ateş etmesinden dolayı sorumlu olacaktır.⁶⁸⁰ Havaya ateş etmesi bakımından ise fiili emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk

⁶⁷⁷ Toroslu/Toroslu, s. 182.

⁶⁷⁸ Günal, s. 161.

⁶⁷⁹ “Olay tarihinde yol kontrolünde görevli olan devriyenin kontrolden sonra Mustafa'nın jandarmanın görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetki Yönetmeliğine ve ayrıca 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa uygun olarak devriye görevini yürütürken askeri firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine yakalayıp teslim ettiği, maktülün tekrar yakalayıp ardından maktülün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarını 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 gözlenmediği sanığın TCK'nun 49/1 maddesi anlamında, kanunun hükümlerini icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emri verdiği, emri verirken doğal olarak emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arzettiği düşünülmeden sanık hakkında TCK'nun 49/1 maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi yasaya aykırıdır.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 12.12.2002, E.2002/3659, K. 2002/4665 Sayılı Kararı, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 516-517.

⁶⁸⁰ Toroslu/Toroslu, s. 182.

nedeni dolayısıyla hukuka uygundur. Çünkü sınırın aşılmasında fiil bütünüyle hukuka aykırı değildir, emrin yerine getirilmesi sınırları içinde kalan fiil hukuka uygundur, ancak bu sınırın dışına çıkan fiil bakımından emrin yerine getirilmesi söz konusu olmayıp fiil hukuka aykırıdır.⁶⁸¹ Bununla birlikte olayda emri veren yetkili değilse ya da emir görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir değilse sınırın aşılması değil bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması söz konusudur.⁶⁸²

⁶⁸¹ Kunter, s. 153, “Hizbullah örgütünce olaydan bir süre önce öldürülen köy korucusunun cenazesinde olay çıkmaması için örgüt yandaşı olduğu savıyla Silvan’a gönderilen kişilerin olay günü aleyhe sloganlar da atarak köye topluca girmek istemeleriyle gelişen olayda, Köy korucusu sanık Mehmet’in görev icabı kendisine verilmiş silahla yaptığı atış sonucu slogan atanlardan Hafız’ı adiyen yaralamasının ve köy korucuları olan sanıklar Seyithan ile Sabih’in görev icabı şahsına tevdi edilen silahlarla havaya ateş etmelerinin TCY’nin 49/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi” Yargıtay 1. CD., T. 09.02.2000, 4397/272, Bakıcı, Sedat, **5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 547, “Ancak; 1: Polis memuru olan sanık Ahmet’in olay gecesi arkadaşları polis memurları Serkan ve Hacı ile birlikte evlerine dönerlerken mıntıklarını polis karakolunca gasp, nası ızzar ve müessir fiil suçlarından aranmakta olan maktül ile yanındaki birkaç kişiyi toplu halde görmeleri üzerine, aranan sanıkları yakalamak için üzerlerine doğru gittikleri, maktül ve arkadaşlarının ellerinde bulunan şişeleri kırıp saldırı aracı haline getirerek, kendilerini yakalamak isteyen polis memurlarına direndikleri ve boğuşmaya başladıkları, bu arada maktül Fahri’nin fırsattan istifade ile kaçmaya başladığı, sanık Ahmet’in onu yakalamak için kovaladığı, dur ihtarında bulunduğu, tabancasını çekip önce havaya birkaç el ateş ettiği, ancak durmayıp kaçmasını sürdüren maktüle bu defa doğrultarak ateş edip onu sırtından vurup öldürdüğü, dosyada mevcut B. Cumhuriyet Başsavcılığının 15.10.2001 gün 39622 hazırlık nolu iddianamesine konu olan olayda araların da maktülün de dahil olduğu dört kişi tarafından öldürme olayından bir gün önce 10.10.2001 günü 02.00 sıralarında müştekiler Mustafa ve Özgür’ün paralarını gasp etme, adı geçenlerin araçlarına zarar verme ve müessir fiil suçlarını işlediklerinden bahisle tecziyelerinin istendiği ve bu suçlardan arandıkları anlaşılmalı; Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu ve yönetmelik hükümlerine göre bu kabil olaylara görevi gereği müdahale etmekle yükümlü olan polis memuru sanığın maktülü yakalamak için silah kullanmasının mevcut şartlarda hukuka uygunluk sebebi arzettiği, kastının öldürmek olamayacağı, ancak silah kullanırken yasanın öngördüğü sınırları aşmak suretiyle maktülü sırtından vurmasının cezai sorumluluk gerektireceği, bu itibarla eylemin TCK’nın 452/1, 49/1, 50, 59. maddelerine uyup bu hükümlere göre tecziyesi gerektiği halde yazılı şekilde hükümlülüğüne karar verilmesi bozmayı gerektirir.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T. 03.03.2004, E.2003/4061, K.2004/628, Özbek, Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1-75)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 344.

⁶⁸² Günal, s. 161, “Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutunda isabetsizlik bulunmamıştır. Ancak;

- 1) Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 16. maddesinin tatbik yeri bulunup bulunmadığının tartışılması yapılmadan hüküm tesisi,
- 2) Hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK’nun 7. Ve 5252 Sayılı TCK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 9. maddesi uyarınca, aynı kanunun 24. Ve 27. maddeleri hükümleri gözetilerek, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, Kabule ve uygulamaya göre de;
 - a) TCK.nun 50. maddesi ile indirim yapıldığı halde 251. madde ile cezanın artırılmasına karar verilmesi,
 - b) Uygulamada yanlış, hesap sonucu 1 yıl 5 ay 23 gün yerine yazılı şekilde fazla ceza tayin edilmesi,
 - c) Vekalet ücretinin müdahil asil yerine vekili lehine hükmedilmesi, bozmayı gerektirmiş, sanık vekili müdahil vekili ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan

Amirin emrinin yerine getirilmesinde sınırın mücbir sebep dolayısıyla, kasten ya da taksirle aşılması söz konusu olabilir.

2. Sınırın Mücbir Sebep Dolayısıyla Aşılması

Memur yetkili amirin emrini mücbir neden sebebiyle aşmış ise artık 27. madde uygulanmaz, emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni sebebiyle fiili hukuka uygun kabul edilir. Mücbir sebep failin önleyemeyeceği ve karşı koyamayacağı bir dış kuvvetin faili belli bir davranışa zorlamasıdır, mücbir sebep halinde fail iradi olarak hareket etmemekte, dış kuvvet tarafından hareket ettirilmektedir.⁶⁸³ Bu halde fiil faile ait olmadığı gibi fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı da kesilmiştir. Kusurluluğu kaldıran bir neden olan mücbir sebep halinde failden kanuna uygun hareket etmesi beklenemez. Failin isteme yeteneği olmadığı, fiil ile fail arasındaki psikik bağ ortadan kalktığı için fiil faile isnat edilemez.⁶⁸⁴

765 S. Türk Ceza Kanunu döneminde doktrinde emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması mücbir sebebe dayanıyorsa memurun emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre sınırın aşılması da sübjektif bir durum olduğundan memurun ruh hali, sübjektif durumu araştırılmalıdır. Yani memurun mücbir sebep nedeniyle sınırı aştığının ve aşırı davrandığının farkında olup olmadığı belirlenmelidir.⁶⁸⁵ Eğer memur sınırı aştığının farkında değilse ve bulunduğu şartlar nedeniyle kendisine kusur yüklenemiyorsa sınırı aşması nedeniyle cezalandırılmamalıdır.⁶⁸⁶ Sınırın mücbir sebeple aşılması halinde

hükümün bozulmasına.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T. 05.04.2006, 4445/1172, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 518.

⁶⁸³ Toroslu/Toroslu, s. 230.

⁶⁸⁴ Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara, 1968, s. 90.

⁶⁸⁵ Dönmezer/Erman, s. 150.

⁶⁸⁶ Günel, s. 162.

somut olayda failin içinde bulunduğu ruh hali dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.⁶⁸⁷ Emri uygulayan sınırı aştığının farkında değilse ölçülü davranmadığının, gerekenden fazla bir zarar verdiğinin de farkında olamayacağı için kendisine herhangi bir kusur isnatı da mümkün değildir, emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden faydalanmalıdır.⁶⁸⁸

765 S. Kanun döneminde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın mücbir sebeple aşılması haline ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde bu halde failin cezalandırılmayacağı kabul edilmekteydi. Bir görüş sınırın mücbir sebep dolayısıyla aşılması halinde sınırın aşılmasını düzenleyen 50. maddenin uygulanamayacağını ve 49. maddenin uygulanarak failin fiilinin hukuka uygun kabul edileceğini savunmaktaydı.⁶⁸⁹ Yani görüş bu halde de failin hukuka uygunluk nedeninden faydalanacağını ve hukuka uygunluk nedeninin türüne göre 49. maddenin uygulanacağını kabul etmekteydi.⁶⁹⁰ Diğer bir görüş ise sınırın mücbir sebeple aşılması halinde de fiilin hukuka aykırılığını koruduğunu ancak bu halde faile kusuru isnat edilemeyeceğini ileri sürmekteydi. Görüşe göre fiil hukuka aykırıdır ancak fail içinde bulunduğu mücbir sebep hali nedeniyle kusursuzdur ve hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla değil kusuru olmadığı için cezalandırılmaz.⁶⁹¹ 5237 S. Türk Ceza Kanunu ise madde 27/2de sadece meşru savunma bakımından sınırın mücbir sebeple aşılması halini düzenlemektedir. Hükme göre “*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza*

⁶⁸⁷ Dönmezer/Erman, s. 150, Koparan, Reşat, “**TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler**”, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, s.349.

⁶⁸⁸ Dönmezer/Erman, s. 150.

⁶⁸⁹ Günal, s. 162, İnci, s. 129.

⁶⁹⁰ Dönmezer/Erman, s. 150-151.

⁶⁹¹ Demirbaş, s. 326-327.

verilmez.” 2001 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı madde 30/2 de “*Sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*” hükmü yer almakta ve sınırın mücbir sebeple aşılmasının tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanması düzenlenmekteydi. Ancak Türk Ceza Kanununun 27. maddesinin ikinci fıkrasında sadece meşru savunma bakımından sınırın mücbir sebeple aşılması düzenlenmiş, diğer hukuka uygun nedenleri bakımından bir düzenleme getirilmemiştir. Gerekçede bu durumun nedeni heyecan, korku veya telaşın sadece meşru savunma için söz konusu olabileceği bu nedenle diğer hukuka uygunluk nedenlerinin madde kapsamına alınmadığı şeklinde açıklanmıştır. Ancak gerekçe doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve sınırın mücbir sebeple aşılmasının diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da söz konusu olabileceği belirtilmiştir.⁶⁹²

Kanunun açık hükmü gereği sınırın mücbir sebep dolayısıyla aşılması hali sadece meşru savunma için uygulanabilir, madde 27/2 diğer hukuka uygunluk nedenleri için uygulanamaz. Dolayısıyla amirin emrini yerine getiren bir memur sınırı mücbir sebep nedeniyle aşmışsa, sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku ya da telaştan dolayı ise memur emrin yerine getirilmesinden yararlanamayacak ve cezalandırılacaktır.⁶⁹³

3. Sınırın Kasten Aşılması

Yetkili amirin emrinin yerine getirilmesinde memur sınırı kasten aşmışsa hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Memurun sınırı bilinçli bir irade ile ve isteyerek aşması halinde sınır kasten aşılmıştır.⁶⁹⁴ Sınırın kasten aşılması halinde

⁶⁹² Hafizoğulları/Özen, s. 238.

⁶⁹³ Şahin, Mehmet, “**Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması**”, TBB Dergisi, Sayı 76, s. 352.

⁶⁹⁴ Toroslu/Toroslu, s. 182.

memur hakkında Türk Ceza Kanununun 24. maddesinin 2. Fıkrası memur hakkında uygulanmaz ve bu hukuka uygunluk nedeni uygulanmaksızın memur cezalandırılır. Türk Ceza Kanununun 27/1. maddesinde sınırın aşılması halinde failin cezasında indirim yapılmasının şartlarından birisi de sınırın kast olmaksızın aşılmasıdır. Sınır kasten aşıldığı takdirde memur fiili hangi suçu oluşturuyorsa o suçun cezasıyla cezalandırılacak, cezasında bir indirim yapılmayacaktır.⁶⁹⁵

Türk Ceza Kanununun 27/1. maddesindeki düzenlemenin yanı sıra madde 256. maddede özel olarak zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması düzenlenmiştir. 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.”* Hükümde kasten yaralamaya göndermede bulunulmakla birlikte, suç kişilere karşı suçlar kısmında değil, Millete ve Devlete Karşı Suçlar kısmında Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Failin görevini yerine getirmekte iken kişilere karşı ölçüsüz kuvvet kullanması cezalandırılmaktadır, görevin kaynağı kanun hükmü olabileceği gibi amirin emri de olabilir.⁶⁹⁶ TCK 256. maddenin mülga 765 S. Türk Ceza Kanunundaki 245. maddenin yerine düzenlendiği ileri sürülmektedir. Mülga Ceza Kanununun 245. maddesi *“Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilim zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalden başka surette bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerh eyleser üç aydan üç seneye kadar hapis ve muvakkaten*

⁶⁹⁵ Dönmezer/Erman, s. 151.

⁶⁹⁶ Avcı, Gökmen, **“Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”**, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık 2010, Sayı:52, s. 83.

memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.” 245. madde zor kullanma yetkisine sahip memurların görevlerini yerine getirirken ve amirlerinin emrini uygularken sınırı aşmasını ve bir kimse hakkında kötü muamelede bulunmasını, fiziksel zarar vermeye cüret etmesini, darp etmesini ve yaralamasını cezalandırmaktaydı. Memurun işlediği suçun sayılan fiillerin de üstünde olması halinde ise ilgili suçun cezası artırılarak verilmekteydi. Mevcut Türk Ceza Kanununun 256. maddesinde ise sadece “görevin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanmak” fiiline yer verilerek 765 S. Kanundaki düzenlemenin uygulanma alanı daraltılmıştır. Fiil bağımsız bir suç olmaktan çıkarılmış ve kasten yaralama suçu için kabul edilen cezayla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.⁶⁹⁷ 256. maddenin kasten yaralamaya yaptığı göndermeden dolayı hüküm failin sadece yaralama kapsamındaki fiillerine ilişkin uygulanabilmektedir, failin yaralama niteliğinde olmayan fiilleri bakımından ise fail 256. maddeden dolayı değil fiil hangi suçu oluşturuyorsa o suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Örneğin fiile göre hakaret ya da tehdit suçu söz konusu olabilir.⁶⁹⁸ Ancak kanımızca düzenleme kanunilik ilkesi bakımından sakıncalıdır, hükümde kasten yaralama suçuna atıfta bulunulmakla birlikte ölçsüz kuvvet kullanılması sonucu farklı suçlar da söz konusu olabilir, memur kuvvet kullanmanın sınırını aştığında fiil hangi suçu oluşturuyorsa fail o suçtan dolayı cezalandırılmalıdır.⁶⁹⁹ Ölçsüz kuvvet kullanımı sonucunda Kanun sadece yaralamanın olabileceğini

⁶⁹⁷ Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 4. Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 3950.

⁶⁹⁸ Gökcan, Hasan Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 626, Kıldan, İsmail Turgut/ Bahadır, Oktay, “**Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, Ekim 2012, s. 204.

⁶⁹⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 239.

öngörmüş ancak ölümün meydana gelmesi halini düzenlememiştir, bu durumda kanımızca Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine göre değerlendirme yapılmalıdır.⁷⁰⁰ 256. madde memurun kasten görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanmasını cezalandırmaktadır. Fail yetkisinin sınırlarını bilerek ve isteyerek aşmalıdır, sınırı aştığını, kullandığı kuvvetin ölçüsüz olduğunu bildiği halde fiili işlemelidir.⁷⁰¹ Bununla birlikte maddenin düzenleniş biçimi, memurun sınırı taksirle işlenmesi halinde dahi kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılmasına elverişli olduğu için, hüküm doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.⁷⁰² Madde gerekçesinde her ne kadar kuvvet kullanma yetkisine sahip memurun kasıtlı hareket etmesi gerektirdiği, aksi takdirde TCK madde 27/1 hükmünün uygulanacağı belirtilse de gerekçenin Kanuna dâhil olmadığı ve sadece bir yorum aracı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

4. Sınırın Taksirle Aşılması

Türk Ceza Kanununun 27. maddesinin birinci fıkrasına göre amirin emrinin yerine getirilmesinde sınır taksirle aşılmış ise, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa taksirli suç bakımından memura ceza verilir ancak bu ceza taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. Sınırın taksirle aşılması için öncelikle yetkili amirin emrinin yerine getirilme şartlarının bulunması gereklidir. Memur emri hukuka uygun bir şekilde yerine getirirken dikkatsizlik, özensizlik, acemilik gibi nedenlerle sınırı aşmış ise sınırın taksirle aşılması söz konusudur. Memur emri yerine getirirken ve sınırı aşarken hukuka uygun hareket ettiği inancıyla hareket etmekte ancak dikkatsizlik, özensizlik

⁷⁰⁰ Zafer, Hamide, “**5681 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi**” Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2008, s. 1593.

⁷⁰¹ Meran, Necati, **Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 1243, Kıldan/Bahadır, s. 211.

⁷⁰² Hafizoğulları/Özen, s. 238.

veya acemilik nedeniyle hataya düşmekte ve sınırı aşmaktadır.⁷⁰³ Ancak sınırın taksirle aşılması ile emrin yerine getirilmesinde hatayı birbirine karıştırmamak gereklidir. Sınırın taksirle aşılması halinde olayda emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin gerekli şartları vardır, memur sadece aksine inandığı halde sınırı taksirle aşmaktadır.⁷⁰⁴ Emrin yerine getirilmesinde memurun hataya düşmesi halinde ise emrin yerine getirilmesi şartları olayda bulunmamasına rağmen memur var zannetmekte ve hataya düşmektedir.⁷⁰⁵ İkisi birbirinden ayrı ceza hukuku kurumlarıdır.

Sınırın taksirle aşılması halinde memura suçun taksirli hali düzenlenmişse memura bu suç nedeniyle ceza verilir ancak bu cezada indirim yapılır. Yani memurun cezalandırılabilmesi için işlediği suçun taksirle işlenebilen bir suç olması gereklidir. Sınırın taksirle aşıp aşılmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken somut olayın özellikleri ve memurun içinde bulunduğu ruh hali de dikkate alınmalıdır. Özellikle emrin gerekleri ve emri yerine getiren memurun subjektif durumu incelenmelidir.⁷⁰⁶ Memurun sınırın aşılmasında taksir derecesinde dahi bir kusuru yoksa memura ceza verilmez ve sınır aşılmamış gibi emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden

⁷⁰³ Toroslu/Toroslu, s. 184.

⁷⁰⁴ “Maktülün üst kat komşusunun apartmanın çatısında dolaşan birisinin varlığını sezinleyip hırsız olduğundan bahisle telefon ederek jandarma ekibini gece vakti çağırması sonrasında, maktülü de haberdar etmesi üzerine, tabancasını eline alan ve hırsızın kaçmasını önlemek niyetiyle apartmanın giriş kapısından çıkan maktülü, o anda bahçeye giren sanık er Gökhan’ın hırsız sanması ve elindeki silahı da gördüğünde mukavemete hazırlandığı yanılışına düşmesi sonucu, hiçbir ikaz ve uyarıda bulunmadan ve silahın sair vücut aksamı yerine doğrudan baş bölgesine yöneltip ateşleyerek yaraladığı, baştan aldığı isabetle maktülün öldüğü olayda,

Yerel mahkemenin “hukuka uygunlukta yanılışı” bulunduğu, bu yanılışın hukuka uygunluk düzeyinde değerlendirilmesi zarureti olduğuna ancak sanık erin, kolluğun silah kullanma yetkisini düzenleyen 2803 sayılı Yasanın 11 ve yönetmeliğinin 39. Ve 40. maddeleri normlarına uymada aşırılığa kaçtığına, bu itibarla sanığın hukuki durumunun; “kanunun bir hükmünü icrada zaruretin tayin ettiği ahvali aşmak” olacağına ilişkin yorumunda isabetsizlik bulunmamakta ve sonuç olarak TCY’nin 448. maddesine mümas öldürmede 49/1. maddesi sevkiyle 50. maddenin tatbikiyle hüküm kurulması yasaya uygun düşmektedir.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T. 09.02.2004, E. 2003/1762, K.2004/185, Özbek, s. 344.

⁷⁰⁵ Toroslu/Toroslu, s. 184.

⁷⁰⁶ Günel, s. 164, Dönmezer/Erman, s. 153.

faydalanır.⁷⁰⁷ Ancak sınırın aşılmasında önemli olan amaçta değil araçta sınırın aşılmasıdır. Memur verilen emirden başka bir amaçla hareket etmiş ise artık emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması söz konusu değildir. Memur işlediği suçtan dolayı cezalandırılır.⁷⁰⁸ Bir tutuklama emrini yerine getirirken kolluk görevlisi tutuklaması gereken kişiyi yaralarsa artık araçta sınırın aşılması değil amaçta sınırın aşılması söz konusudur.⁷⁰⁹ Çünkü verilen emir tutuklama olduğu halde görevli yaralama amacıyla hareket etmiştir.

Emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması somut olay bakımından çok dikkatli değerlendirilmelidir. Örneğin bir kalabalığı dağıtmak için emir alan kolluk görevlisi kalabalığın direnmesi sonucunda halka ateş etmiş ve ölüm ve/veya yaralanma meydana gelmiş olabilir.⁷¹⁰ Eğer kolluk görevlisi sınırı kasten aşmışsa, sınırı aştığının farkındaysa ve emri yerine getirme amacıyla değil insanları öldürme ve/veya yaralama

⁷⁰⁷ “Maktul ve arkadaşlarının çalıntı oto ile 3.30 sıralarında seyrettikleri sırada...polis kontrolünü gören maktulün aracı polislerin üzerine sürerek zik zak yaparak kaçmaya başladıkları, araçlarına binen polis sanık ve arkadaşını takibe başladıkları ve kaçmakta olan araca dur ikazı yaparak ateş açtıkları, bu atışlardan birinin hırsızladıkları otoyolu kullanan maktulün sırtına isabet ettiği ve aldığı bu yara sonucu maktulün öldüğü anlaşıldığından Polis Vazife Salahiyet Kanununun 16. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullandığından 765 Sayılı TCK'nın 49/1 maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T. 05.06.2002, 1274/2325, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 517.

⁷⁰⁸ Dönmezer/Erman, c. II, s. 154, Günel, s. 164, İçel, s. 366.

⁷⁰⁹ Dönmezer/Erman, c. II, s. 154, Ayrıca bkz. Yargıtay 1. CD. 13.3.1991, 1991/509, 1991/700, “11.9.1981 gün ve 2524 sayılı Yasaya dayanarak çıkarılan “Anıtkabir Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Yönetmeliğin 3 ve 60. Maddeleri gereğince Genelkurmay Başkanlığı, Anıtkabir’e ilişkin her türlü hizmeti yapmakla ve Anıtkabir’i hırsızlığa, sabotaj, baskın, yangın ve tahriplere karşı korumakla” görevlidir. Olay günü Anıtkabir’in Gençlik Caddesine bakan tarafından 1-5 nolu nöbetçi kulübeleri arasında devriye nöbeti tutan sanığın, duvardan atlamak suretiyle Anıtkabir bahçesine girip Mozole’ye doğru koştuğunu görünce, görevi gereği kovalamaya başladığı maktule yettiği sırada, yerden aldığı taşı sanığa fırlatan maktulün sanığı yaralayarak yere düşürdüğü ve ikisinin bir süre boğuştukları, sanığın elinden kurtulmayı başaran maktulün yeniden koşmaya başladığını gören sanığın “dur” ihtarıyla havaya ikaz atışı yaptığı ve maktul buna rağmen durmayınca hedef gözetererek yaptığı ateş sonucu ağır şekilde yaralanan maktulün bir süre sonra öldüğünün açıklıkla anlaşılması karşısında sanığın öldürme kastıyla ateş ettiğinin kesinlikle belirlenememesi, merminin maktulün vücuduna giriş çıkış yerleri de göz önünde tutularak, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun 87. Maddesinin d ve e bentlerinde belirtilen hallerin gerçekleşmesi nedeniyle silah kullanma yetkisini kullanan sanığın, zaruretin tayin ettiği yetkiyi aştığının kabulü ile TCK’nun 452/1, 50, 59/2. Maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu halde yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır...” İçel, s. 366-367.

⁷¹⁰ Dönmezer/Erman, c. II, s. 153.

kastıyla hareket etmiş ise kasten öldürme ve/veya kasten yaralama suçlarından dolayı cezalandırılır, emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanması söz konusu değildir. Ancak somut olayın özellikleri ve memurun sübjektif durumu incelendiğinde kolluk görevlisinin aslında sınırı aşmadığı inancıyla hareket ettiği, sınırı aştığının farkında olmadığı ancak bu durumun kendi dikkatsizlik, tedbirsizlik veya acemiliğinden kaynaklandığı tespit ediliyorsa sınır taksirle aşılmıştır ve kolluk görevlisi taksirle öldürmeden dolayı cezalandırılır ancak cezasında Kanundan öngörülen oranda indirim yapılır. Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı kararları bulunmaktadır.⁷¹¹ Kolluk görevlisine direnen vatandaşın başına ateş edilerek

⁷¹¹ “Sanığın ağır tahrik altında kasten adam öldürmek suçundan cezalandırılmasına karar verilen somut olayda, Özel Daire ile Yerel Daire arasındaki uyumsuzluklar:

- 1-Sanığın eyleminin, kasten adam öldürme suçunu mu, yoksa kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunu mu oluşturduğu, dolayısıyla suç vasfının belirlenmesi,
- 2-Olayda hukuka uygunluk nedenlerinden olan yasa hükmünü icra koşullarının mı, yoksa ağır tahrik hükümlerinin uygulanması koşullarının mı oluştuğunun mu saptanması,
- 3- Vekalet ücretinin katılan asile mi, yoksa katılan vekiline mi verilmesinin hüküm altına alınması gerektiği noktalarında toplanmaktadır.

.....
İkinci uyumsuzluk konusuna gelince;

TCY'nin 49. Maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedenlerinden birisini oluşturan yasa hükmünü icra, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, eylemi hukukun meşru saydığı bir fiil haline getirmektedir. TCY'nin 50. Maddesinde düzenleme altına alınan “zorunluluk sınırının aşılması” ise 49. Maddede yazılı fiillerden birini icra ederken, Yasada öngörülen sınırların aşılması suretiyle eylemin gerçekleştirilmesidir.

Bu bağlamda; polis memuru olan sanığın somut olaydaki durumu, silah kullanma ile ilgili yasal düzenlemeler ışığında belirlenmelidir.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Yasasının 16. Maddesinde;

Polisin;

A) Nefsini müdafaa etmek,

B) Başkasının ırz ve canına vukubulan ve başka suretle meni mümkün olmayan bir taarruzu savmak için,

C) Ağır cezayı müstelzim bir suçtan maznun olarak yakalanıp nezaret altında bulunan veya herhangi bir suçtan mahkûm ve mevkuf olupta tutulması veya nakil ve sevki polise emir ve tevdi olunan şahısların kaçmaları veya bu maksatla polise taarruzları halinde yapılacak ihtarlara itaat edilmemiş ve kaçmağa ve taarruza mani olmak için başka çare bulunmamışsa,

D) Muhafazasına memur olduğu mevki veya elindeki silaha yahut kendisine verilmiş veya teslim edilmiş olan karakolhane ile şahıslara karşı vukubulacak taarruzu başka suretle defe imkân olmamışsa,

E) Ağır cezayı müstelzim ve meşhud cürüm halinde bulunan suçlarda suçlunun saklı olduğu yerin arandığı sırada o yerden şüpheli bir şahıs çıkararak kaçtığı ve dur emrine kulak asmadığı görülerek başka suretle ele geçirilmesine imkân bulunmamışsa,

F) Ağır hapsi müstelzim bir suçtan dolayı maznun veya mahkum olupta zabıtaca aranmakta olan bir şahsın yakalanmasına teşebbüs edildiği sırada kaçır ve dur emrine de kulak asmayarak başka türlü ele geçirilmesi kabil olmazsa,

öldürülmesine ilişkin bir kararında⁷¹² kolluk görevlisinin taksir derecesinde dahi bir kusurunun olmadığından bahisle 27/1 in eski Kanundaki karşılığı olan 50. maddenin uygulanmaması ve görevlinin emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanmasına karar vermiş iken benzer bir olaya ilişkin başka kararında fail hakkında sınırın taksirle aşılmasından hüküm kurulması gerektiğine karar vermiştir.⁷¹³ Kolluk görevlilerinin paniğe kapılmalarını haklı kılacak nedenlerin somut olayda var olması halinde doktrinde taksir düzeyinde bir kusur dahi yüklenemeyeceği için fail hakkında

G) Vazife esnasında polise tecavüze ve karşı koymaya elverişli aletlerin ve silahların teslimi emredildiği halde emrin derhal yerine getirilmeyerek karşı gelinmesi veya teslim edilmiş silah ve aletlerin zorla tekrar alınmasına kalkışılmışsa,

H) Polisin vazifesini yapmasına yalnız veya toplu olarak fiili mukavemette bulunmuş veya taarruzla mümanaat edilmişse:

İ) Devlet nüfus ve icraatına silahlı olarak karşı gelinmişse” silah kullanma yetkisinin bulunduğu belirtilmiş,

Benzer düzenlemeler, 1681 Sayılı, Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Yasa'nın 1 vd. maddelerinde de yer almıştır.

PVSK.ın Ek 4. Maddesinin 1. Fıkrasında ise “Polis görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaşıldığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir.” hükmüne yer verilmiştir.

Somut olayda, PVSK.nın ek 4. Maddesi uyarınca görevli ve yetkili bulunan polis memuru sanık ve arkadaşlarının bir gün önce sanığın görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde işlenen gasp suçu nedeniyle aranan maktül ve arkadaşlarına rastlayıp, onları yakalamaya çalıştıkları, maktül ve arkadaşlarının da sanık ve diğer polis memurlarına kırmak suretiyle silah haline getirdikleri şişelerle saldırıda buldukları esnada, sanığın yaptığı uyarı ateşi üzerine polis memurlarının ellerinden kurtularak kaçan maktülü, yakalamak için dur ihtarında bulunarak, ateş açan sanığın silah kullanması yasa gereği ise de, PVS Nizamnamesinin 17. Maddesi gereğince “suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerekirken” bu itinayla hareket edilmediği, böylece yasa hükmüne dayalı silah kullanma yetkisinin icrasında aşırılığa kaçılarak yasaya uygunluk hududunun aşılması neticesi ölüm sonucunun doğduğu anlaşılmaktadır. Durum yasanın 50. Maddesine uygunluk arz etmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 22.03.2005, E. 2004/1-219, K.2005/35, Metiner/Koç, s. 577.

⁷¹² Bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 19.9.1979, E.1979/2189, K. 1979/3367, “Maktul ve köylüsünün toplu halde jandarmalara saldırıp silahları ve maktülü jandarmaların elinden almaya çalıştıkları, ihtar ateşine rağmen toplu mukavemetin devam ettiği, sanığın yerden taş alıp jandarmalara atmaya teşebbüs ile yere eğilmiş maktule ateş ettiği ve onun ölümüne sebebiyet verildiği tespit edildikten sonra “Jandarma Teşkilat ve Vazife Tüzüğü'nün 270. Maddesinin F ve H bentlerinde yazılı şartlar içinde bulunan sanığın toplu mukavemetin devamı esnasında yerden taş alarak atmaya çalışması maktule ateş etmesinde öldürme kastının varlığının kabulünün mümkün olamayacağı ve ihtarla rağmen saldırıya devam etmesi karşısında merminin eğik vaziyette olan maktülün başına isabet etmesi halinde de zaruretin tayin ettiği hududun tecavüzü olarak tavsif edilmesinin hak ve nasafete uygun bulunmadığı düşünülmeden sanık hakkında 49/1 yerine 50. Maddenin uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” Dönmezer/Erman, s. 153.

⁷¹³ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 6.10.1986, E. 1986/199, K.1986/419, Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, c. I, Seçkin Yayınevi, 1995, s. 669-670.

emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanması ve failin hiç cezalandırılmaması gereği savunulmaktadır.⁷¹⁴

Emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması bakımından farklı durumlar söz konusu olabilir. Tutuklama kararını yerine getiren kolluk görevlisinin tutuklaması gereken kişiyi yaralaması halinde görevlinin kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olacağını belirtmiştik. Böyle bir örnekte verilen emir ile işlenen fiil arasında bir ilişki olmadığı gibi yaralamanın emrin yerine getirilmesi ile bir ilgisi de bulunmamaktadır. Aynı örnekte tutuklanmak istenen kişinin kolluk görevlisine saldırması ve görevlinin saldırı üzerine kişiyi yaralaması ihtimalinde ise emir ile yaralama arasında yine bir ilişki olmamakla birlikte diğer koşulları da varsa kolluk görevlisinin yasal savunmadan yararlanması olanaklı olabilir. PVSK madde 16/6da da polisin kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 S. Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunacağı kabul edilmiştir. Hatta polisin meşru savunmaya ilişkin savunma yapmasına ilişkin silah kullanma yetkisi PVSK madde 16/7de ayrıca düzenlenmiştir. Maddeye göre polis meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında, silah kullanmaya yetkilidir. Kolluk görevlisinin tutuklamaya çalıştığı kişinin kaçmaya çalışması üzerine görevlinin Kanunun belirlediği sınırlar içinde kuvvet kullanarak onu yakalaması halinde ise görevlinin fiili hukuka uygundur. Ancak kolluk görevlisi tutuklama emrini yerine getirip tutukladığı şahsı tutukevine götürmekte iken hiçbir neden olmaksızın şiddet kullanırsa bu fiilinden dolayı sorumludur. Çünkü emri yerine getirmekte iken gerekli olmadığı halde ölçsüz bir şiddet kullanmış ve sınırı kasten aşmıştır. Bu durumda görevinin gereklerini kötüye

⁷¹⁴ Dönmezer/Erman, c. II, s. 153, İçel, s. 365.

kullanan kolluk görevlisinin sorumluluğu esas olup tutuklamanın hukuka uygun olması bu sonucu değiştirmez. Başka bir ihtimalde kolluk görevlisinin tutuklamaya çalıştığı kişi bu emrin yerine getirilmesine direnebilir, bu direnişi kırmak için kolluk görevlisi silah kullanmış ve hakkında tutuklama emri bulunan kişinin yaralanmasına neden olmuş olabilir. Polisin hakkında tutuklama emri verilmiş olan kişilerin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve yakalanmalarını sağlayacak ölçüde silah kullanmaya yetkili olduğu PVSK madde 16da düzenlenmiştir. Silah kullanmada amaç kişiye yakalamaktır ve kullanılması gereken ölçü ise hakkında tutuklama kararı verilmiş olan kişinin yakalanmasını sağlayacak derecededir. Eğer kolluk görevlisi dikkatsizliği veya tedbirsizliği nedeniyle sınırı aşmışsa taksirle yaralamadan dolayı sorumlu olur. Ancak kişiye kasten yaralamış ise artık TCK madde 27/1in uygulanması mümkün değildir.⁷¹⁵ Emrin yerine getirilmesinde sınırın taksirle aşılmasından dolayı emri uygulayanın sorumlu olabilmesi için; emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin koşullarının bulunması, sınırın amaç yönünden değil araç bakımından aşılması, emrin yerine getirilmesindeki bu aşırılığın memurun dikkatsizliği, tedbirsizliği ya da acemiliği nedeniyle meydana gelmesi ve sınırın aşılması sonucu işlenen suçun taksirli halinin Kanunda düzenlenmiş olması gereklidir.

II) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARIN DURUMU

Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi tutuklama emrinin ya da arama emrinin yerine getirilmesinde olduğu gibi çoğunlukla üçüncü kişilere karşı bir davranışı gerektirmektedir. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesinde emri yerine getirenin fiili hukuka uygun olduğu için bu emrin üçüncü kişileri etkilemesi

⁷¹⁵ Günal, s. 165.

bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Yani hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi bakımından üçüncü kişilerin de bu fiile itaat yükümlülükleri bulunmaktadır.⁷¹⁶ Hukuka uygun emri yerine getiren memur görevini yerine getirdiği için bu emrin yerine getirilmesini engellemek amacıyla üçüncü kişi cebir veya tehdit kullanırsa diğer şartları da bulunduğu takdirde görevini yaptırmamak için direnme suçu söz konusu olur. Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesi bakımından da durum aynı şekildedir. Bir tutuklama emrini yerine getiren kolluk görevlisine bu emir aslında hukuka aykırı dahi olsa üçüncü kişi uymak zorundadır. Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinde ya da hukuka uygun emrin yerine getirilmesine karşın sınırın aşılmasında ise üçüncü kişilerin bu emre direnme hakkının olup olmadığı önemlidir.

1. Hukuka Uygun Emirler Bakımından Direnme Hakkı

Kamu görevlisi hukuka uygun emri uygularken aynı zamanda görevini yerine getirmektedir. Üçüncü kişi bu emrin yerine getirilmesine itaatle yükümlüdür. Aksi takdirde gerekli şartlar oluştuğu takdirde Türk Ceza Kanununun 265. maddesinde düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu söz konusu olabilir.⁷¹⁷ Hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesinin engellenmesinde kamu görevlisinin görevini yapması engellenmektedir. Oysa kamu hizmetlerinin herhangi bir engelle

⁷¹⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2003/8743, K.2004/8035, T. 23.6.2004, “Sanığım, hakkındaki ihzar müzekkeresini infaz etmek isteyen kolluk görevlilerine karşı bıçakla saldırıp sövmekten ibaret eylemlerinin bütünü, TCY.'nın 258/1-3 madde ve fıkralarına uyan görevliye etkin direnme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, TCY.'nın 266,269. madde ve fıkraları hüküm kurulması...” Kazancı Hukuk Otomasyon Programı

⁷¹⁷ Bkz. TCK m. 256: “(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 ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

karşılaşmaksızın yürütülmesi ve bu hizmetlerin ve kamu idaresinin sürekliliği esastır.⁷¹⁸ Eğer bir kişi emri yerine getirerek aslında görevini yapan kamu görevlisine görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanırsa 265. maddedeki görevi yaptırmamak için direnme suçunu işlemiş olur. Ancak bu suçun oluşması için üçüncü kişinin direnmesinin mutlaka aktif bir direnme olması gereklidir. Türk Ceza Kanununun 265. maddesinde 765 S. Kanun döneminde suç tipinde yer alan pasif mukavemeti, yani pasif direnme suçunu düzenleyen bir hüküm yer almamaktadır. Mülga Kanunun 260. maddesine⁷¹⁹ göre cebir veya tehdit olmaksızın kamu görevlisinin görevine giren bir işin yapılmasına engel olan, yani örneğin hukuka uygun emrin yerine getirilmesine cebir veya tehdit olmaksızın pasif bir şekilde direnen kişi cezalandırılmaktaydı. Yine Mülga Kanunda 526. maddede yetkili mercilerin emirlerine uymamak kabahat olarak düzenlenmişti.⁷²⁰ 721 5237 S. Kanunda ise bu hükmün karşılığı yoktur. Dolayısıyla artık örneğin arama emrinin yerine getirilmemesi için kapıyı açmamak ya da yakalama emrinin yerine getirilmemesi için kendisini bir yere zincirlemek görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturmaz.⁷²² Bu suçun oluşabilmesi için diğer şartların yanında failin emri yerine getirmemesini sağlamak için memura cebir ya da tehdit kullanması gereklidir. Cebir emrin yerine getirilmesini

⁷¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, özel hükümler, s. 960, Tezcan/Erdem/Önok, özel hükümler, s. 1042 vd.

⁷¹⁹ Bkz. 765 Sayılı TCK m. 260 “Kanun ve nizam hükümlerinden birin icrasına muhalefet için nüfuz ve müessir kuvvet sarfedenler bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

⁷²⁰ Bkz. 765 S. TCK Madde 526 - Her kim, salahiyettar merciden kanun ve usul dairesinde verilmiş bir emre itaatsizlik eder veyahut ammenin istirahat ve selameti veya madelat mulahazası namına merciinden kanun dairesinde ittihaz edilmiş bir tedbire riayet etmezse bir aya kadar hafif hapse ve elli liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur.

⁷²¹ Yargıtay 2. CD., E.2002/5310, K. 2002/5382, T.1,4,2002, “4207 Sayılı Kanunun 3.maddesinin 2.fıkrası ile 18 yaşından küçüklere tütün ve tütün mamüllerinin satışı yasaklanmış ise de, bu maddeye aykırı davranışların suç olarak düzenlenmediği ve müeyyide altına alınmadığı cihetle, 18 yaşından küçük olan Serkan Ü.'e sigara satan sanığın eyleminin suç oluşturmadığı, ancak Kanunda gösterilen yasaklamanın idari tedbirlerle sağlanabileceği nazara alınmadan ve Kanunla düzenlenen konularda TCK'nun 526.maddesinin uygulama yerinin bulunmadığı gözetilmeden sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...”Kazancı Hukuk Otomasyon Programı

⁷²² Tezcan/Erdem/ Önok, özel hükümler, s. 1042 vd.

engellemeye ya da zorlaştırmaya uygun ve doğrudan emri yerine getiren kamu görevlisine yönelmiş maddi güçtür. Cebir yok edilmedikçe, devam ettiği müddetçe emrin yerine getirilmesini engellemektedir. Tehdit ise emrin yerine getirilmemesini sağlamak amacıyla kamu görevlisine emri yerine getirmesi durumunda ağır bir zarara uğratılacağıın beyan edilmesidir.⁷²³ Cebir veya tehditle emrin yerine getirilmesi engellenmek istenmektedir.

Hukuka uygun emirlerin yerine getirilmesine üçüncü kişiler itaat etmekle yükümlüdür. Kanun emrin yerine getirilmesini sağlayabilmek için belirli şartlar altında emri uygulayan memura zor kullanma yetkisi dahi vermiştir.⁷²⁴ Üçüncü kişinin ise emrin yerine getirilmesini cebir veya tehdit kullanarak engellemesi halinde görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşmaktadır.

Memurun hukuka uygun emri yerine getirmesi onun görevidir ve fiil hukuka uygundur, bu fiil haksız bir saldırı olarak nitelendirilemeyeceği için üçüncü kişinin direnmesi de meşru savunma oluşturmaz.⁷²⁵

⁷²³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1042 vd.

⁷²⁴ Bkz. PVSK m. 16, “Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın suçunun sübutunda isabetsizlik bulunmamıştır. Ancak;

1) Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 16. Maddesinin tatbik yeri bulunup bulunmadığının tartışılması yapılmadan hüküm tesisi,

2) Hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK’nun 7. Ve 5252 Sayılı TCK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 9. Maddesi uyarınca, aynı kanunun 24. Ve 27. Maddeleri hükümleri gözetilerek, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, Kabule ve uygulamaya göre de;

a) TCK.nun 50. Maddesi ile indirim yapıldığı halde 251. Madde ile cezanın artırılmasına karar verilmesi,

b)Uygulamada yanlış, hesap sonucu 1 yıl 5 ay 23 gün yerine yazılı şekilde fazla ceza tayin edilmesi,

c) Vekalet ücretinin müdahil asil yerine vekili lehine hükmedilmesi, bozmayı gerektirmiş, sanık vekili müdahil vekili ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan hükmün bozulmasına..” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, T. 05.04.2006, 4445/1172, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 518.

⁷²⁵ Dönmezer/Erman, s. 117.

2. Hukuka Aykırı Ancak Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emirler Bakımından Direnme Hakkı

Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler de emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin konusunu oluşturabilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi emri uygulayan emrin hukuka aykırılığını emri verene bildirir ve amir emrinde ısrar edip emri yazılı olarak yinelirse memur emri yerine getirmekle yükümlüdür. Emir hukuka aykırı da olsa emrin yerine getirilmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Dolayısıyla hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirlerin yerine getirilmesine de üçüncü kişilerin itaat yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin hukuka aykırı bir tutuklama emrinin yerine getirilmesine üçüncü kişi katlanmak zorundadır. Ancak bu emrin yerine getirilmesine ilişkin CMK madde 141-144 gereği kabul edilen tazminat hakkı saklıdır. Yani üçüncü kişi hakkında Kanunda belirtilen koşullara uyulmaksızın verilen tutuklama kararına ilişkin maddi ve manevi her türlü zararını Devletten isteyebilir. Ancak bu emri yerine getiren kolluk görevlisine kararın hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek direnme hakkı yoktur, hukuka aykırı da olsa konusu suç teşkil etmeyen emri yerine getirmek kolluk görevlisinin görevidir. Hakkında tutuklama emri verilmiş kişinin bu emrin yerine getirilmesine direnme hakkı bulunmamaktadır. Bu emrin yerine getirilmesi engellemek amacıyla kişi cebir veya tehdit kullanırsa aynı hukuka uygun emrin yerine getirilmesinde olduğu gibi TCK madde 265 de düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçu söz konusu olur. Hukuka uygun emirlerin yerine getirilmesine ilişkin yaptığımız açıklamalar hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirlerin yerine getirilmesine ilişkin olarak da geçerlidir. Çünkü her iki tür emrin yerine getirilmesi de bir hukuka uygunluk nedenidir ve emri uygulayanın emri yerine getirme fiili hukuka uygundur.

3. Konusu Suç Teşkil Eden Emirler Bakımından Direnme Hakkı

Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Emri yerine getiren kamu görevlisinin fiili hukuka uygun olmadığı gibi, böyle bir emrin yerine getirilmesi kamu görevlisinin görevi de değildir. Konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir olmadığı için emri uygulayanın bu emre itaat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Böyle bir emri yerine getirdiğinde ise emri yerine getiren sorumlu olacaktır. Emri uygulayanın dahi itaat yükümlülüğü bulunmadığı bir emrin yerine getirilmesine üçüncü kişilerin itaat etmesi beklenemez. Dolayısıyla üçüncü kişilerin konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine karşı direnme hakkı bulunmaktadır.⁷²⁶ Ancak bu direnme hakkı kanuni sınırlar içinde kullanılmalıdır. Aksi takdirde üçüncü kişinin de sorumluluğu söz konusu olabilmektedir.

Üçüncü kişinin direnme fiili hukuka uygunluk nedenlerinden birinin şartlarını taşıyabilir, örneğin somut olayda meşru savunma koşulları olabilir, bu durumda üçüncü kişinin fiili hukuka uygundur. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hukuka aykırıdır, hukuka aykırı bu fiilin yerine getirilmesi ya da yerine getirilmeye çalışılması üçüncü kişinin bir hakkına yönelmiş mevcut veya gerçekleşmesi muhakkak bir saldırı oluşturabilir. Üçüncü kişinin bu saldırıyı defetmek zorunluluğu ile işlediği fiiller hukuka uygundur, üçüncü kişi emrin yerine getirilmesine itaat etmediği ve direndiği için cezalandırılmaz. Üçüncü kişi kendini savunurken kasıtlı olmaksızın sınır

⁷²⁶ Yargıtay 2. CD., E. 2001/38346, K. 2002/2442, T. 13,2,2002, “Sanığın, Valiliğin emrine aykırı olarak yayladaki hayvanlarını otlatmak için il dışından başka il nüfusuna kayıtlı ve ikamet eden çobanları çalıştırması eylemi nedeniyle mahkumiyetine karar verilmiş isede TCK'nun 526/1 maddesinin uygulanması için alınan önlemin hukuka ve kanuna aykırı olmaması gerekli olup Anayasamızın 49. maddesinde çalışma hakkı düzenlenerek devlete bu hakkı koruyucu ve kolaylaştırıcı önlemler alma yükümlülüğü getirilmiş bulunması nazara alındığında Valilikçe alınan önlemin hukuka uygun olmadığı dolayısıyla müsnet suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden mahkumiyet hükmü kurulması....” Kazancı Hukuk Otomasyon Programı.

aşmış ise hakkında TCK madde 27/1 veya sınır mazur görülebilecek bir heyecan, korku, telaş dolayısıyla aşılmışsa madde 27/2 uygulanır. Konusu suç teşkil eden emre ilişkin memur hataya düşerek emrin hukuka uygun olduğu inancıyla yerine getirebilir. Ancak memurun hataya düşmesine rağmen fiili üçüncü kişi bakımından haksız bir saldırı oluşturmaya devam etmektedir.⁷²⁷ Dolayısıyla memurun hatasına rağmen üçüncü kişinin direnmesi meşru savunma oluşturur.

Her durumda üçüncü kişi bakımından somut olayda meşru savunma koşulları oluşmayabilir. Örneğin konusu suç teşkil eden emri yerine getirmeye çalışan memura hakaret eden üçüncü kişi hakkında TCK madde 129/1⁷²⁸ veya emir yerine getirilirken kendisine fiziksel zor kullanılmışsa TCK madde 129/2⁷²⁹ söz konusu olabilir. Bu hükümlerin uygulanması halinde faile ceza verilmemesinin ya da cezada indirim yapılmasının nedeni üçüncü kişinin fiilinin hukuka uygun kabul edilmesi değildir. İlgili maddeler suça etki eden neden olup, sadece belirtilen hallerin varlığında suçun basit şekline ait cezanın değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak failin fiili hala suç oluşturmaktadır ve hukuka aykırıdır. Örneğin konusu suç teşkil eden emri yerine getirirken kendisini itekleyen memura hakaret eden kişiye bu fiilinden ötürü ceza verilme de fiili hukuka aykırıdır, direnme hakkı kişinin fiilini hukuka uygun hale getiren bir hukuka uygunluk nedeni değildir. 765 S. Türk Ceza Kanununda 272. maddesinde⁷³⁰ yer alan ve memurun keyfi davranışlarla ve görevinin sınırını aşarak hakaret ve sövmeye neden olması halinde cezada indirim yapılabileceği veya

⁷²⁷ Günal, s. 168.

⁷²⁸ Bkz. TCK m. 129/1: “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

⁷²⁹ Bkz. TCK m. 129/2: “Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.”

⁷³⁰ Bkz. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 272: “Eğer memur memuriyeti hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketleriyle geçen maddelerde beyan olunan fiillerin vukuuna sebebiyet vermişse ceza dörtte bire kadar indirilebileceği gibi icabına göre büsbütün de kaldırılabilir.”

kaldırılabilirliği hükmü 5237 S. Türk Ceza Kanununda yer almamaktadır. Böyle bir halde somut olayın özelliklerine göre TCK madde 129/1 veya madde 129/2 uygulanmalıdır.

4. Sınırın Kasten Aşılması Karşısında Direnme Hakkı

Hukuka uygun bir emri yerine getiren memur sınırı kasten ya da taksirle aşabilir. Memurun emri yerine getirirken sınırı kasten aşması halinde sorumluluğu esastır. Bu halde üçüncü kişinin de memurun fiiline direnme hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişi meşru savunma halinden faydalanabileceği gibi, TCK madde 129/1 veya 129/2 de söz konusu olabilir. Örneğin hakkında tutuklama emri verilmiş olan kimsenin tutuklanması sırasında, ilgili kimse emrin yerine getirilmesine hiç direnmemesine ve emrin yerine getirilmesine itaat etmesine rağmen kolluk görevlisinin kendisini nedensiz coplaması hali sınırın kasten aşılması olup haksız bir saldırı oluşturmaktadır. Üçüncü kişi bu saldırıyı orantılı biçimde defetmek hakkına sahiptir ve meşru savunmadan faydalanır.

765 S. Türk Ceza Kanunu madde 258/4de memura aktif mukavemet suçu bakımından özel bir hal düzenlenmişti.⁷³¹ Buna göre görevi yaptırmamak için direnme suçunun mağduru olan memurun yetkisini aşması veya keyfi bir davranışta bulunarak direnmeye neden olması halinde direnen fail hakkında cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza tamamen de ortadan kaldırılıbiliyordu. Doktrinde ilgili hükmün bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa memura aktif mukavemet suçu bakımından kabul edilen özel bir haksız tahrik hükmü mü olduğu tartışmalıydı.⁷³² Hükmün uygulanabilmesi

⁷³¹ Bkz. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 258/4: “Eğer memur haiz olduğu selahiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirilebileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.”

⁷³² Tartışmalar için bkz. Arslan, Çetin, “**Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bu Suçtaki Haksız Tahrik Hükmü Üzerine Bir İnceleme**”, Türk İdare Dergisi, Sayı: 436, 2002, s. 173-177.

için memurun yetkisini aşarak ya da keyfi davranarak direnmeye neden olması, direnme ile memurun yetkisini aşması ya da keyfi hareketi arasında bir nedensellik bağı olması ve direnmenin yetki aşımından ya da keyfi davranıştan sonra gerçekleşmesi gerekmektedir.⁷³³ 5237 S. Türk Ceza Kanununda ise ilgili hükme yer verilmemiştir. Sınırın aşılması halinde koşulları varsa üçüncü kişinin meşru müdafaadan yararlanması mümkündür. Ancak memurun sınırı aştığı her durum meşru savunmaya neden olmayabilir. Kimi durumlarda memurun emri yerine getirirken sınırı aşması haksız tahrik de oluşturabilir.⁷³⁴ Memurun sınırı kasten aşması hukuka aykırıdır, dolayısıyla aynı zamanda haksız bir fiildir. Bu nedenle emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması üçüncü kişi üzerinde hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirdiyse ve kişi bunun etkisiyle direnmiş ve suç işlemiş ise hakkında haksız tahrik hükmü uygulanmalıdır. Emrin yerine getirilmesinde sınırın kasten aşılması halinde somut olayın koşulları incelenerek bir sonuca varılmalı ve üçüncü kişinin direnme hakkı incelenmelidir. Ancak direnme hakkının sınırsız olmadığı ve her durumda bir hukuka uygunluk nedeninin ya da suça etki eden nedenin söz konusu olamayacağı gözden kaçırılmamalıdır.⁷³⁵

III) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNDE HATA

Hata dış dünyaya ait bir şeyin gerçekte olduğu gibi değil yanlış tanınması, yanlış algılanmasıdır.⁷³⁶ Gerçeğin yanlış biçimde algılanmasına neden olduğu için hata

⁷³³ Arslan, s.

⁷³⁴ Şahin, Mehmet, “Yasal Savunma”, TBBD, Sayı 75, 2008, s. 301.

⁷³⁵ Günal, s. 168.

⁷³⁶ Güngör, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınevi, 2007 Ocak, Ankara, s.5.

iradenin oluşum sürecine etki etmekte ve belirli durumlarda kusurluluğu kaldıran bir neden olarak ortaya çıkmaktadır.⁷³⁷

Emrin yerine getirilmesinde hata çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Emri yerine getirenin de emri verenin de hataya düşmesi mümkündür. Emrin yerine getirilmesi bakımından hukuki hata da fiili hata da söz konusu olabilir. Amir ya da memurun hukuki ya da fiili hataya düşmesinin farklı hukuki sonuçları bulunmaktadır.

1. Emrin Yerine Getirilmesine İlişkin Hukuki Hata

Konusu suç teşkil eden emirler bakımından emri verenin ya da emri yerine getirenin fiilin suç oluşturduğuna ilişkin hukuk kuralını bilmemesi ya da yanlış yorumlaması halinde hukuki hata söz konusudur. Hukuki hata bir ceza normunun ya da ceza normu dışındaki bir normun bilinmemesinden ya da yanlış yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.⁷³⁸ Yasak hatası ya da kural üzerinde hata da denilen hukuki hata da doğrudan ceza kanununun bilinmemesi ya da yanlış yorumlanması söz konusu olabileceği gibi, ceza kanunu dışında kalan ancak ceza kanununu ilgilendiren kanunların bilinmemesi ya da yanlış yorumlanması da söz konusu olabilir. Ancak ceza kanunu dışındaki kanunlara ilişkin hatanın fiili hataya dönüşmemiş olması gereklidir.⁷³⁹ Hukuki hata bir değerlendirme hatası olup fail işlediği fiilin cezai nitelendirmesinde hataya düşmektedir.⁷⁴⁰

Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bakımından emrin suç teşkil ettiğinin bilinmediğinin amir ya da memur tarafından ileri sürülmesi halinde hukuki hata söz konusudur. Amir verdiği emrin, memur ise yerine getirdiği emrin suç teşkil

⁷³⁷ Toroslu/Toroslu, s. 234-235.

⁷³⁸ Güngör, Devrim, “**Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata**”, TBD, Sayı 68, 2007, s. 135-136.

⁷³⁹ Toroslu/Toroslu, s. 239.

⁷⁴⁰ Toroslu/Toroslu, s. 238.

ettiğini bilmediğini ileri sürmektedir. Türk Ceza Kanununun 4. maddesine göre “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” Kural hukuk sistemlerinde yer alan temel bir ilke olup ceza kanunlarını bilmenin zorunluluğu esasına dayanmaktadır. Kanunun muhatabı olan kimseler kanunu bilmek ve öğrenmek yükümlülüğüne sahiptir.⁷⁴¹ Kanunu bilmek herkese yüklenen bir yükümlülük, bir ödev olduğu için kanunu bilmemek bir mazeret olarak kabul edilmemektedir. Bir emrin suç oluşturduğunu bilmemek Ceza Kanununu bilmemektir. Dolayısıyla emri veren de emri yerine getiren de bu bilgisizliklerinden dolayı mazur görülemez ve emri vermekten ve emri yerine getirmekten sorumlu olurlar. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılamaz kuralının tek istisnası failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesidir. Bu istisna TCK madde 30/4 de “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşmek; hukuka aykırı ve suç oluşturan fiilin suç oluşturmadığının sanılmasıdır. Haksızlık terimi ile ifade edilmek istenen kanımızca hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık bilincine sahip olmak fiilin ceza normu ile yasaklandığının bilinmesini gerektirmektedir. Bununla birlikte ceza hukuku kuralı bilinmemekle birlikte kimi durumlarda fiilin antisosyal niteliği gereği ilgili kuralın var olduğuna sezgisel olarak ulaşmak da mümkündür.⁷⁴² Fiilin haksızlığına ilişkin hataya düşen kimse fiilin suç oluşturduğunu bilmemekte, fiilin antisosyalliğine ilişkin de hataya düşmektedir.⁷⁴³ Ancak fiilin antisosyalliğine ilişkin hata kişinin fiilinin suç oluşturduğunu bilmesine karşın, ahlaki, dini ya da siyasi görüşleri nedeniyle fiilini doğru sanması ya da fiilini işlerken kendisini haklı bulması

⁷⁴¹ Hafizoğulları/Özen, s. 294.

⁷⁴² Güngör, s. 159.

⁷⁴³ Toroslu/Toroslu, s. 238.

değildir.⁷⁴⁴ Böyle bir halde failin sorumluluğu esastır. Fiilin antisosyalliğine ilişkin hata ile belirtilmek istenen kişinin fiilinin suç oluşturduğunu bilmemesi ve fiilinin herhangi bir zarar ya da tehlike doğurmadığını sanmasıdır.⁷⁴⁵ Hukuki hatanın sorumluluğu kaldırabilmesi için kaçınılmaz olması şarttır. Kaçınılmaz hata her türlü dikkat ve özeni gösterdiği halde kişinin hataya düşmesi, hataya düşmesinde kişiye hiçbir kusurunun bulunmadığı hatadır. Hata kaçınılabilir, engellenebilir bir hata ise kişi hatasından yararlanamaz. Hatasından yararlanabilmesi için kişinin taksir düzeyinde dahi bir sorumluluğunun olmaması gereklidir.⁷⁴⁶ Madde gerekçesinde kaçınılmaz hatanın kişinin bilgi düzeyi, eğitimi, sosyal ve kültürel çevresi dikkate alınarak tespit edileceği belirtilmiştir.⁷⁴⁷ Emri veren amir verdiği emrin konusunun suç teşkil ettiğine ilişkin ceza hukuku kuralını bilmiyorsa ve kendisine bu hatasıyla ilgili kusur yüklenemiyorsa diğer bir deyişle hatası kaçınılmaz ise hatasından yararlanır ve konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmaz. Benzer şekilde emri yerine getiren memur emrin konusunun suç teşkil ettiğine ilişkin hukuk kuralını bilmiyorsa ve kendisine taksir düzeyinde dahi bir kusur yüklenemiyorsa hatasından yararlanır.⁷⁴⁸ Ancak emri veren ilgili hukuk kuralını bilmemekte, ancak emri yerine

⁷⁴⁴ Zafer, s. 367.

⁷⁴⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 295.

⁷⁴⁶ Güngör, s. 159.

⁷⁴⁷ Bkz. TCK m. 30/4 gerekçesi : “30 uncu maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümle, kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır”.

⁷⁴⁸ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, T. 9.10.2013, E. 2013/9110, K.2013/12351, “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.

getiren memur emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilmekte ise artık memur emrin yerine getirilmesinden sorumludur. Böyle bir durum da memur Anayasa 137/1 gereği emrin konusunun suç teşkil ettiğine ilişkin olarak amirini uyarmalı ve amir emri yazılı olarak yinelese dahi emri yerine getirmemelidir. Emrine hukuka aykırılık itirazı yapılan amirin ise emrin konusunun suç teşkil ettiğine ilişkin kuralı bilmediğine ilişkin hatası artık kaçınılmaz değildir ve emri vermekten dolayı sorumlu olur. Emri uygulayanın emre ilişkin hukuka aykırılık itirazı yapamadığı mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu hallerde ise memur emrin suç teşkil ettiğine ilişkin hukuk kuralını bilmekte ise emri yerine getirmemelidir, aksi takdirde memur emri yerine getirmekten sorumlu olur. Emri verenin sorumluluğu ise kural üzerinde hatasının

Bu kapsamda, Dairemiz tarafından delillerin değerlendirilmesine ilişkin denetim yapılırken, sanıkların verilen emirlerin askeri hizmetlerin görülmesi bağlamında olduğuna dair bir yanlışlığa düşmüş olup olamayacakları da değerlendirilmiştir.

- 05-07 Mart 2003 tarihinde 1. Ordu Komutanlığı bünyesinde icra edilen plan seminerine, yasal bir görevin ifası kapsamında katılmanın hukuki sorumluluk doğurmayacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu durumun, plan seminerine katılan pek çok kişi hakkında kamu davası açmamış bulunan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da kabul edildiği açıktır. Ancak yukarıda plan seminerine ilişkin açıklamalarda da izah edildiği üzere, anılan plan seminerinde örtülü biçimde "Balyoz Güvenlik Harekat Planının" değerlendirildiği de maddi bir vakıadır. Buna göre, plan seminerine katılan sanıkların hukuki durumlarının tespiti noktasında, plan seminerinin örtülü gündemini bilerek katılıp katılmadıklarının belirlenmesi aranmış; sanıkların konumu, amaç suça matuf hazırlanan hangi liste ya da listeler içinde yer aldıkları, plan seminerinde yaptıkları sunum ya da konuşmalarının içeriği bu belirlemede nazara alınmıştır.

- Balyoz Güvenlik Harekat Planı kapsamında kendilerine kişiye özel olarak görev tevdi edilen ve bu onurlu görevi kabul eden personel olarak nitelendirilen "görevlendirmede yetkili personel" başlıklı EK-A listesi ile Suga Harekat Planı kapsamında hazırlanan "görev bölümü" başlıklı EK-A listesinde yer alıp, yasadışı oluşumdaki konumları itibarıyla dahil oldukları ittifakın mahiyetini bilecek durumda olan ve fakat ittifakın amacı istikametindeki faaliyetlerin içinde buldukları kuşkuya yer bırakmayacak biçimde saptanamayan sanıkların hukuki durumları yukarıda açıklandığı şekli ile ittifak suçu kapsamında değerlendirilmiştir.

-Balyoz Güvenlik Harekat Planı kapsamında düzenlenen "görevlendirmede yetkili personel" başlıklı EK-A listesi ile Suga Harekat Planı kapsamında hazırlanan "görev bölümü" başlıklı EK-A listesi dışında, görevlendirme veya değerlendirme içeren diğer listelerde adları bulunan sanıkların; bir kısmına amaç suç kapsamında görev tevdi edildiği; bir kısmının kendileri için belirlenen görevlerle ilgili çalışma yaptıkları; tevdi edilen görevleri yerine getirdiği anlaşılan bir kısmının ise faaliyetlerinin bu amaç suç kapsamında olduğunu bildikleri kuşkuya yer bırakmayacak biçimde saptanamamış, eylemleri başka bir suç da oluşturmayan bu sanıkların beraatlerine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır..." Kazancı Hukuk Otomasyon Programı

kaçınılmaz olup olmadığına göre belirlenir. Hataya kendi kusuruyla düşmediyse emri vermekten dolayı sorumlu değildir.

Emrin yerine getirilmesine ilişkin hukuki hata ile fiili hatayı birbirinden ayırmak gereklidir. Hukuki hata amirin veya memurun emrin suç teşkil ettiğine ilişkin kuralı bilmemesi ve yanlış yorumlamasıdır. Fiili hata ise emrin yerine getirilmesine ilişkin şartların somut olayda bulunmamasına rağmen var sanılmasıdır. Hukuki hata halinde kural ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi gereği amir ya da memurun sorumlu olmasıdır. İstisna ise TCK madde 30/4 gereği hatalarının kaçınılmaz olmasıdır. Fiili hataları halinde ise TCK madde 30/3 uygulanacaktır.

2. Emrin Yerine Getirilmesi Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartlarına İlişkin Hata

Emrin yerine getirilmesinde emri uygulayan emrin yerine getirilmesi şartları ile ilgili hataya düşmüş olabilir. Memur somut olayda amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen var sanmaktadır. Türk Ceza Kanunu madde 30/3e göre “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” Hukuka uygunluk nedenleri bakımından gereken şartların gerçekleştiği hususunda hataya düşen failin hatasından yararlanması hatasının kaçınılmaz olmasına bağlıdır.⁷⁴⁹

Yetkili amirin emrinin yerine getirilmesinin şartları somut olayda bulunmamakta iken fail tarafından var sanılması hukuka uygunluk nedeninin şartlarına ilişkin hatadır. Memur olayda emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olmadığı halde var sanarak emri yerine getirmiştir. Memur emrin yetkili amir

⁷⁴⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 431.

tarafından verilip verilmediği, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir olup olmadığı ya da emrin hukukiliğine ilişkin hataya düşebilir. Amir kanunu bilmediği için ya da kanunu yanlış yorumladığı için hukuka aykırı bir emir vermiş ise hukuki hata söz konusudur ve amirin sorumluluğu hatasının kaçınılmaz olup olmadığına göre belirlenir. Hukuki hata halinde fail işlediği fiilin tüm unsurlarını bilmekte ve istemekte ancak bu fiilin hukuk düzeni tarafından suç olarak kabul edildiğini bilmemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ilişkin hata da ise fail işlediği fiilin suç olduğunu bilmekle birlikte fiilin bir hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla hukuka uygun kabul edildiğini sanmaktadır.⁷⁵⁰ Örneğin kolluk amirinin emri ile konutta arama yapan kolluk görevlisi emir olmaksızın bu fiilin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturduğunu bilmekte ancak amirinin hâkim kararı aldığını sanarak fiilin emir dolayısıyla hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Dolayısıyla düştüğü hata hukuki hata değil, emrin yerine getirilmesine ilişkin hatadır. Kolluk görevlisi emrin yetkili amir tarafından verildiğine ilişkin yani emrin yerine getirilmesi şartlarına ilişkin hataya düşmüştür. Bu durumda kolluk görevlisinin hataya düşmesinde kusuru yoksa hatası kaçınılmaz ise hatasından yararlanır. Ancak hataya düşmesinde kusuru var ise yani kendi dikkatsizlik ve özensizliği nedeniyle yanlışsa fiilinden sorumlu olur, ancak buradaki sorumluluk taksirli sorumluluktur.⁷⁵¹ Emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin somut olayda var olduğu inancıyla hareket eden ve bu nedenle fiilin hukuka uygun olduğunu düşünen kişinin işlediği suç bakımından kastı ortadan kalkmaktadır. Ancak hataya düşme konusunda taksirli davranmışsa ve işlediği fiilin

⁷⁵⁰ Koca/Üzülmez, s. 237.

⁷⁵¹ Hafizoğulları/Özen, s. 295-296.

taksirli hali Kanunda cezalandırılmakta ise suçun taksirli halinden dolayı sorumludur.⁷⁵²

Emrin yerine getirilmesinde hata bakımından hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler ile konusu suç teşkil eden emirler ayrı incelenmelidir. Hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından memurun emri hukuka uygun sanarak emri verene hukukilik itirazı yapmaksızın yerine getirmesi halinde emrin yerine getirilmesi şartlarında hata söz konusudur ve TCK madde 30/3 uygulanmalıdır. Yani emrin hukuka aykırılığı ya da hukuka uygunluğu konusunda hataya düşen memur hatası kaçınılmaz ise hatasından yararlanmalıdır.⁷⁵³ Memurun konusu suç teşkil eden emri hukuka uygun sanarak yanılması ise emrin yerine getirilme şartlarına ilişkin değil, suçu düzenleyen ceza normuna ilişkin yanılma, yani hukuki hatadır. Bu durumda memur TCK madde 30/4 gereği sadece hatası kaçınılmaz ise cezalandırılmaz, ancak emrin açıkça kanuna aykırılık oluşturması ve suç teşkil etmesi halinde memurun hataya düştüğünden bahsedilemez⁷⁵⁴. Örneğin acemi bir askere kışlanın önünden geçen herkese ateş etmesi emri verilmesi halinde asker acemiliği dolayısıyla hataya düştüğünü ve emrin konusunun suç teşkil ettiğini bilmediği ileri süremez. Emrin içeriğinin denetlenmesinin yasaklandığı mutlak itaat hallerinde dahi konusu suç teşkil eden emir yerine getirilemez.⁷⁵⁵ Ancak mutlak itaat hallerinde emrin konusu açıkça suç teşkil etmemekte ve memur emri hukuka uygun olduğu inancıyla yerine getirmişse kanımızca fiili bir hata söz konusudur ve memurun kastı ortadan kalkmaktadır. Verilen örnekte olduğu gibi Kanuna açıkça aykırı olan ve

⁷⁵² Koca/Üzülmez, s. 237-238.

⁷⁵³ Değirmenci, Olgun, “**Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma**” TBBD, Sayı 110, 2014, s.162.

⁷⁵⁴ Günel, s. 153.

