

T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ASKERÎ CEZA HUKUKUNDA
AMİRİN EMRİNİ İFA VE SORUMLULUK

YÜKSEKLİSANS TEZİ
BETÜL KARAKOYUN BERKYEZ

Enstitü Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU
Enstitü Bilim Dalı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN

MAYIS 2021



LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: Askerî Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 90 sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 11/05/2021 tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen Turnitin intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %24'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç,
2. Alıntılar dâhil,
3. 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

İmza

Adı SOYADI : Betül KARAKOYUN BERKYEZ
Öğrenci Numarası :187211001
Ana Bilim Dalı : Kamu Hukuku
Programı : Kamu Hukuku
Türü : () Proje (*) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Taramayı Yapan Arş.Gör.

Danışman

Selim ERDİN

Dr. Öğr. Üyesi İsmail DURSUN

ÖNSÖZ

Çalışmamızda Türk Askerî Ceza Hukuku'nda amirin emrini ifa ve sorumluluk konusu, Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi ile Anayasa'nın 137. maddesi göz önünde bulundurularak irdelenmeye çalışılmıştır. İş bu irdeleme sırasında, özellikle ortaya çıkan ve/veya ortaya çıkma ihtimali bulunan sorunlara değinmeye özen gösterilmiş; çözüm yolları üretilmeye gayret edilmiştir. Çabamız, askeri ceza hukukuna ilişkin yapılabilecek herhangi bir yasal düzenlemede kanun koyucuya yardımcı olabilmek ve sivil yargı içerisinde çözümlenmeye çalışılan uyuşmazlıklara bir nebze olsun ışık tutabilmektir.

Bu vesile ile yüksek lisans tez danışmanlığımı üstlenen, çalışmamın konusunu belirlenmesinde ve genel çerçevesinin çizilmesinde yardımlarını esirgemeyen, üzerimde büyük emeği olan saygıdeğer Hocam Dr. Öğr. Üyesi İsmail Dursun'a, zor zamanlarımda hep yanımda olan dostlarım Öğr. Gör. Ayça BEYHAN ve Öğr. Gör. Elif EFE'ye teşekkürü ve çalışmalarım sırasında her türlü halime katlanmak durumunda kalan eşime ve ister istemez ilgimi esirgemek zorunda kalmışsam çocuklarıma hem teşekkürü hem özrü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

BEYAN	i
ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİ İFA İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

I. Kavramsal Çerçeve	3
A. Hizmet	3
B. Vazife	4
C. Emir	4
1. Genel Olarak	4
2. Emrin Unsurları	5
a. Hizmete İlişkin Olması	6
b. Yetkili Bir Mercî Tarafından Verilmesi	11
c. Şekil ve Esasa İlişkin Koşullara Sahip Olması	14
aa. Şekle İlişkin Koşullar	14
bb. Esasa İlişkin Koşullar	16
3. Mutlak İtaat Kuralı	19
a. Genel Olarak	19
b. Mutlak İtaat Kuralının İstisnaları	20
aa. Askerî Ceza Kanunu'nun Getirdiği İstisna	21
bb. İç Hizmet Kanunu'nun Getirdiği İstisnalar	21
D. Amir, Üst ve Ast	22
1. Amir	22
a. Genel Olarak	22
b. Amirlik Sıfatının Kazanılması	23
aa. Göreve Tayinden Doğan Amirlik	23
bb. Göreve Vekâlet Etmekten Doğan Amirlik	24
cc. Bazı Görevlerden Doğan Sınırlı Amirlik	25
2. Üst ve Ast	28
E. Askerî Suç ve Sırf Askerî Suç	29
F. Disiplin	31
II. Askerî Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Müessesesinin Tarihçesi	31

İKİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİ İFADA SORUMLULUK

I. Genel Olarak	39
II. Hukuka Uygun Emrin İfa Edilmesinin Sorumluluğa Etkisi	42
A. Hukuka Uygun Emir Kavramı	42

B. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler	43
C. Değerlendirme ve Görüşümüz	45
III. Hukuka Aykırı Emrin İfa Edilmesinin Sorumluluğa Etkisi	47
A. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin İfası	47
1. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emir Kavramı	47
2. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler	48
3. Değerlendirme ve Görüşümüz	51
B. Konusu Suç Teşkil Eden Emrin İfası	54
1. Konusu Suç Teşkil Eden Emir Kavramı	54
2. Konusu Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler	55
3. Değerlendirme ve Görüşümüz	59
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
SINIRIN AŞILMASI VE HATA HALİ	
I. Amirin Emrinin İfasında Sınırın Aşılması	65
A. Sınırın Aşılması	65
1. Genel Olarak	65
2. Sınırın Mücbir Sebep Aşılması	66
3. Sınırın Kasten Aşılması	67
4. Sınırın Taksirle Aşılması	68
B. Asker Kişilerin Silah Kullanma Yetkisinde Sınırı Aşması	71
II. Amirin Emrinin İfasında Hata	73
A. Genel Olarak	73
B. Hukuki Hata	73
C. Fiilî Hata	77
SONUÇ	83
KAYNAKÇA	86
ÖZGEÇMİŞ	90

KISALTMALAR LİSTESİ

AsCK	Askerî Ceza Kanunu
As.Yrg. (ASY)	Askerî Yargıtay
As.Yrg.Drl.Krl.	Askerî Yargıtay Daireler Kurulu
As.Yrg.İBK	Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu
AY	Anayasa
AYİM	Askerî Yüksek İdare Mahkemesi
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
C.D.	Ceza Dairesi
C.G.K.	Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	Çeviren
D.	Dairesi
DMK	Devlet Memurları Kanunu
dn.	Dipnot
EÜHHF	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	Erişim Tarihi
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
JTGYY	Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
md.	Madde
PVSK	Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TSK	Türk Silahlı Kuvvetleri
TSKDK	Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu
TSKİHK	Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu
TSKİHY	Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği
TSKPK	Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu
Y.	Yıl
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yrg.	Yargıtay
Yrg. C.G.K.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YTCK	Yeni Türk Ceza Kanunu

ÖZET

Askerî hiyerarşi çerçevesinde emir komuta zinciri, verilen emrin ifa edilmesinden doğan sorumluluk bakımından özel bir önemi haizdir. Bu hususu konu alan tezimiz, üç bölümden ibarettir. İlk bölümde konuya açıklık getirmek açısından temel kavramlar tanımlanmış, emrin yerine getirilmesinin şartları ve emretme yetkisinin kazanılması ele alınmış ve konunun tarihi gelişimi üzerinde kısaca durulmuştur. Bir emrin bulunması ve bağlayıcı nitelik taşıması, emrin hukuka uygunluğu için şarttır. Emrin bağlayıcı olabilmesi için, askerî hizmete ilişkin olması, yetkili kişi tarafından verilmesi ve şekil ve içerik şartlarına sahip olması gerekmektedir. Bu bölümde asker kişilerin tabi olduğu mutlak itaat kuralı ve bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir.

Tezin ikinci bölümü emrin ifasının suça etkisi konusuna ayrılmıştır. Öğretide farklı kabuller görülse de bizim görüşümüz, gerek hukuka uygun emrin gerekse konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündedir. Hukuka uygun emrin sorumluluğa etkisinde hem amir hem de ast bakımından hukuka uygunluk nedeni ile karşılaşmaktadır. Ancak suç olmayan hukuka aykırı emirlerin yalnızca astın sorumluluğunu kaldırmaktadır. Amirin özel hukuktan veya idare hukukundan kaynaklanan sorumluluğunun devam ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi ise, hiçbir durumda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez; bu halde emri verenin ve astın sorumluluğu baki kalır.

Tezimizin üçüncü ve son bölümünde emrin ifa edilmesinde sınırın aşılması ve hata hali irdelenmiştir. Emrin yerine getirilmesinde sınırın ancak taksirle aşılması halinde cezada indirime gidilebilmektedir. Oysa hata halinde, hatanın niteliğine göre astın kast veya kusuru etkilenebilmektedir.

Anahtar Kelimeler; Yetkili merciin emrini ifa, hukuka uygunluk nedeni, kusuru etkileyen neden, ceza sorumluluğu, askerî ceza hukuku.

SUMMARY

Within the framework of military hierarchy, the chain of command has a special importance in terms of responsibility arising from execution of the given order. Our thesis on this issue consists of three parts. In the first part, the basic concepts are defined in order to clarify the subject, the conditions for the execution of the order and the acquisition of the authority to order are discussed and historical development of the subject is briefly emphasized. The existence and binding nature of an order is essential for the order's legality. . To make the order binding, it must be related to military service, given by an authorized person and must have the form and content requirements. In this section, the absolute obedience rule to which military personnel are subjected and the exceptions to this rule are also included.

The second part of the thesis is devoted to the effect of execution of the order on crime. Although there are different acceptances in the doctrine, our opinion is that the legal characteristic of the fulfillment of both the lawful order and the unlawful order subject of which does not constitute a crime, are grounds of justification. In the effect of the legal order on the responsibility, a ground for justification is encountered in terms of both superior and subordinate. However, the unlawful orders that are not crimes only abolish the responsibility of the subordinate. It should not be overlooked that superior's responsibility arising from private law or administrative law continues. The execution of an order, which is a crime, can never be accepted as a ground of justification in any case; in this respect, the responsibility of the person giving the order and the subordinate remains.

In the third and last part of our thesis, it is examined that exceeding the limit and instance of mistake in execution of the order. The penalty can be reduced only if the limit is exceeded by negligence in the execution of the order. However, in case of mistake, the caste or defect of subordinate may be affected depending on the nature of mistake.

Keywords; Execution of orders of a competent authority, grounds of justification, affecting of culpability, criminal responsibility, military criminal law.

GİRİŞ

Silahlı Kuvvetlerin görevleri, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 35. maddesine göre, yurt dışından gelecek tehlike ve tehditlere karşı vatani müdafaa etmek, caydırıcı ölçüde askerî gücün korunmasını ve güçlendirilmesini sağlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı ile yurt dışında verilen görevleri yerine getirmek ve uluslararası barışın teminine yardımcı olmaktır. Türk Silahlı Kuvvetleri, belirtilen vazifelerini yerine getirirken her idari kurum gibi kuşkusuz belirli bir hiyerarşi doğrultusunda hareket edecektir. Ancak bu hiyerarşik bağ, diğer kurumlarda olduğundan daha sıkı ve mutlak itaat prensibi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim asker kişilerin, yükümlü bulundukları çetin ve bazı durumlarda hayati önemi haiz görevleri onlara yaptıracak bir rejim altında olmaları, yani sıkı bir disipline bağlı kılınmaları gerekmektedir¹. Zira askerliğin temeli disiplindir. Bu hususa açıkça işaret eden İç Hizmet Kanunu, 13. maddesinde, disiplini, *“kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet”* olarak tanımlamaktadır. Ayrıca anılan Kanun'un aynı maddesinin son fıkrasında, disiplinin korunması ve sürdürülmesi adına yasalar ile cezai ve idari tedbirlerin alınacağı da açıkça vurgulanmaktadır.

Disiplinin sağlanması ve korunması ise, astın, amirlerinin veya yetkili üstlerinin emirlerine, kural olarak, mutlak surette itaati ile mümkündür. Çünkü disiplin, askerin meslekî vazifesinin bir parçasıdır ve itaat de disiplinin en önemli unsurudur². Ancak bu mutlak itaat, özellikle savaş veya sıcak temas, çatışma hallerinde daha yoğun olmak üzere astlar üzerinde bir baskı oluşturmakta; gecikmeksizin hareket etme zorunluluğu, düşünme evresini kısaltarak hatta kimi zaman yok ederek otomatik olarak verilen emirlere riayet etme ihtimalini gündeme getirebilmektedir³. Bu durumda ast, denetim yetkisinin kısıtlandığını düşünerek veya amirin emrinin kanuna uygunluğu karinesine güvenerek kimi zaman sorumluluğuna yol açabilecek fiilleri işleyebilir.

Nürnberg Yargılamaları ile uluslararası hukukta kendine yer edinen emrin ifa edilmesinin astın sorumluluğuna etkisi meselesi, o tarihten bu yana, yaşanan başkaca insanlık dramları ile halen en şiddetli tartışmalara konu olmaktadır. 15 Temmuz 2016 gibi bir kara geceyi yaşamış ülkemiz açısından ise, konu, yalnızca hukukçuların değil bütün kamuoyunun dikkatini çekmiştir. Anayasal düzeni ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti Hükümeti'ni ortadan kaldırmayı hedefleyen bu darbe girişimi ardından yapılan yargılamalarda amirin emrini ifa sorumluluğu ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Meselenin hassasiyeti ve 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın 145. maddesi yürürlükten kaldırılarak askeri yargının varlığına son verilmesi, bizleri bu çalışmayı yapmaya sevk etmiştir.

Emrin hukuka aykırı olması veya suç oluşturması hallerine ilişkin, mevzuattaki hükümlerin içerdiği ifadeler, doktrinde farklı yorumların ortaya atılarak konunun

¹ Vasfi Raşid Seviğ, *“Askeri Adalet”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1952, Cilt:9, Sayı:1, s. 237.

² Seviğ, s. 252.

³ Gökhan Güneysu, *Uluslararası Hukukta Amirin Emri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 166.

yeknesak çözüme kavuşturulmasına engel olmaktadır. Bu minval üzere amirinin emrini ifa etmiş bulunmanın işlenen suçun hukuka aykırılık unsuruna mı yoksa kişinin kusuruna mı etki edeceği ilk göze çarpan ve güncelliğini koruyan tartışmalardandır. Bunun dışında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu (AsCK) arasındaki ilişkinin niteliği de saptanması gereken bir diğer husustur. Çünkü AsCK, TCK karşısında özel nitelikte bir kanun olsa da ona göre eski tarihlidir. Bu durumda bu iki kanun arasında mevcut çatışmaların, hangi ilkeye⁴ göre çözümleneceği belirlenmelidir. Nitekim bu konu da doktrinde bir diğer tartışma alanını meydana getirmektedir⁵. Ayrıca Anayasanın “Kanunsuz emir” başlıklı 137/son, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 223/3,b ile AsCK’nın 41. maddeleri, konusu suç teşkil eden emir bakımından, yeni sorular ve sorunlar doğurarak doktrinsel tartışmaları artırmaktadır. Çalışmamızda bu konudaki her fikre olabildiğince değinilmeye gayret edilmiş ve naçizane değerlendirme ve görüşlerimize de yer verilmiştir.

Çalışmamızın emrin yerine getirilmesinin askeri ceza hukuku boyutunda etkisi ve sonuçları üzerine yoğunlaştığını, dolayısıyla kolluk veya diğer kamu görevlilerinin mevzuatına, konuyu dağıtmamak adına, girilmediğini de bu noktada belirtmek isteriz.

Bu kapsamda tez çalışmamızın birinci bölümünde konumuz bakımından önem taşıyan askeri hizmet ve vazife, emir, mutlak itaat, amir, üst, ast, disiplin gibi temel kavramlara dair tanımlamalara ve açıklamalara yer verilerek konunun izahına girişilmiştir. Burada, emrin yerine getirilmesinin şartları, astın emrin hukuka uygunluğunu araştırma yetki ve görevinin kapsamı ve amirlik sıfatının kazanılmasına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin astın sorumluluğuna etkisi ele alınmaktadır. Söze konu irdeleme sırasında emrin niteliğine göre ayrıma gidilerek bu izah kapsamında özellikle hukuka aykırı ve fakat konusu suç teşkil etmeyen ve böylece bağlayıcı kabul edilebilen emirlerin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni mi kusurluluğa etki eden bir neden mi olduğu ile konusu suç olan emirlerin astın cezai sorumluluğunu kaldırmasının mümkün olup olmadığı konularının aydınlatılmasına gayret edilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise, emrin ifa edilmesinde sınırın aşılması ve hata halleri, Yargıtay’ın güncel kararlarına da yer verilerek incelenmiştir.

⁴ Hukuk kuralları arasında çatışma çözmeye yarayan ilkeler genel itibarıyla şu şekilde sıralanabilir: lex superior (üst kanun alt kanunları ilga eder), lex posterior (sonraki kanun önceki kanunları ilga eder) ve lex specialis (özel kanun genel kanunları ilga eder) (Kemal Gözler, “Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Çatışması”, Kamu Hukukçuları Platformu, <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf> , E.T.: 29.03.2021, s. 97 vd.)

⁵ Gözler, s. 104.

BİRİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİ İFA İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

I. Kavramsal Çerçeve

A. Hizmet

Askeri ceza hukukunda emir kavramının net şekilde anlaşılması hizmet kavramının özümsemesi ile mümkündür. Nitekim ileride ayrıntılı inceleneceği üzere, emrin meşruiyet şartlarından biri, hizmete ait, hizmetle ilgili olmasıdır. Bu itibarla anılan kavramın gerek sözlük gerekse mevzuat çerçevesinde tanımlanması icap etmektedir.

Hizmet kavramı, sözlükte, “birinin işini görme veya birine yarayan bir iş yapma; görev, iş; bakım, özen, ihtimam” olarak tanımlanır⁶. Mevzuatımızda ise kavramın, iki yerde tanımlandığı görülmektedir. Bu tanımlardan ilki İç Hizmet Kanunu’nun 6. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, hizmet, yasalar ile nizamlarda yapılması veya yapılmaması belirtilmiş konularla, amir tarafından yazı veya sözle emir ya da yasak edilen işlerdir. Düzenlemede yer alan “nizam” kavramının, tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, talimnameler ve talimatların hükümlerini kapsadığı (TSKİHK m.5); bu itibarla nizamın, idarenin düzenleyici işlemlerini, idare tarafından oluşturulan yazılı hukuk kurallarını ihtiva ettiği vurgulanmaktadır⁷. İkinci olarak AsCK’nın “*Hizmetin tarifi*” başlığını taşıyan 12. maddesine göre ise hizmet, “*gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması hali*” biçiminde tanımlanmaktadır.

Görüldüğü üzere söz konusu düzenlemelerde hizmet, esasen benzer şekilde tanımlanmaktadır. Buna göre kanunlarla nizamlarda (idarenin düzenleyici işlemlerinde) yapılması veya yapılmaması yazılı olan (malum ve muayyen olan) hususlardan başka, amirin askerî bir vazife ilişkin olarak vermiş olduğu (yazılı veya sözlü) emirler de hizmet hali olarak değerlendirilmektedir^{8,9}. Bir diğer ifade ile anılan düzenlemeler gereğince, hizmet şu unsurlardan oluşmaktadır: askeri bir görevin varlığı, yetkili amirin bir şeyin yapılması veya yapılmaması konusundaki emri veya kanunlar ve nizamlarda tespit edilmiş hususların mevcudiyeti ile askerî görevin bizzat ast tarafından yapılması¹⁰.

⁶ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.:20.11.2019.

⁷ Olgun Değirmenci, “*Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu*”, Kara Harp Okulu Bilim Dergisi, C.:18, S.:2, 2008, s. 5 (Emre İtaatsizlikte Israr).

⁸ Olgun Değirmenci, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 68; Bilal Yüceer, Askerlikde Emir Müessesesi, Nüve Matbaası, Ankara, 1986, s. 25.

⁹ Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, 25.01.1996 tarihli ve 1996/13 Esas 1996/11 Karar sayılı kararında Askerî Ceza Kanunu’nun uygulanması yönünden amaçlanan hizmet kavramını; “*kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması açıkça gösterilmiş olan hükümlerle; kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yetkili amirlerin takdirine bırakılan ahvalde, amirlerin bu takdirlerine dayanarak yapılmasını veya yapılmamasını istediği hususlar*” şeklinde tanımlamıştır (Cihan Koç, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Sözkese Matbaası, Ankara, 2021, s.275).

¹⁰ Koç, s.275.

B. Vazife

Vazife, İç Hizmet Kanunu'nun 7. maddesinde tanımlanmış bulunmaktadır. Buna göre vazife, hizmetin icap ettirdiği şeyi yapmak ve men ettiği şeyi yapmamaktır. Bu itibarla vazife, hizmetin kapsamında bulunmaktadır. Zira hukuki düzenlemelerde, hizmet kavramı geniş; vazife ise, somut ve kişiye izafe olunarak saptanmıştır¹¹.

Öğretide vazife kavramı, hukuka uygunluk nedenlerinden kanun hükmünü ifa ile amirin emrini ifaya ilişkin düzenlemelerden hangisinin ne zaman uygulama alanı bulacağını belirlenmesinde ölçüt olarak kullanılmaktadır. Zira bu görüş uyarınca, kanun ve nizamın vazife yarattığı hallerde, askerî personelin söz konusu vazifeyi icrası kanun hükmünü icra kapsamında değerlendirilmektedir. Kanun ve nizamda herhangi bir düzenleme bulunmadığı ve askerî menfaatin korunması gerektiği takdirde ise, amir tarafından yaratılan vazifenin icrası amirin emrini icra olarak kabul edilmektedir¹².

C. Emir

1. Genel olarak

Hukuki bir kavram olarak emir, kamu hizmetlerini yürütmek ve yönetmekle mükellef olan ve mahiyetleri itibarıyla bir silsile izleyen teşekküller tarafından astı karşı kanuna uygun olarak kullanılan otorite tezahürü şeklinde tanımlanabilir¹³. Gerek TCK'nın gerekse AsCK'nın birçok hükmünde¹⁴ zikredilen emir kavramı, İç Hizmet Kanunu'nda ve Yönetmeliği'nde tanımlanmaktadır. Söz konusu Kanun'un 8. maddesine göre emir, hizmete ait bir talep veya yasağın sözlü, yazılı ve sair surette ifadesidir. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre ise, emir, her türlü askerî vazifelerin ve hizmetlerin nazımıdır.

Ceza hukuku öğretisinde de emir kavramının sınırlarını çizme gayreti söz konusu olmuştur. Dönmezer/Erman emir kavramını, "...üstünlük yetki ve kudretini haiz bir merci tarafından, belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade beyanı..." olarak tanımlamaktadır¹⁵. Erem emrin, "...üst yetkisini haiz bir iradenin, muayyen bir şeyin yapılması için astı hitap eden bir tezahür..." olduğunu ifade etmektedir¹⁶. Günel tarafından verilen tanımlamaya göre ise emir, "...hukuk tarafından kabul edilmiş üstün bir kudret ve yetkiye sahip merciin veya şahsın, muayyen bir davranışta bulunmak üzere ast durumunda olana yönelttiği bir irade beyanıdır"¹⁷. Demirbaş'a göre ise, emir, "üstünlük yetki ve kudretine sahip bir merci tarafından, belirli bir hususun yapılması veya yapılmaması maksadıyla,

¹¹ Yüceer, s. 24-25.

¹² Değirmenci, s. 69.

¹³ Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 83, <https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf>, E.T.:08.10.2020.

¹⁴ Örneğin TCK m.24, 219/2, 258/1; AsCK m.8, 24, 41, 87 gibi.

¹⁵ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 12. Bası, Beta Basım, İstanbul, 1999, s. 85.

¹⁶ Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: II, Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s. 15.

¹⁷ Yılmaz Günel, Yetkili Mercii Emrini İfa, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No: 224-206, Ankara, 1967, s. 59.

ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş irade açıklaması”dır¹⁸. Önder ise emri, hukuk düzenince benimsenen hiyerarşi kapsamında üst tarafından asta yöneltilen icrai veya ihmalî bir davranışın yapılmasının istendiği irade olarak görmektedir¹⁹.

Hukuk lügatında emir, “*amme hizmetlerini sevk ve idare ile mükellef olan ve mahiyetleri itibariyle bir silsile takip eden teşekküller tarafından maduna (asta) karşı kanuna uygun olarak kullanılan otorite tezahürü*” şeklinde tanımlanır²⁰. Bu minval üzere emir, karar organından (amir), icrai organa yönelen bir irade açıklamasını ve geçişini gerektirmekte olup icrai organ olan asta belirli bir davranışta bulunma veya bulunmama mecburiyetini yüklemektedir. Söz konusu davranış mecburiyeti, bir yaptırıma bağlanmak suretiyle de teminat altına alınmaktadır²¹.

Hukuka uygun bir emrin varlığı, kamu hukuku alanına giren ast-üst ilişkisine dayandırılmıştır. Nitekim 1982 Anayasası’na (m.137) göre yetkili merciin emrini ifadan bahsedilebilmesi için gerek emri veren amirin gerekse emri yerine getiren memurun “*kamu hizmetlerinde herhangi bir suret ve sıfatla çalışan kimse*” olması gerekmektedir. Hatta askerî ceza hukuku bağlamında bu husus, daha da dar şekilde, disiplini de kapsayan askerî hizmet ilişkisine bağlanmıştır²². Bu itibarla bir işverenin işçisine, aile fertlerinin birbirine verdiği emirlerde olduğu gibi özel hukuk alanındaki emirler, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bu kapsamda emri veren merciin, Türk Silahlı Kuvvetleri’ne mensup bir yetkili mercii veya Türkiye Cumhuriyeti kanunları tarafından emir verme yetkisi tanınmış bir yabancı mercii (örneğin; NATO Kuvvetler Statüsü Sözleşmesi gereğince) olması icap etmektedir²³.

Emir, üstünlük, zorunluluk ve bağımlılık unsurlarını bir arada bulundurmaktadır²⁴. Emrin, özel veya genel, yazılı ya da sözlü yahut işaret ile olması arasında bir fark gözetilmemektedir. Nitekim tek bir asta verilen emir özel bir emir olarak nitelendirilebileceği gibi bir amirin maiyetindeki (emri altındaki) tüm astlara karşı yayınladığı emir de genel emir olarak nitelendirilecektir²⁵.

2. Emrin unsurları

Emrin bağlayıcı nitelik taşıması için sahip olması gereken birtakım unsurlar bulunmaktadır. Söze konu unsurlar, yukarıdaki tanım ve anlatımlardan yola çıkılarak,

¹⁸ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 271.

¹⁹ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.2, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s. 194.

²⁰ Yüceer, s. 31.

²¹ Günal, s. 60. Bu mecburiyete aykırı davranışa bağlanan hukuki neticeler için bkz. TCK m. 257, 258; DMK m. 125; AsCK m. 87, 88, 89 ve TSKDK m. 15, 19.

²² Fahrettin Demirağ, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 580.

²³ Kayıhan İçel/ Füsün Sokullu Akıncı/ İzzet Özgenç/ Adem Sözüer/ Fatih S. Mahmutoglu/ Yener Ünver, Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2000, s. 125; Demirağ, s. 581; Dönmezer/ Erman, s. 85; Günal, s. 60.

²⁴ Olgun Değirmenci, “*Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 10, Temmuz 2012, s. 461 (Amirin Emrini İfa); Yağmur Müge Akman, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s. 96; Günal, s. 59.

²⁵ Dönmezer/ Erman, s. 86; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021, s. 334; Ali Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2013, Sayı:1, s. 59.

emrin hizmete ilişkin olması, yetkili bir merci tarafından verilmiş olması ve mevzuatta ifade edilen şekil ve içerik şartlarını haiz olması şeklinde sıralanabilir.

a. Hizmete ilişkin olması

İç Hizmet Kanunu emir kavramını tanımlarken “hizmete ait bir talep veya yasağın” varlığını şart koşmaktadır. Benzer şekilde AsCK’nın 41. maddesi, hizmete müteallik hususlarda verilen emrin sorumluluğunun emri verene ait olduğunu ifade etmektedir. Bunun gibi TCK’nın 24. maddesine göre de, cezai sorumluluğun söz konusu olmaması adına emrin, ifa edilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekmektedir. O halde bir emrin her şeyden evvel hizmete ilişkin olması icap etmektedir. Astın, amirine (veya üstüne) itaat mecburiyeti, emrin hizmete aidiyetiyle sınırlandırılmıştır²⁶. Bu durumda nasıl ki emri veren kişinin yetkili olması icap etmekse ise aynı şekilde astın da verilen emri ifa edebilecek yetkiyi haiz olması, emrin onun görev alanına isabet etmesi gerekmektedir. Buradan şu yargıya varmak mümkündür ki emir hizmete ilişkin değilse, yetkili bir merci tarafından verilse ve dahi kanuni şekil ve muhteva şartlarına sahip olsa bile, ast için bu emri yerine getirmek zorunluluğu yoktur ve buna rağmen ast emri ifa ederse ve bu ifa dolayısı ile bir suç işlenmiş olursa (gerek emrin içeriğinin bir suç olması gerekse de emrin suç oluşturmamasına rağmen yerine getirilmesi sırasında bir suçun işlenmesi halinde), o suçun tam cezası kendisine verilecektir²⁷.

Hizmete ilişkin olmayan bir talep veya yasağın belirtilmesi emir niteliği taşımamaktadır. Hizmetin kamusal bir yönü bulunmaktadır ve hizmette özel nedenler ve ihtiyaçlar değil, Silahlı Kuvvetlerin temel ilkeleri ve gereksinimleri esas alınmaktadır²⁸.

Buna karşılık öğretide ve yargı kararlarında, emrin ne zaman hizmete ilişkin sayılacağı noktasında kesin bir ölçünün ortaya konulması mümkün olmamıştır. Bu konuda öğretide çeşitli açıklamalar ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, özel nitelikte olmayan veya söze konu özel niteliği ilk bakışta anlaşılamayan her emir, hizmetle ilgili kabul edilmelidir²⁹. Diğer bir görüş ise, bir emrin hizmete ilişkin olabilmesi, ya önceden kanun ve nizamlarla belli edilmiş hususlara taalluk etmesi yahut askeri bir vazifenin ifası maksadıyla verilmiş bulunmasına bağlıdır³⁰. Bir başka açıdan, hizmete ilişkin emir, askerlik maksat ve menfaatlerinin istinat ettiği ve askerlik varlığının gerektirdiği bütün hizmetleri kapsamaktadır³¹. Son olarak yapılan bir başka tanımlamaya göre ise, askeri hizmet kavramı, askeri göreve ilişkin olan ve askeri maksatlara yarayan ve bir emirle ya

²⁶ Günal, s. 86.

²⁷ Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974, s. 179-180; Akkurt, s. 63.

²⁸ Koç, s. 35.

²⁹ Erman, s. 181.

³⁰ Hulusi Özbakan, İlgili Mevzuatı İle İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı TSK İç Hizmet Kanunu, Çağ Matbaası, Ankara, 1982, s. 73.

³¹ Rifat Taşkın, Askerî Ceza Kanunu Şerh, Sekizinci Basım, Cihan Matbaası, Ankara, 1946, s. 45; Metin Ulukanlıgil, Askeri Yargıda İtaatsizlik Suçları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, s. 66.

da askeri mevzuatla veyahut hizmet mevkiinin gerekleriyle yapılması veya yapılmaması lazım gelen fiilleri ifade etmektedir³².

Askerî Yargıtay³³, verdiği kararları ile hizmete ilişkin olma unsurunu somutlaştırmaya çalışmıştır: yataktan kalkıp içtimaya katılması için verilen emrin³⁴; İç Hizmet Kanunu'nun 34'üncü ve Yönetmeliğinin 71, 74 ve 78'inci maddesindeki düzenlemelere nazaran, olay tarihinde kışlada vazife başında bulunan askerin üniformasını giymesi zorunlu olduğundan, bu üniformayı giyme şeklinde verilen emrin³⁵; nöbet hizmetinin usulüne uygun şekilde yerine getirilmesine yönelik talep ve yasakların hizmete ilişkin olmasından ötürü nöbet hizmeti sırasında silahını elinden bırakan sanığın silahını alması yönünde verilen emrin³⁶; asker kişilerin birlik hudutları içerisine alkollü içki sokmak ve bulundurmak eylemlerini yasaklayan emirlerin³⁷; istihbarata karşı koyma amacına uygun olduğu takdirde birlik personelinin cep telefonu bulunduramayacağına yönelik emrin³⁸ hizmete ilişkin olduğu sonucuna varmıştır. Buna karşılık Mahkeme, akşam yoklamasının gecikmesi üzerine nöbetçi astsubayı tarafından verilen “Şınav vaziyeti al” ve “Siper al” şeklindeki emirlerin³⁹; bir başka ere yumruk atmak eylemine karşılık nöbetçi subay tarafından verilen “Teçhizatını al gel, sana yanaşık düzen eğitimi

³² Ümit Kardaş/ Mehmet Çıngı, Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Hukuk Yayınları: 165, İstanbul, 2001, s. 73.

³³ 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın Askerî Yargıtay'ı düzenleyen 156. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve bu şekilde askeri yargının da Askerî Yargıtay'ın da varlığına son verilmiştir. Aynı Kanun'un 17. maddesi ile Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddesine göre ise, kaldırılan askeri yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştay'a, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir.

³⁴ As. Yrg. 1.D., 16.03.2016, 2016/0176 Esas 2016/0197 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/573b19c1b4540516c411f408>, E.T.:29.07.2019.

³⁵ As. Yrg. 2.D., 17.02.2016, 2016/105 Esas 2016/142 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/5729a00ab454050bfc6515a0>, E.T.:29.07.2019.

³⁶ As. Yrg. 2.D., 07.05.2014, 2014/548 Esas 2014/540 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/55fc014cb4540539c415fa67>, E.T.:29.07.2019.

³⁷ As. Yrg. 3.D., 29.03.2016, 2016/164 Esas 2016/190 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/57514b7eb454050bc8dcb63b>, E.T.:29.07.2019. Ancak Askerî Yargıtay, bir kararında isabetli olarak şu ifadelere yer vermiştir: “Sanıkların alkollü içki içtikleri misafirhanenin, askerî birliğin, karakolun içinde bulunan, hizmetlerin yürütüldüğü bir bina veya mekan gibi kabul edilmesi mümkün değildir. Misafirhane odası, Anayasanın 20'nci ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddeleri ile koruma altına alınan “özel hayatın gizliliğinin” geçerli olduğu bir mekandır. Özel hayatın gizliliğinin korunması yükümlülüğü bu mekanda da geçerlidir. Sanıkların alkollü içecek içme eylemlerinin, görev başında ve hizmet halinde bulunmadıkları bir zaman diliminde, misafirhane odasında istirahat sırasında, mesai saatleri dışında gerçekleşmiş olması dikkate alındığında, eylemin “Kışlaya alkol getirilmeyeceğine” ilişkin emrin, kapsamı dışında kaldığı...” (As.Yrg.1.D., 16.09.2015, 2015/0554 Esas 2015/0563 Karar, Demirağ, s. 284).

³⁸ Ancak cep telefonu bulundurulmayacağına dair emrin hizmete ilişkin kabul edilebilmesi için emrin kapsamına aldığı yerin belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim Askerî Yargıtay, bu şekildeki bir yasaklama emrinin, askeri kışlada yer alanlar için hizmet emri niteliğinde olmasına rağmen kışla dışında örneğin şehir merkezinde bulunan askeri lojmanlarda çalışan erbaş ve erler bakımından askeri hizmete ilişkin bir emir olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmiştir (As.Yrg.Drl.Krl., 05.06.2008, 2008/104 Esas 2008/103 Karar, Demirağ, s. 97). Buna karşılık kışla sınırları içinde yer alan askeri disiplin ceza ve tutukevi askeri birlik kapsamında bulunduğundan, bu binada cep telefonu bulundurulması yasası askeri hizmete ilişkin sayılmıştır (As.Yrg.1.D., 03.12.2008, 2008/2947 Esas 2008/2944 Karar, Demirağ, s. 97).

³⁹ As. Yrg. 1.D., 09.03.2016, 2016/0156 Esas 2016/0177 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/573b0069b4540516c411f3ea>, E.T.:29.07.2019.

yaptıracağım.” şeklindeki emrin⁴⁰ cezalandırmak amacıyla verilmiş olması nedeniyle hizmete ilişkin bir emrin varlığından söz edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bir başka kararda, J. Ütgm.’nin, sanığa yanına gelmesi yönünde yaptığı çağrının, muğlak ve sanığın davranışlarının psikolojik nedenlerini anlamaya yönelik kişisel bir talep niteliğinde olması sebebiyle, askerî hizmete ilişkin bir emir özelliği taşımadığı neticesine ulaşılmıştır⁴¹.

Bunun dışında Askerî Yargıtay, karavana taşıma, mutfakta görevlendirilme, nöbet ve bulaşık yıkama gibi düzenli askerî hizmetlerin, nöbet hizmeti gibi sıraya konulup bir cetvele bağlanmak suretiyle malum ve muayyen hale getirilmemeleri halinde, verilen emrin hizmete ilişkin emir olma niteliğini ortadan kaldıracaklarını içtihat etmiştir⁴². Ayrıca şahsına saygı göstermesi için mutfakta oturmakta olan astına ayağa kalkmasını ifade eden astsubayın emri de hizmete ilişkin sayılmamıştır⁴³. Emrin hizmete ilişkin olmasının yanında ahlaka da uygun olması gerekmektedir. Zira emrin verilme şekli, ahlaka mugayir ise hizmet ilişkisinin kesildiğinden bahsedilebilmektedir⁴⁴. Yargıtay ise, sosyal paylaşım siteleri ve internet aracılığıyla birlik içerisinde üniformalı olarak çekilen fotoğrafın paylaşılmasını yasaklayan emirlerin hizmete ilişkin olduğuna karar vermiştir⁴⁵.

Güney Deniz Saha Komutanlığı Askeri Mahkemesi, “askeri hizmete ilişkin olma” kriterinin hangi durumları kapsadığına dair açıklık bulunmadığı gerekçesi ile 2005 yılında, AsCK'nın 87. maddesinin Anayasa'nın 2, 7, 10, 11, 13, 17, 22, 31 ve 38.

⁴⁰ As. Yrg. 1.D., 05.12.2012, 2012/1384 Esas 2012/1264 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/5577e38f3c8dc00d3c0401f7>, E.T.:29.07.2019.

⁴¹ As. Yrg. 2.D., 05.11.2014, 2014/928 Esas 2014/925 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/55fc01b9b4540539c415fa68>, E.T.:29.07.2019.

⁴² As.Yrg.2.D., 08.02.2012, 2012/185 Esas 2012/183 Karar, <https://msb.gov.tr/Karar/KararDetay/5576e5713c8dc309e0f8ff48>, E.T.:29.11.2019: “As.Yrg.Drl.Krl.nun 02.04.1965 tarihli, 1965/28-53 Esas ve Karar sayılı kararında da belirtildiği gibi; amirlik sıfatından doğan emir verme yetkisinin uygulanmasında, karavana taşıma, mutfakta görevlendirilme, nöbet ve bulaşık yıkama gibi düzenli askerî hizmetlerin, nöbet hizmeti gibi sıraya konulup bir cetvele bağlanmak suretiyle malum ve muayyen hâle getirilmemeleri hâlinde hizmet emri niteliği taşımalarının mümkün olmadığı; er ve erbaşların, düzenli faaliyetlerde kendiliklerinden ve gelişigüzel görevlendirilmesinin, Askerî Ceza Kanunu’nun 12’nci maddesinde “....Bir amir tarafından emredilen bir askerî vazifenin madun tarafından yapılması hâlidir” şeklinde tarif edilen, hizmet emri niteliğinde kabul edilemeyeceği; askerlik hizmetinde düzenli olarak yürütülen faaliyetlerin bir sıraya ve cetvele bağlanmadan bu şekilde belirlenmesinin, bu emrin hizmete ilişkin emir olma niteliğini ortadan kaldıracakları açıktır.”

⁴³As.Yrg.4.D., 20.01.2004, 2004/77 Esas 2004/73 Karar, Akman, s. 104. Oysa ileride değinileceği üzere disipline aykırı nitelik arz eden bir durumla karşılaşan her üstün bu hale müdahale etmeye ve bu disiplinsizliği gidermek üzere emir vermeye yetkili bulunduğu İç Hizmet Kanunu’nun 24. maddesinde düzenlendiği için Askerî Yargıtay’ın söz konusu kararının eleştiriyeye açık olduğu ileri sürülebilir.

⁴⁴ As.Yrg.Drl.Krl., 10.01.1991, 1991/17 Esas 1991/6 Karar, İsmet Polatcan, Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanunu, Bayrak Yayınları, İstanbul, 2006, s. 376.

⁴⁵ “Sanığın, verilen emirlere rağmen facebookta askeri birlikte üniformalı çekilen fotoğraflarını paylaşmak suretiyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği iddia ve kabul olunan somut uyuşmazlıkta; Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 04/04/2013 tarihli ve 2013/35-32 sayılı kararında ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, sosyal paylaşım siteleri ve internet üzerinden askeri fotoğrafların paylaşılmayacağına dair, Birlik Komutanlığınca tebliğ edilen emrin, birlik disiplini ve güvenliğinin sağlanması için istihbarata karşı koyma amaçlı getirilmiş hizmete ilişkin bir emir olduğu, bu itibarla, sanığın kendisine tebliğ edilen bu emre aykırı davranışının ASCK’nın 87/1’inci maddesinde düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,...” (Yrg.19.C.D., 22.01.2020, 2019/1466 Esas 2020/239 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:26.03.2020).

maddelerine aykırılığı savıyla somut norm denetimi yoluna başvurmuştur. Anılan mahkeme, askerî hizmete ilişkin emir tabirinden ne anlaşılması gerektiği, hangi emirlerin askerî hizmete dair olduğu konusunda hem yerel askerî mahkemelerin hem de Askerî Yargıtay'ın kararlarında bir istikrar bulunmadığını; geçmişte askerî hizmete ilişkin görülmeyen bir emrin daha sonra aynı hukuki mevzuat dahilinde yapılan değerlendirmenin akabinde askerî hizmete ilişkin emir olarak telakki edildiğini veya bunun tam zıttı bir kabul tarzının olduğunu öne sürerek, hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususunun yasa koyucu tarafından, muhataplarınca tereddütsüz bir şekilde açık ve net olarak algılanabilecek şekilde düzenlenmesi gerekirken, bu anayasal zorunluluğa uyulmadığını, bu kavramın içinin doldurulması işinin yürütme organına ve uygulayıcıların yorumlarına bırakılmasının Anayasal zorunluluklara uygun olmadığını ifade etmiş ve iptal isteminde bulunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, 07.05.2009 tarihinde verdiği kararında, *“askeri şahıslara verilen görevlerin kanunda tek tek sayılmasının kanun koyucunun önceden öngörebilmesi bakımından mümkün olmadığından askeri yargı mercilerinin önlerine gelen davada, eylemin 87. maddenin 1. fıkrasında cezalandırılması öngörülen eylemlerden biri olup olmadığını takdir edeceklerinin açık olduğunu ve askerî idari makamlar tarafından, emre itaatsizlikte ısrar edildiği bahsiyle, bir askerî şahıs hakkında ceza davası açıldığında, isnat edilen fiilin, gerçekten belirtilen nitelikte olup olmadığının görevli askerî yargı mercileri tarafından değerlendirilmesinin askerî yargı yerlerine suç ve ceza yaratma yetkisi verildiği anlamına gelmeyeceğini, bu şekilde kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını”* belirterek iptal isteminin reddine hükmetmiştir⁴⁶.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi⁴⁷'nin de konuya ışık tutacak nitelikte kararlar verdiği görülmüştür. Zira AYİM konuya ilişkin önemli bir kararında, *“...işlem ister askeri isterse askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsun, bir işlemin askeri hizmete ilişkin olup olmadığını saptamak için işlemin niteliğine bakmak gerektiğini, asker kişinin askeri yetenek ve yeterlilikleri, tutum ve davranışları, askeri geçmişi, hak, ödev ve sorumlulukları gibi durumların askeri hizmetin amacı, askeri görev yerlerinin özellikleri, askeri kural, gelenek ve gerekleri göz önünde tutularak tesis edilmiş ise, o işlemin askeri hizmete ilişkin olduğunu kabul etmek gerektiğini”* ifade etmiştir⁴⁸.

