

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA YETKİLİ MERCİN EMRİNİ
İFA (TCK M. 24)**

DOKTORA TEZİ

Melike Ezgi YETİMOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

ARALIK 2022

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK CEZA HUKUKUNDA YETKİLİ MERCİN EMRİNİ
İFA (TCK M. 24)**

DOKTORA TEZİ

Melike Ezgi YETİMOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ümit KOCASAKAL

ARALIK 2022

ÖNSÖZ

“Türk Ceza Hukukunda Yetkili Merciiin Emrini İfa (TCK m. 24)” başlıklı doktora tez çalışmamız Prof. Dr. Ümit Kocasakal danışmanlığında hazırlanmıştır. Sayın hocama tezin hazırlık sürecindeki tüm desteği, rehberliği ve çalışmanın geliştirilmesindeki değerli katkıları için teşekkürlerimi sunarım. Yine, tez izleme komitesinde yer alan ve bu süreçte yardımlarını hiçbir zaman esirgemeyen sayın hocalarım Prof. Dr. Serap Keskin Kızıroğlu ve Prof. Dr. Vesile Sonay Evik’e teşekkürü bir borç bilirim. Jüride yer almayı kabul ederek değerli öneri ve görüşlerini paylaşan sayın hocalarım Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal ve Doç. Dr. Güçlü Akyürek’e şükranlarımı sunmak isterim. Tez yazım süreci içerisinde Floransa Üniversitesi’nde araştırma yapma ve görüşlerine başvurma imkanı sunan Prof. Dr. Fausto Giunta’ya, üniversitedeki kaynaklara erişmemi sağlayan Dr. Caterina Paonessa’ya ayrıca teşekkür borçluyum.

Akademik hayatıma asistanları olarak başladığım değerli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Asiye Selcen Ataç’a ve Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Karaer Güçlü’ye vakitlerini, bilgilerini ve anlayışlarını benden hiçbir zaman esirgemeyerek bana güzel bir çalışma ortamı sundukları için ne kadar teşekkür etsem azdır. Bir diğer teşekkürü hayatın her alanında olduğu gibi bu süreçte de manevi desteklerini her zaman hissettiren meslektaşlarım, kıymetli dostlarım Dr. Öğr. Üyesi Betül Aktaş Ertan’a ve Dr. Öğr. Üyesi Elif Seda Gürkan’a borçluyum. Son olarak, üzerimdeki tüm emekleri, sundukları sonsuz güven ve destek için sevgili aileme minnet ve şükranlarımı ifade etmek isterim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	ix
RÉSUMÉ.....	xi
ABSTRACT	xvi
ÖZET.....	xxi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA KURUMUNUN TARİHSEL VE DÜŞÜNSEL TEMELLERİ, ULUSLARARASI HUKUKTA VE BAZI ULUSAL MEVZUATLARDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA KAVRAMININ TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE DÜŞÜNSEL TEMELLERİ	5
A. Tanım	5
B. Tarihsel Gelişimi	9
1. Roma Hukuku	9
2. Cermen Hukuku	14
3. Kanonik Hukuk	16
4. Müşterek Hukuk Dönemi	17
5. İslam Hukuku	18
6. Osmanlı Hukuku	19
7. Türk Hukuku	21
a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	21
b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	28
aa. Hükümet Tasarısı ve Kanun Metninin Oluşturulması.....	28
bb. Yürürlükte Olan Diğer İlgili Mevzuat Hükümleri	29
C. Düşünsel Temelleri.....	34
1. Mutlak İtaat Yükümlülüğü Anlayışı	35
2. İtaat Yükümlülüğünün Sınırlandırılması.....	38

II. ULUSLARARASI HUKUKTA YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA 40

A. Uluslararası Hukukta Yetkili Merciiin Emrini İfanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi İle İlgili Teoriler.....	41
1. Mutlak Sorumsuzluk (Respondeat Superior) Teorisi.....	42
2. Mutlak Sorumluluk Teorisi	45
3. Koşullu Sorumluluk Teorisi.....	47
B. Uluslararası Hukukta Kurumun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	50
1. 20. Yüzyıl Öncesi Gelişmeler	50
2. 20. Yüzyıl ve Birinci Dünya Savaşı Dönemi	53
3. İkinci Dünya Savaşı Dönemi	56
4. 1945 Yılından Sonra Yaşanan Gelişmeler	61
a. İlk Uluslararası Hukuk Metni Örnekleri	61
b. Yugoslavya ve Ruanda Ad Hoc Mahkemeleri.....	63
5. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş Dönemi ve Roma Statüsü	66
a. Genel Olarak.....	66
b. Roma Statüsünde Yetkili Merciiin Emrini İfanın Koşulları	71
aa. Yetkili Merciiin Emrinin Varlığı.....	71
bb. Emre İtaat Yükümlülüğünün Bulunması	72
cc. Emrin Hukuka Aykırı Olduğunun Bilinmiyor Olması.....	73
dd. Emrin Hukuka Aykırılığının Açık Olmaması	73
ee. İnsanlığa Karşı Suç veya Soykırım Suçunun Söz Konusu Olmaması	75
6. 2000 yılı Sonrasında Kurulan Karma Uluslararası Mahkemeler	75

III. BAZI ÜLKE MEVZUATLARINDA YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA 80

A. Fransa	80
B. İspanya.....	86
C. İtalya.....	88
D. Almanya	94
E. Birleşik Krallık	98
F. Amerika Birleşik Devletleri.....	102

G. Kanada.....	105
F. Avustralya.....	108

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ, BENZER KURUMLARDAN FARKI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

I. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ.....	114
II. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN BENZER KURUMLARDAN FARKI.....	120
A. Kanun Hükmünü İcradan Farkı.....	120
B. Hakkın Kullanılmasından Farkı	125
C. Zorunluluk Halinden Farkı	128
D. Cebir ve Tehditten Farkı	131
III. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	134
A. Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk İle İlgili Genel Bilgiler 135	
1. Hukuka Aykırılık Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenleri	135
a. Hukuka Aykırılık Kavramı ve Kapsamı.....	135
b. Hukuka Uygunluk Nedenleri	137
2. Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler	141
a. Kusur ve Kusurluluk Kavramları	141
b. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler ve Mazeret Nedenleri	144
B. Yetkili Merciiin Emrini İfanın Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler	147
1. Hukuka Uygun Emrin İfasının Hukuki Niteliği.....	148
2. Hukuka Aykırı Emrin İfasının Hukuki Niteliği	152
a. Konusu Suç Oluşturan Hukuka Aykırı Emri Açıklayan Görüşler	153
b. Konusu Suç Oluşturmayan Hukuka Aykırı Emri Açıklayan Görüşler	163
aa. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Eden Görüş	164
bb. Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Kabul Eden Görüş.....	168
cc. Mazeret Nedeni Olarak Kabul Eden Görüş.....	171

3. Değerlendirme ve Görüşümüz	176
a. Hukuka Uygun Emrin İfası	176
b. Hukuka Aykırı Emrin İfası.....	177
aa. Konusu Suç Oluşturmayan Hukuka Aykırı Emrin İfası.....	179
bb. Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırlandırıldığı Hallerde İfa Edilen Emirler.....	187
IV. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ VE SONUÇLARI	192

A. Emri İfa Eden Kişi Bakımından	192
1. Hukuka Uygun Emrin İfasının Etkisi ve Sonuçları.....	192
2. Konusu Suç Oluşturmayan Hukuka Aykırı Emrin İfasının Etkisi ve Sonuçları	194
3. Konusu Suç Oluşturan Hukuka Aykırı Emrin İfasının Etkisi ve Sonuçları	198
B. Emri Veren Mercî Bakımından	201

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN UYGULANMA KOŞULLARI VE YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA İLE İLGİLİ ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

I. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN UYGULANMA KOŞULLARI ..	207
A. Emrin Varlığı.....	207
1. Emir Kavramı.....	208
a. Tanımı	208
b. Hizmete İlişkin Emir Kavramı	211
2. Emrin Unsurları ve Özellikleri.....	215
a. Altlık-Üstlük İlişkisinin Bulunması	216
b. Üst Merciden Alt Mercie Yöneltilmiş Olması	221
aa. Üst Mercî	222
bb. Alt Mercî	225
cc. Talep İçeriğinin Yöneltilmesi	232
c. Yerine Getirilmesinin Hukuken Zorunlu Olması	234