⁷⁵⁵ Dönmezer/Erman, c.II, s. 98.

konusu suç teşkil eden emirler bakımından sorun yoktur. Ancak konusunun suç teşkil edip etmediği objektif olarak anlaşılamayan emirler bakımından ayrı inceleme gerekmektedir. Emri yerine getirenden bir yargılama makamı gibi değerlendirme istenemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.⁷⁵⁶ Bu nedenle emri yerine getirenin hataya düşmesinde şahsı, sübjektif durumu, amirinin verdiği emirlerin her zaman hukuka uygun olacağına ilişkin inancı, itaat yükümlülüğü de dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Memur emrin konusunun suç teşkil ettiğine ilişkin olarak şüpheye dahi düşmemiş olabilir. Emrin hukuka uygunluğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise hatasından yararlanmalıdır.⁷⁵⁷

Memur yetkili amir tarafından verilen hukuka uygun ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emri konusunun suç teşkil ettiğini ileri sürerek yerine getirmeyi reddederse menfi bir hata söz konusudur.⁷⁵⁸ Böyle bir durumda amir emri başka bir memura verip yerine getirilmesini sağlayabilir. Ancak memurun yerine geçip emri kendisi yerine getiremez.⁷⁵⁹ Emrin konusunun suç teşkil ettiğine ilişkin yanlış emri yerine getirmeyen memurun sorumluluğu ise idare hukukuna göre belirlenir. Memurun emre ilişkin düştüğü hata ise görevi kötüye kullanma suçu bakımından kastı ortadan kaldırmaktadır.

⁷⁵⁶ Günal, s. 152.

⁷⁵⁷ Taner, s 399.

⁷⁵⁸ Günal, s. 153.

⁷⁵⁹ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, s. 32.

IV) AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLE DİĞER HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Amirin emrinin yerine getirilmesi ile diğer hukuka uygunluk nedenleri olan kanunun hükmünün yerine getirilmesi, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası arasında çeşitli farklılıklar bulunmaktadır.

1. Kanunun Hükmünün Yerine Getirilmesi ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi de amirin emrinin yerine getirilmesi gibi görevin yerine getirilmesinden ibarettir.⁷⁶⁰ Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde görevin kaynağı kanun iken emrin yerine getirilmesinde amirin ya da yetkili merciin verdiği emirdir. Her iki hukuka uygunluk nedeni arasındaki fark biçimseldir. Bir kanun maddesinde, amirin ya da yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi gereği düzenlenmişse, emri yerine getiren kişi aynı zamanda kanunun hükmünü de yerine getirmiş olmaktadır. Bu noktada aslında kanunun hükmünü yerine getirilmesi ile amirin emrinin yerine getirilmesinin birbirlerine indirgenebilmektedir.⁷⁶¹

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi halinde kişiye belli bir fiilin yerine getirilmesi görevi doğrudan doğruya yüklenildiği halde, amirin emrinin yerine getirilmesinde bu görev dolaylı olarak amir ya da yetkili merciin emri vasıtasıyla

⁷⁶⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2009/19013, K.2011/21017, “Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34. ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesi sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir.”, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı

⁷⁶¹ Günal, s. 4.

yüklenmektedir.⁷⁶² Yine amirin emrinin yerine getirilmesinde hiyerarşik bir ilişki olması şart iken kanunun hükmünün yerine getirilmesinde böyle bir şart yoktur, kişinin görevi yerine getirmesi için kanun hükmünün muhatabı olması yeterlidir.⁷⁶³ Hiyerarşiyi yani astlık üstlük ilişkisini şart koşan amirin emrinin yerine getirilmesi bir kamu hukuku ilişkisini gerekli kılmaktadır, ancak kanun hükmünün yerine getirilmesinde kanun hükmünün kamu hukukundan kaynaklanması zorunlu değildir.⁷⁶⁴ Özel hukuktan kaynaklanan bir hukuk kuralını yerine getiren kimse de ilgili hukuka uygunluk nedeninden faydalanmaktadır.⁷⁶⁵ Bazı durumlarda herkes kanun hükmünü yerine getirebilir, örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu madde 90/1 de kişiye suçu işlerken rastlanması ya da suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması hallerinde herkese yakalama yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte bazen hukuk kuralı sadece belli niteliklere sahip kişileri muhatap kılmış olabilir, bu gibi durumlarda herkes değil sadece muhatap kılınan kişi bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacak diğer kimselerin fiilleri ise hukuka uygun sayılmayacaktır.⁷⁶⁶ Örneğin silah kullanma yetkisi çeşitli Kanunlara göre (PVSK madde 16, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu madde 87, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu madde 11 gibi) sadece belli kamu görevlilerine tanınmıştır, bu kişiler dışındaki kişiler ilgili kanun hükümlerini yerine getiremezler.⁷⁶⁷ Yani emrin yerine getirilmesinde mutlaka hiyerarşik bir ilişki, kamu

⁷⁶² Dönmezer/Erman, s. 88.

⁷⁶³ Dönmezer/Erman, s. 89.

⁷⁶⁴ Günal, s. 7.

⁷⁶⁵ İçel, s. 299.

⁷⁶⁶ Dönmezer/Erman, s. 91.

⁷⁶⁷ “Yasa dışı örgüt mensubu kişiye yer göstermesi için götürüldüğünde kaçmaya kalkışması üzerine “dur” ikazı yapıldığı, dur ihtarına uymadığı için ateş açıldığı esnada sanığın da 1402 Sayılı Kanununun 4. Maddesi, Jandarma Teşkilat ve Görev ve Yetkileri Yönetmeliğinin 39. Maddesine göre ateş ettiği

hukuku ilişkisi gerekli iken kanun hükmünün yerine getirilmesinde bazı durumlarda kamu hukuku ilişkisi gereklidir.⁷⁶⁸

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi ile amirin emrinin yerine getirilmesi aslında görevin yerine getirilmesi olduğu için her iki nedenin tek bir fıkra da “kanunun hükmünü veya amirin emrini yerine getiren kimseye ceza verilemez” şeklinde düzenlenmesi gerektiği bir görüş tarafından savunulmaktadır.⁷⁶⁹ 765 S. Türk Ceza Kanunu’nda her iki hukuka uygunluk nedeni 49. maddenin birinci fıkrasında savunulan şekilde birlikte düzenlenmişti. Ancak 5237 S. Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde her iki hukuka uygunluk nedeni “kanunun hükmü ve amirin emri” başlığı altında ilk iki fıkra da ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır.

2. Meşru Savunma ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi

Meşru savunma da emrin yerine getirilmesi gibi bir hukuka uygunluk nedenidir. Meşru savunma halinde işlenen bir fiil hukuka uygundur. Dolayısıyla meşru savunma ve emrin yerine getirilmesinin suça etkisi, fiilin hukuka uygun olarak doğması bakımından aynıdır. Bununla birlikte meşru savunma ile emrin yerine getirilmesi şartları bakımından birbirinden farklıdır.

Meşru savunma halinden herkes yararlanabilirken, emrin yerine getirilmesinde emri yerine getiren kimsenin o emri yerine getirme yükümlülüğü olan memur olması, emri verenle emri yerine getiren arasında bir astlık üstlük ilişkisinin bulunması şarttır.⁷⁷⁰ Meşru savunma bakımından kişinin hakkına yönelik haksız bir saldırı olduğu

anlaşıldığından TCK.nun 49/1 maddeleri gereğince karar verilmesi gerekirken TCK.nun 455. Maddesi uygulanarak ceza verilmesi”, Yargıtay 1. CD. , T. 14.05.2001, 2779/2090, Bakıcı, s. 547.

⁷⁶⁸ Günal, s. 8.

⁷⁶⁹Erem/Danişman/Artuk, s. 553.

⁷⁷⁰ Günal, s. 11, Özen, s. 173.

ve tüm meşru savunma şartları somut olayda oluştuğu halde dahi, kişi kendini savunmayabilir, haksız saldırıya uğrayan kişinin kendini savunma yükümlülüğü yoktur. Ancak kendisine emir verilen ast, gerekli şartları taşıdığı takdirde bu emri yerine getirmek zorundadır. Görevin yerine getirilmesi söz konusu olduğu için memurun bu konuda bir takdir hakkı bulunmamaktadır, memurun emri yerine getirme yükümlülüğü söz konusudur.⁷⁷¹

Meşru savunma halinde bulunan kişi, gerekli tüm şartlar oluştuğu takdirde cezalandırılmayacaktır, emrin yerine getirilmesinde ise şayet konusu suç olan bir emrin yerine getirilmesi söz konusu ise memur cezalandırılacaktır. Bu sebeple meşru savunma halinde cezasızlığın mutlak, emrin yerine getirilmesinde ise nispi olduğu ileri sürülmüştür.⁷⁷² Ancak konusu suç teşkil eden emir zaten bir hukuka uygunluk nedeni değildir, bu nedenle cezasızlık bakımından iki hukuka uygunluk nedenini karşılaştıran bu görüş kanımızca yerinde değildir.

3. Zorunluluk Hali ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi

Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk nedenidir.⁷⁷³ Dolayısıyla emrin yerine getirilmesi ve zorunluluk halinin suça etkisi işlenen fiilin hukuka uygun doğmasını

⁷⁷¹ Dönmezer/Erman, C. II, s. 92, Günal, s. 11, Özen, s. 174.

⁷⁷² Günal, s. 11.

⁷⁷³ Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin de doktrinde farklı görüşler ileri sürülse ve Kanun'un Gereğesinde aksi kabul edilse de kanımızca bu hal de bir hukuka uygunluk nedenidir. Gereğce Kanunun yorumlanmasında önem taşısa da bağlayıcı değildir. Kanun'un etkilendiği ileri sürülen Alman Ceza Hukukunda iki tür zorunluluk hali vardır; bunlardan birincisi hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali, diğeri ise Türk Hukuku'ndaki mücbir sebebin karşılığı olan ve kusurluluğu kaldıran zorunluluk halidir. Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali için bkz. Alman Ceza Kanunu m.49/3: *"Her kim, hayat, vücut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, halihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için bir suç fiili işlerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate nazaran önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi defetmek için uygun bir araç olduğu durumlarda uygulanır."* Kusurluluğu kaldıran zorunluluk hali için bkz. Alman Ceza Kanunu m. 35: *"(1) Her kim, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik, halihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya bir yakını bakımından defetmek için hukuka aykırı bir*

sağlamak bakımından aynıdır. Ancak her iki hukuka uygunluk nedeninin uygulanma şartları birbirinden farklıdır.

Zorunluluk halinde kişinin tehlikeye katlanma yükümlülüğü olmalıdır. Tehlikeye katlanma yükümlülüğü hukuki bir görevdir, yükümlülüğe uyulmaması hukuka aykırıdır ve yaptırım gerektirir. Bu yükümlülüğün kaynağı kanun, sözleşme, işin veya hizmetin niteliği olabileceği gibi amirin hukuka uygun emri de olabilir.⁷⁷⁴ Yani amirin hukuka uygun emri, emri yerine getiren memura tehlikeye katlanma yükümlülüğü yükleyebilir. Bu durumda memur zorunluluk halinden yararlanamaz.

Zorunluluk halinden tehlikeye katlanma yükümlülüğü olmayan herkes yararlanabilir. Emrin yerine getirilmesinde ise emir sadece yetkili memur tarafından yerine getirilebilir. Herhangi bir kişi ya da memur emri yerine getiremez. Yetkili amir ile yetkili memur arasında kamu hukukundan kaynaklanan hiyerarşik bir ilişki olmalıdır.⁷⁷⁵ Zorunluluk halinde ilgili kişinin mutlaka tehlikeden kurtulması kendisinden beklenemez. Memurun ise emri yerine getirilmesine ilişkin takdir yetkisi yoktur. Memurun görevi gereği kendisine verilen emri gerekli şartları taşıdığı takdirde yerine getirmekle yükümlüdür.⁷⁷⁶

fili gerçekleştirirse kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukuki ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye katlanması failden beklenebilir idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz; ancak 49'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca indirilebilmesi için failin özel bir hukuki ilişki dolayısıyla tehlikeye katlanmak mecburiyetinde bulunması gerekir. (2) Fail fiili gerçekleştirirken 1'inci fıkra uyarınca kusurluluğunu ortadan kaldıracak nitelikte olan durumların hataya düşerek var olduğunu zannederse, sadece hataya düşmekten kaçınabilmesinin mümkün olduğu hallerde, cezalandırılır. Ceza 49'uncu maddenin 1'inci fıkrası uyarınca indirilir." Zafer, s. 314.

⁷⁷⁴ Toroslu, Zaruret Hali, s. 139.

⁷⁷⁵ Günal, s. 11, Özen, s. 173.

⁷⁷⁶ Dönmezer/Erman, C. II, s. 92, Günal, s. 11, Özen, s. 174.

4. Hakkın Kullanılması ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi

Türk Ceza Kanunu madde 24/1e göre hakkını kullanan kişiye ceza verilmez.

Hakkın kullanılmasında da fiili hukuka uygun kılan tıpkı emrin yerine getirilmesinde olduğu gibi hukuk düzeninin çelişmezliği ilkesidir, çünkü hukuk düzeni bir taraftan kişiye bir hakkı kullanma yetkisini tanıırken, diğer taraftan bu hakkı kullandığı için kişiyi cezalandıramaz.⁷⁷⁷ Hak sahibi hakkını kanunun belirlediği sınırlar içinde kullanmak zorundadır, aksi takdirde hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz. Amirin ya da yetkili merciin emri de Anayasa'ya, kanuna, yönetmelik ve tüzüklere⁷⁷⁸ uygun şekilde yerine getirilmelidir.⁷⁷⁹

Emrin yerine getirilmesi aslında geniş anlamda hakkın kullanılmasıdır. Çünkü emri yerine getiren kişi aynı zamanda görevinin kendisine yüklediği bir hakkı kullanmaktadır. Bununla birlikte hakkın kullanılmasında hak sahibi kişi hakkını kullanmaya ya da hakkını korumaya zorunlu değilken, emrin yerine getirilmesinde kişi kendisine verilen emri yerine getirmekle yükümlüdür. Yani hakkın kullanılmasında bir yetki söz konusu iken emrin yerine getirilmesinde yükümlülük esastır.⁷⁸⁰ Hakkın kullanılmasında başka bir merciin aracılığı gerekli değildir, hak sahibi kimsenin bu hakkı kullanıp kullanmayacağı kendi takdirindedir, hak sahibinin şekil, maksat, saik, gaye ve zaman bakımından hareket özgürlüğü bulunmaktadır, emrin yerine

⁷⁷⁷ Toroslu/Toroslu, s. 169.

⁷⁷⁸ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.Maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

⁷⁷⁹ Toroslu/Toroslu s. 170, Günel, s. 10.

⁷⁸⁰ Dönmezer/Erman, s.88.

getirilmesinde ise görev amirin ya da yetkili merciin verdiği emir vasıtasıyla yerine getirilmektedir.⁷⁸¹

5. İlgilinin Rızası ile Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi

Rıza fiili suç olmaktan çıkararak bir hukuka uygunluk nedenidir, suç üzerindeki etkisi emrin yerine getirilmesinin de dâhil olduğu diğer hukuka uygunluk nedenleriyle aynıdır. Rızasının geçerli olması için hukuk düzeninin kişiye tanıdığı bir hak olmalı ve kişi bu hakla ilgili olarak rıza açıklama ehliyetine sahip olmalıdır.⁷⁸² Emrin yerine getirilmesinde de emir geçerli olmalı ve emrin yerine getirilmesi memurun görevi gereği olmalıdır. Eğer memurun emri yerine getirme görevi yoksa emir yetkili merciiden verilmiş dahi olsa emri yerine getiremez.⁷⁸³

Kişi her hak üzerinde rıza gösteremez. Rızanın konusu, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak olmalıdır. Kişi tüm hakları üzerinde rıza gösteremez. Emrin yerine getirilmesinde de her emir yerine getirilemez. Emrin yerine getirilmesi için emrin hukuka uygun olması gereklidir. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez.

⁷⁸¹ Günal, s. 9.

⁷⁸² Ekici Şahin, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.111, s. 132.

⁷⁸³ Hafizoğulları/Özen, s. 226.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

D) EMRİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ULUSLARARASI CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Emrin yerine getirilmesi uluslararası ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu kaldıran neden olarak değil, bir “savunma” olarak incelenmiştir. Orijinali “defences” olan savunma nedenleri belli şartların gerçekleşmesi halinde yargılanan kişinin beraat etmesini ya da ceza verilmemesini sağlayan nedenlerdir. Bu nedenler sanığın hakkında ileri sürülen iddialara ilişkin olarak kendisini savunmak için kullanabileceği her türlü maddi veya usuli gerekçelerdir. Savunma nedenleri hem hukuka uygunluk nedenlerini (justification) hem de mazeret nedenlerini (excuses) kapsayan geniş bir kavramdır.⁷⁸⁴

1) Genel Olarak

Emrin yerine getirilmesi uluslararası ceza hukukunda önceki dönemlerde bir savunma olarak kabul edilmişti. Bu kabulün nedeni o dönemlerde uluslararası hukuk üzerindeki ulusal önceliktir. II. Dünya Savaşına kadar olan dönemde amirin emri ilkesi dolayısıyla sadece emri veren üstün cezai sorumluluğu benimsenmişti, bunun nedeni askeri emirlere sınırsız itaatin sağlanmak istenmesiydi. Günümüzde artık bu model terk edilmiştir.⁷⁸⁵ Günümüzde ise emrin yerine getirilmesine gerekçe olarak üstün sorumluluğunun kabul edilmesi ve savaşın gereklilikleri gösterilmektedir. Modern

⁷⁸⁴ Darcy, Shane, “Defences to International Crimes” in: Handbook of International Criminal Law, Edited by William Schabas, Nadia Bernaz, Routledge, 2011, s. 231.

⁷⁸⁵ Werle, Gerhard/ Jeßberger, Florian, **Principles of International Criminal Law**, Oxford University Press, 2014, s. 249.

zamanlarda amirin emri meselesinde askeri disiplinin çıkarları ile hukukun üstünlüğü arasında bir uzlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır.⁷⁸⁶

İnsanlığa karşı suçlar yapısı ve kapsamı dolayısıyla aslında bir devlet politikasının ürünüdür. Barışa karşı suçlar, apartheid, soykırım suçlarında da benzer şekilde çoğunlukla suça devlet organları tarafından kontrol edilen gruplar katılmaktadır. Bu suçların özelliği gereği çok sayıda insan cezai sonuç doğuran eylemler gerçekleştirmekte ve birbiriyle etkileşimde bulunmaktadır. Suç kararını verenlerin yanında karar alan üstlerin emirlerini yerine getiren çok sayıda ast bulunmaktadır. Yani emrin yerine getirilmesi dolayısıyla astın sorumsuz kabul edilmesi halinde uluslararası suçlar da önlenememektedir. Bir devlet politikasının parçası olarak işlenen suçların geniş ölçekte önlenmesi için cezai sorumluluk alanının genişletilmesi gerekir. Dolayısıyla hukukun etkili ve adil biçimde uygulanabilmesi için sorumluluk kumanda zincirinin en altlarına kadar inmelidir.⁷⁸⁷

Devlet politikasını uygulayan farklı aktörlerin sorumluluğunu değerlendirebilmek için emir verenlerin ve emirleri yerine getirenlerin belirlenmesi gereklidir. Karar alma yetkisine sahip kişinin olduğu yerde diğer kişiler onun emrine uygun davrandıklarını ve emri yerine getirdiklerini iddia edip bunun adeta bir kalkan olarak kullanılabilir. Führer prensibinde somutlaşan bu yaklaşım soykırım, insanlığa karşı suç, barışa karşı suçlar gibi uluslararası suçların etkin biçimde önlenmesini engellemektedir. Yaklaşım ilk olarak Londra Anlaşması'nda yasaklanmıştır. Londra

⁷⁸⁶ Ansermet, Lydia, “**Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defence: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea**”, *Vanderblit Journal of Transnational Law*, November 1,2014, Vol:47:1425, s.1442.

⁷⁸⁷ Bassiouni, M. Cherif, **International Criminal Law Series, Volume 1: Introduction to International Criminal Law**, Brill Academic Publishers, November 2012, s. 404.

Anlaşmasından önce hemen hemen bütün devletler askeri yasalarında emrin yerine getirenin sorumlu olmayacağını kabul etmişlerdir.⁷⁸⁸

İnsancıl hukukun en büyük amacı silahlı çatışmalarda korunan hedeflere zarar verilmesinin önlenmesidir. Modern savaş teknikleri ve modern silahlar göz önünde bulundurulduğunda bu amaca ulaşmak için sorumluluk sahasının genişletilmesi gerekmektedir. II. Dünya Savaşından sonra sadece emri verenlerin sorumluluğunu kabul ederek caydırma ve önleme amaçlarına ulaşamayacağı ortaya çıkmıştır. Yeni yaklaşım suç teşkil eden emirler bakımından emri verenin yanı sıra emri yerine getirenlerin de sorumlu olacağı yönünde oluşmuştur.⁷⁸⁹

Ulusal hukukta askeri ve sivil yasalar arasındaki ayırım her iki dalın ulaşmayı hedeflediği amaçların farklılığından kaynaklanmaktadır. Askeri hukukta amaç üstün emirlerine itaatle sağlanabilecek bir disiplindir ve bunun için itaat yükümlülüğü yükleyen normlara gerek vardır.⁷⁹⁰ Sivil yasalar bakımından ise kolluk teşkilatı dışında disiplin yasal olarak korunması gereken bir değer değildir.⁷⁹¹

Modern demokrasiler ve modern hukuk sistemlerinde disiplin gerekliliğinin yerini askeri ya da sivil yasalar fark etmeksizin yasallık ve hukukilik arayışı almıştır. Emrin yerine getirilmesinin emri uygulayanın savunması olması emrin yasallığı ve hukukiliğine bağlı hale gelmiştir. Ancak askeri ve sivil yasalar arasındaki farklılıklar hala devam etmektedir. Askeri yasalar açıkça hukuka aykırı olmadıkça emre itaati gerektirmektedir. Askeri bir emrin hukuka uygun olduğu kabul edilir ve emre itaatsizliğin getireceği bir disiplin riski ile birlikte asta emrin hukuka uygun olup

⁷⁸⁸ Bassiouni, s. 404.

⁷⁸⁹ Bassiouni, s. 406.

⁷⁹⁰ Werle/Jeßberger, s. 248.

⁷⁹¹ Bassiouni, s. 407.

olmadığını değerlendirme yükünü yükler. Ancak askeri hukuk sisteminin hukuka aykırılık standartları farklılık göstermektedir. Astın emre itaat etmeyebileceği ya da itaat etmemek zorunda olduğu durumlar ve astın hangi şartlar altında sorumlu tutulabileceği de sivil hukuktan farklıdır.⁷⁹²

Emrin hukuka uygunluğu sorunu askeri disiplinin korunması amacıyla kaynaklanmakla birlikte hukuk felsefesinin de bir yansımasıdır. Benzer şekilde ceza hukukunda da kişinin fiilinin hukuka uygun bulunması ya da fiilinden dolayı sorumlu tutulmaması felsefi düşünceye dayanmaktadır. Bu nedenle demokratik fikirlerin tersine otoriter felsefeler hiyerarşik emirlerin mutlaka hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. Felsefi sorun hukuka uygunluğun otoriteden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, otoritenin ise hukuka uygun olup olmadığıdır.⁷⁹³

Almanya’da Nasyonal Sosyalist rejim boyunca Führer⁷⁹⁴ Adolf Hitler’in emirleri Führer prensipi olarak adlandırılmıştır. Alman hukukunun bu dönemdeki hukuk felsefesi Hegel’in görüşlerine dayanmakta ve otorite yüceltilmektedir. Nazi Almanyası hukuk felsefesi üstünlüğünü ve meşruiyetini Führer’in emirlerinden almaktadır. Alman hukukundaki üstün emirlerine sorgusuz itaatin kaynağı Kant’ın “kategorik zorunluluk” (ahlak yasası) felsefesine dayanmaktadır. Kant insanın iç bilinci dışında, yasa gereği gerçekleştirilen her hareketin yasal olduğunu ileri sürmektedir. Bu önerme içsel ahlak aksine dışsal yasallık temellidir. Toplumsal bağlamda uymak zorunda olduğumuz dış yasadır. Bu hukuk felsefesine göre Führer’in otoritesi diğerlerinin uymak zorunda olduğu emirlerin hukuka uygunluk kaynağıdır.

⁷⁹² Bassiouni, s. 407.

⁷⁹³ Bassiouni, s. 407.

⁷⁹⁴ Almanca kılavuz, rehber, başkan, lider, önder.

Dolayısıyla sorumluluk sadece Führer'e ve onun üstün emirlerine itaat etmeyenlere aittir. Ancak bu 1935 öncesi Alman hukuku ve doktrini tarafından kabul edilen bir yaklaşım değildir.⁷⁹⁵

II. Dünya Savaşı zamanında pozitif uluslararası hukukta emrin yerine getirilmesinin bir savunma olmasına engel olacak özel bir kural bulunmadığı gibi geçmiş örnekler de az ve yetersizdi. En önemli modern örnek I. Dünya Savaşı takip eden Leipzig Yargılamalarıydı. Yargılamalarda emrin yerine getirilmesi bir savunma olarak kabul edilmişti ancak mutlak bir terim kullanılmamıştı. Bu nedenle Londra Anlaşmasından önce emrin yerine getirilmesinin bir savunma oluşturmasını özel olarak engelleyen bir hüküm ne sözleşmelerde ne de geleneksel uluslararası hukukta yer almamaktadır. Bununla birlikte askeri ya da sivil ceza yasalarında emrin yasallığı ve davranışın hukuka uygunluğu düzenlense dahi hukukun genel ilkelerine başvurularak emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabul edilmemesi mümkündür.⁷⁹⁶

2) Uluslararası Ceza Hukukunda Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuki Niteliği

Yasallık ya da hukuka uygunluğun kaynağı emri veren otoritedir. Pozitivist düşünce emir verilmesinin yasal bir yetki olduğunu ve emrin içeriğinin ve etkisinin önemli olmadığını savunmaktadır. Üstün emrine itaatin bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil suçun manevi unsuru ile ilişkili olarak incelenmesini savunan bir görüş bulunmaktadır. Görüşe göre emrin yerine getirilmesi sorunu ceza hukukunun temel

⁷⁹⁵ Bassiouni, s. 409.

⁷⁹⁶ Bassiouni, s. 409.

ilkelerine göre değerlendirilmelidir, emri yerine getirenin kastının bulunduğu durumlarda sorumluluk esas olmalıdır.⁷⁹⁷

Hukuka uygunluk nedenini tanımlayan yasal kaynakların çeşitliliği emrin yerine getirilmesinin kapsamını, içeriğini ve yasal standartlarını belirlemeyi zorlaştırmaktadır. Bu hususları belirleyebilmenin tek yolu tümevarımsal ampirik yaklaşımdır. Bu yaklaşım; emrin yerine getirilmesinin evrensel bir ilke olarak ne ölçüde kabul edildiğinin tespit edilmesidir. Evrensel ilke ile ifade edilmek istenen hukukun genel ilkeleridir.⁷⁹⁸

Emrin yerine getirilmesinden birçok hukuki konu türemiş, konuyla ilgili farklı hukuk sistemlerinde farklı teorik görüşler savunulmuş, emrin yerine getirilmesi bazen hukuka uygunluk nedenleri içinde bazense kusurluluğu kaldıran nedenler içinde kabul edilmiştir. Emrin tipi, hukuka aykırılığı, astın mevcut şartlar altında yapabilecekleri, astın emri yerine getirmeyi reddetme olanağı, hangi şartlar altında astın emri yerine getirmeye zorlanabileceği emrin yerine getirilmesi ile ilgili önemli konulardandır. Ayrıca astın Anglo Sakson hukuk sisteminde belirtilen olağan makul insan standardında mı yoksa Roma Germen hukuk sistemindeki gibi özelleştirilmiş bir kişi olup olmadığı yine ayrı bir husustur.⁷⁹⁹ Astın itaatsizliği durumunda asta verilecek cezanın ahlaki ve yasal sınırları ile astın emri yerine getirmeye zorlanabileceği koşullar emrin yerine getirilmesiyle ilgili ayrı bir konulardır. Tüm bu hususlara ilişkin askeri yasalarda ve ceza yasalarında çok çeşitli hükümler bulunmaktadır.⁸⁰⁰

⁷⁹⁷ Bassiouni, s. 409.

⁷⁹⁸ Bassiouni, s. 410.

⁷⁹⁹ Bassiouni, s. 410.

⁸⁰⁰ Bassiouni, s. 410.

Anglo Amerikan yaklaşımı emrin yerine getirilmesi savunmasını çifte kriter getirerek kısıtlamıştır. Bu çifte kriterden ilki emre itaat edenin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi, ikincisi emrin hukuka aykırı olduğunu bilebilecek durumda olmamasıdır. Emrin yerine getirilmesi konusunda Amerika Birleşik Devletleri yaklaşımı ile Birleşmiş Milletler yaklaşımı benzerdir. Her iki yaklaşıma göre de emrin yerine getirilmesi faili cezadan bağışık tutamayacağı gibi eylemin savaş suçu niteliğini değiştirmez. Yani üstün emrine itaati bir cezasızlık ya da hukuka uygunluk nedeni değildir. Amerikan yaklaşımına göre itaat yükümlülüğü savaş hukuku kurallarının ihlal edilmesi ya da açıkça hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesi durumlarında emri yerine getirenin sorumluluğunu kaldırmaz. Olağan bir kişinin duygu ve düşünceleriyle hukuka aykırı olduğunu anlayabileceği emir açıkça hukuka aykırı emirdir.⁸⁰¹ İngiliz yaklaşımına göre de emrin yerine getirilmesi savunması sadece astın üstün emirlerine makul davranışlarla itaat ettiği hallerde ileri sürülebilir. Yani Anglo Amerikan sistemine göre emrin yerine getirilmesi savunması makul ve olağan bir kişinin emrin hukuka aykırı olduğunu anlayamayacağı haller de dâhil olmak üzere sadece emrin hukuka uygun olduğu durumlarda kabul edilebilir.⁸⁰²

Emrin yerine getirilmesi ile ilgili II. Dünya Savaşından beri uluslararası ceza hukukunda iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Bu iki yaklaşım birbiriyle çatışmaktadır. Yaklaşımlardan ilki ulusal hukuk sistemlerinde de benimsenen ve emrin yerine getirilmesini bir savunma olarak kabul eden koşullu sorumluluk yaklaşımıdır. Bu yaklaşımda ast emrin hukuka aykırı olduğunu biliyorsa ya da bilebilecek durumda ise veya emir açıkça hukuka aykırı ise emri veren üstle birlikte sorumlu tutulabilir.

⁸⁰¹ Ansermet, s. 1443.

⁸⁰² Ansermet, s. 1443.

Yaklaşım ilk kez Leipzig Yargılamalarından önce Dover Castle ve Llandovery Castle davalarında ortaya çıkmıştır. Yargılamayı yapan mahkeme açık hukuka aykırılık prensibine atıfta bulunmuş ve verilen emrin sadece ceza hukukuna değil geleneksel savaş geleneklerine de aykırı olduğuna bu nedenle astın sorumlu olacağına karar vermiştir. Leipzig Yargılamalarında da emrin hukuka aykırı olduğunun ast tarafından bilinip bilinmediği incelenmiştir. Her iki yargılama da emrin hukuka aykırı olduğunun farkında olan astın cezai sorumluluktan kurtulamayacağına karar verilmiştir. Bu tarihten sonra, özellikle 1945 yılından sonra Almanya, Hollanda, İsrail, İtalya, İsviçre, ABD gibi birçok devlet askeri düzenlemelerinde koşullu sorumluluk anlayışını benimsemiştir. Yine savaş suçlarına ilişkin ulusal yargılamalarda da yaklaşım desteklenmiştir.⁸⁰³

Uluslararası seviyede benimsenen ikinci yaklaşım ise mutlak sorumluluk yaklaşımıdır. Emirlerle itaat edilmesinin asla bir savunma oluşturmayacağını sadece hafifletici neden olabileceğini içeren yaklaşım Nürnberg Mahkemelerini kuran Londra Anlaşmasının 8. Maddesiyle ortaya çıkmıştır. Yaklaşımın gerekçesi askerlerin de mantık sahibi ve aldığı emirleri değerlendirme yeteneğine sahip olduğudur. Bir emir hukuka aykırı ise askerin o emre itaat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır, eğer asker emre itaat etmeyi seçerse suç işlemekten dolayı üstü ile birlikte cezalandırılma riskini de almış olur.⁸⁰⁴ Bu nedenle ast da emri veren üst gibi emir dolayısıyla cezai sorumluluğa sahiptir.⁸⁰⁵ Londra Anlaşmasının 8. Maddesi emrin yerine getirilmesi bakımından tüm diğer uluslararası belgeleri de etkilemiştir. İlkeye Tokyo

⁸⁰³ Gaeta, Paola, “**The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law**”, European Journal of International Law, Vol 10, 1999, s. 177.

⁸⁰⁴ Gaeta, s. 178-179

⁸⁰⁵ Werle/Jeßberger, s. 249.

Mahkemeleri Şartında ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statülerinde yer verilmiştir. 10 Sayılı Almanya Denetim Konseyi Yasasında da ilke benimsenmiştir.⁸⁰⁶ Uluslararası seviyedeki bu kabule karşın mutlak sorumluluk anlayışı ulusal düzenlemelerde takip edilmemiş ve çok az sayıda devlet ilkeyi benimsemiştir.⁸⁰⁷

Koşullu sorumluluk yaklaşımı emrin açıkça hukuka aykırı olduğu durumlar dışında astın emrin yerine getirilmesi savunmasından faydalanabileceğine ilişkindir. Mutlak sorumluluk yaklaşımı ise astın bu savunmadan faydalanamayacağını ancak sorumluluğunun hafifletilebileceğini ileri sürmektedir. Ancak her iki durumda da astın emre itaati reddetme olanağının bulunması ve itaati reddettiğinde daha büyük bir zarara uğrama ihtimalinin olmaması gereklidir.⁸⁰⁸

İlk yaklaşıma göre hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir savunmadır, ancak emir savaş kurallarına ve teamüllerine aykırı ise ya da emrin açıkça hukuka aykırı olduğu anlaşılıyorsa bu emir yerine getirilmemelidir, getirildiği takdirde emri yerine getiren hiçbir hukuki korumadan yararlanamayacak ve sorumlu olacaktır. Emrin konusu suç oluşturduğunda emrin yerine getirilmesi askeri emrin gereği dahi olsa ast sorumluluktan kurtulamaz. Hukuka aykırı bir emir kaynağı ne olursa olsun yerine getirilmemelidir, emrin yerine getirilmemesinin suç olarak kabul edildiği durumlarda dahi emir hukuka aykırı ise hukuka aykırıdır, yani emrin yerine getirilmesi zorunluluğu emri hukuka uygun hale getirmemektedir. Emrin yerine getirilmesinin bir savunma oluşturmasında temel kıstas astın emrin suç oluşturduğunun farkında olup

⁸⁰⁶ Gaeta, s. 178, Werle/Jeßberger, s. 249.

⁸⁰⁷ Gaeta, s. 178-179.