Daha önce de üzerinde durulduğu üzere, İç Hizmet Kanunu'nun 6. maddesine göre hizmet, kanunlar ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yazılmış olan hususlar ile amir tarafından yazı veya sözle emredilen ya da yasaklanan işler şeklinde tanımlanmıştır. Bu sebeple kanun ve nizamlarda gösterilen haller “hizmet” olarak

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, 07.05.2009, 2005/69 Esas 2009/61 Karar, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 07.10.2009-27369, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4bb71411-604d-4142-b0ba-956e52211e17?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, E.T.: 10.10.2019.

⁴⁷ 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişik Yapılmasına Dair Kanun ile, Anayasa'nın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni düzenleyen 157. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve bu şekilde askeri yargının da Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin de varlığına son verilmiştir. Aynı Kanun'un 17. maddesi ile Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddesine göre ise, kaldırılan askerî yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştay'a, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir.

⁴⁸ AYİM, 1.D., 05.01.1988, 1988/4 Esas 1988/1 Karar, Ulukanlıgil, s. 67.

değerlendirilse dahi bir emir niteliğinde kabul edilmemektedir. Kanun, amire, kanun ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yazılmış hususlar dışında hizmete ilişkin olmak ve konusu suç teşkil etmemek kaydıyla emirler verebilmek yetkisi tanımıştır. Örneğin subay, astsubay veya Milli Savunma Bakanlığı'nın kadrolarında çalışan devlet memurları için ordu evlerinden veya askerî gazinolardan yararlanma imkanı getirilmesine karşılık bu yerlerde sivil giyinme şekline ilişkin kanunlarda veya yönetmeliklerde bir açıklık getirilmemiştir. Keza Türk Silahlı Kuvvetleri Ordu Evleri, Askerî Gazinolar, Kışla Gazinoları Ve Vardiya Yatakhaneleri İle Eğitim Merkezleri Yönetmeliği'nin 11. maddesine göre, bu tesislere giriş, kıyafet, tertip, düzen ve hizmet esasları, Genelkurmay Başkanlığınca verilen emir ve talimatlara uygun olarak yürütülmektedir. Bu demektir ki örneğin Bursa Subay Ordu Evi komutanının, söz konusu ordu evine “eşofman” ile girilemeyeceğini emretmesi mümkündür.

Buradan kanunda düzenlenmiş bir hususta verilen emrin yerine getirilmemesinin, emre itaatsizlik disiplinsizliğini veya emre itaatsizlikte ısrar suçunu meydana getirmeyeceği; yalnızca bahse konu kanun hükmünün ihlali niteliği taşıyacağı sonucuna varılabilir. Nitekim Askerî Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, birlik komutanlığı tarafından verilen kışla içerisindeki kamu hizmet binalarının kapalı alanları içerisinde sigara içilmesinin yasaklanmasına yönelik emirlere aykırı davranışın, 4207 sayılı Tütün Ürünleri'nin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'a muhalefet ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 39'uncu maddesinde düzenlenen ve idari para cezasını gerektiren “Tütün mamulü tüketmek” kabahatini oluşturacağı sonucuna vararak içtihatların bu yönde birleştirilmesine karar vermiştir⁴⁹. Bahsedilen kabulün, ceza

⁴⁹ As.Yrg.İBK, 06.06.2011, 2011/1 Esas 2011/1 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/557eb3833c8dc01ba49d7bab>, E.T.:11.10.2019: “Kanunlar tarafından düzenlenmiş kuralların ihlali halinde yapılacak işlemler ve bunların sonuçları yine kanunlarda gösterilmiş olup, hangi amaçla olursa olsun, aynı kuralların hizmete ilişkin emir haline getirilip emre itaatsizlik suçlarının konusu yapılması mümkün bulunmamaktadır”. Buna karşılık kanunlarda yalnız sarhoşluk haline ilişkin düzenlemeler getirildiğinden bahisle, kışlaya alkollü içki sokma ve kışlada alkollü içki bulundurma eylemleri, Askeri Yargıtay tarafından emre itaatsizlik suçu olarak kabul edilmiştir: “Kışlaya alkollü içki sokan veya kışla içerisinde alkollü içki bulunduran her askerin, bunu mutlaka kendisinin içerek ardından sarhoş olacağı; alkollü içki kullanan (içen) herkesin de mutlaka sarhoş olup başkalarının huzur ve sükununu bozacağı gibi bir sonuç çıkarılamayacağından; usulince tebliğ edilen emirle getirilen yasağa rağmen kışlaya alkollü içki sokma, kışlada alkollü içki bulundurma ve kullanma eylemlerinin, 477 sayılı DMK'nın 58 ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 35'inci maddelerinde yazılı sarhoşluk disiplin suçu veya kabahatinin hazırlık hareketleri niteliğinde olduğunun, ASCK'nın 87'nci maddesinde yazılı emre itaatsizlikte ısrar veya başka bir suça vücut vermeyeceğinin kabulü mümkün değildir. Diğer taraftan, kanunlarda suç olarak düzenlenmiş eylemlerin oluşması için işlenmesi zorunlu olup da, tek başına veya başka nedenlerle suç oluşturmayan eylemlerin mutlak bir özgürlük alanı içinde kaldığının ve hizmete ilişkin emirlerin konusu olamayacağının kabulünün de hiçbir yasal dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, hizmete ilişkin emirlerle yasaklanmış veya yapılması istenmiş birçok eylemin, hiçbir suçla en ufak bir ilişkisi bile bulunmamaktadır. ... Şayet, emre konu edilmiş davranış, kanunlarımızda zaten suç veya kabahat olarak düzenlenmiş ise, yasa koyucunun bu yöndeki iradesi esas alınmak suretiyle gösterilen yaptırım uygulanacak; aksi takdirde hizmete ilişkin emrin yerine getirilmeme şekli ve sonucuna göre ASCK'nın 87, 88, 89 ve 477 sayılı Kanun'un 48'inci maddeleri uyarınca uygulama yapılacaktır. Hizmetle ilişkin emre aykırı eylemin devamında bir başka suçun veya kabahatin daha işlenmesi hâlinde, içtima hükümleri uyarınca oluşan her suçtan dolayı ayrıca uygulama yapılması gerektiği açık ve bilinen bir husustur. ...Dolayısıyla; kanunlarda suç veya kabahat olarak yaptırıma bağlanmış eylemler dışındaki bütün eylemlerin, diğer şartların da varlığı hâlinde, hizmetle ilişkin emir konusu olmaları ve bu emirlere aykırı hareket edilmesinin de emre itaatsizlik suçlarını oluşturabilmeleri

hukukunun temel prensiplerinden olan ve bir kimseye aynı fiil kapsamında birden fazla ceza verilememesi anlamına gelen “non bis in idem” ilkesinin bir gereği olduğunu vurgulamak isteriz. Nitekim kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında sigara içilmesi, idari para cezası ile yaptırıma bağlanmıştır ki bu fiilin bir de emre itaatsizlikte ısrar olarak değerlendirilmesi- non bis idem ilkesinin kabahatlerle suçlar arasında da geçerli olduğu bilindiğine göre- aynı fiile iki ayrı cezanın öngörülmesi anlamına gelecek ve söz konusu ilkeyi ihlal edecektir.

Görüldüğü gibi “hizmete ilişkin olma” kavramının açıklığa kavuşturulması oldukça önem taşımaktadır. Çünkü emrin, hizmete ilişkin olmamasının hem ast hem de üst bakımından cezai sonuçları söz konusudur. Nitekim asker kişilerin, hizmete ilişkin emri hiç yapmaması, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddetmesi veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmemesi, emre itaatsizlikte ısrar suçuna vücut vermektedir (AsCK m.87). Benzer şekilde, kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak veya değiştirerek ya da sınırını aşmak suretiyle yapmak eylemi, “emre itaatsizlik” olarak adlandırılan ve ‘hizmet yerini terk etmeme’ disiplin cezasını gerektiren bir disiplinsizlik olarak belirlenmiştir (TSKDK m.19/1,a). Bunun gibi İç Hizmet Kanunu’na göre, amir, maiyetine hizmetle münasebeti olmayan emir veremez (m.16). Hizmetle ilgisi olmayan emir vermenin 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nda yer alan yaptırımı ise, ‘aylıktan kesme’ olarak öngörülmüştür (m. 18/1,c).

Kanaatimize göre, öncelikle konusu suç teşkil etmeyen, kişisel istek ve ihtiyaçları çağrıştırmayan, cezalandırma amacı gütmeyen⁵⁰, Silahlı Kuvvetlerin vatani korumak, caydırıcılık sağlayacak ölçüde askeri gücün korunmasını ve güçlendirilmesini sağlamak vazifesine (TSKİHK m.35) katkı sağlayan, bu kapsamda askeri disiplinin gereklerine ve askeri menfaatlere uygun olan emirlerin “hizmete ilişkin” kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda hizmet, yalnızca tatbikatlar, eğitim ve nöbet ve benzeri savaş sanatının öğretilmesi ve savunmasıyla kısıtlı şekilde değil, askerlerin fiziki ve ruhsal sağlıkları ile sosyal hayatını da içine alacak biçimde geniş yorumlanabilmektedir⁵¹.

b. Yetkili bir merci tarafından verilmesi

Arapça’da “emr” kökünden gelen amir, “buyuran, emreden” demektir⁵² ve bu itibarla “emretme” fiilinin faili niteliğini taşımaktadır. Hukukta da emrin ifasının hukuka uygun telakki edilebilmesi için, hizmete ilişkin olmasının yanı sıra, yetkili bir amir tarafından verilmiş olması icap etmektedir. Nitekim TCK’nın 24. maddesine göre de, cezai sorumluluğun doğmaması adına emrin, yetkili bir merci tarafından verilmiş olması şarttır.

mümkündür”(As.Yrg.Drl.Krl., 22.09.2011, 2011/86 Esas 2011/85 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/5614c851b454050b60f05b7e> , E.T.:22.11.2019).

⁵⁰ Cezalandırma amacı güden emirlerden kastımız, çalışmamızın s. 7, dn. 39 ve 40’de yer verilen, As. Yrg. 1.D.’nin, 09.03.2016, 2016/0156 Esas 2016/0177 Karar ile 05.12.2012, 2012/1384 Esas 2012/1264 Karar kararlarına konu olan somut olaylardaki örneklerle benzer irade tezahürleridir.

⁵¹ Hüseyin Aydın, “Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu”, YBHD, Yıl: 5, Sayı: 2020/1, s. 58.

⁵² İsmail Parlatur, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2009, s. 85.

Kural olarak, daha doğrusu diğer idare makamları söz konusu olduğunda, amirin yetkisi, her bir somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmelidir; amirin genel olarak yetkili olması yeterli görülmemeli, olaydaki belirli emri vermeye de hukuken mezun olup olmadığı araştırılmalıdır⁵³. Örnek olarak fiili işlediği yolunda kuvvetli şüphe bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup olmadığının, akıl hastası ise ne zamandan beri hasta olduğunun ve bu durumun kişinin davranışları üzerindeki etkilerinin saptanması amacıyla resmî bir sağlık kurumunda gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilebilmektedir (CMK m. 74/1). Bilindiği üzere soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılmaktadır ve adlî kolluk görevlileri de, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirmekle yükümlü tutulmuşlardır (CMK m. 164/2). Bu kapsamda Cumhuriyet savcısı, adlî kolluğun amiri bulunsa da gözlem altına alma kararı bakımından yetkili kılınmamış olduğundan bu konuda emir vermeye mezun değildir.

Bu husus, askeri ceza hukukunda farklılık göstermektedir. AsCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrası, hizmete ilişkin hususlarda verilen emirden bahsetmesine rağmen, astın, amirin o emir için yetkili olup olmamasına ilişkin bir değerlendirmede bulunmasından söz etmemektedir. Keza İç Hizmet Yönetmeliği'nin 10. maddesinde de astın, kendisine yöneltilen emre karşı amirine görüşünü bildirmesi, aldığı emri herhangi bir kayıt veya şarta bağlaması, emri ifa ederken herhangi bir düşünceye kapılması, emri alması sırada veya almasının ardından mırıldanması veyahut doğru bulmadığı kanısı oluşturabilecek hal ve hareketler sergilemesi yasaklanmıştır. Bu hükümlerden yola çıkılarak, emrin hizmete ilişkin olmasının yeterli olduğu; emri veren amirin bunu vermeye yetkili olup olmamasının önemli olmadığı; amir yetkili olmasa dahi astın emri yerine getirme zorunluluğunun olduğu öne sürülmektedir⁵⁴. Örneğin amir tarafından, kışla içerisinde bulundurulması ve kullanılması yasak olan akıllı telefonu kullandığı tespit edilen birinin telefonuna el konulması emri verilmiş olsun. Bu amire, bu konuda yetkinin yalnızca Cumhuriyet savcısına (veya emrindeki adlî kolluk görevlisi/görevlilerine) ait olduğu öne sürülerek karşı konulamayacaktır. Çünkü maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi amacıyla şüphelinin lehine ve aleyhine olan bütün delilleri toplayarak muhafaza altına almakla yükümlü ve yetkili olan kamu görevlisi, Cumhuriyet savcısıdır. Ancak askeri ceza hukukunda amirin emir verme yetkisi yalnızca hizmete ilişkin olma ve konusunun suç teşkil etmemesi şartlarıyla sınırlandırılmıştır. Bunun dışında amirin verdiği emre mutlak surette itaat zorunluluğu kabul edilmiştir. Mutlak itaat kuralı ileride ayrıntılı ele alınacaktır.

Emri veren kişinin amir değil de herhangi bir üst olması durumunda ne yapılacağına dair de İç Hizmet Kanunu'nda açıklık bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelere geçmeden önce amir ve üst arasındaki farka kısaca değinmek gerekmektedir. Bu iki kavram, tamamen başka kişileri ifade etmektedir. Nitekim her amir üst olmayabileceği gibi; her üst de şüphesiz amir değildir. Daha sonra ayrıntılı şekilde üzerinde durulacağı üzere üst kavramı, rütbe veya kıdem büyüklüğünü ifade etmekte iken

⁵³ Dönmezer/Erman, s. 86.

⁵⁴ Erman, s. 178; Ulukanlıgil, s. 46.

amir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek yetkisini haiz kişidir. İç Hizmet Kanunu, ilk olarak, fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargâh veya askeri kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üstün emir ve kumanda işini üzerine almak vazifesi ile mükellef olduğunu hükme bağlamıştır (TSKİHK m.23). Bunun dışında disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevli kılınmıştır (TSKİHK m.24)⁵⁵. Bu durumda hizmete ilişkin bir emir alan ast, emri veren kişinin amir mi yahut bir üst mü olduğunu incelemekle mükelleftir. Eğer emri veren kişi amiri ise, (emrin konusunun suç teşkil etmemesi şartıyla) bunu yerine getirecek ve fakat emri veren amiri değil de üstü ise, üstün böyle bir emir vermeye kanunen yetkili olup olmadığı değerlendirilecektir. Dolayısıyla askeri ceza hukukunda yetki, ancak amir olmayan herhangi bir üst tarafından bir emir verilmiş ise göz önünde bulundurulmaktadır. Bir diğer ifade ile burada emri verenin bunu vermeye yetkili olup olmadığını incelemek hak ve ödevi, yalnızca emrin bir üst tarafından verilmesi durumunda söz konusu olup amir tarafından verilmiş emirler bakımından astın böyle bir hakkı ve yetkisi bulunmamaktadır⁵⁶.

Astın hataya düşerek yetkili olmayan kişiyi amir veya üst sanmış olması mümkündür. Böyle bir durumda, yetkisizlik açık şekilde belli değil ise, astın, ileride

⁵⁵ Dosya kapsamına göre, sanığın 09/10/2014 tarihinde birlik emniyet nöbetçi subayı olduğu, öğle saatlerinde yemek için subay/astsubay gazinosuna gittiği, oturduğu masanın karşısında sanığın bölük komutanı olan ve olay günü tabur nöbetçi amiri olarak görevlendirilen P.Yzb....'ın yemek yemekte olduğu, P.Yzb....'ın, sabah saatlerinde sanığın kendisine ilettiği, onarım için üst kademeye sevk edilen silahların başında durmak üzere bir askerin görevlendirilmesi hususuna ilişkin olarak sanığa "başka asker bulamadın mı" diye sorduğu, sanığın ayağa kalkmadan ve başka tarafa bakarak "hallettim onu" şeklinde cevap verdiği, müteakiben sanık ile P.Yzb....'ın bu konuya ilişkin aralarında konuşmaya devam ettikleri sırada P.Yzb....'ın, sanığa "gözün kaşın oynuyor" dediği, akabinde "buraya gelir misin" diyerek sanığı yanına çağırdığı, sanığın "öğle yemeğindeyim sonra konuşsak olur mu" şeklinde cevap verdiği, bunun üzerine P.Yzb....'ın "Ali Osman emir veriyorum buraya gel" dediği, sanığın "gelemem öğle istirahatindeyim" diye karşılık verdiği, P.Yzb....'ın "Ali Osman sana emir veriyorum buraya gel" diye tekrar emir verdiği, sanığın yine "gelemem" diye cevap verdiği, bunun üzerine P.Yzb....'ın "arkadaşlar görüyorsunuz değil mi ben bölük komutanı olarak kendisine emir veriyorum, o da emri yerine getirmiyor" dediği, akabinde ayağa kalkarak elini masaya vurduğu ve "Ali Osman burayı derhal terk et" diye emir verdiği, sanığın önce çıkmadığı, kısa bir süre sonra P.Üçvş. ...'ın sanığı olay yerinden uzaklaştırdığı anlaşılmaktadır.

... Bu kapsamda; olay sırasında sanığın, Bölük Komutanı ile konuşurken sağa sola baktığı, kaykılarak oturduğu ve lakayt davranışlarda bulunduğu, sanığın amiri olan P.Yzb. ...'ın, çok sayıda astının bulunduğu subay-astsubay yemekhanesinde, sanığın kendisiyle bu şekilde konuşmasını disiplinsizlik olarak değerlendirdiği, askerî adap ve terbiye kurallarına aykırı davranışlarına o sırada müdahale etmemesinin otoritesini sarstığını ve disiplinin tesisi amacıyla müdahale etmesi gerektiğini düşündüğü, bu nedenle sanığı yanına çağırdığı anlaşılmakta olup; Bölük Komutanının sanığa söylediği "gözün kaşın oynuyor" şeklindeki sözlerin, sanığın yaptığı disiplinsizliğin farkına varması amacıyla söylendiği, sanığın bu sözlerden olumsuz olarak etkilendiği kabul edilse dahi, sonuçta Bölük Komutanının astlarının önünde yaşanan bu disiplinsizliği önlemek amacıyla sanığı yanına çağırması, disipline aykırı görülen bu duruma müdahale niteliğinde olduğundan, aralarındaki hizmet ilişkisinin sona ermeyeceği, bu itibarla; sanığın hizmete ilişkin bu emre aykırı hareket ederek tekrar edilmesine karşın Bölük Komutanının yanına gitmemesi eyleminin ASCK'nın 87/1'inci maddesinin 2'nci cümlesinde düzenlenen ve emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden şekilde tanımlanan emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturduğundan, sanığın unsurları itibarıyla oluşan müsten suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken beraatine karar verilmesi,..." (Yrg.19.C.D., 11.12.2019, 2019/1460 Esas 2019/15457 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:26.03.2020)

⁵⁶ Erman, s. 178; Değirmenci, s. 108; Dönmezer/Erman, s. 94; Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 563.

inceleyeceğimiz hata hükümlerine göre hukuka uygunluk sebebinden faydalanması gerekmektedir⁵⁷.

Belirtilmelidir ki emrin niteliği ve hukuki sonuçları, tüm rütbe ve makamdaki amirler için aynıdır. Diğer bir ifadeyle, amir konumundaki, bir astsubay çavuşun verdiği emir ile bir orgeneral tarafından verilen emir arasında, etki ve sonuçları bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bunun gibi askeri ceza hukukunda amirin, maiyetinde bulunan kişilerden rütbe itibarı ile daha üst konumda bulunması zorunlu değildir. Bir diğer ifade ile amir, her zaman maiyetindekilerin üst rütbelisi olarak düşünülmemelidir; maiyetinde daha üst rütbeli de olsa onların da amiridir⁵⁸. Nitekim İç Hizmet Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre, amirin emirlerini, maiyetinde olan rütbe ve kıdemce kendisinden üstün personel de yapmaya ve amirler de bu kişilere rütbeleri itibarı ile layık oldukları saygıyı göstermeye mecburdurlar. Bunun gibi Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde çalışmakta olan sivil memurlar da amir konumunda yer alabilirler ve maiyetindeki tüm askerî ve sivil personele hizmetin gerektirdiği emirleri verebilirler (TSKİHK m. 115/1,a).

c. Şekil ve esasa ilişkin koşullara sahip olması

Bir emrin bağlayıcı olabilmesinin son şartı, şekil ve esas bakımından mevzuata uygun olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, emrin meşruiyeti, hem şekil hem esas bakımından uygunluğuna bağlı tutulmuştur.

aa. Şekle ilişkin koşullar

Kural; İç Hizmet Kanunu'nun 8. maddesinde, emrin verilme şekli konusunda herhangi bir sınır getirilmediği görülmektedir. Zira anılan düzenleme uyarınca, emir, yazılı, sözlü ve sair suretlerle verilebilmektedir. Bu itibarla askeri hukukta emir konusunda, amire geniş bir takdir yetkisinin tanındığını söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla amirin yazı veya sözle dile getirdiği emir ile örneğin kaşını oynatarak ya da gözünü kırparak verdiği emir arasında bir fark gözetilmeyecektir⁵⁹.

Yazılı veya sözlü emir dışında sair suretlerle verilen emirlerde, emri veren amir ile buna riayet edecek olan astın bahse konu işareten aynı anlamı çıkarması önemli bir zorunluluktur. Zira emrin şeklen hukuka uygun farz edilebilmesi için, amirin iradesinin asta tereddüde mahal vermeyecek biçimde ulaştırılmış olması gerekir⁶⁰. Buna karşılık İç Hizmet Yönetmeliğinin 32. maddesi, emirlerin, hizmetin özüne göre verildiği zamandaki koşullara ve hizmetin ilintili olduğu talimatnamelerin gereklerine tabi olarak, sözlü veya yazılı şekilde verilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Kanuni düzenlemeye aykırılık teşkil eden bu hükmün geçerli olmadığı sonucuna varılmalıdır⁶¹. Çünkü yönetmelikler,

⁵⁷ Günal, s.85.

⁵⁸ Koç, s. 42.

⁵⁹ Sair surette emre ilişkin olarak burada güzel bir örneğe değinmek gereği duymaktayız. Bu itibarla Çanakkale Conkbayırı Savaşları sırasında 10 Ağustos 1915 günü süngü hücumu emrini kırıbacını kaldırıp aşağı indirerek veren Büyük Önder Mustafa Kemal ATATÜRK'ü saygı ve rahmetle anmayı bir borç biliriz (Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Rezzan Ünalp, “Çanakkale Muharebeleri ve Mustafa Kemal”, Çanakkale Araştırmaları Türk Yıllığı, Yıl: 13, Bahar 2015, Sayı: 18, 100. Yıl, s. 57).

⁶⁰ Değirmenci, Emre İtaatsizlikte Israr, s. 9.

⁶¹ Değirmenci, s. 108.

kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilmektedir (AY m.124/1).

İstisnalar; Emre ilişkin şekil serbestisine kanun ve yönetmelikte birtakım istisnaların getirildiği belirtilmelidir. Nitekim ilk olarak, İç Hizmet Kanunu'nun askerlerin silah kullanma yetkilerini düzenleyen 87. maddesinde, maddede yazılı görevleri yapmak amacıyla birliği görevlendiren üst komutanın, olay yerinde bulunuyor ise sözle ateş emri vermeye mezun olduğu ifade edilmektedir. Komutan, söz konusu emri yazıyla teyit eder. Diğer bir istisna ise, İç Hizmet Yönetmeliği'nin 32. maddesi ile öngörülmüştür. Buna göre, yanlış anlaşılmanın önüne geçebilmek adına uzun ve karışık emirlerin mümkün olan durumlarda yazılı olarak verilmesi önerilmektedir. Ancak bu son durumun, astların, emrin yanlış ifasından doğabilecek sorumlulukları engellemeye yönelik bir düzenleme olduğu ve emre ilişkin bir şekil şartı kabul edilemeyeceği öğretide ileri sürülmüştür⁶².

Bir başka açıdan İç Hizmet Yönetmeliği'nin 28. maddesine göre, emrin, üniforma ile verilmesi gerekmektedir. Üniformasız olan bir amir tarafından verilen emre, yalnızca o amiri tanıyanlar uymakla yükümlüdür. Üniforma giyinmeksizin emir vermek zorunluluğu gören amirler (ve kanuna göre emir verme yetkisini haiz bulunan üstler) astça bilinmiyorlarsa kimlik kartlarını göstermek suretiyle ile kendilerini tanıtır. Bu halde astların, emirleri yerine getirmek zorunluluğu bulunmaktadır (TSKİHY m.28). Üniformasız emir veren amirin, kendisini, kimlik kartı göstermek suretiyle tanıtmadığı ve astın da amiri tanımadığı bir olay vuku bulur ise, herhangi bir uyuşmazlık durumunda askeri mevzuata göre değil TCK'nın genel hükümlerine göre karar vermek gerekecektir⁶³. Nitekim Askerî Yargıtay, konuya dair bir kararında⁶⁴ şu ifadelerle yer vermiştir: *“Karanlıkta koridorda çarptığı kişinin onbaşı olduğunu bilmeden adı geçene yumrukla vuran, ancak kavganın önlenmesinden sonra taarruz ettiği kişinin onbaşı olduğunu anlayan sanık hakkında T.C.K.'nın 456 ıncı maddesi gereğince hüküm tesisi icap ederken, üste fiilen taarruz suçundan dolayı AsCK.nun 91 nci maddesi gereğince ceza tayini kanuna aykırıdır”*.

İç Hizmet Kanunu'nun 21. maddesine göre emirler, bir silsile izlenerek verilir. Söz konusu silsileyi ihlal eden emirler, şekli aykırılıktan, kural olarak, geçersiz nitelik taşıyacaktır. Ancak ivedi ve mecburi hallerde bu sıraya uyulmaksızın da emir verilebilir (TSKİHK m.21/1,2.cümle). Bu halde amir, atlanmış bulunan kademelere en kısa sürede bilgi vermek; bu yönde bir emre muhatap olan ast da kendi amirini haberdar etmek durumundadır.

Emirler, kısa, açık ve kesin olmalı; astın verilen emri/emirleri tamamen anlayacağına ve anladığına ilişkin emir veren amirde kanaat oluşmalıdır. Bir hizmet veya vazifenin yapılması için sadece emir vermek yetmemektedir; verilmiş bulunan emri zamanında takip etmek ve istenilen işin başarılmasını temin etmek her amirin görevi

⁶² Yüceer, s. 36.

⁶³ Mustafa Şimşek, Askeri Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Ceza Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 125-126.

⁶⁴ As. Yrg. 1.D., 11.03.1987, 1987/46 Esas 1987/133 Karar, Şimşek, s. 126, dn. 53.

olarak öngörülmüştür (TSKİHY m.30/1). Ayrıca verilen emirler, katı bir zorunluluk bulunmadıkça emir veren kişi tarafından değiştirilmemelidir. Buna mecbur kalmamak için ise emri verirken onun tatbik ve icra kapasitesini iyi değerlendirip hesap etmek gerekmektedir. Emri veren amir veya üstün kendisini daima emri yerine getirecek astın yerine koyması icap etmektedir (TSKİHY m. 31). Bu itibarla amir, emir verdiği kişinin imkan ve kabiliyetleri ile görevin özelliklerini göz önünde bulundurarak verdiği emri ifa edip edemeyeceğini gözetmelidir⁶⁵.

Emri yerine getirecek kişinin onu şekil bakımından incelemesi önemlidir. Daha açık bir ifade ile, mutlak itaat kuralının geçerli olduğu askeri ceza hukukunda dahi emrin, şekil bakımından uygunluğunu araştırmak görev ve yükümünü kaldırmak mümkün görünmemektedir⁶⁶. Dolayısıyla askeri ceza hukuku bakımından da, şeklen kanuna aykırı bir emrin yerine getirilmesinde hukuka uygunluk nedeni bulunmaz ve böyle bir emri ifa eden ast cezalandırılır⁶⁷.

bb. Esasa ilişkin koşullar

Askeri ceza hukukunda bağlayıcı emre ilişkin, şekil konusunda olduğu gibi, esas konusunda da kural olarak bir sınır tanınmadığı söylenebilmektedir. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, emrin hizmete ilişkin olması⁶⁸ ve konusunun suç teşkil etmemesi kesin ve önemli bir gerekliliktir.

⁶⁵ Özbakan, s. 110. Askerî Yargıtay, konuyu şu ifadelerle ele almıştır: “Dosyadaki delillerden; ... Komutanlığında Tabur Komutanı olarak görev yapan P.Kur.Yb. A.Ç. 'nin, 16.09.2008 tarihinde saat 09.15 sıralarında, Karargâh Bölük Komutanlığı emrinde tabip olarak görevli olan sanığı makam odasına çağırdığı ve icra edilecek iç güvenlik operasyonuna doktor ihtiyacını karşılamak için katılacağını, bu yönde gerekli hazırlıkları yapmasını emrettiği, sanığın, Tabur Komutanına rahatsız olduğunu, komando olamayacağına ve ağır bedeni faaliyetleri yapamayacağına dair doktor raporunun bulunduğunu söylediği, Tabur Komutanının ise birliğin komando birliği olmadığını, ayrıca kendisine operasyon süresince ağır malzemeler taşınmayacağını, kumanya, ilaç ve benzeri ağır malzemelerin taşınmasında yardımcı bir personel ve sıhhiye erlerini görevlendireceğini, operasyonun düz bir arazide saatte 2-3 km lik yavaş tempo ile yürüyüş şeklinde icra edileceğini açıklayarak sanığa yeniden emir verdiği, buna rağmen sanığın muayene olmak istediğini ve operasyona çıkmayacağını belirttiği, Tabur Komutanı tarafından sanığa daha önce doktora çıktığı ve sıhhi durumunun bu operasyona katılması için engel oluşturmadığı söylenmesine rağmen, sanığın tekrar kalp rahatsızlığı olduğunu söyleyerek muayene olmak istediğini belirttiği, neticede sanığın Tabur Komutanlığınca icra edilen operasyona kısmen de olsa iştirak etmediği ve operasyonun tabip olmadan gerçekleştirildiği anlaşılmakta, esasen bu konuda Daire ile Başsavcılık arasında bir uyumsuzluk da bulunmamaktadır. ... Kalbinden rahatsızlığı bulunduğu hususunda tereddüt bulunmayan ve hakkında ağır bedeni faaliyetleri yapamayacağına dair rapor bulunan sanığın, operasyon gibi ne ile karşılaşılacağı belli olmayan bir göreve gitmesi konusunda verilen emre, hakkını aramayla ilgili karşı çıkışının emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacağı sonucuna varılmıştır.” (As.Yrg.Drl.Krl., 31.05.2012, 2012/77 Esas 2012/77 Karar, <https://msb.gov.tr/Karar/KararDetay/559a80afb4540516f4682293>, E.T.:05.12.2019).

⁶⁶ Yılmaz Günel, “Askerî Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 4, 1967, s.173.

⁶⁷ Dönmezer/Erman, s. 90.

⁶⁸ Doktrinde bazı yazarlar, emrin hizmete ilişkin olması gereğinin şekil şartlarından olduğunu düşünmektedirler. Ancak kanaatimizce bu koşul, esasa ilişkin koşullar arasında değerlendirilmelidir. Nitekim şekle ilişkin denetim, emrin mevzuatta öngörülmüş bulunan usul ve şekil kurallarına uygun olarak verilip verilmediği hususu ile sınırlı bir kontroldür. Diğer bir ifadeyle burada emrin içeriğine değil, dış görünüşüne bakılmaktadır. Oysa esasa ilişkin denetim, emrin içeriğinin mevzuata uygun olup olmadığının değerlendirilmesidir. Dolayısıyla emrin içeriğine bakılmaksızın, yalnızca usule ilişkin bir inceleme ile hizmete ilişkin olup olmadığı yönünde bir fikir edinilemeyeceğini düşünmekteyiz. Benzer görüş için bkz. Akkurt, s. 66.

Gerçekten İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33.maddesine göre, emirlerin, hizmete ilişkin olması (TSKİHK m. 8 ve 16) ve kanun ve nizamlara aykırı olmaması zorunludur. Ancak, AsCK'nın 41/3,b maddesi kapsamına giren haller (emrin konusunun adli veya askeri bir suç teşkil etmesi hali) dışında ast, almış olduğu emri kanun ve nizama uygun görmese dahi yapmakla ve ondan sonra şikayet etmekle yükümlü kılınmıştır⁶⁹. Amirin vermiş bulunduğu emir AsCK'nın 41/3,b hükmünün kapsamına giren hususlara ilişkinse de emrin ifa olunmaması ve dahi bu halin gecikmeden en kısa yoldan bir derece yukarı amire bildirilmesi şart kılınmaktadır. Bu takdirde, daha açık bir ifadeyle emrin konusunun suç teşkil etmesi durumunda, emrin ifasından doğacak “bütün mesuliyetin”⁷⁰ asta ait olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla emrin konusunun adli veya askeri herhangi bir suçun işlenmesine dair olmaması ve emrin hizmete ilişkin bir emir olması zorunlu bir içerik şartıdır. Emir, bir subayın hususi aracını yıkamasını bir ere emre etmesinde olduğu gibi askeri disiplin ve hizmetin açıkça ve kesin olarak dışında veya askeri disiplin ve hizmete aykırı ise veya sokaktan geçen masum vatandaşlar üzerine ateş açılmasını emreden bir komutanın emrinde olduğu gibi konusunun suç teşkil ettiği kolayca anlaşılmakta ise, itaat edilmemelidir⁷¹. Buna karşılık emir, suç teşkil etmemesine rağmen kanuna ve nizamlara aykırı nitelik arz eder ise, astın, bu emri yerine getirmekten kaçınması mümkün görülmemekte; sadece emri yerine getirdikten sonra durumu şikayete konu etmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte emrin hukuka uygunluğunun denetlenme olanağının askeri hizmetin gereği olarak İç Hizmet Yönetmeliği'nin anılan hükmü ile engellenmiş olmasının Anayasa'ya uygun olmadığı düşünülmektedir⁷². Zira Anayasa'nın 137. maddesine göre, askeri hizmetlerin görülmesi için, hukuka aykırı veya konusu suç olan emirlerin ifa edilmesine dair bir istisna getirilecek ise, bu düzenleme kanunla yapılmalıdır. İç Hizmet Kanunu'nda konuya dair açık bir düzenleme yer almazken yönetmelikte bulunan, emrin konusunun adli veya askeri bir suç teşkil etmesi durumu dışında astın, aldığı emri kanun ve nizama uygun görmese bile emri yapması gerektiğine dair hüküm Anayasa'ya aykırı nitelik arz etmektedir. Askerî Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile de kanun ve diğer nizamlarla düzenlemeye tabi tutulmuş hususlarda, bu düzenlemeler hilafına verilen emrin ifa edilmesi, askerliğin kuralları uyarınca mecburi olsa bile yerine getirilmemesinin AsCK madde 87'de hükme bağlanan emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacağını benimsemiştir⁷³.

⁶⁹ Askerî Yargıtay, bir kararında kanun ve nizama aykırı olan bir talebin hiçbir surette emir niteliği kazanamayacağını ve bu tür bir talebe itaat etmemenin “emre itaatsizlikte ısrar” suçuna vücut vermeyeceğini kabul etmiştir (As.Yrg.Drl.Krl., 22.02.2001, 18/21, Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 475).

⁷⁰ İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33.maddesinin son cümlesinde geçen “bütün mesuliyet” ibaresi, anlatım bozukluğuna yol açmaktadır. Zira lafzi yorumla bütün sorumluluğun asta yüklenmiş olduğu, sanki emri veren herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacağı gibi bir anlam çıkarılabilmekte; dolayısıyla düzenleme kafa karışıklığına neden olabilmektedir.

⁷¹ Günel, Emir ve Sorumluluk, s. 173.

⁷² Zeynel Temel Kangal, Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 150.

⁷³ As. Yrg. 1.D., 01.05.2002, 2002/423 Esas 2002/420 Karar, Kangal, s. 150, dn. 242. Ancak Askerî Yargıtay'ın daha eski tarihli bir kararına göre ast, suç teşkil etmeyen emirleri kanuna aykırı olsa dahi yerine getirmek mecburiyetindedir, ki bu husus hem AsCK hem de TSKİHK'da kabul edilmiştir, dolayısıyla bu

Bu noktada AsCK 41/3,b maddesi kapsamına giren hallere açıklık getirmek gerekmektedir. Anılan hüküm, yukarıda da bahsedildiği üzere, verilen emrin adli ve askeri bir suç amacını içeren bir fiile karşılık geldiği ast tarafından bilinmekte ise, astın da iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılacağını öngörmektedir. Görüldüğü üzere, AsCK, “emrin konusunun suç teşkil etmesi” gibi objektif bir kriter yerine, “emrin yapılmasını şart koştuğu fiilin bir suça vücut verdiğini; emrin suç işletme maksadını güttüğünü bilme” şeklinde aktarılabilen sübjektif bir ölçüyü kabul etmiş, daha açık bir ifade ile TCK’nın 4. maddesinin “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” düzenlemesinden ayrılarak emir konusunda hukuki bilmemeye önem vermiştir⁷⁴. Bu itibarla astın sorumlu olabilmesi için, emrin açıkça suç teşkil etmesi yeterli olmamakta; ayrıca ve özellikle bu emrin bir suç işlemek amacıyla verildiğini astın bilmesi aranmaktadır⁷⁵.

Ancak kanaatimizce, bu şekilde sübjektif esasın kabulü, hakkaniyete uygun kararların verilmesini güçleştirecek niteliktedir. Nitekim emrin bir suç amacını içeren bir fiile müteallik olduğunun ast tarafından bilinip bilinmediğini belirlemek oldukça güçtür ve kötüye kullanmaların önünü açabilecek niteliktedir. Bir kanun değişikliği ile sübjektif ölçü yerine, “emrin konusunun açıkça suç teşkil etmesi” gibi bir objektif kıstasın kabulü gerekmektedir⁷⁶. Kaldı ki konuya dair Askerî Yargıtay kararlarının çoğunluğunda emrin konusunun suç teşkil ettiğinin açıkça görüldüğü hallerde iştirak hükümleri uyarınca ast hakkında da ceza tayin edilmesi yoluna gidilerek uygulamada objektif ölçüye yönelimin olduğu söylenebilmektedir. Askerî Yargıtay, bu hususla ilgili verdiği önemli bir kararında, hizmete ilişkin hususlarda verilen ve suç olan emirlerin amiri sorumlu kılacağının kanuni bir prensip olmasına rağmen, suç amacını taşıdığı bilinen bir emri ifa etmenin astı da sorumlu kılacağının AsCK’nın 41/3-B maddesinde açıklanmış ve Anayasa’nın 125/3. (137/3.) maddesinde ise, hizmet lüzumu dikkate alınarak, askerî mevzuatta geçen emirle ilgili hükmün istisna yolu ile saklı tutulmuş bulunduğu işaret ederek; 227 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle yasak edilmiş olmasına karşın sinema parası adı altında aylık belli bir miktarın erat harçlıklarından kesilmesine dair Tabur Komutanlığı’ndan verilen ve bahsedilen niteliği itibarıyla suç maksadı güttüğü bariz olan, İç Hizmet Yönetmeliği’nin 33/2. maddesi karşısında, kanuna muhalefetle sakat olduğu

tür bir emri yerine getirmeyen astın emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemiş sayılacağı da kabul edilmiştir (As.Yrg.Drl.Krl.,09.03.1989, 1989/91 Esas 1989/71 Karar, Akman, s. 170, dn. 605).

⁷⁴ Dönmezer/Erman, s. 94; Erman, s. 183; Günel, Emir ve Sorumluluk, s. 176.

⁷⁵ Erman, s. 183.

⁷⁶ Aynı görüş için bkz. Muhammed Demirel, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 121. *Meraklı* ise, “malum olma” ibaresinin hukuki bir kavram olmamasını gerekçe göstererek bu terim yerine öngörülebilir olma terimine yer verilmesinin daha yerinde olacağı görüşündedir. Ona göre, AsCK’nın 41. maddesi şu şekilde değiştirilmelidir ya da TCK 24. maddeye şöyle bir fıkra eklenmelidir: “*Verilen emrin konusunu bir suç veya kabahatin oluşturduğu açık ise veya verilen emrin konusunu bir suç veya kabahatin oluşturduğuna ast öngörmüş ise emri yerine getirmiş olmasından ötürü kusurlu sayılır.*” (Serkan Meraklı, Ceza Hukukunda Kusur, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 378-379). Bizce söz konusu öneri de uyuşmazlıkların çözümü noktasında yeterli bulunmamaktadır. Nitekim astın verilen emrin suç işletme gayesini güttüğünü bilmesinin belirlenmesindeki güçlük, astın öngörmesinin belirlenmesinde de aynı yoğunluktadır. İleride açıklanacağı üzere bizce konusu suç teşkil eden emir bakımından kamu görevlisi arasında hiçbir farklılığa yer verilmemelidir. Bu halin tek istisnası olarak hata kurumuna ilişkin genel hükümler kabul edilmelidir.

kendileri tarafından da bilinen emri yerine getirmekten kaçınmaları ve durumu en kısa yoldan bir derece büyük amire bildirmeleri gereken komutanların, emrin verildiği tarihten kaldırıldığı tarihe kadar onu ifa ettikleri saptandığından sanıkların AsCK'nın 41/3-B maddesi izinde memuriyet nüfuzunu suiistimal suçundan ötürü iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulmalarında hukuka aykırılık görmemiştir⁷⁷. Yine başka bir kararında Askerî Yargıtay, *“Kantin Başkanının satış elemanlarına kantinde satışa sunulan malların fiyatlarını yükselterek satmalarına dair emri, suç teşkil eden bir emir niteliğinde olup, bu emri yerine getiren sanıkların eylemleri, memuriyet görevinin ifası sırasında kanun ve nizamın getirdiği usul ve esaslara uymayarak memuriyet görevini kötüye kullanmak suçunu oluşturur”*⁷⁸ ifadelerine yer vermiştir.

3. Mutlak itaat kuralı

a. Genel olarak

İtalyan düşünür Giovanni Carmignani tarafından ileri sürülmüş olan mutlak itaat kuralı (veya teorisi), amir tarafından verilen her emre madunun kayıtsız şartsız itaat etmesi gerekliliğini ifade etmektedir ve bu itaat sonucunda meydana gelecek herhangi bir suçtan ötürü ast (madun) sorumlu tutulmamaktadır⁷⁹. Zira sorumluluk, emri yerine getiren değil emir veren amirdedir. Bu teoriye göre, hiyerarşik bağ dolayısıyla itaat zorunluluğu olan ast tamamen pasif konumdadır. Verilen emir, ister kanuna aykırı olsun isterse de konusu suç teşkil etsin yerine getirilmek zorundadır.

Bu görüş doğrultusunda Türk Askerî Ceza Hukuku'nda da askerlik amaç ve menfaatlerini temin maksadıyla bir zorunluluk olarak amirin hizmete ilişkin emrine kayıtsız şartsız itaat mecburiyeti getirilmiş; amirin emrine karşı bir tenkit, bir karşı görüş ileri sürememek esası kabul edilmiştir⁸⁰. İç Hizmet Kanunu'nun 14/3. maddesinde de bu tür fiillerin cezai yaptırımları gerektirdiği belirtilmiştir.

Anayasamız da askeri hizmetlerin görülmesinde emre mutlak itaat edileceği esasını, açıkça olmasa da dolaylı bir biçimde kabul etmiştir⁸¹. Zira bilindiği gibi, Anayasa'nın “Kanunsuz emir” başlıklı 137. maddesinin ilk iki fıkrasında, kanuna aykırı emrin, yazı ile yenilenmedikçe; konusu suç teşkil eden emrin ise, hiçbir surette yerine getirilmemesini öngördükten sonra, üçüncü fıkrasında, askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla istisna getirilebileceğini ifade edilmiştir.