B. Emrin Bağlayıcı Olması	237
1. Hukuka Uygun Emrin Bağlayıcılığı.....	237
a. Emrin Şekli Yönünden Hukuka Uygun Olması.....	239
aa. Emrin Yetkili Mercii Tarafından Verilmiş Olması	239
aaa. Yetki ve Yetkili Merci Kavramları	239
bbb. Yer Bakımından Yetki	240
ccc. Zaman Bakımından Yetki	242
ddd. Konu Bakımından Yetki.....	244
bb. Emri Alanın Görevi Kapsamında Olması	247
cc. Emrin Kanuni Şekil Şartlarını Taşıması.....	248
b. Emrin Maddi Yönünden Hukuka Uygun Olması.....	251
2. Hukuka Aykırı Emrin Bağlayıcılığı.....	254
a. Hukuka Aykırı Emrin Bağlayıcı Sayıldığı Haller	254
b. Emri Alanın Emrin Hukuka Uygunluğunu Denetleme Yetkisi ve Sınırları.....	259
aa. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin Esası ve Kapsamı	259
bb. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisine Yönelik Teorik Yaklaşımlar	265
aaa. Emrin Hukuka Uygunluğunun Denetlenmesine İlişkin Teoriler.....	266
bbb. Türk Hukukunda Benimsenen Teorik Yaklaşım.....	269
cc. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması.....	272
aaa. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılmasına İlişkin Genel Açıklamalar	272
bbb. Askeri Mevzuatta Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması	275
aaaa. Askeri Hukukun Temel Özellikleri	275
bbbb. Askeri Hukukta İtaat Yükümlülüğü	278
cccc. Askeri Hukukta Mutlak İtaat Yükümlülüğünün Sınırı.....	284
ccc. Kolluk Mevzuatında Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması... ..	289
aaaa. Kolluk Hukukunda İtaat Yükümlülüğü.....	289
bbbb. Kolluk Hukukunda Mutlak İtaat Yükümlülüğünün Sınırları.....	293
c. Hukuka Aykırı Emrin Bağlayıcılığının Sınırlarının Belirlenmesi	296
aa. Emrin Açıkça Hukuka Aykırı Olması	297
bb. Bazı Suçların Kapsam Dışı Bırakılması.....	306

II. YETKİLİ MERCİN EMRİNİ İFA İLE İLGİLİ ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR 309

A. Yetkili Mercin Emrini İfanın Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerle İlişkisi	310
1. Kanun Hükmünü İcra İle İlişkisi.....	310
a. Emrin İfası Sırasında Kanun Hükmünden Kaynaklanan Bir Yetkinin Kullanılması	310
b. Emrin İfasının Kanun Hükmünden Kaynaklanan Görevle Çatışması ..	318
2. Meşru Savunma İle İlişkisi.....	321
3. Zorunluluk Hali İle İlişkisi.....	325
4. Cebir ve Tehdit İle İlişkisi.....	327
5. Hata İle İlişkisi	332
a. Hukuki Hata	332
b. Fiili Hata.....	339
B. Emrin İfasında Sınırın Aşılması	343
1. Sınırın Aşılması Kavramı.....	343
2. Emrin İfasında Sınırın Kasten Aşılması.....	344
a. Sınırın Kasten Aşılmasının Kapsamı ve Sonuçları	344
b. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Kasten Aşılması	347
3. Emrin İfasında Sınırın Taksirle Aşılması.....	351
C. Kışkırtıcı Ajanlık Faaliyetinin Emrin İfası İle İlişkisi.....	353
1. Kışkırtıcı Ajan Kavramı ve Kışkırtıcı Ajanın Ceza Sorumluluğunu Emrin İfası İle Açıklayan Yaklaşım.....	353
2. Türk Hukukundaki Durum.....	361
SONUÇ.....	372
KAYNAKÇA	380

KISALTMALAR

AIHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AsCK	:	Askeri Ceza Kanunu
As. Yar.	:	Askeri Yargıtay
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	:	Anayasa
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
CBK	:	Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CD.	:	Ceza Dairesi
CEDAM	:	Casa Editrice Dottor Antonio Milani
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	:	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:	Çeviren
D.	:	Digesta
Der.	:	Derleyen
DMK	:	Devlet Memurları Kanunu
dn.	:	Dipnot
DÜHFD	:	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:	Esas Numarası
Ed.	:	Editör
EJIL	:	European Journal of International Law
ERÜHFD	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
et al.	:	et alia (ve diğerleri)
ICTR	:	International Criminal Tribunal for Ruanda
ICTY	:	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar Numarası
KK	:	Kabahatler Kanunu
m.	:	Madde
M.Ö.	:	Milattan Önce
M.S.	:	Milattan Sonra
Mük.	:	Mükerrer
NATO	:	North Atlantic Treaty Organization
No.	:	Numara
parag.	:	Paragraf
PUF	:	Presses Universitaires de France
PVSK	:	Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu
RG.	:	Resmi Gazete
RSC	:	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé

R.S.C.	:	Revised Statutes of Canada
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
SBF	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi
ss.	:	Sayfa aralığı
T.	:	Tarih
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TCHD	:	Türk Ceza Hukuku Derneği
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TSK	:	Türk Silahlı Kuvvetleri
v.	:	Versus (-e karşı)
vb.	:	Ve benzeri
vd.	:	Ve devamı
Vol.	:	Volume (Cilt)
Yar.	:	Yargıtay
YBHD	:	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yön.	:	Yönetmelik
yy.	:	Yüzyıl

RÉSUMÉ

L'État est organisé selon une structure hiérarchique afin d'assurer l'exécution des services publics. Dans le cadre de cette structure, l'exécution des services publics se fait au moyen d'ordres donnés par l'autorité supérieure à l'autorité inférieure. Les ordres peuvent inclure la réalisation de certaines actions qui limitent ou violent les droits et intérêts des individus pour l'exécution des services publics. Dans ce cas, il est nécessaire de répondre à la question de savoir si l'autorité inférieure, qui est obligée d'exécuter un ordre donné par une autorité supérieure, sera responsable si l'exécution de cet ordre viole un intérêt ou cause un dommage, en d'autres termes, si le fait d'avoir exécuté l'ordre donné par l'autorité compétente peut être accepté comme une raison qui libère la personne de la responsabilité légale. Cette question constitue le principal enjeu de l'institution de l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente. L'objet principal de notre étude comprend l'évaluation du droit turc dans le cadre des dispositions réglementant l'effet de l'exécution de l'ordre donné par l'autorité compétente sur la responsabilité pénale. Bien que l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente dans le droit pénal turc soit réglementée à la fois dans le Code pénal turc (CPT) abrogé et dans le CPT actuel, les discussions sur la mise en œuvre des dispositions pertinentes et sur le contenu des dispositions se poursuivent. À cet égard, cette étude vise à émettre un avis sur la manière dont les règlements existants doivent être interprétés en expliquant les points de vue de la doctrine et de la jurisprudence sur ce sujet et en expliquant la manière dont sont réglementées les dispositions de base qui constituent le sujet des discussions concernant l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente en droit turc.

Dans la préparation de l'étude, les méthodes de recherche sur la législation et des sources doctrinales du droit turc, du droit international et de divers pays étrangers et l'examen de la jurisprudence sur le sujet ont été utilisées. L'exécution de l'ordre de l'autorité compétente étant une institution réglementée dans divers pays, dans différents systèmes juridiques et dans le droit pénal international au cours de l'histoire, une méthode de recherche et d'examen comparative a été privilégiée. Dans ce contexte, outre la jurisprudence turque, la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et la jurisprudence de divers pays adoptant des systèmes juridiques différents ont également fait l'objet de recherches. Là encore, le sujet étant de nature à concerner différentes branches du droit telles que le droit administratif, le droit disciplinaire et le droit militaire, les dispositions de la législation dans ces domaines ainsi que les approches et les avis de la doctrine ont été utilisés afin d'établir des liens interdisciplinaires.