⁸⁰⁸ Bassiouni, s. 412.

olmadığıdır. Emir açıkça hukuka aykırı ise ya da emir açıkça hukuka aykırı olmamakla birlikte ast emrin konusunun suç oluşturduğunu bilmekte ise ast emrin yerine getirilmesinden sorumludur.⁸⁰⁹ Hukuka aykırı bir emir fiili hukuka uygun hale getirmez, ancak ast emri hukuka uygun olduğu inancı ile yerine getirmiş ise bu emir mazeret nedeni kabul edilebilir. Ancak astın mazur görülebilmesi için emrin açıkça hukuka aykırı olmaması gereklidir.⁸¹⁰ Emrin hukuka aykırı olduğunun ast tarafından bilindiği durumlar haricinde emrin yerine getirilmesinden dolayı astın cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Astın kusuru emrin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin inancına bağlıdır.⁸¹¹ Ancak bu yaklaşım bakımından soykırım, insanlığa karşı suç ya da savaş suçlarına ilişkin verilen bir emrin her zaman hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.⁸¹² Bu suçların korkunçluğu gereği bunlara ilişkin emirlerin açıkça hukuka aykırı sayılması gerektiği savunulmaktadır.⁸¹³ Bir görüş ise itaat yükümlülüğünün tek başına astı cezai sorumluluktan kurtaramayacağı, asker kişilerin de herkes gibi hukukla bağlı olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre konusu suç teşkil eden emir söz konusu olduğunda astın kusuru olup olmadığının özellikle de hataya düşüp düşmediğinin incelenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁸¹⁴ Astın emri yerine getirme zorunluluğu astın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi sorumluluğun hafifletilmesi sonucunu da beraberinde getirmez.⁸¹⁵ Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinde ceza hukukunun genel

⁸⁰⁹ Bassiouni, s. 413.

⁸¹⁰ Jescheck, Hans Heinrich, “**Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr**”, Bundeswehr und Recht, Köln, 1965, s. 634.

⁸¹¹ Vogler, Theo, “**The Defense of “Superior Orders” in International Criminal Law**”, in: A Treatise on International Criminal Law, Vol 1, M. Cherif Bassiouni and Ved P Nanda Editions, Springfield: Charles C. Thomas, 1973, s. 634.

⁸¹² Werle/Jeßberger, s. 249.

⁸¹³ Werle/Jeßberger, s. 251.

⁸¹⁴ Bassiouni, s. 414.

⁸¹⁵ Gugenheim, Paul, **Lehrbuch des Völkerrechts: Unter Berücksichtigung der Internationalen und Schweizerischen Praxis**, 2, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1951, s. 551.

hükümlerine başvurulmalıdır.⁸¹⁶ Emrin yerine getirilmesinin somut olayda kusur, fiili ya da hukuki hata ya da cebir ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.⁸¹⁷ Özellikle kastın varlığı emin yerine getirilmesinin değerlendirilmesinde büyük önem taşımaktadır.⁸¹⁸ Bir görüş ise emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabul edilmesine şiddetli bir biçimde karşı çıkmaktadır. Görüşe göre bir suç işlendiğinde suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği yer, suç işlenirken kullanılan araçlar gibi suça ilişkin birçok ayrıntı bulunmaktadır. Bu ayrıntılar özel nitelikleri dolayısıyla ayrı bir hukuki önem taşımamaktadır. Emre itaat de bunlar gibi değerlendirilmelidir. Üstün emrini yerine getirmesi dolayısıyla astın bir suç işlemesi ile belirli bir zamanda örneğin gece yarısı işlendiği bilinen bir suç aslında birbirine benzemektedir. Sadece bu bilgiler dikkate alınıp sonuca ulaşılmaya çalışıldığında emre itaat eden failin sorumluluğu gibi belirli bir zamanda işlenen suçun failinin de sorumluluğunun hafifletilmesi gerekmektedir. Çünkü failin bir emre itaat etmesi de suçun gece yarısı işlenmesi de sadece birer ayrıntıdır. Emrin yerine getirilmesi “*adalet ruhunu üfleyen büyümlü bir tılsım*” değildir.⁸¹⁹ Hem barış hem de silahlı çatışma dönemlerinde konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin cezai sorumluluğu kaldırması ya da hafifletmesi kabul edilemez. Emre itaat, konusu suç teşkil eden emirler bakımından emrin yerine getirilmesi fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir.⁸²⁰

Emrin yerine getirilmesine ilişkin kuralın içeriğini belirlemek devletler ulusal ve uluslararası suçlar bakımından farklı ve zıt yaklaşımları benimsemiş olduğu için

⁸¹⁶ Bassiouni, s. 415.

⁸¹⁷ Dinstein, s. 88, Bassiouni, s. 415.

⁸¹⁸ Dinstein, s. 88, Bassiouni, s. 415.

⁸¹⁹ Bassiouni, s. 415, Dinstein, Yoram, **The Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law**, Oxford University Press, 2012, s. 88-89.

⁸²⁰ Bassiouni, s.415, Green, Leslie C., **Superior Orders in National and International Law**, A.W. Sijthoff-Lejden, 1976, s. 103.

zordur. Kimi ülkeler her iki yaklaşımı da benimsemiştir. Bu devletler ulusal seviyede işlenen suçlar ve ulusal sınırlar içinde verilen emirler bakımından koşullu sorumluluk yaklaşımını, düşman devletler tarafından işlenen savaş suçları ve yabancı hukuk sistemlerine dayanan emirlerin takip edilmesi bakımından ise mutlak sorumluluk yaklaşımını kabul etmektedir.⁸²¹ Uluslararası seviyedeki girişimler koşullu sorumluluk yaklaşımının gerekleri ile mutlak sorumluluk yaklaşımını birbirine bağlamak yönündedir. Ancak doktrinde koşullu sorumluluk ve mutlak sorumluluk yaklaşımlarının emre itaati savunma olarak kabul edip etmeme yönünden uzlaşamaz olduğu ve bu iki yaklaşımın birbirine bağlanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür.⁸²² İki yaklaşım arasında belirgin farklılıklar bulunmakta ve yaklaşımlar birbirleriyle çatışmaktadır.⁸²³

Ulusal hukuk sistemleri uluslararası düzenlemelerin tersine koşullu sorumluluk yaklaşımını benimsemekle beraber genellikle savaş suçları ya da diğer uluslararası suçlara ilişkin yargılama yapmazlar. Ulusal yargılamalar genellikle hırsızlık, yaralama gibi adi suçlara, askeri suçlara veya savaş hukukunun hafif ihlallerine ilişkindir.⁸²⁴ Savaş suçlarına ilişkin yapılan ulusal yargılamalarda da mahkemeler genellikle emrin yerine getirilmesi savunmasını reddetme eğilimindedir. İşlenen suçun niteliği gereği verilen emrin açıkça hukuka aykırı olduğu veya astın emrin hukuka aykırı olduğunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu gerekçesiyle emre itaatin cezai sorumluluğu

⁸²¹ Gaeta, s. 179.

⁸²² Dinstein, Yoram, “**The Defence of “Obedience to Superior Orders in International Law”**”, 1965, s. 202.

⁸²³ Dinstein, s. 202.

⁸²⁴ Gaeta, s. 183.

kaldırmadığına karar verilmektedir.⁸²⁵ Ancak somut olayın özelliğine göre fiili hata ya da cebir savunmaları emrin yerine getirilmesinden ayrı olarak tartışılmaktadır.⁸²⁶

3) Emrin Yerine Getirilmesinin Tarihsel Gelişimi

Emrin yerine getirilmesi tarihsel olarak I. Dünya Savaşı öncesi, I. Dünya Savaşı sonrası ve II. Dünya Savaşı sonrası dönemler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

A. I. Dünya Savaşı Öncesi

Askeri ve sivil yargılamalar emrin yerine getirilmesi doktrinin geliştirilmesine ve ilerlemesine katkı sağlamıştır. Birinci Dünya Savaşı öncesinde uluslararası hukukta bir emre dayanarak savaş hukuku kuralları ihlal edilmiş ise, emri yerine getiren değil emri veren komutan ya da üst bu emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumludur. Emrin yerine getirilmesi savaş suçlarında askeri iç disiplinle ilişkili olarak mutlak bir savunma olarak kabul edilmekte, emri yerine getiren astın bireysel cezai sorumluluğu ise değerlendirme dışı bırakılmaktadır.⁸²⁷ Dolayısıyla emri yerine getiren ast emri verenin suç işleme niyetini paylaşırsa ya da verilen emrin hukuka aykırı olduğunu bilse dahi emre itaat savunmasından faydalanıp cezalandırılmamaktadır.⁸²⁸

Tarihte emrin yerine getirilmesi savunmasını ileri süren ilk kişinin 1474 yılında Peter von Hagenbach olduğu ileri sürülmektedir.⁸²⁹ Peter Von Hagenbach Burgonya Dükü tarafından Yukarı Ren bölgesine vali olarak atanmıştır. Bölgedeki avam tabakasını azaltmak amacıyla Burgonya Dükü'nün emriyle Hagenbach öldürme, cinsel saldırı, yağma gibi suçları işlemiştir. Hagenbach yakalanmış, Tanrının ve insanların

⁸²⁵ Gaeta, s. 183.

⁸²⁶ Gaeta, s. 184.

⁸²⁷ Hobel, Mark W.S, “‘So Wast an Area of Legal Irresponsibility?’ The Superior Orders Defence and Good Faith Reliance on Advice of Counsel” Columbia Law Review, Vol. 111, 2011, s. 582.

⁸²⁸ Hobel, s. 583.

⁸²⁹ Bassiouni, s. 416.

yasasını çiğnemekle suçlanmış ve bu suçlamalar karşısında kendisini emri yerine getirdiğini ileri sürerek savunmuştur. Mahkeme Hagenbach'ın suçlandığı fiillere ilişkin emirleri sorgulama hakkının ve emre itaatin görevi olup olmadığını incelemiş ve askerlerin üstlerine karşı mutlak itaat yükümlülüklerini değerlendirmiştir. Yargılama sonunda mahkeme Hagenbach'ın emrin yerine getirilmesi savunmasını kabul etmeyerek onu fiillerinden dolayı suçlu bulmuş ve ölüm cezasına mahkûm etmiştir.⁸³⁰

Hagenbach yargılamasının uluslararası bir yargılama olup olmadığı İsviçre Burgonya savaşı 1474 tarihinde henüz başlamadığı ve tüm korkunçluğuna rağmen Hagenbach'ın işlediği fiiller bir savaş suçu oluşturmadığı için tartışmalıdır. Yargılamayı yapan mahkeme de uluslararası niteliğe sahip olmayıp sadece imparatorluk hâkimlerinden oluşmaktadır. Ancak bu yargılama emrin yerine getirilmesini ilk kez yargısal olarak değerlendirmesi ve bir savunma olarak kabul etmemesi bakımından çok önemlidir.⁸³¹

B. I. Dünya Savaşı Sonrası

I. Dünya Savaşı sonrası Leipzig Yargılamaları emrin yerine getirilmesi bakımından çok önemlidir.

a. Leipzig Yargılamaları

I. Dünya Savaşı sırasında savaş hukuku kuralları ciddi biçimde ihlal edilmiştir. Bu durum sonucunda savaş hukuku kurallarını ihlal edenlerin cezai sorumluluklarının kabul edilerek cezalandırılmaları gereği uluslararası olarak önem kazanmıştır.⁸³²

⁸³⁰ Bassiouni, s. 416.

⁸³¹ Calvo-Goller, Karin N., **The Trial Proceedings of the International Criminal Court ICTY and ICTY Precedents**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, s. 7.

⁸³² Falnovic, s. 105.

I. Dünya Savaşı sonunda İtilaf Devletleri ile Almanya arasında 1919 yılında imzalanan Versay Antlaşmasının 228. Maddesine göre Almanya savaş suçlularının İtilaf Devletleri tarafından yargılanmasını kabul etmiştir. Antlaşmanın orijinalinde yargılamaların müttefik devletler tarafından yapılacağı belirtilmişse de sonradan yargılamalara Leipzig’de bulunan Alman Yüksek Mahkemesinin başkanlık etmesine ilişkin anlaşmaya varılmıştır.⁸³³ Versay Anlaşması silahlı çatışmaların bitmesinin barışı da beraberinde getirmeyeceğini, suç işleyenlerin cezai sorumlulukları tespit edilip bu kişiler cezalandırıldıktan sonra barıştan söz edilebileceğini kabul etmesi açısından çok önemlidir.⁸³⁴ Barışın bu şarta bağlanması savaş sırasında işlenen suçların yargılanabilmesinin önünü açmıştır, aksi takdirde silahlı çatışmaların sona ermesi ile savaş sırasında işlenen suçlarda yargılama konusu yapılmamakta, görmezden gelinmekteydi.⁸³⁵

Emrin yerine getirilmesi uluslararası önemini I. Dünya Savaşından sonraki savaş suçları yargılamaları olan Leipzig Yargılamalarında kazanmıştır. Leipzig Yargılamalarında emrin yerine getirilmesine ilişkin iki çok önemli dava görülmüştür. Bu davalar Dover Castle ve Llandovery Castle davalarıdır.⁸³⁶

Dover Castle davasında Alman denizaltı komutanı Karl Neuman; bir İngiliz hastane gemisi olan Dover Castle’ı batırmakla suçlanmıştır. Neuman emirleri yerine getirdiğini ve üstlerinin İtilaf Devletlerine ait hastane gemilerinin aslında savaş hukuku kurallarına aykırı şekilde askeri amaçlarla kullanıldığını belirttiklerini ileri

⁸³³ Bassiouni, s. 419.

⁸³⁴ Bassiouni, M. Cherif, “World War I “The War to End All Wars” and the Birth of Handicapped International Criminal Justice System” Denver Journal of International Law and Policy, Volume 30, Issue 3, 2001-2002, s.267, Güneysu, Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015, s. 36.

⁸³⁵ Güneysu, s. 37.

⁸³⁶ Bassiouni, s. 419.

sürerek kendini savunmuştur. Leipzig Mahkemesi de Neuman'ın savunmasını yerinde bularak suçsuzluğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre *“emre itaat yükümlülüğü askeri bir prensiptir, emrin yerine getirilmesinin suç oluşturduğu hallerde cezai sorumluluk sadece emri verene aittir. Alman Askeri Ceza Kanunu da bunu gerektirmektedir. Alman Askeri Ceza Kanununun 47. Maddesine göre emri yerine getiren ast sadece emrin konusunun bir suç ya da kabahat oluşturduğunu bildiği hallerde emri verenle birlikte sorumlu olur. Olayda ise böyle bir durum yoktur. Sanık Alman hükümetinin düşman hastane gemilerinin kötüye kullanıldığına ilişkin muhtırasını bilmekte, Alman Deniz Kuvvetleri Komutanlığının düşman hastane gemilerine karşı aldığı önlemlerin uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu bilmemekte, bunların hukuka uygun misillemeler olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle sanık fiilinden dolayı cezalandırılmaz.”*⁸³⁷

Llandoverly Castle davasında ise aynı mahkeme emrin yerine getirildiğine ilişkin savunmayı haklı bulmamıştır. Davaya konu olan olayda Alman denizaltısı, Llandoverly Castle isimli İngiliz hastane gemisine saldırmış, denizaltının komutanı astlarına batırılan gemiden kurtulup yaşam botlarına ulaşan insanlara ateş etmelerini emretmiştir. Emri yerine getiren teğmenler Ludwig Dithmar ve John Boldt kasten öldürmeyle suçlanmış ve üstleri Helmut Patzik'in emrine itaat ettiklerini ileri sürerek kendilerini savunmuşlardır.⁸³⁸ Mahkeme ise emrin yerine getirilmesine ilişkin savunmayı reddetmiştir: *“Teknelere ateş açılması, milletler hukukuna aykırıdır. Kara savaşları kapsamında, silahsız düşmanı öldürmek yasaktır, aynı zamanda, deniz*

⁸³⁷ **German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl Neumann Hospital Ship “Dover Castle”**, Rendered June 4, 1921, The American Journal of International Law, Vol:16, No:4, October 1922, s. 704-708.

⁸³⁸ **German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt Hospital Ship “Llandoverly Castle”**, Rendered July 16, 1921, The American Journal of International Law, Vol:16, No:4, October 1922, s. 708-709.

savaşlarında cankurtaran kayıklara sığınmış ve zarar görmüş geminin mürettebatının öldürülmesi yasaktır. (...) Genel Kurulun daha önce altını çizdiği gibi, her fiilin genel olarak bir cezasının olması nedeniyle, savaşan milletlerin hukukunun ihlal edilmesi, cezalandırılması gereken bir suçtur. Savaş şartlarında düşmanları öldürmek, ancak milletlerin hukuku tarafından belirlenen şartlar ve sınırlar içinde savaşan devletin iradesine (öldürmenin yasalılığı ve yasadışılığı belirleyicidir) uygundur. (...)Emrin yerine getirilmesi sanıkların ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Emrin yerine getirilmesi halinde sadece emri verenin sorumlu olacağı Askeri Ceza Kanununun 47. Maddesine göre doğrudur. Ancak emri yerine getirenin emrin sivil ya da askeri hukuku ihlal ettiğini bilmesi halinde ast da emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumlu olacaktır. Sanıkların durumunda geçerli olan budur. Bu astların lehine ileri sürülebilir, üstlerin emirlerini sorgulamak gibi bir yükümlülükleri olmadığı için astlar verilen emrin hukuka uygun olduğuna güvenebilirler. Ancak sanık da dâhil olmak üzere dünyadaki herkes tarafından bilinen ve hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir şüphe bulunmayan bir emir söz konusu ise böyle bir güvenden söz edilemez.”⁸³⁹

Mahkeme bu gerekçeye rağmen emrin yerine getirilmesini cezanın hafifletilmesi nedeni saymış ve sanıklara sadece 4 yıl hapis cezası vermiştir.⁸⁴⁰

Leipzig yargılamalarında; emre uygun davranan astın fiilinin suç olması durumunda astın sorumlu olmayacağı genel bir kural olarak benimsenmiş ancak bu kuralın astın emrin suç oluşturduğunu bilmesi halinde uygulanamayacağı kabul

⁸³⁹ **German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt Hospital Ship “Llandovery Castle”**, Rendered July 16, 1921, The American Journal of International Law, Vol:16, No:4, October 1922, s. 721-722.

⁸⁴⁰ **German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt Hospital Ship “Llandovery Castle”**, Rendered July 16, 1921, The American Journal of International Law, Vol:16, No:4, October 1922, s. 724.

edilmiştir. Astın emrin suç oluşturduğunun farkında olup olmadığına karar verebilmek için mahkeme hukuka aykırılığı ortaya koyan bir husus olup olmadığını incelemiştir.⁸⁴¹

C. II. Dünya Savaşı Sonrası

II. Dünya Savaşı Sonrası dönemde Nürnberg Yargılamaları, Tokyo Yargılamaları, Takip Eden Davalar ve Eichmann Yargılaması gibi Diğer Davalar amirin emrinin savunma olarak tartışıldığı davalardır.

a. Nürnberg Yargılamaları

20. yüzyılın başlarında uluslararası hukuktaki genel yaklaşım emri yerine getiren astın sorumluluktan bağışık tutulması, sorumluluğun emri veren amire ya da komutana ait olmasının kabul edilmesiydi. 1945ten önce devletin emrini yerine getirmek suretiyle suç işleyen askerin savaş suçlusu olarak düşman devlet tarafından cezalandırılmayacağı kabul edilmiş iken Nürnberg yargılamalarında emrin yerine getirilmesinin savunma olarak kabul edilmemesinden sonra bu yaklaşım değişmiştir.⁸⁴²

Nürnberg ve Tokyo Yargılamalarında barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olmak üzere üç uluslararası suç tipinden dolayı yargılama yapılmıştır. Emrin yerine getirilmesi Nürnberg Yargılamalarında bir savunma veya cezayı hafifleten neden olarak kabul edilmezken, Tokyo Yargılamalarında cezayı hafifleten neden olarak kabul edilmiştir.⁸⁴³

⁸⁴¹ Dinstein, s. 19.

⁸⁴² Ansermet, s. 1446.

⁸⁴³ Calvo-Goller, s. 9.

Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri sivil mahkemelerden birçok açıdan farklı askeri mahkemelerdir. Bu nedenle yargısal standartlar bakımından Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerini barış dönemlerindeki ulusal mahkemelerle karşılaştırmak yerinde değildir.⁸⁴⁴ Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemelerinin usul ve delil kurallarının taslağı Amerikan hukukçular tarafından hazırlanmış ve ağırlıklı olarak Amerikan Usul Hukukuna dayanmıştır. Değişiklik ve eklemeler yapılan taslakların son halinde de Anglo Amerikan hukuk sisteminden Kıta Avrupası hukuk sistemine nazaran daha çok etkilenilmiştir.⁸⁴⁵ Nürnberg Yargılamalarında bireylerin uluslararası suçlar nedeniyle bireysel cezai sorumlulukları olduğuna karar verilmiştir. Sadece devletlerin değil uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden bireylerin de cezalandırılmaları gerektiğinin kabulü uluslararası hukuk ve uluslararası ceza hukukunun gelişimi açısından bir dönüm noktası olmuştur.⁸⁴⁶

Nürnberg Yargılamaları emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak incelendiği çok önemli uluslararası davalardır. Pozitif uluslararası hukukta ilk kez emrin yerine getirilmesi bir ilke ve savunma olarak incelenmiştir. Londra Anlaşmasınının 8. Maddesi emrin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Maddeye göre *devletin ya da üstünün emirlerine uygun davranan sanık sorumluluktan kurtulamaz, ancak adaletin gerektirdiği durumlarda emrin yerine getirilmesi cezanın hafifletilmesi nedeni olabilir.*⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ Calvo-Goller, s. 10.

⁸⁴⁵ Calvo-Goller, s. 11.

⁸⁴⁶ Aydın, Devrim, “Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi”, AÜHFED, Cilt:51, Sayı:4, Yıl:2002, s.142.

⁸⁴⁷ Bassiouni, s. 421.

1945den önce Alman askeri doktrini tek bir kural üzerine inşa edilmiştir. Bu kural ise “emir emirdir” (*befehl ist befehl*) Bu dönemde birçok askeri doktrinde bu anlayış takip edilmiştir. Ancak Nürnberg Yargılamalarında bu yaygın anlayış kesin olarak reddedilmiştir. Yargılamaların kaynağı olan Londra Anlaşması emri yerine getirenin ruh durumu, bilgisi, emri reddetmesi halinde karşılaşılabilecek riskler önem taşımaksızın, konusu suç teşkil eden tüm emirlerin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabul edilmesini açıkça reddetmiştir. Ancak sonraki yargılamalarda failin itaat etmekten başka hiçbir seçeneğinin olmadığı durumların dikkate alınmasına ilişkin eleştirilerin de etkisiyle bu yaklaşım yumuşatılmıştır.⁸⁴⁸

Nürnberg Yargılamalarında mahkeme ileri sürülen suçlamalara karşı emrin yerine getirilmesi savunmasını dikkatle incelemiştir.⁸⁴⁹ Barışa karşı suç, savaş suçları ve insanlığa karşı suç işlemek dolayısıyla yargılanan Alman Silahlı Kuvvetleri Yüksek Komutanlığı Başkanı Wilhelm Keitel savunmasında liderlik prensibini (führerprinzip) takip ettiğini ve Hitlerlere sadakat ve bağlılık yeminini yerine getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme ise, işlenen suçun acımasız ve şok edici niteliği gereği bu savunmayı ve cezanın hafifletilmesi talebini reddetmiştir. Mahkemeye göre işlenen suç hiçbir askeri gerekçe veya mazeret olmaksızın acımasızca ve kapsamlı bir şekilde işlendiğinde emrin yerine getirilmesinin cezayı hafifleten bir neden olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁸⁵⁰

Nürnberg Yargılamalarında führerprinzip (liderlik prensipi) emrin yerine getirilmesiyle ilgili olarak tartışılmıştır. Uluslararası Askeri Mahkeme

⁸⁴⁸ Bassiouni, s. 416.

⁸⁴⁹ Dinstein, s. 125.

⁸⁵⁰ Bassiouni, s. 422.

yargılamalarında fhrerprinzipi de açıklamıştır. Buna göre Nazi Partisi devleti çok mutlak bir yöntem olan Fhrerprinzip (liderlik prensipi) ile yönetmiştir. Prensipe göre her lider hükmetme, yönetme, emretme hakkına sahiptir, lider hiçbir kontrole tabi değildir, onun mutlak takdirine göre kişiler yukarıdan emir almaktadır. Prensip ilk olarak Nazi Partisinin lideri Hitler için ve daha hafif ölçüde diğer parti yöneticileri için uygulanmıştır. Tüm parti yeleri lidere ebedi bağlılık yemini etmektedir.⁸⁵¹

Yargılamalarda savunma sanıklar Führer'in emirlerine itaat ettikleri için Fhrerprinzip dolayısıyla mahkemenin sanıkların cezai sorumluluklarını hafifleteceğini ve haklarında 8. Maddenin uygulanmayacağını düşünmekteydi. Çünkü yerine getirilen emirler herhangi bir liderin değil Führer'in emirleriydi.⁸⁵² Führer'in emirlerinin özel bir kutsallık taşıdığı, herhangi bir hiyerarşik makamın emirlerinden çok farklı nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Ancak ileri sürülen tüm bu savunmalar mahkeme tarafından mantık dışı bulunmuş ve sanıklar hakkında Führer'in emirleri dolayısıyla da 8. Maddenin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁵³ Yargılamalarda Hitler'in emirlerine ilişkin dikkat çekici değerlendirmeler vardır.

Sovyet Başsavcısı Roman Rudenko *Londra Anlaşmasının faşist Almanya'nın savaş suçlularını yargılayabilmek için özel olarak hazırlandığına* dikkat çekmiş, Fhrerprinzip dolayısıyla savaş suçlularının yargılanamaması halinde yargılamaların asıl amacının ortadan kalkacağını belirtmiştir.⁸⁵⁴ Benzer şekilde Amerikan Başsavcısı Robert Jackson da *Hitler'in baş suçlu olduğunu kabul ettiğini ancak devlet liderinin bir imparatorluk kurabilmek ve planlarını yürütebilmek için başka kişilere ihtiyaç*

⁸⁵¹ Dinstein, s. 141.

⁸⁵² Dinstein, s. 140-141.

⁸⁵³ Bassiouni, s. 423.

⁸⁵⁴ Bassiouni, s. 423.

*duyduğunu ifade etmiştir. Bu kişilerin Hitler'e erişimi olduğunu ve Hitler'in planlarının ve emirlerinin dayandığı bilgileri denetleyebildiklerini belirtmiştir.*⁸⁵⁵

Diğer bir savcı Lord Shawcross ise *"emirlerin uluslararası ortak vicdana, temel insanlığa aykırı"* olduğunu belirterek emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğuna dikkat çekmiştir.⁸⁵⁶ Yargılamalarda ifade edilen açık hukuka aykırılık standardı emrin yerine getirilmesi savunmasını sınırlandırarak, sadece emre itaat edenin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmediği ya da bilebilecek durumda olmadığı hallerde uygulanmasını sağlamıştır.⁸⁵⁷

Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi 1 Ekim 1946 da açıkladığı nihai kararında anlaşmanın 8. Maddesinin uygulanmasına karar vermiştir; *"Bu hüküm milletler hukukuna uygundur. Bir asker uluslararası savaş hukuku kurallarına aykırı biçimde öldürdüğünde ya da işkence ettiğinde, emrin yerine getirilmesinin cezayı hafifletici bir neden olabileceği anlaşma tarafından hüküm altına alınsa dahi bu şekilde canavarca eylemler hiçbir zaman bir savunma olarak kabul edilemez. Birçok devletin ceza hukukunda çeşitli derecelerde yer alan husus bir emrin bulunması değil emre ilişkin ahlaki bir tercihin aslında mümkün olup olmamasıdır."*⁸⁵⁸

Mahkemenin bu açıklaması özellikle de kullanılan *"ahlaki tercih"* ifadesi çok tartışılmıştır. Tartışma konusu, ahlaki tercihin denetlenmesinin anlaşmanın 8. Maddesinin uygulanması bakımından bir soruna neden olup olmayacağına ilişkindir. Bir görüş ahlaki tercih incelemesinin maddeyi işlevsiz hale getirdiğini ifade etmekte,

⁸⁵⁵ Bassiouni, s. 423.

⁸⁵⁶ Bassiouni, s. 423.

⁸⁵⁷ Hobel, s. 580.

⁸⁵⁸ **Judicial Decisions, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, Judgment**, The American Journal of International Law, vol. 41, No: 1, Jan. 1947, s.221

bu incelemenin emir yerine getiren sanığa ceza verilip verilemeyeceği sorusunu da beraberinde getireceğini savunmaktadır.⁸⁵⁹ Ancak bu görüş mahkemenin öldürme ya da işkence etme gibi canavarca eylemlerin hiçbir zaman bir savunma olarak kabul edilmeyeceğini belirtmesi karşısında dayanaksız kalmaktadır.⁸⁶⁰

Ahlaki tercih olanağının bulunup bulunmadığının incelenmesi 8. Maddenin esasına aykırı değildir, bu inceleme aslında maddeyi tamamlamaktadır. Böyle bir inceleme emrin yerine getirilmesinin bir savunma oluşturması sonucunu doğurmamaktadır.⁸⁶¹ Mahkemenin gerekçesinde kastedilmek istenen; hukuka aykırı bir emir alan ve bu emri yerine getirmemesi halinde örneğin öldürülebilecek bir askerin emrin yerine getirilmesine ilişkin ahlaki tercih olanağının bulunmadığıdır. Bu durumda emrin yerine getirilmesi bir savunma oluşturmayacak, ancak örneğin cebir gibi ilgili tüm hususlar hukukun genel ilkelerine göre incelenecek ve sanık bu incelemeye göre beraat ettirilecektir. Ancak sanık emrin yerine getirilmesine ilişkin ahlaki bir tercih yapma olanağı bulunmasına rağmen emri yerine getirmiş ise hakkında 8. Madde uygulanacak ve emrin yerine getirilmesi bir savunma olarak kabul edilmeyerek sanık cezalandırılacaktır.⁸⁶²

Bir görüşe göre Nürnberg Yargılamaları emrin yerine getirilmesi savunmasının terkedileceğinin sinyalini vermemiştir. Yargıç Jackson'un açıklamaları görüşe göre çelişkilidir ve aslında uluslararası hukuktaki emrin yerine getirilmesine ilişkin olan kararsızlığı ve kafa karışıklığını göstermektedir. Görüş Nürnberg Yargılamalarında emrin yerine getirilmesinin reddedilmesini uluslararası hukuk ihlallerinden dolayı

⁸⁵⁹ Greenspan, Morris, **The Modern Law of Land Warfare**, University of California Press, 1959, s. 493.

⁸⁶⁰ Bassiouni, s. 424.

⁸⁶¹ Dinstein, s. 152.

⁸⁶² Bassiouni, s. 424-425.

bireysel sorumluluğun kabul edilmesi mücadelesinde önemli bir adım olarak görmekte ancak emre itaatın kategorik olarak reddedilmesini suçlulukla ilişkisi zayıf düşük rütbeli askerlerin fiillerinin de kримanilize edilmesine yol açtığını ileri sürerek eleştirmektedir.⁸⁶³

Nürnberg Yargılamaları suç oluşturan emirleri yerine getiren kişilerin cezai sorumluluklarını kabul etmesi ve emrin yerine getirilmesini bir savunma olarak kabul etmemesi nedeniyle çok önemlidir. Yargılamalarda uluslararası hukuk amirin emri ve ulusal yükümlülüklerden üstün kabul edilmiş, üstlerin uluslararası hukuk kurallarına aykırı emir veremeyeceklerine vurgu yapılmıştır.⁸⁶⁴

b. Tokyo Yargılamaları

19 Ocak 1946 tarihinde General Douglas MacArthur tarafından özel yetkiye dayanılarak çıkarılan bir kararname ile Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi kurulmuştur.⁸⁶⁵ Mahkemenin kurulmasına dayanak olan Tokyo Anlaşması Londra Anlaşmasıyla benzer hükümler taşımaktadır. Anlaşmanın “Sanığın Sorumluluğu” başlıklı 6. Maddesi “*Sanığın resmi konumu veya devletin ya da üstün emrini yerine getirmesi, işlediği iddia edilen suça ilişkin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, ancak mahkeme gereken adaletin sağlanmasına karar verir ise böyle durumlar cezanın hafifletilmesi için değerlendirebilir.*” şeklindedir.⁸⁶⁶

Nürnberg Mahkemesi kadar olmasa da Tokyo Mahkemesi de emrin yerine getirilmesini davalarında inceleme konusu yapmıştır. Tokyo Mahkemesinin emre

⁸⁶³ Hobel, s. 580.

⁸⁶⁴ Aydın, s. 143-144.

⁸⁶⁵ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ekim 2015, s. 328.

⁸⁶⁶ **Annexe 1: Charter of the International Military Tribunal for the Far East**, <http://droitcultures.revues.org/2183>

itaati daha az incelemesinin nedenlerinden birisi de emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak ileri sürülmesinin Nürnberg Yargılamalarından sonra azalmış olmasıdır. Bu da kuşkusuz emrin yerine getirilmesi savunmasının Nürnberg Yargılamalarında kabul edilmemesi dolayısıyla⁸⁶⁷

c. Takip Eden Davalar

Nürnberg Yargılamalarının hemen ardından Müttefik Devletler Alman savaş suçlularının yargılanmasına Takip Eden Davalar olarak bilinen bir dizi davayla devam etmiştir. Bu davalar 10 S.Almanya Denetim Konseyi Yasası'na göre görülmüştür. Bu Kanun ile Almanya'nın ülkesinin müttefik güçler tarafından işgaline rızası olduğu varsayılmış ve Müttefik Devletlerin Almanya üzerinde egemenlik hakkı kullanması sağlanmıştır. Bu egemenlik hakkı dolayısıyla da Alman savaş suçluları müttefik güçler tarafından yargılanmıştır.⁸⁶⁸

10 S. Almanya Denetim Konseyi Yasası'nın 4/b maddesinde emrin yerine getirilmesi savunması kesin bir şekilde reddedilmiştir. Maddeye göre *devletin ya da üstün emrinin yerine getirilmesi ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz ancak cezanın hafifletilmesi nedeni olabilir*. Takip Eden Davalarda emrin yerine getirilmesi bir savunma olarak kabul edilmemesine rağmen bazı şartlar altında emre itaat eden astın ceza sorumluluğunun kalktığına karar verilmiştir.⁸⁶⁹

⁸⁶⁷ Dinstein, s. 121.

⁸⁶⁸ Odman, Tefik, “Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı”, AÜHFD, Cilt 45, Sayı: 1-4, s.140.

⁸⁶⁹ **Allied Control Council Law No:10, December 20, 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, No:13, January 31, 1946**, reprinted: Ferencz, Benjamin B., An International Criminal Court, A Step Toward World Peace, Oceana, 1980, s. 470.