İç Hizmet Yönetmeliği'nin birçok maddesinde, mutlak itaatin gerekliliğine ve gereklerine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Mesleğin istediği mutlak itaati, her astın gönül isteğiyle yapması şarttır (TSKİHY m.4/1). Askerliğin temeli, mutlak bir itaat şeklinde kendini göstermektedir. İtaat ise, her astın üstünden aldığı emri herhangi bir

⁷⁷ As.Yrg.4.D., 18.01.1972, 1972/4 Esas 1972/21 Karar, Yüceer, s. 63.

⁷⁸ As.Yrg.1.D., 28.02.2001, 2001/136 Esas 2001/158 Karar, Levent Tiftik, Türk Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Suçları, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2004, s. 72.

⁷⁹ Günel, s. 101; Yılmaz Günel, “Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı:2, 1965, s. 636-637 (Emrin Meşruiyeti); Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 465.

⁸⁰ Taşkın, s. 67.

⁸¹ Yüceer, s. 45.

kayıt veya şart düşünmeksizin ve en ufak bir tereddüt göstermeksizin canla, başla yerine getirmesi, kanunlar ve nizamların ifade ettiğinden şaşmaması ve yasaklanan şeyleri yapmaması anlamına gelmektedir (TSKİHY m.86/2,b). Her astın, amirlerinin kendisinden daha bilgili ve deneyimli bulunduğuna, Silahlı Kuvvetlere ve memlekete daha fazla hizmeti olduğuna ve kendi hakkında her zaman iyi düşündüğüne inanması ve korunduğuna emin olması icap etmektedir. Bu hususlar, itaat ruhunun temelidir (TSKİHY m.5). Astın, aldığı bir emir ile ilgili olarak amirine mütalaada bulunması kesinlikle yasaklanmıştır. Alınan emirler, herhangi bir kayıt ve şarta bağlanmadan ve hiçbir düşünceye kapılmadan yapılmalıdır. Bir emrin alındığı sırada veya alınmasından sonra buna karşı mırıldanmak veya doğru bulmadığını düşündürecek hal ve harekette bulunmak cezayı gerektirmektedir (TSKİHY m.10). Amirin, maiyetinden mutlak bir itaat beklemeye ve istemeye hakkı bulunmaktadır (TSKİHY m.13).

Amirin emri karşısında mutlak itaat kuralı, amirin maiyetinde yer alan kendisinin üstü konumunda bulunan personel için de aynen geçerlidir. Bunun gibi, Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memurlar da maiyetinde bulundukları askerî amirlere karşı ast konumunda olup asta tahmil edilen vazifeleri aynen yerine getirmeye, yani mutlak surette itaate mecbur tutulmuşlardır (TSKİHK m.115/1,b)⁸². İç Hizmet Yönetmeliği'nin 717. maddesi, amirin emri hilâfına hareket eden sivil personellerin, askerlerin tabi oldukları cezai sorumluluklara tabi olduğunu ifade etmektedir. İç Hizmet Kanunu veya AsCK'da açıkça yer almayan bu düzenlemeye Yönetmelik'te yer verilmiş olması, bizce geçerliliğini tartışılır hale getirmiştir⁸³. Nitekim önceden İç Hizmet Kanunu'nun 115/1,b maddesinde de "*Hilâfına hareket edenler askerlerin tabi olduğu cezai müeyyidelere tabi olurlar*" şeklinde geçen bu düzenleme, TSK Disiplin Kanunu'nun 45.maddesi ile ilga edilmiştir.

b. Mutlak itaat kuralının istisnaları

Askerlerin, memurlara nazaran daha fazla itaate mecbur olması, itaatleri için emrin sadece amir veya üstü tarafından verilmiş olmasının yeterli olması anlamına gelmemektedir⁸⁴. Bu itibarla, askerliğin menfaatlerini temin maksadıyla yine askeri disiplinin gereği olarak mutlak itaat kuralına, AsCK ve İç Hizmet Kanunu ile birtakım istisnaların getirildiği görülmektedir.

⁸² "TSK'de çalışan bir sivil memurun ast gibi cezalandırılabilmesi değişik ifadeyle suçun mağdurunun amir sayılabilmesi için her ikisinin aynı kuruluşun kadrosu içinde yer almaları yeterli olmayıp, aralarında hizmet nedeniyle doğan amir, memur ilişkisinin varlığı da gereklidir. Sıralı üstlerin tamamının sivil memurlar açısından amir olarak kabulü halinde kanun vazihinin amacı dışında bir sonuca ulaşılmış olur. Esasen sivil personel dışındaki TSK'nin diğer personeli açısından da durum böyle olup, rütbece üstün olmak her zaman amir olmayı gerektirmemektedir. Dava konusu olaya bakıldığında da sivil memur olan sanığın hakaretine maruz kalan Tümen Komutanının üst olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte sanıkla aralarında hizmetten doğan bir amir-memur ilişkisi bulunmadığından sanığın eyleminin amire hakaret suçu olarak tavsifi isabetli görülmemiş ve bu bölüme ilişkin Daire Kararının kaldırılması gerekmiştir." (As.Yrg.Drl.Krl., 23.06.1994, 1994/71 Esas 1994/71 Karar).

⁸³ Ancak Duran, Milli Savunma Bakanlığı veya TSK'nın kadrolarında çalışan devlet memurları bir diğer ifadeyle sivil personelin, amirleri tarafından verilen emirleri kasten yapmaması halinde, hem DMK gereği kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezasıyla hem de emre itaatsizlikte ısrar suçuyla cezalandırılması gerektiğini kaleme almıştır (Gökhan Yaşar Duran, "Askerî Ceza Kanununda Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu", CHD, Aralık 2019, Sayı:41, s. 664).

⁸⁴ Günel, Emir ve Sorumluluk, s. 172.

aa. Askerî Ceza Kanunu'nun getirdiği istisna

Mutlak itaat kuralına AsCK ile getirilen tek istisna, amirin verdiği emrin, Kanunun 41/3,b maddesi kapsamına giren hallere ilişkin olması halidir. Bu hal, amirin emrinin bir suç maksadını içerdiğinin ast tarafından bilinmesinden ibarettir. Nitekim bu halde ast, emri ifa etmemeli ve fakat gecikmeden en kısa yoldan bir derece yukarı amire bilgi vermelidir. Eğer ast, amirin emrinin bu şekilde bir suç işletme amacına matuf olduğu bilgisine sahip olmasına rağmen emri yerine getirirse iştirak hükümleri uyarınca cezalandırılacaktır. Görüldüğü gibi mutlak itaatin kapsamı, açıkça suça vücut veren bir emri ifa etmeye veya suç işletmek maksadıyla verildiği malum olunan bir emri yerine getirmeye kadar genişletilememektedir⁸⁵.

AsCK 109. maddesinde, ayrıca, astına bir suçun yapılmasını teklif eden amir veya üstün hapis cezası ile cezalandırılacağını belirtmiştir. Bu itibarla verilen emir, bir suçun işlenmesi amacını özgülennmiş ve ast da bu halin farkında ise, mutlak itaat geçerli olamamaktadır.

bb. İç Hizmet Kanunu'nun getirdiği istisnalar

İç Hizmet Kanunu'nun getirdiği ilk istisna, hizmete taalluk etmeyen, yani hizmete ilişkin olmayan emirlere ilişkindir. Zira daha önce de üzerinde durulduğu üzere, hizmete ilişkin olmayan emirlere, ast, itaat etmek mecburiyetinde bulunmamaktadır. İç Hizmet Kanunu'na göre, amir, maiyetine hizmet ile münasebeti olmayan emir verememektedir (m.16). Hizmetle ilgisi olmayan emir vermenin TSK Disiplin Kanunu'nda yer alan yaptırımını ise, aylıktan kesme olarak öngörülmüştür (m. 18/1,c).

Bunun gibi İç Hizmet Kanunu ile emrin üst tarafından verilmesi haline özgü bir istisna daha öngörülmüştür. Zira bir üst tarafından verilmiş ise, ancak üste yasa ve nizamlara göre böyle bir emir verme yetkisi tanınmış ise iş bu emre itaat edilmelidir⁸⁶. Nitekim bu husus, anılan Kanun'un 14. maddesinin 1. fıkrasından açıkça anlaşılmaktadır.

Anılan Kanunun, mutlak itaate getirdiği diğer bir istisna, astın emri değiştirebilmesine ilişkin düzenlemedir. Gerçekten her askerî emir, içerisinde "clausula rebus sic stantibus" (o andaki hal ve şartların müsaadesizliği) kaydını barındırmaktadır⁸⁷. Bu minval üzere emrin verilmiş olduğu hal ve şartların değişmesi durumunda, emri alana birtakım inisiyatiflerin bahşedilmesi gerekmektedir. İşte İç Hizmet Kanunu'nun 20. maddesine göre, emirler kural olarak değiştirilemese de istisnai olarak;

* Durum ve şartlar emri yapılamayacak hale getirmişse veya

* Emir verilirken bilinmeyen sebepler sonradan ortaya çıkarsa ya da

* Emrin ifası büyük bir tehlikeyi ve ağır bir zararı meydana getirebilecek ise ve ek olarak tüm bu hususlara rağmen amirden yeni bir emir almaya durum ve süre de bulunmamakta ise, ast, sorumluluğu üstlenerek emri yeni hale uygun bir şekilde

⁸⁵ Günal, Emir ve Sorumluluk, s. 174; Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 520.

⁸⁶ Kardaş/Çingir, s. 150-151.

⁸⁷ Aydın, s. 55.

değiştirmek suretiyle yapabilmektedir ve fakat ilk fırsatta emri yerine getirilmeyen veya kısmen ifa edilen amirlere bilgi vermek zorundadır.

Bir başka istisna, Kanunun 22. maddesi ile getirilmiştir. Buna göre ise, amirin vermiş bulunduğu emir ifa edilirken daha büyük bir amirden öncekine aykırı bir başka emir daha verilecek olur ise, sonraki emrin kaynağı amire, önceki emir bildirilmelidir. Şayet ikinci amir verdiği emrin yapılmasında direktirse bu kişinin emri yapılmalıdır. Birinci amire de bu husus hakkında malumat verilmelidir⁸⁸. Ancak daha büyük amire, ilk amirin emrine ilişkin malumat vermeye hal ve zaman uygun değil ise vaziyete münasip olan emir, muhatap olanın kendi sorumluluğu dahilinde yapılır ve söz konusu amirlere bu tercih bildirilir.

D. Amir, Üst ve Ast

1. Amir

a. Genel olarak

Amir kavramı, sözlükte, “bir işte emir verme yetkisi bulunan kimse, mir; buyuran, buyurucu” şeklinde tarif edilmektedir⁸⁹. Türk Hukuk Lûgatı’nda da “bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını emreden kimse”⁹⁰ şeklinde tarif edilen amir, İç Hizmet Kanunu (m.9) ile Askerî Ceza Kanunu (m.13)’na göre ise, makam ve memuriyet itibarıyla emir vermek salahiyetine sahip olan kimsedir. Bu kapsamda amir kavramının net şekilde anlaşılması için, makam, memuriyet ve maiyet kavramlarının da içeriklerinin ortaya konulması gerekmektedir.

Makam, her amirin Silahlı Kuvvetler bünyesinde temsil ettiği mevkiyi karşılamaktadır (TSKİHK m.11). Memuriyet ise, bilinen anlamından ⁹¹ farklı düşünülmelidir⁹². Nitekim Askerî Ceza Kanunu, bu Kanunun uygulanmasında “memur” tabirinden, 12.maddede yazılı hizmeti ifa ile mükellef olan kişinin anlaşılması gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır (m.13). Dolayısıyla ceza hukukunda, genel olarak kamu hizmetinde bulunmayı ifade eden memuriyet kavramı, askeri ceza hukuku bakımından, askerî hizmette bulunmayı kastetmektedir. Farklı bir ifadeyle askerî ceza hukukunda memur kavramı, mevzuatta yer alan veya amirce emredilen bir askerî görevin ifası ile yükümlü tutulan kimseye karşılık gelmektedir⁹³. Son olarak maiyet de, amirin emri altındaki şahısları ifade etmektedir (TSKİHK m.9).

⁸⁸ Ancak bu durumun tersi, yani daha büyük amirin verdiği emrin, bu kişiye göre rütbe veya kıdemce ast konumunda bulunan bir amir tarafından değiştirilmesi mümkün olmamaktadır: “Üst rütbeli bir amirin verdiği emrin daha ast rütbedeki amir tarafından değiştirilmesi mümkün değildir.” (As.Yrg.Drl.Krl., 02.07.1998, 1998/109 Esas, 1998/108 Karar, Orhan Çelen, En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Canteğin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.24).

⁸⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> , E.T.:20.11.2019.

⁹⁰ Türk Hukuk Lûgatı, s. 15, <https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf> , E.T.:08.10.2020.

⁹¹ DMK m. 4/A.

⁹² Yüceer, s. 12; Değirmenci, s. 77; Taşkın, s. 46; Tiftik, s.32.

⁹³ Ragıp Aycan, “Türk Ceza Kanunu ile Askerî Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Mukayesesi Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Yıl: 54, Sayı: 9-10, Eylül-Ekim 1963, s. 964.

Askeri mevzuatta amir, hiyerarşik düzeninin sağlıklı kurulması ve devam ettirilmesi maksadıyla birtakım yetkilerle donatılmıştır. Buna göre amir, öncelikle, verdiği emrin arzu edilen zamanda ve başarı ile yerine getirilip getirilmediğini takip etme yetkisini haizdir (TSKİHK m.15). Ayrıca amir, emrin içeriği olan görevlerin yapılması sırasında astlarına nezaret etme yetkisine de sahiptir. Bunun dışında amirin, vermiş olduğu emrin ne düzeyde bir başarı ile yerine getirildiğini, diğer bir ifadeyle emrin sonucunu takdir yetkisi bulunmaktadır. Amirler, astlarını kontrol ve denetleme imkanını da haizdir. Bahse konu yetkilerden bir diğeri de amirlerin, astlarına sicil vermek yetkisidir. Ancak amirlerin maiyetine karşı daima tarafsızlığı ve hakkaniyeti muhafazası esas olduğundan (TSKİHK m.17), sicil verilirken de bu esastan uzaklaşılması icap etmektedir.

Son olarak amir, maiyetinde bulunan bir personele, disiplini bozan fiil ve davranışlarından ötürü disiplin cezası verebilmektedir (TSKİHK m.18). İdare hukukunda, disiplin cezası verebilecek amirler ve disiplin cezalarının nitelik ve nicelikleri dar kapsamda olmasına karşın askeri hizmetin önemi ve özellikle disiplinin idamesi bakımından askeri hiyerarşik amirlerin verebilecekleri disiplin cezaları, hem nitelik hem nicelik itibarıyla geniş kapsamlı öngörülmüştür⁹⁴. Askerî hiyerarşik amirin veremediği tek disiplin cezası, Silahlı Kuvvetlerden ayırmadır (erbaş ve erler için ise hizmetten mendir). Ancak TSK Disiplin Kanunu'nun 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, disiplin amiri olabilmek için disiplin cezası verilecek kişiden rütbe veya kıdemce büyük olunması gerektiğinden amir, maiyetinde bulunan iş bu nitelikteki personele disiplin cezası verememektedir⁹⁵.

b. Amirlik sıfatının kazanılması

Amirlik sıfatının kazanılması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Aşağıda bu kazanım şekilleri incelenecektir.

aa. Göreve tayinden doğan amirlik

Amirlik sıfatı, ilk olarak, emretme yetkisine sahip belirli bir kadroya tayin edilmekle kazanılmaktadır. Bunun için askeri hiyerarşik düzen içinde kadrosu önceden belirlenmiş bir makama, kanunda gösterilen usullerle, idarenin yapacağı bir tayin işlemi gerekmektedir. Bu durumda amirlik sıfatı, ancak belirlenen göreve fiilen başlamakla kazanılmaktadır. Amirin yetkileri, tayin olduğu makamın donatıldığı tasarruflarla sınırlanmıştır. Amir, emir verme gücünü makamından almakta ve bu makama bağlı bir şekilde kullanmaktadır⁹⁶.

Askerî şahsın, emretmek yetkisini kazanabilmesi, bir başka ifadeyle amir statüsünde bulunabilmesi için mevzuata uygun bir görevlendirmeye ihtiyaç bulunduğunu belirtmiştik. İç Hizmet Kanunu ile Yönetmeliği ve TSK Personel Kanunu'nda gösterilen koşullara uyulmadan yapılan görevlendirmeler, amir statüsünün kazanılmasına engel niteliktedir. Bu durumda, yani yasal koşullara riayet edilmeksizin yapılan

⁹⁴ Yüceer, s. 14; Şimşek, s. 114; Ulukanlıgil, s. 46-48.

⁹⁵ Koç, s. 42. Koç'a göre, amirin kendisinden daha üst rütbede bulunan maiyetinin bir disiplin suçu işlemesi durumunda daha yüksek disiplin amirine müracaat etmesi gerekmektedir.

⁹⁶ Yüceer, s. 15; Değirmenci, s. 78.

görevlendirmeler, asker kişiye “amir” konumu sağlamayacaktır⁹⁷. Dolayısıyla söz konusu asker kişiye karşı gerçekleştirilen tehdit, hakaret, emre itaatsizlikte ısrar, mukavemet ve fiilen taarruz eylemlerinin cezası, AsCK’nın 82, 85, 87, 90 ve 91’inci maddelerine göre değil, genel hükümlere göre tayin olunacaktır. Ancak yasal koşullar oluşmadan amir olarak belirlenmiş kişi, sayılan fiilleri gerçekleştiren kişi karşısında “üst” konumunda ise, AsCK’nın anılan düzenlemelerine göre hüküm kurulacaktır.

Emir verme salahiyetinin birden fazla amire ait olduğu durumlara rastlamak mümkündür. Ancak bu husus, kanuni neticeleri bakımından bir farklılık doğurmamaktadır⁹⁸. Bu durum, özellikle uygulamada “ikiz görevlendirme” şeklinde anılan geçici görevlendirmelerden kaynaklanmaktadır. Kural olarak, zorlayıcı ve mecburi bir sebebe dayalı olmadıkça ve çok kısa bir zamana ilişkin haller ile ek görev hali ayrı olmak üzere, bir askerî şahsın atandığı görev yeri dışında çalıştırılması mümkün bulunmamaktadır⁹⁹. Ancak objektif ve zorunlu sebeplerin mevcut bulunması halinde, TSK Personel Kanunu ve Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliği’nde belirtilen usul ve esaslara uygun olarak bir askerî şahsın birden fazla birimde aynı anda görevlendirilmesi mümkün olup bu halde, birden fazla amirin emirlerine itaat vecibesi doğmuş olmaktadır. Bu halde kişinin, asıl kadrosu ile ilişkisi devam ettiğinden, asıl amiri ile maiyetinde geçici görevlendirildiği amirin aynı konuda birbiri ile çelişen iki emir vermesi durumunda nasıl bir yöntem izlemesi gerektiği belirsizdir. Zira bu konuda ne TSK Personel Kanunu’nda ne de Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliği’nde (ne de TSK ve MSB’de görevli devlet memurları bakımından geçerli olan Devlet Memurları Geçici Görevlendirme Yönetmeliği’nde) bir açıklık bulunmamaktadır.

Askerî hiyerarşik amir olmak için mutlaka asker kişi olmak şart değildir. Zira daha önce de değinildiği üzere, İç Hizmet Kanunu’nun 115. maddesine göre, Türk Silahlı Kuvvetleri’nde görev yapan sivil memurlar da amir vazifesi alabilmektedir. Ancak bu kişilerin maiyetine ceza vermek yetkisi söz konusu değildir. Maiyetini cezalandırılması gereken hallerde bu sivil amirin, en yakın askerî amire müracaat etmesi lazımdır (TSKİHY m.717).

bb. Göreve vekalet etmekten doğan amirlik

Göreve vekalet konusu, İç Hizmet Yönetmeliği’nin 34. maddesinde düzenlenmektedir. Bunun gibi vekalet verme imkanı olmayan istisnai hallerde ise, birliğin komutansız kalmasını ve muhtemel karmaşayı engellemek adına, kendiliğinden komutanlığı almak suretiyle amirlik de tesis edilmiştir.

Vekalet ve kendiliğinden komutayı ele almak suretiyle amirlik sıfatını haiz olanlar, kural olarak, başta emir vermek olmak üzere amirlik makamının getirdiği tüm yetkilere ve ödevlere sahip olmaktadır. Ancak söz konusu kurala da Subay Sicil Yönetmeliği m.6/3 ve Astsubay Sicil Yönetmeliği m.6/3 hükümlerinde vekâlet eden

⁹⁷ Kardaş/Çingir, s. 75.

⁹⁸ Akman, s. 110.

⁹⁹ AYİM 1.D., 02.04.1991, 1990/1102 Esas 1991/919 Karar, AYİM Dergisi, Sayı: 7, Cilt: 1, s.200-208.

amirin sicil yetkisine getirilen kısıtlamalar örneğinde olduğu gibi, bazı istisnalar getirildiği gözden kaçırılmamalıdır¹⁰⁰.

cc. Bazı görevlerden doğan sınırlı amirlik

İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği'nin çeşitli maddeleri, bazı görevlerdeki askeri personelin sınırlı durumlarda amir sıfatını kazanacağını belirtmektedir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür:

i. *Garnizon komutanlığı*; İç Hizmet Kanunu'nun 47.maddesinin 1.fıkrasına göre, garnizon kumandanı garnizon sınırlarındaki bütün kıta ve askeri kurumların disiplin amiridir. Söz konusu yetki, anılan komutanlıkların bünyesinde bulunan hizmet birimleri için bizatihi mevcut iken garnizona dahil ve fakat bu komutanlıklar bünyesinde bulunmayan kıta ve kurumlar için istisnai bir amirlik oluşturmaktadır¹⁰¹. Bu itibarla garnizon komutanı, İç Hizmet Yönetmeliği'nin 158 ila 172. maddelerinde detaylandırılan vazifelerinden doğan yetkilerine binaen emirler verebilecektir. Diğer bir ifade ile garnizonda görevli Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarını, disipline aykırı fiillerinden ötürü kendisi doğrudan cezalandırabileceği gibi ceza verilmesini, eylemi sergileyen asker kişinin amirinden de talep edebilmektedir.

ii. *Kışla, konak ve ordugâh komutanlığı*; İç Hizmet Kanunu'nun 52.maddesinin 1.fıkrasına göre, müstakil şekilde bir kışla, konak veya ordugâhta yer alan bir kıta veya askerî kurumun komutan veya amiri aynı anda söze konu bu yerlerin kışla, konak veya ordugâh komutanıdır. Bu kişilerin vazifeleri ise, İç Hizmet Yönetmeliği'nin 175 ila 194 maddelerinde düzenleme konusu olmuştur. Bu kapsamda anılan düzenlemelerde sayılan vazifelerin ifası amacıyla kışla, konak ve ordugâh komutanlarının emir verme yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin genel itibarıyla disiplinin korunması, kışla emniyetinin sağlanması, ortak tesislerin idamesi ve işletilmesi gibi hususları içermesi karşısında söz konusu komutana disiplin cezası verme yetkisinin tanınmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda kışla, konak ve ordugâh komutanı, ceza vermeyi gerektiren bir fiille karşılaşır ise yetkili komutana olayı ihbar ile yetinecektir¹⁰².

iii. *Nöbetçi amirliği*; Yönetmeliğe göre, nöbetçi amiri, disiplin, emniyet, iase, idare ve temizlik işleri ile komutan veya kurum amiri olmadığı zamanlar o kişiye ait bütün görevleri yapmaktadır. Bunun gibi nöbetçi amiri, o anda kışlada bulunan tüm nöbetçi personel ile erbaş ve erlerin amiri konumundadır. Her konuda komutana ve kurum amirine karşı sorumlu tutulmuştur (TSKİHY m.411/1,2).

iv. *Diğer nöbetçi personel*; İç Hizmet Yönetmeliği'nin 396 ila 410. maddelerinde sayılan ve vazifeleri açıklığa kavuşturulan nöbetçi personeller, Yönetmelik'te sayılan görevlerle ilgili olarak o görevleri yapması gerekenlere karşı amirlik sıfatı kazanmaktadırlar. Askerî Yargıtay, bir kararında, onbaşı rütbesinde olan mağdurun, İç hizmet Yönetmeliği'nin 399. maddesi uyarınca aynı rütbede bulunan sanık onbaşının amiri sıfatını kazanmasını, o gün kendisine verilmiş olan "Bölük/Batarya Nöbetçi

¹⁰⁰ Yüceer, s. 16; Değirmenci, s. 79; İlker Uçdu, Askeri Ceza Hukukunda Yetkili Mercinin Emrini İfa, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002, s. 82.

¹⁰¹ Yüceer, s. 22.

¹⁰² Değirmenci, s. 80.

Çavuşluğu” hizmeti dolayısıyla olduğunu; bu hükümlerin, anılan hizmet sebebiyle onu eşiti rütbedeki diğer onbaşılara karşı amir konumuna getirdiğini ve onu böylece koruduğunu açıklayarak konuyu somutlaştırmıştır¹⁰³.

v. *Askerî karakol, nöbetçi ve devriyenin*¹⁰⁴ amirliği; AsCK’nın 106. maddesinde, askeri karakol, nöbetçi ve devriyeye hakaret eden veya mukavemette bulunan ya da fiilen taarruz eden yahut onları dinlemeyen kişilerin bu fiilleri amire karşı yapmış sayılacağı ve ona göre cezalandırılacağı vurgulanmıştır. Burada tanınan amirlik vasfının, emir verme yetkisi ile ilgisi olmadığını vurgulamak zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim hüküm açıkça askeri karakol, nöbetçi ve devriyeye karşı işlenen sayılı suçlar bakımından bu kişilerin amir olarak değerlendirilmesi ve ona göre ceza tayinini şart koşmaktadır. Bu minval üzere askeri karakol, nöbetçi ve devriyelerin amirliği, “pasif” bir amirlik olarak değerlendirmek mümkündür¹⁰⁵. Söze konu amirlik, karakol amiri dışında istisnasız bütün askeri şahısları kapsamına almaktadır¹⁰⁶. Askeri Yargıtay, bir kararında konuya açıklık getirmiştir: “... Kanunun 106’ncı maddesinde ise; nöbetçiye taarruz edenlerin, bu suçu amire karşı yapmış sayılarak, cezalandırılacakları belirtilmiştir. Söz konusu kanun hükmü ile; kanun koyucu tarafından nöbetçi, ifa ettiği hizmetin önemi göz önünde bulundurularak korunmak istenmiştir. Diğer bir deyişle silahlı nöbetçiye karşı işlenmiş suçlar, şahsa karşı değil, askerî itaate karşı işlenmiş suçlar olarak telakki edilmektedir. Bu bakımdan karakol, nöbetçi ve devriyenin bütün asker kişilere karşı amir sayılmaları (hizmeti düzenleyip yürüten kendi amirleri hariç), ancak, görev nedeniyle kendilerine verilen yetki hudutları dâhilindeki müdahaleleri sırasında (görevi icra halinde) madde metninde yazılı suçların kendilerine karşı işlenmesi halinde söz konusu olacaktır”^{107, 108}.

¹⁰³ As.Yrg.1.D., 20.05.2011, 2011/0364 Esas 2011/0369 Karar, Değirmenci, s. 81. “TSK İç Hizmet Yönetmeliğinin 396 ncı maddesi tarifati dairesinde bölük komutanlığınca bölük nöbetçi onbaşısı olarak görevlendirilen er diğer erlere nazaran amir durumundadır.” (As.Yrg.4.D., 26.11.1974, 1974/1023 Esas 1974/1038 Karar, Koç, s. 42).

¹⁰⁴ Nöbetçi, barışta ve savaşta, disiplin, emniyet, muhafaza ve gözleme amaçlarıyla silahlı şekilde bir yere konulan ve belirlenmiş bir talimatı bulunan tek veya çift asker olarak tarif edilmektedir (AsCK m. 15/1). Karakol ise, barışta ve savaşta yine aynı amaçlarla konulan ve bir amirin emrinde olan silahlı bir kısım askerdir (AsCK m. 15/2). Son olarak devriye de, barış ve savaş zamanlarında, yine sayılan amaçlarla belirli bir muntıkada seyyar şekilde vazife yapan bir veya daha fazla sayıda silahlı asker olarak tanımlanmaktadır (AsCK m. 15/3).

¹⁰⁵ Değirmenci, s. 81.

¹⁰⁶ Yüceer, s. 19; Uçdu, s. 85; Şimşek, s. 120.

¹⁰⁷ As.Yrg.4.D., 14.02.2017, 2017/39 Esas 2017/65 Karar, <https://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/59033240b4540512f8e57f3d>, E.T.:25.11.2019: “Öte yandan, silahlı nöbetçinin ifa ettiği görev sebebiyle amir sayılması ve ASCK’nın 106’ncı maddesinde yazılı kanuni himayeden yararlanabilmesi için nöbet görevinin ASCK’nın 15/1, İç Hizmet Kanununun 76, 77 ve İç Hizmet Yönetmeliğinin 395’inci maddelerine uygun bir biçimde yapılması ve nöbetçinin talimatla tespit olunan nöbet hizmeti kapsamına girmeyen, görev hudutlarını aşan, mevzuatla bağdaşmayan yersiz müdahale ve gereksiz fiilleri işlememesi gerekmektedir. Diğer taraftan, aynı nöbet saat dilimine dâhil silahlı nöbetçi erbaş ve erlerin, keza birlikte nöbet tutan silahlı devriyelerin, mevzuatla bağdaşan durumda olmaları halinde özellikle birbirlerine karşı nöbet hizmetinden kaynaklanan amirlik durumları bulunmamaktadır. Ayrıca, nöbetçi statüsünün ancak nöbet yerine gelip nöbet değişimi yapılmasından sonra kazanıldığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, nöbet kıtasında yer alsa bile, mahalline götürülerek nöbet hizmetini devralması sağlanmadığı sürece bu durumdaki asker kişilerin AsCK’nın 106’ncı maddesinin sınırlı biçimde belirlediği “nöbetçi” himayesinden yararlanması mümkün değildir.”

¹⁰⁸ “Somut olayda sanık ve mağdur er rütbesini haiz olup aralarında ast-üst ilişkisi olmadığı gibi, aynı yerde nöbet tutan iki nöbetçiden birisinin nöbet talimatına aykırı hareket etmek eylemini işleyeceği sırada diğerinin şikayet edeceğinden bahisle eylemi sözle engellemeye çalışması ona amirlik sıfatı bahsetmez.

vi. *Askerî inzibat personelinin amirliği*; Garnizonda askeri disiplinin korunması, önleyici zabıta ve adliye ile askerî trafik vazifelerinin yerine getirilmesi adına, askeri inzibat kuvvetleri teşkil edilmektedir (TSKİHK m. 91/a). İç Hizmet Kanunu'nun 91 ila 97. maddeleri ile İç Hizmet Yönetmeliği'nin 662. maddesi, askerî inzibat personeline ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Buna göre askerî inzibat erbaşları diğer erbaşlara, inzibat erleri de diğer erlere karşı karakol sıfatını ve karakolların yetki ve sorumluluklarını haizdir. Dolayısıyla askerî inzibat erbaşları aynı rütbede olan erbaş ve erlere karşı; inzibat erleri ise, diğer erlere karşı her türlü inzibat yetkilerini uygulamaya ehildir. Ayrıca söz konusu kişiler, görev başında iken aynı rütbede olan diğer askerlerin üstü sayılırlar (AsCK m.106) ve bu kişilere karşı işlenen suçlar amire karşı işlenmiş gibi cezaya konu olur (AsCK m.120). Bu minval üzere askerî erbaş ve erlerin bu amirlik sıfatları, karakol, nöbetçi ve devriyelerin aksine subay, askerî memur ve astsubayları kapsamına almamaktadır. Zira subaylar, askerî memurlar veya astsubaylara ilişkin olarak askerî inzibat vazifeleri; sadece üst veya kendi rütbelerindeki bir inzibat subayı veya astsubayı tarafından yerine getirilebilmektedir (Yalnızca ağır cezayı gerektiren suçüstü hali söz konusu olur ise, subay, askerî memur ve astsubayları da yakalamaya askerî inzibatlar dışında polisler, jandarmalar ve hatta herkes yetkilendirilmiştir) (TSKİHK m.92/c). Sonuç olarak bir subay, askerî memur veya astsubay, AsCK'nın 106'ncı maddesinde yazılı suçlardan birisini karakol, nöbetçi veya devriyeye karşı işlerse, amir ve üste fiilen taarruz suçundan sorumlu olmasına karşılık aynı suçu askerî inzibat görevi yapan bir erbaşa veya ere karşı işlerse, amir veya üste fiilen taarruz suçundan ötürü değil de asta müessir fiil suçundan sorumlu tutulmaktadır¹⁰⁹.

vii. *Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 115 ve 116'ncı maddelerinden doğan amirlik*; Anılan hükümler uyarınca; düşman karşısında hareket halinde iken ve orada komutan bulunmamakta iken, herhangi bir olağan dışı hal nedeniyle düzeni bozulan bir kıtanın yeniden düşmana karşı savunma ve saldırıda bulunabilecek derecede çabuk toplanması için bu toplanma yerinde en büyük rütbe ve kıdemi haiz kişi, kumandayı ve toplanma tertibatıyla kıtayı kullanmak sorumluluğunu üzerine alacaktır. Toplanma yerinde diğer birliklerden olan erbaş ve erlerin bile aynı kurala riayet ederek emir ve kumandayı alan subayın veya subay bulunmadığı durumda kıdemli astsubayın, astsubay da yoksa cesaretli erbaş ve erin emrine/emirlerine itaat etmek mecburiyeti söz konusudur. Bunun dışında ister aynı ister başka kıtalardan olsun muharebe sırasında tesadüf sonucu bir araya gelmiş olan birkaç erin en bilgili ve en atılgan bulunanı diğerlerinin amiri sayılmaktadır ve onun emrine itaat edilmelidir. Bu halde amir sayılan kişilerin hizmete ilişkin emrini yerine getirmeyen asker, AsCK'nun 87/2. maddesi gereği, emre itaatsizlikte ısrar suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinden ötürü cezalandırılmaktadır.

Sanık ile mağdurun her ikisinin de aynı nöbet mahallinde silahlı nöbetçi olmaları birbirlerine karşı amir-maiyet ilişkisi kurulmasını engellemektedir. Zor kullanarak yapılmış bir mukavemeti bulunmayan sanığın kendisine göre amir sıfatını haiz olmayan diğer nöbetçiye silah yöneltmek tehdit içeren sözler sarf ettiği ileri sürüldüğünden eylemin AsCK'nın 90'ıncı maddesinde tanımlanan amire mukavemet suç tipine uyduğunun kabulü olası değildir.” (As.Yrg.1.D., 31.01.2007, 2007/0141 Esas 2007/0135 Karar, Koç, s. 43).

¹⁰⁹ Değirmenci, s. 83.

2. Üst ve ast

İç Hizmet Kanunu, üst ve ast kavramlarını, 10'uncu maddesinde açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre, üst kavramı, rütbe veya kıdem büyüklüğünü göstermekte iken ast da, üstün rütbe veya kıdem bakımından aşağısında bulunan kimseyi ifade etmektedir. Görüldüğü üzere üst tabiri, yalnızca rütbe büyüklüğüne değil, aynı zamanda aynı rütbede bulunan kişiler arasındaki kıdem büyüklüğüne de karşılık gelmektedir. Kıdem ise, belli bir rütbeye atama tarihinden başlayarak o rütbede geçen hizmet sürelerini veya aynı nasıplılar arasında yeterlik açısından üstünlük sırasını ifade etmektedir (TSKPK m.3/c).

Daha önce de üzerinde durulduğu üzere üstün, amiri konumunda bulunmadığı astına emir verebilmesi oldukça sınırlı hallerde söz konusu olabilmektedir. Nitekim fesat ve isyan durumunda bulunan bir kıta, karargah veya askeri kurumda düzeni sağlamak ve korumak, yağmacılığın önüne geçmek ve kaçak askerleri engellemek adına bu halleri gören her üstün, emir ve kumanda işini üzerine almak vazifesi ile yükümlü tutulduğu açıklanmaktadır (TSKİHK m.23). Maddede belirtilen fesat, isyan, yağmacılık ve firar suçları AsCK'da tanımlanmış ve hükme bağlanmıştır. Anılan suçların işlendiğine şahit olan her üst, gerekli emirleri vermeye ehildir. Bu durumda verilen emre itaat etmeyen ast, iki ayrı fiil ve iki ayrı netice meydana geldiğinden gerçek içtima kuralları gereği, hem işlediği ilk suçtan (fesat, isyan, yağmacılık veya firar suçundan) hem de emre itaatsizlikte ısrar suçundan ötürü cezalandırılacaktır¹¹⁰. Ayrıca disipline mugayir gördüğü her duruma müdahaleye ve emir vermeye bütün üstler görevli kabul edilmiştir (TSKİHK m.24). Hal böyle olunca müdahalenin yapılması ve emrin verilmesiyle ast ile üst arasında hizmet hali doğmuş bulunmaktadır¹¹¹. Bu durumlar dışında üst, asta emir verme yetkisini haiz değildir.

Bu noktada Silahlı Kuvvetlerde görevli sivil personel ile askerî öğrencilerin astlık-üstlük münasebetlerine değinmek icap etmektedir. Konu, İç Hizmet Kanunu'nun 115 ve 113. maddesinin (b) bendinde düzenlenmektedir. Buna göre, silahlı kuvvetlerde çalışan sivil memur, maiyetinde bulundukları askerî amirlere karşı ast konumunda olup¹¹² bu Kanun'un asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmak zorundadırlar; tüm askerî öğrenciler de, subaylar; astsubay hazırlama ve astsubay meslek yüksek okulu öğrencileriyle astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine alınan adaylar ise, aynı zamanda astsubaylar karşısında ast durumundadırlar. Bunun dışında askerî öğrencilerin, hem kendi aralarında hem de erbaş ve erlere karşı astlık ve üstlük ilişkileri bulunmamaktadır. Burada sivil personelin, amir/amirleri dışındaki diğer askerî personel ile; askerî öğrencilerin de, gerek kendi aralarında (dolayısıyla üst sınıfta yer alan öğrencilerin alt sınıfta yer alan öğrencilere karşı "üst" konumunda bulunduğu sonucuna varmak mümkün değildir) gerekse erbaş ve erlere karşı, astlık ve üstlük ilişkisi içerisinde bulunmadıklarına dikkat etmek gerekmektedir. Sonuç olarak silahlı kuvvetlerde çalışan sivil personele, amiri

¹¹⁰ Yüceer, s. 17; Uçdu, s. 83.

¹¹¹ Şimşek, s. 118.

¹¹² "211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu gereğince sivil personele tanınan ast sıfatı, bu şahısların amirleri ile olan hizmet münasebetine ilişkin bulunduğu cihetle sair hal ve hadiselerle teşmil edilemez." (As.Yrg.2.D., 13.12.1961, 1961/2166 Esas 1961/2148 Karar, Koç, s. 44).

dışında bir başka askerin; daha alt sınıfta eğitim gören bir öğrenciye de, daha üst sınıftaki bir askerî öğrencinin emir verme hak ve yetkisi bulunmamaktadır; bu itibarla böyle bir fiile karşı gelmek, emre itaatsizlik disiplinsizliğine veya emre itaatsizlikte ısrar suçuna vücut vermeyecektir.

E. Askerî Suç ve Sırf Askerî Suç

Askerî suçun tanımlanması, genel suçlardan ayırt edilmesi, AsCK'nın uygulama alanı bulması, ifa edilmesi sorumluluk doğuracak emrin belirlenmesi hususları bakımından önemlidir. Zira verilen emrin amacının *askerî* ya da adli bir suç oluşturan bir fiile karşılık geldiği astça bilinmekteyse, ast da amiri ile beraber iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılacaktır (AsCK m.41).

AsCK askerî suçları, “askerî cürümler” ve “kabahatler” olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Nitekim Kanun'un 1. maddesine göre askerî suçlar, söz konusu Kanun'un ölüm¹¹³, ağır hapis¹¹⁴ ve hapis cezalarıyla cezalandırdığı askerî cürümler ile kısa hapis cezasıyla cezalandırdığı askerî kabahatlerdir. Ancak TSK Disiplin Kanunu ile AsCK'da yer alan birçok askerî kabahat disiplinsizlik olarak düzenlenip suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu minval üzere söze konu Kanun kapsamına alınmayan AsCK m.145 dışında AsCK'da askerî cürüm-kabahat ayırımına son verildiği ve askerî cürüm tabiri ile askerî suçun kastedildiği ifade edilebilmektedir¹¹⁵. Böylece bir suçun askerî bir suç sayılması için cezasının AsCK'da gösterilmesi gerekmektedir¹¹⁶.

Öğretide AsCK'nın 1. maddesinde verilen tanımın, askerî suçları tarif için yeterli olmadığı öne sürülmektedir¹¹⁷. Zira AsCK'da ya bazı suçların unsurlarının belirlenmesi adına ya unsurları ortaya konulmuş suçlara karşılık gelen cezalar için ya da suçun unsurları ve cezanın her ikisinin de belirlenmesi amacıyla TCK'ya atıf yapılmıştır. Örneğin AsCK'nın 54. maddesinde, vatan aleyhinde bir suç işleyen askerî şahıslar hakkında, TCK'nın belirtilen maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun dışında, 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu'nun 66. maddesinde yer alan suç ve ceza örneğinde olduğu gibi, AsCK'da hiç yer almayan suçlar da söz konusudur. Görüldüğü üzere bazı suçlar ya da suçların cezası AsCK'da öngörülmediğinden, bu gibi suçları askerî suç olarak kabul etmek, tanım gereği mümkün değildir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, askerî suçu, TCK'da kısmen veya tamamen düzenlenmemiş bulunan, askerî bir hizmet veya görevin ihlalini ifade eden suçlar ile bu nitelikte olmamakla birlikte, askerî bir menfaati koruma maksadı taşıyan, AsCK'da

¹¹³ Türkiye'de, 07.05.2004 tarihli Anayasa değişikliği ile Anayasadan idam cezası tamamen çıkarılmış; 14.07.2004 tarih ve 5218 sayılı Kanun ile de diğer kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıştır. Her ne kadar Askerî Ceza Kanunu, bahsedilen kanunlar içinde yer almamış olsa da, diğer bir ifade ile Askerî Ceza Kanunu'nda herhangi bir değişiklik yapılmamış olsa da, Kanun'un 38. maddesine rağmen askeri suçlar için de ölüm cezasının verilmesi mümkün değildir.

¹¹⁴ 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle, kanunlarda öngörülen “ağır hapis” cezaları, “hapis” cezasına dönüştürülmüştür.

¹¹⁵ İdris Ergutekin, Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Fiilleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s. 35.

¹¹⁶ Kangal, s. 83.