La première partie de notre étude sur l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente en droit pénal turc est consacrée au processus de développement historique de l'institution et à la manière dont elle est traitée en droit international et dans la législation de divers pays étrangers. Dans cette partie, il s'agit de retracer le cours du développement de l'idée concernant l'effet de l'exécution de l'ordonnance sur la responsabilité pénale depuis les premières périodes de son émergence jusqu'à nos jours et de révéler comment les différents systèmes et traditions juridiques ont répondu à la question fondamentale qui constitue le sujet de notre étude. Ainsi,

l'objectif est de comparer les réglementations du droit turc avec le processus de développement et d'analyser les différences en les révélant. À cet égard, l'examen de l'émergence de l'institution de l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente dans le processus historique permet de conclure que l'idée selon laquelle le fait que les personnes exécutent un ordre reçu de l'autorité devrait être une raison qui les empêche d'être tenues responsables des dommages découlant de l'exécution de cet ordre existe depuis les premières périodes du droit romain, et que les règles développées dans le processus historique comprennent l'idée que l'exécution de l'ordre de l'autorité devrait être acceptée comme une situation qui supprime la responsabilité, d'une part, et qu'il devrait y avoir une limite à cette irresponsabilité, d'autre part.

Lorsqu'on analyse l'évolution du droit international, on constate qu'en plus des approches absolues, qui acceptent que l'exécution de l'ordre peut toujours être une raison d'impunité pour ceux qui exécutent l'ordre ou qu'elle ne peut en aucun cas être une raison d'impunité, une approche de responsabilité conditionnelle a été développée, qui accepte que la personne qui exécute l'ordre puisse être responsable dans des cas limités et sous certaines conditions. Dans les décisions judiciaires et les dispositions législatives nationales où l'approche de la responsabilité conditionnelle est adoptée, divers critères ont été développés pour déterminer la limite de l'irresponsabilité, et la limite de l'irresponsabilité apportée par l'exécution de l'ordre, qui est acceptée comme limitée dans le Statut de Rome, est déterminée par les critères de la connaissance de l'illégalité de l'ordre et de son illégalité manifeste. Lorsque l'on évalue la législation étrangère concernant l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente, il est généralement admis que l'exécution de l'ordre affecte la responsabilité pénale de la personne qui l'exécute dans les pays qui adoptent à la fois le système juridique de l'Europe continentale et le système juridique anglo-américain. Dans les pays où l'approche de la responsabilité conditionnelle est adoptée, il a été déterminé que, parallèlement au Statut de Rome, l'illégalité manifeste de l'ordre est prise en considération comme critère pour limiter les cas où l'exécution de l'ordre supprime la responsabilité pénale. En accord avec les analyses de la première partie, on a conclu que, tant dans le processus historique que dans la législation de divers pays aujourd'hui, on a essayé de trouver une solution avec la voie médiane offerte par l'approche de la responsabilité conditionnelle plutôt que les approches de la responsabilité absolue ou de l'irresponsabilité absolue qui tentent de fournir une réponse absolue à l'effet de l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente sur la responsabilité pénale. Il est admis que l'exécution de l'ordre par la personne qui le reçoit ne peut supprimer la responsabilité pénale que sous certaines conditions, et qu'il existe une limite à la suppression de la responsabilité, qui est généralement tracée par le critère du "caractère manifestement illégal".

La deuxième partie de l'étude est consacrée à la réglementation de l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente dans la législation, sa nature juridique et son effet sur la responsabilité pénale en droit turc. Dans cette partie, la façon dont l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente est réglementée dans la législation en tant qu'institution affectant la responsabilité pénale et quelles sont ses différences par rapport aux institutions similaires affectant la responsabilité pénale sont discutées. Bien que l'exécution d'une disposition légale et l'exécution d'un ordre légal puissent être expliquées sous le sous-titre "exécution du devoir", on constate que l'exécution d'un ordre et l'exécution d'une disposition légale sont définies comme des institutions

distinctes dans des dispositions différentes du CPT, soumises à des conditions d'application différentes. De nombreuses opinions différentes ont été émises par la doctrine sur la nature juridique de l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente. On peut affirmer qu'il existe un consensus dans la doctrine selon lequel si l'ordre est conforme à la loi, l'exécution de l'ordre constitue un fait justificatif. D'autre part, on constate qu'il existe différentes approches dans la doctrine sur l'effet de l'exécution de l'ordre illégal sur la responsabilité pénale, telles que l'exécution de l'ordre illégal constitue un fait justificatif, constitue une cause de non-culpabilité et constitue une excuse. Dans le cadre de nos évaluations sur le caractère contraignant de l'ordre illégal, il a été conclu que les dispositions sur l'ordre illégal contraignant règlent essentiellement l'irresponsabilité pour l'exécution de l'ordre illégal dans les cas où l'on ne peut pas s'attendre à ce que la personne recevant l'ordre détermine que l'ordre est illégal. Dans un état de droit, puisqu'il ne peut être admis que le législateur impose une obligation d'obéir à des ordres illégaux, l'exécution d'un ordre illégal ne peut constituer un fait justificatif. Les autorités qui reçoivent l'ordre sont censées obéir à l'ordre en vérifiant qu'il est conforme à la loi. Cependant, dans les cas où l'on ne peut pas s'attendre à ce qu'ils sachent que l'ordre est conforme à la loi ou lorsqu'ils n'ont pas l'autorité pour contrôler la légalité de l'ordre, le fait d'être obligé d'obéir à l'ordre dans le doute de son illégalité a été accepté comme une raison qui supprime la responsabilité de l'exécution de l'ordre. Dans la première possibilité, conformément à l'article 137/1 de la Constitution, il est prévu que si la personne recevant l'ordre a un doute sur l'illégalité de l'ordre, elle sera obligée d'obéir à l'ordre suivant la répétition de l'autorité émettrice de l'ordre. Dans cette hypothèse, même si la personne recevant l'ordre ne croit pas que l'action de l'autorité émettrice de l'ordre est conforme à la loi, elle ne peut être tenue responsable de l'action qu'elle accomplit sans savoir qu'elle est illégale, puisqu'elle est obligée d'exécuter l'ordre jusqu'à ce que le contraire soit déterminé par une décision judiciaire. Toutefois, la limite de cette irresponsabilité est définie à l'article 137/2 de la Constitution comme "les ordres dont l'objet constitue une infraction". A notre avis, ce qui est signifié ici est que l'ordre ne sera pas exécuté dans les cas où l'illégalité matérielle de l'ordre est contraire à la norme pénale. On ne peut pas admettre que des ordres de cette nature soient donnés dans le cadre du service et que l'autorité administrative soit autorisée à donner de tels ordres, et comme on est censé savoir que l'ordre est contraire à la norme pénale sur le plan matériel, il n'est pas permis de l'exécuter avec la répétition de l'autorité administrative. Une autre situation dans laquelle un ordre illégal est considéré comme contraignant est celle où le contrôle de la légalité de l'ordre est restreint, comme le stipulent l'article 137/3 de la Constitution et l'article 24/4 du CPT. Dans ces cas où le pouvoir de vérifier la légalité de l'ordre est limité, il est stipulé dans les dispositions exceptionnelles de la loi que la personne qui est empêchée de vérifier que l'ordre est matériellement illégal ne peut pas être tenue responsable si elle exécute l'ordre, car on ne peut pas s'attendre à ce qu'elle détermine si l'ordre contient une illégalité matérielle qui constitue une infraction ou ne constitue pas une infraction. Pour cette raison, il a été normativement accepté par le législateur que la personne qui doit exécuter l'ordre reçu dans les cas où le contrôle de la conformité à la loi est limité, ne peut pas être tenue pour négligente car on ne peut pas s'attendre à ce qu'elle sache que l'action est illégale dans le cas où l'action constitue une infraction. Dans ce cas, puisque l'ordre est matériellement illégal et que son exécution constitue une infraction, son illégalité perdure et, par conséquent, l'autorité émettrice de l'ordre peut être tenue responsable du résultat de l'exécution de l'ordre. À la suite de cette évaluation, bien que le critère subjectif de savoir que l'ordre a été

donné dans le but de commettre une infraction ait été introduit dans la disposition relative du Code Pénal Militaire, il est déterminé que les cas où l'ordre est manifestement illégal, où l'on peut s'attendre à ce que l'auteur connaisse l'illégalité de l'ordre, devraient également être acceptés comme critère objectif limitant l'irresponsabilité pour l'exécution de l'ordre illégal, et il est recommandé qu'une phrase générale dans ce sens soit ajoutée à la législation.