Almanya'nın Yahudileri ve diğer kişileri öldürmekle görevli hareket birlikleri üyelerinin yargılandığı Einsatzgruppen Davasında emrin yerine getirilmesi kapsamlı bir şekilde incelenmiştir. Mahkemeye göre “*asker bir otomat değildir. Asker mantık sahibi bir insandır. Kendisi bir makine gibi hareket edemeyeceği gibi bu şekilde davranması da kendisinden beklenemez. Askerin emredilen herşeyi yapması gerektiği yaygın bir yanılgıdır.*” “*Ast sadece üstün hukuka uygun emirleriyle bağlıdır, suç oluşturan bir emri kabul ettiğinde emri kasten yerine getirmektedir ve cezası hafifletilemez. Emredilen fiil üstün yetkisini aşmakta ise ast emrin suç teşkil ettiğini bilmediğine ilişkin savunma yapamaz. Hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesinde; hukuka aykırı emrin yerine getirilmesiyle meydana gelecek zararın emre itaat edilmemesi halinde uğranılacak zarardan orantısız biçimde büyük olmaması gereklidir. Aksi takdirde bu yeterli bir mazeret sayılamaz.*” “*Bir askere masum olduğu bilinen bir insanı öldürme emri verilmişse ve emre itaatsizlik durumunda kısa süreli hapis cezası riski varsa iki zarar arasında bir orantısızlık bulunmaktadır.*”

Takip Eden Davalarda Milch Davası ve High Command Davasında da emrin yerine getirilmesi savunması reddedilmiştir. Milch Davasında yaşanan tüm bu insanlık dışı vahşetin nedeninin niteliğine bakılmaksızın Führer'in tüm emirlerinin yerine getirilmesi ve onun isteklerinin hukuk kabul edilmesi olduğu belirtilmiştir. High Command davasında ise emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabul edilmesi halinde devletin tek yasa koyucusu ve sivil ve askeri talimat verebilecek en yüksek otoritesi olduğu için yaşananlardan sadece Hitler'in sorumlu olacağı ifade edilmiş, gerçekleştirilen eylemlerin uluslararası örf adet hukukuna göre suç oluşturması nedeniyle emrin yerine getirilmesi savunmasının reddedildiği belirtilmiştir. Mahkeme emrin yerine getirilmesi savunmasını reddetmekle birlikte

astın üstünün ya da devletinin emirlerinin uluslararası hukuka uygun olduğunu düşünmesi halinde belirli sınırlar içinde kalmak kaydıyla hukuki hata savunmasının ileri sürülebileceğini kabul etmiştir.⁸⁷⁰ The Hostage Case davasında da benzer şekilde astın üstün hukuka uygun emirlerini yerine getirmekle yükümlü olduğu, suç oluşturan bir emri yerine getiren astın ancak emrin suç oluşturduğunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu takdirde sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Yani High Command ve The Hostage Case davalarında emrin yerine getirilmesi bir savunma nedeni olarak kabul edilmemekle ve astların fiilleri hukuka uygun sayılmamakla birlikte üstün emrinin hukuka uygun olduğuna inanan astın fiili bir mazeret nedeni olarak kabul edilmiştir.⁸⁷¹

d. Diğer Davalar

Uluslararası olmamakla birlikte emrin yerine getirilmesi bakımından önem taşıyan iki dava da Eichmann Davası ve Klaus Barbie Davasıdır.

Adolf Eichmann İsrail tarafından sivil bir mahkeme olan Kudüs Bölge Mahkemesi tarafından 1950 tarihli Nazi ve Nazi İşbirlikçileri Ceza Yasasına göre Yahudi halkına karşı suçlar ve insanlığa karşı suç işlemekten yargılanmıştır. Yargılaması boyunca Eichmann sürekli olarak her şeyi emre uygun yaptığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise Eichmann'ın *bir yok etme makinesinin küçük bir dişlisinden başka bir şey olmadığına* ilişkin savunmasını kesin olarak reddetmiştir. Mahkemeye göre merkez otorite Yahudi sorununa kesin çözüm bulmakla ilgilenirken Eichmann bunun yürütülmesine ilişkin faaliyetlerin başı olarak görev yapmıştır. Sanık görevine uygun olarak üstlerinin genel talimatlarına uygun hareket etmiş, ancak bunun yanında kendi inisiyatifıyla de operasyonlar planlamış, kendi takdir yetkisini de kullanmıştır.

⁸⁷⁰ Bassiouni, s. 427.

⁸⁷¹ Van Sliedregt, Elies, “**Modes of Participation**”, in: Forging a Convention For Crimes against Humanity, edited by Leila Nadya Sadat, November, 2013, s. 254.

Bu nedenle Mahkeme Eichmann'ın emrin yerine getirilmesine ilişkin savunmasını reddetmiştir.⁸⁷²

Barbie Davasında Klaus Barbie II. Dünya Savaşı boyunca işlediği suçlardan dolayı Fransa tarafından yargılanmıştır. İnsanlığa karşı suç işlemekten dolayı yargılanan Barbie Londra Anlaşmasının 8. Maddesi dolayısıyla emrin yerine getirilmesinden dolayı cezasının hafifletilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak anlaşmanın 8. Maddesi emrin yerine getirilmesini bir mazeret nedeni olarak kabul etmediği gibi cezanın hafifletilmesi sonucunu da doğurmamaktadır, Barbie'nin savunmasında madde yanlış yorumlanmıştır. Mahkeme tarafından da bu talep reddedilmiş ve Barbie ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır.⁸⁷³

Vietnam savaşı sonrası yapılan yargılamalarda da Amerika Birleşik Devletleri askerlerinin Vietnamlılara karşı işledikleri suçlar bakımından emrin yerine getirilmesi tartışma konusu olmuştur. Schultz davasında mahkeme sanığı tasarlanmış kasten öldürmeden sorumlu tutmuş ve bir emir dolayısıyla insan öldürmenin ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve savaş hukuku kurallarına göre gerekçesiz ve açıkça hukuka aykırı olduğunu, böyle bir emrin emri veren otoritenin ya da üstün yetkisi dışında kaldığını belirtmiş ve emrin yerine getirilmesine ilişkin savunmayı kabul etmemiştir.⁸⁷⁴ My Lai Katliamı sonrasında gerçekleştirilen Teğmen William Calley davasında da astın bir otomat değil mantık sahibi bir insan olduğu dolayısıyla askerlerin hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesine ilişkin ceza sorumluluğunun

⁸⁷² Bassiouni, s. 428.

⁸⁷³ Bassiouni, s. 428.

⁸⁷⁴ Bassiouni, s. 428.

belirlenmesinde bu etkenlerin de dikkate alınmasının gerektiği belirtilerek aynı sonuca varılmış ve William Calley ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır.⁸⁷⁵

D. Londra Anlaşması Sonrası Gelişmeler

Londra Anlaşmasının yayınlanmasından sonra birçok uluslararası belgede emrin yerine getirilmesi konusu yer almıştır. Bu belgelerden ilki 1946 tarihli Nürnberg Mahkemesi Şartında Kabul Edilen Uluslararası Hukuk Prensiplerinin Onaylanmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kararıdır. Karar Nürnberg Mahkemesi Şartında belirtilen prensipleri onaylayarak 8. Maddenin geçerliliğini açıkça kabul etmektedir. Bu karardan sonra Birleşmiş Milletler Soykırım Sözleşmesi'ni formüle etmeye başlamıştır. 1947 yılının Haziran ayında, sözleşmenin taslak metninin 5. Maddesinde, kanunun hükmünün ya da amirin emrinin soykırım suçunu hukuka uygun hale getirmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak taslak maddeye ulusal hukuk hükümleriyle çatışacağı ileri sürülerek karşı çıkmıştır. Uluslararası hukuk kurallarının ulusal hukuk kurallarından üstün olduğu belirtilerek taslak madde savunulmuş ancak ad hoc Soykırım Komitesinin çoğunluğu tarafından reddedilerek yürürlüğe girememiştir.⁸⁷⁶

Cenevre Sözleşmelerinin hazırlanmasında da benzer süreçler yaşanmıştır. 1948'in sonlarında Uluslararası Kızıl Haç Komitesi Sözleşmelerin ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımların değerlendirilmesi için dört uzman davet etmiştir. Kızıl Haç Komitesi uzmanların görüşü doğrultusunda her bir Cenevre Sözleşmesinin dört maddesinin tartışılacağı diplomatik bir konferans düzenlenmesini tavsiye etmiştir. Diplomatik konferansta tartışılan maddelerden birisi de emrin yerine getirilmesinin bir savunma oluşturamayacağına ve böyle bir durumda sözleşmenin ihlal edilmiş

⁸⁷⁵ Bassiouni, s. 429.

⁸⁷⁶ Bassiouni, s. 430, Dinstein, s. 220-221.

sayılacağına ilişkin hükümdür. Ancak konferansta hükme ilişkin bir anlaşmaya varılmayarak Sözleşmelerde yer almamasına karar verilmiş ve emrin yerine getirilmesine ilişkin açık bir düzenleme oluşturulamamıştır. Sorunun Birleşmiş Milletler'in çeşitli organları tarafından uluslararası hukuk prensiplerine göre çözümlenerek, emrin yerine getirilmesine ilişkin bir kuralın formüle edilmesi gerektiğine dayanılmıştır. Emrin yerine getirilmesine ilişkin bir düzenlemenin, Sözleşmelerin onaylanmasını engelleyebileceği göz önünde tutulmuştur. Aynı düşünce daha önceki dönemde Soykırım Sözleşmesinin hazırlanması sırasında da hâkimdir.⁸⁷⁷

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu 1950 yılında Nürnberg İlkeleri olarak bilinen Nürnberg Mahkemesi Şartında Kabul Edilen Uluslararası Hukuk Prensiplerini tekrar formüle etmiştir. Dördüncü ilke emrin yerine getirilmesine ilişkindir ve şu şekildedir: *“Şahsın üstün ya da devletin emrine uygun davranması, ahlaki tercih yapması mümkün olduğu için uluslararası hukuk önünde sorumluluğu ortadan kaldırmaz.”*⁸⁷⁸ Londra Anlaşmasının 8. Maddesine göre emre itaat edilmesi sorumluluğu ortadan kaldırmamakta, ancak adaletin gerektirdiği bazı durumlarda sorumluluğun hafifletilmesini sağlayabilmektedir. Nürnberg İlkeleri ise Nürnberg yargılamalarının dayanağı olan Londra Anlaşmasından daha farklı bir dil kullanmıştır. Nürnberg ilkelerine göre emrin yerine getirilmesi ahlaki bir tercih her zaman mümkün olduğu için sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Nürnberg Anlaşmasının emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kullanılmasını kesin olarak reddetmesine rağmen, Nürnberg İlkelerinde ahlaki tercih ifadesinin kullanılmasının emrin yerine getirilmesini bir savunma olarak kabul edilmesini olanaklı kıldığı ileri sürülmüştür.⁸⁷⁹

⁸⁷⁷ Bassiouni, s. 430.

⁸⁷⁸ Bassiouni, s. 431.

⁸⁷⁹ Ansermet, s. 1447.

Görüşe göre Nürnberg Anlaşması ve Nürnberg İlkelerinin yaklaşımı birbiriyle çatışmaktadır bu nedenle Nürnberg deneyiminden emrin yerine getirilmesinin bir savunma mı yoksa bir hafifletici neden mi olduğu çıkarılamamaktadır. Nürnberg anlaşması katı bir şekilde emrin yerine getirilmesinin sorumluluğu kaldırmayacağını sadece hafifletebileceğini benimsemekte iken, ilkeleri hazırlayan Uluslararası Hukuk Komisyonu emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kullanılmasının önünü açmıştır.⁸⁸⁰

1998 tarihli Roma Statüsü de dâhil olmak üzere 1950 yılından beri emrin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemeler benzerlik göstermektedir. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu Nürnberg İlkelerinin yanı sıra İnsanın Güvenliğine ve Barışa Karşı Suçlar Kanununun hazırlanmasını da üstlenmiş ve bu taslakta da emrin yerine getirilmesine yer vermiştir. 1951 yılında hazırlanan ilk taslağın 4. Maddesinde; ilgili kanun kapsamında işlenen bir suç bakımından, ahlaki tercih yapması mümkün olduğu için üstün ya da devletin emrine uygun davranıldığına ilişkin bir savunmanın sanığı sorumluluktan kurtarmayacağı düzenlenmiştir. 1952 yılında üye devletlere açılan sözleşmenin 4. Maddesindeki “*ahlaki tercih yapmasının mümkün olduğu*” ifadesi birçok devletin itirazıyla karşılaşmıştır. Yapılan eleştiri ve itirazların ardından BM Uluslararası Hukuk Komisyonu 4. Maddeyi ve Sözleşmeyi gözden geçirerek düzeltmeye karar vermiştir. 4. Maddenin sonraki halinde ise ahlaki tercih ifadesine yer verilmemiş, sanığın *o zamanın koşullarında emri yerine getirmemesi mümkün* ise sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir.⁸⁸¹

⁸⁸⁰ Patel, Sunita, “**Superior Orders and Detainee Abuse in Iraq**”, New Zealand Yearbook of International Law, Volume:5, 2007-2008, <http://www.nzlii.org/nz/journals/NZYbkIntLaw/2008/5.html#Heading48>

⁸⁸¹ Bassiouni, s. 432.

1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 2. Maddesinde de emrin yerine getirilmesi düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez.”*⁸⁸² Diğer uluslararası sözleşmelerde emrin yerine getirilmesine ilişkin açık hüküm bulunmamakta ya da dolaylı hüküm bulunmaktadır. Bir görüş uluslararası sözleşmelerin emrin yerine getirilmesini düzenlememesinin nedenini emrin yerine getirilmesinin uluslararası örf adet hukuku bakımından artık açıkça bir savunma nedeni olarak kabul edilmesine bağlamaktadır.⁸⁸³

Uluslararası yargılamalar, uluslararası çabalar ve akademik görüşler emrin yerine getirilmesinin uluslararası suçlar bakımından bir savunma olarak kabul edilmemesi yönündedir. Emrin açıkça hukuka aykırı olduğu hallerde ya da astın emre itaati reddetmeye ilişkin ahlaki tercih olanağı bulunduğu anda emrin yerine getirilmesi bir savunma nedeni olarak kabul edilemez. Ancak ast emri yerine getirmeye zorlanmışsa, ast emri zorla yerine getirmişse cebir hükümleri ast hakkında uygulanmalıdır. Kimi durumlarda ise emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olmasa da bir mazeret nedeni ya da cezayı hafifleten bir neden olarak kabul edilebilir.⁸⁸⁴ Bununla birlikte Nürnberg Yargılamaları sonrasındaki dönemde emrin yerine getirilmesi savunmasının katı bir şekilde reddedilmesinin nedeni olarak politik çıkarlar gösterilmiş ve bunun emrin yerine getirilmesinin gelecekteki savaş suçları için

⁸⁸² Çeviri için bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/25703--Iskence-ve-Diger-Zalimane,-Gayriinsani-veya-Kucultucu-Muamele-veya-Cezaya-Karsi-Sozlesme.pdf>

⁸⁸³ Bassiouni, s. 434.

⁸⁸⁴ Bassiouni, s. 437.

kullanılma olasılığından daha tehlikeli olduğu ileri sürülerek amirin emrinin mutlaka değerlendirilmesi gereken hukuki bir mesele olduğu savunulmuştur.⁸⁸⁵

E. Ad Hoc Uluslararası Ceza Mahkemeleri Bakımından Emrin Yerine Getirilmesi

Lahey’de bulunan Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi de Arusha’daki Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi de uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerinden dolayı bireysel yargılama yapmak ve uluslararası ceza adaletini sağlamak için kurulmuştur. Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi çatışmanın taraflarınca kurulmayan ve galip devletlerin yer almadığı ilk sivil uluslararası mahkemedir. Aynı durum Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi için de geçerlidir.⁸⁸⁶

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi de Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi de üstün astın emrin yerine getirilmesi dolayısıyla işlediği fiillerden dolayı sorumlu olduğunu ve devletin ya da üstün emrinin sanığı sorumluluktan kurtarmayacağını kabul etmiştir. Yargılamalarda sadece istisnai durumlarda adaletin sağlanabilmesi için belirli emirlerin yerine getirilmesinin cezayı hafifleten neden sayılmasına karar verilmiştir.⁸⁸⁷

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 7. maddesinde de emrin yerine getirilmesinin sanığı sorumluluktan kurtarmayacağı ancak cezanın hafifletilebileceğine karar verilebileceği kabul edilmiştir. Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 6. Maddesinde de aynı hüküm yer almaktadır.

⁸⁸⁵ Wilner, Alan M., “**Superior Orders As a Defence to Violations of International Criminal Law**” Maryland Law Review, Vol. XXVI,1966, s. 142.

⁸⁸⁶ Calvo-Goller, s. 18.

⁸⁸⁷ Calvo-Goller, s. 22.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü emrin yerine getirilmesine ilişkin olarak Londra Anlaşmasının diline yakın bir ifadeyle sanıkların mutlak sorumluluğu yaklaşımını benimsemiştir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüleri emrin yerine getirilmesinin sorumluluğu kaldırmadığını ancak hafifletici neden olarak kabul edilebileceğini düzenleyerek Londra Anlaşmasının yaklaşımını benimsemiş, Nürnberg ilkelerinin anlayışına ise uymamıştır.⁸⁸⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi emrin yerine getirilmesi ve cebrin ayrı ancak birbiriyle ilişkili kavramlar olduğunu ve sanığın sorumluluğunun hafifletilmesine karar verilirken her ikisinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Erdemovic davasında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin görüşlerini ve Nürnberg İlkelerini yansıtmıştır. Ancak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi cebir ve emrin yerine getirilmesi arasında ayırım yapmış ve Erdemovic'in aslında cebir altında hareket ettiğine karar vererek mutlak sorumluluk kuralını çok daha esnek bir şekilde kabul etmiştir. Davada Bosna Sırp Ordusunun düşük rütbeli askeri sanık Drazen Erdemovic yaklaşık 1200 sivil Boşnak Müslüman erkeğin öldürülmesiyle ilgili kendisini emre itaat ettiğini ileri sürerek savunmuş, emri reddettiği takdirde kendisinin de üstleri tarafından mağdurlarla birlikte öldürüleceğini belirtmiştir.⁸⁸⁹ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Dava Dairesi sanığın askeri hiyerarşide ast konumunda

⁸⁸⁸ Ansermet, s. 1448.

⁸⁸⁹ Prosecutor & Drazen Erdemovic, Case No: IT-96-22-A, 7 October 1997, Judgement, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>, s. 2-5, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

olduğu ve üstlerinin tehditleri ve emirleri dolayısıyla cezasının hafifletilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁹⁰ Temyiz yargılamasında ise yargıçlar Mcdonald ve Vohrah emrin yerine getirilmesinin tek başına değerlendirilemeyeceğini, davadaki cebir ya da maddi hata gibi diğer hususlarla birlikte ele alınması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁹¹ Diğer bir yargıç Cassese karşıt görüşünde esasa muhalif olmakla birlikte, cebir ve emrin yerin getirilmesi arasındaki bağlantıya ilişkin çoğunlukla aynı görüşü paylaşmış, cebrin genellikle üstün emriyle birlikte ortaya çıktığını ancak ikisi arasında zorunlu hiçbir bağlantının olmadığını ifade etmiştir. Cassese'ye göre emrin yerine getirilmesi astın hayatına yönelik hiçbir tehdit olmaksızın da söz konusu olabilir. Bu şartlar altında emir uluslararası hukuk kurallarına açıkça aykırı ise ast emre itaati reddetmek zorundadır. Ancak emri yerine getirmeyi reddettikten sonra emir astın hayatına yönelik bir tehditle birlikte tekrarlanırsa artık emrin yerine getirilmesi savunması değil cebir savunması yapılabilir. Yani üstün emrinin açıkça hukuka aykırı olması halinde emri yerine getirmediğinde astın hayatına yönelik bir tehdit söz konusu ise cebir ile emrin yerine getirilmesi birbiriyle ilişkilidir. Ancak cebir savunması emrin yerine getirilmesinden bağımsız olarak da ileri sürülebilir. Örneğin bir asker kendisiyle aynı rütbede olan diğer askeri tehdit ediyorsa artık emrin yerine getirilmesinden bağımsız olarak cebir söz konusudur.⁸⁹²

Bralo davasında Hırvat Savunma Konseyi Askeri Polis Taburu 4. Anti terör müfrezesi "Joker"ın üyesi olan sanık Miroslav Bralo; Ahmici köyüne yapılan saldırıya

⁸⁹⁰ Prosecutor & Drazen Erdemovic, Case No: IT-96-22-A, 7 October 1997, Judgement, <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/aciug/en/erd-aj971007e.pdf>, s. 8, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹¹ http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/aciug/en/971007_Erdemovic_summary_en.pdf, erişim tarihi: 15 Kasım 2015, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹² http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/aciug/en/971007_Erdemovic_summary_en.pdf, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

katılmakla, köyde etnik temizlik yapılması talimatıyla birlikte köydeki askerlik çağındaki tüm Müslüman erkekleri öldürmekle, tüm Müslüman yerleşim yerlerini yakmakla ve tüm Müslümanları köyden sürmekle suçlanmıştır.⁸⁹³ Bralo savunmasında “Joker” in bir üyesi olarak üstleri tarafından bir “savaş silahı” olarak kullanıldığını ileri sürerek kendini savunsa⁸⁹⁴ da mahkeme Bralo’ya verilen emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğunu belirterek cezayı hafifleten bir neden olmadığına karar vermiştir.⁸⁹⁵ Mahkeme verilen emirlerin hukuka aykırı olduğunu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu erken aşamalarda Bralo’nun Joker’in savaş faaliyetlerine katılmayı reddedebileceğini, Joker tarafından emri reddetmesi halinde üzerinde bir baskı kurulduğunun Bralo tarafından ileri sürülmediğini belirtmiş ve üste itaat dolayısıyla Bralo’nun cezasının hafifletilmesini reddetmiştir.⁸⁹⁶

Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Bagosora kararında emrin yerine getirilmesi dolayısıyla cezanın hafifletilmesi talebini reddetmiştir. Mahkeme sanıklar Nsengiyumva ve Ntabakuze hakkında işledikleri suçlar bakımından emre itaati bir hafifletici neden olarak tartışmış, ancak verilen emirlerin açıkça hukuka aykırı olması, ilgili suçların tekrar tekrar işlenmesinin faillerin suç işleme kastını yansıtması nedeniyle emre itaat gerekçesiyle cezanın hafifletilemeyeceğine karar vermiştir.⁸⁹⁷

⁸⁹³ Prosecutor&Miroslav Bralo, Judgement on Sentencing Appeal, IT-95-17-A, 2 April 2007, <http://www.icty.org/x/cases/bralo/acjug/en/bra-aj070402-e.pdf>, s.2, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹⁴ Prosecutor&Miroslav Bralo, Judgement on Sentencing Appeal, IT-95-17-A, 2 April 2007, <http://www.icty.org/x/cases/bralo/acjug/en/bra-aj070402-e.pdf>, s.17, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹⁵ Prosecutor&Miroslav Bralo, Judgement on Sentencing Appeal, IT-95-17-A, 2 April 2007, erişim tarihi: 15 Kasım 2015. <http://www.icty.org/x/cases/bralo/acjug/en/bra-aj070402-e.pdf>, s.19-20, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹⁶ Prosecutor&Miroslav Bralo, Judgement on Sentencing Appeal, IT-95-17-A, 2 April 2007, <http://www.icty.org/x/cases/bralo/acjug/en/bra-aj070402-e.pdf>, s.19-20, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹⁷ The Prosecutor v. Theoneste Bagosora, Gratien Kabiligi, Aloys Ntabakuze, Anatole Nsengiyumva, Judgement and Sentence, Case No ICTR-98-41-T, s. 573,

4) Uluslararası Ceza Divanı Bakımından Emrin Yerine Getirilmesi

Roma Statüsü'nde 33. maddesinde emrin yerine getirilmesi düzenlenmiştir.

Roma Konferansında emrin yerine getirilmesinin Statüde ne şekilde hüküm altına alınacağı yoğun tartışmalara neden olmuş, sonunda amirin emri bakımından karma bir yaklaşım benimsenmiştir.

A. Roma Statüsü'nde Emrin Yerine Getirilmesi

Uluslararası suç işleyenlerin bireysel yargılanmalarını sağlayacak bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması fikri ilk kez 1899 Lahey Konferansında ortaya atılmıştır. Fikir I. Dünya Savaşı Sonrası tekrarlanmış ancak II. Dünya Savaşı sonrasına kadar gerçeğe dönüştürülmemiştir. II. Dünya Savaşında işlenen büyük suçların faillerinin cezalandırılmak istenmesi fikrin uygulanmasında etkili olmuştur.⁸⁹⁸

Uluslararası Ceza Mahkemesi uluslararası toplumu yakından ilgilendiren uluslararası suçların yargılanması ve gerçek kişilerin cezai sorumluluklarının tespit edilmesi için kurulmuş, sürekli yapıda, uluslararası tüzel kişiliğe sahip, uluslararası bir mahkemedir.⁸⁹⁹ 1998 yılında gerçekleştirilen uluslararası Roma Konferansı sonucunda Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurucu statüsü olan Roma Statüsü kabul edilmiş ve Statü 1 Temmuz 2002 de yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri arasında temel farklılıklar olsa da Nürnberg ve Tokyo Yargılamalarının belli özellikleri Roma Statüsünde görülebilir. Geçmişte ve yakın tarihte yapılan tüm uluslararası ceza yargılamaları Roma Statüsü tarafından değerlendirmeye alınmış ve yargıçların

<http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-98-41/trial-judgements/en/081218.pdf>, erişim tarihi: 15 Kasım 2015.

⁸⁹⁸ Calvo-Goller, s. 7.

⁸⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 364-365.

gerçeklere ulaşmaya ve hukuku uygulamaya çalıştıkları jürisiz yargılamalar yapılması kabul edilmiştir.⁹⁰⁰

Emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak Nürnberg İlkeleri ve sonraki düzenlemelerde kabul edilmemesinden sonra kavram sorumluluk alanının dışına çıkarılmış ve sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemiştir. Roma Statüsü ise emrin yerine getirilmesinin ceza sorumluluğunu kaldırdığını reddederek hem geleneksel anlayışı kabul etmiş hem de emrin yerine getirilmesinin belli şartlar altında uygulanmasına izin vererek daha karmaşık bir yaklaşımı benimsemiştir.⁹⁰¹

Roma Konferansında koşullu sorumluluk ve mutlak sorumluluk yaklaşımları tekrar tartışılmıştır. Mutlak sorumluluk yaklaşımı güçlü bir şekilde genellikle Alman delegasyonu tarafından savunulmuş, emrin yerine getirilmesinden dolayı astın mutlak ceza sorumluluğunun uluslararası ceza hukukunda geleneksel bir kural olarak kabul edilmesi gereği ileri sürülmüştür.⁹⁰² Japon delegasyonu da Almanya'ya benzer bir tutum almakla birlikte, emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak değil, cezayı hafifletici neden sayılması gerektiğini öne sürmüştür.⁹⁰³ ABD delegasyonu ise koşullu sorumluluk yaklaşımını savunmuş ve II. Dünya Savaşı sonrası ulusal içtihatlarla Nürnberg standardının ortadan kalktığını belirtmiştir. İki yaklaşım arasındaki zıtlık Roma Statüsünün Ceza Hukukunun Genel Prensiplerini düzenleyen üçüncü kısmına ilişkin görüşmelerin tıkanmasına yol açmış, ancak sert ve uzun süreli tartışmaların

⁹⁰⁰ Calvo-Goller, s. 9.

⁹⁰¹ Ambos, Kei, "Defences in International Criminal Law" in: Research Handbook on International Criminal Law, Edited by Bartram S. Brown, Edward Elgar Publishing, 2011, s. 322.

⁹⁰² Hinek, Silva, "The Superior Orders Defence: Embraced at Last?" The New Zealand Postgraduate Law E-Journal, Issue 2, 2005, s. 43.

⁹⁰³ Scaliotti, Massimo, "Defences Before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility-Part I", International Criminal Law Review, Vol 1, 2001, s. 135.

sonunda bir uzlaşma sağlanabilmiştir.⁹⁰⁴ İlk tartışma emrin yerine getirilmesinin ayrı bir hüküm olarak mı yoksa Birleşmiş Milletlerin önerdiği gibi ceza sorumluluğunu kaldıran nedenleri düzenleyen Statü'nün 31. Maddesinin içinde mi düzenleneceğine ilişkindir. Ama asıl tartışma ve anlaşmazlık emrin yerine getirilmesinin hukuki sonuçlarına yönelik olmuştur. Bir görüş emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabul edilmesini savunurken, diğer görüş bunu kesin olarak reddetmiştir. Sonuç olarak Roma Statüsü Nürnbergden bir adım ileri giderek sadece belli şartlar oluştuğunda emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kabulüne izin vermiştir.⁹⁰⁵ Sonuç olarak 33. Maddede aslında iki zıt yaklaşım aynı kural içinde sıralanmıştır. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından mutlak sorumluluk yaklaşımı kabul edilirken, savaş ve saldırı suçları bakımından koşullu sorumluluk kuralı benimsenmiştir.⁹⁰⁶

Roma Statüsü'nde savunma nedenleri (defences) şeklinde bir grup oluşturmaktan bilinçli olarak kaçınılmış, emrin yerine getirilmesinin bir savunma oluşturmayacağı değil, kişiyi cezai sorumluluktan kurtarmayacağı düzenlenmiştir. Böyle bir terminoloji kullanılmasının nedeni Statü'nün hazırlanmasında Anglo Sakson hukuk sisteminden etkilenilmediğini göstermektir.⁹⁰⁷ Statü'nün 31. Maddesinde “cezai sorumluluktan kurtulma” başlığı altında akıl hastalığı, sarhoşluk, meşru müdafaa ve zorunluluk hali, 32. Maddesinde “maddi hata veya kanun hatası”, 33. Maddesinde ise “üstün emirleri ve kanunun tanımı” düzenlenmiştir. Ceza sorumluluğu kaldıran

⁹⁰⁴ Gaeta, s. 188.

⁹⁰⁵ Ambos, s. 322-323.

⁹⁰⁶ Gaeta, s. 188.

⁹⁰⁷ Schabas, William A., **An Introduction to the International Criminal Court**, Cambridge University Press, Fourth Edition, 2011, s.238.

nedenleri düzenleyen bu üç madde ise tahdidi değildir.⁹⁰⁸ Statüde açıkça sayılmayan cezai sorumluluğunu kaldıran bir neden de savunma tarafından önceden Savcılık makamına bildirme ve nedenin Yargılama Dairesi tarafından kabul edilmesi kaydıyla ileri sürülebilir.⁹⁰⁹

Roma Statüsünün emrin yerine getirilmesini düzenleyen 33. Maddesi ise şu şekildedir:

“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.

2. Bu maddenin amaçları bakımından, soykırım veya insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler açıkça kanunsuzdur.”⁹¹⁰

Statü'nün 33. Maddesi hükümetin ya da bir üst makamın emrine uyararak suç işleyen şahsın cezai sorumluluğuna ilişkin genel prensipleri düzenlemektedir. Emri yerine getirmek suretiyle suç işleyen astın 33. Maddede sayılan üç istisnai halde; astın hükümetin ya da üstün emrine uyması kanuni bir zorunluluk ise, ast emrin kanunsuz olduğunu bilmemekte ise ve emir açıkça kanunsuz değil ise cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu haller dışında ast emrin yerine getirilmesinden dolayı

⁹⁰⁸ Ambos, “Defences in International Criminal Law”, s. 299.

⁹⁰⁹ Schabas, s. 239.

⁹¹⁰ Çeviri için bkz.

https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf, erişim tarihi: 2 Aralık 2015.

sorumludur.⁹¹¹ Yani emrin yerine getirilmesi 33. Madde de kümülatif olarak sayılan yukarıda belirtilen üç şartın yerine getirilmesi halinde bir savunma olarak kabul edilecek ve bu üç şartı taşıyan kişi emrin yerine getirilmesinden yararlanarak sorumluluktan kurtulacaktır.⁹¹² Şartlardan bir ya da birkaçının eksik olması halinde ise artık emri yerine getiren kişi 33. Maddeden yararlanamayacak ve cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁹¹³

Emrin açıkça kanunsuz olmaması ile ifade edilmek istenen olağan bir şahsın ilgili emrin uluslararası hukuka göre hukuka aykırı olduğunu bilememesidir.⁹¹⁴ Ancak 33. Maddenin 2. Paragrafında maddenin amaçları bakımından soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiğinin kabul edileceği düzenlenmiştir, yani soykırım ve insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler Statü tarafından açıkça kanunsuz kabul edilmiştir. 2. Paragraf bakımından dikkat çekici husus sadece soykırım ve insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirlerin açıkça kanunsuz kabul edilmesi ancak savaş suçlarının bu kapsama dâhil edilmemesidir.⁹¹⁵

Roma Statüsü savaş suçları bakımından belli şartların olması halinde emrin yerine getirilmesini ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak kabul ederek Nürnberg modelinden ayrılmıştır.⁹¹⁶ Statü'nün 33. Maddesi bakımından çıkarılacak sonuç soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından emrin yerine getirilmesinin asla bir savunma oluşturmayacağı ve cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacağıdır. Ancak

⁹¹¹ Calvo-Goller, s. 198.

⁹¹² Ambos, s. 322-323, Hinek, s. 44, Liang, Jessica, “**Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the Contemporary Context**”, Goettingen Journal of International Law, Volume 2, No:3, 2010, s. 890.

⁹¹³ Korte, s. 122.

⁹¹⁴ Calvo-Goller, s. 198.

⁹¹⁵ Calvo-Goller, s. 198.

⁹¹⁶ Gaeta, s. 173.

savaş suçları bakımından emrin yerine getirilmesi bir savunma oluşturabilir, çünkü savaş suçlarına ilişkin emirler açıkça kanunsuz kabul edilmemiştir. 33/1 a ve b de düzenlenen iki şart somut olayda bulunmakta ise ve emir açıkça hukuka aykırı değilse, savaş suçları bakımından emrin yerine getirilmesi bir savunma olarak ileri sürülebilir.⁹¹⁷ Ancak emrin yerine getirilmesi savunmasının savaş suçları için uygulanabilir olması sonucu birçok insan hakları kuruluşu ve sivil toplum örgütü tarafından protesto edilmiş ve sert tepkilerle karşılaşmıştır.⁹¹⁸ Tepkilerin ve eleştirilerin odak noktası Roma Statüsü'nün Nürnberg Yargılamaları ile başlayan uluslararası ceza hukukunun gelişme sürecini geriletmiştir.⁹¹⁹ Bu bağlamda yapılan eleştirilere verilen en ikna edici yanıt emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kullanılmasının kimi durumlarda adaleti sağlamak için gerekli olduğudur.⁹²⁰

Roma Statüsü'nün 33/1-a maddesinde “*şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise*” cezai sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir. Madde emrin yerine getirilmesinin bir savunma olarak kullanılıp kullanılmayacağını belirlemek için iç hukuk düzenine atıf yapmaktadır.⁹²¹ Ancak madde dolayısıyla aranmakta olan iç hukukun özel olarak emre itaati düzenlemesi değil, iç hukuk düzeninde genel olarak üstün emrine itaatin gerekli olmasıdır.⁹²² Statünün 33/2 maddesi emrin yerine getirilmesi savunmasının soykırım ve insanlığa karşı suçlara ilişkin emirler bakımından kullanılmasını engellemektedir.

⁹¹⁷ Gaeta, s. 173.

⁹¹⁸ Harris, Lachlan, **The International Criminal Court and the Superior Orders Defence**, University of Tasmania Law Review, Volume:22, Issue:2, 2003, s. 200.

⁹¹⁹ Harris, s. 200.

⁹²⁰ Harris, s. 210.

⁹²¹ Cryer, Robert, “**Superior Orders and the International Criminal Court**” in: International Conflict and Security Law: Essays in Memory of Hilaire McCoubrey, Editors: Richard Burchill, Nigel D. White, Justin Morris, Cambridge University Press, July 25.2005, s. 60.

⁹²² Cryer, s. 60-61, Amersset, s 1449.