¹¹⁷ Kangal, s. 83; Erman, s. 146-147; Değirmenci, s. 117.

düzenlenen ve TCK'ya yapılan gönderme nedeniyle bu Kanun'un uygulama alanına giren suçlar şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁸. Askerî Yargıtay ise, askerî suçu, unsurları ve cezalarının bütünü AsCK'da düzenlenmiş olan, diğer bir anlatımla AsCK haricinde hiçbir ceza yasasında yaptırıma bağlanmayan suçlar; unsurları kısmen AsCK'da kısmen de diğer ceza yasalarında öngörülen suçlar ile AsCK'da, TCK'ya yapılan atıfla askerî suç haline dönüştürülen suçlar olmak üzere üç grupta mütalaa etmektedir¹¹⁹. Öğretide ise *Erman*'a göre, yalnızca asker kişiler tarafından işlenmesi mümkün olan ve TCK'nda kısmen veya bütünüyle gösterilmeyen ve askerî bir hizmet veya vazifenin ihlâlini anlatan suçlar ile bu özellikte olmamakla birlikte askerî bir menfaati koruma amacı taşıyan ve AsCK tarafından öngörülen veya atıf suretiyle bu Kanun'un uygulama alanına giren suçlar askerî suçlardır¹²⁰. Bir başka görüşe göre ise, *Erman*'ın tanımına ek olarak, suç karşılığı öngörülen ceza, yalnızca askerî suçlara mahsus bir ceza olup da TCK'da öngörülmüş cezalardan birisi değilse, bu yönde bir cezayı gerektiren suç da askerî suç sayılmalıdır. Buna göre örneğin AsCK'da yer alan kısa hapis cezaları (göz hapsi, oda hapsi ve katıksız hapis, AsCK m.23/A) ile TSK Disiplin Kanunu'nda gösterilen hizmete kısmi süreli devam, hizmet yerini terk etmeme veya oda hapsi cezaları, askerî suçlara mahsus cezalardır ve genel suçlara ait cezaları ihtiva eden TCK'da yer almamaktadır¹²¹.

Askerî suçları, suçun failinin asker olup olmamasına göre iki kategoriye ayırmak mümkündür: sırf askerî suçlar ve askerî suç benzeri suçlar¹²². Sırf askerî suçlar, bir asker tarafından askerî bir hizmet veya vazifenin ihlali şeklinde işlenip de asker olmayan kişiler tarafından işlenmesi mümkün bulunmayan ve TCK'da da kısmen veya tamamen düzenlenmeyen suçlardır. Dolayısıyla söz konusu suç tipinde, failin asker kişi olması, fiilin askerî bir hizmet veya görevin ihlali ifade etmesi ve yine fiilin kısmen veya tamamen başka bir kanunda suç olarak gösterilmemiş olması lazımdır. Ancak Askerî Yargıtay, AsCK'nın 3. bab 5. faslında yer alan ve “Askerî itaat ve inkıyadı bozan suçlar” başlığını haiz suçların da sırf askerî suç kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²³. Askerî suç benzeri suçlar ise, askerî bir menfaati korumak maksadını güden, tüm veya bazı unsurlarıyla başka kanunlarda düzenlenen, AsCK tarafından da ayrıca öngörülen

¹¹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 04.04.1986 tarih ve 1986/96 Esas 1986/95 Karar, Koç, s. 264; Demirağ, s.71.

¹¹⁹ As.Yrg.İBK, 20.06.1975 tarih ve 1975/6 Esas 1975/4 Karar, Demirağ, s. 74; As.Yrg.Drl.Krl., 11.12.2014 tarih ve 2014/60 Esas 2014/98 Karar, <https://msb.gov.tr/Karar/KararDetay/55f95048b454051a288d4b06> , E.T.:04.12.2019.

¹²⁰ Erman, s. 151. Benzer görüşte olan Aycan'a göre ise, bir suçun askerî bir suç olarak nitelendirilebilmesi için şu iki şarttan birinin bulunması gerekmektedir: “a) Ya o suçun maddi unsurlarının hususi surette Askerî Ceza Kanununda gösterilmiş ve bir ceza ile tahdit edilmiş olması, b) Ya da umumî suç karakterinde olan bir fiilin maddi unsurları Türk Ceza Kanununda gösterilmekle beraber o fiilin bir askerî görevin ifası sırasında veya ifasından dolayı vuku bulması ve cezai müeyyide uygulanması için Askerî Ceza Kanununda da TCK'na atıf suretiyle gösterilmiş bulunması”, Aycan, s. 955.

¹²¹ M. Yasin Aslan, “Sırf Askerî Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 90, Yıl: 2010, s. 200. Aslan, askerî suçu tanımlarken, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda unsurları gösterilen disiplin suçlarını da bu tanım kapsamına almaktadır.

¹²² Erman, s. 151; Koç, s. 264; Aslan, s. 201.

¹²³ Demirağ, s. 72. Bu başlık altında, amir veya üstü tehdit, yalan yere şikayet, amir veya üste hakaret, emre itaatsizlikte ısrar, mukavemet, amir veya üste fiilin taarruz, muharriklik, isyan muharrikliği, hilafı salahiyyet askerlik işleri için toplanma ve müzakere yapma, askerlikten soğutma, fesat, fesadı haber vermeme, askeri isyan, askeri karakol ve nöbetçi ve devriyeye taarruz suçları hüküm altına alınmıştır.

veya yapılan atıfla kapsama alınan ve en önemlisi asker kişi olmayanlar tarafından da işlenebilen suçlardır¹²⁴.

F. Disiplin

Fransızca “discipline” sözcüğünden gelen disiplin, “*Bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzen bağı, zapturapt; kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü*”¹²⁵ anlamlarına gelmektedir. İç Hizmet Kanunu’nun 13. maddesine göre ise, disiplin, kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak bir itaat ve ast ile üstünün hukukuna riayet etmek olarak tanımlanmaktadır.

Alman Moltke, Alman Parlamentosu’nda 07.06.1872 tarihinde askerî disiplini anlatmak adına şu söylemde bulunmuştur: “*Yukarıdan aşağı otorite, aşağıdan yukarı itaat, bir kelime ile; disiplin, ordunun bütün ruhudur*”¹²⁶. Max Weber ise, “Bürokrasi ve Otorite” isimli eserinde, bu konuda farklı bir yorumda bulunarak, belirli bir kitlenin alışkanlık neticesinde edinmiş olduğu, kalıplaşmış bir biçimde, derhal ve kendiliğinden itaat etmeleri olasılığını disiplin saymıştır¹²⁷.

Vatan ve ulusun saadet, esenlik ve bağımsızlığını temin etmek ve Cumhuriyeti korumak, ancak kusursuz şekilde disipline sahip olan bir ordu ile mümkündür. Silahlı Kuvvetlerde disiplinin kalıcı hale gelebilmesi, ordunun tüm mensuplarını mutlak bir itaate ve vicdan sorumluluğu hissederek doğrulukla görevini ifaya, her hizmeti en küçük ayrıntısına varana kadar, büyük bir dikkat ve istekle yapmaya alıştırmaya; yüreklerine vatan, Cumhuriyet, milliyet, meslek ve görev sevgisinin sokulmasına bağlıdır. Bu sayılanlar her amir için baş vazifelerdendir (TSKİHY m.1).

II. Askerî Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Müessesesinin Tarihçesi

Askerî ceza hukukunun gelişimi, savaş hukukunun gelişimi ile paralellik göstermektedir. Zira Manu Kanunnamesi¹²⁸,’nde dahi ordunun Devletin yedi unsurundan biri olduğu belirtildikten sonra silah çalanlar, bir köprü veya bayrağı imha edenler, bir kal’ayı çeviren hendeği dolduranlar, düşmanla anlaşılanlar, zehirli veya gizli silah ile düşmana saldıranlar, kaçan veya teslim olan ya da silahsız veyahut yaralı düşmanı yaralayanlar ve son olarak savaştan kaçanlar, para cezasından ölüm cezasına kadar çeşitli cezalarla cezalandırılmakta idi. Eski Mısır’da ise, korkup kaçan veya emre itaatsizlik eden askerlerin şerefsizlik cezasına çarptırılacağı ve yalnızca savaşta yararlılık gösterebilmeleri halinde bu cezadan kurtulabilecekleri kabul edilmekte idi. Spartalıların’da da askerî ceza hukukuna ilişkin dikkat çeken uygulamalar söz konusu idi. Gerçekten İspartalıların emre itaatsizliği ağır şekilde cezalandırmaktaydı ki bu cezaların başında

¹²⁴ Erman, s. 152-157; Taşkın, s. 34,90; Kardaş/Çingir, s. 2; Değirmenci, s. 121-124; Koç, s. 265; Aslan, s. 201.

¹²⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T.:05.12.2019.

¹²⁶ Taşkın, s. 6; Şimşek, s. 113.

¹²⁷ Max Weber, Bürokrasi ve Otorite (Çev. H. Bahadır Akın), Adres Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 40.

¹²⁸ Manu Kanunnamesi, mitolojik olarak Hinduların ve insan ırkının atası kabul edilen bir kral olan Manu’nun dini konularda verdiği bilgilerden oluşan, birden fazla yazarı bulunan ve farklı bölümleri farklı zamanlarda (ki bunun milattan önce 1500’lü tarihlere kadar uzandığına inanılmaktadır) oluşturulan eserdir.

şerefsizlik cezası gelmekteydi. Bu şekilde bir cezaya hakkında hükmedilen kişi, Devlet memuriyetine giremez ve alım satım ehliyetini kaybederdi. Bunun gibi firar edenler veya savaştan kaçanlar hakkında, daha ağır sonuçları haiz şerefsizliğe hükmedilir; bu kişiler evlenemez, kendisine rastlayan herkesten dayak yiyebilir, temiz elbise giyemez aksine renksiz, pis ve yırtık elbiseler giymek zorunda bırakılır, sakallarının yalnızca bir kısmını kesip diğer kısmını uzatmak mecburiyetinde bırakılırdı¹²⁹.

Askerî ceza hukukuna ilişkin en kapsamlı düzenlemelerin Roma Hukuku'nda görüldüğünü ifade etmek yanlış olmayacaktır. Nitekim günümüzde dahi kabul gören sırf askerî suç ve askerî suç benzerleri ayrımı Roma Hukuku kaynaklıdır. Barış zamanında, sırf askeri suçlar, ölüm cezası, dayak cezası (castigo), para cezası (mulcta pecuniaria), sıra harici hizmet (munerum indictio), daha şerefsiz bir askeri göreve nakil (militiae mutaatio), rütbeden ıskat (gradus dejecto), tard (ignominios) cezaları ile müeyyidelendirilmişti. Bu dönemde, yani barış halinde iken, “amirin emri” savunması, aşık bir şekilde hukuka aykırı olmayan eylemler bakımından kabul edilmekte idi. Nitekim bilinen tarihe göre, 1474 yılında yapılan yargılamasında bu savunmayı ilk kez yapan Peter Von Hagenbach hakkında “Tanrı’ya ve insana ait hakları ayaklar altına almış” olduğu gerekçesiyle idam kararı verilmiştir. Çünkü Hagenbach, Burgundy Dükü Charles tarafından Breisach kentine vali olarak atanmasından sonra, kentte itaati sağlamak üzere bir terör dalgası estirerek cinayet, tecavüz ve kundakçılık suçlarına karışmıştır. Hagenbach, yargılanması sırasında, Burgundy Dükü’nün emirlerini yerine getirmekten başka bir şey yapmadığını ve bu emirleri yerine getirmekle de yükümlü olduğunu öne sürse de bu savunması dinlenmemiştir¹³⁰. Bunun dışında Roma Hukuku’nda savaş esnasında ise, komutanı tarafından yasaklanan bir fiili işleyen veya komutanın emirlerine itaat etme hususunda başarısız olan kimsenin ölümle cezalandırılacağı kabul edilmekte idi. Bu minval üzere söz konusu emri yerine getiren kişi cezalandırılmamaktaydı; çünkü emri yerine getiren, itaat etmediği takdirde öldürülebileceğinden, kendi isteğiyle hareket etme imkanı bulunmamaktaydı ve bu durum da fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanmaktaydı¹³¹.

Türk tarihine bakıldığında ise, İslamiyet’in kabulünden evvel, devletin başında bulunan hakanların emrine mutlak surette itaatin zorunlu olduğu; bu sebeple emri yerine getiren kişinin emrin yerine getirilmesinden ötürü herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı görülmektedir. Söz konusu durum, İslamiyet’in kabulünden sonra da değişmemiş olmakla birlikte devletin başında bulunan kişinin emirlerinin dini esaslara dayanması gereği gündeme gelmiştir. Başka bir deyişle Ulû'l-Emr denilen devlet başkanlarına itaat, İslam Hukuku tarafından zorunlu kabul edilmiş ve fakat bu devlet başkanlarının da İslam Hukuku kurallarına uygun hareket etmesi, buna göre emir vermesi kabul edilmiş; örneğin günah kabul edilen eylemlerin yapılmasına dair verilen emre itaatin mümkün olmadığı öngörülmüştür¹³². Osmanlı Devleti’nde konuya dair en önemli

¹²⁹ Erman, s. 17.

¹³⁰ Güneysu, s. 22; Bilgehan Savaşçı Temiz, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2018, s. 247; Efe Bilke, “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfâ”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:5, 2017, s. 16.

¹³¹ Günal, s. 23; Günal, Emir ve Sorumluluk, s. 169; Demirel, s. 16; Şimşek, s. 94-95.

¹³² Demirel, s. 18.

gelişmenin 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu olduğu ifade edilebilmektedir ki anılan kanun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun neredeyse bir çevirisi niteliğindedir. Hümayun'un 99. maddesi, memurun cebir altında fiili icrası halinde onun değil amirin cezalandırılacağına; 105. maddesi, amirin emri ile fiili işlediğini ispatlayan memurun cezadan muaf olduğuna; 184. maddesi ise, kasten öldürme fiili amirin emrini ifa dolayısıyla meydana gelmiş ise amirin bundan sorumlu olacağına yönelik hükümleri ihtiva etmekte idi¹³³. 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-i Esasi'de de amirin emrinin ifasına ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Zira Kanun-i Esasi'nin 41. maddesine göre, memurun amirine saygı ve riayeti kural ise de itaati kanunun öngördüğü daireye özgü kılınmıştır ve emir, kanuna aykırı ise amire itaat astı sorumluluktan kurtarmamaktadır¹³⁴. Söze konu düzenlemenin *argumentum a contrario*¹³⁵ yorumu ile kanuna muhalif emirlere itaat yükümlülüğünün olmadığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Ayrıca 1921 Anayasası döneminde 1876 Kanun-i Esasisi resmen ilga edilmiş sayılmadığından¹³⁶ ve 1921 Anayasası'nda amirin emrine itaat konusunda herhangi bir hüküm yer almadığından¹³⁷ anılan düzenleme, cumhuriyetin ilk yıllarında da yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

1924 Anayasası'nın 94. madde düzenlemesinde de “*Kanuna muhalif olan umurda âmire itaat memuru mesuliyetten kurtaramaz*” denilerek Kanun-i Esasi'nin yer verilen hükmüne paralel bir düzenleme kabul olunmuştur¹³⁸. 1 Mart 1926 tarih ve 765 sayılı TCK, 49. maddesiyle “*Kanunun bir hükmünü veya salahiyattar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle, ... işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. ... merciinden sadır olan emir hilaflı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur*” düzenlemesine yer vermiş bulunmaktadır. 22 Mayıs 1930 tarihine gelindiğinde ise, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu kabul edilerek askeri şahısların askeri suçları hakkında ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında ise, konuya dair neredeyse aynı hükme yer verilerek meseleye ışık tutulmuştur. Son olarak 26 Eylül 2005 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde ise, bir yetkili merciden verilip de ifa edilmesi görev icabı mecburi olan bir emri uygulayanın mesul olmayacağı; konusu suç oluşturan emrin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği aksi halde yerine getiren ile emri veren kişilerin mesul olacağı; emrin, hukuka uygunluk bakımından denetlenmesinin kanun aracılığıyla engellendiği durumlarda ise, ifasından emri verenin mesul tutulacağı öngörülmüştür.

¹³³ Günal, s. 29; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 470; Demirel, s. 19; Şimşek, s. 97.

¹³⁴ Kanun-i Esasi'nin tam metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-i-es%C3%A2s%C3%AE/>, E.T.: 12.12.2019.

¹³⁵ Aksi ile kanıt, mefhum-u muhalif.

¹³⁶ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 20. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 26.

¹³⁷ 1921 Anayasası'nın tam metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/>, E.T.: 13.12.2019.

¹³⁸ 1924 Anayasası'nın tam metni için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>, E.T.: 13.12.2019. Daha sonra bahse konu Anayasa, 10 Ocak 1945 tarih ve 4695 sayılı Kanun ile Türkçeleştirilmiştir ve 94. madde şu hale bürünmüştür: “*Kanuna aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmak memuru sorumdan kurtarmaz.*” (15 Ocak 1945 tarih ve 5905 sayılı Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/5905.pdf>, E.T.:14.12.2019).

Avrupa tarihinde askerî ceza hukukunda amirin emrini ifa müessesesinin gelişimine geri dönecek olur isek Askerî Ceza Kanunu'muz ile paralel bir düzenleme içeren 20 Haziran 1872 tarihli Alman Ceza Kanunu'nun 47. maddesinde, *“Görev ifası sırasında bir emrin icrası yoluyla bir ceza kanunu ihlal edilirse, bundan dolayı emri veren üst tek başına sorumludur. Ancak, 1) Eğer kendine verilmiş emri aşmış ise veya 2) Amirin emrinin sivil veya askeri bir suç yahut haksız fiili amaçlayan bir eyleme ilişkin olduğu kendisi tarafından bilinmekteyse, şerike düşen ceza da emre uyan şahıs hakkında verilir”*¹³⁹ düzenlemesinin bulunduğunu görülmektedir. Söz konusu madde, bir karşılaştırmaya tabi tutulduğunda, konusu suç teşkil etse dahi astların her türlü emre itaatle yükümlü olduklarını belirten Amerikan ve İngiliz düzenlemelerinden daha ilerici ve olması gerekene daha yakın bir görünüş sergilemekte olduğu söylenebilir¹⁴⁰.

Konunun asıl önemli gelişimi 20. yüzyıldan itibaren kendini göstermiştir. Nitekim arka arkaya görülen dünya savaşları, uluslararası gerilimler, ülke içinde veya dışında gerçekleştirilen soykırımlar ve diğer suçlar, “amirin emri” savunmasının yeniden değerlendirilmesine yol açmıştır. Bu esnada yapılan askeri ve sivil yargılamalar, amirin emrinin yerine getirilmesi öğretisinin ilerlemesini ve zenginleştirilmesini sağlamıştır. Bu yüzyılın başında Lassa Oppenheim tarafından yazılan kitapta ve bu kitabın devam eden dört baskısında, amirin emrini dinlemek durumunda kalan ve bu suretle hukuka aykırı eylemler gerçekleştiren askerlerin suçlu olarak kabul edilemeyeceği, yalnızca emri veren ve asıl yetki sahibi olan amirlerin sorumluluğuna gidilebileceği şeklinde ifade edilen “Respondeat Superior İlkesi”¹⁴¹ formüle edilmiş ve zamanın İngiltere ve Amerika'nın askeri mevzuatına da bu kabul yansımıştır. Öyle ki bu görüş, II. Dünya Savaşı'na kadar geçerliliğini korumuştur. Zira II. Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın yenilme ihtimali ve bu Devlet'in gerçekleştirdiği insanlık dışı eylemlerin ortaya çıkması, bu yaklaşımın sorgulanmasına ve bu yaklaşıma dayanan hukuk kurallarının değiştirilmesine sebep olmuştur. Oppenheim'in kitabının 6. baskısını 1944 yılında hazırlayan Hersch Lauterpacht, Oppenheim'in yaklaşımını bu baskıda kitaptan çıkarmış ve söze konu yaklaşım da böylece tarihe karışmıştır. Lauterpacht'a göre ise, amirin emrinin astın manevi durumunu ne yönde etkilemiş olduğu değerlendirilmelidir. Eğer suçun manevi unsurunu ortadan kaldıran bir durum bulunmakta ise ancak bu durumda, suç işleme kastından bahsedilemeyeceğinden, emri yerine getirenin sorumsuzluğuna hükmedilmelidir. Lauterpacht'ın bu yaklaşımından etkilenen ABD ve Britanya askeri kuralları, “kabul edilmiş ve itiraz edilmeyen” savaş hukuku kurallarının ihlali halinde, “amirin emri” savunmasının dinlenilmeyeceğini ve astın da sorumluluğuna gidileceğini öngörmüştür¹⁴².

İki dünya savaşı arasında amirin emrinin yerine getirildiğine dair her savunmanın kabulü yoluna gidildiği gibi bir düşünce oluşmamalıdır. Nitekim I. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleştirilen Leipzig Yargılamalarında, genel itibarıyla, siyasi

¹³⁹ Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 20. Juni 1872 (<https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/milstgbd.pdf> , E.T.:02.01.2020).

¹⁴⁰ Güneysu, s. 41-42.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneysu, s. 90-95.

¹⁴² Güneysu, s. 28-33.

mülâhazaların etkisiyle adil sonuçlara varmaktan uzak kaldığı değerlendirilebilse de¹⁴³ Llandovery Castle davasında emrin yerine getirilmiş olduğuna dair savunma haklı bulunmamıştır. Anılan davaya konu elim olay, kaptanlığını Helmut Brümmer-Patzig'in üstlendiği bir Alman denizaltısının, bu komutanın emriyle, 27 Haziran 1918 tarihinde Llandovery Castle isimli İngiliz hastane gemisini batırmakla kalmayıp astların, gemiden kurtulup yaşam botlarına ulaşan ve ulaşmaya çalışan insanların üzerine ateş açması sonucu 234 kişinin ölümüne sebep olması şeklinde vuku bulmuştur. Emri yerine getiren ve daha sonra bu sebepten Leipzig'de yargılanan teğmenler Ludwig Dithmar ve John Boldt, kendilerini verilen emirlere itaat ettiklerini öne sürerek savunmuş olsalar da Mahkeme, dünyadaki tüm insanlar tarafından bilinmekte olan ve hukuka aykırı olduğuna dair kuşku bulunmayan bir emir mevzu bahis olduğunda emri yerine getiren astın sorumluluktan kurtulamayacağına hükmetmiştir. Zira Llandovery Castle gemisinin savaş dışı niteliği gerekli ve yeterli işaretlerle belli edilmiş idi ve silahsız düşman ile yaşam botlarına sığınmış ve zarar görmüş gemi mürettebatına saldırmanın milletlerarası hukuka aykırı olduğu herkesçe bilinmekte idi. Ancak tüm bu olanlara karşın Mahkeme, emrin yerine getirilmesini cezayı hafifletici neden olarak kabul etmiş ve sanıklara yalnızca 4 yıl hapis cezası vermeyi uygun görmüştür¹⁴⁴.

Oppenheim'in astlara mutlak dokunulmazlık sağlayan yaklaşımının II. Dünya Savaşı'na kadar sürdüğünü, söz konusu savaş sona ererken Almanya'nın yenilme ihtimali ve bu Devlet'in gerçekleştirdiği insanlık dışı eylemlerin ortaya çıkmasının bu yaklaşımın terkiye sebep olduğunu belirtmiştik. Zira uluslararası hukukta emrin yerine getirilmesinin bir ilke ve savunma olarak irdelenmesi ilk kez Nürnberg Yargılamaları ile mümkün olmuştur¹⁴⁵. Nitekim tarihte amirin emrine itaate ilişkin ilk uluslararası hukuk düzenlemesi, bu yargılamalar için hazırlanmış olan metindir ki o da "Almanya'nın Yenilgisi ve Müttefik Güçlerin Yetki Elde Etmesine İlişkin Deklarasyon"dur¹⁴⁶. Anılan belge dışında yargılamaların temelini oluşturan düzenleme çalışmaları sürmüş; hatta bu hazırlıklar uzunca bir zaman almıştır. Nihayetinde meydana getirilen Londra Antlaşması'na ek Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı'nın 8. maddesi amirin emrini konu edinmiştir: *"Davalının hükümetinin veya bir amirinin emrine uyarak hareket etmesi, onu sorumluluktan kurtarmayacaktır ancak mahkemenin adaletin bunu gerektirdiğini düşündüğü hallerde bir cezada indirim nedeni olarak görülebilir"*. 1945 yılının Kasım ayında yargılamalara başlayıp 13 Nisan 1949 tarihine kadar bu faaliyeti sürdüren Mahkeme de oluşturduğu içtihatla, amirin emrine hukuka uygunluk nedeni olarak yaklaşmamış; yer verilen düzenlemeye uygun olarak, bu durumun yalnızca cezada indirim sebebi olabileceğini kabul etmiştir. Gerçekten Mahkeme'ye göre, *"Bu maddenin hükümleri bütün milletlerin hukukuyla uyum içerisindedir. Bir askerin, uluslararası hukuk ihlal edilerek öldürme veya işkence emrini alması, bu acımasızlıktaki eylemler için asla bir savunma olarak kabul edilmemiştir. Bununla beraber Şart emrin cezada indirim nedeni olarak kullanılabileceğini düzenlemektedir. Esas kontrol edilmesi gereken ...emrin*

¹⁴³ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Güneysu, s. 52- 55.

¹⁴⁴ Savaşçı Temiz, s. 249-250; Güneysu, s. 46-49; Bilke, s. 17-18.

¹⁴⁵ Savaşçı Temiz, s. 252.

¹⁴⁶ Declaration Regarding the Defeat of Germany and Assumption of Supreme Authority by Allied Powers; June 5, 1945, <https://avalon.law.yale.edu/wwii/ger01.asp>, E.T.: 02.01.2020.

varlığı değil, ortada bir ahlaki seçim imkanı olup olmamasıdır”¹⁴⁷. Mahkemenin kararında yer verdiği ve tartışmalara neden olan “ahlaki tercih” ifadesi ile anlatılmak istenen, konusu suç oluşturan bir emir alan ve bu emri yerine getirmemesi halinde ölüm tehdidiyle bile karşılaşabilecek olan bir askerin emre riayetine ilişkin ahlaki tercih olanağının bulunup bulunmadığıdır. Bu halde dahi emrin yerine getirilmiş olması, bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmeyecek ve fakat örneğin cebir gibi diğer bütün hususlar hukukun genel ilkelerine göre değerlendirilecek ve sanık bu değerlendirmeye göre ya daha hafif bir ceza alacak ya da beraat ettirilecektir. Bunun yanında emrin yerine getirilmesine dair ahlaki bir seçim yapma olanağının mevcut olmasına karşın emre uyulmuş ise, yukarıda bahse konu 8. madde bu sanık hakkında tatbik edilecek ve emrin yerine getirilmiş olduğuna yönelik savunma dinlenmeyerek sanık cezaya çarptırılacaktır¹⁴⁸.

Uluslararası Nürnberg Mahkemesi’nde yargılanmayıp Amerikan mahkemelerinde yargılanan Alman memurlar da olmuştur ki bunlardan en bilineni Einsatzgruppen davasıdır. Burada Amerikan Mahkemesi hükmünün gerekçesine göre, bir emre uyulabilmesi için öncelikli şart, amirin verdiği emrin onun yetkisinin kapsamını aşmamasıdır. Bundan sonra da, hukuka aykırı emri yerine getiren astın, ayrıca affedilebilir bir bilmeme (excusable ignorance) keyfiyetini kanıtlaması icap etmektedir ki ancak bu iki şartın kümülatif olarak bir arada bulunması durumunda amirin emri savunması anlam ifade edebilmektedir¹⁴⁹.

Yakın tarihte gerçekleşen ve emrin ifasında sorumluluk konusunun bir kez daha tartışıldığı bir hukuki olaya da yer vermek isteriz. Söz konusu olay, 1992 sonbaharında, Amerika Birleşik Devletleri, Türkiye ve diğer bazı NATO üyelerinin katıldığı, Birleşik Devletler Donanması’ndan Amiral J.M. Boorda’nın genel komutası altında gerçekleştirilen “Exercise Display Determination 1992” isimli birleşik bir deniz kuvvetleri tatbikatı sırasında meydana gelmiştir. Tatbikat sırasında, katılan ülkelerin güçleri, iki çokuluslu ekibe atanmıştır. ABD Donanması’ndan Koramiral T. Joseph Lopez, Amerika Birleşik Devletleri uçak gemisi Saratoga’nın da dahil olduğu “Kahverengi Kuvvetler”e; Hollandalı Amiral Kroon da aralarında Türk Muhribi TCG MUA VENET’in (Muavenet) bulunduğu muhalif “Yeşil Kuvvetler”e liderlik etmiştir. Tüm yüzleşmeler saldırı simülasyonu olarak tasarlanmış olmasına rağmen Saratoga, Muavenet’e iki canlı Sea Sparrow füzesi ateşlemiş ve bunun sonucunda her iki füze de Muavenet’e çarparak geminin komutanı Yarbay Levent Kudret Güngör de dahil beş kişinin ölümüne ve çok sayıda kişinin de yaralanmasına neden olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri, bu olayın kaza olduğunu açıklasa da kaza açıklaması; Saratoga mürettebatının iki atışının da tam isabet kaydetmesi, "Sea Sparrow" füzelerinin ateşlenebilmesi için 6 ayrı karara ihtiyaç olması, ayrıca bu işlemlerin ayrı ayrı odalarda bulunan personel tarafından yapılmakta olması nedenleriyle inandırıcı bulunmamış ve olayın kasten yapıldığı düşünülmüştür. Bunun üzerine 29 Eylül 1994’te Muavenet’te görev yapan bazı Türk Deniz Kuvvetleri denizcileri, Amerika Birleşik Devletleri’ne,

¹⁴⁷ Güneysu, s. 61-64; Savaşçı Temiz, s. 255.

¹⁴⁸ Savaşçı Temiz, s. 256.

¹⁴⁹ Güneysu, s.66-67.

Kamu Gemileri Yasası (the Public Vessels Act) ve Açık Denizlerde Ölüm Yasası (the Death on the High Seas Act) uyarınca dava açmıştır. Bunun üzerine Bölge Mahkemesi, “siyasi soru doktrini” uyarınca iddialarını reddetmiştir. Kararın temyizi sonucu, Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi; bir ihtilafın haklılığının federal bir kanunun varlığına değil, bu ihtilafın yargısal çözümünün Anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerine uygun olup olmayacağına bağlı olduğunu; kuvvetler ayrılığı doktrininden kaynaklanan kısıtlamaların, yargı organının “siyasi sorulara” karar vermesini engellediğini; dış politika ve askeri ilişkilerin, siyasi soru doktrininin dahil edildiği alanlar arasında belirgin bir şekilde yer aldığını; buna bağlı olarak, hükümetin siyasi şubelerine askeri işler alanında özellikle yüksek derecede saygı gösterilmesi gerektiğini; anayasanın, orduya, hükümetin yürütme ve yasama organlarına kesin olarak yetki verdiğini; bu davanın da Amerikan Yüksek Mahkemesi (the Supreme Court) tarafından belirlenen siyasi soru işaretlerinin hepsini olmasa da çoğunu sergilemekte olduğunu; donanmanın füze tatbikatını ihmalkar bir şekilde yapıp yapmadığını belirlemek için, bir mahkemenin tatbikatı makul bir askeri gücün nasıl gerçekleştireceğini bilmesi gerektiğini ve fakat mahkemelerin, askeri hedeflere ulaşmak için makul özen gösterilip gösterilmediğini ve yaralanma ve can kaybını en aza indirecek standartlardan yoksun bulunduğunu ileri sürerek bu davanın, bir mahkemenin kendisini askeri karar alma ve dış politikaya, Anayasanın hükümet organlarını koordine etmeyi taahhüt ettiği alanlara müdahale etmesini gerektireceğinden, haksız bir siyasi soru ortaya koymakta olduğu sonucuna varmıştır¹⁵⁰. Kısaca Yüksek Mahkeme, konusu suç teşkil eden emrin ifası konusunda bir değerlendirme yapması gerekirken “siyasi soru doktrini”ne sığınarak Türkiye lehine karar vermekten imtina etmiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa’da yaşanan en büyük katliam olarak nitelendirilen ve sadece birkaç gün içinde en az 8372 Boşnak’ın katledildiği Srebrenitsa’ya dair yapılan yargılamalara da değinmek gerekmektedir. Çatışmaya dahil taraflarca oluşturulmayan ve kazanan devletlerin de bulunmadığı ilk uluslararası sivil mahkeme olan ve Lahey’de yer alan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi söze konu yargılamaların adresi olmuştur¹⁵¹. Anılan Mahkeme, Cenevre Sözleşmeleri’nin ağır ihlalleri, savaş hukukuna ilişkin kanun ve teamüllerin ihlalleri, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlar bakımından yetkilendirilmiştir¹⁵². Mahkeme Statüsü’nün 7. maddesinde ise, emrin yerine getirilmesinin faili mesuliyetten kurtarmayacağı yalnızca cezanın indirilmesine karar verilebileceği öngörülmüştür. Mahkeme, emrin yerine getirilmesi savunmasının dinlenilmesini cebir halinin varlığına bağlamıştır. Mahkeme’ye göre, emrin yerine getirilmesi ile cebir kavramları her ne kadar ayrı anlam ifade etseler de birbirleriyle ilişkilidir. Eğer bir ast, cebir altında hareket ederek emri yerine getirmiş ise mutlak sorumluluk esassından uzaklaşılmalıdır. Gerçekten Bosna Sırp ordusunun düşük

¹⁵⁰ Kararın tam metni için bkz. <https://web.archive.org/web/20120711000014/http://www.ca11.uscourts.gov/opinions/ops/19962167.OPA.pdf>, E.T.:09.04.2021.

¹⁵¹ Savaşçı Temiz, s. 266.

¹⁵² Süleyman Emre Zorlu, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Yıl 2016, s. 124.

rütbeli askerlerinden olan ve yaklaşık 1200 sivil Müslüman Boşnak erkeğin öldürülmesi suçlaması karşısında kendisini, emre riayet zorunda olduğu, zira emri reddetmesi halinde kendisinin de üstleri tarafından mağdurlarla beraber öldürüleceğini ileri sürerek müdafaa eden Drazen Erdemovic hakkında yapılan yargılamada, sanığın askerî hiyerarşide ast konumunda olduğu ve üstlerinin tehdit ve emirleri dolayısıyla cezasının indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵³. Bir başka yargılamada, Hırvat Savunma Konseyi Askeri Polis Taburu 4. Anti terör müfrezesi “Joker”in mensubu olan Miraslov Bralo, Ahmici köyünde gerçekleştirilen saldırıya katılmak, köyde etnik temizlik yapılması talimatıyla köyde bulunan askerlik çağına gelmiş bütün Müslüman erkekleri öldürmek, Müslümanların bütün yerleşim yerlerini ateşe vermek ve bütün Müslümanları bu köyden çıkarmakla suçlanmıştır. Bralo, savunmasını, kendisinin “Joker”in bir mensubu olarak üstlerince bir savaş silahı gibi kullanıldığına dayandırırsa da Mahkeme, sanığa verilen emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğuna değinerek emri reddetmesi halinde üzerinde bir baskı kurulacağına dair itirazın da bulunmamasından Bralo’nun cezasının hafifletilmesini kabul etmemiştir¹⁵⁴.

Bu şekilde amirin (veya yetkili merciin) emrinin yerine getirilmesi konusunda uluslararası hukukta, çoğunlukla siyasi etkenlerin çıkmazında yeknesak bir kabulün yerleşmediği açıkça görülmektedir. Buna rağmen Uluslararası Ceza Divanı’nı kuran Roma Statüsü’nün 33. maddesinin, meseleye çözüm getirebilecek niteliği yadsınamaz. Buna göre, *“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 emirlerinin kanunsuzluğunun açıkça bilindiği kabul edilir”*¹⁵⁵. Görüldüğü üzere bu metin, astın sorumluluğunu, ancak emrin yerine getirilmesinin kanuni bir zorunluluk olduğu, emrin kanunsuz olduğunun bilinmediği ve açıkça da kanunsuz olmadığı hal dışında kabul etmektedir. Sayılan koşulların bulunması halinde ise ast cezalandırılmamakta; yalnızca amir verdiği emrin sonuçlarından sorumlu tutulmaktadır. Ancak her halde astın, soykırım ve insanlığa karşı suç emirlerinin hukuka aykırılığını bildiği de kabul edilmektedir.

¹⁵³ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, 7 Ekim 1997, Case No. IT-96-22-A, <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>, E.T.:07.02.2020.

¹⁵⁴ Savaşçı Temiz, s. 269.

¹⁵⁵ Rome Statute of the International Criminal Court. “Superior orders and prescription of law” başlığını taşıyan, metnin orijinal hali şu ifadelerle yer vermektedir: *“1. The fact that a crime within the jurisdiction of the Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless: (a) The person was under a legal obligation to obey orders of the Government or the superior in question; (b) The person did not know that the order was unlawful; and (c) The order was not manifestly unlawful. 2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful”*. (<https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>, E.T.:02.01.2020).

İKİNCİ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİN İFASINDA SORUMLULUK

I. Genel Olarak

Emir kavramı, bir kurum olarak bütünüyle ceza hukukunun inceleme alanına dahil olmasa da ifa edilen emrin hukuki etkileri ve sonuçları açısından ceza kanunlarının düzenlemeler getirdiği bilinmektedir¹⁵⁶. Söz konusu düzenlemelere bakıldığında, askerî hiyerarşinin ve mutlak itaatin gereği olarak, askerî mevzuat ile genel hükümlerin farklı hükümler içerdiği görülmektedir. Ancak gerek sivil gerekse askerî mevzuatta ortak olan durum, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin cezai etki ve sonuçları düzenlenirken emrin hukuka uygun olup olmamasına göre ayrıma gidilmesidir. Emrin hukuka uygun olması durumunda karşılaşılan bir hukuki sorun olmadığı söylenebilmektedir. Ancak emrin hukuka aykırı olması halinde, bu emrin konusunun suç olup olmamasına göre bir başka ayrıma gidilerek inceleme yapılmaktadır. Bahse konu ayrım gözetilerek emri yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni mi yoksa kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir neden olarak mı kabul edilmesi gerektiği noktasında farklı sonuçlara varılmaktadır. Bu itibarla önceliği anayasal düzenlemeye vermek üzere Türk Ceza Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin arkasından İç Hizmet Kanunu ve Askerî Ceza Kanunu'ndaki hükümlere değinmekte fayda bulunmaktadır.

1982 Anayasası, “*Kanunsuz emir*” başlıklı 137. maddesi ile konuya açıklık getirmektedir. Anayasa, bu hükmünde, hukuka uygun olan emrin yerine getirilmesi bakımından herhangi bir düzenleme getirmemekte hukuka aykırı emri ise, suç oluşturup oluşturumamasına göre ayrı ayrı ele almaktadır. Şayet emir hukuka aykırı ve fakat suça konu değil ise, ast, emrin mevzuata aykırı olduğunu belirtmekle ve bu halde emir yazı ile yenilenirse yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır. Ancak verilen emir bir suç tanımına uymakta ise, ast, söz konusu emri yerine getirmekten men edilmiş; yerine getirdiğinde ise, sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça vurgulanmıştır. Anayasamızın bahse konu maddesinin son fıkrasında ise, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu güvenliği ve kamu düzeninin korunması durumlarına mahsus olmak üzere bir istisnaya yer verilmişse de bu istisnanın önceki iki fıkrayı mı kapsadığı yahut sadece birinci fıkraya mı özgüldüğü tartışma konusu olmuştur. Kaldı ki TCK ile DMK'nda yer verilen düzenlemeler, Anayasada yer alan bu düzenleme ile paralellik arz etse de aşağıda yer verileceği üzere AsCK'nın m. 41'de konusu suç olan emir konusunda mevcut tartışmaları arttıracabilecek anlaşılması güç bir hüküm öngörülmüştür.

TCK'nın 24. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları, amirin emrini ifa durumunda sorumluluğa ilişkindir. Anılan fıkralarda, bir yetkili merciden verilip de yerine getirilmesi görev gereği mecburi olan bir emri uygulayanın sorumlu olmayacağı; konusu suç olan emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi halde yerine getiren ile emri verenin sorumlu olacağı; emrin hukuka uygunluk bakımından denetlenmesinin kanun tarafından önlendiği hallerde yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağı hükme

¹⁵⁶ Günal, Emir ve Sorumluluk, s. 177.

bağlanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki TCK'da “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında, hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlere yer verilmiştir. Bu durum da, daha sonra ayrıntılı ele alınacağı üzere, emrin yerine getirilmesinin hangi durumda hukuka uygunluk nedeni hangi durumda kusurluluğu etkileyen neden olduğu noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu tereddütlerin giderilmesi elzemdir. Çünkü bir fiilin hukuka uygunluk nedeni olması ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olması arasında, her ne kadar cezai müeyyideye tabi tutulmama bakımından sonuç aynı olsa da, fiilin hukuka aykırılığı ve failin kusurluluğu ayırımına dayandırılarak doğurduğu etki ve sonuçlar bakımından farklılıklar bulunmaktadır¹⁵⁷. Bir kere kusur, suçun yapısında üçlü ayırma uygun olarak tipikliğin maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının bulunduğu anlaşılmamasından sonra bir sonraki safhada değerlendirilmektedir ve kusurun konusu, meydana getirmiş olduğu haksızlıktan dolayı failin kınanıp kınanamayacağıdır¹⁵⁸. Hukuka uygunluk sebeplerinde de kusurluluğu kaldıran sebeplerde de ceza yaptırım uygulanmamasına rağmen hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda diğer hukuk dallarına göre de sorumluluk doğmazken kusurluluğu kaldıran sebeplerde haksızlık varlığını devam ettirdiği için diğer hukuk dallarına göre sorumluluk gündeme gelebilmektedir. Benzer şekilde kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler söz konusu olduğunda cezai bir yaptırım uygulanmasa da güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi mümkündür. Ayrıca bu durumda hukuka aykırılık devam ettiği için bu fiillere karşı hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi de mümkündür¹⁵⁹.

Anayasa ve TCK'nın anılan düzenlemelerine bakıldığında paralel hükümler öngörüldüğü söylenebilirse de kavramsal farklılıklar da dikkat çekmektedir. Öncelikle Anayasa “kanunsuz emir” başlığına yer vermiş iken TCK'da “...amirin emri” başlığı tercih edilmiştir. Anayasa niteliği gereği daha geniş kapsamlı bir düzenleme sunmuş iken TCK'da doğal olarak cezai sorumluluk bahsi ele alınmıştır. Anayasa emrin geldiği adresi işaret ederken “üst” kavramını yeğlemiş; TCK ise “yetkili bir mercii” ifadesini kullanmıştır. Anayasa, kurala askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliği gerekçeleri ile kanunla istisna getirilebileceğini ifade etmiş; TCK ise, emrin hukuka uygunluk bakımından denetlenmesinin yasa tarafından engellendiği halleri, kuralın istisnası olarak öngörmüştür. Ancak her iki normun da konusu suç olan emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceğini belirttikten sonra istisna hükümlerine yer vermesi, daha sonra üzerinde duracağımız tartışmaları beraberinde getirmiştir.

İç Hizmet Kanunu'nun 14. maddesi gereğince, ast, amir ve üstüne genel adap ve askeri usullere uygun tam bir saygı göstermeye, amirlerine ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak surette itaate mecburdur. Ayrıca ast, muayyen olan

¹⁵⁷ “Hukuka uygun fiil, hukuk düzeni tarafından onaylanmaktadır, buna karşın kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler dahilinde işlenen fiil ise hukuk düzeni tarafından sadece “hoş” görülmektedir.” Elvan Keçelioğlu, *“Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayırımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”*, TBB Dergisi, 2010, S.:87, s. 305.

¹⁵⁸ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 311.