La troisième partie de notre étude est consacrée à l'explication des conditions d'exécution de l'ordre de l'autorité compétente en droit pénal turc et à l'évaluation de quelques cas particuliers concernant l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente. A cet égard, les conditions d'exécution de l'ordre au sein de l'article 24 du CPT sont analysées dans le cadre de deux conditions, à savoir l'existence d'un ordre et le caractère contraignant de l'ordre, de manière à permettre d'envisager ensemble la possibilité que l'ordre soit licite ou illicite. Pour que l'ordre soit contraignant, il faut tout d'abord que la condition de l'existence d'un ordre relevant de l'article 24 du CPT soit remplie. Pour pouvoir parler de l'existence d'un ordre dans le cadre de l'article 24 du CPT, il faut tout d'abord qu'il y ait une relation de subordination-supériorité publique entre les autorités dans la relation d'ordre, dans cette relation, la demande doit être dirigée de l'autorité supérieure vers l'autorité inférieure et la réalisation de la demande dirigée doit être légalement obligatoire. Conformément à la manière dont elle est réglementée dans notre droit, le caractère contraignant de l'ordre peut se présenter en cas de légalité ou d'illégalité de l'ordre. C'est pourquoi, dans notre étude, les conditions qui assurent la force contraignante d'un ordre illégal et celle de l'ordre légal sont analysées sous des rubriques distinctes. Par conséquent, la force contraignante d'un ordre légal dépend de la légalité de l'ordre tant dans sa forme que dans son fond. En conséquence, en droit turc, l'autorité qui reçoit l'ordre est obligée d'obéir à l'ordre si elle détermine que l'ordre est conforme à la loi dans sa forme et son fond. Dans les cas où il n'est pas prévu ou il est empêché de déterminer que l'ordre est illégal, l'ordre devra être exécuté même s'il est considéré comme illégal, et l'ordre sera donc "contraignant". À cet égard, la portée et les limites du pouvoir de contrôler la légalité d'un ordre dans le cadre du caractère contraignant d'un ordre illégal, les dispositions législatives régissant les cas où le pouvoir de contrôle est limité et la manière dont ces dispositions doivent être appliquées sont examinés en détail dans cette étude. Les dispositions de la loi militaire et de la législation relative à l'application de la loi qui limitent le pouvoir de contrôler l'ordre ont été examinées séparément, et il a été déterminé que dans les cas où le pouvoir de contrôler la légalité de l'ordre est limité, les limites de l'irresponsabilité des personnes exécutant l'ordre devraient être clairement indiquées. Dans ce sens, la question de la détermination des limites des cas où l'ordre illégal est contraignant a été évaluée séparément sous une rubrique distincte dans l'étude, et les méthodes d'illégalité manifeste de l'ordre et l'exclusion de certains types d'infractions des cas où l'ordre illégal est contraignant sont incluses comme exemples de limites adoptés dans la législation de divers pays et le Statut de Rome, qui ont été discutés dans la première partie de l'étude. En conséquence, il a été conclu qu'il est entendu, tant dans les avis de la doctrine que dans les exemples de jurisprudence, que les cas où l'ordre est manifestement illégal ou constitue une infraction sont pris en considération en termes d'irresponsabilité de la personne qui exécute l'ordre en droit turc, et qu'il serait approprié d'énoncer clairement le critère utilisé dans la doctrine et la jurisprudence dans la législation, de sorte que l'harmonisation avec notre législation puisse être assurée en cas d'adhésion au Statut de Rome.

Il est possible que l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente se présente conjointement avec certaines institutions de droit pénal dans la pratique, et dans ces cas spécifiques, la relation entre ces institutions doit être évaluée séparément. Dans ce contexte, dans les cas où la loi reconnaît le pouvoir de recourir à la force qui peut être appliqué lors de l'exécution de certains ordres, bien que le pouvoir de recourir à la force soit un pouvoir découlant de l'émission d'un ordre légal, lorsqu'il est utilisé comme un pouvoir découlant directement de la loi, l'exécution de la disposition de la loi sera en question; si le pouvoir de donner un ordre reconnu dans la loi est utilisé sous la forme d'un ordre de recourir à la force et qu'un ordre de recourir à la force est donné, l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente sera en question. Il est également possible que l'exécution de l'ordre ait lieu en même temps que la défense légitime. Dans le cas où la personne qui exécute l'ordre fait l'objet d'une agression pendant l'exécution de l'ordre, elle peut faire usage du pouvoir d'utiliser la force afin de remplir son devoir pendant l'exécution de l'ordre en termes d'actes de résistance à l'exécution de l'ordre, qui ne constituent pas une atteinte à sa personne ou à un droit appartenant à une autre personne. Encore une fois, l'exécution d'un ordre illégal peut également constituer une attaque injustifiée contre des tiers qui sont les destinataires de l'ordre, et de même, dans les cas où l'exécution d'un ordre contraignant illégal est en cause en cas d'obéissance absolue, il sera possible de bénéficier de la légitime défense contre l'exécution de l'ordre lorsqu'il est admis que l'exécution de l'ordre affecte la culpabilité. Dans le cas où il existe un état de nécessité pour la personne qui exécute l'ordre, il convient de préciser que le fait que certaines fonctions publiques exposent les personnes qui en sont chargées à un danger doit être pris en considération sous la condition que l'état de nécessité n'oblige pas à supporter le danger, et dans les cas où il existe une obligation de supporter le danger comme exigence de la fonction, cette obligation doit avoir une limite en fonction du poids de l'intérêt auquel le danger est destiné. Ce chapitre traite également de l'effet de l'exécution des ordres donnés par l'autorité compétente dans le cadre des procédures pénales comprennent des actes entrant dans le cadre des activités de l'agent-provocateur. Bien qu'aucune norme du droit turc n'autorise explicitement les agents de police à accomplir des actes dans le cadre d'activités de provocation au cours d'enquêtes criminelles, sous le nom d'"agent de police menant une enquête sous couverture", il est recouru aux actions consistant à révéler le crime en se faisant passer pour un acheteur de drogue, à la prostitution ou aux délits de corruption en se faisant passer pour un client. Il a été conclu qu'il pourrait être approprié d'inclure une disposition indiquant la limite dans la législation plutôt que dans la jurisprudence pour déterminer la limite de la légalité de l'ordre pour ces actions, et à cet égard, les dispositions législatives dans des pays comme la France ou l'Italie, qui définissent clairement et permettent les actions des agents de la force publique pour attraper les suspects en flagrant délit en se faisant passer pour des acheteurs, peuvent être prises en considération.

En conclusion, il convient de souligner que pour que les dispositions du droit pénal turc contenant les règles relatives à l'exécution de l'ordre de l'autorité compétente soient comprises de manière intégrée et cohérente, lesdites dispositions devraient indiquer plus clairement les conditions qui affecteront la responsabilité pénale de la personne qui exécute l'ordre. Dans ce contexte, il est suggéré d'inclure l'illégalité manifeste de l'ordre comme critère qui constitue la limite des dispositions réglementant l'irresponsabilité de la personne qui exécute l'ordre illégal.