Ancak soykırım ve insanlığa karşı suçlara ilişkin emirlerin emri veren üstün bilgi ve kastına göre mi yoksa emri alana göre tanımlanacağı belirsizdir.⁹²³ İnsanlığa karşı suçlar bakımından özel kastın aranmaması nedeniyle sorun bir derece daha rahat çözülebilir iken soykırım suçu bakımından özel kastın gerekmesi meselenin çözümünü zorlaştırmaktadır.⁹²⁴ Saldırı suçu bakımından da emrin yerine getirilmesinin bir savunma ya da cezayı hafifleten neden oluşturması mümkün değildir.⁹²⁵ Saldırı suçunun faili sadece bir devletin siyasi ve askeri eylemleri üzerinde etkin kontrol ve yönetme yetkisi olan kişi olabilir.⁹²⁶ Dolayısıyla suçun faili zaten amir konumunda olduğu için, emrin yerine getirilmesi savunmasından da faydalanması mümkün değildir.⁹²⁷

Emrin yerine getirilmesi madde 33/1-b de düzenlenen ikinci şartın da gösterdiği gibi hukuki hata savunmasını genişletmektedir.⁹²⁸ Bununla birlikte emrin hukuka aykırılığına ilişkin basit bilgisizlik halinde, açıkça hukuka aykırı emirler hariç, emri yerine getirenin 33/1-c de düzenlenen üçüncü şarta göre sorumluluktan kurtulması mümkündür.⁹²⁹ Ancak bu durumda dahi sadece fail mazur görülmekte sorumluluktan kurtulmakta ancak fiili hukuka uygun hale gelmemektedir, yani emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir.⁹³⁰

⁹²³ Cryer, s. 63-64, Amersset, s. 1449.

⁹²⁴ Cryer, s. 64.

⁹²⁵ Güneysu, s. 160.

⁹²⁶ Aksar, Yusuf, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, Ekim 2013, s. 150.

⁹²⁷ Güneysu, s. 160.

⁹²⁸ Ambos, s. 323, Cryer, s. 418.

⁹²⁹ Ambos, s. 323, Cryer, s. 418.

⁹³⁰ Triffterer, Otto, “**Article 33 Superior Orders and Prescription of Law**”, in: Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article, Second Edition, Beck/Hart, 2008, para. 29.

Roma Statüsünün 33. Maddesinden çıkan sonuç emrin yerine getirilmesinin sorumluluğu sadece savaş suçları bakımından kaldırabileceğidir. Savaş suçları çok ciddi suçlardır ve bu suçlara ilişkin birçok emir açıkça hukuka aykırıdır. Statünün 32. Maddesinin ikinci fıkrası: *“Belli bir eylem biçiminin Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suç olup olmadığı konusundaki kanun hatası, cezai sorumluluğu ortadan kaldıran bir unsur olamaz. Ancak kanun hatası, suçun gerektirdiği manevi unsuru ortadan kaldırdığı zaman veya 33. maddede öngörüldüğü şekliyle cezai sorumluluğu kaldıran bir unsur olabilir.”* şeklindedir. Statünün 32/2. Maddesi 33. Maddeye atıfta bulunmaktadır. Bu atıfla birlikte, madde 32/2 savaş suçları işlemeye yönelik emirlere ilişkin hukuki hataya bir istisna tanımaktadır. Örneğin hukuka uygun olduğuna inandığı bir emre dayanarak sivilleri öldüren bir asker kasten hareket etmekte ve objektif ve sübjektif unsurlarını yerine getirmek suretiyle sivilleri öldürerek savaş suçu işlemektedir. Bu durumda sorun emre ilişkin hukuki hatanın askerin suçluluğunu etkileyip etkilemeyeceğidir.⁹³¹ Statünün 32/2 ve 33/1 e maddelerine göre savaş suçları bakımından hukuki hata, yerine getirdiği emrin hukuka aykırı olduğunu bilmekle suçlanmadığı takdirde astın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırabilir.⁹³²

Statüde emrin yerine getirilmesine ilişkin belirsizlik sorunları Statünün 33/1-b ve 33/1-c bentleri bakımından da geçerlidir. Bentlere göre emrin yerine getirilmesi şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmediği ve emrin açıkça kanunsuz olmadığı hallerde şahsı sorumluluktan kurtarabilir. Hukuki hatayı düzenleyen 32. Madde ile kıyaslandığında 33. Maddenin hem daha dar hem de daha kapsamlı olduğu söylenebilir. Emrin yerine getirilmesini düzenleyen 33. Madde soykırım suçu ile

⁹³¹ Ambos, s. 323.

⁹³² Ambos, s. 323.

insanlığa karşı suçları kapsam dışında bıraktığından uygulama bakımından 32. Maddeden daha dardır. Ancak diğer taraftan da açıkça kanunsuz olmayan emirlere itaat eden ve dolayısıyla hukuka aykırı bir emri yerine getiren astın emrin yerine getirilmesi savunmasından yararlanabilmesi açısından da 32. Maddeden daha geniştir. Emri yerine getiren ast emrin hukuka aykırı olduğunu bilebilecek durumda değilse ya da emrin hukuka aykırılığına ilişkin bilgi sahibi değilse 32. Maddeye göre sorumluluktan kurtulmaktadır.⁹³³ Bununla birlikte Roma Statüsü'nün 33. Maddesi en azından üç nokta itibariyle yerinde bir düzenlemedir. İlki hüküm masum insanlara yaygın saldırıları içeren ve uluslararası suçların içinde en ciddi ve korkunç suçlar olan soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından emre itaati kabul etmemektedir. İkincisi 33. madde hemen hemen tüm ulusal devletler tarafından kabul edilen koşullu sorumluluk kuralını tersine çevirmektedir. Ulusal yasalar önce emrin yerine getirilmesini bir savunma olarak kabul etmekte, sonra bu savunmanın hangi şartlarda geçersiz sayılacağını düzenlemektedir. Statü'nün 33. Maddesinde ise öncelikle emrin yerine getirilmesinin geçerli bir savunma olmadığı kabul edilmekte, ardından hangi şartlar altında emre itaatin cezai sorumluluğu ortadan kaldıracığı yani bir savunma oluşturabileceği hüküm altına alınmaktadır. 33. Madde üzerine bir anlaşma sağlanması da emre itaat konusunda belirgin bir ilerlemedir. Uluslararası ceza hukukunun genel kurallarının Roma Statüsünde bir anlaşma metnine dönüşmesi ve yazılı bir kural haline gelmesi sanık haklarının güvence altına alınması bakımından da çok önemlidir. 1949 Cenevre Anlaşmalarında ve 1977 tarihli Ek Protokollerinde emrin yerine getirilmesine ilişkin kural üzerinde devletlerin anlaşamamasının büyük bir olumsuz etkisi olmamıştır. Çünkü bu anlaşmaların amacı uluslararası suçların yargılanmasını ve

⁹³³ Ansermet, s. 1453.

cezalandırılmasını sağlayacak uluslararası bir mekanizma kurmak değildir.⁹³⁴ Emre itaate ilişkin bir anlaşma hükmü olmaksızın bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurmak ise çok zordur, çünkü emre itaat edilmesine ilişkin yasal düzenlemeyi bilmeksizin Devletlerin mahkemenin yargı yetkisini tanıması kolay değildir.⁹³⁵

33. maddenin eleştirilebileceği nokta ise tam olarak gerekçelendirmeden geleneksel uluslararası hukuktan ayrılmasıdır. Savaş suçlarını düzenleyen Statü'nün 8. Maddesi dikkate alındığında bu ayrılık daha da sorgulanır olmaktadır. 33. Maddeden savaş suçlarına ilişkin emirlerin açıkça hukuka aykırı olmadıkları ve astların bu emirlerin hukuka aykırılığının farkında olmayabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Ancak 8. Maddede düzenlenen savaş suçları oluşturacak fiiller incelendiğinde bu fiillere yönelik emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğunun kabul edilmemesi ve astın emrin hukuka aykırılığını anlayamaması oldukça zordur.⁹³⁶ Yine pratikte 33. Maddenin çok sınırlı bir uygulama alanı bulunmaktadır. Tarihsel olarak emrin yerine getirilmesi sıklıkla bir savunma olarak ileri sürülmüş ancak asla sorumluluğu kaldıran özerk bir neden olarak kabul edilmemiştir.⁹³⁷ Emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenen suç genellikle hata ya da cebir savunmaları kapsamında değerlendirilmiştir.⁹³⁸ Emrin yerine getirilmesini sadece manevi unsur bakımından değerlendiren ve kastın olmaması olarak kabul eden bir görüş de bulunmaktadır.⁹³⁹ Buna göre emre itaat tek başına savunma olabilecek bir kavram değil kastı kaldıran nedenler içinde özellikle hukuki hata ya da cebirle birlikte değerlendirilebilecek olgusal bir unsurdur.⁹⁴⁰ Görüşe

⁹³⁴ Gaeta, s. 189-190.

⁹³⁵ Gaeta, s. 190.

⁹³⁶ Gaeta, s. 190.

⁹³⁷ Ambos, s. 324, Cryer, s. 415.

⁹³⁸ Ambos, s. 324.

⁹³⁹ Dinstein, Yoram, **War, Aggression and Self Defence**, 4th Edition, Cambridge University Press, 2005, s. 152.

⁹⁴⁰ Dinstein, s. 152.

göre Statünün 33. Maddesi konuya ilişkin parçalı bir çözüm sunmaktadır, hukuki bilgiye ya da açık kanunsuzluğa ilişkin düzenlemelerde bir sorun yoktur ancak üstün emrine itaati hukuki hata savunması kapsamında ele almak Statünün çerçevelerini üstün emrine itaat, hukuki hata ve cebir savunmaları arasındaki olası kombinasyonlarla göz ardı etmektir. Bu bağlamda uygulamada genellikle bitişik bir şekilde buldukları için emre itaatle hukuki hata, fiili hata ve cebir arasında önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Kanıtlar sanığın cebir altında emre itaat ettiğini ya da emrin hukuka aykırılığının farkında olmadığını göstermekte ise cezai sorumluluk ortadan kalkmaktadır.⁹⁴¹

Roma Statüsü'nün bu düzenlemesiyle birlikte birçok soru da gündeme gelmiştir. Bu sorulardan birisi emrin kanunsuz olduğunun bilinmemesi halinde ve emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde usuli olarak aynı mı yoksa farklı şekilde mi davranılacağıdır. Emrin kanunsuz olduğunun bilinmediği ileri sürüldüğünde savunma hukuki hatayı ya da kastın yokluğunu ileri süreceği için iddia makamı da bunun aksini kanıtlamak zorunda kalacaktır. Yani iddia makamına ağır bir yük yüklenecektir.⁹⁴² Bununla birlikte eğer emrin kanunsuz olduğunun bilinmemesi suçun unsuru olarak kabul edilirse ispat yükü de değişecektir. Ancak bu durum Roma Statüsü'nün 31. Maddesindeki ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden birisi⁹⁴³ kabul edilirse

⁹⁴¹ Dinstein, s. 152.

⁹⁴² Bassiouni, s. 433.

⁹⁴³ Bkz. Roma Statüsü 31. Madde: "1. Bu Statüde yer alan cezai sorumluluk dışında tutulmaya ilişkin diğer esaslara ek olarak; fiili işlediği sırada aşağıdaki durumların varlığı halinde bir şahsın ceza sorumluluğu yoktur:

(a) Gerçekleştirdiği fiilin yapısını ve kanunsuzluğunu idrak yeteneğini veya fiilin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını kontrol yeteneğini ortadan kaldıracak bir akıl hastalığı ya da kusuru olması halinde;

(b) Sonucunda Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçu oluşturan eylemi gerçekleştirmesine yol açacağını bilerek ya da riskini göz ardı ederek, sarhoşluk ya da uyuşturucu madde etkisi altına kendi isteğiyle girme halleri dışında; yaptığı eylemin yapısını ve kanunsuzluğunu takdir yeteneğini veya eyleminin kanunun gereklerine uygun olup olmadığını fark etme yeteneğini ortadan kaldıracak şekilde sarhoş olması ya da bir başka maddenin etkisinde olması halinde;

delilleri ortaya çıkarma yükümü savunmaya ait olacak, iddia makamı ise sonradan savunmanın kanıtlarını çürütecektir. Delil ortaya çıkarma ya da ispat yükümlülüğü Roma Statüsü'nün 67. Maddesini dikkate alarak değerlendirilmelidir.⁹⁴⁴ “İspat yükünün tersine çevrilmemesi veya karşı delille çürütme sorumluluğunun sanığa yükletilmemesi.” Aynı sorun 33. Maddenin 2. fıkrası için de geçerlidir. Emir soykırım veya insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik ise maddenin amaçları bakımından açıkça kanunsuz sayılmaktadır. Ancak emrin soykırım veya insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik olduğunun veya olmadığına ispatının hangi tarafa ait olduğu açık değildir. Tüm bu soruların cevapları Uluslararası Ceza Divanı'nın yargulamalarıyla netleşecektir.⁹⁴⁵

Emrin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemelerin ulusal hukuk ve uluslararası hukukta farklı olması emri yerine getiren ast için bir çelişki oluşturmaktadır. Asker emre itaat etmesi halinde uluslararası suç işleyecek, emre itaat etmemesi halinde ise askeri itaatsizliğinden dolayı ulusal hukuk gereği cezalandırılacaktır. Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk kuralları arasında oluşabilecek bu çelişki özellikle emre ilişkin

(c) Kendisine ve başka bir şahsa veya eşyaya karşı yönelmiş bir tehlike ile orantılı bir şekilde; yakın ve kanunsuz bir kuvvet kullanımına karşı kendini veya başkasını ya da savaş suçlarında hayati öneme haiz eşyayı veya askeri bir görevin yerine getirilmesinde önemli olan bir eşyayı savunmak için makul hareket etmesi halinde. Askeri kuvvetler tarafından gerçekleştirilen savunma amaçlı bir harekate katılım, bu alt paragrafta göre cezai sorumluluğu kaldırmak için başlı başına bir neden oluşturmaz.

(d) Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçu oluşturduğu iddia edilen fiilin, kendisine veya başka bir şahsa karşı yakın ölüm veya sürekli veya yakımfiziksel zarar tehdidi kaynaklı bir baskı sonucu meydana gelmesi ve önlenmesi gereken zarardan daha fazlasına yol açmayı kastetmemiş olmak koşuluyla, bu tehdidi önlemek için, şahsın gereği kadar ve makul ölçüde davranması halinde. Böyle bir tehdit:

(i) Başka şahıslar tarafından yapılmış; veya

(ii) O şahsın kontrolü dışındaki şart tarafından gerçekleşmiş olabilir.

2. Mahkeme, önüne gelen davada, bu Statü'de öngörülen cezai sorumluluğu ortadan kaldıran esasların uygulanabilir olup olmadığını tespit eder.

3. Yargılama sırasında, Mahkeme, 1. paragrafta bahis konusu cezai sorumluluğu ortadan kaldıran ve 21. maddede belirtilen uygulanacak hukuktan kaynaklananlardışındaki esasları dikkate alabilir. Böyle bir esas dikkate almak

konusundaki işlemler Usul ve Delil Kurallarında belirtilir.

⁹⁴⁴ Bassiouni, s. 434.

⁹⁴⁵ Bassiouni, s. 434.

fiilin ulusal hukukta suç olarak düzenlenmemesi ancak uluslararası hukuk tarafından savaş suçu sayılması halinde daha da çetrefilli bir hal almaktadır. Sonuç olarak kendi iç hukukuna göre yasal olan emre itaat etmeyi reddeden asker ulusal mahkemeler tarafından yargılanacaktır. Böyle bir durumda emrin yerine getirilmesi cebir ile birlikte değerlendirilmediir.⁹⁴⁶

33. Madde; bireysel ceza sorumluluğu temelinde bir ceza hukuku sistemi oluşturmak suretiyle, üstün emrine sosyal ve psikolojik olarak uymaması zor olan kişilerin Uluslararası Ceza Divanı yargılaması altında en ağır suçlardan yargılanması sonucuna yola açabileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir.⁹⁴⁷ Ancak prensibin çok sıkıntılı hukuki ve ahlaki hususları içerdiği ve emrin yerine getirilmesinin astlar için bir cezanın hafifletilmesi nedeni olarak da kabul edilebileceği ifade edilmiştir.⁹⁴⁸

II. ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA KOMUTAN/ÜST SORUMLULUĞU

Komutanın sorumluluğu doktrinine göre astlarının işlediği suçları engelleyemeyen ya da cezalandırmayan kişi sorumludur. Doktrin ihmali hareketi esas almaktadır.⁹⁴⁹ Doktrine göre fiili denetimi ve gözetimi altındakilerin işleyebileceği suçları önleme ve cezalandırma olanağına sahip olan komutan ya da üst bu yükümlülüklerini yerine getirmediğinde astlarının işlediği suçlardan dolayı kendi adına sorumlu olmaktadır.⁹⁵⁰

⁹⁴⁶ Gaeta, s. 173.

⁹⁴⁷ Calvo-Goller, s. 198.

⁹⁴⁸ Calvo-Goller, s. 198.

⁹⁴⁹ Bantekas, Ilias, “The Contemporary Law of Superior Responsibility”, The American Journal of International Law, Vol.93, No:3, July 1999, s.575.

⁹⁵⁰ Önok, Murat, “Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini” Uluslararası Hukuk ve Politika, Yıl 1, Sayı:3, 2005, s. 95.

Komutanların yükümlülükleri Cenevre Sözleşmelerine Ek 1 Nolu Protokolün 86. Maddesi, Uluslararası Hukuk Komisyonu Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar Yasa Taslağı'nın 6. Maddesi, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7/3. Maddesi, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6/3. Maddesi ve Roma Statüsü'nün 28/2. Maddesinde formüle edilmiştir. Tüm bu uluslararası belgeler komutanların astlarının savaş hukuku kurallarını ihlal etmelerini önleyememeleri ve savaş hukuku kurallarını ihlal ettiklerinde astlarını cezalandıramamaları nedeniyle sorumluluğunu kabul etmektedir.⁹⁵¹

1) Roma Statüsü'nden Önceki Düzenlemeler

Kumandanın ya da üstün sorumluluğu; üstün astın suç fiillerini engelleyememesinden dolayı sorumluluğudur. Üst kontrolsüzlüğünden ve emrindeki astın işlediği suçtan ötürü cezalandırılmaktadır. Yani üstün cezalandırılma nedeni hem doğrudan kendi ihmali hareketi hem de dolaylı olarak emrindeki astların yani başkasının hareketidir.⁹⁵² Komutan ya da üst astlarının üzerinde denetleme yükümlülüğüne sahiptir, komutanın astlarının işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu tutulmasının nedeni de bu denetim yükümlülüğünü ihmal etmesidir.⁹⁵³ Komutan/üst sorumluluğu dolaylı bir sorumluluktur.⁹⁵⁴

Komutan/üstün sorumluluğuna benzer bir fikir 17. Yüzyılda Hugo Grotius tarafından savunulmuştur. Buna göre önlemleri olanaklı bir suçu bilmelerine rağmen engellemeyen topluluk veya yöneticileri suçun işlenmesinden dolayı sorumlu

⁹⁵¹ Bantekas, s.576.

⁹⁵² Ambos, Kai, “**Superior Responsibility**” in: The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol:3, Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones, eds., Oxford, 2002, s. 806.

⁹⁵³ O'Reilly, Arthur Thomas, “**Command Responsibility: A Call to Realign Doctrine with Principles of Individual Accountability and Retributive Justice**”, Gonzaga Law Review, Issue 1, Vol:40, 2005, s. 128.

⁹⁵⁴ Nybondas, Maria, “**Civilian Superior Responsibility in the Kordi Case**”, Netherlands International Law Review, Vol:50, Issue:1, s. 71.

olabilirler.⁹⁵⁵ I. Dünya Savaşı sonrasında yapılan yargılamalarda da komutan/üstlerin belirli şartlar altında emrindeki astların işledikleri suçlar dolayısıyla sorumlu olmaları gündeme gelmiştir.⁹⁵⁶ Bu şartlar komutan/üstün suç işlenmesini önleme olanağına sahip olması, işlenecek suç hakkında bilgi sahibi olması ve denetim yükümlülüğünü ihmal etmesidir.⁹⁵⁷

Nürnberg Yargılamaları komutan/üst sorumluluğu bakımından incelendiğinde Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi sadece üst rütbeli Nazi Subaylarının yargılamaları ile ilgilenmiş iken Tokyo Askeri Ceza Mahkemesi suçların işlenmesini engelleyemeyen ve cezalandırmayan askeri ve sivil üstleri de yargılamıştır.⁹⁵⁸ Özellikle Japon güçlerinin savaş esirlerine korkunç muamelesi ve sivillere yönelik sistematik imhası dolayısıyla sorumluluğu failere müdahale edebilmeyi ve baskı altına alabilmeyi olanaklı kılan askeri ve hükümet hiyerarşisine dayandırılmıştır. Dolayısıyla askeri ve politik kumandanın en yüksek kademesinin savaş hukuku kurallarına uymanın yanında astlarının da bu kurallara uyup uymadığını etkin biçimde denetleme yükümlülüğünün de bulunduğu kabul edilmiştir.⁹⁵⁹

A. Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokolde Yer Alan Düzenlemeler

1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde komutan/üst sorumluluğuna ilişkin görüş ayrılıkları nedeniyle konuyla ilgili hüküm bulunmamaktaydı.⁹⁶⁰ Üstün sorumluluğunu kodifike etme çabalarına yönelik ilk adım 8 Haziran 1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokolün 86. ve 87. Maddeleri olmuştur. 1

⁹⁵⁵ O'Reilly, s. 129.

⁹⁵⁶ Bantekas, s. 576.

⁹⁵⁷ Triffterer, Otto, "Causality, a Seperate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?" Leiden Journal of International Law, Vol:15, 2002, s. 182.

⁹⁵⁸ Bantekas, s.573.

⁹⁵⁹ Bantekas, s. 573-574.

⁹⁶⁰ Triffterer, s. 182.

Nolu Ek Protokolün “harekete geçmeme” başlığı altında düzenlenmiş 86 maddesi şu şekildedir:

“1. Yüksek Akit Taraflar ve çatışmaya taraflar, harekete geçme yükümlülüğü olmasına rağmen hareketsiz kalınmasından kaynaklanan Sözleşmelerin ve bu Protokol’ün ağır ihlallerini bastırma ve diğer bütün ihlalleri engellenmeye yönelik her tür tedbiri alacaklardır.

2. Sözleşmelerin veya bu Protokolün bir ihlalinin ast tarafından gerçekleştirilmiş olması üstlerinin cezai ve disiplin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, özellikle eğer biliyorlardıysa veya zamanın şartlarına göre böyle bir ihlali işlediğine veya işleyeceğine dair kaniya varmaya yönelik ellerinde bilgi vardıysa ve buna karşılık ihlalin engellenmesi veya bastırılmasına yönelik bütün mümkün önlemleri almadılarsa.”⁹⁶¹

1 Nolu Ek Protokolün 86/2. Maddesine göre üstün sorumluluğu için üç şart aranmaktadır: İlk şart ihlalin üstün emrindeki bir ast tarafından gerçekleştirilmesidir. İkinci şart üstün böyle bir ihlalin işlendiğini ya da işleneceğini bilmesi ya da zamanın şartlarına göre bilebilecek durumda olmasıdır. Üçüncü şart ise üstün böyle bir ihlalin engellenmesine ya da bastırılmasına yönelik bütün mümkün önlemleri almamasıdır. Madde 86/2 sadece üstün sorumluluğunu düzenlememekte aynı zamanda “ast tarafından gerçekleştirilmesi” ifadesini kullanarak astın paralel sorumluluğunu da vurgulamaktadır. Sözleşmelerin ya da 1 numaralı Ek Protokolün ihlalinin bir ast

⁹⁶¹ Çeviri için bkz. 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Yayına Hazırlayanlar: Melike Batur Yamaner, Emre Öktem, Bleda Kurtdarcan, Mehmet C. Uzun, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, International Committee of Red Cross, GÜHFY:42, s.242-243, <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, erişim tarihi: 22 Aralık 2015.

tarafından gerçekleştirilmesi halinde üstün sorumluluğu da kabul edilmekle birlikte asıl failin ast olduğu kabul edilmektedir.⁹⁶²

Ek Protokolün 86/2 maddesi komutanların astlarının suç işlemlerini engelleme yükümlülüğünü düzenleyen 87. Madde ile birlikte değerlendirilmelidir.⁹⁶³ 1 Nolu Ek Protokolün 87. Maddesinde *komutanların görevleri* düzenlenmektedir ve şu şekildedir:

“1. Yüksek Akit Taraflar ve çatışmaya Taraflar yönetimleri altındaki silahlı kuvvetler ve denetimleri altındaki diğer kişilere ilişkin olarak askeri komutanları Sözleşmelerin ve bu Protokolün ihlallerini engellemeleri ve, gerekli olduğu yerde, bastırmaları ve yetkili otoritelere bildirmeleri ile görevlendireceklerdir.

2. Yüksek Akit Taraflar ve çatışmaya Taraflar, ihlalleri engellemek ve bastırmak amacıyla, sorumluluk seviyelerine bağlı olarak, komutanları emirleri altındaki silahlı kuvvetler üyelerini Sözleşmeler ve bu Protokol altındaki yükümlülükleri hakkında bilgilendirmeleri yönünde zorunlu tutacaklardır.

3. Yüksek Akit Taraflar ve çatışmaya Taraflar, Sözleşmeleri veya bu Protokolü ihlal edecek veya ihlal eden emri altındakilerden veya denetimi altındaki diğer kişilerden haberdar olan komutanları, Sözleşmelerin veya bu Protokolün bu tür ihlallerini engellemek için gerekli girişimde bulunmasını ve uygun olduğu yerde, ihlalcilere karşı disiplin veya cezai işlemlere girişilmesini zorunlu tutacaktır.”

B. Ad Hoc Mahkemelerin Statülerindeki Düzenlemeler

Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokolün 86. ve 87. Maddeleri üstün sorumluluğu bakımından önemli bir ilerleme olmakla birlikte Yugoslavya ve Ruanda

⁹⁶² Ambos, s. 820.

⁹⁶³ Ambos, s. 820.

olaylarına kadar sorumluluk doktrini modern savaşlar bakımından uygulanmamıştır. Celebici Davasına kadar Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi ihmali sorumluluğu belirlemekten çok daha kolay olduğu için sadece doğrudan iştirak dolayısıyla sanıkları cezalandırmıştır.⁹⁶⁴

Üstün sorumluluğu Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 7/3⁹⁶⁵ ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6/3⁹⁶⁶ maddelerinde de düzenlenmiştir. Her iki Statüde de ast tarafından ilgili Statülerde belirtilen suçların işlenmesi halinde, üstün ast tarafından işlenmek üzere olan ya da işlenmiş fiilleri bildiği ya da bilebilecek durumda olduğu ve bu fiilleri önleyecek gerekli ve makul önlemleri almakta ve bunların faillerini cezalandırmakta başarısız olduğu hallerde üstün cezai sorumluluğunu ortadan kalkmayacağı kabul edilmiştir. Statüler Cenevre Sözleşmelerine Ek 1 Nolu Protokolün 86/2. Maddesinden farklı olarak üstün işlenmek üzere olan suçtan zamanın şartlarına göre bilgi sahibi olabilecek durumda olmasını aramamıştır. Her iki Statüde de “bir suç işlenmek üzere ya da işlenmiş iken” ifadeleri kullanılmakta iken, 1 Nolu Ek Protokolde “işlediğine ya da işleyeceğine dair” ifadeleri kullanılmaktadır. İşlenmiş olan suçlar bakımından Statüler

⁹⁶⁴ Bantekas, s. 575.

⁹⁶⁵ Bkz. Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, Article 7/3: “*The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.*” http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf, erişim tarihi:22 Aralık 2015.

⁹⁶⁶ Bkz. Statute Of The International Criminal Tribunal For Rwanda, Article 6/3: “*The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.*”

<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=51CE5D90C65B2741C12563FB00487272>, erişim tarihi: 22 Aralık 2015.

ve Ek Protokol benzer bir düzenlemeye sahiptir.⁹⁶⁷ Henüz işlenmemiş suçlar bakımından ise her iki Statüde de üstün zamanın şartlarına göre bilgi sahibi olabilecek durumda olmasının gerekmemesi ancak üstten kendi zamanının şartlarına göre suç karşısında tepki vermesi ve faillerini cezalandırması beklenmesi dolayısıyla suçun ispat biçimini de değiştirecektir.⁹⁶⁸

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılığı üstün sorumluluğunu uluslararası hukuka göre şerik sorumluluğu kapsamına eklemiştir. Üstün sorumluluğu ihmal dolayısıyla spesifik bir suç ortaklığı türüdür. Buna göre üst suçu işleyen astla eşit ölçüde sorumludur. Bu sorumluluk türü suç işlenmesini emretmek ya da suç işlenmesini tahrik etmek durumunda olduğu gibi suçun işlenmesine doğrudan katılmaktan farklıdır. Suça iştirak suçun işlenmesine isteyerek ve önemli ölçüde katılmayı gerektirmektedir. İştirakin özel bir türü olarak üstün sorumluluğu da aynı etkiyi göstermelidir. Bunun için üstün astın işlediği suça ilişkin fiili ya da dolaylı bilgisinin veya suçun işlenmesine katkı sağlayan ağır ihmallerinin olduğu ispatlanmalıdır. Üstün sorumluluğu doktrini isnat edilen sorumluluk kavramına atıf yapmaktadır ve Celibici davasına hatalı olarak belirtildiği gibi bu sorumluluk türü dolaylı sorumluluk değildir.⁹⁶⁹ Celebici davası bir Boşnak kampı olan Celebici'de gözaltına alınan sivillerin öldürülmesi ve bu kişilere kötü muamele edilmesi ile ilgilidir. Davayı karmaşıklaştıran nokta sanıklardan sadece ikisinin kampta çalışması, savcı tarafından kampın yönetimi ile ilişkilendirilen diğer sanık Delalic'in ise askeri ve sivil pozisyonlarda yer almış nüfuzlu bir yerel politikacı olmasıdır. Uluslararası

⁹⁶⁷ Ambos, s. 823.

⁹⁶⁸ Ambos, s. 823.

⁹⁶⁹ Bantekas, s. 577. Bkz. Celebici Judgment, Prosecutor vs. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Esad Landso, Case No: IT-96-21-T, Date: 16 November 1998, para. 645. , s. 232, http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, erişim tarihi:22 Aralık 2015.

insancıl hukuka göre otorite pozisyonunda olan komutan basit bir şekilde sorumlu olmadığı gibi, dolaylı ya da kusursuz sorumluluk da söz konusu değildir. Üstün sorumluluğu doktrinine başvurmak için gerekli olan itaatin zorunluluk unsuru, suçla ilişkin bilgi ve ihmali harekettir.⁹⁷⁰

İtaat ilişkisi yasal ve fiili olmak üzere iki şekilde kurulabilir. Yasal itaat ilişkisi ilgili daire tarafından resmi komutanın atanmasıyla kurulmaktadır, bu durumda diğer kişiler üzerindeki yetki yasal komutana aittir. Ancak komuta pozisyonu her zaman resmi atamaya ya da göreve atıfla belirlenemez.⁹⁷¹ Resmi yetkilendirmenin yokluğunda aranması gereken sanığın asları denetleme yetkisine sahip olup olmadığıdır. Diğerlerinin eylemlerini denetleme yetkisi komuta sorumluluğuna gidilmesini engellemektedir.⁹⁷²

Yasal komutan; tüm organizasyon içindeki kurumsal fonksiyonlarını belirlemek amacıyla sanığın pozisyonuna atıf yaparak belirlenebilir. Bunun için öncelikle organizasyonun yapısı, özellikle de yetkilendirme kapasitesi tespit edilmelidir.⁹⁷³ Kamu teşebbüsleri gibi özel resmi yapılar yetkilendirmeyi genellikle yasal düzenlemeler aracılığıyla yapmaktadır, bu yasal belgeler yasal komutanlık pozisyonunun ispat edilmesinde kullanılmaktadır. Akayesu davasında Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Akayesu'nun pozisyonunun Ruanda Hukukuna göre belediye başkanı olduğuna karar vererek, Akayesu'nun topluluğun başı, devlet

⁹⁷⁰ Bantekas, s. 577, bkz. Celebici Judgment, para. 346, s. 128,

http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, erişim tarihi:24 Aralık 2015.

⁹⁷¹ Celebici Judgment, para. 370, s. 136,

http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, erişim tarihi: 24 Aralık 2015.

⁹⁷² Bantekas, s. 578.

⁹⁷³ Bkz. Prosecutor v. Radovan Karadzic, Ratko Mladic, Review of Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Case No: IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, 11 July 1996, para. 66, s. 37, <http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf>, erişim tarihi:24 Aralık 2015.

memuru, barışın sağlanması ve korunmasından sorumlu olan kişi olduğunu belirtmiştir.⁹⁷⁴Bu belirleme de Akayesu'nun yasal otorite olarak soykırım suçu nedeniyle yargılanması için yeterlidir.⁹⁷⁵

Yasal güç kişinin görev ve yetki alanını belirlemektedir. Buna göre önceden belirlenmiş bir alan içindeki önlem alma ve müdahale yetkisi değerlendirilmektedir. Ancak yasal düzenlemelerin yokluğunda, yetersizliğinde ya da belirsizliğinde yasal komutan fiili yetkinin tespit edilmesi bakımından önemli bir belirleyici değildir.⁹⁷⁶

Fiili kumanda sivil çatışmalara ilişkin bir kavramdır ve genellikle devletler arası çatışmalarda bulunmaktadır. Sadaichi davasında savaş esirleri kampının birlik komutanının fiili kumandaya sahip olduğuna karar verilmiş ve kendisinden daha güçlü birlik subayları tarafından üst olarak kabul edildiği için birlik komutanı sorumlu tutulmuştur. Birleşmiş Milletler Askeri Mahkemesi'ne göre; *“üstün anlamı belirli bir harekete zorlama gücü ve yeteneğidir. Üstlük sadece rütbe bakımından değildir, liderin çoğunluğu yönlendirdiği yasadışı bir kuruluşta da üstlük olabilir ancak bu durumda emrin yerine getirilmesi bir mazeret olarak kullanılamaz.”*⁹⁷⁷ Belirli bir harekete zorlama gücü talep etme gücünü ve itaat yükümüne ilişkin fiili bir iktidarı da içermektedir. Fiili kumanda bakımından kuşkusuz otorite gaspı ulusal hukuka aykırıdır ancak bu aykırılık fiili kumandaya sahip olan kişinin işlenen uluslararası suçlardan dolayı üstün sorumluluğu ilkesine göre cezalandırılmasını engellemez.⁹⁷⁸

⁹⁷⁴ Bkz. Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgement, Case No: ICTR-96-4-T, 2 September 1998, footnote 36 *“In France, Belgium and Rwanda, the bourgmestre has basically a threefold function: (1) head of the communal administration; (2) officier de l'état civil; and (3) maintaining and/or restoring the peace.”* <http://www.unictr.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/en/980902.pdf>, erişim tarihi:27 Aralık 2015.

⁹⁷⁵ Bantekas, s. 578.

⁹⁷⁶ Bantekas, s. 578.

⁹⁷⁷ Bantekas, s. 580.

⁹⁷⁸ Bantekas, s. 580.