¹⁵⁹ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 463.

vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapmakla ve değiştirmemekle, haddini aşmamakla yükümlü tutulmuştur. Anılan hükümde herhangi bir ayrıma yer verilmeksizin icradan doğacak mesuliyetlerin emri verene ait olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanında “İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur” denilerek konunun önemi vurgulanmıştır. İç Hizmet Yönetmeliği’nin 33. maddesinde ise, AsCK 41/3,b maddesi kapsamına giren haller dışında astın, aldığı emri kanun ve nizama uygun görmese bile yapacağı ve ondan sonra şikâyet edeceği ifade edilmiştir. Kanun ve nizama uygun olmayan bu emrin yapılmasından doğan sorumluluk konusuna ise askerî mevzuatta yer verilmemiştir. Bunun gibi asker kişi olan astın, amirinden aldığı emri hukuka aykırı bulması halinde yazılı emir isteyip isteyemeyeceği konusunda açık bir hüküm öngörülmediğinden burada bir hukuki boşluk olduğu öne sürülmektedir¹⁶⁰. AsCK’nın 41. maddesi ise, yalnızca verilen emrin bir suç olması durumunda sorumluluk konusuna açıklık getirmiştir. Buna göre, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç oluşturmakta ise bu suçun işlenmesinden emir veren sorumludur. Ancak ast da, kendisine verilen emrin sınırını aşmış ise veya amirin emrinin adli ve askeri bir suç amacını içeren bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılacaktır. Keza İç Hizmet Yönetmeliği’nin yukarıda yer verilen 33. maddesinin devam eden ikinci fıkrasına göre, amirin verdiği emir AsCK’nın 41/3,b. maddesi kapsamına giren hallere ilişkin ise emir ifa olunmamalı ve gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı amire durum hakkında bilgi verilmelidir; aksi takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün sorumluluk asta ait kabul edilecektir.

Jandarma Genel Komutanlığı personelinin durumuna değinmek gerekirse, artık bu kişilerin askerî görevleri bulunmaması nedeniyle İç Hizmet Kanunu ile Askerî Ceza Kanunu’na tabi olmadıkları için, bahse konu ettiğimiz normlar jandarma hakkında uygulanmayacaktır. Nitekim 25.07.2016 tarih ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (ki daha sonra 08.11.2016 tarih ve 6755 sayılı Kanunla aynen kabul edilmiştir) ile Jandarma Genel Komutanlığı, İçişleri Bakanlığı’na bağlanmıştır. Bu durumda İçişleri Bakanlığı’na bağlı silahlı genel kolluk kuvveti haline getirilen jandarmanın asker kişi sıfatı ortadan kalkmış bulunmaktadır¹⁶¹.

¹⁶⁰ Değirmenci, s. 202; Kangal, s. 150; Akman, s. 169. Kardaş/Çıngı, aksi yönde olarak, Anayasanın 137. maddesindeki istisna gereğince, kanunsuz emir alan herhangi bir memurun başvurabileceği yollara bir askerin başvuramayacağı kanaatindedir (Kardaş/Çıngı, s. 152). Artuk/Gökçen/Yenidünya da benzer şekilde, emrin içeriğinin araştırılmasının engellendiği durumlarda, astın üstten emri yazı ile yinemesini isteme hakkı olmadığı, böyle hallerde hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin mevcut bulunduğu görüşündedir (Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 519). Savaşçı Temiz de, askerî hiyerarşide astın amirine emri hukuka aykırı gördüğünü bildirmesi ve emrin yazıyla yinelenmesini istemesinin mümkün bulunmadığını düşünmektedir (Savaşçı Temiz, s. 150).

Devlet Memurları Kanunu’na tabi memurlar bakımından bu konu açıktır. Bunun gibi 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 2-B maddesinde de Anayasa’nın 137.maddesinin tekrarı niteliğinde bir düzenlemeye yer verildikten sonra istisnaya yer verilerek maddede sayılan birtakım hallerde yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği belirtilmiştir. Maddeye göre, bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez; bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir. Bu itibarla askerler açısından da açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu söylenebilecektir.

¹⁶¹ Duran, s. 680.

Görüldüğü gibi İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği ile AsCK'da hukuka uygun emir ile hukuka aykırı olmasına rağmen, suç niteliği taşımayan emir durumunda ne gibi hukuki/cezai sonuçlar doğabileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu itibarla TCK'nın genel hükümlerinin askerî ceza hukukunda geçerliliğini sorgulamak gerekmektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki AsCK Ek Madde 8'de geçen "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır" şeklindeki düzenleme, 23.06.2016 tarihli ve 6722 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁶²'un 11. maddesiyle kaldırılmıştır. Ancak her ne kadar AsCK'nın ek 8. maddesinde değişiklik yapılsa da aynı kanunun 1. ve 44. maddesi ile TCK'nın 5. maddesi karşısında TCK'nın ilgili düzenlemelerinin askerî suçlarda da uygulanacağı gerçeği değişmemiştir. Nitekim AsCK, askerî zorunluluk ve ihtiyaçları karşılayan ve disiplinin tesisine ilişkin hususlarda getirdiği istisnalar dışında ceza hukukunun genel hüküm ve esaslarına bağlı olan bir kanun niteliği arz etmektedir¹⁶³.

AsCK ile TCK arasındaki ilişki, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli sivil personel açısından da önem arz etmektedir. Daha önce de üzerinde durulduğu üzere Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil personel de, İç Hizmet Kanunu'nun askerlere tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun asta verdiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdur. Bu durumda sivil personel, hukuka aykırı ve fakat konusu suç teşkil etmeyen emrin tekrarını yazılı olarak amirinden isteyebilecek midir; konusu suç teşkil eden emir söz konusu olduğunda AsCK m.41 hükmü onun hakkında da uygulanacak mıdır; yoksa her durumda TCK'ya mı tabi olacaktır gibi birtakım önemli soruların çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Aşağıda ayrıntıları açıklanacağı üzere, bizce, askerî mevzuat bakımından emrin yazı ile yinelenmesi müessesesi mümkün olmasa da emrin ifasının doğurduğu sorumluluk konusunda gerek askerler gerekse sivil personel bakımından uygulanacak hükümler TCK düzenlemeleridir.

II. Hukuka Uygun Emrin İfa Edilmesinin Sorumluluğa Etkisi

A. Hukuka Uygun Emir Kavramı

Ast veya memur, amirinin ya da yetkili üstünün verdiği hukuka uygun emirleri yerine getirmekle yükümlü ve görevli kılınmıştır. Hukuka uygun emirden kasıt, daha önce birinci bölümde incelemiş olduğumuz, hizmete ilişkin, yetkili bir merci tarafından verilmiş ve şekil ile esasa dair mevzuat tarafından öngörülmüş koşulları taşıyan irade beyanıdır. Hukuka uygun olması beklenenin gerçekleştirilen fiil değil emir olduğuna dikkat etmek gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle hukuka uygun emir bir kenara bırakılacak olursa, emrin konusu olan fiil esasen bir suçun maddi ve manevi unsurlarını içererek tipikliği sağlamaktadır. Ceza hukukunda beşeri bir fiilin suç tanımına uygun olduğu belirlendikten sonra, bu fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin var olup olmadığı değerlendirilmektedir. Fiilin tipik olması, sadece ceza hukuku açısından yapılan bir incelemenin neticesidir. Oysa suç oluşturan haksızlığın meydana gelip gelmediği

¹⁶² 14.07.2016 tarihli ve 29770 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁶³ Aycan, s. 955.

belirlenirken o ülkede yürürlükte olan tüm hukuk kuralları dikkate alınmaktadır¹⁶⁴. Eğer somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni mevcut ise, fail, yalnızca cezai yaptırımla değil herhangi bir yaptırımla yüzleşmeyecektir¹⁶⁵.

İfası hukuka uygun olan emre örnek kabilinden İç Hizmet Kanunu'nun 80. maddesine değinilebilir. Buna göre karakol hizmetinde bulunan subay, astsubay, erbaş ve erler ile karakol nöbetçi ve devriyeleri kendi görev alanlarında asker ve sivil her şahsı; adli takibat, muhafaza ve emniyet veya disiplin maksadı ile geçici olarak yakalama yetkisini haizdirler. Böyle bir durumda nöbetçi subay tarafından izinsiz kıtası haricinde bulunan bir askeri yakalaması emri verilen astın fiili, esasen TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut vermektedir. Bunun gibi İç Hizmet Kanunu'nun 87. maddesine uygun olarak verilen silah kullanma emri sonucu gerçekleştirilen eylemler de ortaya çıkan netice bakımından öldürme veya yaralama suçlarının kanuni tanımına uyabilecektir. Hal böyleyken emrin suçun iki unsurunu taşımasına rağmen hukuka uygun kabul edilmesi durumunda astın veya amirin sorumlu olup olmadığının ve bu sorumluluk yahut sorumsuzluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle öncelikle doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlere değinilip daha sonra kanaatimize yer verilecektir.

B. Hukuka Uygun Emrin Yerine Getirilmesinin Hukuki Niteliği Konusundaki Görüşler

Amirin verdiği emrin hukuka uygun olması, gerek genel hükümlerde gerekse askerî mevzuatta, hem emri veren amir hem de emri yerine getiren ast bakımından herhangi bir sorumluluğa yol açmamaktadır. Söz konusu sorumsuzluğun hukuki niteliğinin ise, 5237 sayılı TCK dönemi açısından, hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda doktrinde bir ihtilaf bulunmamaktadır¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Kunter, “ceza hukukuna aykırılık+ceza dışı hukuka aykırılık=Bütün hukuka aykırılık” şeklinde bir formülasyon yaparak konuya açıklık getirmektedir (Nurullah Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İÜHF, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 113). Benzer yönde: Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 277.

¹⁶⁵ Demirel, s. 43. Dursun, bu noktada güzel bir açıklama yapmaktadır: “...ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak emrin ifası, her zaman için bu anlamda “konusu suç teşkil eden” ve fakat hukuka uygunluk etkisi sebebiyle “ifası suç teşkil etmeyen” emirlere ilişkindir.” (Selman Dursun, “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. 235). Hatta Dursun, bu bağlamda AY, DMK, PYSK, JTGY ve TCK’da kullanılan “konusu suç teşkil eden/oluşturan emir” kavramının konuyu tam olarak ifade etmemesi ve yanlış bir izlenime yol açma ihtimali dolayısıyla “ifası suç teşkil eden emir” deyiminin tercih edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindedir (Dursun, s. 235, dn. 78).

¹⁶⁶ Dönmezer/Erman, s. 82; Günel, s.38; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK 1-75, 5. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 302; Bilke, s. 6; İçel, s. 332; M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 416; Zeki Hafizoğulları/Muhammed Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı Basım 11. Baskı , US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 215; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009, s.138; Koca/Üzülmez, s. 343; İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 444; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 281; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 273; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 268; Savaşçı Temiz, s. 41; Dursun, s. 234; Hasan Tahsin Gökcan/

765 sayılı TCK döneminde azınlıkta kalsalar da ümanist doktrin¹⁶⁷ taraftarı yazarların, amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesinde sorumsuzluğun hukuki niteliğini “mazeret sebebi” olarak nitelediklerini belirtmek gerekir¹⁶⁸. Bu kabule göre, mazeret sebepleri kusurluluğu kaldırmaktadır ve kusurluluk, hukuka aykırılıktan önce gelmektedir ve bu sebeple hukuka aykırılıktan önce dikkate alınmalıdır. Esasen ümanist doktrin, hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak saymamaktadır¹⁶⁹. Onlara göre, hukuka aykırılık, suçun dışındadır ve “fiil” ve “kusurluluk” olmak üzere suçta sadece iki kurucu unsurun kabul edilmesi daha isabetlidir. Anılan iki unsurun (fiil+kusurluluk) birleşmesi neticesinde hukuka aykırılık meydana gelmektedir¹⁷⁰. Dolayısıyla kusurluluk incelemesi önce gelmektedir.

Sonuç itibarıyla günümüzde hukuka uygun emrin yerine getirilmesinin suçun oluşumuna engel olduğu noktasında doktrinde ve uygulamada herhangi bir tereddüt mevcut bulunmasa da bu durumun kanuni dayanağı konusunda çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Nitekim bir görüş, hukuka uygun emrin ifasında sorumsuzluğu TCK’nın 24. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye dayandırmaktadır; onlara göre TCK 24/2. maddesi, sadece emrin hukuka aykırı olması haline özgülenmiştir¹⁷¹. Bu görüş, hukuka uygun emrin ifa edilmesi ile kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebeplerini bir değerlendirilmektedir. Buna göre, kanunun yüklediği bir ödevi yapan da amirin emrini ifa eden kimse de sonuç olarak görevini yapmaktadır; her iki halde de hukuka aykırılığı gideren neden, görevin yerine getirilmesi olmaktadır¹⁷². Oysa bir kısım yazar ise, hukuka uygun emrin ifasında sorumsuzluğu TCK m.24/2’ye dayandırmaktadır¹⁷³. Ancak yinelemek gerekirse kanuni dayanağı hususunda uyuşmazlık söz konusu olsa da hukuka uygun emrin ifasının 5237 sayılı Kanun döneminde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi noktasında bir görüş birliği mevcuttur.

Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1-44, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 569.

¹⁶⁷ Ümanist doktrinin esasları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 335, Ankara, 1973, s. 1-21 (Cilt: I).

¹⁶⁸ Erem, s. 12; Erem/Danışman/Artuk, s. 558.

¹⁶⁹ Erem, Cilt: I, s. 20.

¹⁷⁰ Erem, Cilt: I, s. 21.

¹⁷¹ Özgenç, s. 444 ; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 405 ;Koca/Üzülmez, s. 343; Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, CHD, Eylül 2006, Sayı:1, s. 133; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 395; Değirmenci, s. 88; Duran, s. 699.

¹⁷² Koca/Üzülmez, s. 343; Özgenç, s. 444; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 281; Akbulut, s. 563; Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 311; Akkurt, s. 67. Dolayısıyla anılan yazarlar, kanun hükmünü yerine getirme ile amirin emrini ifa hukuka uygunluk sebeplerini “görevin yerine getirilmesi (ya da ‘görevin ifası’)” başlığı altında birleştirerek tek bir hukuka uygunluk sebebi olarak incelemektedir.

¹⁷³ Toroslu, s. 138; Demirel de, amirin emrinin ifa edilmesi ile kanun hükmünün yerine getirilmesi arasındaki ayrımın arada bulunan kişi, yani amir konusuna dayandığını ifade ederek amirin hukuka uygun emrinin ifasının kaynağını TCK m.24/1 olduğunu belirtmenin ve amirin emrinin hukuka uygun olması sebebiyle kanun hükmünden herhangi bir farkı yokmuş gibi kabul etmenin yerinde olmayacağını belirtmiş (Demirel, s. 47); tıpkı Zafer, Savaşçı Temiz ve Akman gibi TCK m.24/2’nin hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı emirleri kapsadığını kabul etmiştir (Zafer, s.355; Savaşçı Temiz, s. 41; Akman, s. 11).

TCK'nın 24. maddesinin gerekçesinde de buradaki sorumsuzluğun niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olduğu açıkça vurgulanmıştır¹⁷⁴.

C. Değerlendirme ve Görüşümüz

Hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesinde sorumsuzluğun hukuki niteliğinin hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda şüphe duyulmamalıdır. Çünkü bir somut olayda, suçun oluşup oluşmadığı değerlendirilirken tipe uygunluktan sonra ve kusurdan önce hukuka aykırılık sınanmaktadır. Hukuk düzeninin birliği ilkesi gereği de yasal bir emri yerine getirmenin hukuka uygunluğuna ilişkin müşterek ve tek bir cevap verilebilmektedir: bu davranışa izin veren ve yukarıda sayılan normlar söz konusu iken anılan emrin ifası hukuk düzeninin tümü karşısında hukuka uygun olabilmektedir. Bu kapsamda ümanist doktrini savunan yazarların öne sürdüğü kusurluluğun hukuka aykırılıktan önce incelenmesi gerektiği fikrine (daha doğrusu hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığı görüşüne) ve dolayısıyla hukuka uygun emrin ifasını mazeret sebebi olarak kabul etmeye katılmamaktayız. Çünkü cezalandırma için öncelikle ortada bir suçun varlığı aranmaktadır. Bu da fiilin tipikliğinin sağlanması ve bu fiili hukuka uygun kılan bir sebebin olmaması ile mümkündür. Ancak bu aşamadan sonra bu suç dolayısıyla failin kınanıp kınanamayacağının değerlendirilebilmesi için failin kusuruna bakılabilmektedir¹⁷⁵.

Söze konu hukuka uygunluğun ise bize göre yasal dayanağı, Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 2. fıkrasıdır. Çünkü bu hüküm, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir ile beraber hukuka uygun emirleri de kapsamaktadır. Nitekim hükmün lafzi yorumundan bir emrin hukuka uygun kabul edilmesinin tüm şartlarını açıkça sıralandığı anlaşılmaktadır: emrin yetkili merciden verilmesi ve yerine getirilmesinin zorunlu, yani hizmete ilişkin olması. Kaldı ki hukuka uygun emrin ifasının TCK 24/1 kapsamına alınması, kanun hükmü ile amirin emri arasında herhangi bir farkın bulunmaması gibi tuhaf bir sonuca ulaşılmasına yol açmaktadır. Oysa amir tarafından verilebilecek her emir, kanunlarda sınırlı olarak belirlenmemiştir. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin tümü kanunlarda zikredilmektedir, yani ortada bir hukuka uygunluk nedeni varsa onu bu şekilde niteleyen bir kanun hükmü de var demektir. Öyleyse TCK 24/1 hükmünün hukuka uygun emrin ifasını da içerdiğini savunmak, kanun sistematığı ile çelişecek ve kanunlardaki bütün hukuka uygunluk nedenlerinin de kanun hükmünü yerine getirme kapsamında değerlendirilmesine yol açabilecektir¹⁷⁶. Bu bakış açısıyla örneğin zorunluluk halinde de kanun hükmünün yerine getirildiğinden bahisle TCK 24/1'e göre karar verilmelidir şeklinde kabul edilmesi mümkün olmayan bir tez öne sürülebilecektir.

Amirin hukuka uygun nitelik arz eden emrinin ifasının hukuka uygunluk nedeni kabul edilmesinin sebepleri ve sonuçları üzerinde de durmak gerekmektedir. İlk olarak amirin hukuka uygun emrinin ifasının hukuka uygunluk nedeni kabul edilmesinin sebebi, kişinin böyle bir davranışta bulunmak üzere görevlendirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla,

¹⁷⁴ Gökcan/Artuç, s. 560.

¹⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 349.

¹⁷⁶ Demirel, s. 47.

hukuk düzeninin tekliği ilkesi gereği, amirin hukuka uygun emrinin ifa edilmesini bir görev olarak asttan bekleyen hukuk düzeninin, aynı zamanda bu görevi yerine getirdiği için memuru cezalandırması beklenemeyecektir¹⁷⁷. Zira kanun koyucu abesle iştigal etmez. Ayrıca amirin emrinin yerine getirilmesinde fiilin suç sayılmamasının bir diğer sebebi, korunan değer veya menfaatin, çatışma içinde olunan değer veya menfaate nazaran daha üstün farz edilmesidir¹⁷⁸. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu doktrinde baskın görüştür ve bu itibarla hakkın korunması yeterli olup bu hususta ek olarak hakkın korunması iradesinin mevcudiyeti, yani failin onu bilmesi şart değildir¹⁷⁹. Bu nedenler bahse konu olduğunda fiil, başından itibaren hukuka uygundur; hukuka uygun olarak doğmuştur. Bu itibarla memurun fiili bir suçun maddi ve manevi unsurları taşıyor olsa bile hukuka aykırılık bulunmadığından fiil yalnızca ceza hukukuna göre değil tüm hukuk düzenine uygun hale gelmektedir. Sonuç olarak hukuka uygun emir mevzu bahis olduğunda gerek emri veren amir gerekse de emri ifa eden ast hakkında, hem (soruşturma aşamasında CMK'nın 172/1 maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecek¹⁸⁰; bir şekilde kovuşturma aşamasına geçilmişse de yine) CMK'nın 223/2-d maddesi uyarınca beraat hükmü kurulacaktır¹⁸¹ hem de gerek idari gerek özel hukuktan kaynaklanan herhangi bir yaptırım gündeme gelemeyecektir¹⁸². Bu durumda daha önce verdiğimiz izinsiz kıtası haricinde rastlanan bir askeri yakalaması konusunda amirinden aldığı emri yerine getiren ast örneğine dönecek olur isek bu kişi hakkında, bir yargılama gerçekleştirilse dahi beraatine hükmedilecek ve söz konusu ast, herhangi bir güvenlik tedbirine ya da özel hukuk bağlamında bir tazminata muhatap kılınamayacaktır.

Hukuka uygun davranış gösteren bir kimsenin bu fiiline karşı herhangi bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanılması mümkün değildir¹⁸³. Bu itibarla amirin veya yetkili üstün vermiş olduğu hukuka uygun bir emri ifa eden asta karşı hukuka uygunluk sebebinden istifade edilemeyecek; örneğin hukuka uygun bir ateş emrini ifa eden bir asker kişiye karşı meşru savunma eylemi gerçekleştirilmesi mümkün olamayacaktır. Ancak hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması bu durumun istisnası niteliğindedir. Diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşan şahsın fiili haksız kabul olunacağından bu fiile karşı bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanılabilecektir¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Günal, s. 38; Koca/Üzülmez, s. 275.

¹⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 211.

¹⁷⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 212; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 280; Demirbaş, s. 271. Akbulut, aksi yönde olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabilmesi için subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerektiğini savunmaktadır. Ona göre, somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunmasına rağmen fail bunu bilmiyorsa hareketinin haksızlığı söz konusudur ve teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır (Akbulut, s. 520; benzer yönde: Meraklı, s. 418).

¹⁸⁰ Akbulut, s. 461.

¹⁸¹ Zafer, s. 303.

¹⁸² Özgenç, s. 322.

¹⁸³ Önder, s. 173-174; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 281; Akman, s. 187.

¹⁸⁴ Önder, s. 174.

III. Hukuka Aykırı Emrin İfa Edilmesinin Sorumluluğa Etkisi

A. Hukuka Aykırı Bağlayıcı Emrin İfası

1. Hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramı

Hukuka aykırı bağlayıcı emirden (bağlayıcı gayri meşru emir) kasıt, herhangi bir kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik veya adsız düzenleyici işlemlere, aykırılık teşkil etmesine karşın TCK, özel ceza kanunları ile diğer kanunların suç ve ceza içeren hükümleri dışında kalan emirdir¹⁸⁵. Zira suç ve ceza içeren hükümlere yalnızca TCK’da rastlanmamaktadır. Kimi durumlarda belirli kişi veya fiillere uygulanabilen kanunlara ihtiyaç duyulmaktadır ki bunlar da öğretide özel ceza kanunları olarak adlandırılmaktadır (örneğin AsCK). Bunun dışında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi başka bazı kanunlarda da suç ve ceza içeren düzenlemelere yer verilmektedir ve gerek özel ceza kanunları gerekse kanunların suç ve ceza içeren hükümleri ceza hukukunun asıl kaynakları içinde yer almaktadır¹⁸⁶. Dolayısıyla burada emrin konusu olan fiilin anılan kaynaklar göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi sonucunda tipe uygunluğun gerçekleşmediği tespit edilmektedir. Bu tür eylemler, tazminat sorumluluğunun veya disiplin cezasının yahut kabahatlere özgü idari yaptırımların uygulanmasına yol açmaktadır¹⁸⁷.

Amirin maiyetinde bulunan bir şahsa yönelttiği emir, idare hukuku açısından bir idari işlem özelliği taşımaktadır¹⁸⁸. Bilindiği üzere idari işlemlerin temel özelliklerinden birisi de, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır. Daha açık bir anlatımla, idari işlemler, hukuka aykırı olduğu yargı organı tarafından tespit edilene veya idare tarafından geri alınana değin hukuka uygun kabul edilip hukuki etki ve sonuçlarını doğurmaktadır. Bir idari işlemin hukukilik denetiminden geçmesi için ise lazım gelen kurucu unsurların, yani yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurlarının tam ve sağlıklı olması icap etmektedir¹⁸⁹. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesine göre de, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabilmektedir. Yetki unsuru, işlemi meydana getirecek iradeyi açıklayan, konu, yer ve zaman itibarıyla ehliyetli kişi veya makamı¹⁹⁰; şekil unsuru, işlemin hazırlanış usulü ve dış görünüşünü¹⁹¹; sebep unsuru, idari işlemten önce gelen, işlemin dışında olan ve idareyi bu işlemi yapmaya sevk eden etkeni¹⁹²; konu unsuru, idarenin hukuk dünyasında meydana getirdiği değişiklik, doğurduğu hukuki sonucu¹⁹³; son olarak maksat unsuru ise, idari işlemin yapılmasıyla elde edilmek istenen yarar, işlemten

¹⁸⁵ Demirel, s. 52; Akman, s. 189.

¹⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 107.

¹⁸⁷ Aydın, s. 51.

¹⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 401.

¹⁸⁹ Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 151.

¹⁹⁰ Günday, s. 134; Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 326.

¹⁹¹ Günday, s. 144; “İdarenin iradesini oluşturur ve açıklarken izlediği yöntem ile bu iradenin içine döküldüğü kalıp idari işlemin biçim ögesini oluşturur.”, Karahanoğulları, s. 391.

¹⁹² Günday, s. 152.

¹⁹³ Günday, s. 158.

beklenen nihai sonucu¹⁹⁴ ifade etmektedir. Bu itibarla hukuka aykırı bağlayıcı emirlerde de, konusu herhangi bir suç tanımına uygunluk olmasa bile, sayılan unsurlardan en az biri bakımından sakatlık veya eksiklik bulunmaktadır.

Bir örnek ile açıklamak gerekirse, askerlikte nöbet hizmetlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin bir olay verilebilir. Konuya açıklık getiren İç Hizmet Yönetmeliği'nin 383. maddesine göre, kendisine nöbet sırası gelen bir rütbe sahibinin, mazereti olması durumunda, hizmet kendisinden sonra gelene teveccüh edecek şekilde o gün için nöbete girmemesi birlik komutanı veya kurum âmirinin tarafından muvafık görülebilir. Bu husus nöbet alacak olana en kısa sürede duyurulur. Mazeret son bulduğunda ise, geçmiş nöbetlerinden bir tanesi o askerî personele tutturulur. Bu durumda diyelim ki amirin, önceden belirlenmiş ve tebliğ edilmiş olan nöbet hizmetini yerine getirmesini, bahsedilen usule uymaksızın, maiyetinde bulunan bir askerî şahsa emretmesi halinde konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bir emir söz konusu olacaktır.

2. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliği konusundaki görüşler

Anayasamıza göre, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kişi, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmemeli ve bu aykırılığı o emri verene bildirmeli; ancak, üst emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emri yerine getirmelidir; bu halde, emri yerine getiren bu kişi sorumlu kabul edilmemektedir (m.137/1). Belirtilmelidir ki düzenlemenin mefhumu muhalifinden, hukuka aykırılığı fark etmesine rağmen bunu amirine bildirmeden emri ifa etmesi halinde astın sorumluluktan kurtulamayacağı rahatlıkla anlaşılmaktadır. TCK da, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayanın sorumlu olmayacağı esasını benimsemiştir (m.24/2). Hal böyle iken hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin ifasının ast açısından yarattığı bu sorumsuzluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin, bir diğer ifadesiyle konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin ifa edilmesinin hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu görüşleri esasen üç grupta toplamak mümkündür: kusurluluğu kaldıran neden şeklinde öne sürenler, mazeret nedeni kabul edenler ve hukuka uygunluk nedeni olarak niteleyenler.

i. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran neden olduğunu ileri süren görüş; İlk grup yazara göre, hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, kusurluluğu kaldıran bir sebep mahiyetindedir¹⁹⁵. Bu görüşün temeli, failin,

¹⁹⁴ Murat Sezginer, İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 1991, s. 3.

¹⁹⁵ Hakeri, s. 361; Zafer, s. 355; Özgenç, s. 443; Koca/Üzülmez, s. 342; Koca, s. 133; Gökcan/Artuç, s. 570; Aydın, s. 41; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 459; Akbulut, s. 562; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 397 (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, bu durumda amirin emrini, bir tür kusuru kaldıran mazeret sebebi olarak nitelendirmektedir.).

“TCK'nın 24. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde işaret edildiği üzere hukuka aykırı olan ve emri verenin hukuki sorumluluğunu kaldırmayan bir emrin yerine getirilmesinin

yani astın, bağlayıcı emri yerine getirme amacına yöneleceğinden ve verilen emrin baskısı altında ayrıntılı düşünme imkanına sahip olamayacağından yine emre uymaması halinde karşılaşabileceği disiplin hukuku hükümleri ve soruşturma sürecinden çekineceği için fiilin haksızlık içeriğinin azalacağı görüşüne dayandırılmaktadır. Ayrıca devlet işlerinin mümkün olan en kısa sürede, istikrarlı ve disiplin içerisinde yürütülebilmesi için memur hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri ifa etmek mecburiyetinde kalmaktadır. Ayrıca CMK'nın 223. maddesi hükmü de bu görüşe dayanak olarak gösterilmektedir. Nitekim Kanun'un anılan maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde sanık hakkında beraat kararı verileceğini belirtildikten sonra; 3. fıkrasının (b) bendinde *"Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle ... işlenmesi"* durumunda sanığın kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararına hükmedileceği ifade olunmuştur¹⁹⁶. Bu durumda amirin emri hukuka aykırılığını sürdürdüğü ve amirin kusurluluğu da etkilenmediği için amirin sorumluluğu devam etmektedir. Zira amir, hukuka aykırı emir verdiği gerekçesiyle disiplin cezası yaptırımına tabi tutulabileceği gibi TCK'nın 257. maddesi gereği, ayrıca suç olarak tanımlanan haller haricinde, görevinin icaplarına aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına sebep olmuş ya da kişilere haksız bir çıkar sağlamış ise görevi kötüye kullanma suçlamasıyla yargılanabilecektir.

ii. *Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin mazeret nedeni olduğunu ileri süren görüş*: İkinci grup yazar ise, mazeret nedenlerinin kusuru kaldıran nedenlerden farklı olduğunu savunarak hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifa edilmesini bir mazeret nedeni olarak ele almaktadırlar¹⁹⁷. Buna göre, mazeret nedenleri, haksızlık ve kusuru tamamen yok etmese de önemli ölçüde azaltmaktadır ve fail bu sebeple cezaya layık görülmemektedir. Emri alan memur da içinde bulunduğu hiyerarşik yapı sebebiyle emri ifa etmeye mecbur kalmaktadır ve bu durum da kusurluluğu etkileyen bir mazeret nedeni özelliği göstermektedir. Görüldüğü üzere bahsedilen iki görüşün de dayanak noktası, memurun, bir diğer ifadeyle astın hiyerarşik ilişkiler ışığında emri yerine getirmek zorunluluğunda bırakılmasıdır. Nitekim Anayasa 137/1 ve TCK 24/2 açıkça bu hususa işaret etmektedir: yetkili bir merciden verilip de yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görülmesi üzerine yerine getirilmeyen ve aykırılığı emri verene bildirilen ve fakat yerine getirilmesi konusunda

hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değil ise de Devlet tarafından yerine getirilen kamu hizmetinin yürütülmesinde amirin emrini yerine getirmek durumunda kalan ast yönünden bu durumun bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmaktadır."Yrg.,16.C.D., 19.07.2019, 2019/1474 Esas 2019/5051 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> , E.T.:14.11.2019.

¹⁹⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilk metninde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir haline yer verilmemiş idi. Bahsedilen düzenleme, 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Ceza Muhakemesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesiyle getirilen değişiklik ile metne işlenmiştir. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, bu değişiklik ile amirin emrinin hukuka uygunluk sebebi değil, mazeret sebebi olmasının sağlanmaya çalışıldığını düşünmektedir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 397).

¹⁹⁷ Adem Sözüer/M.KenanTekdağ, *"Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?"*, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005, s.48-62; Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım-I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı), (Çev.: 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. 390; Meraklı, s. 376.

emir verence ısrar edilen ve yazı ile yinelenen böylece ifası görev gereği zorunlu hale gelen emir. Söze konu iki görüşte de bir ortak nokta daha vardır ki o da hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmediği için emri ifa eden asta karşı üçüncü kişinin hukuka uygunluk nedenlerinden (örneğin meşru savunmadan) yararlanabilmesidir¹⁹⁸.

iii. *Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren görüş*; Üçüncü grup yazar ise, suç oluşturmayan hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifa edilmesini bir hukuka uygunluk nedeni şeklinde değerlendirmektedir¹⁹⁹. Zira Anayasa'nın 137. maddesi ile TCK'ın 24. maddesi, fiilin işlenmesine, yani emrin yerine getirilmesine izin vererek onun suç sayılmasını engelleyen normlardır ve hukukta çelişmezlik esastır. Bu itibarla fiilin yerine getirilmesi anayasal bir hüküm ile emredilmiş iken bir başka hüküm ile cezalandırılması düşünülememelidir²⁰⁰. Ancak hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edenler, hukuka uygun görülenin, emir değil bu emrin yerine getirilmesi olduğuna dikkat çekmektedirler. Anayasa hükmünde öngörülen şartlara riayet edildiği sürece emrin yerine getirilmesi hukuka uygun olmakta iken emrin hukuka aykırılığı varlığını sürdürmektedir. Emrin ifa edilmesinin hukuka uygun olması ile emrin (emir verme fiilinin) hukuka aykırı niteliğini sürdürmesi birbirinden ayrılabilen, farklı özellik gösteren iki durumdur²⁰¹.

iv. Bunlar dışında hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin, içeriği bir suçun yasal unsurlarını taşıması dolayısıyla esasen ceza hukukunun değil idare veya anayasa hukukunun yahut özel hukukun ilgi alanına girdiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır²⁰².

Türk Ceza Kanunu'nun konuya ilişkin 24. maddesinin gerekçesinde ise bu halin "sorumsuzluk nedeni" olduğu şeklinde tamamen farklı bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir. Ancak öğretide haklı bir şekilde ifade edildiği üzere suç genel teorisinde "sorumsuzluk nedenleri" başlığı altında ayrıca ve açıkça incelenen, hukuka aykırılığı veya kusurluluğu ortadan kaldıran veya etkileyen bir ceza hukuku kurumu söz konusu değildir²⁰³. Bu görüş uyarınca, genel ile özel açıklanamaz kuralı gereği, amirin emrini, "sorumsuzluk nedeni" olarak nitelendirmek, bu kurumun suç genel teorisindeki yerini, hüküm ve sonuçlarını açıklamaya engel teşkil edecektir. Diğer hukuk dallarına bakıldığında ise Türk hukukunda sorumsuzluk nedeni olarak öngörülen tek durum,

¹⁹⁸ Savaşçı Temiz, s. 48.

¹⁹⁹ Demirbaş, s. 279; Önder, s. 234; İçel, s. 332; Hafizoğulları/Özen, s. 216; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 123; Savaşçı Temiz, s. 54.

²⁰⁰ İçel, s. 332; Savaşçı Temiz, s. 53.

²⁰¹ Hafizoğulları/Özen, s. 215-216; Savaşçı Temiz, s. 50. Demirel, hukuka aykırı emrin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmenin ve fiilin bütün hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale geldiğinin savunmanın, emri veren amirin sorumlu tutulması ile örtüşmediğini ileri sürerek bu fikre karşı çıkmaktadır (Demirel, s. 65).

²⁰² Erem, s. 16; Erem/Danışman/Artuk, s. 561; Günel, s. 136; Dursun, s. 237; Akkurt, s. 68; Meraklı, s. 378; Değirmenci, *Emre İtaatsizlikte İsrar*, s. 14; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 384; Aydın, s. 51; Akman, s. 192; Uçdu, s. 101.

²⁰³ Hafizoğulları/Özen, s. 215.

yasama sorumsuzluğu olarak kendini göstermektedir²⁰⁴. Anayasa'nın 83/1 maddesinde belirtilen bu yasama sorumsuzluğu dışında ayrıca sorumsuzluk nedeni olarak nitelendirilebilecek bir kurum olmadığı ve yasama sorumsuzluğu da yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin oy, söz veya davranışlarını ilgilendirdiği, yani hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi ile herhangi bir alakası bulunmadığı için gerekçenin isabetli nitelendirme yapmadığı rahatlıkla anlaşılabilmektedir.

3. Değerlendirme ve görüşümüz

Bir suçun yasal unsurlarını taşımayan emirlerin ceza hukukunun değil idare veya anayasa hukukunun yahut özel hukukun ilgi alanına girdiğini kabul eden görüşe katılmaktayız. Nitekim işlenen fiilin, yani konumuz bakımından emrin yerine getirilmesinin ceza hukukunun inceleme alanına girebilmesi, emrin konusunun kanunda öngörülen suç tiplerinden birine vücut vermesine bağlıdır²⁰⁵. Ceza hukukunun olaya müdahalesi, her fiilde değil yalnızca tipe uygun fiilin gerçekleşmesi halinde olmaktadır. Gerçekten tipe uygun bir fiilin varlığı, suçun diğer unsurlarından önce gelmektedir ve eğer böyle bir fiilin varlığından söz edilemiyorsa ceza hukuku kapsamında incelemeye gerek bulunmayacaktır²⁰⁶. Bu açıdan konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler, hukuka aykırı olmakla birlikte TCK'nda ve özel ceza kanunlarında yasaklanmamış ve müeyyideye bağlanmamış fiillerdir. Bu tür bir emir söz konusu olduğu zaman, emri yerine getiren açısından ancak hukuki ve/veya idari yaptırımlar gündeme gelebilmektedir. İşte bizce ancak özel hukuk veya idare hukukunda hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası, bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Bir diğer ifade ile kişi, burada emrin mevzuata aykırı olduğunu amirine bildirmesine rağmen emir yazı ile tekrar edilmişse (askerî ceza hukuku bakımından yazı ile tekrar söz konusu olmasa da şikayet şart koşulmuştur) artık ne idari ne de hukuki olarak sorumlu tutulamamalıdır.

Bu noktada akla, hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin yerine getirilmesinin, bu suretle görevin kötüye kullanılması suçuna vücut verip vermediği sorusu gelebilmektedir. Çünkü hukuka aykırı bir emri yerine getirmek, esasen görevin gereklerini yerine getirmemektir; bu da tipiklik bakımından görevi kötüye kullanma suçuna karşılık gelmektedir. Ancak astın, kendisine verilen emri, şekil ve hizmete ilişkin olma koşulu haricinde, ordu veya kolluk mevzuatında olduğu gibi bu konuda kısıtlanmamış ise, içerik açısından denetleme hak ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu denetim sonucunda ast, verilen emrin mevzuata uygun olmadığını amir veya üstüne bildirmiş ancak yine de emirde yazılı şekilde ısrar edilmiş ise (veya bu tür emre muhatap olan bir asker kişi ise ve hukuka aykırı emir veren amirini bir derece yukarı amire şikayet etmişse), artık görevin gereklerini yerine getirmemekten bahsedilemez ve dolayısıyla ast, hukuka aykırı emri yerine getirmiş olduğu için görevi kötüye kullanma suçundan mesul tutulamaz²⁰⁷. Dikkatten kaçmaması gereken nokta, bu hususun, tamamen astın emri yerine getirme fiilinin hukuk alanında karşılaştığı sonuç ile ilgili olduğudur; yani emrin hukuka

²⁰⁴ Savaşçı Temiz, s. 55.

²⁰⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 416; Adem Sözüer, "Hukuki Hata", Yargıtay Dergisi, C.21, S.4, Ekim 1995, s. 467.

²⁰⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 208.

²⁰⁷ Benzer yönde: Zafer, s. 356.

aykırılığı bakidir ve bu nedenle emri veren bakımından sorumluluk elbette devam etmektedir. Dolayısıyla amirin eylemi, görevi kötüye kullanma suçunu meydana getirebilecektir. Nitekim hukuka aykırı emir vermek, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek demektir. Başka bir ifadeyle, görevinin gereklerine aykırı hareket eden amir, yasada ayrıca suç olarak belirtilmiş haller haricinde, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmuş yahut kişilere haksız bir menfaat sağlamış ise görevi kötüye kullanma suçundan hapis cezası ile cezalandırılacaktır²⁰⁸. Ayrıca amir, kasten işlediği bu suçtan ötürü bir yıl veya daha uzun süreli bir ceza alır ise devlet memurluğundan (asker kişi ise, Türk Silahlı Kuvvetleri'nden) çıkarma yaptırımı ile de karşı karşıya kalacak ve bir daha devlet memurluğuna alınmayacaktır (DMK m.48,98; AsCK m.30).

Askerî ceza hukukunda hukuka (kanuna ve nizama) aykırı emirlerin dahi tartışılmaksızın ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesi hükme bağlandığı için konunun çözümü askerî mevzuatta daha kolaydır. Gerçekten daha önce de vurgulandığı üzere, İç Hizmet Kanunu'nun 14. maddesi ile Yönetmeliği'nin 33. maddesine göre, suç teşkil etmediği bilinen emir, kanun ve nizama uygun olmasa bile yerine getirilmelidir, yerine getirilmesinden doğacak mesuliyet emri veren amir veya üste aittir. Yalnızca hukuka aykırı emir veren amir veya üst, emrin yerine getirilmesinden sonra astça şikayet edilmelidir²⁰⁹. Görüldüğü gibi gerek Anayasa 137 gerek TCK 24 gerekse İç Hizmet Kanunu 14 ile Yönetmelik 33. maddelerinde belirtilen usule uygun şekilde asker kişi ast, içeriği bir suçun yasal unsurlarını taşımayan ve fakat hukuka aykırı emri yerine getirmenin görevinin gereği sayılması dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçundan ötürü cezalandırılmayacaktır.

Hukuka aykırı bağlayıcı emir söz konusu olduğunda ast, bu emri yerine getirmek istemeyebilir ve bu halde karşılaşılabileceği herhangi bir cezai bir yaptırım olup olmadığını sorgulayabilir. Askeri Yargıtay'ın bu meseleye dair vermiş olduğu bir kararı konuya isabetli bir çözüm sunmuştur. Mahkemeye göre, ast, hukuka aykırı emri yerine getirmemesi halinde, disiplin hukukuna ilişkin düzenlemeler saklı kalmak üzere, emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemiş sayılmamalıdır: *“Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması ile bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin suç teşkil etmesi ayrı sonuçlardır. Ast, kanuna aykırı dahi olsa, emri yerine getirecektir. Ancak yerine getirmediği takdirde eylemi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacaktır, ama bu eylemi askerliğin disiplin kurallarını ihlal ettiğinden disiplin tecavüzü teşkil edecek ve amiri tarafından disiplin cezası ile cezalandırılabilir.”* Hal böyle iken hukuka aykırı emri yerine getirmeyen ast hakkında, verilmiş olan emrin hizmete ilişkin olması koşuluyla, yalnızca TSK Disiplin Kanunu'nun 19/1,a maddesi gereği “hizmet yerini terk etmeme” disiplin cezası uygulanabilecektir. Çünkü bu düzenlemede, kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak ya da değiştirerek veya sınırını aşmak suretiyle yapmak, emre itaatsizlik olarak düzenlenmiş ve disiplinsizlik sayılmıştır.

²⁰⁸ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1224; Savaşçı Temiz, s. 57.

²⁰⁹ As.Yrg.Drl.Krl., 05.12.1991, 1991/157 Esas 1991/154 Karar, Uçdu, s. 99-100, dn. 63.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusuru kaldıran sebep veya mazeret nedeni olarak kabul eden görüşlere katılmamız mümkün değildir. Çünkü bir kere ifade ettiğimiz üzere hukuka aykırı bağlayıcı emir, ceza hukukunun ilgi alanına girmemektedir. Ortada bir suçun yasal unsurları söz konusu değilken kişinin kusurluluğunun incelenmesi ihtimal dahilinde değildir. Keza açıktır ki böyle bir değerlendirme, ancak tipiklik ve hukuka uygunluk bakımından yapılan incelemenin ardından söz konusu olabilir. Ceza hukukunda kişinin kusurunun bulunmadığını söyleyebilmek için onun önce suç işlediğini sonra da olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını tespit ve kabul etmek gerekmektedir. Anayasal ve yasal yükümlülüklerini yerine getiren astı, “suçlu” kabul etmek bu şartlar altında mümkün görünmemektedir. Ayrıca astı, içinde bulunduğu hiyerarşik yapının getirdiği baskı dolayısıyla ve karşılaşılabileceği idari veya adli yaptırımların da korkusuyla irade özgürlüğü olmaksızın hareket ettiğini savunmak da olanaksızdır. Nitekim disiplinin ve hiyerarşinin çok sıkı tutulduğu askerî mevzuatta dahi mutlak itaat kuralına getirilen istisnalara önceki bölümümüzde yer vermiş idik. Açıktır ki günümüz hukuk sistemlerinde ast artık bir makine, bir robot gibi kabul edilmemektedir. Bunun dışında bazı yazarlarca hem hukuka uygun emrin hem de hukuka aykırı bağlayıcı emrin ayırım yapılmazsınız TCK 24/2 maddesi kapsamına dahil edilmesine karşın sorumsuzluğun temelini ilkinde hukuka uygunluk nedenine ikincisinde kusurluluğu kaldıran nedene dayandırılması²¹⁰ açık bir çelişki teşkil ettiğinden bu yazarların hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde sorumsuzluğun hukuki niteliğinin kusuru kaldıran sebep olduğu fikirlerine katılmamaktayız.