ABSTRACT

The State is organized in a hierarchical structure in order to ensure the execution of public services. Within the framework of this structure, the execution of public services is carried out through the orders given by the higher authority to the lower authority. Orders may include the performance of certain actions that limit or violate the rights and interests of individuals for the execution of public services. In this case, it is necessary to answer the question of whether the lower authority, who is obliged to execute an order given by a higher authority, will be liable if the execution of that order violates an interest or causes a damage; in other words, whether the fact of having executed an order given by the competent authority can be accepted as a reason that removes legal liability. This question constitutes the main issue of the execution of the order of the competent authority. The main subject of our study includes the evaluation of Turkish law within the framework of the provisions regulating the effect of the execution of the order given by the competent authority on criminal liability. Although the execution of the order of the competent authority in Turkish criminal law was regulated under both the present and the abolished Turkish Penal Code (TPC), debates on the application and content of the related provisions currently continue. In this respect, our study aims to reach an opinion on how the existing regulations should be interpreted by explaining the views in the doctrine and jurisprudence on this subject by explaining the regulation of the basic provisions that constitute the subject of the discussions regarding the execution of the order of the competent authority in Turkish law.

During the preparation of the study, the methods of researching the legislation and doctrinal sources of Turkish law, international law and various foreign countries and examining the case law on the subject have been utilized. Since throughout history the execution of the order of the competent authority has been an institution regulated in various countries, different legal systems and international criminal law, a comparative research and examination method has been emphasized. In this context, in addition to the Turkish jurisprudence, the jurisprudence of international criminal courts and the jurisprudence of various countries adopting different legal systems have also been researched. Again, since the subject is of a nature that concerns different branches of law such as administrative law, disciplinary law and military law, the provisions of the legislation in these fields and the approaches and opinions in the doctrine have been utilized in order to establish interdisciplinary connections.

The first part of our study on the execution of the order of the competent authority in Turkish criminal law is devoted to the historical development process of the institution and the way it is handled in international law and in the legislation of various foreign countries. In this section, it is aimed to trace the course of development of the idea regarding the effect of the execution of the order on criminal liability from the early periods of its emergence to the present day and to reveal how different legal systems and traditions have responded to the basic issue that constitutes the subject of our study. Thus, it is aimed to compare the regulations in Turkish law with the development process, and to reveal and analyze the differences. In this respect, when we look at the emergence of the institution of fulfillment of the

order of the competent authority in the historical process, it has been concluded that the idea that the fact that persons have fulfilled an order received from the authority should be a reason that prevents them from being held liable for the damage arising from the fulfillment of that order has existed since the early periods of Roman law, and that the rules developed in the historical process have included the idea that the fulfillment of the authority's order should be accepted as a situation that removes liability, on the one hand, and that there should be a limit to this irresponsibility on the other hand.

When the course of international law is examined, it is seen that in addition to the absolute approaches, which accept that the execution of the order can always be a reason for impunity for those who execute the order or that it cannot be a reason for impunity under any circumstances, a conditional liability approach has been developed, which accepts that the person who executes the order may be liable in limited cases under certain conditions. In judicial decisions and national legislative provisions adopting the approach of conditional liability, various criteria have been developed to determine the limit of irresponsibility, and the limit of the irresponsibility brought by the execution of the order, which is recognized as limited in the Rome Statute, is determined by the criteria of knowledge that the order is unlawful and its manifest illegality. When the foreign legislation regarding the execution of the order of the competent authority is evaluated, it is generally accepted that the execution of the order affects the criminal liability of the person who executes the order in countries that adopt both the Continental European legal system and the Anglo-American legal system. In countries where the approach of conditional liability is adopted, it has been determined that, in parallel with the Rome Statute, the manifest illegality of the order is taken into consideration as a criterion in terms of the limit of cases where the execution of the order removes criminal liability. In line with the analysis in the first part, it has been concluded that both in the historical process and in the legislation of various countries today, a solution is sought through the middle way offered by the conditional responsibility approach rather than the absolute responsibility or absolute irresponsibility approaches that try to provide an absolute answer to the effect of the execution of the order of the competent authority on criminal liability. It is accepted that the execution of the order by the person receiving the order can only remove the criminal responsibility under certain conditions, and that the removal of the responsibility has a limit, which is generally drawn with the criterion of "being manifestly unlawful".

The second part of the study is devoted to the way the institution of executing the order of the competent authority is regulated in the legislation, its legal nature and its effect on criminal responsibility in Turkish law, and in this part, how the execution of the order of the competent authority is regulated in the legislation as an institution affecting criminal responsibility and what are its differences from similar institutions affecting criminal responsibility are discussed. Although the execution of a legal provision and the execution of a lawful order can be explained under the title of "execution of duty", it is seen that the execution of an order and the execution of a legal provision are defined as separate institutions in different provisions of the TPC, subject to different conditions of application. Many different opinions have been put forward in the doctrine on the legal nature of the execution of the order of the competent authority. It can be stated that there is a consensus in the doctrine that if the order is in accordance with the law, the execution of the order constitutes a cause

of justification. On the other hand, it is seen that there are different approaches in the doctrine regarding the effect of the execution of the unlawful order on criminal responsibility, such as constituting a cause of justification, constituting a situation that removes culpability and constituting an excuse. Within the framework of our evaluations on the binding nature of the unlawful order, it has been concluded that the provisions on the unlawful binding order essentially regulate the irresponsibility of the person receiving the order for the execution of the unlawful order in cases where the person receiving the order cannot be expected to determine that the order is unlawful. In a state of law, since it cannot be accepted that the legislator imposes an obligation of obedience to unlawful orders, the execution of an unlawful order cannot constitute a cause of justification. The authorities receiving the order are expected to obey the order by checking that it is in accordance with the law. However, in cases where they cannot be expected to know that the order is lawful or where they do not have the authority to control the lawfulness of the order, having to obey the order under the hesitation that the order is unlawful has been accepted as a reason that removes responsibility for the execution of that order. The first possibility, pursuant to Article 137/1 of the Constitution, if the person receiving the order has a suspicion that the order is unlawful, he/she is obliged to carry out the order if it is repeated by the issuing authority. In this possibility, even if the person who receives the order is not convinced that the action of the authority issuing the order is in accordance with the law, he/she cannot be held responsible for the action he/she performs without knowing that it is unlawful, since he/she is obliged to execute the order until its unlawfulness is determined by a judicial decision. However, the limit of this irresponsibility is defined in Article 137/2 of the Constitution as "orders whose subject matter constitutes a crime". In our opinion, what is meant here is that the order will not be carried out in cases where the material illegality of the order contradicts the criminal norm. It cannot be accepted that orders of this nature are in the line of duty and that the administrative authority has the authority to issue such orders, and since it is expected to know that the order is contrary to the criminal norm in material terms, it is not allowed to be executed following the repetition of the administrative authority. Another situation in which an unlawful order is deemed binding is when the review of the lawfulness of the order is restricted, as stated in Article 137/3 of the Constitution and Article 24/4 of the TPC. In these cases where the authority to review the lawfulness of the order is limited, it is stipulated in the exceptional provisions of the law that the person who is prevented from reviewing that the order is materially unlawful cannot be held liable if he/she executes the order, since he/she cannot be expected to determine whether the order contains an unlawfulness that constitutes a crime or does not constitute a crime in material terms. For this reason, it has been normatively accepted by the legislator that the person who has to execute the order cannot be held responsible in cases where the control of conformity with the law is limited, since he cannot be expected to know that the action is unlawful. In this case, since the order is materially unlawful and its execution constitutes a crime, its unlawfulness continues, and therefore, the authority issuing the order can be held responsible for the result of the execution of the order. As a result of this assessment, although the subjective criterion of knowing that the order was given for the purpose of committing a crime has been introduced in the Military Penal Code, it is concluded that cases where the order is manifestly unlawful, in other words where the perpetrator can be expected to know the unlawfulness of the order, should also be accepted as an objective criterion

as a limit of irresponsibility for the execution of an unlawful order, and it is recommended that a general phrase to this effect be added to the legislation.