Sadaichi davasındaki bu yaklaşım Cenevre Sözleşmelerine Ek I Numaralı Protokolün hazırlık konferansında da taraftar bulmuş ve 87. Maddedeki kumandan tanımının kapsamına aslında komutaları altında olduğu sayılı kişiye en üst derecede liderlik yapmak da alınmıştır. Sıralamadaki bu uyumsuzluk yani kişinin aslında kendi kumandanı olanlara liderlik etmesinin de kumandanlık kapsamına alınması uluslararası hukuk kurumlarının kanun yapma aşamasında fiili ve etkin denetime formaliteden daha çok önem verdiğini göstermektedir. I Numaralı Ek Protokolün 87. Maddesinde komutanların yasal yükümlülükleri kumandaları altındaki taburların yanısıra denetimi altındaki diğer grupları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.⁹⁷⁹ Bu yükümlülük kumandanın her seviyesindeki üstler için uygulanabilir.⁹⁸⁰ 87. Maddedeki kumanda kavramı sadece komutanın sorumluluğunu ifade eden etkili bir tanım değildir, aynı zamanda komutanın denetimi altında olan birliklere karşı olan yükümlülüklerini de içermektedir. Fiili kontrol; ast üst ilişkisinin bulunduğu ilişkin kanıtlarla ispatlanabilir.⁹⁸¹ Celebici Kararında sanık Delalic'in kendi yerel Savaş Bakanlığı tarafından kendileri yerine görüşmeler ve anlaşmalar yapmak üzere özel olarak yetkilendirildiği belirtilmiş, ancak ast üst ilişkisi yaratacak bir hiyerarşi otoritesinde asla bir pozisyon kazanamadığı ifade edilmiştir.⁹⁸² Karara göre Delalic'in fonksiyonu bir tür koordinasyondur, bu fonksiyon kendisini etkili hale getirirse de bir ast üst ilişkisi yaratamamıştır. ⁹⁸³

⁹⁷⁹ Bantekas, s. 580.

⁹⁸⁰ Bantekas, s. 580, Burnett, Weston T., "Command Responsibility and Case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders for the Program Shatila and Sabra", *Military Law Review*, Volume 107, Winter, 1985, s. 142-143.

⁹⁸¹ Celebici Judgement, para 354, s. 130-131,

http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, erişim tarihi:27 Aralık 2015.

⁹⁸² Celebici Judgement, para 658, s. 237,

http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, erişim tarihi:27 Aralık 2015.

⁹⁸³ Celebici Judgement, para 653-654-655-656, s. 235-237,

http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf, erişim tarihi:27 Aralık 2015.

Denetim mutlaka etkin olmalıdır. Eğer üst tam denetim potansiyelini kullanamamış ise sorumluluk için kısmi denetim de yeterlidir. Benzer şekilde birinin kumandası altında olmayan birlikler başkasının gücü altına geçtiklerinde özel kumanda altında olan birlikler olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸⁴

Ast üst ilişkisi bir komuta zincirini gerektirmektedir. Taktik kumandanlarının birlikleri üzerindeki güçleri doğrudan itaat iken, işgal edilen yerlerdeki sivil halk üzerindeki güçleri dolaylı itaattir. Kumandan sivil halka karşı suç işlenmesini önlemekle yükümlüdür. Komuta zinciri üstün otoritesi bakımından bir ön şart olduğu için kendisine bağlı astları olmayan bir üst de düşünülemez. Birlikleri olmayan kurmay subayların kademeleri önem taşımaksızın sadece askeri emrin iletilmesi ve yerine getirilmesinden sorumlu olmasının nedeni budur. Sadece işgal edilen yerlerdeki kumandanların durumu farklıdır, onların sorumluluğu kumandası altındaki kişilere ya da etkin denetim sağlayıp sağlamamasına göre değildir. İşgal kumandaları işgal güçlerinin işgal yerlerindeki halka ilişkin davranışlarından dolayı sorumludur.⁹⁸⁵

1945 yılında Ministries Davasında Birleşmiş Milletler Askeri Mahkemesi Reich hükümetindeki yüksek kademedeki görevlilerin yağma ve talan politikasının yürütülmesi dolayısıyla sorumlulukları olduğuna karar verdi. Mahkeme diğerlerinin karar alma süreçlerini etkileyen kişinin bir otorite kaynağı olduğunu kabul etmesiyle üstün sorumluluğu bakımından oldukça ileri bir adım atmış ancak aynı yaklaşım bu tarihten 45 yıl sonra Celebici davasında kabul edilmemiştir.⁹⁸⁶ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi; Bosna Hersek savunmasındaki çabalarının ve savaş esirleri cezaevinin tahliye edilmesindeki ikna edici faaliyetlerinin Delalic'in etkili bir

⁹⁸⁴ Bantekas, s.580.

⁹⁸⁵ Bantekas, s. 580-581.

⁹⁸⁶ Bantekas, s. 581.

kişi olduğunu gösterdiğini ancak bir üst olarak kabul edilmesine yetmediğine karar vermiştir. Mahkemenin çıkardığı sonuç doğru olmasına karşın gerekçesi yanlıştır. Çünkü Delalic etkin denetimi altında astları olmadığı için üst olarak kabul edilemez, bir otoriteye sahip olduğu tartışmasız olmakla birlikte emir komuta zincirinin işlediği bir mekanizmanın başı değildir. Delalic'in temel yükümlülüğü lojistik destek vermektir.⁹⁸⁷ Yani diğerlerini etkileyen kişinin, başkasının işlediği suçtan sorumlu olabilmesi için onların hareketleri üzerinde etkin denetim yetkisine sahip olması gereklidir. Celebici kararı bu şartı göz ardı ettiği için gerekçe bakımından hatalıdır. Benzer şekilde Delic Davasında; Celebici kampının alt komutanı olan Delic'in muhafızları korkutarak nüfuz sağlamasının onun bir üst olduğunu göstermeyeceğine hatalı olarak karar verilmiştir. Oysa ikinci komutan olmasına karşın Delic'in Celebici muhafızları üzerindeki en üst derecede olan nüfuzu emirlerinin yürütülmesindeki gücünü ortaya koymaktadır. Buna rağmen Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Delic'i fiili komutan olarak kabul etmemesi şaşırtıcıdır. Korkulan ve başkalarını belli bir şekilde zorlama gücüne sahip olan kişi fiili üst olarak kabul edilebilir. Sadece başkaları üzerinde nüfuz kurma üstün sorumluluğuna neden olmaz, önemli olan bu nüfuzun etkin ve fiili bir itaat ilişkisine neden olmasıdır.⁹⁸⁸

Emir yetkisi otoritenin açık bir göstergesidir. Celebici kararında komutan ile diğer otoriteler arasındaki ayrım yerinde olarak imza yetkisi üzerinden yapılmıştır.⁹⁸⁹ İsyan yapılarında imza yetkisi hüküm süren koşullara göre fiili olarak var sayılabilir. Celebici davasında Delalic emir yetkisinden hareketle askeri komutan sayılmamış ve

⁹⁸⁷ Bantekas, s. 581.

⁹⁸⁸ Bantekas, s. 582.

⁹⁸⁹ Celebici Judgement, para. 972

onun Konjic Savaş Bakanlığının üyelik haklarına sahip olmadığına karar verilmiştir.⁹⁹⁰ Delalicin emirlerini koordinatör olarak değil Soruşturma Organı adına vermesi otorite sahibi olmadığını göstermektedir.⁹⁹¹

2. Roma Statüsü'ndeki Düzenleme

Roma Statüsü'nün 28. Maddesinde *komutanların veya diğer üst rütbelilerin sorumluluğu* düzenlenmiştir.⁹⁹² Madde kanunilik ilkesi dolayısıyla doğabilecek sorunları önleme amacıyla komutan/üst sorumluluğuna ilişkin düzenlenen en detaylı hükümdür, ancak hükmün kapsamı önceki düzenlemelerden daha geniş değildir.⁹⁹³

28. maddeye göre askeri bir komutan emrindeki silahlı kuvvetlerin işlediği ya da işlemek üzere olduğu Uluslararası Ceza Divanı'nın yargılama yetkisi altında olan suçları hal ve şartlara göre biliyorsa ya da bilmesi gerekmekte ise ve suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul tedbirleri almamış ise ya da soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlarına iletmemiş ise otoritesi altındaki silahlı kuvvetlerin işlediği suçlardan dolayı sorumludur. Bu durumda işlenen suç komutanın

⁹⁹⁰ Celebici Judgement, para. 668

⁹⁹¹ Celebici Judgement, para. 684

⁹⁹² Divan'ın yargı yetkisi içine giren bu Statü'deki suçlardan kaynaklanan cezai sorumluluk dayanaklarına ilave olarak:

(a) Bir askeri komutan veya askeri komutan gibi, etkin bir şekilde faaliyette bulunan bir şahıs, kendi fiili yönetimi ve denetimi altındaki silahlı kuvvetlerin, bunlar üzerinde yeterli kontrol sağlayamaması sonucunda, Divan'ın yargı yetkisine giren suçları işlemesi halinde ve:

(i) Askeri komutan veya şahsın silahlı kuvvetlerin bu tür suçları işlemekte veya işlemek üzere oldukları konusunda hal ve şartlara göre bilgisi olması gerektiği veya bilgisi olduğu hallerde ve

(ii) Askeri komutan veya şahsın suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlarına iletmemesi hallerinde cezai sorumluluğu vardır.

(b) Paragraf (a)'da tanımlanmayan üst-ast ilişkileri çerçevesinde bir üst, kendi etkin kontrol ve yetkisi altındaki astlarının işledikleri ve Divan yargı yetkisine giren suçlardan dolayı ve astlarını gerektiği gibi kontrol edemediği durumların sonucu olarak:

(i) Astlarının böyle bir suç işledikleri veya işlemek üzere oldukları yolundaki açık bilgileri bildiği veya bilerek görmezden geldiği hallerde;

(ii) Kendi etkin sorumluluğu ve denetimi altında olan faaliyetlerle ilgili suçlarda ve

(iii) Suçun işlenmesini önlemek veya durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması veya soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi hallerinde, cezai sorumluluk taşır. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b3.pdf, erişim tarihi: 27 Aralık 2015.

⁹⁹³ Triffterer, s. 186.

emrindeki silahlı kuvvetler üzerindeki etkin kontrol yetkisini kullanamamasının bir sonucudur.⁹⁹⁴ Komutanın işlenen ya da işlenmek üzere olan suçlardan sorumlu tutulabilmesi için Uluslararası Ceza Divanı'nın; komutanın astları üzerinde doğrudan ya da aracılar vasıtasıyla yasal veya etkin kontrol yetkisinin olduğuna, komutanın suç bildiği ya da doğrudan ya da dolaylı olarak suç bilmesi gerektiğine, suç önlemek ya da iyi niyetle ihbar etmek yönünde bir hareketinin olmadığına diğer bir deyişle suçun işlenmesini önlemek için etkili hiçbir harekete geçmediğine kanaat etmesi gerekmektedir.⁹⁹⁵

Roma Statüsü'nün 28. Maddesi askeri komutanların ve sivil üstlerin sorumluluğunu iki ayrı paragrafta düzenleyerek, önceki düzenlemelerden farklı olarak askeri komutanlar ile sivil üstler arasında sorumluluk bakımından ayırım yapmıştır.⁹⁹⁶ Maddenin ilk halinde komutanlar hem suça ilişkin bilgilerinin olması halinde hem de suçu bilebilecek durumda olmaları halinde sorumlu tutulmuş iken sivil üstlerin sadece suça ilişkin bilgi sahibi olmaları halinde sorumlulukları kabul edilmiştir. Ancak her iki üstün sorumluluğu arasında yapılan bu ayırma komisyonunda şiddetli bir biçimde karşı çıkmış ve madde mevcut halini almıştır.⁹⁹⁷

28. Maddedeki düzenleme incelendiğinde şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: Suçun faili emrinde askeri ya da sivil astları veya kuvvetleri olan komutan ya da sivil üsttür. Askeri hiyerarşideki konuma ilişkin bir ayırım yapılmamış, sadece ast ve üst ilişkisinin bulunması yeterli görülmüştür.⁹⁹⁸ Askeri üst bakımından astlar üzerinde “kumanda ve denetim” ya da “otorite ve denetim” aranmaktadır. Üstün sorumluluğuna

⁹⁹⁴ Calvo-Goller, s. 196.

⁹⁹⁵ Calvo-Goller, s. 196.

⁹⁹⁶ Ambos, s. 830.

⁹⁹⁷ Ambos, s. 830.

⁹⁹⁸ Ambos, s. 831.

ilişkin bu kısıtlayıcı şart kendi etkin sorumluluğu ve denetimi altında olan faaliyetlerle ilgili suçlardan söz edilerek sivil üstler bakımından da getirilmiştir.⁹⁹⁹ Üstün astlarının suç işlemesini önlemek ve durdurmak için gerekli ve makul önlemleri almaması da etkin denetim şartının bir türevidir.¹⁰⁰⁰ Astlar tarafından işlenen suçlar üstlerin astların eylemlerini düzenli bir biçimde denetleyememelerinin sonucudur, yani üstün ihmali ile astın eylemi arasında nedensellik bulunmaktadır.¹⁰⁰¹ Üstün soruşturma ve yargılama için olayı ilgili makamlara iletmemesi hallerinde cezai sorumluluğu esastır.¹⁰⁰²

Roma Statüsü ast üst ilişkisi bakımından iki tip üst kategorisi belirlemiştir. Bunlardan ilki askeri komutan ya da askeri komutan gibi etkin bir şekilde faaliyette bulunan şahıstır. İkinci tip üst kategorisi ise ilk tip üst kategorisinde tanımlanmayan üstlerdir. Bu durumda askeri ya da silahlı kuvvetler çatısı altında olmayan bireysel herhangi bir ast üst ilişkisi dahi astın işlediği suçlar bakımından Roma Statüsü'ne göre üstün cezai sorumluluğunu gerektirebilir. Bu sivil üst kategorisi içinde siyasal liderler, iş dünyasının liderleri gibi yasal ya da etkin bir şekilde astlarına emir verme ve astlarının hareketlerini kontrol yetkisi olan üstler yer almaktadır. Kast edilen suçu bilen veya bilinçli olarak bu konuda bilgi edinmeyi göz ardı eden sivil üstün suça ilişkin sorumluluğu vardır ve tıpkı askeri komutan gibi suçun işlenmesini önlemek için gerekli ve etkin önlemleri almamış ya da olayı ilgili makamlara iletmemiştir, dolayısıyla bu tip üst de Uluslararası Ceza Divanı tarafından sorumlu tutulur.¹⁰⁰³ Ancak iki tip üst arasında cezai sorumluluğu gerektiren şartlar bakımından fark

⁹⁹⁹ Ambos, s. 831.

¹⁰⁰⁰ Ambos, s.832

¹⁰⁰¹ Ambos, s. 832.

¹⁰⁰² Ambos, s. 832.

¹⁰⁰³ Calvo-Goller, s. 196.

bulunmaktadır. Bu fark işlenen ya da işlenmek üzere olan suça ilişkin bilgi sahibi olmaya dairdir. Roma Statüsünün 28. Maddesinde askeri komutanın sorumluluğu bakımından “*silahlı kuvvetlerin bu tür suçları işlemekte veya işlemek üzere oldukları konusunda hal ve şartlara göre bilgisi olması gerektiği*” aranmakta iken, ikinci kategorideki bir üstün cezai sorumluluğu için bu derece de bir bilgi aranmamakta, “*astların böyle bir suç işledikleri veya işlemek üzere oldukları yolundaki açık bilgileri bilmesi veya bilerek görmezden gelmesi*” gerekli görülmektedir.

Üstün sorumluluğu ihmali bir sorumluluktur.¹⁰⁰⁴ Üst astın hareketlerini denetleyemediği ve onun suç işlemesini önleyemediği ve durduramadığı için sorumlu tutulmaktadır. Üstün ihmali sorumluluğunun kabul edilmesi uluslararası ceza hukukunda tektir. Önceki taslaklarda genel hükümlerde ihmali hareketlerden dolayı sorumluluk kabul edilmiş iken Roma Statüsünde bu maddeler metinden çıkarılmış, sadece 28. maddede üstler bakımından ihmali sorumluluk kabul edilmiştir.¹⁰⁰⁵ 28. Madde üstün doğrudan kendi icrai hareketinden dolayı değil, astı üzerindeki denetim yükümünü ihmal ederek onun suç işlemesini önleyememesinden dolayı sorumlu tutulmasını içerdiği için ayrı bir ihmali suç olarak değerlendirilebilir. Suç doğrudan ast tarafından işlenmektedir, üst ise suçun işlenmesini engelleyemediği için cezalandırılmaktadır, 28. Madde bakımından cezalandırılan salt ihmali hareket değildir, sadece üstün denetimi yapmaması sorumluluk için yeterli değildir, üstün bu denetim eksikliği nedeniyle suçun işlenmesini önleyememesi gereklidir. Yani 28. Maddedeki suç salt ihmali bir suç değil bir ihmal suretiyle icra suçudur.¹⁰⁰⁶ 28. Madde de yer alan bu ihmal suretiyle icrai suçun objektif unsuru ise üstün astı düzenli olarak

¹⁰⁰⁴ Nybondas, s. 71.

¹⁰⁰⁵ Ambos, s. 832.

¹⁰⁰⁶ Ambos, s. 832.

denetleyememesidir. Astın işlediği suçlar üstün denetim yoksunluğunun dayanak noktasını oluşturmaktadır ve üstün denetim yükümünü ihmal etmesi ile astın suç işlemesi arasında bir nedensellik bağı bulunmaktadır.¹⁰⁰⁷

28. maddede düzenlenen komutan/üst sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk türü değildir. Komutan/üstün sorumluluğunun kaynağı denetim yükümlülüğünü ihmal etmesi ve yetkisi dâhilinde alması gerekli önlemleri almamasıdır.¹⁰⁰⁸

Üstün sorumluluğunun kendine özgü yapısı üstün ihmali davranışı ile astın işlediği suçun kast unsuru arasında bir çatışmaya neden olmaktadır. Üst denetleme yükümünü ihmal etmekte ast ise Roma Statüsünün manevi unsuru açıklayan 30. Maddesine¹⁰⁰⁹ uygun bir şekilde kasıtlı bir suç işlemektedir.¹⁰¹⁰ Buradaki tezat astın işlediği kasıtlı suçun üste yüklenmesindedir. Astın işlediği suçtan haberdar olduğu hallerde üstün davranışı suç kastı boyutuna ulaşmadığı için üst bakımından en azından cezanın hafifletilmesi değerlendirilebilir böylesi bir çözüm astın kasıtlı suçunu üste yüklememek bakımından daha mantıklı olurdu, ancak 28. Maddenin açık düzenlemesi gereği bu mümkün değildir. 28. Madde bakımından üstün hareketi sadece denetim yükümlülüğünün ihmal edilmesidir. Yani üst Statü'nün 25/3-c maddesine uygun bir biçimde *Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisine giren bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunmamakta, suça kışkırtmamakta, suçun*

¹⁰⁰⁷ Ambos, s. 833.

¹⁰⁰⁸ Önok, s. 105.

¹⁰⁰⁹ Bkz. Roma Statüsü m. 30 "1. Aksi belirtilmedikçe, bir şahsın, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun maddi unsurlarını kasten ve bilerek işlemesi halinde cezai sorumluluğu ve mesuliyeti bulunur. 2. Bu maddenin amaçları bakımından, bir şahsın aşağıdaki durumlarda kasten hareket ettiği varsayılır: (a) hareketle ilgili olarak, şahsın hareket içinde olmayı amaçlaması; (b) netice ile ilgili olarak, şahsın o neticeye sebep olmayı amaçlaması veya neticenin hareketin olağan sonucu olarak gerçekleşeceğinin farkında olması. 3. Bu maddenin amacına uygun olarak "bilgi", hareketin olağan sonucu olarak bir durumun mevcut olduğunun veya bir sonuç doğuracağıının farkında olunması demektir. "Bilmek" ve "bilerek" kavramları buna göre yorumlanır."

¹⁰¹⁰ Ambos, s. 834.

*işlenmesi için gerekli araçları temin etme dâhil olmak üzere, suçun işlenmesine veya işlenmesine teşebbüs edilmesine yardımcı olmamaktadır. Yani üst sadece denetim yükümlülüğünü ihmal etmekten dolayı sorumludur ki bu çok geniş bir sorumluluktur.*¹⁰¹¹

Üstün ihmali sorumluluğunun sadece kendi etkin otoritesi ve denetimine bağlı olması objektif bir kriterdir. Üstün denetim olanağı üstün sorumluluğunun yasal temelini oluşturmakta ve üstün sorumluluğu ile müdahale yükümlülüğünü meşrulaştırmaktadır.¹⁰¹²

Üstün bir suçun işlenmesini emretmesi ile üstün sorumluluğu birbirinden farklıdır. Her iki durumda da üst sorumlu olmakla birlikte, ilk halde üst icrai bir hareket yapmakta ikinci halde ise suçun işlenmesine engel olamayarak ihmali hareket etmektedir.¹⁰¹³

Komutan/üst sorumluluğu bakımından denetim yükümlülüğünü ihmal eden komutanın/üstün sorumluluktan kurtulabilmesi iki durumda mümkün olabilir. Denetim yükümlülüğünü ihmal etmesine rağmen komutan/üst suç işlenmesini önlemeli ya da failleri cezalandırmak için harekete geçmelidir.¹⁰¹⁴ Ancak failleri cezalandırmak için harekete geçmek bakımından öncelikle üst suç işlenmesini önlemeye çalışmalı, bunu başaramadığı takdirde failleri cezalandırma yönünde harekete geçmelidir. Suç işlenmesini önlemeye çalışmaksızın sadece failleri cezalandırma komutanı/üstü sorumluluktan kurtarmayacaktır.¹⁰¹⁵

¹⁰¹¹ Ambos, s. 835.

¹⁰¹² Ambos, s. 835.

¹⁰¹³ Ambos, s. 835.

¹⁰¹⁴ Triffterer, s. 201-202.

¹⁰¹⁵ Triffterer, s. 203.

SONUÇ

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi ve amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri genellikle görevin yerine getirilmesi başlığı altında incelenmektedir. Bunun nedeni gerek kanunun hükmünü yerine getiren gerekse de amirin emrini yerine getiren kimsenin aslında görevini yapmasıdır. Görevin kaynağı kanunun hükmünün yerine getirilmesinde kanun hükmü iken amirin emrinin yerine getirilmesinde emirdir. Her iki hukuka uygunluk nedeni bakımından da fiili hukuka uygun kılan görevin yerine getirilmesidir. Kanunun hükmünün veya amirin emrinin yerine getirilmesinde verilen emir kanuna aykırı olamayacağı için bu iki hukuka uygunluk nedeninin birleştirilmesi sakıncalı değildir. Kanunun hükmünün yerine getirilmesi de amirin emrinin yerine getirilmesi gibi görevin yerine getirilmesinden ibarettir. Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde görevin kaynağı kanun iken emrin yerine getirilmesinde amirin ya da yetkili merciin verdiği emirdir. Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni hukuk düzeninin kendisiyle çelişemeyeceği ilkesinin tipik bir göstergesidir. Hukuk düzeni kişiye hem bir görev yükleyip hem de bu görevi yerine getirmesinden dolayı kişiyi cezalandıramaz. Hukuk düzeni ile fiil arasındaki çatışma hukuka aykırılıktır, görevin yerine getirilmesi halinde kişiye belli bir görevin yapılması ödevi yüklediği için hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Hukuk insanın egemenlik alanını sınırlamaktadır, bu durum hukukun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Hukuka aykırı fiiller hukuk kurallarının çizdiği sınırın aşılması anlamına gelmektedir. Hukuken korunan menfaate saldırı, hukuk düzeni ile çatışma hukuka aykırılıktır. Suç; hukuka aykırı kusurlu fiildir. Ancak herhangi bir fiil değil, ceza hukuku normunu ihlal eden, ceza normu ile çatışan fiil suç oluşturmaktadır. Eğer ceza normu ile çatışan bir fiil yoksa suç da yoktur. Suç oluşturan fiil bir ceza hukuku normuna aykırılık teşkil etmektedir. Ceza Kanunu ihlal edilmedikçe suç oluşmaz. Bu

yüzden suç; hukukla bir çatışma, hukuka aykırı bir fiildir. Fiilin tipik olması, yani Ceza Kanunu'ndaki suç tanımına uyması suç oluşturması için yeterli değildir. Ayrıca fiilin hukuka aykırı olması, yasak ya da emir içeren bir hukuk kuralını ihlal etmesi yani hukuk düzeniyle çatışma içinde olması gerekmektedir. Hukuk düzeniyle çatışma içinde olmayan bir fiil, tipik olsa dahi suç oluşturmamaktadır. Hukuka aykırılığın tespiti, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut koşullarda bulunup bulunmadığının tespitidir. Suç oluşturan hukuka aykırılığın belirlenmesi için iki ayrı şart gerekmektedir. Öncelikle kanuni tipe uygun bir fiil olmalıdır ve tipik bu fiilin işlenmesine bir hukuka uygunluk nedeniyle izin verilmemesi gerekmektedir, yani hukuka uygunluk nedenleri mevcut şartlar bakımından bulunmamalıdır. Fiilin işlenmesini emreden ya da işlenmesine izin veren özel durumların yani hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda bulunması halinde fiil artık hukuka uygundur, hukuka aykırılıktan söz edilemez. Hukuka uygunluk nedenleri ceza kanununda suç kabul edilen tipik fiilin suç sayılmasını, fiilin işlenmesine izin veren ya da fiilin işlenmesini emreden normun varlığı nedeniyle engelleyen özel durumlardır. Bu nedenler var olduğunda fiil hukuka uygun kabul edilmekte, hukuka aykırılık ortadan kalkarak suç sayılmamaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin var olduğu durumlarda fiilin suç sayılmamasının nedeni fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma olmamasıdır. Hukuka uygunluk nedenleri ceza normu ile yasaklanan bir fiilin işlenmesine izin vererek fiilin hukuka aykırı olmasını engellemektedir.

Amirin emrinin yerine getirilmesinde iki tip emir söz konusu olabilir. İlk tip şekil ve içerik açısından hukuka uygun emirdir. İkinci tip emir konusu hukuka aykırı olan emirdir. Bu tip emir de kendi içinde; konusu hukuka aykırı ancak suç teşkil

etmeyen emir ve konusu suç teşkil eden emir şeklinde ikiye ayrılır. Yasal emrin yerine getirilmesi, kanun hükmünün amir aracılığıyla yerine getirilmesinden ibarettir. Emri yerine getiren memur, emrin sınırlarını aşmadığı, emre uygun davrandığı sürece, amir tarafından verilen kanun hükmünü yerine getirmektedir. Yasal emrin yerine getirilmesi halinde emri veren amirin fiili de, emri yerine getiren memurun fiili de hukuka uygundur, suç sayılmamaktadır. Hukuka uygun emri yerine getiren fail cezalandırılmamaktadır, çünkü emri yerine getiren failin fiili hukuka uygundur, suç sayılmamaktadır. Failin cezalandırılmamasının sebebi failin fiilinin suç oluşturmamasıdır. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuk bir bütündür ve kendi içinde çatışmaz. Hukuka uygun emri yerine getiren fail aslında amir aracılığıyla kanunun hükmünü yerine getirmektedir, hukukun bir fiilin işlenmesine hem izin vermesi hem de aynı fiilin işlenmesini cezalandırması hukuk düzeni kendi içinde çelişmeyeceği için mümkün değildir. Amirin hukuka uygun emri vermesi de memurun bu emri yerine getirmesi de hukuka uygundur, hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bakımından öncelikle amirin verdiği emir şekil yönünden hukuka uygun olmak zorundadır. Emrin şekil yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi esastır, şekil yönünden hukuka aykırı emri yerine getiren memur hukuka uygunluk nedeninden faydalanamaz, emri yerine getirmekten sorumlu olur. Hukuk düzeni emrin içerik yönünden hukuka uygunluk denetimini yasaklayabilse de şekil yönünden hukuka uygunluk denetiminin yapılmasını yasaklayamaz. Zaten şeklen hukuka aykırı bir irade açıklaması hukuki anlamda emir vasfını da taşımamaktadır. Her hukuka aykırılık suç değildir. Konusu suç teşkil etmeyen ancak kanuna aykırı olan emir bakımından Anayasa memurun kayıtsız şartsız

itaat zorunluluğu olmadığını kabul etmiştir. Amirin tüm emirlerine memurun mutlak itaat yükümlülüğü yoktur. Yetkili makamlar emir verirken kanunla bağılıdır, emri alan memurun da kendisine verilen emri denetleme yükümlülüğü vardır. Ancak bazı hallerde memurun denetleme yükümlülüğü Kanun tarafından engellenmiş olabilir, bu durumda memur emrin içerik olarak hukuka uygunluğunu denetleyemez, emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmaksızın emri yerine getirmek zorundadır. Memurun mutlak itaate zorunlu olduğu bu hallerde, TCK madde 24/4e göre emrin yerine getirilmesinden emri veren amir sorumlu olur. Bununla birlikte memur aldığı emrin içerik yönünden hukuka aykırı olduğu sonucuna varırsa, bu hukuka aykırılığı emri veren amirine bildirmelidir. Ancak amir emrin yerine getirilmesinde ısrar eder ve emri yazılı olarak tekrarlırsa memur emri yerine getirmek zorundadır. Bu durumda verilen emir memurun saptadığı gibi hukuka aykırı ise, emrin yerine getirilmesinden emri veren amir sorumlu olur. Bu durum Anayasa madde 137/1de ifade edilmiştir. Maddeye göre kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük¹⁰¹⁶, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmemez 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. Bu şekilde hukuka aykırı bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesinin suça etkisinin nasıl olacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüş hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran neden olduğunu ileri sürmektedir. Emri veren amir ile emri yerine getiren memur arasındaki

¹⁰¹⁶ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.Maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

ilişki hiyerarşiktir. Bu ilişki içerisinde emre itaat esastır, memur amirin emrini değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmeye mecburdur Hukuka aykırı bir emirden dolayı sorumlu olunacağı açıktır, önemli olan emreden ve emredilen sorumluluğunun nasıl olacağını belirlemesidir. Hiyerarşik yapı emredilen açısından emrin yerine getirilmesini bir zorunluluk haline getirmektedir. Emredilen kişinin iradesi hukuka aykırı emrin yerine getirilmesine ilişkin olarak zorlanmıştır ve bu durumda kişinin irade özgürlüğü bulunmamaktadır. Devlet işlerinin zamanında, gecikmeksizin ve disiplin içinde yürütülebilmesi memuru hukuka aykırı bağlayıcı emri yerine getirme mecburiyeti altında bırakmaktadır. Ancak verilen emir mutlaka bağlayıcı olmalıdır. İtaat zorunluluğu sadece bağlayıcı emirler için geçerlidir. Emrin yerine getirilmesi emredilen bakımından bir mecburiyet, zorunluluk olduğu için kişinin bu konuda irade özgürlüğünün olmadığı normatif olarak kabul edilmektedir ve bu durumda emredilen kişinin kusurluluğu ortadan kalkmaktadır. Fiil her ne kadar zorunluluk altında işlense de hala hukuka aykırıdır. Bu bakımdan hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir, emri veren sorumluluğunun devam etmesi fiilin hala hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Bu durumda emir de emrin yerine getirilmesi de hukuka aykırıdır. Bir hukuk devletinde hukuka aykırı bir emir hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz. Hiyerarşik ilişkinin getirdiği hukuka aykırı da olsa bağlayıcı emri yerine getirme zorunluluğu, mecburiyeti emri yerine getiren bakımından bir mazeret, sorumsuzluk nedenidir. 5237 S. Türk Ceza Kanunu hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini görüşe göre bir sorumsuzluk sebebi, mazeret sebebi olarak kabul etmiştir. Görüşe göre Anayasa madde 137/1de yer alan “...bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz” ifadesi ile TCK 24/2 de yer alan “yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri

uygulayan sorumlu olmaz” ifadesi birbiriyle uyumludur ve hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni değil sorumsuzluk nedeni olduğunu göstermektedir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/2-d de yer alan *“yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi”* halinde *“kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının”* verileceği düzenlenmesine göre de artık Türk mevzuatında hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi açıkça kusurluluğu kaldıran nedendir. Ancak bir bu görüşe katılmamaktayız. Bizce suç teşkil etmeyen bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi bu emir hukuka aykırı dahi olsa hukuka uygunluk nedenidir. Anayasa’da belirtilen koşulların yerine getirilmesi halinde emredilen için hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi hukuka uygundur. Ast hukuka aykırı bulunduğu emri yerine getirmemeli ve hukuka aykırılığı üstüne bildirmelidir. Ancak üst emrinde ısrar ederse ve bu emri yazı ile yinelerse bu takdirde ast emri yerine getirmelidir. Anayasada belirtilen şartlara uygun hareket eden emri yerine getirenin bu davranışı ise hukuka uygundur. Çünkü ast Anayasa’da sayılan koşullara uygun hareket etmiştir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun olmasını sağlayan Anayasa’da yer alan bu koşullardır. Madde gerekçesinde yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin sorumsuzluk nedeni olarak açıklanması hatalıdır. Çünkü Türk Ceza Hukukunda ve suç genel teorisinde sorumsuzluk nedenleri şeklinde kendine özgü bir hukuki kurum bulunmamaktadır. Sorumsuzluk nedenleri ile genellikle ifade edilmek istenen; ceza sorumluluğuyla ilgili olan, hukuka aykırılığı kaldıran, kusurluluğu kaldıran, isnat yeteneğini kaldıran ve bazı durumlarda Devletin cezalandırma yetkisinden vazgeçmesini ifade eden tüm nedenler şartları ve neticeleriyle birbirinden farklı, birbirinden ayrı ceza hukuku kurumlarıdır. Yani

sorumsuzluk nedeni deyimini genel bir ifadedir ve genel bu ifade ile özel bir ceza hukuk kurumu olan yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin açıklanması yerinde değildir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde hukuka uygun olan emredilenin bu emri yerine getirmesidir. Emrin yerine getirilmesi fiilinin hukuka uygun sayılması ile hukuka aykırı olan bir emrin hukuka uygun hale gelmesi ise mümkün değildir. Anayasada belirtilen koşullara uygun davrandığı müddetçe emredilenin emri yerine getirmesi hukuka uygundur. Hukuka aykırı emrin ise hukuka aykırılığı devam etmektedir. Emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun sayılması ile emrin hukuka aykırılığını sürdürmesi birbirinden farklıdır. Bu nedenle Gereğede açıklananın aksine hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hiyerarşik yapı dolayısıyla emredilen bakımından bir zorunluluk oluşturduğu ve emri yerine getirenin bu konuda irade özgürlüğünün olmadığı görüşüne katılmamız mümkün değildir. Çünkü memur emir bağlayıcı dahi olsa idari mekanizmanın otomatik bir aleti değildir, mutlak itaatin kişinin irade özgürlüğünü yok edecek derecede katı bir itaat şeklinde anlaşılması mümkün değildir, iradenin kaçınılmaz bir şekilde bu emre itaat ettiği düşünülemez. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini kusurluluğu kaldıran neden kabul eden görüş emrin yerine getirilmesi bakımından normatif, hukuki bir zorunluluktan bahsetse de memurun hukuki bir zorunluluk dolayısıyla hareket etmesi onun irade özgürlüğünün olmadığı sonucunu doğurmaz. Failin emri yerine getirmekten başka olanağının bulunmadığını, emri yerine getirmek bakımından hiçbir serbestisinin olmadığını kabul etmek modern, demokratik hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Hukuk devleti ilkesi idarenin hukukla bağlı olmasını zorunlu kılmaktadır, Anayasa'ya göre idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla

düzenlenir. (m.123/1) Yani idare her türlü faaliyetini hukuka uygun bir şekilde yürütmek zorundadır. Bu bakımdan memurun irade özgürlüğünün hiyerarşik ilişki dolayısıyla olmadığı kabul edilmesi açıkça hukuk devleti ilkesine aykırılıktır. Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinde hukuka uygun kabul edilen emir değildir, yani bu hukuka uygunluk nedeni hukuka aykırı emri hukuka uygun hale getirmez. Hukuka uygun kabul edilen emredilenin emri yerine getirme fiilidir. Hukuka aykırı bir emrin hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacağı ileri sürülse de hukuka uygunluk nedeni oluşturan hukuka aykırı emir değil bu emrin yerine getirilmesini gerekli kılan görevin yerine getirilmesidir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesinin 3. fıkrasının b bendinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi ve fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceğinin düzenlenmesi kanımızca yerinde değildir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir, Ceza Muhakemesi Kanununda kurumun kusurluluğu kaldıran neden olarak kabul edilmesi maddi ceza hukuku bakımından bir sonuç doğurmaz. Hukuka aykırı bağlayıcı emri yerine getiren fail hakkında verilecek karar beraat olmalıdır. Failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi halinde memur hakkında özel hukuk mahkemesinde tazminat sorumluluğunun devam ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Oysa memurun fiili hukuka uygundur ve hakkında haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi imkânı bulunmamaktadır. CMK madde 223/3-d memur bakımında adil olmayan sonuçlara neden olabilecek bir düzenlemedir.