Bu kapsamda CMK’nın 223/3,b hükmünde geçen, suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası suretiyle işlenmesi durumunda sanık hakkında kusurun bulunmaması dolayısıyla “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verileceğine dair hükme katılmak da olanaklı görülmemektedir. Öncelikle “hukuka aykırı ve bağlayıcı emir” kavramı, TCK m. 24 ile maddede açıkça böyle bir ifadeye yer verilmediği için, doğrudan ilişkilendirilememektedir ve dolayısıyla izaha muhtaç bir konu teşkil etmektedir²¹¹. Bunun dışında böyle bir durumda verilmesi gereken hüküm, hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi anayasada yer verilen koşullara uyulduğu sürece herhangi bir suçun tanımına uymadığı için, CMK m.223/2. maddesinin (a) bendi gereği “beraat kararı” olmalıdır²¹². Ortada suç teşkil eden bir fiil olmadığı için kusur değerlendirmesi yapmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu minval üzere CMK m.223/3,b bize göre Anayasa 137/1 ile açıkça çelişmektedir, daha doğru bir ifadeyle kanaatimizce Anayasa’nın anılan düzenlemesine aykırı nitelik taşıyan bu hükmün somut norm denetimi veya bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi yahut kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü Anayasa’nın açık hükmüne rağmen ast hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermek demek, astın özel hukukta tazminat yaptırımı ile yüzleşmesine olanak tanımak demektir ve bu durum da hukukta birlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

²¹⁰ Hakeri, s. 273, 361; Zafer, s. 303.

²¹¹ Dursun, s. 233.

²¹² Savaşçı Temiz, s. 58.

B. Konusu Suç Teşkil Eden Emrin İfası

1. Konusu suç teşkil eden emir kavramı

Konusu suç teşkil eden emir, TCK'nın 2. maddesi göz önünde bulundurularak, kanunda açıkça suç sayılan bir fiile karşılık gelen emir şeklinde tanımlanabilmektedir. Bahse konu “kanun” ifadesi, sadece TCK'yı değil aynı zamanda özel ceza kanunları ile diğer kanunların suç ve ceza içeren hükümlerini de kapsamaktadır. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi durumunda sorumluluk bakımından değerlendirilmesi gereken kişi, hiç şüphesiz, emri yerine getiren kişi, yani asttır. Nitekim suç emrini veren amir (veya üst), her durumda, AsCK ile TCK'da öngörülen iştirak hükümleri dairesinde azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulacaktır; hatta suç emri yerine getirilmese dahi amir, AsCK'nın 109. maddesi uyarınca madununa suç yapmak için emir vermekten cezaya çarptırılacaktır.

Konusu suç teşkil eden emir ile hukuka aykırı (fakat bağlayıcı) emir birbiriyle karıştırılabilecek nitelikte kavramlardır ve muhatabı olan memurlar tarafından birbirinden kolayca ayırt edilemeyebilir. Nitekim her suç, bir hukuka aykırı fiil iken her hukuka aykırı fiil suç oluşturmaz. Bu minval üzere suça konu fiiller, hukuka aykırı fiiller içinde bir alt küme özelliği göstermektedir; dolayısıyla daha dar kapsamlıdır. O halde işe suç kavramının tanımlanmasıyla başlanmalıdır; nitekim suç kavramı tanımlanınca hukuka aykırı diğer fiillerden ayırt edilmiş olacaktır. Suç, ceza veya güvenlik tedbirlerini gerektiren yasal tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan davranışıdır²¹³. Demek ki verilen emrin, bir suçla ilişkilendirilebilmesi için, Türk Ceza Kanunu, (Askeri Ceza Kanunu, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, Terörle Mücadele Kanunu gibi) özel ceza kanunları ve (Orman Kanunu gibi) diğer kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinden birinin çizdiği şeklin tüm özelliklerini taşıması gerekmektedir. Örneğin AsCK'nın “*Memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması*” kenar başlıklı 115. maddesi hükmünde öngörülen suç, amir veya üstün, makam ve memuriyetinden doğan yetki, nüfus ve gücünü suistimal ederek, kanun ve nizamın belirlediği hal ve şartlardan başka şekilde davranması, keyfi davranışta bulunması, bu tür bir işlem yapması veya yapılmasını emretmesiyle oluşmaktadır^{214, 215}. Dolayısıyla Askerî Yargıtay'ın da bir kararına²¹⁶ konu olduğu üzere, disiplin cezası vermek yetkisini haiz olan bir amirin, astına, gerekli usule uymaksızın ve keyfi bir şekilde, disipline aykırı hareket ettiğini

²¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 205. Bu tanım, bizim de katıldığımız, suçun üçlü ayırımına göre yapılmaktadır. Zira üçlü ayırım denilen ve Almanya'da doğup İtalya'da da büyük taraftar bulan teoriye göre, suç “hukuka aykırı ve kusurlu bir insan fiili”dir; dolayısıyla suç, biri tipik fiil, diğeri hukuka aykırılık ve üçüncüsü de kusurluluk olmak üzere üç genel kurucu unsurdan meydana gelmektedir. İkili ayırım olarak isimlendirilen geleneksel teoriye göre ise suç, kusurlu iradeyle işlenmiş bir insan fiilidir; dolayısıyla suçun biri maddi (objektif) diğeri manevi (sübjektif) olmak üzere iki genel kurucu unsuru bulunmaktadır (Toroslu, s. 106). Bu durumda ikili ayırımda, hukuka aykırılık, maddi ve manevi unsurlarında fiili bütünüyle kapsamakta; sonuç olarak suçun özü, suçun kendisi haline gelmektedir (Toroslu, s. 107; Hafızogulları/Özen, s. 165).

²¹⁴ Bu durumda amirin veya üstün söz konusu emrini ifa eden astın gerçekleştirdiği bu görevi kötüye kullanma suçu bakımından AsCK'da ayrıca bir düzenleme getirilmediğinden TCK'nın 257. maddesinin uygulanması düşünülebilir.

²¹⁵ Demirağ, s. 360.

²¹⁶ As.Yrg.Drl.Krl., 10.05.2012, 2012/67 Esas 2012/66 Karar, Demirağ, s. 344-345.

düşündüğü askerin ellerinin kelepçelenmesi ve Karakol bahçesindeki piknik masasına oturtularak yaklaşık üç saat kadar bekletilmesi yönünde verdiği emir, tam olarak yukarıda yer verilen maddenin çizdiği tipe uymaktadır ve böylece suç teşkil etmektedir. Yine örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesine göre, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak fiilleri “hakaret” suçunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda amirin astlarına bir başkasına küfür etmeleri yolunda vermiş olduğu emir, konusu suç teşkil eden emirdir²¹⁷.

2. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliği konusundaki görüşler

Anayasa ve kanunlar, hukuka aykırı emrin, öngördüğü şartlara bağlı kalınarak kimi durumlarda bağlayıcı olabileceğini kabul etmesine rağmen bunun hiçbir suretle suç işletme sınırına varamayacağını da açıklamıştır. Gerçekten Anayasa'nın “Kanunsuz emir” başlıklı 137. maddesinin 2. fıkrası, TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrası ve DMK'nın 11. maddesinin 3. fıkrasında konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği; yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Tartışmaya açık bir düzenleme olsa da benzer bir hüküm AsCK'nın 41/3,B maddesinde, madunun, amirin emrinin adli ve askeri bir suç amacını içeren bir fiile karşılık geldiğini bilmesi halinde bu suçun işlenmesinden amiri ile beraber sorumlu olduğunu belirtir şekilde yer almıştır. Son olarak TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33/2.maddesinde de amir tarafından verilen emir AsCK'nın 41/3,b. maddesinin kapsamına giren hallere ilişkin ise emrin ifa olunmaması ve gecikmeden en kısa yoldan bir derece yukarı amirin bilgilendirilmesi gerektiği; bu halde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyetin asta ait olduğu vurgulanmıştır. Hal böyle iken doktrinde baskın görüşün, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette, hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından engellenmiş olduğu durumlarda dahi, yerine getirilemeyeceği yönünde olduğu görülmektedir²¹⁸.

Başka hukuk sistemlerinde ve öğretilerinde, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde dahi astın sorumsuzluğunu kabul eden hukukçular, bunun sebebinin,

²¹⁷ “Uzm.J.Çvş.E.K. 'nın, kendi amiri olan J.Bşçvş.M.Ö. 'ye hakaret etmesinden sonra, bu sırada yanında bulunan erlere, amiri durumunda bulunan J.Bşçvş.Mehmet Ö. 'ye aynı şekilde küfür etmeleri hususunda emir vermesi ve her iki askere baskı yaparak küfür etmeleri için zorlaması neticesinde her ikisinin de mağdur Karakol Komutanına hitaben “Orospu çocuğu, şerefsiz” diye küfür etmeleri karşısında sanık Uzm.Çvş.E.K. 'nın AsCK'nın 109/2. maddesi gereğince cezalandırılması gerekir. ASY 3. D.:12.8.2003-904/905 E.K. sayılı Kararı da aynı doğrultudadır. ”, As.Yrg.2.D., 18.09.2013, 2013/1268 Esas 2013/1241 Karar, Demirağ, s. 346.

²¹⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 216; Hakeri, s. 417; Özgenç, s. 406; Akkurt, s. 70; Sözüer/Tekdağ, s. 48-62; İçel, s. 333; Koca/Üzülmez, s. 331; Öztürk/Erdem, s. 204; Erem/Danışman/Artuk, s. 559; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 129; Gökcan/Artuç, s. 569, 579 (Yazarlara göre, suç oluşturan emir, hiçbir şekilde hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilemez); Zafer, s. 356; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 404; Centel/Zafer/Çakmut, s. 313; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 478; Savaşçı Temiz, s. 64; Kangal, s. 150; Uçdu, s. 104.

“Sonuç olarak; gerek Anayasanın 137/2, gerek TCK'nın 24/3 ve gerekse 211 sayılı Kanunun 41/3. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz.” Yrg.,16.C.D., 19.07.2019, 2019/3288 Esas 2019/5054 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:14.11.2019.

kusurluluğa etki eden hal (“zaruret hali”, “manevi cebir”, “iyiniyet”, “hukuki bir zorunluluk icabı kusurun bulunmaması” ve “hata”), cezalandırılabilmeye etki eden hal veya hukuka uygunluk sebebi olarak izah etmişlerdir²¹⁹. Bizde de Anayasa’nın 137. maddesinin 3. fıkrası²²⁰ ile TCK’nın 24. maddesinin 4. fıkrası (yine DMK’nın 11. maddesinin 4. fıkrası) hükümlerinin önceki fıkralarda geçen düzenlemelere tezat teşkil etmesi, konusu suç olan emrin yerine getirilmesi halinde astın sorumlu tutulup tutulmayacağı problemini beraberinde getirmiştir. Bu durumda cevaplanması gereken ilk soru, bu son fıkra hükümlerinin önceki fıkraların tümüne mi yoksa yalnızca konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emirlere mi istisna getirdiğidir. *Dönmezer/Erman*’a göre, Anayasa’nın 137/son maddesindeki düzenleme, kanunsuz veya suç oluşturan emirlerle ilgili aynı maddenin 1 ve 2. fıkralarından ayırık tutulmuştur²²¹. Benzer şekilde *İçel* de TCK 24/4 hükmünün emrin suç oluşturmaması olasılığını da kapsadığı kanaatinde²²². Askerî Yargıtay da bir kararında Anayasa m. 137’de konusu suç olan emrin ifa edilmemesi konusunda askeri hizmetlerin istisna tutulduğunu ifade etmiştir²²³. Ancak aksi yönde olarak *Özgenç*, Anayasa tarafından kanun koyucuya tanınan

²¹⁹ Söz konusu görüşler ve bu görüşlere karşı ileri sürülen eleştiriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Günel, s. 39 vd.

²²⁰ Söz konusu karışıklığın nasıl ortaya çıktığını anlamak için tarihsel bilgiye ihtiyaç bulunmaktadır. 1961 Anayasası hazırlanırken görüşmelere 124. madde olarak sunulan hüküm şu şekilde idi: “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyiz 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. Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” Görüldüğü gibi bu haliyle düzenlemede suç teşkil eden emir konusuna ilişkin izahat getirilmemiştir idi. Bu yönde bir açıklık bulunmaması, suç teşkil eden emrin de amir tarafından emirde ısrar edilmesi ve bu emrin yazı ile yenilenmesi durumunda yerine getirilmek zorunda olunabileceği şeklinde yorumlanabilirdi. Zira kanun hükümlerine aykırı görülmeye kapsamına Türk Ceza Kanunu hükümleri de dahil edilebilirdi. Bu boşluğu fark eden komisyon üyelerinden bazıları, 1924 Anayasasının “*Kanuna muhalif olan umurda âmile itaat memuru mesuliyetten kurtaramaz.*” şeklindeki 94. maddesi hükmünün dahi taslak hükmünden daha ileri seviyede olduğunu öne sürerek bir astın cinayet işlemesi yolunda aldığı emrin yazı ile yenilenmesi durumunda kasten öldürme suçundan sorumlu olmamasının kabul edilemeyeceğini dile getirmişlerdir. Sonuç olarak İstanbul tasarısında yer alan “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” biçimindeki hüküm, bahsedilen 124. maddeye eklenerek Milli Birlik Komitesi’nde yapılan görüşmelere gönderilmiş ve bu haliyle kabul edilmiştir. Ancak bu ilavenin anlamsız bir şekilde son fıkra olarak yapılmaması, sorunu çözmekten çok “yangına körükle gitmek” niteliğine erişmiştir. Nitekim bu düzenleme 1982 Anayasası’nda da şeklini değiştirmediği için yürürlüğe girdiği tarihten bu yana sonu gelmeyen tartışmaların doğmasına ortam hazırlamıştır (Demirel, s. 68-69, dn.60).

²²¹ *Dönmezer/Erman*, s. 93. Benzer şekilde *Şimşek*’e göre de kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması ile askerî hizmetlerin görülmesinde emir suç ise, yerine getirenin sorumsuzluğu Anayasa 137/son ile kabul edilmiştir (Şimşek, s.139). Aydın da Anayasadaki bu hükmü, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacına uygun olarak ancak kanunla istisna getirilebileceği şeklinde yorumlamaktadır (Aydın, s. 38). Demirel ise, hem Anayasa 137/3 hem de TCK 24/4 maddelerinde yer alan istisnaların kapsamında mutlak itaatin var olduğu hallerde emri ifa eden astın, verilmiş olan emri denetleyebilme imkanı kısıtlandığı için, emrin suç oluşturduğunu bilmeyerek yerine getirmesi hali de bulunmaktadır (Demirel, s. 71).

²²² İçel, s. 337. Ancak İçel’e göre, bu durumda hem amir hem de emri yerine getiren ast ceza hukuku bakımından sorumlu olmaktadır.

²²³ “..., hudutta görevli tüm personele Hudut Alay Komutanı ve diğer komutanlarca sürekli olarak, özellikle geceleyin ‘Hudutta dur yok, vur var’ emrinin tekrarlandığı ve hudutta görevli tüm personelin bu emir doğrultusunda uygulama yapmaya şartlandırıldıkları anlaşılmaktadır. Bu emrin, ... mevzuata aykırı olduğu ve kanunsuz emir niteliği taşıdığı açıktır. ...; bir üst norm olan Anayasa’nın 137’nci maddesinde konusu suç teşkil eden emrin yapıp yapılmaması hususunda askeri hizmetler istisna tutulmuş ve bu istisna bağlamında

bu istisna getirme imkanının, yalnızca birinci fıkradaki kural açısından, yani konusu suç olmamakla birlikte hukuka aykırı bulunan emir yazı ile tekrarlanır ise emrin muhatabı olan astın bu emri yerine getirmeye mecbur olması hükmüne ilişkin olarak söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Dolayısıyla bu noktada getirilebilecek olan istisna “yazı ile yenilenme” kuralına dair olabilecektir²²⁴. *Soyaslan*’a göre de Anayasa 137. maddesinin 3. fıkrası, yalnızca 1. fıkraya istisna niteliğindedir. Ancak *Soyaslan*, astın, özü itibarıyla emrin hukuka uygunluğunu araştırma imkanının hukuken verilmemiş olması ve emrin görünüşte suç teşkil etmemesi ahvalinde fiilden yalnızca üstün sorumlu olduğunu da kabul etmektedir²²⁵.

Cevaplanmaya muhtaç ikinci soru ise, buradan yola çıkılarak konusu suç teşkil eden emri yerine getiren astın sorumsuzluğunun kabul edilip edilemeyeceğidir. Doktrinde öne sürülen görüşlere bakarsak, *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, hukuka uygunluğun denetlenmesi imkanının bulunup bulunmamasına göre bir ayrıma giderek sorumluluk konusuna açıklık getirmektedir. Buna göre, hukuka uygunluğun denetlenebilirliğinin engellendiği emirlerde, emir hukuka aykırı ise, “hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir” mevcut bulunduğu ve bu emrin yerine getiren astın fiili suç oluşturmaya devam etmekle birlikte emri yerine getirmemesi kendisinden beklenebilir olmadığından, astın kusurunun bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bu durumda CMK’nın 223/3,b hükmünde yer alan yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası suretiyle işlenmesi durumunda sanık hakkında kusurunun bulunmaması gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi icap etmektedir²²⁶. Benzer şekilde *Erem* de “bağlayıcı gayri meşru emrin” söz konusu olabileceğini ama bu bağlayıcılığın etkisinin “suçluluğu aşıkâr emre” kadar götürülemeyeceğini kabul ederek suçluluğu aşıkâr olmayan emirlerin yerine getirilebileceğini ima etmiştir²²⁷. *Soyaslan* ise, TCK 24/2 hükmünün emrin kanuna uygun olarak verildiği, yerine getirenin emrin kanuna uygun olduğuna inandığı, emrin en azından görünüşte suç olmadığı, emrin olağan koşullar dahilinde verilmemesinden ötürü doğru olup olmadığının astın araştırma imkanının bulunmadığı duruma özgülendiğini savunmaktadır²²⁸.

AsCK.nun 41/3 ‘üncü maddesinde yer alan düzenleme yapılmıştır...’, As.Yrg.3.D., 05.11.2002, 2002/1112 Esas 2002/1107 Karar, Kangal, s. 134, dn. 207.

²²⁴ Özgenç, s. 447. Benzer yönde: İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 127; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 469. Hatta Değirmenci’ye göre, kanun koyucu, askerî hizmetlerin görülmesi açısından kanunlarda herhangi bir istisnai düzenlemeye de yer vermiş değildir (Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 469). Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre ise, bahse konu son fıkra hükümlerinden hareketle, emir suç teşkil ediyorsa emri alan astın bunu denetleme yetki ya da yükümlülüğünü haiz olmadığı, sadece emri verenin bundan sorumlu olacağı şeklinde bir yorum yapılması, her iki düzenlemeden önce gelen fıkralar ile bu düzenlemeler ile hedeflenen gayelere ve dahi anayasa ile getirilen hukuk devleti ilkesi ile çelişmektedir ve bu minval üzere Anayasa 137/son ile TCK 24/son hükümleri gözden geçirilmelidir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 403).

²²⁵ *Soyaslan*, s. 386.

²²⁶ *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, s. 417, 500. Aydın da suç teşkil eden emri yerine getirenin, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin yasaklandığı hallerde sorumlu tutulamayacağını dile getirmiş ve fakat mevzuatımızın incelenmesi neticesinde AsCK (m.41) da dahil herhangi bir kanunda istisna hükmüne yer verilmediğini belirlediğini ifade etmiştir (Aydın, s. 54).

²²⁷ *Erem*, s.17. Benzer yönde: Heinrich, s. 390; Dursun, s. 242.

²²⁸ *Soyaslan*, s. 386.

Günel, hukuka aykırı emri incelerken, kanaatimizde ceza hukukunun ilgi alanını dikkate alarak yalnızca suç teşkil eden emir bağlamında açıklamalarda bulunmuştur. Yazara göre, kural konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği olmakla birlikte istisnai durumlarda amir tarafından verilen emir, suç teşkil etse bile, emri ifa eden ast sorumsuz olabilecektir²²⁹. Bu ihtimalde emri uygulayan ast, emrin suç teşkil ettiği noktasında fiili hataya düşmüş ve hukuka uygun bir emri yerine getirdiğine bu fiili hatası sonucu inanmışsa sorumlu olmaması gerekmektedir. Burada sorumsuzluğun esası ise yazara göre, fiili hata dolayısıyla kusurluluğun kalkmasıdır²³⁰.

Anayasa’da geçen bu hükmün yorumu, konusu suç teşkil eden emrin, öngörülen istisnai hallerde yerine getirilmesi halinde astın mazeret sebebinden faydalanıp faydalanamayacağı konusunun yanı sıra AsCK’nın 41. maddesinin Anayasa’ya uygun olup olmadığı hususunun çözümü açısından da önem arz etmektedir. Çünkü AsCK’nın “2- Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur. 3- Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir : A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise.” hükümlerini ihtiva eden 41/2,3 maddesi, üzerinde anlaşma sağlanamamış bu sorunu daha da karmaşık hale getirmiştir. Bu şekilde anılan kanun, içerik hakkında tereddüt veya bilgisizlik halinde astı cezalandırmamakta, ancak emrin bir suç işletmek amacıyla verilmiş bulunduğunu bildiği takdirde astın sorumluluğunu kabul etmektedir²³¹. Hal böyle iken iş bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir²³². Çünkü AsCK’nın iş bu maddesi, suç oluşturan bir emrin yerine getirilmesine imkan verir niteliktedir. Oysa Anayasamız, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceğini şüpheyi yer bırakmayacak şekilde ifade etmektedir. Ayrıca bir emrin hem hizmet gereği olup hem de suç teşkil etmesi bir hukuk devletinde açıklanamaz türdendir. Ancak aksini düşünen yazarların da olduğu belirtilmelidir. Nitekim Günel’a göre, anayasada yer alan istisna, AsCK’daki prensibin anayasaya uygunluğunu sağlamış olmaktadır²³³.

Bilindiği üzere AsCK, özel ceza kanunu niteliğinde olmasına karşın TCK karşısında eski tarihlidir. Bu durumda bir başka sorun olan, AsCK’nın TCK karşısında yürürlükte olup olmadığı tartışması ile karşılaşılmalıdır. Bazı yazarlar, TCK hükümleri karşısında AsCK’da yer alan söze konu edilen düzenlemenin yürürlükte olmadığını; aksine TCK’nın 24. maddesindeki düzenlemenin geçerli olduğunu öne sürmektedirler²³⁴.

²²⁹ Günel, s. 39.

²³⁰ Günel, s. 58. Benzer yönde: Savaşçı Temiz, s. 66.

²³¹ Dönmezer/Erman, s. 94. Uçdu, açıkça AsCK 41 hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğunu ifade etmese bile verilen emrin ast tarafından suç teşkil ettiğinin bilinmemesi mazeretinin bir hukuk devletinde kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Ona göre bu düzenleme, astın hataya düşebilme ihtimalinin gözetilmiş olması ile savaş hukukuna uygun emirlere itaati temindir (Uçdu, s. 104).

²³² Hakeri, s. 365; Özgenç, s. 449; Koca/Üzülmez, s. 346; Gökcan/Artuç, s. 584; Akkurt, s. 72.

²³³ Günel, Emrin Meşruiyeti, s. 664.

²³⁴ Değirmenci, Emre İtaatsizlikte Israr, s. 15; Değirmenci, s. 90; Öztürk/Erdem, s. 269, dn. 498; Duran, s. 700; Kangal, s. 145. Kangal, her ne kadar bu görüşünü AsCK’nın ek 8. maddesine dayandırmış olsa da anılan hükümde değişiklik yapılmış olması, aynı kanunun 1. ve 44. maddesi hükmü ile TCK’nın 5. maddesi karşısında TCK’nın ilgili düzenlemelerinin askerî suçlarda da uygulanacağı gerçeğini değiştirmemiştir.

Diğer bir ifadeyle bahse konu görüş sahipleri, AsCK m.41/3,b hükmünde öngörülen ve TCK'nın getirdiği düzenden başka bir kural getiren düzenlemenin TCK'nın yürürlüğe girmesi ile hukuki varlığı ve geçerliliğinin sona erdiğini ileri sürmektedirler²³⁵. Buna göre, kanun koyucu, TCK'nın 5. maddesiyle bu Kanunun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağına dair hükmünü getirmek suretiyle özel ceza kanunlarında ayrı ayrı değişiklik yapmaktan kaçınmak istemiştir. Ancak bu durumda AsCK ile TCK arasında suç oluşturan emrin yerine getirilmesi bakımından bir farklılık bulunmadığı için Anayasa 137/3 karşısında bir eksiklik meydana geldiği ve bu durumun yeni bir düzenleme ile giderilmesi gerektiği de savunulmaktadır²³⁶. Son olarak AsCK hükümlerinin TCK'ya rağmen onunla birlikte geçerliliğini koruduğunu; hatta AsCK'nın TCK'ya uygun içerikte olduğunu ileri süren yazarlar da mevcuttur²³⁷.

3. Değerlendirme ve görüşümüz

Baskın kabule iştirak ederek konuyla ilgili anayasal ve kanuni düzenlemelerin açıklığı ve kesinliği karşısında konusu suç olan emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği ve yerine getirenin, hata hükümleri saklı kalmak üzere, sorumluluktan kurtulamayacağı görüşünü benimsemektediriz. Kanun yapma aşamasında bir hata yapıldı diye amirin suç işletmesi ve astın suç işlemesine izin verilmesi hukuk devletinde karşılaşılabilecek bir manzara değildir. Her ne kadar kanun yapma tekniğine göre önce genel kurala sonra bu genel kuralın getirdiği önermenin dışında bırakılan istisnaya yer verilmesi gerekse de bu durum kanun koyucunun sorunu olup memurun suç teşkil eden emre uyamayacağı gerçeğine gölge düşürememelidir. Dolayısıyla biz Anayasa 137/3 ile TCK 24/4 maddelerinin, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceğine dair önceki fıkra hükümlerine istisna getirmediğini düşünmekteyiz. Çünkü bir kere genel kural asıl, istisna arızı nitelik arz ettiği için istisnanın ayrıca ve açıkça getirilmiş olduğu ispat edilemez ise, bir diğer ifadeyle istisnanın bulunup bulunmadığı konusunda hala tereddüt var ise, istisnanın olmadığı kabul edilmektedir; bu durumda da, yani istisnanın olduğunun ispatlanamaması halinde somut olaya genel kural uygulanmaktadır²³⁸. Bu itibarla daha önce de bahsedildiği üzere 1961 Anayasası'ndan bu yana varlığını sürdüren tereddüt ve tartışmalara rağmen doktrinde büyük çoğunluğun kabulü, konusu suç olan emrin hiçbir suretle yerine getirilemeyeceğine, yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin kaideye, askeri hizmetlerin yerine getirilmesi veya acele durumlarda kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması sebepleri de dahil herhangi bir istisna getirilemeyeceğine yöneliktir. Bu durumda yapılması gereken hem Anayasa hem Kanun değişikliğidir ki konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceğine dair

²³⁵ Meraklı, s. 380; Gökcan/Artuç, s. 269. Gökcan/Artuç, her ne kadar özellikle AsCK'nın 41. maddesi kapsamında değerlendirme yapmamış olsa da TCK'nın 5. maddesine ilişkin olarak yaptığı açıklamada "Artık özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlardaki, YTCK'nın genel hükümlerine aykırılık teşkil eden hiçbir hüküm uygulanmayacaktır." ifadelerine yer vermektedir.

²³⁶ Meraklı, s. 381.

²³⁷ Aydın, s. 57. Yazar, aslında AsCK m.41 hükmünün, bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde, suç oluşturan emri ifa edenin ancak emrin suç teşkil ettiğini bilmemesi bir diğer ifadeyle hataya düşmesi halinde sorumlu olacağını düzenlediğini; bu durumun da TCK 24.maddesinin yanı sıra bu kanundaki hataya ilişkin hükümlerle de uyumluluk arz ettiğini düşünmektedir.

²³⁸ Gözler, s. 43.

kuralın, karışıklığa yol açmasına son verilmesi adına, ilgili maddelerin son fıkrası olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Böylece bütün kamu görevlileri bakımından suç oluşturan emrin yerine getirilmemesi, yerine getirilmesi durumunda sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığı açıklanmış olacaktır.

Söz konusu düzenleme suç olan emrin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği kuralına istisna kabul edilse bile, Anayasa bu istisnanın ancak kanunla gösterilebileceğine de değinmiş olduğu için, kanunlarda bu konuda bir hüküm bulunup bulunmadığı yönünde araştırmaya girişmek gerekecektir. Bu ihtimalde de hukukumuzda, askerî mevzuatta dahi, hiçbir kanunun astı suç işlemeye yönlendirdiği görülmeyecektir²³⁹. Bu aşamada akıllara çokça andığımız AsCK'nın 41. maddesinde yer alan düzenlemeler gelebilir. Bilindiği gibi bahse konu düzenlemede, hizmete ilişkin konularda verilen emir bir suç oluşturursa bu suçun işlenmesinden emir veren kişinin mesul olduğunu belirtildikten sonra iki halde astın da iştirak hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna gidilebileceği benimsenmiştir. İlk hal, astın kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış olmasıdır²⁴⁰. Ancak burada astın sınırı taksirle aşmış olması durumunda cezalandırılıp cezalandırılmayacağı veya cezasında herhangi bir indirim yapıp yapılmayacağı açıklanmamıştır²⁴¹. Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus da şudur ki astın hudutlarını aşarak yerine getirdiği emir, suç teşkil eden bir emirdir²⁴². Zira amirin verdiği emir, hukuka uygun bir emir ise ve ast bunun sınırlarını aşarak yerine getirirse, TSK Disiplin Kanunu'nun 19.maddesinin 1/a hükmü gereği kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emrin sınırını aşmak suretiyle emre itaatsizlik disiplinsizliğinden ötürü "hizmet yerini terk etmeme" disiplin cezasıyla karşılaşacaktır. Ayrıca ast hizmete ilişkin hukuka uygun bir emrin sınırını aşmak suretiyle bir suç işlemiş olur ise hem emre itaatsizlik disiplinsizliğinden ötürü hem de işlediği suçtan ötürü cezalandırılmak durumunda kalacaktır²⁴³. Amir ve astın suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinden birlikte sorumlu olduğu ikinci hal ise, amirin emrinin adli ve askeri bir suç amacını içeren bir fiile ilişkin olduğu astça malum olmasıdır. Maddede

²³⁹ Yargıtay'ın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır: "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."Yrg. 9. C.D., 09.10.2013, 2013/9110 Esas 2013/12351 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.: 28.11.2020.

²⁴⁰ "Olay tarihinde, 2803 sayılı Kanun ve Jandarma Teşkilat Yönetmeliği ile 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu gereğince devriye görevini yürütürken, asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle firari iken yakalayıp birliğine teslim ettiği maktulü, olay günü tekrar yakalayıp, kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine, emrindeki erata, önce dur ihtarı yapıp, ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra ayaklarına doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı olmayan olayda, yasaya aykırı bir davranışı gözlenmeyen sanığın, 765 sayılı TCK'nın 49/1. maddesi anlamında kanun hükümlerini icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arzettiği düşünülmeden, anılan madde gereği ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken, mahkumiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır.", Yrg., 1.C.D., 12.12.2002, 3659/4665, Gökcan/Artuç, s. 569.

²⁴¹ Erman'a göre, 41.madde, sınırın aşılmasının kasten ya da taksirle olup olmaması arasında bir ayrım gözetmemektedir. Bu halde her iki durumda da asta tam ceza verilmelidir (Erman, s. 182). Uçdu'ya göre ise, emrin yerine getirilmesi sırasında sınırın taksirle aşılması durumunda astın cezalandırılabilmesi için işlenen fiilin taksirli sorumluluğunun öngörülmüş olması gerekmektedir (Uçdu, s. 103).

²⁴² Uçdu'ya göre, söz konusu düzenleme, konusu suç teşkil etmeyen emirlere itaat sırasında verilen emrin sınırının aşılması sonucu bir suç işlenmesi halini de kapsar niteliktedir (Uçdu, s. 103).

²⁴³ Erman, s. 182.

geçen “malum” olma ifadesi, doğrudan bilmeye karşılık gelmektedir, başka bir ifadeyle maddeye göre amacın olası görülmesi, öngörülebilir veya tahmin edilebilir bulunması bilmek olarak değerlendirilmemektedir²⁴⁴. Hal böyle iken kanaatimize göre de AsCK’nın 41. maddesi hükmü, gerek Anayasa’ya aykırı niteliği gerekse TCK’nın olaya uygulanabilirliği sebepleriyle geçerliliğini yitirmiştir. Nitekim yukarıda da izah etmeye çalıştığımız üzere konusu suç olan emir hiçbir şekilde yerine getirilemez ve yerine getiren kişi hiçbir durumda sorumluluktan kurtulamaz; bu kaidenin bir istisnası olamaz. Bu minval üzere, astın yerine getirdiği emrin adli veya askeri bir suç maksadını içeren bir fiile karşılık geldiğini bilmediğini öne sürerek sorumluluktan kurtulması beklenememelidir. Keza Anayasa’nın 129. maddesinin 1. fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler. Bunun dışında biz de AsCK’nın genel hükümlerinde yer alan askerî zorunluluk ve ihtiyaçları karşılayan düzenlemeler haricinde TCK’nın genel hükümlerine aykırı ne kadar hüküm varsa geçerliliğini yitirdiğini savunmaktayız.

AsCK’nın 41. maddesi hükmü yalnız geçerlilik değil gereklilik açısından da sorgulanmalıdır. Nitekim düzenlemede yer alan “*hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse*” ifadesinde de bir çelişki yer almaktadır ki bir emrin hem suç teşkil edeceğini hem de bunun bir kamu hizmeti niteliğinde olduğunu açıklamak mümkün olamamaktadır²⁴⁵. Benzer şekilde “adli ve askeri bir suç” ifadesi de kanaatimizce kusurludur. Gerçekten “ve” bağlacı, bilindiği üzere, kümülatif bir beraberliği ifade etmektedir. Oysa emrin içeriği suçun askeri veya adli olması, sonuca etkisi açısından farklılık göstermemektedir; ast her iki durumda da sorumlu olmaktadır. Ayrıca ve en önemlisi hükmün kabul eylediği subjektif kıstasın, yani astça bilinme halinin ispatı sorunudur. Zira AsCK’nın 41. maddesinde, daha önce de vurgulandığı üzere, astın emrin yerine getirilmesinden sorumlu tutulabilmesi için, amir tarafından bir suç işletmenin amaçlandığının astça bilinmesine, yani subjektif bir kıstasa itibar edilmiştir. Bu halde astın bilerek hareket etmiş olduğunun subjektif ve objektif delillerle ortaya konulması; başka bir ifadeyle amirin suç işletme amacını astın nasıl hissetmiş, temyiz ve istihraç eylemiş bulunduğunun şüpheyi yer vermeyecek bir şekilde tespiti gerekmektedir²⁴⁶. Bu hususun da, TCK’nın “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” ifadelerini içeren 4. maddesine aykırılık taşıdığı söylenmelidir. Zira amirin emrinin bir suç amacına matuf olduğunu bilmemenin, ceza kanunlarını bilmemekten bir farkı bulunmamaktadır.

Bu noktada Yargıtay’ın bir kararını da değerlendirmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Yargıtay, hukuka aykırı bağlayıcı emir konusunda herhangi bir hukuki nitelendirme yapmadığı bu kararında, isabetsiz olarak, sanık astsubay hakkında TCK m.24 ve CMK m.223/3,b maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi yerine beraatine hükmedilmesini bozma nedeni saymıştır. Gerçekten karara göre: “*Oluşa ve dosya kapsamına göre; Silifke Yeşilovacık Limanından hareket eden ‘Hayri Reis’ isimli tekne ile yurt dışına yasal olmayan yollardan insan çıkarılacağı yönünde ihbar alınması üzerine, olay günü saat 04.00 sıraları içinde maktul ...’ın da*

²⁴⁴ Aydın, s. 60; Çelen, s. 22.

²⁴⁵ Benzer yönde: Özgenç, s.449.

²⁴⁶ Taşkın, s. 69.

bulunduğu 236 kaçak yolcu ile birlikte hareket eden adı geçen teknenin, Akdeniz Bölge Sahil Güvenlik Komutanlığı'na bağlı TCSG 73, TSCG 116 ve TSCG 103 botları tarafından takibe alındığı, tüm uyarı ve çabalara rağmen durdurulamaması üzerine uyarı atışları yapıldığı, geminin ısrarlı bir şekilde devam etmesi üzerine gemiyi hareketten sakıt bırakmak amaçlı pervane kısmına halat atılması emrinin verildiği, bu şekilde de durdurulamaması üzerine Sahil Güvenlik Akdeniz Bölge Komutanı'nın emriyle geminin pervane ve kıç kısmına atışlar yapıldığı, bu atışlar sebebiyle tekneye isabet eden kurşunların kopardığı, niteliği belirlenemeyen bir parçanın maktulün sağ koltuk altından isabet etmesiyle hayatını kaybettiği olayda; Sanık ... haricinde "Hayri Reis" isimli teknenin pervane ve kıç kısmına ateş eden başkaca görevli bir deniz astsubayı bulunmadığı, bu haliyle maktule isabet eden cismin, sanık ... tarafından gemiye yapılan atışlar sonucu gemiden koptuğu, sanık ...'ın atışları sonucu maktulün hayatını kaybettiği anlaşılmakla, sanık hakkında yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve TCK'nın 24. ve CMK'nun 223/3-b. maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmağına karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,"²⁴⁷ bozmayı gerektirmiştir. Söz konusu kararda Yargıtay'ın çalışmamızın bir sonraki bölümünde incelemeye alacağımız amirin emrinin yerine getirilmesi sırasında sınırın aşılmasına örnek nitelikte kabul edilebilecek bu somut olayda çok başka bir çözüme ulaşmış olması kabul edilemez. Çünkü bir kere Yargıtay burada, Sahil Güvenlik Akdeniz Bölge Komutanı tarafından verilmiş olan emrin hukuka uygunluğu ya da aykırılığı konusunda hiçbir izaha ve araştırmaya yer vermemiştir. Oysa ortada bir ölüm neticesi bulunmaktadır. Bu durumda da ya verilen emir silah kullanma yetkisinin tüm şartlarını taşıması hasebiyle hukuka uygundur ve ast hukuka uygunluk nedeninden faydalanmalıdır yahut verilen emrin konusu suç teşkil etmektedir ki amir de ast da sorumluluktan kurtulamamalıdır. Yani öncelikle emrin hukuka uygun olup olmadığı belirlenmeli, daha sonra sınırın aşılması veya hata hükümlerinin olaya uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Yargıtay'ın hukuki dayanağı TCK 24 ve CMK 223/3,b olarak göstermesi isabetli görülememektedir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere CMK 223/3,b Anayasa'ya aykırı nitelik arz etmektedir ve bizce uygulanmasına da imkan bulunmamaktadır. Toparlamak gerekirse hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifa edilmesi durumunda astın ceza hukuku bakımından herhangi bir sorumluluğu söz konusu olamaz. Ceza hukuku bakımından muhakeme, ancak kanunda suç olarak tanımlanmış bir fiilin ifası durumunda söz konusu olmaktadır. Yüklenen suçun, hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi mümkün olamaz; konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilemez. CMK iş bu düzenlemede, açıkça suç teşkil eden emrin bağlayıcı nitelik taşıyabileceğini kabul etmektedir ki Anayasa'nın kati hükmü karşısında bunu kabul etmek imkan dahilinde bulunmamaktadır.

Dolayısıyla ast, amirin verdiği emrin suç teşkil edip etmediği noktasında tereddüde düşmüş olsa bile verilen emre riayet etmemekle yükümlüdür. Gerçekten örneğin bir sınır karakolunda görev yapan askeri şahıs, sınırdan geçmekte olan bir kişi görmüş ve amiri tarafından ateş etme emri almış ise bu emre itaat ile yükümlü müdür? O

²⁴⁷ Yrg. 1. C.D., 26.12.2017, 2016/2333 Esas 2017/5316 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:10.01.2021.

kişinin terörist olduğunu düşündüğünü ifade ederek savunma yapması kabul edilebilir mi? Bizce bu soruya derhal olumsuz cevap vermek mümkündür. Zira kendisine ateş edilmesi istenen kişi, bir terör suçlusu olabileceği gibi herhangi bir kişi de olabilecektir. Dolayısıyla ihtar yapılmadan kişilerin vücut bütünlüğüne zarar vermek amacıyla doğrudan ateş edilmesi yolunda bir emir verilmesi, açıkça suç teşkil etmektedir ve yukarıda yer verilen²⁴⁸ Askerî Yargıtay kararına konu olayda bahsedilen “hudutta dur yok, vur var” söylevi gibi emirlerin yerine getirilmesi halinde astın sorumluluğu devam etmelidir²⁴⁹. Ayrıca İç Hizmet Kanunu’nun askerlerin silah kullanma yetkilerini düzenleyen 87. maddesindeki hüküm ile Terörle Mücadele Kanunu’nun ek 2. maddesindeki “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler*” hüküm karşısında da soruyu olumlu yanıtlamak mümkün değildir. Yeri gelmişken belirtelim ki Terörle Mücadele Kanunu’ndaki bu hüküm önce “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler*” şeklinde iken Anayasa Mahkemesi’nin 06.01.1999 tarih ve 1996/68 Esas 1999/1 Karar sayılı kararı ile iptal edilmiş ve daha sonra 29.06.2006 tarihli 5532 sayılı Kanunun 16. maddesiyle yukarıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararında isabetli olarak, faillerin sadece silah kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı “ateşli silah” kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiş olmasının, Anayasa’nın 17 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesine aykırı nitelikte olduğu vurgulanmıştır²⁵⁰.

Sonuç itibarıyla AsCK 41. maddesinin Anayasa ve TCK karşısında geçerliliğini yitirdiğini söylemek mümkündür ve fakat yeterli değildir. Çünkü verdiğimiz örnekten de anlaşılacağı üzere, askerlikte işler diğer kamu görevlerinde olduğu gibi yürümektedir. Örneğimizdeki gibi bazı durumlarda amirin de astın da hızlı hareket etmesi için düşünüp tartmak için yeterince vakti olmamaktadır. Bu durumda ortaya çıkabilecek tehlikenin büyüklüğü ya da mağduriyetin niteliği göz önünde bulundurularak askerî mevzuatta değişikliğe gitmek elzemdir. AsCK’nın tarihi gereği güncel problemlere yanıt vermesi ve yeni mevzuatla uyum sağlaması imkansızdır. Bu itibarla yalnızca amirin emrinin ifası sonucu doğabilecek sorumluluk konusunda yenilik yapmanın yetmeyeceği aşikardır; yapılması gereken halen ölüm cezasının dahi yazılı olduğu Kanunu, Anayasa ve TCK hükümlerine uygun olarak yeniden kaleme almak, baştan yapmaktır. Böylece AsCK, TCK karşısında hem sonraki tarihli hem de özel kanun niteliğine erişeceği için bu

²⁴⁸ Bkz. s. 56, dn. 223; As.Yrg.3.D., 05.11.2002, 2002/1112 Esas 2002/1107 Karar.