The third part of our study is devoted to the explanation of the conditions for the execution of the order of the competent authority in Turkish criminal law and the evaluation of certain special issues regarding the execution of the order of the competent authority. In this respect, the conditions for the execution of the order within the scope of Article 24 of the TPC are analyzed within the framework of two conditions, namely the existence of the order and the binding nature of the order, in a way to allow the possibility of the order being lawful or unlawful to be considered together. In order for the order to be binding, the condition of the existence of an order within the scope of Article 24 of the TPC must first be met. In order to be able to speak of the existence of an order within the scope of Article 24 of the TPC, first of all, there must be a public subordination-superiority relationship between the authorities, the request must be directed from the higher authority to the lower authority in this relationship, and the fulfillment of the directed request must be legally obligatory. In line with the way it is regulated in our law, the binding nature of the order may be in question in the event that the order is lawful or unlawful. For this reason, in our study, the conditions that ensure the binding force of an unlawful and a lawful order within the scope of Article 24 of the TPC are examined under separate headings. Accordingly, the binding force of a lawful order depends on the lawfulness of the order both in form and substance. Accordingly, in Turkish law, the authority receiving the order is, as a rule, obliged to obey the order if he/she determines that the order is in compliance with the law in form and substance. In cases where it is not expected or prevented to determine that the order is unlawful, the order will have to be executed even if it is deemed to be unlawful, and the order will therefore be "binding". Accordingly in the study, the content and limits of the authority to review the lawfulness of an order within the scope of the binding nature of an unlawful order, the provisions of the legislation regulating the cases where the authority to review is limited, and how these provisions should be applied are discussed in detail. The provisions of military law and law enforcement legislation that limit the authority to review the order have also been examined, and it has been determined that in cases where the authority to review the legality of the order is limited, the limits of the irresponsibility of the persons executing the order should be clearly indicated. In this direction, the issue of determining the limits of the cases where the unlawful order is binding has been evaluated under a separate heading in the study, and the methods of manifest unlawfulness of the order and the exclusion of certain types of crimes from the cases where the unlawful order is binding are discussed as examples of limitations in the legislation of various countries and the Rome Statute, which were discussed in the first part of the study. As a result, it is concluded that it is understood from both the opinions in the doctrine and the case law examples that the cases where the order is manifestly unlawful or constitutes a crime are taken into consideration in terms of the irresponsibility of the person who executes the order in Turkish law, and that it would be appropriate to clearly state the criterion used in the doctrine and jurisprudence in the legislation, so that our legislation can be harmonized in case we become a party to the Rome Statute.

It may be possible for the execution of the order of the competent authority to occur together with other criminal law institutions in practice, and in such cases, the relationship between the institutions should be specifically evaluated. In this context,

in cases where the law recognizes the authority to use force that may be applied during the execution of certain orders, although the authority to use force is an authority arising from the issuance of a lawful order, when it is used as an authority arising directly from the law, it will be considered as the execution of the provision of the law; if the authority to give an order recognized by the law is used in the form of giving an order to use force and an order to use force is given, the execution of the order of the competent authority will be in question. It is also possible for the execution of the order to occur together with the legitimate defense. In the event that the person executing the order is subjected to an attack during the execution of the order, he/she will be able to use the authority to use force in order to fulfill his/her duty during the execution of the order against the acts of resistance to the execution of the order that do not constitute an attack on himself/herself or on a right belonging to another person. Again, the execution of an unlawful order may also constitute an unjustified attack on third parties who are the addressees of the order, and likewise, in cases where the execution of an unlawful binding order is in question in cases of absolute obedience, it will be possible to benefit from legitimate defense against the execution of the order when it is deemed as a cause of removal of culpability. In the event that there is a state of necessity for the person executing the order during the execution of the order, it should be stated that the fact that some public duties expose the persons in charge to danger should be taken into consideration in terms of the condition that there is no obligation to face danger, and in cases where there is an obligation to face danger as a requirement of the duty, this obligation should have a limit depending on the weight of the interest to which the danger is directed. This section also discusses the effect of the execution of the order on criminal responsibility in the event that the orders given by the competent authority within the scope of the investigation procedures applied in criminal proceedings which include certain acts that fall within the scope of agent-provocateur. Although there is no norm in Turkish law that explicitly permits law enforcement officers to carry out acts that fall within the scope of agent-provocateur activities during the investigation of crimes, actions to uncover the crime by posing as a drug buyer, a customer in prostitution or bribery crimes are resorted to, under the name of "law enforcement officer conducting undercover investigation". It is concluded that it may be appropriate to include a provision in the legislation instead of jurisprudence indicating the limit in determining the lawfulness of the order for these actions, and in this regard, the legislative provisions in countries such as France or Italy, which clearly define and allow such actions of law enforcement officers, can be taken into consideration.

In conclusion, it should be underlined that in order for the provisions of Turkish criminal law containing the rules on the execution of the order of the competent authority to be understood in integrity and consistency, the said provisions should more clearly indicate the conditions that will affect the criminal liability of the person who executes the order. In this context, it is suggested that the manifest illegality of the order should be included as the criterion that forms the limit of the provisions regulating the irresponsibility of the person who executes the unlawful order.

ÖZET

Devlet kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak amacıyla hiyerarşik yapıda örgütlenmiştir. Bu yapı çerçevesinde kamu hizmetlerinin yürütülmesi üst kademedeki merciin alt mercie verdiği emirler vasıtasıyla sürdürülür. Emirler kamu hizmetlerinin yürütülmesine yönelik olarak kişilerin hak ve menfaatlerini sınırlayıcı veya ihlal eden bazı eylemlerin gerçekleştirilmesini içerebilmektedir. Bu durumda üst merciin verdiği bir emri ifa etmekle yükümlü olan alt merciin o emrin ifasının bir menfaati ihlal etmesi veya bir zarara yol açması halinde sorumlu olup olmayacağı, diğer bir ifadeyle, yetkili merci tarafından verilen emri ifa etmiş olmanın kişiyi hukuken sorumluluktan kurtaran bir neden olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunun yanıtlanması gerekir. Bu soru yetkili merciin emrini ifa kurumunun temel meselesini oluşturmaktadır. Çalışmamızın ana konusu yetkili merciin vermiş olduğu emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin düzenlendiği hükümler çerçevesinde Türk hukukunun değerlendirilmesini içermektedir. Türk ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifa, gerek mülga Türk Ceza Kanunu (TCK) gerekse yürürlükteki TCK'de düzenlenmiş olsa da ilgili düzenlemelerin uygulanma şekline ve hükümlerin içeriğine ilişkin tartışmalar halen devam etmektedir. Bu doğrultuda çalışmada Türk hukukunda yetkili merciin emrini ifaya ilişkin tartışmaların konusunu oluşturan temel hükümlerin düzenleniş şekliyle bu konuda öğreti ve içtihatları görüşlerin açıklanarak mevcut düzenlemelerin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda görüşe ulaşılmaya hedeflenmiştir.

Çalışmanın hazırlanmasında temel olarak Türk hukukuna, uluslararası hukuka ve çeşitli yabancı ülkelere ait mevzuat ile öğreti kaynaklarının araştırılması ve konuyla ilgili içtihat örneklerinin incelenmesi yöntemlerinden yararlanılmıştır. Yetkili merciin emrini ifanın tarih boyunca çeşitli ülkelerde, farklı hukuk sistemlerinde ve uluslararası ceza hukukunda düzenlenen bir kurum olması nedeniyle karşılaştırmalı bir araştırma ve inceleme yöntemine ağırlık verilmiştir. Bu kapsamda Türk yargı içtihatlarının yanı sıra uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatları, farklı hukuk sistemlerini benimseyen çeşitli ülkelerin içtihat örnekleri de araştırılmıştır. Yine, konunun idare hukuku, disiplin hukuku, askeri hukuk gibi farklı hukuk dallarını ilgilendiren bir niteliği bulunması nedeniyle disiplinlerarası bağlantıların kurulabilmesine yönelik olarak bu alanlardaki mevzuat hükümleriyle öğretideki yaklaşım ve görüşlerden yararlanılmıştır.