Anayasa madde 137/2 ve TCK madde 24/3e göre konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilmez. Bu emir yerine getirildiği takdirde hem emri veren hem de emri yerine getiren sorumlu olur. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi

temel ilke olmakla birlikte Anayasa madde 137/4 de askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır. Kanunla gösterilen bu istisna hallerde suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde ise emrin yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olacaktır. Memurun emrin hukuka uygunluğuna ilişkin fiili hataya düştüğü hallerde de emri veren amirin sorumluluğu devam edecek, emri yerine getirenin ise istisnai olarak sorumsuzluğu söz konusu olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Anayasa'nın 2. Maddesinde de *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”* denmektedir. Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri devletin hukuk kurallarıyla bağlı olmasıdır. Dolayısıyla devletin hukuk kurallarına uymak zorunda olduğu bir hukuk devletinde sıfatı ve makamı ne olursa olsun hiç kimse suç teşkil eden bir emri verme yetkisine sahip değildir. Devlet hiçbir şekilde suç işleme ya da işletme gücüne sahip değildir. Emir hukuki bir işlemdir, hukuki bu işlemin konusu suç olamaz. Aksinin kabulü anayasal bir ilke olan hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Hukuk devletinde suç teşkil eden emir bir hukuka uygunluk nedeni sayılamaz. Emir kanuna eşit değildir. İdare hukukla bağlıdır, yürütmenin sınırı daima kanundur, hukukun üstünlüğü ilkesi bunu gerektirir. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin, bazı hizmetler bakımından hukuka uygunluk nedeni sayılmasının ileri sürülmesi kabul edilemez. Kanunun kendisine aykırı olan bir emri hukuka uygun kabul etmesi hukuki olarak mümkün değildir. Böyle bir kabul hukuka değil, örneğin siyaset gibi hukuktan farklı bir olguya üstünlük tanımak anlamına gelmektedir. Emri yerine getirenin emrin içeriğini kontrol etmesinin yasaklandığı veya emri yerine getirenden

mutlak itaat beklendiği durumlarda emri yerine getiren, emrin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa, hukuka uygun bir emri yerine getirdiğine inanarak emri yerine getirmişse burada fiili hata söz konusudur. Fiili hata kusurluluğu kaldıran bir nedendir ve bu nedenle fail suç teşkil eden emri yerine getirdiği için sorumlu tutulamaz. Ancak burada önemle belirtmek isteriz ki memur fiili hataya düştüğu için kusurluluğu ortadan kalkmıştır, yoksa failin irade serbestisi olmadığı için kınanamayacağı, kusurluluğunun olmadığı görüşüne katılmamız mümkün değildir. Çünkü mutlak itaat emri yerine getiren kişinin irade özgürlüğünü ortadan kaldıracak derecede bir bağımlılık, körü körüne bir itaat demek değildir. Aksinin kabulü modern ve demokratik hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir. Şayet emri yerine getiren fiili hataya düşmemiş ise suç teşkil eden bir emrin yerine getirdiğini biliyor ise artık bu emrin yerine getirilmesinden hem emri veren hem emri yerine getiren sorumlu olacaktır.

Emrin hukuka aykırılığı her zaman suç oluşturmaz. Çünkü her hukuka aykırılık suç değildir. Ancak her suç hukuka aykırı bir fiildir. Dolayısıyla her hukuka aykırı emir de suç teşkil etmemektedir. Bu bakımdan hukuka aykırı emirler konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler ve suç teşkil eden emirler olarak ayrılabilir. Bu iki tip emir arasında hukuki nitelik bakımından ve emri verenin ve emri uygulayanın sorumluluğu açısından fark bulunmaktadır. Bir emir hukuka aykırı olmakla birlikte konusu suç oluşturmayabilir. Suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesinin ceza hukukunun sahası dışında kaldığı ve konunun daha çok idare hukuku ve anayasa hukuku ile ilgili olduğu ileri sürülse de biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü özellikle Ceza Muhakemesi Kanununa göre verilen tutuklama kararı ya da arama kararı hukuka aykırı olabilir. Bir kolluk görevlisi bu durumda tutuklama emrinin ya da yakalama emrinin hukuka aykırılığını bildirirse ve kendisine emir yazıyla

yinelense hukuka aykırı olan bu emirleri yerine getirmekle yükümlüdür. Bu hallerde emir hukuka aykırıdır ancak tutuklama emrini yerine getiren kolluk görevlisi fiilinden dolayı sorumlu olmayacaktır. Dolayısıyla hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emrin yerine getirilmesi ceza hukukunun alanı dışında değildir. Kaldı ki bir hukuka aykırılığın ne zaman suç oluşturup oluşturmadığını tespit bakımından da konu ceza hukuku ile ilgilidir.

Memurun emrin hukuka uygunluğunu inceleme yetkisi emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından önemli bir husustur. İdarede memurların yükümlülüğü verilen bir emri incelemeksizin yerine getirmek değildir. Bu nedenle emri alan memur emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmak zorundadır. Emrin hukuka uygun olup olmadığını incelemek memurun yükümlülüğüdür. Memur verilen emri hem şekil hem de içerik yönünden incelemelidir. Emrin hukuka uygun olup olmadığını incelemeksizin emri yerine getiren memur emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Memur yetkili amir tarafından verilen emri incelemeli, yönetmelik, tüzük¹⁰¹⁷, Kanun veya Anayasa hükümlerine emri aykırı görürse bu aykırılığı amirine bildirmelidir. Şayet amir emrin yerine getirilmesini tekrarlar ve yazı ile emri yenilerse artık memur emri yerine getirmek zorundadır. Emrin hukukilik denetimini yapma memurun görevidir, bu görevin tek sınırı ise yine hukuk olabilir. Hukuk kuralları memurun emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmasını yasaklamışlar, diğer bir ifadeyle memura mutlak itaat yükümlülüğü

¹⁰¹⁷ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak aynı Kanun'un 18.Maddesine göre bu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

yüklemişler ise artık memur hukukiliğini denetlemeksizin ilgili emri yerine getirmek zorundadır. Bununla birlikte memura mutlak bir itaat yükümlülüğü yüklenen istisnai hallerde dahi memur emrin şekil yönünden hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilir. Hukuk düzeni emrin şekil bakımından hukuka uygunluğunun denetlenmesini yasaklayamaz. Şekli olarak hukuka uygun olmayan bir irade açıklaması emir değildir. Mutlak itaat yükümlülüğü sadece emrin içerik yönünden hukukilik denetiminin yapılmasına ilişkin olabilir. Bu halde memur verilen emrin şekli yönünden hukuka uygun olup olmadığı araştırmak zorundadır. Anayasanın 137. Maddesinin son fıkrasında “Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümle mutlak itaat gerektiren hallerin askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması ile sınırlı olduğu ve sadece kanunla gösterilebileceği kabul edilmiştir. Devlet Memurları Kanunu madde 11/4de de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Anayasa ve Devlet Memurları Kanunundaki düzenlemelerden çıkarılacak sonuç memurlar bakımından emrin hukukilik denetiminin sadece kanunla ve belli şartlar altında sınırlandırılabilir. Emrin hukukilik denetiminin yapılmasını engelleyen mutlak itaat yükümlülüğü tüm memurlar bakımından geçerli değildir. Askerlik ve güvenlik hizmetlerinin gecikmeksizin ve düzenli bir biçimde, aksamadan yürütülmesi gerekmektedir. Bu hizmetlerin niteliği gereği ve hizmetlerin işleyebilmesi için mutlak itaat yükümlülüğü gerekmektedir. Asker hizmetleri ve kolluk hizmetleri bakımından kabul edilen hiyerarşi serttir. Belli memurlar bakımından mutlak itaat yükümlülüğü kabul edilmiş olabilir. Bu hallerde memurun emrin içeriğini, hukuka aykırı olup olmadığını denetleme yetkisi yoktur. Ancak konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde

yerine getirilemez, bu emirler bakımından memurun itaat zorunluluğundan bahsedilemez. Konusu suç teşkil eden bir emri vermek hiçbir amirin yetkisi içine girmediği gibi böyle bir emir görev gereği zorunlu bir emir olarak da kabul edilemez. Hukuk devleti ilkesi gereği böyle bir durum olanaksızdır. Devletin suç işlemeyi yasaklarken, amir ve memurları aracılığıyla suç işletmesi düşünülemez. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Anayasa madde 137/son ve Türk Ceza Kanunu madde 24/3 de belirtilen haller bu kuralın istisnası değildir. Bu haller sadece emrin içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin engellemekte, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine izin vermemektedir. Bu düzenlemelerin formüle edilirken Anayasada ve Kanunlarda konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin yasaklanmasından hemen sonra yer alması ilgili durumların bu kuralın istisnaları olduğu anlamına gelmemektedir. Hukuka uygunluk denetiminin yasaklaması kanunun suç işlemeye izin vermesi anlamına gelmemektedir. Hukuka uygunluk denetiminin yasaklanması suç sayılan fiiller bakımından değil, suç oluşturmayan hukuka aykırı fiil ve işlemlerle ilgilidir. Yani emri yerine getiren memur her koşulda kendisine verilen emrin konusunun suç oluşturup oluşturmadığını denetlemek ve suç sayılan bir emri hangi yetkili mercii tarafından verildiğine önem vermeksizin yerine getirmemek zorundadır. Sonuç olarak konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmemesi mutlak bir kuraldır, böyle bir emir yerine getirildiği takdirde emri yerine getiren memur sorumluluktan kurtulamayacaktır. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni değildir, emrin yerine getirilmesinden hem emri veren amir hem de emri yerine getiren memur sorumlu olacaktır.

Emrin yerine getirilmesi karşısında üçüncü kişilerin durumu emrin konusunun suç teşkil edip etmediğine göre değişmektedir. Hukuka uygun ve hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emirlerin yerine getirilmesine üçüncü kişilerin itaat yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu emirlere karşı cebir ve tehdit kullanılarak direnilmesi halinde görevi yaptırmamak için direnme suçu oluşmaktadır. Memurun hukuka uygun ya da hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen emri yerine getirmesi onun görevidir ve fiil hukuka uygundur, bu fiil haksız bir saldırı olarak nitelendirilemeyeceği için üçüncü kişinin direnmesi de meşru savunma oluşturmaz. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi ise bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Emri uygulayanın dahi itaat yükümlülüğü bulunmadığı bir emrin yerine getirilmesine üçüncü kişilerin itaat etmesi beklenemez. Dolayısıyla üçüncü kişilerin konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine karşı direnme hakkı bulunmaktadır. Ancak bu direnme hakkı kanuni sınırlar içinde kullanılmalıdır. Aksi takdirde üçüncü kişinin de sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Üçüncü kişinin direnme fiili hukuka uygunluk nedenlerinden birinin şartlarını taşıyabilir, örneğin somut olayda direnen kişi meşru savunma koşullarından yararlanabilir. Bazı durumlarda ise direnen kişi şahsi cezasızlık nedenlerinden faydalanabilir. Direnme hakkı sınırın kasten aşılması hallerinde de söz konusudur, bu durumda da direnen kişi meşru savunma gibi bir hukuka uygunluk nedeninden ya da şahsi bir cezasızlık nedeninden faydalanabilir. Kimi durumlarda memurun emri yerine getirirken sınırı aşması haksız tahrik de oluşturabilir. Emrin yerine getirilmesinde sınırın kasten aşılması halinde somut olayın koşulları incelenerek bir sonuca varılmalı ve üçüncü kişinin direnme hakkı incelenmelidir. Ancak direnme hakkının sınırsız değildir. Her durumda bir hukuka uygunluk nedeni ya da suça etki eden nedenin söz konusu olamayabilir.

Uluslararası ceza hukukunda emrin yerine getirilmesi Nürnberg İlkeleri ve sonraki uluslararası düzenlemelerde bir savunma olarak reddedilmiş ve amirin emri cezai sorumluluk alanının dışına çıkarılarak sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemiştir. Roma Statüsü ise emrin yerine getirilmesini ceza sorumluluğunu kaldırdığını reddederek hem geleneksel anlayışı kabul etmiş hem de emrin yerine getirilmesinin belli şartlar altında uygulanmasına izin vererek daha karmaşık bir yaklaşımı benimsemiştir. Soykırım ve insanlığa karşı suç işlenmesine yönelik emirler Statü tarafından açıkça kanunsuz kabul edilmiştir. Roma Statü'nün emrin yerine getirilmesini düzenleyen 33. Maddesi bakımından çıkarılacak sonuç soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından emrin yerine getirilmesinin asla bir savunma oluşturmayacağı ve cezai sorumluluğu ortadan kaldırmayacağıdır. Ancak savaş suçları bakımından emrin yerine getirilmesi bir savunma oluşturabilir, çünkü savaş suçlarına ilişkin emirler açıkça kanunsuz kabul edilmemiştir. 33/1 a ve b de düzenlenen iki şart somut olayda bulunmakta ise ve emir açıkça hukuka aykırı değilse, savaş suçları bakımından emrin yerine getirilmesi bir savunma olarak ileri sürülebileceği kabul edilmiştir

ÖZET

Amirin emrinin yerine getirilmesi ulusal ve uluslararası ceza hukukunda niteliği ve sonuçları bakımından önemli bir konudur. Tez dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kurumun hukuki niteliğini belirleyebilmek açısından kavrama ilişkin genel açıklamalardan sonra hukuka aykırılık, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler ve hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki farklar incelenmiş ve emrin yerine getirilmesinin suça etkisine ilişkin görüş açıklanmıştır. Görüşümüz hem hukuka uygun emrin yerine getirilmesinin hem de hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündedir. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesinde emri veren amir/merci ve emri yerine getiren memurun fiili hukuka uygundur. Hukuka aykırı bağlayıcı emir bakımından ise hukuka uygun olan sadece memurun emri yerine getirme fiilidir, emrin hukuka uygun hale gelmesi ya da emri veren amirin sorumluluktan kurtulması söz konusu değildir. Konusu suç teşkil eden emir ise hukuk devleti ilkesi gereği hiçbir zaman bir hukuka uygunluk nedeni oluşturamaz, bu durumda hem emri veren amirin hem de emri yerine getiren memurun sorumluluğu esastır.

Tezin ikinci bölümü emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin koşulları bakımından incelenmesine ayrılmıştır. Bir emrin bulunması ve emrin bağlayıcı bir emir olması hukuka uygunluk nedeninden faydalanmak için şarttır. Emrin bulunması bakımından hiyerarşik ilişki ve emri uyumsuzluklarının üzerinde durulmuş, emrin bağlayıcı olması için ise emri verenin yetkili olması ve emrin yasalara uygun olması gereği açıklanmıştır. Bu bölümde emri yerine getirenin emrin hukuka

uygunluğunu araştırma yetkisi ve emrin yerine getirilmesinde sorumluluk durumu ilgili teorilere ve Kanunlara da değinilerek açıklanmaya çalışılmıştır.

Tezin üçüncü bölümünde emrin yerine getirilmesinde sınırın aşılması, üçüncü kişilerin durumu ve hata hali incelenmiş, emrin yerine getirilmesinin diğer hukuka uygunluk nedenleriyle karşılaştırılması yapılmıştır.

Tezin dördüncü ve son bölümünde uluslararası ceza hukukunda emrin yerine getirilmesi incelenmiştir. Öncelikle uluslararası ceza hukukunda emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliği tartışılmıştır. Emrin yerine getirilmesinin tarihsel gelişimi aşamalı olarak incelenmiş, uluslararası ceza davalarında ve ulusal nitelikte olup uluslararası öneme sahip yargılamalarda emrin yerine getirilmesinin nasıl tartışıldığı ve ne sonuçlara ulaşıldığına değinilmiştir. Uluslararası Ceza Divanı kurucu statüsü olan Roma Statüsü'nün ilgili maddeleri ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Son olarak emrin yerine getirilmesi ile yakın bağlantılı olan komutan/üst sorumluluğu açıklanmaya çalışılarak tez çalışması bitirilmiştir.

ABSTRACT

Superior order is an important issue in terms of its nature and results in national and international criminal law. The thesis consist of three part. In first part it is explained that illegality, justifications, excuses and differences between justifications and excuses and results of superior order after general explanation about superior order. In our opinion both fulfillment of lawful orders and unlawful orders that not consist an offence are justifications. Superior's and subordinate's action are lawful in fulfillment of lawful orders. As to unlawful orders that not consist an offence only action of subordinate is lawful. The order itself and action of superior unlikely to become lawful. Criminal orders never considered as a justification, superior and subordinate is responsible from his/her action.

Second part of the thesis is consisted of examining conditions of superior order. It is necessary of existence of an order and this order must be binding. It is discoursed on hierarchical structure and order conflicts for existence of an order. It must be superior is authorised and order is lawful for bindingness. It is tried to explain subordinates research authority of lawfulness of order and responsibility of fulfillment of orders in this part in reference to relevant Laws.

Third part of thesis; it is examined that exceeding the limit, the situation of third people, instance of mistake and comparisons of superior order with other justifications were made.

Fourth and last part of the thesis it is viewed that superior order in international criminal law. Firstly it is discussed that legal characteristic of superior order. It is examined in detail historical development process of superior order, it is mentioned that how superior order was discussed and what conclusions have been reached about

it in international cases and national jurisdictions which have international aspect. It is examined in detail relevant provisions of Rome Statute which is founding statute of International Criminal Court. And lastly it is tried to explain command responsibility which is closely linked with superior order.



KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- AKSAR, Yusuf, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, Ekim 2013.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.
- Allied Control Council Law No:10, December 20, 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, No:13, January 31, 1946**, reprinted: Ferencz, Benjamin B., *An International Criminal Court, A Step Toward World Peace*, Oceana, 1980.
- AMBOS, Kai, **“Superior Responsibility”** in: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol:3, Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones, eds., Oxford, 2002, ss. 805-854.
- AMBOS, Kai, **“Zur strafbefreienden Wirkung des “Handelns auf Befehl”aus deutscher un völkerstrafrechtlicher Sicht”**, *Juristische Rundschau*, Volume 1998, Issue 6, ss. 221-226.
- AMBOS, Kei, **“Defences in International Criminal Law”** in: *Research Handbook on International Criminal Law*, Edited by Bartram S. Brown, Edward Elgar Publishing, 2011, ss. 299-329.
- AMELUNG, Knut, **“Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten”**, *Juristische Schulung*, 1986, ss. 329-337.

- ANSERMET, Lydia, “**Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defence: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea**”, Vanderblit Journal of Transnational Law, November 1,2014, Vol:47, ss. 1425-1463.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ocak 2014.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, Madde 1-36, 1. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- ASLAN, Zehreddin, BERK, Kahraman, **İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2006.
- AVCI, Gökmen, “**Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması**”, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık 2010, Sayı:52, ss. 83-101.
- AYDIN, Devrim, “**Uluslararası Ceza Hukukunun Gelişimi**”, AÜHFD, Cilt:51, Sayı:4, Yıl:2002, ss. 131-167.
- BACAKSIZ, Pınar, “**Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması**”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:8, Sayı:21, Nisan 2013, ss. 119-139.
- BALKIR, Gönül, “**İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlar**”, 2. Siyasette ve Yönetimde Etik Sempozyumu, 18–19 Kasım 2005, Sakarya, ss. 197-209.
- BANTEKAS, Ilias, “**The Contemporary Law of Superior Responsibility**”, The American Journal of International Law, Vol.93, No:3, July 1999, ss. 573-595.

BASSIOUNI, M. Cherif, **“World War I “The War to End All Wars” and the Birth of Handicapped International Criminal Justice System”** Denver Journal of International Law and Policy, Volume 30, Issue 3, 2001-2002, ss. 244-253.

BASSIOUNI, M. Cherif, **International Criminal Law Series, Volume 1: Introduction to International Criminal Law**, Brill Academic Publishers, November 2012.

BAUMANN, Jürgen, Weber, Ulrich, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Bielefeld, 1985.

BAUMANN, Jürgen, WEBER, Ulrich, MITSCH, Wolfgang, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch**, Bielefeld, 11. Auflage, 2003.

BEKAR, Elif, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

BERND, Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım-I**, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

BİNGÖL, Bilge, **“Üniversite Özerkliğinin Değişen Tanımı ve Üniversitelerin Yeniden Yapılandırılması”**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2) 2012, ss. 39-75.

CALVO-GOLLER, Karin N., **The Trial Proceedings of the International Criminal Court ICTY and ICTY Precedents**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006.

CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2014.

CENTEL, Tankut, DEMİRCİOĞLU, Murat, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

CRYER, Robert, **“Superior Orders and the International Criminal Court”** in: International Conflict and Security Law: Essays in Memory of Hilaire Mccoubrey, Editors: Richard Burchill, Nigel D. White, Justin Morris, Cambridge University Press, July 25.2005, ss. 49-67.

ÇOBANOĞLU, Rahmi, **Hukukta Gaye Problemi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Sermet Matbaası, İstanbul, 1964.

DARCY, Shane, **“Defences to International Crimes”** in: Handbook of International Criminal Law, Edited by William Schabas, Nadia Bernaz, Routledge, 2011, ss. 231-245.

DEĞİRMENCİ, Olgun, **“Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”** TBBD, Sayı 110, 2014, ss. 129-188.

DEĞİRMENCİ, Olgun, **“Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”** TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz 2012, ss. 455-484.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2014.

DEMİREL, Hakkı, **“Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar”**, AÜHFD, Cilt:7, Sayı:1, 1950, ss. 116-121.

DEMREN DÖNMEZ, Burcu, **“Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/94, ss. 95-130.

DINSTEIN, Yoram, **The Defence of “Obedience to Superior Orders” in International Law**, Oxford University Press, 2012.

- DINSTEIN, Yoram, **War, Aggression and Self Defence**, 4th Edition, Cambridge University Press, 2005.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi Kısım, Cilt II/I**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1959.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Meseleleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet, ARTUK, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1997.
- EREM, Faruk, **Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku**, Işın Yayınları, Ankara, 1986.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ERMAN, Sahir, “**Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur**” Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, c. 2, Sayı 3-4, İstanbul, 1947, ss.235-276.
- ERMAN, Sahir, **Askeri Ceza Hukuku, Umumi Kısım ve Usül**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974.
- ERYILMAZ, Bedri, BOZLAK, Ayhan, “**Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi**”, TBBD, 2009/83, ss. 223-277.
- FALNOVIC, Alen, **Aspekte der Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl im deutschen und internationalen Recht**, Epubli, 2008.
- FEYZİOĞLU, Metin, “**5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler**” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62, Ocak –Şubat 2006, ss. 27-61.

FEYZİOĞLU, Metin, “**Yasama Dokunulmazlığı**” AÜHFĐ, C.42, Sayı:1, 1992, ss.21-45.

FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

GAETA, Paola, “**The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law**”, European Journal of International Law, Vol 10, 1999, ss. 172-191.

German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl Neumann Hospital Ship “Dover Castle”, Rendered June 4, 1921, The American Journal of International Law, Vol:16, No:4, October 1922.

German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt Hospital Ship “Llandoverly Castle”, Rendered July 16, 1921, The American Journal of International Law, Vol:16, No:4, October 1922.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Görevi Kötüye Kullanma Suçu**” Yargıtay Dergisi, Ekim 2005, ss. 489-543.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003

GREEN, Leslie C., **Superior Orders in National and International Law**, A.W. Sijthoff-Lejden, 1976.

GREENSPAN, Morris, **The Modern Law of Land Warfare**, University of California Press, 1959.

GROPP, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Springer, 3. Auflage, 2005.

- GUGENHEIM, Paul, **Lehrbuch des Völkerrechts: Unter Berücksichtigung der Internationalen und Schweizerischen Praxis, 2**, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1951.
- GÜLŞEN, Recep, “**Haksız Arama Suçu**”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, 2007-2008, ss. 139-158.
- GÜLŞEN, Recep, **Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- GÜNAL, Yılmaz, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜNEYSU, Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015.
- GÜNGÖR, Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- GÜNGÖR, Devrim, “**Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata**”, TBD, Sayı 68, 2007, ss.135-160.
- GÜRAN, Sait, “**Genel İdari Zabıta Faaliyetlerinde Askeri Kuvvetlere Başvurulması**” Amme İdaresi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, ss.76-104.
- GÜRAN, Sait, “**Toplumsal Olaylarda Askeri Kuvvetlerden Yararlanılması**”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı 13/1, Mart 1980, ss.23-32.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, “ **Laiklik ve TCK’nun 163. Maddesi Üzerine**”, AÜSBFD, Cilt 42, Sayı 1-4, Yıl 1987, ss. 201-221.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Us-A Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015.

HAFT, Fritjof, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C.H.Beck, 2004.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2015.

HARRIS, Lachlan, **The International Criminal Court and the Superior Orders Defence**, University of Tasmania Law Review, Volume:22, Issue:2, 2003, ss. 200-213.

HEGEL, G.W.F., **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, Çeviren: Cenap Karakaya, Sosyal Yayınlar, İstanbul, Kasım 1991.

HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Stuttgart, 2005.

HINEK, Silva, **“The Superior Orders Defence: Embraced at Last?”** The New Zealand Postgraduate Law E-Journal, Issue 2, 2005, ss.1-50.

HIPPEL, Robert von, **Lehrbuch des Strafrechts**, Berlin, 1932.

HOBEL, Mark W.S, **“So Wast an Area of Legal Irresponsibility?” The Superior Orders Defence and Good Faith Reliance on Advice of Counsel”** Columbia Law Review, Vol. 111, 2011, ss.574-623.

İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Bölümler**, Beta Yayınevi, Ocak 2016.

İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, Cezaevi Matbaası, 1967.

İÇEL, Kayıhan, SOKULLU AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, ÜNVER, Yener, **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

İNÇİ, Zekiye Özen, “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılması (TCK m.27)**” Terazi Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:37, Eylül 2009, ss. 111-134.

JESCHECK, Hans Heinrich, “**Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr**”, Bundeswehr und Recht, Köln, 1965.

JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin, 2004.

Judicial Decisions, International Military Tribunal (Nuremberg), Judgment and Sentences, October 1, 1946, Judgment, The American Journal of International Law, vol. 41, No: 1, Jan. 1947.

KANGAL, Zeynel, **Askeri Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.

Karakehya, Hakan, **İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast**, Savaş Yayınevi, 2010, Ankara.

KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

KEÇELİOĞLU, Elvan, “**Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)**”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:8, Sayı:21, Nisan 2013.

KEÇELİOĞLU, Elvan, “**Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 87, 2010, ss.299-321.

- KESKİN KİZİROĞLU, Serap, “**5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu Anısına, Yıl:2009, Cilt:58, Sayı:1, ss.139-168.
- KESKİN KİZİROĞLU, Serap, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığının İhlal Suçu**, Adalet Yayınevi, Temmuz 2010, İstanbul.
- KEYMAN, Selahattin, “**Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 40, Sayı:1, 1988, ss. 121-171.
- KEYMAN, Selahattin, “**Hukuki Pozitivizm**”, AÜHFD, Cilt 35, Sayı 1-4, Yıl 1978,
- KEYMAN, Selahattin, “**Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili**”, AÜHFD, Cilt 47, Sayı1-4, Yıl 1998, ss. 17-56.
- KILDAN, İsmail Turgut, BAHADIR, Oktay, “**Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması Suçu**”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:11, Ekim 2012, ss. 193-224.
- KINDHAUSER, Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden Baden, 2011.
- KOCA, Mahmut, “**YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri**”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, ss.111-143.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2014.
- KOPARAN, Reşat, “**TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler**”, TBB Dergisi, Sayı 64, 2006, ss. 337-367.
- KORTE, Marcus, **Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund**, Baden Baden, 2004.

- KÖKSAL, Erhan, **“Türkiye’de Vali ve Kaymakamların Fonksiyon ve Yetkileri,”**
Amme İdaresi Dergisi, Sayı2/1, Mart 1969, ss. 108-124.
- KRUGER, Rolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Münster, 2006.
- KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası,
İstanbul, 1949.
- LACKNER, Karl, KUHL, Kristian, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C.H.**
Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 1999.
- LIANG, Jessica, **“Defending the Emergence of the Superior Orders Defence in the
Contemporary Context”**, Goettingen Journal of International Law,
Volume 2, No:3, 2010, ss. 871-891.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, **“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka
Uygunluk Nedenleri”**, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S.5,
Nisan 2005, ss. 42-60.
- MERAN, Necati, **Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Seçkin Yayınları,
Ankara, 2007.
- METİNER, Haydar, KOÇ, Ahsen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel
Hükümleri, I. Cilt, Madde 1-36**, Yorum Basın Yayın, Mart 2008,
Ankara.
- MEZGER, Edmund, **Strafrecht ein Lehrbuch**, Berlin München, 1949.
- NYBONDAS, Maria, **“Civilian Superior Responsibility in the Kordic Case”**,
Netherlands International Law Review, Vol:50, Issue:1, s. 71., ss. 59-82.
- O’REILLY, Arthur Thomas, **“Command Responsibility: A Call to Realign
Doctrine with Principles of Individual Accountability and**

Retributive Justice”, Gonzaga Law Review, Issue 1, Vol:40, 2005, ss.127-154.

ODMAN, Tevfik, “**Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı**”, AÜHFD, Cilt 45, Sayı: 1-4, ss. 131-151.

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “**Görevi Kötüye Kullanma Suçu**”, TBB Dergisi, Sayı 82, 2009, ss.1-31.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, **Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu**, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul, 1966.

ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 2, İsmail Akgün Matbaacılık, İstanbul, 1966.

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989.

ÖNOK, Murat, “**Silahlı Çatışmalar Hukukunda Üstün Sorumluluğu Doktrini**” Uluslararası Hukuk ve Politika, Yıl 1, Sayı:3, 2005, ss.93-126.

ÖNOK, Murat, **Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

ÖZBEK, Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Genel Hükümler (Madde 1-75)**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

- ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Nihat, DOĞAN, Koray, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- ÖZEN, Muharrem, **Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- ÖZEN, Muharrem, TOZMAN, Önder, **“Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”**, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 42 Sayı 4 Aralık 2009, s. 25-57.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015.
- PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, 4. Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- PATEL, Sunita, **“Superior Orders and Detainee Abuse in Iraq”**, New Zealand Yearbook of International Law, Volume:5, 2007-2008, ss. 91-130.
- PİSAPİA, Gian Domenico, **İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Padova 1965**, Çeviren: Atıf Akgüç, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1971.
- POLATCAN, İsmet, **Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu Ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu**, 11. Basım, Bayrak Yayıncılık, İstanbul, 1990.

ROXIN, Claus, “**Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen**”, Juristische Schulung, Heft 6, 1988, ss. 425-433.

ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band:I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006.

SCALIOTTI, Massimo, “**Defences Before the International Criminal Court: Substantive Grounds for Excluding Criminal Responsibility-Part I**”, International Criminal Law Review, Vol 1, 2001, ss.111-172.

SCHABAS, William A., **An Introduction to the International Criminal Court**, Cambridge University Press, Fourth Edition, 2011.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, Ankara, Eylül 2014.

STRATENWERTH, Günter, **Verantwortung und Gehorsam**, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck), Tübingen, 1958.

SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

ŞAHİN, Mehmet, “**Yasal (Meşru) Savunmada Sınırın Aşılması**”, TBB Dergisi, Sayı 76, ss. 321-354.

ŞAHİN, Mehmet, “**Yasal Savunma**”, TBBD, Sayı 75, 2008, ss.284-332.

ŞİRİN, Osman, “**Silah Kullanan Kolluk Görevlileri Hakkında Verilen Yargıtay Kararları**”, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:6, İstanbul, 2005

TANER, Tâhir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1949.

TEMİZ, Özgür, **Türk Hukukunda Sağlık Hakkı ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Aralık 2013.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2015.

TOROSLU, Nevzat, TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968.

TRIFFTERER, Otto, “**Causality, a Seperate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?**” Leiden Journal of International Law, Vol:15, 2002, ss. 179-205.

TRONDLE, Herbert, FISCHER, Thomas, **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, München, 2004.

ÜNVER, Yener, “**YTCK da Kusurluluk**” Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, s. 55, ss.41-78.

ÜNVER, Yener, HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2012.

- VAN SLIEDREGT, Elies, “**Modes of Participation**”, in: Forging a Convention For Crimes against Humanity, edited by Leila Nadya Sadat, November, 2013, ss. 223-261.
- VOGLER, Theo, “**The Defense of “Superior Orders”** in International Criminal Law”, M. Cherif Bassiouni and Ved P Nanda Editions, Springfield: Charles C. Thomas, 1973.
- WALTER, Tonio, **Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB**, Juristische Rundschau, 2005, ss. 279-283.
- WERLE, Gerhard, JEBBERGER, Florian, **Principles of International Criminal Law**, Oxford University Press, 2014.
- WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg, 2007.
- WILNER, Alan M., “**Superior Orders As a Defence to Violations of International Criminal Law**” Maryland Law Review, Vol. XXVI, 1966, ss. 127-132.
- YALÇIN, Türkan, “**Yasama Sorumsuzluğu**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2, Yıl:92, ss.215-238.
- YARSUVAT, Duygun, BAYRAKTAR, Köksal, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “**Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü**”, Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.
- YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

- YENERER ÇAKMUT, Özlem, **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”**, Cilt XI, Sayı:3-4, 2007, ss.29-61.
- YILDIRIM, Akif, **“Türk Ceza Hukukunda Haksız Arama Suçu”**, Türk Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:5, Sayı:19, Ekim 2014, ss. 585-622.
- YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, Eyüp, ÜSTÜN, Gül, OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukuku**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.
- YÜCE, Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Şafak Basım Yayın, Manisa, 1982.
- ZAFER, Hamide, **“5681 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi”** Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 211-233.
- ZAFER, Hamide, **“Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı –Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/2, ss.151-194.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75**, Beta Yayınları, 2013.