²⁴⁹ Akman, s. 280.

²⁵⁰ Karar metninin tamamı için bkz.: https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1999/1?Donemler_id=2&EsasNo=1996%2F68&KararAramaRaporu=1&KararNo=1999%2F1&KararTarihiIlk=06.01.1999, E.T.:14.08.2020.

konudaki ihtilaflar da sonlandırılmış olacaktır. Burada yalnızca çalışmamızın kapsamı gözetilerek, amirin veya yetkili üstün emrinin ifasının sorumluluğa etkisi konusunda Alman Ceza Kanunu (Wehrstrafgesetz, WStG)'nın 5. paragrafına²⁵¹ yakın bir düzenleme getirilmesi savunulabilir. Buna göre bir öneri olarak, Askerî Ceza Kanunu'nun konuya dair düzenlemesi şu şekilde ifade edilebilmektedir:

“ Ast, amirinden veya yetkili olduğu durumlarda üstünden aldığı emrin, ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş bir fiile karşılık geldiğini bilmesi veya içinde bulunduğu koşullar dikkate alındığında bunun bariz olması halinde sorumluluktan kurtulamaz.

Ancak emrin yerine getirilmesi sırasında içerisinde bulunduğu özel durum dolayısıyla astın kusuru az görülebilirse, mahkeme cezayı indirebileceği gibi suçun işleniş şekli ve özellikleri de dikkate alınarak ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

²⁵¹ Kanunun tam metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/wstrg/WStG.pdf> , E.T.: 05.04.2021.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SINIRIN AŞILMASI VE HATA HALİ

I. Amirin Emrinin İfasında Sınırın Aşılması

A. Sınırın Aşılması

1. Genel olarak

Yetkili bir merci, yani amir veya kanunun cevaz verdiği ölçüde üst tarafından verilen, hizmete ilişkin ve şekil ve esasa ilişkin koşulları taşıyan emrin yerine getirilmesi hukuka uygundur. Bu halde memurun herhangi bir şekilde sorumlu tutulması mümkün olmamaktadır. Ancak amirin (veya üstün) emrine uygun olarak harekete geçen ast, daha sonra kanunun veya emrin tayin ettiği sınırı aşan bir fiilde bulunabilir. Bahse konu durumda sınır aşıldığı için artık ortada hukuka uygun bir fiilin varlığından söz edilemez. Çünkü burada hukukun cevaz verdiği sınırların dışına çıkılmış; bu minval üzere koruma alanından uzaklaşmıştır. Yani sınırın aşılmasında, aşılan kısım bakımından hukuka aykırılık söz konusudur²⁵². Bir örnek ile açıklamak icap ederse TSK Disiplin Kanunu'nun 28. maddesinden yola çıkılabilir. Buna göre oda hapsi cezası vermeye yetkili kılınmış disiplin amirlerinin, diğer kanunlar ile verilmiş yakalama yetkisi haricinde, maddede sayılan durumlardan birisi bulunduğu veya benzer bir amaçla, maiyetinde bulunan kişileri geçici olarak kontrol altına almaya veya aldırmaya yetkili olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla maddede sayılan durumlardan olarak kendisine, başkalarına veya çevresine ya da hizmete ait bir eşyaya zarar vereceği açık bir şekilde belli olan emri altındaki astının bu durumunun engellenmesi amacıyla maiyetinde bulunan diğer kişilere geçici olarak kontrol altına alma konusunda emir vermesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Ancak bu emrin, söz konusu astın örneğin ağaca bağlanarak bekletilmesi şeklinde ifa edilmesi durumunda ağaca bağlama fiili bakımından emrin sınırının aşılma kısmından bahsedilebilecektir. Burada hukuka aykırılık yalnızca emri yerine getiren astın alanında doğduğu ve amirin emri hukuka uygunluğunu koruduğu için sınırın aşılmasında sorumluluğun yalnız emri ifa eden asta ait olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir²⁵³.

²⁵² Akbulut, s. 518; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 484; Özgenc, s. 451.

²⁵³ "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, maktulü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce durdurma ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda yasaya aykırı bir davranışın gözlenmediği sanığın TCK'nın 49/1 maddesi anlamında, kanunun hükümlerini icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emri verdiği, 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 arz ettiği düşünülmeyen sanık hakkında TCK'nın 49/1 maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesis edilmesi yasaya aykırıdır", Yrg. 1. C.D., 12.12.2002, 2002/3659 Esas 2002/4665 Karar, Savaşçı Temiz, s. 197, dn. 679.

Konu, TCK'nın 27/1. maddesinde çözüme kavuşturulmuştur. Çalışmamız bakımından AsCK'nın 41/3,a maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddüt hasıl olabilirse de daha önce üzerinde durulduğu üzere, bizce 41. madde hükmü, Anayasa'ya aykırı olduğu gibi TCK'nın yürürlüğe girişiyle geçerliliğini de yitirmiştir. Nitekim AsCK'nın 41/2 hükmüne göre, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç oluşturursa bu suçun işlenmesinden emir veren mesul tutulmuş ve devam eden fıkrada ancak iki halde astın da iştirak hükümleri kapsamında cezalandırılacağı ifade edilmiştir ki bunlardan ilki astın kendisine verilen emrin sınırını aşmış olması halidir. Dikkat edilmelidir ki hükme göre astın hudutlarını aşarak yerine getirdiği emir, suç teşkil eden bir emirdir. Suç teşkil eden emrin Anayasa'nın 137. maddesinin 2. fıkrası karşısında hiçbir durumda yerine getirilmemesi gerekmektedir. Bu minval üzere askeri ceza hukukunda da bütün şartları haiz bir emrin ifasında sınırın aşılması halinde uygulanacak olan düzenleme, TCK'nın 27. maddesinde yer almaktadır.

Her ne kadar TCK sınırın kast olmaksızın aşılması haline ilişkin düzenleme getirmekte ise de ast, aldığı emrin sınırlarını mücbir sebeple, kasten veya taksirle aşmış olabilir²⁵⁴. Bu durumların doğurduğu neticeler bakımından ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır. Ancak bu hallerin ortak noktası, hukuka uygun bir emir vermiş bulunan amirin sorumluluğunun söz konusu olmamasıdır.

2. Sınırın mücbir sebeple aşılması

Türk Hukuk Lûgatı'ndaki tanımına göre mücbir sebepler, önceden nazara alınmasına ve bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine olanak bulunmayan ve harici bir etkiden, yani doğal bir kuvvetten (fırtına, deprem, sel gibi) veya üçüncü kişinin fiilinden veya resmî bir memnuiyetten, ileri gelen hukuki bir olaydır²⁵⁵. Bu durumda mücbir sebep etkisi altında verilen emrin sınırını aşan ast, iradi olarak hareket etmemiş bulunmasından ve fiili ve netice arasındaki nedensellik bağı da kesilmiş kabul edildiğinden işlediği fiilden ötürü cezalandırılmamaktadır. Dolayısıyla sınırın mücbir sebeple aşılması halinde faile kusur izafe edilemeyeceğinden TCK m. 27 uygulanmamalı ve kişi sınırı sanki hiç aşmamış gibi hukuka uygunluk nedeninden faydalanmalıdır²⁵⁶.

Bu kapsamda hukuka uygunluk sebepleri açısından mücbir sebebin, TCK'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *“Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez”* düzenlemesinden yola çıkılarak yalnızca meşru savunma bakımından kabul edildiğini; dolayısıyla amirin emrini yerine getiren astın sınırı mücbir sebeple aşması durumunda bu hükümden yararlanamayacağı ve cezalandırılması gerektiğini öne süren görüşe²⁵⁷ katılmamaktayız. Çünkü yukarıda da tanımlandığı üzere, mücbir sebep, yalnızca mazur

²⁵⁴ Dönmezer/Erman, s. 137; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 474; Savaşçı Temiz, s. 199; Akman, s. 255.

²⁵⁵ Türk Hukuk Lûgatı, s. 251, <https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf>, E.T.:07.01.2021.

²⁵⁶ Dönmezer/Erman, s. 137; İçel, s. 409; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 190; Günel, s. 162; Soyaslan, s. 387; Akman, s. 257. Hakeri, farklı olarak, sınırın mücbir sebep dolayısıyla aşılması halinde bir hukuka uygunluk nedeninin artık kabul edilemeyeceğini ve fakat failin bu durumda artık davranışlarını yönlendirme yeteneği kalmadığından kusurlu kabul edilemeyeceğini kabul etmektedir (Hakeri, s. 405).

²⁵⁷ Hakeri, s. 405; Savaşçı Temiz, s. 201.

görülebilen bir heyecan, korku veya telaş olarak algılanmamalıdır ki bu kavram çok daha geniş kapsamlıdır.

3. Sınırın kasten aşılması

Sınırın bilerek ve isteyerek, yani kasten aşılması halinde de çözülmesi gereken bir sorun karşımıza çıkmamaktadır. Sınırın kasten aşılması halinde kişinin bundan yararlanması adalet anlayışı ile bağdaştırılamaz. Bu itibarla TCK 27/1 hükmü açıktır; sınırın kasten aşılması halinde fail, aşılan kısım bakımından hukuka uygunluk nedeninden faydalanamamakta ve meydana gelen netice bakımından hangi suç oluşmuş ise bu suçun cezasında herhangi bir indirim söz konusu olmaksızın sorumlu kabul edilmektedir. Nitekim fail burada sınırı, “araçta” değil “amaçta” aşarak yeni bir suç işlenmektedir ve bu hali hukuka uygun hale getirebilecek ya da mazur görülmesini sağlayabilecek bir kural bulunmamaktadır²⁵⁸. Burada kastın doğrudan ya da olası kast olması arasında bir fark gözetilmemektedir²⁵⁹.

Ancak Yargıtay’ın sınırın kasten aşıldığı somut bir olayda, 27/1 maddesinin uygulanmasını kabul etmemesine karşın failin kastının yaralamaya yönelik olduğu nitelendirmesi yaparak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan (TCK m.87/4) hüküm tesis ettiği görülmüştür²⁶⁰.

Bu noktada TCK’nın 256. maddesine de değinmekte fayda bulunmaktadır. Buna göre, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Görüldüğü gibi maddede, kamu görevlisi olan failin görevini ifa etmekte iken başka şahıslara karşı ölçüsüz kuvvet kullanımından, bir diğer ifadeyle sınırı aşmasından bahsedilmektedir ki sınırı aşıl原因 görevin kaynağı kanun hükmü olabileceği gibi amirin emri de olabilecektir²⁶¹. Öğretide anılan düzenleme, kanunilik ilkesi açısından isabetli bulunmayarak, ölçünün dışında kuvvet kullanılması sonucu yaralamadan başka suçların da meydana gelebileceği gözetilerek fiil hangi suça vücut vermekte ise failin ona göre cezalandırılması gerektiği öne sürülmekte ve hüküm bu yönde haklı bir şekilde eleştirilmektedir. Gerçekten bizce de TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabında bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi uygun olmamıştır ki ölçüsüz kuvvet kullanımı sonucunda meydana gelen netice bakımından genel hükümlere dayanılarak hüküm tesis edilebilmektedir. Ayrıca söz konusu hükmün lafzi yorumu, memurun sınırı taksirle aşması halinde bile kasten yaralama suçunun

²⁵⁸ İçel, s. 411; İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 191.

²⁵⁹ Akbulut, s. 515.

²⁶⁰ “Somut olayda hakkında tutuklama kararı verilen ancak kelepçe takılmadığından yararlanarak kaçan şüpheliyi yakalamak için yaralama kastıyla hareket eden ve sınırı kasten aştığı hususunda duraksama yaşanmayan sanığın eyleminin T.C.K’nın 27/1. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, meydana gelen sonucu kabullenerek hareket ettiğine dair kanıt bulunmadığından eylemin olası kastla öldürme suçu kapsamında da değerlendirilemeyeceği, yaralamak suretiyle etkisiz hale getirme kastıyla hareket eden sanığın eylemi neticesi meydana gelen ölümden T.C.K’nın 87/4. maddesi gereğince sorumlu tutulması gerektiği ve sanığın T.C.K’nın 87/4. maddesi gereğince mahkûmiyeti yerine atılı şekilde T.C.K’nın 85/1 ve 27/1.maddeleri gereğince mahkûmiyetine hükmedilmesi, kanuna aykırıdır”, Yrg. 12. C.D., 01.07.2015, 2014/18098 Esas 2015/12307 Karar, Akbulut, s. 515-516.

²⁶¹ Gökmen Avcı, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:52, Aralık 2010, s. 83.

cezasıyla sorumlu tutulmasına yol açabilecek niteliktedir ve bu yönüyle de isabetli görülmektedir²⁶². Madde gerekçesinde yer alan ifadeler, gerekçenin madde metnine dahil olmaması gerçeği karşısında, bahsedilen eleştiriyi haksız çıkarmamaktadır.

Konunun savunma mevzuatı açısından önemi, TSK Disiplin Kanunu'nun 19. maddesi bakımından da kendini göstermektedir. Buna göre kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emrin sınırını aşmak suretiyle yapılması da emre itaatsizlik disiplinsizliğini meydana getirmektedir. Dolayısıyla ast hizmete ilişkin hukuka uygun bir emrin sınırını aşmak suretiyle bir suç işlemiş olur ise hem emre itaatsizlik disiplinsizliğinden ötürü hem de işlediği suçtan ötürü cezalandırılmak durumunda kalacaktır²⁶³.

4. Sınırın taksirle aşılması

Taksir, kişinin istememekle birlikte kendisinden beklenen ve göstermek zorunda olduğu dikkat ve özeni göstermemek suretiyle suç tipinde öngörülen neticenin gerçekleşmesi halidir²⁶⁴. Dolayısıyla sınırın taksirle aşılması, kişinin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaksızın öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörememiş bulunmasından ileri gelmektedir²⁶⁵.

TCK'ya göre failin kusurluluğu ancak sınırın taksirle aşılması halinde etkilenmektedir. Gerçekten Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasına göre, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılabiliriyorsa, taksirli suç için kanunda belirlenen ceza indirilerek hüküm kurulmaktadır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise konuya farklı bir şekilde açıklık getirilmiş idi. Gerçekten anılan Kanun'un 50. maddesi şu hükmü içermektedir: *“49 uncu maddede yazılı fiillerden birini icra ederken kanunun veya salâhiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm idam ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden az olmamak üzere hapis cezasına mahkûm olur. Sair hallerde asıl cürme mürettep ceza altıda birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis, hapse tahvil olunur ve hidematı ammeden müebbeden mahrumiyet cezasına bedel muvakkat mahrumiyet cezası verilir”*. Bu şekilde mülga ve yürürlükte bulunan TCK arasında sınırın aşılması konusunda birtakım farklılıkların olduğu hemen fark edilmektedir. İlk olarak eski kanun, sınırın kasten ya da taksirle aşılması halinin önemi üzerinde durmamıştır. Bu husus, söz konusu kanun döneminde tartışmalara yol açmakta, çoğunluk tarafından, sınırı taksirle aşan faile, eğer suçun taksirli hali cezalandırılabilir ise, işlediği taksirli suçun cezası belirlenip cezada bu madde hükmüne göre indirim yapılması kabul edilmekte idi ve fakat Yargıtay, sınırın taksir veya kast ile aşılması halleri arasında bir fark gözetmeksizin iki durumda da bu maddeye göre cezada indirimde gitmekte idi²⁶⁶. 5237 sayılı TCK, çoğunluk görüşünü

²⁶² Hafizoğulları/Özen, s. 239; Zafer, s. 338.

²⁶³ Erman, s. 182.

²⁶⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 472. *“İradi olarak işlenen icabi veya selbi bir fiilden, fail tarafından istenmemiş olmalarına rağmen kanunun cezalandırdığı neticelerin husule gelmesi hali”*, Türk Hukuk Lûgatı, s. 319, <https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf>, E.T.:10.01.2021.

²⁶⁵ Öztürk/Erdem, s. 308; Özgenç, s. 452.

²⁶⁶ Koca, s. 142.

benimseyerek Yargıtay'ın bu içtihadına ve doktrindeki tartışmalara son vermiş bulunmaktadır. Bunun dışında görüldüğü üzere mülga TCK, iş bu düzenlemenin yalnızca kanunun veya amirin ya da zorunluluk halinin çizdiği sınırların aşılması halinde uygulanabileceğini öngörmekte idi²⁶⁷. Oysa 5237 sayılı TCK, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasından söz etmektedir. Hal böyle olunca “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği noktasında da güncel bir başka görüş ayrılığı daha kendini göstermiştir. Bu görüş ayrılığının bir mutabakata bağlanması, konumuz açısından da hayli önem arz etmektedir ki önceki bölümde değindiğimiz üzere hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde sorumsuzluğu, kusurluluğu kaldıran neden olarak ele alan görüşler bulunmaktadır. Bu kapsamda hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası sırasında sınırın aşılması halinde failin 27. madde hükmünden yararlanıp yararlanmayacağı da belirlenmelidir²⁶⁸. Çoğunluğun kabulü, hükmün dar yorumlanarak yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması şeklinde anlaşılmasıdır²⁶⁹. Çünkü yazarlara göre, hem sistematik yorum göz önünde bulundurularak 27. maddenin hukuka uygunluk nedenlerinden hemen sonra düzenlenmiş olması bu kabulü gerektirmektedir hem de ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler, yapısı ve niteliği gereği sınırın aşılması kuralının uygulanmasına imkan tanımamaktadır²⁷⁰. Ayrıca kusurluluğu etkileyen hallerde kişinin fiiliyle ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmekte ise de bu kişi kasten hareket etmektedir; bu durumda kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerde sınırın “kast olmaksızın” aşılması mümkün olamamaktadır²⁷¹. Bir başka açıdan ise, kast ve taksir kavramlarının haksızlıkla ilgili olması bu kabulü gerektirmektedir²⁷². Belirtilmelidir ki söz konusu görüşe taraftar yazarlar, kanunların yalnızca suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyas mümkün olmadığından ve burada da bu tür bir hükümden bahsedilmediğinden,

²⁶⁷ Buna rağmen doktrinde sınırın aşılmasına ilişkin bu maddenin, ceza hukukunda fail lehine yapılabilecek kıyasa engel olmadığından bahisle, kanunda yazılı bulunmayan diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından da uygulanabileceği savunulmakta idi (İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 197).

²⁶⁸ Daha önce belirttiğimiz üzere hukuka aykırı bağlayıcı emir, ceza hukukunun konusuna girmemekle birlikte özel hukuk veya idare hukuku bakımından astın kendisine düşen yükümlülüğü (Anayasa m.137/1; TSK İç Hizmet Yönetmeliği m.33/1) yerine getirmesi koşuluyla bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği için hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi sırasında da sınırın aşılması halinde TCK 27/1 uygulanmalıdır.

²⁶⁹ Akbulut, s. 513; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 482; İçel, s. 412-413; Koca, s. 141; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, EÜHFD, C.XI, S.1-2, 2007, s. 40 (Sınırın Aşılması) (Burada Koca/Üzülmöz, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını, bir hata hali olarak nitelendirmektedirler.); Özgenç, s. 450; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 347; Hafızogulları/Özen, s. 238; Zafer, s. 336; Değirmenci, s. 186; Savaşçı Temiz, s. 196; Demirel, s. 141. Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir: “TCK’nın 27/1 maddesinde; kanunun hükmünü yerine getirme (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2) gibi hukuka uygunluk nedenlerinde, sınırın kast olmaksızın aşılması halinde sorumluluk statüsü belirlenmiştir”, Yrg.16.C.D., 18.02.2020, 2019/8779 Esas 2020/2077 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:10.01.2021.

Öztürk/Erdem ise, TCK 27/1’in yalnızca m.24, 25 ve 26’da yer alan hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulanabileceğini; TCK’da düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinde ise 27/1’in kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olmadığını öne sürmektedir (Öztürk/Erdem, s. 307-308).

²⁷⁰ Koca, s. 141; Savaşçı Temiz, s. 196.

²⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 482.

²⁷² Koca/Üzülmöz, Sınırın Aşılması, s. 40; Akbulut, s. 514.

sınırın aşılmasına ilişkin 27. madde düzenlemesinin, TCK'da yer almayan hukuka uygunluk nedenleri bakımından da uygulanabilmesi gerektiğini de savunmaktadırlar²⁷³.

Doktrinde bizim de katıldığımız ikinci görüş ise, sınırın aşılması hükmünün uygulanabilmesi için ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin şartlarının oluşmuş olmasını gerekli görmektedir²⁷⁴. Bize göre akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi sebepler bir kenara bırakılacak olursa ceza sorumluluğunu kaldıran her nedenin sınırın aşılmasına yapı ve nitelik olarak uygun olmadığını öne sürmek olanaklı görülmemelidir. Nitekim 27. maddenin gerekçesi de bu yönde bir kabulü destekler niteliktedir. Nitekim gerekçenin hem ilk hem son cümlesinde sınırın aşılmasının ceza sorumluluğunu kaldıran tüm hallere teşmil edilmesinin hedeflendiği açıklanmıştır. Ayrıca sınırın aşılması hükmünün yalnızca hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanabileceğini öne süren yazarlardan bir kısmı aynı zamanda hukuka aykırı bağlayıcı emri kusurluluğu etkileyen hal olarak kabul etmektedir²⁷⁵. Bu durumda hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi esnasında tüm hukuki denetim yükümlülüğüne uygun davranmış bulunan ast sınırı taksir dolayısıyla aşarsa ne şekilde cezalandırılacağı konusunda bizce bir boşluk yaratılmış olmaktadır. Söz konusu sakıncanın giderilmesi bakımından da sınırın aşılmasına dair iş bu hükmün, niteliğine uygun düşen bütün ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde uygulanabilirliğinin kabulüdür.

Görüldüğü üzere kanuna göre, dikkat ve özen kurallarına aykırı olarak sınırın aşılması hali cezalandırılmaktadır. Taksirin varlığı, taksire dair kurallar gereğince belirlenecektir²⁷⁶. Buna göre öncelikle emrin yerine getirilmesi şartlarının olayda bulunması gerekmektedir ki somut olayda emrin yerine getirilmesi şartları gerçekleşmemiş ise sorun hata hükümlerine göre çözümlenebilecektir²⁷⁷; daha sonra astın bu hukuka uygun emri ifa ederken dikkatsizlik, tedbirsizlik, özensizlik gibi nedenlerle sınırı aşması hali gözlemlenmektedir. Bu itibarla sınırın taksirle aşıp aşılmadığına ilişkin inceleme yapılırken emrin gerekleri, somut olayın özellikleri ve özellikle astın sübjektif durumu değerlendirilmelidir. Ast, kendisinden beklenebilecek tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen sınır aşılmış ise sorumluluğuna gidilemeyecektir²⁷⁸.

Emrin ifasında sınırın aşılması açısından farklı durumlar baş gösterebilir. İç Hizmet Kanunu'nun 80. maddesine uygun olarak izinsiz kıtası haricinde bulunan bir askeri yakalaması emri verilen ast, bu emri ifa ederken bilerek ve isteyerek kişiyi yaralar ise açıktır ki kasten yaralama suçundan cezalandırılacaktır. Ancak aynı durumda yakalanması istenen kişi askere mukavemette bulunur ise ve asker de bu saldırıya orantılı bir savunma ile karşılık vererek def etmeye çalışırken kişinin yaralanmasına neden olursa askerin meşru müdafaadan yararlanması düşünülebilecektir. Hatta İç Hizmet Kanunu'nun 90. maddesine göre, her asker meşru müdafaa halinde silah kullanmaya yetkilidir.

²⁷³ Akbulut, s. 514.

²⁷⁴ Hakeri, s. 406.

²⁷⁵ Özgenç, s. 450; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 397; Akbulut, s. 562; Koca, s.133; Koca/Üzülmez, s. 342; Zafer, s. 355; Değirmenci, s. 200.

²⁷⁶ Akbulut, s. 518; Koca/Üzülmez, Sınırın Aşılması, s. 49.

²⁷⁷ Demirbaş, s. 336.

²⁷⁸ Savaşçı Temiz, s. 205.

Sonuç olarak konumuz bakımından TCK 27. maddenin uygulama şartları şu şekilde sıralanabilmektedir: 1) Emrin yerine getirilmesine dair bütün şartların somut olayda bulunması, 2) Bu emrin sınırının (araçta) aşılması, 3) Sınırın kast olmaksızın, yani astın neticeyi istememesine rağmen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucu aşılması 4) Sınırın aşılması dolayısıyla işlenen suçun taksirle işlendiğinde de cezalandırılabilen fiillerden biri olması.

B. Asker Kişilerin Silah Kullanma Yetkisinde Sınırı Aşması

Askerlerin silah kullanma yetkileri, İç Hizmet Kanunu'nun 87 ila 90. maddelerinde düzenlenmektedir. Bunun için öncelikle asker kişinin, karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirilmiş olması (m.87) ya da hizmete ait bir vazifeyi yaparken karşılaştığı direnmeyi bertaraf etmek veya askere veya askeri eşyaya karşı yapılan bir tecavüze karşı koymak durumunda kalması (m.89) yahut son olarak meşru müdafaa hali (m.90) gerekmektedir. 87. madde ile silah kullanılmasını gerektiren haller, silah kullanma derecesi ve silah kullanma tarzı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bahse konu düzenleme, açık ve bariz bir şekilde, silah kullanmanın başkaca bir çare kalmamasına ve zorunlu olmasına; silah kullanılması durumunda da ateş edilmesinin son çare (ultima ratio) olduğuna dikkatleri çekmektedir. Yani asker, karşısındaki kişi veya kişilere en az zarar verecek yöntemi kullanmakla; fiziki güç uygulayarak amaca ulaşmak mümkün ise silaha başvurmamakla²⁷⁹; silaha başvuracak ise de derhal ateş etmemekle; ateş edecekse de hedeflerini kademelendirmekle yükümlü tutulmuştur. Bununla birlikte silah kullanma yetkisinin sahip olan her askerin veya silah kullanma emrini vermeye yetkili bulunan her komutanın, kanunun tayin etmiş olduğu izinleri yerinde ve zamanında kullanmaz veya silahlarından tamamıyla yararlanmazsa fiilin niteliğine göre cezalandırılacağı da ifade olunmuştur (m.88).

Kanun hükümleri göstermektedir ki taarruz veya mukavemetin giderilmesini ya da kişinin yakalanmasını sağlayacak ölçünün ötesinde silah kullanılması durumunda kanunun hükmü yahut amirin emri hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşıldığından bahsedilecektir. Böyle bir durumda silah kullanma yetkisine sahip olan kişinin kastını değerlendirmek icap etmektedir. Sınırın aşılmasında failin kasten hareket etmiş olması, sorumluluk açısından tereddüt doğurmayacaktır. Bu kast, doğrudan kast olabileceği gibi olası kast şeklinde de tezahür edebilir²⁸⁰. Ancak bu sınır dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak ihlal edilirse artık aşan kısım itibarıyla astı, TCK 27/1 uyarınca sorumlu tutmak gerekmektedir. Örneğin önce havaya sonra ayağa doğru ateş emri alan bir asker havaya ikaz atışı yaptıktan sonra ayağa doğru hedef almışken daha önce ihmal gösterip bağlamadığı botlarının bağına takılıp yere düşerse ve düşerken gerçekleştirdiği bu atış,

²⁷⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında, “amaçlanan hedefe ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir denge kurulması” gereğini belirterek, jandarmaların, çok güçlü bir silah kullanmış olmalarından; copları, koruyucu kalkanları, su topları, plastik mermileri veya göz yaşartıcı gazlarının olmamasından ötürü başvurulmuş kuvvetin 2. madde kapsamında mutlak olarak gerekli olmadığı kanaatine vararak Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir (Güleç/Türkiye davası kararı, 27.07.1998, paragraf 70-73).

²⁸⁰ Özgenç, s. 453.

ayağına hedef aldığı kişinin başına isabet edip ölümüne yol açarsa gerçekleşen ölüm bakımından askerin taksirli sorumluluğuna gidilecektir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin, çalışmamızın bir önceki bölümünde²⁸¹ yer verdiğimiz kararında da değerlendirmenin bu konu üzerinden yapılması icap etmekte idi. Gerçekten bu somut olayda, sanık astsubay bakımından, kendisine verilen emrin sınırlarını aşıp aşmadığı, aşmış ise sınırın aşılmasında kusurunun niteliğinin belirlenmesi gerekmekte idi. Oysa Yüksek Mahkeme, bu yönde bir değerlendirmeye girişmeksizin sanığın kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi gerektiğine hükmetmiş ve haklı olarak doktrinde de eleştirilmiştir²⁸².

Yargıtay, sınırın aşılmasının tereddüt uyandırdığı durumlarda, haklı olarak şüpheden sanık yararlanır ilkesi ışığında fail lehine değerlendirme yapmakta ve cezalandırma yoluna gitmemektedir²⁸³.

Belirtildiği üzere her asker meşru müdafaa halinde de silah kullanmaya yetkilidir (TSKİHK m. 90). Bu durumda sınırın aşılması bakımından TCK m.27/2 hükmü gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre, meşru müdafaa sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmemektedir. Yargıtay, bir kararına konu olan olay, Siirt Jandarma Özel Harekat Tabur Komutanlığı'nda görev yapmakta olan uzman çavuş rütbesindeki sanığın, sıkışan trafikte yasadışı gösteri yapan ve terör örgütü lehine slogan atan bir grup tarafından hedef alınan askeri araçta iken, yaptığı tüm uyarılara rağmen taşlı saldırıya son verilmemesi ve aracın camlarının kırılarak atılan taşların içeriye düşmeye başlaması üzerine zimmetinde bulunan MP-5 marka makineli tabancası ile kırık olan camdan dışarıya doğru seride bir kez ateş ederek saldırıyı yapan gurubun içinde yer alan bir şahsın başından vurularak ölümüne neden olması şeklinde vuku bulmuştur. Yüksek Mahkeme burada sanığın, herhangi bir hedef gözetmeden kalabalıktaki kişilerin üzerine rastgele ateş etmiş olması sebebiyle sınırın kastla aşıldığına kanaat getirmiş ve TCK 27/1. maddesinin olayda uygulanma koşullarının bulunmadığını belirlemiş; ancak ölüme yönelik sözlerle de desteklenen fiili saldırının ağırlığı, uyarılara karşın ısrarla ve artarak devam etmesi ile bölgenin özellikleri bir bütün olarak göz önüne alındığında yasal savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaş ile aşıldığının kabulünün zorunlu olduğunu ifade ederek sanık hakkında TCK'nın 27/2. ile CMK'nın 223/3,c maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar veren yerel mahkeme ile bu kararı onayan Özel Daire çoğunluk görüşünde bir isabetsizlik görmeyip Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar vermiştir²⁸⁴.

²⁸¹ Bkz. s. 62: Yrg. 1. C.D., 26.12.2017, 2016/2333 Esas 2017/5316 Karar.

²⁸² Akbulut, s. 516, dn. 1338.

²⁸³ Yrg. C.G.K., 22.11.2011, 2010/129 Esas 2011/236 Karar, Akbulut, s. 518.

²⁸⁴ Yrg. C.G.K., 31.03.2009, 2008/1-201 Esas 2009/81 Karar, Demirbaş, s. 332, dn. 348. Doktrinde bazı yazarlarca, TCK'nın "heyecan, korku veya telaştan ileri gelen sınırın aşılması" halini meşru müdafaa ile sınırlı şekilde düzenlemiş olmasına karşın, kişinin kusurunu kaldıran bu hususun diğer hukuka uygunluk sebepleri bakımından da uygulanmasının amaçsal yorumun bir gereği olduğu belirtilmektedir (İçel, s. 410).

II. Amirin Emrinin İfasında Hata

A. Genel Olarak

Bilmeme, yanlış bilme veya yanlış yorumlama biçiminde ortaya çıkan hata, kişinin iradesi, yani zihninden geçirdikleri ile maddi gerçeğin birbiriyle uyuşmaması, birbirinden farklı olması hallerini ifade etmektedir²⁸⁵. Ceza hukukunu ilgilendiren davranışın iradi biçimde meydana gelmesi gereği dolayısıyla irade, fiilin bir unsuru olarak kabul edilmektedir²⁸⁶. Bu itibarla astın, yerine getirdiği emrin suç teşkil etmesi hususunda hataya düşmesi mümkündür ve daha önce de ifade edildiği üzere bu durum, suç olan emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağına dair anayasal hükme istisna niteliğinde kabul edilebilmektedir²⁸⁷.

Hatanın ceza sorumluluğuna etkisi, TCK'nın 30. maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

Hata kurumu, ceza hukukunda, fiil ve kural üzerinde hata olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu sebeple emrin ifa edilmesinde hata da farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Emri ifa eden kişi, verilen emir sonrasında gerçekleştirdiği fiilin haksızlık teşkil etmesi noktasında hataya düşebileceği gibi hukuka uygun bir emirde bulunması gereken şartların tamamının gerçekleşmemiş olmasına rağmen gerçekleştiğini de sanabilir²⁸⁸. Burada ilk durumda hukuki hatadan; ikinci durumda da fiili hatadan bahsedilmektedir. Söz konusu farklı ihtimallerin sorumluluk üzerindeki etkisine de ayrı ayrı değinmek gerekmektedir. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki ne hukuki ne de fiili hata konusunda AsCK'nda bir hüküm bulunmadığı için mesele, TCK hükümleri ile çözümlenmelidir.

B. Hukuki Hata

Hukuki hata, yasaklayan normun bilinmemesi olarak tanımlanabilmektedir. Hukuki hata her zaman haksızlık hatasını (yanılgısını) içermeyebilir. Diğer bir ifadeyle kişinin hukuki hataya düştüğü ve fakat haksızlık yanılgısı içinde bulunmadığı haller söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan hukuki hata ile haksızlık yanılgısının farklı kavramlar olduğu ifade edilmektedir²⁸⁹. Örneğin üç arkadaş aralarında para toplayıp uyuşturucu madde kullanmaya karar verse ve bu uyuşturucu maddeleri bir kişi alıp gelse bu kişinin, içinde bulunduğu hukuki değerlendirme hatası sebebiyle fiilinin, uyuşturucu ticareti (TCK m.188) suçuna değil kullanmak için uyuşturucu madde satın almak (TCK m.191) suçuna vücut verdiğini zannetmesi durumunda hukuki hatanın varlığından söz edilse bile haksızlık yanılgısının (hukuka aykırılık bilincinin) mevcut bulunmadığından söz edilememektedir. Bu minval üzere haksızlık yanılgısı, cezai bir normun ya da cezai norm dışında kalan bir normun emrettiği veya yasakladığı fiilin bilinmemesi veya yanlış yorumlanması yahut kanun metninde geçen sözcüğün/sözcüklerin yanlış görülmesi

²⁸⁵ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 560.

²⁸⁶ Sözüer, s. 472.

²⁸⁷ Akman, 246.

²⁸⁸ Akman, s. 247.

²⁸⁹ Olgun Değirmenci, "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", TBB Dergisi, Sayı: 110, Yıl: 2014, s. 145.

dolayısıyla, gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırılığı olduğuna vakıf olunmamasıdır²⁹⁰. Burada fail, yasaklayan normu gözden kaçırarak fiiline izin verildiğini zannetmektedir. Hatanın bu şekli, “doğrudan haksızlık yanılığı” veya “soyut haksızlık yanılığı” olarak da adlandırılmaktadır²⁹¹. Öğretide kişinin, gerçekleştirdiği fiilin hukuk düzenince yasaklanmış olduğunu bilmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut bulunduğunu düşünmesi veya gerçekte mevcut bulunan bir hukuka uygunluk nedenini yanlış yorumlaması hallerinde de hukuki hatanın var olduğu ifade edilmektedir. Gerçekte mevcut bulunan bir hukuka uygunluk nedeninin yanlış yorumlamasına, hukuka uygunluk nedeninin sınırları hakkındaki hata da dahildir²⁹². Bu durumlar da haksızlık yanılığının, “dolaylı haksızlık yanılığı” veya “somut haksızlık yanılığı” olarak isimlendirilen bir diğer şeklini teşkil etmektedir²⁹³. Bilindiği üzere haksızlık yanılığının bu ikinci şekli, suç teşkil eden emri ifa etmiş bulunan kişiler tarafından sıkça kullanılan bir savunma aracı olarak kendini göstermiştir.

Hukuki hatada fail, kanuni tanımda belirtilen unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği için, bu hususun kasta bir etkisi olmamaktadır ve kural olarak sorumluluk ortadan kalkmamaktadır²⁹⁴. Zira ceza hukukunun bir ilkesi haline gelmiş ve TCK’nın 4. maddesine de konu olmuş bulunan kural gereği, ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz (ignorantia juris non excusat; error iuris nocet). Dolayısıyla kural olarak amirin suç teşkil eden emrini yerine getiren ast, kendisini, fiilin suç teşkil ettiğini bilmediğini veya amirin emrini yerine getirmenin her durumda fiili hukuka uygun hale getirdiğini öne sürerek savunamayacak; bu şekilde savunma yapsa dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak “istisnasız kural olmaz (nulla regula sine exceptione)” deyişinden yola çıkılarak TCK 4. maddesindeki bu kuralın da mutlak anlamda kabul edilmediği fark edilmektedir. Nitekim sert, katı ve objektif ceza sorumluluğunu kabul eden Kilise Hukuku’nda egemen olan bu ilke, 15. yüzyılın sonlarına doğru yumuşamış ve irade sorumluluğunun giderek belirginleştiği bir döneme geçiş yapılmıştır²⁹⁵. Nitekim kişinin meydana getirdiği bir haksızlık dolayısıyla kınanmasını, onun hukuk kurallarına uygun davranma ihtimal ve yeteneğine rağmen, hukuka aykırı davranışı seçmesine dayandıran kanun koyucular, failin hukuka aykırılık bilinci içinde olup olmamasına önem vermiştir²⁹⁶. 5237 sayılı TCK bakımından da önce Kanunun ilk halinde, 4. maddenin ikinci fıkrası olarak şu hükme yer verilerek bu gerçek gösterilmiş idi: “*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*”²⁹⁷. Daha sonra bu fıkra, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı

²⁹⁰ Devrim Güngör, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBB Dergisi, Sayı 68, 2007, s. 136; Koca/Üzülmez, Sınırın Aşılması, s. 43.

²⁹¹ Sözüer, s. 481; Koca/Üzülmez, Sınırın Aşılması, s. 44; Değirmenci, s. 221; Güngör, s. 136.

²⁹² Sözüer, s. 481; Değirmenci, Yanılma, s. 167.

²⁹³ Sözüer, s. 481; Koca/Üzülmez, Sınırın Aşılması, s. 44; Değirmenci, s. 221; Güngör, s. 136; Akman, s. 248.

²⁹⁴ Akman, s. 248.

²⁹⁵ Demirbaş, s. 423; Değirmenci, Yanılma, s. 137.

²⁹⁶ Sözüer, s. 473.

²⁹⁷ TCK’nın TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen 4. madde gerekçesi şöyledir:

“Tasarıda kişinin bir fiilin hukuk düzenince yasaklandığına ilişkin kaçınılamayacak hatası dikkate alınmamaktaydı. Anayasamızda güvence altına alınan kusur ilkesiyle açık biçimde çelişen bu durumun düzeltilmesi zorunluluğu nedeniyle maddeye ikinci fıkra eklenmiştir.

Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesi ile kanun sistematigi gözetilerek madde metninden çıkarılmış ve aynı Kanunun 4. maddesi ile TCK'nın 30. maddesine şu fıkra eklenmiştir: “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz”²⁹⁸. Bu noktada en önemli hususun “kaçınılmazlık” olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Bu minval üzere önlenabilir nitelikte olmayan ve dolayısıyla hata sebebiyle failin kınanamadığı durumlar, ceza sorumluluğunu kaldırmaktadır²⁹⁹. Dolayısıyla kişinin işlemiş olduğu fiilin yasak olduğunu bilmesi veya bu hususu en azından tahmin etmesi, bundan şüphe duyması haksızlık bilinci açısından yeterli görülmekte³⁰⁰; burada kaçınılmazlıktan

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. Ancak, işlenen fiilin kanunlarda suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez.

İşlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”

²⁹⁸ Değişikliğin nedeni, 5377 sayılı Kanunun gerekçesinde şu sözler ile ifade edilmiştir:

“Madde 1- Kusurluluk açısından önemli olan, kişinin, işlediği fiilin hukuken tasvip edilmez bir fiil olduğunun bilincinde olmasıdır. Ancak, işlenen fiilin pozitif hukuk metinlerinde cezalandırılabilir bir fiil olarak, yani suç olarak tanımlanmış olduğunu bilmek gerekmez. Hatta işlenen fiilin bir haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olduktan sonra; ayrıca cezaya layık bir haksızlık olduğunun bilinip bilinmediğinin araştırılmasına gerek yoktur.

Bu bakımdan, 19.yüzyılda ceza hukukuna hakim olan “Error iuris nocet” (“kanunu bilmemek mazeret sayılmaz”) kuralı, 2004 tarihli Türk Ceza Kanununda “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, klasik ceza hukuku anlayışının bir sonucu olan “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının kapsamı, büyük ölçüde daraltılmış olmaktadır.

Ancak, bu kural, Anayasamızla da güvence altına alınan ceza hukukunda kusura dayalı sorumluluk ilkesini bertaraf eder şekilde yorumlanmamalıdır.

Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilememiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır.

Bu hatanın kişi açısından kaçınılmaz olması halinde, kişi işlediği fiille ilgili olarak kusurlu telakki edilemez. Bu hata halinin, 30. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle; kanunun bağlayıcılığı hükmünü düzenleyen 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının madde metninden çıkarılması gerekmiştir.

Madde 4- 30. 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 halinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur.

Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”

Belirtilmelidir ki öğretilerde, kaçınılmaz nitelikte haksızlık hatasına hukuki bir sonuç bağlanmış olması karşısında TCK m.4'ün işlevi bulunmadığı ve bu hükmün ilga edilmesinin kusur ilkesi bakımından yerinde olacağı da savunulmaktadır (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 439; Meraklı, s. 428; Değirmenci, Yanılma, s. 144). Başka bir açıdan düzenlemenin fiili hata içerisinde değil de değişiklikten önce olduğu gibi m.4'ün ikinci cümlesi veya ikinci fıkrası olarak sunulması gerektiğini ifade eden yazarlar da söz konusudur (Hafizoğulları/Özen, s. 294).

²⁹⁹ Güngör, s. 156.

³⁰⁰ Hakeri, s. 428.

bahsedilememektedir. Ancak bu kaçınılmazlığın belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı belirlenirken failin kişisel durumu, bilgi düzeyi, eğitimi, rütbe ve görevi, kişisel ve mesleki deneyimleri, sosyo-kültürel çevresi ve içinde hareket etmiş bulunduğu somut koşullar incelemeye alınmaktadır³⁰¹. Bu durumda aynı konuda yanılan iki kişiden birinin, örneğin bir astsubay çavuşun hatası kaçınılmaz kabul edilebilecek iken diğerinin, örneğin bir albayın hatası kaçınılabilir olarak görülebilecektir³⁰². Bu bakımdan hukuka aykırılık bilincinin kasta dahil bir konu değil de kusurluluğun bağımsız bir unsuru olması gözetilerek hukuki hatanın, suçun manevi unsuru, yani kusurluluk ile bağlantılı bir kavram olduğu sonucuna ulaşılmaktadır ve hatada kaçınılmazlık söz konusu ise bu husus, kastı değil, kusurluluğu kaldırarak ceza sorumluluğuna etkide bulunmaktadır³⁰³.