Türk ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifayı konu alan çalışmamızın birinci bölümü kurumun tarihsel gelişim süreci ile uluslararası hukukta ve çeşitli yabancı ülke mevzuatlarında ele alınış şekline ayrılmıştır. Bu bölümde, ortaya çıktığı ilk dönemlerden günümüze kadarki süreçte emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin düşüncenin gelişim seyrinin izlenmesi ve çalışmamızın konusunu oluşturan temel meseleye farklı hukuk sistemleri ve gelenekleri tarafından nasıl yanıt verildiğinin ortaya konulması amaçlanmıştır. Böylece Türk hukukundaki düzenlemelerin geliştirilme süreciyle karşılaştırılabilmesi, farklılıkların ortaya çıkarılarak incelenebilmesi hedeflenmiştir. Bu doğrultuda, yetkili merciin emrini ifa kurumunun tarihsel süreçte ortaya çıkışına bakıldığında, kişilerin otoriteden aldıkları bir emri ifa etmiş olmalarının o emri ifadan doğan zarardan sorumlu tutulmalarını engelleyen bir neden olması gerektiği düşüncesinin Roma hukukunun ilk

dönemlerinden itibaren var olduğu, tarihsel süreçte geliştirilen kuralların her dönemde bir yandan otoritenin emrini ifa etmiş olmanın sorumluluğu kaldıran bir durum olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesini, diğer yandan bu sorumsuzluğun bir sınırının da bulunması gerektiği düşüncesini içerdiği sonuçlarına ulaşmıştır.

Uluslararası hukuktaki seyrine bakıldığında da emrin ifasının emri ifa edenler bakımından her zaman bir cezasızlık nedeni olabileceğini kabul eden veya hiçbir koşulda cezasızlık nedeni olamayacağını öngören mutlak yaklaşımların yanı sıra emri ifa eden kişinin belirli koşullar altında sınırlı hallerde sorumlu olabileceğini kabul eden koşullu sorumluluk yaklaşımının geliştirildiği görülmektedir. Koşullu sorumluluk anlayışının benimsendiği yargı kararlarında ve ulusal mevzuat hükümlerinde sorumsuzluğun sınırını belirlemek için çeşitli ölçütler geliştirilmiş olup, Roma Statüsü'nde sınırlı olarak kabul edilen emrin ifasının getirdiği sorumsuzluğun sınırı emrin hukuka aykırı olduğunun bilinmesi ve açıkça hukuka aykırılığı ölçütleriyle belirlenmiştir. Yetkili merciin emrinin ifasına ilişkin olarak çalışmada ele alınan yabancı ülke mevzuatları değerlendirildiğinde, gerek Kıta Avrupası hukuk sistemini gerekse Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimseyen ülkelerde emrin ifasının emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğuna etki ettiğinin genellikle kabul edildiği görülmektedir. Koşullu sorumluluk yaklaşımının benimsendiği ülkelerde emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırdığı hallerin sınırı bakımından ölçüt olarak, Roma Statüsü'yle paralel olarak, emrin açıkça hukuka aykırılığının dikkate alındığı tespit edilmiştir. Birinci bölümde yer verilen incelemeler doğrultusunda, gerek tarihsel süreçte gerekse günümüzde çeşitli ülke mevzuatlarında yetkili merciin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etkisine mutlak bir yanıt vermeye çalışan mutlak sorumluluk veya mutlak sorumsuzluk yaklaşımlarından ziyade koşullu sorumluluk yaklaşımının sunduğu orta yolla çözüm aranmaya çalışıldığı sonucuna ulaşılmıştır. Emri alan kişinin emri ifa etmiş olmasının ceza sorumluluğunu yalnızca belirli koşullar altında kaldırabileceği, sorumluluğunun kaldırılmasının da genellikle “açıkça hukuka aykırı olması” ölçütüyle çizilen bir sınırının bulunduğu kabul edilmektedir.

Çalışmanın ikinci bölümü Türk hukukunda yetkili merciin emrini ifa kurumunun mevzuattaki düzenleniş şekli, hukuki niteliği ve ceza sorumluluğuna etkisine ayrılmış olup, bu bölümde yetkili merciin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etki eden bir kurum olarak mevzuatta nasıl düzenlendiği, ceza sorumluluğuna etki eden benzer kurumlardan farklarının neler olduğu ele alınmıştır. Esasen kanun hükmünün ve hukuka uygun bir emrin ifası “görevin ifası” üst başlığı altında açıklanabilmekteyse de TCK'de emrin ve kanun hükmünün yerine getirilmesinin farklı hükümlerde farklı uygulanma koşullarına bağlı ayrı kurumlar olarak tanımlandığı görülmektedir. Yetkili merciin emrini ifanın hukuki niteliği konusunda öğretide farklı yönde birçok görüş ileri sürülmüştür. Emrin hukuka uygun olması halinde emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu konusunda öğretide bir görüş birliği olduğu ifade edilebilecektir. Buna karşılık öğretide hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi konusunda hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu, kusurluluğu kaldıran hal oluşturduğu ve mazeret nedeni oluşturduğu şeklinde farklı yönde yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir. Hukuka aykırı emrin bağlayıcılığı konusundaki değerlendirmelerimiz çerçevesinde, hukuka aykırı bağlayıcı emre ilişkin hükümlerin esasen emrin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesinin emri alan kişiden beklenemeyeceği hallerde hukuka aykırı emrin ifasından sorumsuzluğunu düzenlediği sonucuna ulaşılmıştır. Bir hukuk devletinde kanun

koyucunun hukuka aykırı emirlere itaat yükümlülüğü yüklediği kabul edilemeyeceği için hukuka aykırı bir emrin ifası hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacaktır. Emri alan mercilerin emrin hukuka uygun olduğunu denetleyerek itaat etmeleri beklenir. Ancak emrin hukuka uygun olduğunu takdir ederek bilmesinin kendisinden beklenemediği veya emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin bulunmadığı hallerde verilen emrin hukuka aykırı olduğu konusundaki tereddüt altında itaat etmek zorunda kalınması emrin ifasından dolayı sorumluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. İlk ihtimalde, AY m. 137/1 uyarınca, emri alan kişinin emrin hukuka aykırı olduğu konusunda şüphesinin bulunması halinde emri veren merciin tekrarıyla ifa etmek zorunda olacağı öngörülmüştür. Bu ihtimalde emri alan kişi, emri veren merciin işleminin hukuka uygun olduğu kanaatinde olmasa da aksi yargı kararıyla tespit edilene kadar emri yerine getirmek zorunda kılındığı için hukuka aykırı olduğunu bilmeden gerçekleştirdiği eylemden sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte bu sorumsuzluğun sınırı, AY m. 137/2’de “konusu suç oluşturan emirler” olarak belirlenmiştir. Kanaatimizce burada kastedilen emrin maddi yönden hukuka aykırılığının ceza normuna aykırılık içerdiği hallerde emrin yerine getirilmeyeceğidir. Bu nitelikteki emirlerin görev gereği olduğu ve bu yönde emir verme yetkisinin bulunduğu dahi kabul edilemeyeceği gibi, emrin maddi yönden ceza normuna aykırılığının bilinmesi beklendiği için idari merciin tekrarıyla yerine getirilmesine izin verilmemektedir. Hukuka aykırı emrin bağlayıcı sayıldığı hallerden diğeri, AY m. 137/3’te ve TCK m. 24/4’te belirtildiği üzere emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırılmış olmasıdır. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı bu hallerde emrin maddi yönden hukuka aykırı olduğunu denetlemesi engellenen kişinin emrin maddi yönden suç oluşturan veya suç oluşturmeyen bir hukuka aykırılık içerdiğini tespit etmesi kendisinden beklenemeyeceği için emri ifa etmesi halinde sorumlu tutulamayacağı kanunda yer verilen istisnai hükümlerde öngörülmüştür. Bu nedenle hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde aldığı emri ifa etmek zorunda kalan kişinin eyleminin suç oluşturmaması ihtimalinde eylemin hukuka aykırı olduğunu bilmesi kendisinden beklenemeyeceği için kusurluluğunun bulunmadığı kanun koyucu tarafından normatif olarak kabul edilmiştir. Bu durumda emir maddi yönden hukuka aykırı olduğu ve ifası suç oluşturduğu için hukuka aykırılığı devam etmekte, dolayısıyla emrin ifasıyla oluşan neticeden emri veren merci sorumlu tutulabilmektedir. Bu değerlendirmenin sonucu olarak, her ne kadar AsCK hükmünde emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesi şeklinde sübjektif ölçüt getirilmiş olsa da, failin emrin hukuka aykırılığını bilmesinin beklenebileceği emrin açıkça hukuka aykırı olduğu hallerin de objektif bir ölçüt olarak hukuka aykırı emrin ifasından dolayı sorumsuzluğun bir sınırı olarak kabul edilmesi gerektiği tespit edilmekte ve bu yönde genel bir ibarenin mevzuata eklenmesi önerilmektedir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü Türk ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifanın uygulanma koşullarının açıklanmasına ve yetkili merciin emrini ifaya ilişkin bazı özel durumların değerlendirilmesine ayrılmıştır. Bu doğrultuda, TCK m. 24 kapsamında emrin ifasının uygulanma koşulları emrin hukuka uygun veya hukuka aykırı olması ihtimallerinin bir arada ele alınmasına imkan verecek şekilde emrin varlığı ve emrin bağlayıcılığı olmak üzere iki koşul çerçevesinde incelenmiştir. Emrin bağlayıcı olması için öncelikle TCK m. 24 kapsamında bir emrin varlığı koşulu sağlanmalıdır. TCK m. 24 kapsamında bir emrin varlığından söz edebilmek için öncelikle emir ilişkisindeki merciler arasında kamusal nitelikte bir altlık-üstlük ilişkisinin bulunması, bu ilişkide talebin üst merciden alt mercie yöneltilmesi ve