Demek ki TCK 30/4. maddesi ışığında, ast, ancak amirin verdiği ve ifa etmiş bulunduğu emrin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise cezalandırılmayacaktır. Bu itibarla emrin açıkça suç teşkil ettiği durumlarda, astın sorumluluktan kurtulması, yani hatasının kaçınılmaz kabul edilmesi mümkün görünmemektedir³⁰⁴. Çünkü hukuki hatanın kaçınılmaz kabul edilebilmesi için öncelikle fiili yasaklayan normun fail tarafından bilinmemesi ve aynı zamanda bilinebilir olmaması icap etmektedir³⁰⁵. Örneğin amirin, kışlanın önünden geçen her insana ve araca ateş emri vermesi, açıkça suç teşkil eden bir emirdir ve bu emre riayet ederek ölüme sebebiyet veren bir askerin hatası, kaçınılmaz bir hata olarak görülemez³⁰⁶. Zira burada fiilin anti sosyal niteliği aşıkardır.

Haksızlık yanılığı, idari makamların, mahkeme kararlarının veya hukuk fakültesi mezunlarının verdiği açıklama ve yanlış bilgilerden ileri gelmiş ise bu hatanın kaçınılmaz sayılıp sayılmayacağı konusu doktrinde ele alınmıştır. Bu konuda olumlu cevabı veren ilk görüş, yetkili makamların ve hukukçuların yaptığı açıklamalar ve verdiği kararların haksızlık yanılığını kaçınılmaz hale getirdiğini kabul etmektedir³⁰⁷. İkinci görüşe göre ise, idare tarafından kanuna ilişkin olarak yapılan yanlış yoruma veya bir hukukçunun verdiği yanlış bilgiye ya da yanlış mahkeme kararlarına güvenerek suç işlenmesi halinde ceza sorumluluğunun kalkmayacağı belirtilmektedir³⁰⁸. Çünkü söz konusu kurum ve

³⁰¹ Hafizoğulları/Özen, s. 296; Sözüer, s. 483; Öztürk/Erdem, s. 330; Meraklı, s. 425; Demirbaş, s. 428; Akman, s. 249. Bu konuda, Avusturya Ceza Kanunu'nun haksızlık yanılığının faile isnat edilebileceği halleri hükme bağlayan 9/2. maddesinden yardım alınabilir: *"Herkes gibi fail bakımından da eylemin haksızlık teşkil ettiği kolaylıkla anlaşılabilir ise ya da failin mesleği, ilgi alanları ya da içinde bulunduğu diğer şartlar onu yükümlü kılıyor olmasına rağmen ilgili düzenlemeler konusunda bilgi sahibi olmamış ise failin haksızlık hatası kendisine isnat edilmelidir"* (Meraklı, s. 427).

³⁰² Demirel, s. 137.

³⁰³ Özgenç, s. 492; Güngör, s. 148; Sözüer, s. 478; Öztürk/Erdem, s. 329.

³⁰⁴ Yargıtay, bir kararında bu hususu açıkça vurgulamıştır: *"...emir ve eylemin suç teşkil ettiği açıkça belli olması nedeniyle, eylemlerinin suç teşkil etmediği ve/veya suç teşkil ettiğini bilmediklerine dair savunmalarının reddedilmesinde ve TCK 24/1-4, 30. maddelerinin tatbik şartlarının bulunmadığının kabulünde konumları, rütbeleri ve mesleki tecrübeleri itibarıyla hukuki isabetsizlik görülmekle ..."* Yrg. 16.C.D., 07.11.2019, 2019/1535 Esas 2019/7315 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:09.02.2021.

³⁰⁵ Güngör, s. 156.

³⁰⁶ Akman, s. 250.

³⁰⁷ Hakeri, s. 427.

³⁰⁸ Güngör, s. 158.

kişiler, kanun koyucu olmayıp kanunların uygulanmasını ve ona uyulmasını sağlamakla yükümlü ve görevli tutulmuş varlıklardır. Ancak yine bu görüş uyarınca bu durumun, kusurluluğu azaltan bir hal olarak kabul edilmesi ve kişinin cezasında bir miktar indirimle gidilmesi düşünülebilmektedir.

Bu durumda esas sorun, hatanın kaçınılabılır görüldüğü durumlarda kendini göstermektedir. Zira TCK'da haksızlık yanılığının kaçınılabılır olduğu durumlara ilişkin herhangi bir sonuca yer verilmemiştir. Hatanın kaçınılabılır olduğu bu durumda failin, işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinden emin olan başka failer ile eşit değerlendirilmesi, çağdaş ceza hukuku eğilimlerine uygun düşmemesi hasebiyle eleştirilmektedir³⁰⁹. Bu görüşe göre, Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde olduğu gibi TCK m.30/4'te de kaçınılabılır haksızlık hatasına düşen failin cezasında indirimle yer verilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde bu hususta ayrıca bir hüküm sevk edilmesinden ziyade TCK m. 30/4'ün gerekçesinden yararlanmak suretiyle kaçınılabılır haksızlık yanılığının söz konusu olduğu hallerde kişinin kusurunun derecesinde azalma meydana gelmiş bulunmasından dolayı cezasının alt sınıra yaklaşılarak tespit edilmesi gerektiğini belirten görüşler de söz konusudur³¹⁰.

C. Fiilî Hata

Duyu organlarıyla algılanabilen bir hususun ya da gerçekliğin yanlış veya noksan, yani farklı olarak algılanmasına fiilî hata denilmektedir³¹¹. Bu minval üzere hukuki hata işlenen fiilin cezai nitelendirilmesinde görülmekte iken fiilî hata, işlenen fiilin kanuni tipe uygunluğu hususunda kendini göstermektedir³¹². Bir diğer ifadeyle hukuki hatada kişinin işlemeyi istemiş olduğu fiil ile normda yasaklanan fiil aynı iken; fiilî hatada failin yerine getirmek istediği fiil ile yasaklanmış bulunan fiil birbirinden farklı nitelik arz etmektedir³¹³.

Emrin yerine getirilmesi sırasında fiilî hata, ya suç tipindeki unsurların bilinmemesi suretiyle ya da emre ait koşulların gerçekleştiğinin sanılması ile ortaya çıkabilir. İlk halin kastı kaldırdığı kesin iken ikinci halin kast kapsamında mı kusur kapsamında mı değerlendirileceği konusu doktrinde tartışılmaktadır.

Gerçekten ilk durum, TCK 30. maddesinin 1. fıkrasında düzenleme konusu olmuştur. Anılan hükümde, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen failin, kasten hareket etmiş sayılmadığı ve fakat (gerekli dikkat ve özen gösterilse idi bu yönde bir neticeye varılmayacağı yargısına ulaşmakta ise de) söz konusu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda örneğin suçun konusu olan kişi üzerinde hata halinde, emir üzerine Mustafa Binici yerine Mustafa Bilici isimli kişiyi yakalayan asker örneğinde olduğu gibi, failin kasten hürriyeti tahdit suçunu işlediğinden bahsedilemeyecek; bu suçun taksirli hali de öngörülmediğinden burada failin cezai sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir. Görüldüğü

³⁰⁹ Öztürk/Erdem, s. 331; Meraklı, s. 428; Demirbaş, s. 428; Değirmenci, Yanılma, s. 147.

³¹⁰ Özgenç, s. 494; Öztürk/Erdem, s. 331.

³¹¹ Toroslu, s. 228.

³¹² Akman, s. 250.

³¹³ Demirbaş, s. 432.

üzere burada failin iradesinin gerçeğe uygun bulunması halinde işlediği fiilin suç teşkil etmeyecek olması ihtimali kesindir³¹⁴. Buna karşılık bir suç kasıtlı şekilde işlenirken hataya düşülmesi sonucu başka bir suçun meydana gelmesi durumunda failin hatasından yararlanması beklenememelidir. Bir başka ifadeyle örneğin suç teşkil eden emri bilerek ve isteyerek yerine getiren ast hataya düşerek başka bir suçun oluşmasına sebep olmuş ise artık bu hatasından faydalanması düşünülemez. Çünkü bu ihtimalde ast, yanılmış olmasaydı da işlediği fiil suç teşkil edecek idi. Dolayısıyla hatanın irade lehine çözümlenmesi esastır. Bu halde ast, işlemeyi kastettiği suçtan ötürü cezalandırılacaktır³¹⁵. Örneğin teğmen rütbesindeki failin, mağdur iş arkadaşının rızası olmaksızın onun cebinde bulunan bir miktar parayı alması olayında, fiil, hırsızlık suçuna vücut vermektedir. Oysa bu para, askeri bir hizmet veya vazifeden dolayı mağdura emanet edilmiş bir değer olsa ve fail bunu bilmeseydi kendisi AsCK'nın 131. maddesinde düzenlenen askeri eşyayı çalmak suçundan değil işlemeyi kastettiği ve AsCK'nın 132. maddesinde düzenlenen üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalmak suçundan ötürü cezalandırılacaktır³¹⁶.

Bu hususa benzer bir durum, AsCK'nın 107. maddesine de konu olmuştur. Buna göre *“Bu fasılda madunlar hakkında tayin edilen ağır cezaların verilmesi için mafevkin rütbesi ve kıdemi herhangi bir suretle madunun malumu bulunması şarttır. Madunun mafevkin vaziyetini bilmediği sabit olursa hakkında tertip olunacak ceza umumi hükümlere tabidir”*. Dolayısıyla amir veya üstü tehdit, amir ve mafevke hakaret, emre itaatsizlikte ısrar, mukavemet, amir ve mafevke fiilen taarruz suçları gibi AsCK'nın Birinci Kısım'ının Üçüncü Bap'ının Beşinci Fası'nda düzenlenen suçlar bakımından astın, üstün rütbe ve kıdemi bilmesi gerekmektedir. Bu durumda suçun maddi unsurlarına ilişkin fiili hata, askeri suçlardan cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmakta ve fakat genel hükümlere göre belirlenecek sorumluluk baki kalmaktadır³¹⁷.

İkinci hale ilişkin olarak da TCK 30. maddesinin 3. fıkrasında çözüme yer verildiği söylenebilmektedir. Buna göre ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanacaktır. Bilindiği üzere, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenleri kapsamına almaktadır. Bu itibarla kanun her iki husus bakımından da *“kaçınılmazlık şartı”*nı getirmiş gibi görünmektedir.

Oysa hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın, kast kapsamında mı kusur kapsamında mı değerlendirileceği konusu doktrinde tartışılmaktadır³¹⁸. İlk görüş, failin, kanuni tipe uyan bir fiilin gerçekleştiğini bilmesine rağmen fiili hukuka

³¹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 426; Özgenç, s. 480; Hakeri, s. 411.

³¹⁵ Erman, s. 205; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 426; Hakeri, s. 410; İçel, s. 490; Demirağ, s. 611; Değirmenci, Yanılma, s. 152.

³¹⁶ *“Sanığın, P.Çvş.S.T.'nin koğuştaki pantolonunun cebinden parayla birlikte aldığı flaş diskin Birlik Komutanlığına ait olduğunu bilebilecek durumda olup olmadığı hususunda hiçbir değerlendirme yapılmadan, sanığın bunu bildiğini ve ayrı bir kasıtlı bu suçu da işlediği sonucunu doğuracak şekilde P.Çvş.S.T.'nin parasını çalmaya teşebbüs etmek suçu yanında, ayrıca askeri eşyayı çalmaya teşebbüs etmek suçunu da işlediğinin kabulü, kanıtlara ve hukuka uygun bulunmamaktadır”*, As.Yrg.Drl.Krl., 03.11.2011, 2011/104 Esas 2011/101 Karar, Demirağ, s. 620.

³¹⁷ Erman, s. 204.

³¹⁸ Akbulut, s. 519.

uygun hale getiren sebeplerden birinin maddi koşullarının somut olayda meydana geldiğini zannetmesi halinde, örneğin amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebinin şartlarının gerçekleştiği hususunda hatanın TCK m.30/3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmektedir³¹⁹. İkinci görüş ise, TCK m.30/3'ü eleştirerek kaçınılabilirlik veya kaçınılmazlığın kişinin kusurunun değerlendirmeye alınmasıyla ilgili kriterler olması hasebiyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın, m.30/3, yani kusur çerçevesinde değil; m.30/1, yani kast kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır³²⁰. Onlara göre bu halde hataya düşen fail, taksiri yoksa sorumlu tutulmamalı; taksiri varsa ve suçun taksirli şekli kanunda öngörülmüş ise de taksirinden ötürü sorumlu kabul edilmelidir. Yargıtay, kararlarında farklı açıklamalara yer vermiş olsa da sonuç itibarıyla ikinci görüşü benimsemiş görünmektedir: “...Ancak konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata hali ile de karşılaşılabılır. Bu durumun iki şekilde karşımıza çıkması mümkündür. Nitekim emri yerine getiren verilen emir üzerine işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir ya da emrin yerine getirilmesinde öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiğini düşünebilir. İlk halde TCK'nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası, ikinci halde ise TCK'nın 30/1.maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır”³²¹. Ancak bu

³¹⁹ Değirmenci, s. 220; Özgenç, s. 487; Hafizoğulları/Özen, s. 299; Demirbaş, s. 437; Akman, s. 251; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 430; Hakeri, s. 419. Ancak Hakeri'ye göre, 3. fıkrada taksirli sorumluluk hususunun saklı olduğu açıkça düzenlenmemiş olsa da bu halde de genel hükümler çerçevesinde failin kastından ötürü sorumlu tutulamaması, varsa taksirinden dolayı sorumlu kabul edilmesine engel görülmemelidir (Hakeri, s. 419). Benzer şekilde Özgenç de failin, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları gerçekleşmemiş olmasına rağmen yanılarak bu şartların gerçekleştiğini sandığı için işlediği suç açısından kasten hareket ettiğinden bahsedilemeyeceğini öne sürmektedir (Özgenç, s. 484). Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre ise, kaçınılmaz hata kusuru tümüyle kaldırmakta; ancak kaçınılabilir hata sadece kastı kaldırmakta, bu ihtimalde fail, kaçınılabilir olmasına rağmen özenli davranmamasından kaçınmadığı hatası nedeniyle meydana gelen netice bakımından taksirinden ötürü sorumlu tutulacaktır. Esasen Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'nin bu görüşü 30/1'e benzer bir formülü yakalamaya yöneliktir (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 430). Zafer de hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında kaçınılmaz hataya düşen failin hukuka uygunluk sebebinden faydalandırılarak cezalandırılmayacağını (CMK m.223/2-d); söz konusu hatanın kaçınılabilir nitelikte olması halinde ise kasten işlenen bu suçun cezasının TCK 61/1 gereğince alt sınırdan tayin edilebileceğini öne sürmektedir (Zafer, s. 340).

³²⁰ Akbulut, s. 520; Meraklı, s. 420; Demirel, s. 139; Koca/Üzülmez, Sınırın Aşılması, s. 46. Koca/Üzülmez'e göre, TCK m.30/3 düzenlemesi, sadece kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata haline özgü kılınmalıdır. Meraklı da benzer sonuca farklı hukuki gerekçelerle ulaşmaktadır. Ona göre, hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata, failin iradesinde meydana gelmiş bir hatadır ve irade de ceza hukukunda kast veya taksir şeklinde ortaya çıkabileceği için burada da kast ve taksire dayanan bir hukuki sonuç kabul edilmelidir. Fail, hukuka uygunluk nedeninin şartlarında hataya düşmüş ve kasten bir suç tipini gerçekleştirmiştir ancak iradesi hukuk düzenince tasvip edilmeyen bir tutum sergilememektedir. Bu nedenle ortada her ne kadar kasten işlenen bir fiil mevcut bulursa da failin hukuka uygunluk nedeninin şartında düşmüş olduğu hata özensizliğinden meydana geldiyse onu taksirli suçun cezası ile cezalandırmak icap etmektedir. Yani Meraklı'ya göre burada TCK m.30/1'e dayanmak mümkün değildir. Çünkü failin kastı bu gerekçeler dolayısıyla kalkmamıştır; söz konusu hata haline bağlanması gereken hukuki sonuç, kasten işlenmiş bulunan bu fiil bakımından suç taksirle işlendiğinde de cezalandırılmakta ise taksirle sorumluluk halinin kabulüdür ve bu kapsamda TCK m.30/3 hükmünde hukuka uygunluk nedenleri bakımından ayrı bir düzenlemeye gidilmelidir (Meraklı, s. 420).

³²¹ Yrg. 16.C.D., 19.07.2019, 2019/1474 Esas 2019/5051 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:09.02.2021. “...Sanıklar ... ve ...'ın suç tarihinde ambulans ve araç şoförü olarak zorunlu askerlik hizmetlerini yapmakta olan erlerden olduğu, hadise gecesini üstleri tarafından araçların kullanılması yönünde emir aldıkları, bu emir doğrultusunda, darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinden sayılan hürriyeti tahdit fiilinin

görüş ayrılığının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata konusunda olduğu hatırlatılmalıdır. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında hata hususunda bir tartışmaya rastlanmamakta olup bu konudaki genel kanaat, bu hatanın kusurluluk bağlamında değerlendirilmesidir³²².

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, dolaylı haksızlık yanılması ile karıştırılmamalıdır. Her ne kadar her iki durumda da fail, fiilinin haksızlık teşkil ettiğini bilmekte ise de haksızlık yanılması bir değerlendirme yanılmasından ibaret iken hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatada, maddi vakaya ilişkin bir yanılmadan bahsedilmektedir³²³. Bir diğer ifadeyle fail, fiilinin hukuka uygunluğun kapsamına girip girmediği hususunda değil; onu hukuka aykırı olmaktan kurtaran maddi bir şartın varlığı konusunda yanılığa düşmektedir³²⁴. Dolayısıyla bu durum, suçun maddi unsurlarına ilişkin bulunan fiili hata kapsamında değerlendirilmektedir³²⁵. Yargıtay, bir kararında bu meseleye açıklık getirmiştir: *“aa-Sanığın, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, bu fiili müşahhas olayda hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir maddi sebebin varlığı hususunda kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kanaatine varıldığında bir hukuka uygunluk sebebi olarak ‘Yetkili amir tarafından verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan, hizmete ilişkin emrin ifası(TCK madde 24)’ nın maddi şartlarında kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kabul edilerek, hatanın TCK’nın 30/3 delaletiyle 30/1 maddesi kapsamında kastı kaldıracağından 5271 sayılı CMK’nın 223/2-c maddesi gereğince beraatine, bb- Sanığın, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, esasen*

gerçekleştirilmesine katkı sağlayan sanıkların, yaşları, mesleki bilgileri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman itibarıyla, verilen emirleri hizmete mütalik olmadığını ve bir suç işleme amacıyla verildiğini bilebilecek durumda olmadıkları TCK 24/1. maddesinde tanımlanan görevin ifası (emrin yerine getirilmesi) bilinci ile hareket ettiklerini tasavvur etmelerine rağmen, dış alemde oluşan olay ile gerçek iradelerinin birbiri ile uyumlu olmadığı, bu şekilde hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata yaptıklarının kabulü ile TCK 30/3 maddesi yollamasıyla 30/1. maddesi hükmü gereğince, sanıkların kasten hareket etmediklerine dair yerel mahkemenin kabulü doğrultusunda, beraatlerine ilişkin hüküm kurulmasında isabetsizlik görülmediğinden;...”Yrg. 16.C.D., 16.10.2019, 2019/5507 Esas 2019/6582 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.: 09.02.2021. Ancak burada dikkat çeken husus, Yargıtay’ın hukuka uygunluk nedenleri bakımından TCK m. 30/3’ün 30/1’e atıfta bulunduğunu ifade etmesidir. Maddede açık bir atfın varlığı görülmemektedir; dolayısıyla her ne kadar ulaşılan sonuç isabetli olsa da bizce Yargıtay görüşünü kabul edilebilir bir gerekçeyle dayandıramamıştır.

“...a-Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... hakkında kurulan beraat hükümlerine yönelik incelemede; Suç tarihinde asteğmen olarak zorunlu askerlik hizmetlerini yapmakta olan, örgütsel itibatları tespit edilemeyen, üstleri tarafından görevlendirilmeleri nedeniyle katıldıkları sözde eğitim programının gerçek amacını önceden bildikleri kanıtlanamayan sanıkların, birliğe katıldıkları süre, yaşları, mesleki bilgileri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman itibarıyla verilen emirlerin, TCK 24/1-4 ve 30/3 maddeleri kapsamında hizmete ilişkin olmadığını ve amirinin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğunu bilebilecek durumda olmadıklarına yönelik kabul ve değerlendirmede isabetsizlik görülmemiştir.”Yrg. 16.C.D., 06.11.2019, 2019/4899 Esas 2019/6635 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:09.02.2021. Yüksek Mahkeme bu kararında TCK 30/1. maddesinden bahsetmese de sonuç olarak sanıklar hakkında kurulan beraat hükümlerini onayarak görüşünden sapmamıştır.

³²² Özgenç, s. 489; Hakeri, s. 423-424.

³²³ Özgenç, s. 484.

³²⁴ Akbulut, s. 521. Bu konuda Günel’in açıklamalarını aynen alıntılama gereği duymaktayız: *“...biri, ceza kaidesinin mecburiliği veya mevcudiyeti hakkında düşülen hata, diğeri de bir kamusal memurun faaliyetini meşru hale getirecek emrin şekil ve muhteva ile ilgili şartlarının mevcut olmamasına rağmen, mevcut bulunduğu şekilde fiili bir hata”* (Günel, s. 151).

³²⁵ Sözüer, s. 482.

hukuk düzeninde kabul edilmeyen “konusu suç teşkil eden emrin ifası”nın, askeri hiyerarşi içinde mutlak itaat ve emrin muhtevasını sorgulayamama ilkelerinin sonucu olarak bağlayıcı olduğu hususunda kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kanaatine varıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kabul edilerek, kaçınılmaz izin yanılığı kusuru tamamen ortadan kaldıracığından TCK m. 30/4 maddesi delaletiyle, 5271 sayılı CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.”³²⁶

Esas sorun, kişinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarından hataya düşmesi üzerine fiili gerçekleştirirken sınırı da aşmış olması halinde doğacaktır. Belirtilmelidir ki fail sınır aşımını kasten gerçekleştirmiş ise sınırın aşılması hükmünün uygulanması mümkün olmayacağından burada dikkate alınması gereken, hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş zannederek harekete geçen failin sınırı taksirle aşması durumudur. Bu durumda olaya uygulanması gereken norm bakımından TCK’nın 27 ve 30. maddeleri yarışmaktadır. İlk ihtimalde, yani 27/1. maddenin devreye girmesi halinde, taksirli sorumluluk esasına göre ceza indirimini uygulanacaktır. İkinci halde, yani hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın 30/1. maddesi kapsamında ele alınması durumunda ise, fail fiilinin taksirli şeklinden sorumlu tutulacak ve cezasında indirim de yapılmayacaktır³²⁷. Bahse konu ihtimali benimseyen yazarlar, hataya düşen kişinin aynı zamanda sınırı da aşması durumunda, hata bir hukuka uygunluk nedeni sayılmadığından, yani olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından ki onlara göre sınırın aşılması hükmünün uygulanmasının şartlarından biri hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasıdır, TCK m.27/1’in tatbiki mümkün değildir. Üçüncü ihtimalde ise, hukuka uygunluk nedenleri 30/3. maddesi dahilinde düşünülecek ve hatanın ancak kaçınılmaz olması durumunda fail bundan faydalanabilecektir³²⁸. Dördüncü ve son ihtimalde ise, faildeki bu hata, hukuka uygunluk nedeninin varlığına ve sınırına ait yanılığın olarak değerlendirilebilmektedir³²⁹. Bu durumda da dolaylı haksızlık yanılığından bahsedilerek mesele TCK m.30/4 kapsamında açıklığa kavuşturulacaktır. Yargıtay’ın 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararına konu olan somut olay, gece vakti apartmanın çatısında birinin varlığını sezinleyip hırsız olabileceğinden bahisle jandarmaya haber verilmesi, ihbarı yapan şahsın alt kat komşusuna da durumu iletmesi, haberi alan bu komşunun ise tabancasını alarak hırsızın kaçmasını engellemek maksadıyla apartmanın giriş kapısından çıkması, o anda bahçeye giren sanık erin onu hırsız zannetmesi ve elindeki silahı da mukavemet etmek üzere kullanacağını düşünmesi üzerine hiçbir ikaz ve uyarıda bulunmadan ve silahını doğrudan baş bölgesine yönelterek ateş etmesi sonucu komşunun ölmesi şeklinde vukuu bulmuştur. Mahkeme bu olayda, hukuka uygunlukta hatayı kabul etmiş ve fakat kolluğun silah kullanma yetkisini düzenleyen kanun hükmünü icrada zaruretin tayin ettiği ahvali aşması dolayısıyla sınırın aşılmasına ilişkin hükmün uygulanması gerektiğini

³²⁶ Yrg. 16.C.D., 17.11.2020, 2020/6 Esas 2020/5813 Karar, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T.:12.02.2021.

³²⁷ Akbulut, s. 522.

³²⁸ Demirbaş, s. 338.

³²⁹ Değirmenci, Yanılma, s. 181.

belirtmiştir³³⁰. Ancak Yüksek Mahkeme'nin ulaştığı bu sonuca katılmak mümkün değildir. Nitekim iş bu olayda fail, yasal yükümlülüklerini yerine getirmeksizin doğrudan silah kullanmış ve böylelikle silah kullanma yetkisini düzenleyen kanun hükmü yerine getirilmesine dair hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluşmasına engel olmuştur. Dolayısıyla burada fiil, hukuka aykırı olarak doğmuştur ve şartları gerçekleşmiş bir hukuka uygunluk sebebi olmadığından hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılmasından bahsedilememektedir³³¹.

Meseleye bir de emri veren amir açısından bakmakta fayda görülmektedir. Diyelim ki amir, fiili hataya düşerek hukuka aykırı bir emir verir ise ve ast da bu emri, suç teşkil ettiğini bilerek ifa eder ise amir mazur görülebilecek iken memurun sorumluluğu şüphesiz devam edecektir³³². Bu ihtimalde ast da fiili hataya düşecek olur ve amirin suç teşkil eden emrini ifa eder ise, her ikisinin de sorumsuzluğu gündeme gelebilecektir³³³. Amir, konusu suç teşkil eden bir emir vermemiş olmasına rağmen ast, bu kanıya kapılıp emri yerine getirmez ise astın burada düştüğü “hata”nın da niteliğine göre dikkate alınması lazımdır³³⁴. Bu minval üzere hatasının derecesine göre, emre itaatsizlikte ısrar suçu veya emre itaatsizlik disiplin suçu bakımından kastının bulunmamasından cezalandırılmayabileceği gibi kusurunun azlığından cezasında indirimde de gidilebilmelidir.

³³⁰ Yrg. 1. C.D., 09.02.2004, 2003/1762 Esas 2004/185 Karar, Savaşçı Temiz, s. 205, dn. 704.

³³¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 485.

³³² Günal, s. 152.

³³³ Günal, Emir ve Sorumluluk, s. 193.

³³⁴ Günal, s. 153.

SONUÇ

Askerî vazifelerin zamanında ve tam olarak yapıp yapılmadığını takip ve yapılmasını temin ile mükellef tutulmuş olan amir veya kanunda yazılı hallerde üst tarafından, asta karşı kanuna uygun olarak kullanılan, hizmete ilişkin bir talep ve yasağı içeren otorite tezahürü, “emir” olarak adlandırılmaktadır. Amir, maiyetindeki her şahsa; üst de kanunda yazılı hallerin gerçekleşmesi durumunda astına emir verme yetkisini haizdir. Ancak amir veya üst tarafından verilen her emrin hukuka uygun olduğundan bahsedilemez. Zira emrin hukukî bağlayıcı nitelik arz etmesi için taşınması gereken birtakım nitelikler söz konusudur. Öncelikle emrin hizmete ilişkin olması icap etmektedir. Emir hizmete ilişkin değil ise, diğer şartlara sahip olsa bile, ast için bu emri ifa zorunluluğu yoktur. Buna rağmen ast emri yerine getirirse ve bu ifa dolayısı ile bir suç işlenmiş olursa, o suçtan ötürü astın sorumluluğu doğacaktır. Dolayısıyla, hizmete ilişkin olmayan; yani kişisel istek ve ihtiyaçları barındıran, cezalandırma amacı taşıyan, Silahlı Kuvvetlerin vatanı korumak, askeri gücün muhafazasını ve güçlendirilmesini sağlamak görevlerine katkı sağlamayan, bu kapsamda askeri disiplinin gereklerine ve askeri menfaatlere uygun olmayan bir talep veya yasağın belirtilmesi, emir niteliği taşımamaktadır. Bunun dışında sorumluluğun doğmaması için emrin, yetkili bir merci tarafından verilmiş olması da gerekmektedir. Askerî ceza hukukunda yetki, ancak amir olmayan herhangi bir üst tarafından bir emir verilmiş ise denetlenebilmektedir. Son olarak sözle, yazıyla veya sair surette verilebilen emrin konusunun suç teşkil etmemesi aranmaktadır. Buna rağmen askerî mevzuat, kanuna aykırı emrin dahi ifa edilmesini zorunlu tutmuştur.

Sayılan şartları taşıyan emrin yerine getirilmesi, sorumluluğa engel olarak hukuka uygunluk nedeni arz etmektedir. Nitekim hukuka uygun ve hukuka aykırı olsa bile konusu suç teşkil etmeyen emirlerin yerine getirilmesinin cezai sorumluluğu ortadan kaldırdığı hususunda, gerek askerî gerekse sivil mevzuat bakımından doktrinde ve uygulamada herhangi bir tereddüt mevcut bulunmamaktadır. Bu halde sorumluluk ancak sınırın aşılmasında veya kaçınılabılır hata hallerinde gündeme gelebilmektedir. Görüş farklılıkları sorumsuzluğun hukukî niteliği konusunda kendini göstermektedir. Tartışılan husus özellikle hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramıdır. Kanaatimizce hukuka aykırı bağlayıcı emirden anlaşılması gereken, kanunların suç ve ceza içeren hükümleri dışında kalan ve fakat hukuka aykırı nitelik arz eden emirdir. Dolayısıyla biçimsel ve içeriksel anlamda tipe uygunluğun gerçekleşmediği bu durumda kişinin ceza sorumluluğunun niteliğinin tartışılması anlamsızdır. Bizce burada hukuka aykırı bağlayıcı emir ile konusu suç teşkil eden emir birbirine karıştırılmaktadır. Bir emrin bağlayıcı nitelik arz etmesi demek, konusunun herhangi bir suçla ilgisinin bulunmaması demektir. Konusu suç teşkil eden bir emrin bağlayıcı özellik göstermesi, anayasal ve kanuni düzenlemelerin açıklığı karşısında imkansızdır. Bu itibarla bir suçun yasal unsurlarını taşımayan emirlerin ceza hukukunun değil idare veya anayasa hukukunun yahut özel hukukun ilgi alanına girdiği kabul edilmelidir. Emrin ifa edilmiş olmasının ceza hukukunun ilgi alanına girebilmesi, emrin konusunun kanunda öngörülen suç tiplerinden birine vücut vermesine bağlıdır. Sonuç olarak ceza hukukunun inceleme alanına, konumuz bakımından ancak hukuka uygun emirler ve konusu suç teşkil eden emirler girmektedir.

Bu noktada mevzuatımızda yürürlükte bulunan iki hükmün eksikliğine değinmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, İç Hizmet Yönetmeliği'nin 33. maddesinde yer alan, konusu suç teşkil eden emirler dışında astın, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapacağına ve ondan sonra şikâyet edeceğine dair düzenlemedir. Hukuka aykırı bağlayıcı emir konusuna İç Hizmet Kanunu'nda değinilmemişken yönetmelikte açıklık getirilmesi kanun yapma tekniği ile bağdaşmamaktadır. Bilindiği üzere yönetmelikler, geçerliliğini kanunlardan alırlar ve kanunlara aykırı hüküm taşıyamazlar. Değişime ihtiyaç duyan ikinci ve en önemli düzenleme ise, kuşkusuz, CMK'nın yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde kişinin kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğine ilişkin 223. maddesidir. Bir suçun bağlayıcı bir emir ile nasıl işlenebileceği anlaşılmamaktadır. Başka bir ifadeyle kanunun lafzından bağlayıcı emirlerin konusu suç teşkil eden emirleri de kapsamına alır şekilde kabul edildiği anlaşılmaktadır ve Anayasa karşısında bu kabul mümkün görünmemektedir. Çünkü aksi düşünülür ise, yani bağlayıcı emrin suç teşkil eden emri içermediği düşünülecek olur ise, ceza hukukunda kişinin kusurunun bulunmadığını söyleyebilmek için onun önce suç işlediğini sonra da olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını tespit ve kabul etmek icap edeceğinden, bu durumda da kusur incelemesinin yapılmış olması mantık kuralları ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca TCK'nın konuya dair 24. maddesinde "hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir" kavramına açıkça yer verilmemektedir. Dolayısıyla hüküm TCK ile kavram ve terim birliği de içermemektedir. Bizce Anayasa ile açıkça çelişen bu hükmün, yürürlükten kaldırılması veya Anayasa ve TCK ile uyum sağlayacak şekilde değiştirilmesi zorunludur.

Konusu suç teşkil eden emirler bakımından ise, Anayasa'nın 137. maddesinin 2. fıkrası, TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrası ve DMK'nın 11. maddesinin 3. fıkrası oldukça açıktır ki bu hükümlerde konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği; yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıkça düzenlenmektedir. Anayasal ve kanuni düzenlemelerin aşıkırlığı ve kesinliği karşısında konusu suç teşkil eden emrin, emri kontrol yetkisinin sınırlandırıldığı askerî mevzuatta dahi, hiçbir suretle yerine getirilemeyeceği ve yerine getirenin, hata hükümleri saklı kalmak üzere, sorumluluktan kurtulamayacağı rahatlıkla söylenebilmelidir. Buradan yola çıkarak da Anayasa 137/3, TCK 24/4 ve AsCK 41. maddeleri eleştirilmeye muhtaçtır. Bir kere Anayasa 137/3 ile TCK 24/4 hükümlerinin yerinin değiştirilerek bir önceki fıkraya kaydırılmaları ve bu şekilde konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğine dair mutlak kuraldan önce düzenlenmeleri şarttır. Bunun dışında bilindiği üzere AsCK'nın 41. maddesinde, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir verenin mesul olduğu belirtildikten sonra iki halde astın da iştirak hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmiştir ki bunlar astın kendisine verilen emrin sınırlarını aşması ve amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğunun kendisince malum olması halleridir. Hükme bu şekilde yeniden yer vermemizin nedeni, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı niteliğinin ve 1930 tarihli bir Kanun'da yer alması sebebiyle TCK'nın yürürlüğe girişiyle uygulanma imkanının kalmayışının tekrar gözler önüne serilmesini

isteğidir. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilemez ve yerine getiren kişi hiçbir durumda sorumluluktan kurtulamaz; bu kaidenin bir istisnası olamaz. Ancak bu noktada ufak bir parantez açarak kuşkusuz kaçınılmaz hata hallerinin saklı olduğu hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla astın yerine getirdiği emrin adli veya askeri bir suç maksadını içeren bir fiile karşılık geldiğini bilmediğini öne sürerek, ta ki olayda bir kaçınılmaz hata hali söz konusu değilse, sorumluluktan kurtulması beklenememelidir. Önemle vurgulanmalıdır ki kanaatimizce yalnızca 41. madde hükmüyle de sınırlı kalmadan AsCK'nın genel hükümlerinde, askerî zorunluluk ve ihtiyaçları karşılayan düzenlemeler haricinde, TCK'nın genel hükümlerine aykırı ne kadar hüküm varsa geçerliliğini yitirmiştir.

Sonuç olarak AsCK 41. maddesinin Anayasa ve TCK karşısında geçerliliğinin kalmadığı söylenmelidir ve fakat bu yeterli değildir. Çünkü askerlik hizmetinde işler diğer kamu görevlerinde olduğu gibi sürdürülmemektedir. Kimi durumlarda amirin de astın da hızlı hareket etmesi gerektiğinden, özellikle savaş veya çatışma hallerinde, düşünüp tartmak için yeterince vakti olmamakta; derhal hareket etmesi beklenmektedir. Bu durumda ortaya çıkabilecek tehlikenin büyüklüğü ya da mağduriyetin niteliği göz önünde bulundurularak askerî mevzuatta değişikliğe gitmek su götürmez bir zorunluluktur. AsCK'nın yürürlüğe girdiği tarih gereği güncel problemlere yanıt vermesi ve yeni mevzuatla uyum sağlaması mümkün değildir. Bu itibarla yalnızca amirin emrinin ifası sonucu doğabilecek sorumluluk konusunda yenilik yapmanın yetmeyeceği kesindir; yapılması gereken halen ölüm cezasının dahi yazılı olduğu Kanun'u, Anayasa ve Türk Ceza Kanunu hükümlerine paralel şekilde yeniden kaleme almak, baştan yapmaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AKKURT, Ali:** “Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2013, Sayı:1.
- AKMAN, Yağmur Müge:** Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015.
- ARTUK, M. Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ASLAN, M. Yasin:** “Sırf Askeri Suçlar ve Ceza Hukukundaki Sonuçları”, TBB Dergisi, Sayı: 90, Yıl: 2010.
- AVCI, Gökmen:** “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı:52, Aralık 2010.
- AYCAN, Ragıp:** “Türk Ceza Kanunu ile Askerî Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Mukayesesi Üzerine Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, Yıl: 54, Sayı: 9-10, Eylül-Ekim 1963.
- AYDIN, Hüseyin:** “Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu”, YBHD, Yıl: 5, Sayı: 2020/1.
- BİLKE, Efe:** “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:5, 2017.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem:** Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- ÇELEN, Orhan:** En Son İçtihatlı, Notlu, Açıklamalı, Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Cantekin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- DEĞİRMENCİ, Olgun:** Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DEĞİRMENCİ, Olgun:** “Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, Kara Harp Okulu Bilim Dergisi, C.:18, S.:2, 2008(Emre İtaatsizlikte Israr).
- DEĞİRMENCİ, Olgun:** “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 3, S.: 10, Temmuz 2012 (Amirin Emrini İfa).
- DEĞİRMENCİ, Olgun:** “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBB Dergisi, Sayı: 110, Yıl: 2014 (Yanılma).
- DEMİRAĞ, Fahrettin:** Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DEMİRBAŞ, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- DEMİREL, Muhammed:** Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.
- DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, 12. Bası, Beta Basım, İstanbul, 1999.
- DURAN, Gökhan Yaşar:** “Askerî Ceza Kanununda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, CHD, Aralık 2019, Sayı:41.
- 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.

- EREM, Faruk:** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 335, Ankara, 1973 (Cilt: I).
- EREM, Faruk:** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: II, Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin:** Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- ERGUTEKİN, İdris:** Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Fiilleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.
- ERMAN, Sahir:** Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1974.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ ARTUÇ, Mustafa:** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1-44, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- GÖZLER, Kemal:** “Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Çatışması”, Kamu Hukukçuları Platformu (<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf>).
- GÜNAL, Yılmaz:** Yetkili Mercii Emrini İfa, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No: 224-206, Ankara, 1967.
- GÜNAL, Yılmaz:** “Askerî Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 4, 1967 (Emir ve Sorumluluk).
- GÜNAL, Yılmaz:** “Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 20, Sayı:2, 1965 (Emrin Meşruiyeti).
- GÜNDAY, Metin:** İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜNEYSU, Gökhan:** Uluslararası Hukukta Amirin Emri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- GÜNGÖR, Devrim:** “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, TBB Dergisi, Sayı 68, 2007.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı Basım 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018.
- HAKERİ, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- HEINRICH, Bernd:** Ceza Hukuku Genel Kısım-I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı), (Çev.: 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.
- İÇEL, Kayıhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- İÇEL, Kayıhan/ SOKULLU AKINCI, Füsun/ ÖZGENÇ, İzzet/ SÖZÜER, Adem/ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ ÜNVER, Yener:** Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2000.
- KANGAL, Zeynel Temel:** Askerî Ceza Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- KARAHANOĞULLARI, Onur:** İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- KARDAŞ, Ümit/ ÇINGİ, Mehmet:** Askeri Ceza ve Ceza Yargısı, Kazancı Hukuk Yayınları: 165, İstanbul, 2001.
- KEÇELİOĞLU, Elvan:** “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, TBB Dergisi, 2010, S.:87.
- KOCA, Mahmut:** “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, CHD, Eylül 2006, Sayı:1.
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan:** “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, EÜHFD, C.XI, S.1-2, 2007 (Sınırın Aşılması).

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

KOÇ, Cihan: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, Sözkese Matbaası, Ankara, 2021.

KUNTER, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İÜHF, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949.

MERAKLI, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.2, Beta Yayınları, İstanbul, 1989.

ÖZBAKAN, Hulusi: İlgili Mevzuatı İle İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Çağ Matbaası, Ankara, 1982.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 20. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

PARLATIR, İsmail: Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2009.

POLATCAN, İsmet: Notlu-Açıklamalı-İçtihatlı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetler Personel Kanunu, Bayrak Yayınları, İstanbul, 2006.

SAVAŞCI TEMİZ, Bilgehan: Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara, 2018.

SEVİĞ, Vasfi Raşid: “*Askeri Adalet*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1952, Cilt:9, Sayı:1.

SEZGİNER, Murat: İdari İşlemlerde Amaç Unsuru Bakımından Hukuka Aykırılık, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya, 1991.

SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

SÖZÜER, Adem: “*Hukuki Hata*”, Yargıtay Dergisi, C.21, S.4, Ekim 1995.

SÖZÜER, Adem/ TEKDAĞ, M.Kenan: “*Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.3, Nisan 2005.

ŞİMŞEK, Mustafa: Askeri Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Ceza Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.

TAŞKIN, Rifat: Askerî Ceza Kanunu Şerh, Sekizinci Basım, Cihan Matbaası, Ankara, 1946.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Güncellenmiş 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

TİFTİK, Levent: Türk Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Suçları, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2004.

TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2009.

UÇDU, İlker: Askeri Ceza Hukukunda Yetkili Mercinin Emrini İfa, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2002.

ULUKANLIGİL, Metin: Askeri Yargıda İtaatsizlik Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001.

ÜNALP, F. Rezzan: “*Çanakkale Muharebeleri ve Mustafa Kemal*”, Çanakkale Araştırmaları Türk Yıllığı, Yıl: 13, Bahar 2015, Sayı: 18, 100. Yıl.

WEBER, Max: Bürokrasi ve Otorite (Çev. H. Bahadır Akın), Adres Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2013.

YÜCEER, Bilal: Askerlikde Emir Müessesesi, Nüve Matbaası, Ankara, 1986.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK 1-75, 5. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015.

ZORLU, Süleyman Emre: “*Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 2, Yıl 2016.



ÖZGEÇMİŞ

Betül KARAKOYUN BERKYEZ, ilköğretim ve lise eğitimini Kayseri İlinde tamamladıktan sonra 2008 yılında başladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2012 yılında mezun olmuştur. 2018 yılında Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalında tezli yüksek lisans programına katılmıştır.

2013-2014 yılları arasında Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmıştır. 2015 yılında Ankara Barosu'nda avukatlık stajını tamamlamasının akabinde Adana İline yerleşerek 2018 yılına kadar Adana Barosu'na kayıtlı olarak avukatlık mesleğini kendi bürosunu açmak suretiyle icra etmiştir. 2019 yılı itibarıyla Milli Savunma Üniversitesi Kara Astsubay Meslek Yüksek Okulu'nda öğretim görevlisi olarak çalışmaktadır.