yöneltiren talebin yerine getirilmesinin hukuken zorunlu olması gerekir. Emrin bağlayıcılığı ise hukukumuzdaki düzenlenme şekli doğrultusunda, emrin hukuka uygun olması ve hukuka aykırı olması ihtimallerinde söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda TCK m. 24 kapsamında hukuka aykırı ve hukuka uygun emrin bağlayıcılığını sağlayan koşullar ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Buna göre, hukuka uygun bir emrin bağlayıcılığı emrin hem şekil hem de maddi yönden hukuka uygun olmasına bağlıdır. Bu doğrultuda Türk hukukunda emri alan merci kural olarak emrin şeklen ve maddi yönden hukuka uygunluğunu denetleyerek hukuka uygun olduğunu tespit ederse itaatle yükümlüdür. Emrin hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesinin beklenmediği veya engellendiği hallerde ise hukuka aykırı olduğu kanaatinde olursa dahi ifa edilmek zorunda kalınacak, emir bu nedenle “bağlayıcı” olacaktır. Bu doğrultuda çalışmada hukuka aykırı bir emrin bağlayıcılığı kapsamında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin kapsamı ve sınırları, denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı halleri düzenleyen mevzuat hükümleri, bu hükümlerin nasıl uygulanması gerektiği ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Emrin denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı askeri hukuk ve kolluk hukuku mevzuatı hükümleri ayrıca incelenmiş, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde emri ifa eden kişilerin sorumsuzluğunun sınırlarının açıkça gösterilmesi gerektiği tespit edilmiştir. Bu doğrultuda hukuka aykırı emrin bağlayıcı olduğu hallerin sınırlarının belirlenmesi hususu çalışmada ayrı başlıkta ayrıca değerlendirilmiş, çalışmanın birinci bölümünde ele alınan çeşitli ülke mevzuatlarında ve Roma Statüsü’nde yer alan sınırlama örnekleri olarak emrin açıkça hukuka aykırı olması ve bazı suç tiplerinin tamamen hukuka aykırı emrin bağlayıcı olduğu hallerin dışında tutulması yöntemlerine yer verilmiştir. Sonuç olarak, Türk hukukunda da emrin açıkça hukuka aykırı olduğunun veya suç oluşturduğunun açık olduğu hallerin emri ifa eden kişinin sorumsuzluğu bakımından dikkate alınan bir husus olduğunun gerek öğretideki görüşlerden gerekse içtihat örneklerinden anlaşıldığı, öğreti ve içtihatla kullanılan ölçütün mevzuatta açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı, böylece Roma Statüsü’ne taraf olunması halinde mevzuatımızla uyumun sağlanabileceği kanaatine ulaşılmıştır.

Yetkili merciin emrini ifanın uygulamada bazı ceza hukuku kurumlarıyla bir arada ortaya çıkması mümkün olabilmekte, bu özellik arz eden durumlarda kurumlar arasındaki ilişkinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kanunda bazı emirlerin ifası sırasında başvurulabilecek zor kullanma yetkisinin tanındığı hallerde zor kullanma yetkisi her ne kadar hukuka uygun bir emrin verilmiş olmasına bağlı olarak doğan bir yetki olsa da doğrudan kanundan kaynaklanan bir yetki olarak kullanıldığında kanun hükmünü icra; kanunda tanınan emir verme yetkisinin zor kullanma emri verilmesi şeklinde kullanılması ve zor kullanma emri verilmesi halinde ise yetkili merciin emrini ifa söz konusu olacaktır. Emrin ifasının meşru savunma hukuka uygunluk nedeniyle bir arada ortaya çıkması da mümkündür. Emrin ifası sırasında emri ifa eden kişinin saldırıya maruz kalması halinde, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik saldırı niteliği taşımayan emrin ifasına direnç gösterme niteliğindeki eylemler bakımından emrin ifası sırasında görevini yerine getirmek amacıyla zor kullanma yetkisini kullanabilecektir. Yine, hukuka aykırı bir emrin ifası da emrin muhatabı olan üçüncü kişiler bakımından bir haksız saldırı oluşturabilecek, aynı şekilde mutlak itaat hallerinde hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının söz konusu olduğu hallerde emri ifa eden kişinin kusurluluğu bulunmadığı kabul edildiğinde emrin ifasına karşı meşru savunmadan yararlanılabilmesi mümkün olacaktır. Emrin ifası sırasında emri ifa eden kişi bakımından zorunluluk halinin söz

konusu olması halinde bazı kamu görevlerinin görevli kişileri tehlikeye maruz bırakır nitelikte olmasının zorunluluk halinin tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunmaması koşulu bakımından dikkate alınması, görevinin gereği olarak tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunduğu hallerde de bu yükümlülüğün tehlikenin yöneldiği menfaatin ağırlığına göre bir sınırının bulunması gerektiği ifade edilmelidir. Bu bölümde ayrıca ceza muhakemesinde başvuru soruşturma işlemleri kapsamında yetkili merci tarafından verilen emirlerin kışkırtıcı ajanlık faaliyetleri kapsamında kalan eylemleri içermesi ihtimalinde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi ele alınmıştır. Türk hukukunda suçların soruşturulması sırasında kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan eylemleri gerçekleştirmelerine açıkça izin veren bir norm yer almamakla birlikte, “gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi” adı altında uyuşturucu madde alıcısı, fuhuş veya rüşvet suçlarında müşteri kılığında hareket ederek suçun ortaya çıkarılması eylemlerine başvurulmaktadır. Bu eylemlere yönelik emrin hukuka uygunluğunun sınırının belirlenmesinde içtihat yerine mevzuatta sınırı gösteren bir hükme yer verilmesinin yerinde olabileceği, bu konuda Fransa veya İtalya gibi ülkelerde yer verilen kolluk görevlilerinin alıcı kılığına girerek şüphelileri suç üstü yakalamaya yönelik eylemlerini açıkça belirleyerek izin veren mevzuat hükümlerinin dikkate alınabileceği sonuçlarına ulaşılmıştır.

Sonuç olarak, Türk ceza hukukunda yetkili merciin emrinin ifasına ilişkin kuralları içeren hükümlerin bir bütünlük ve tutarlılık içerisinde anlaşılabilmesi için, anılan hükümlerin emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğuna etki edeceği koşulları daha açık şekilde göstermesi gerektiğinin altı çizilmelidir. Bu kapsamda emrin açıkça hukuka aykırılığının hukuka aykırı emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunu düzenleyen hükümlerin sınırını oluşturan ölçüt olarak yer verilmesi önerilmektedir.

GİRİŞ

Devlet, merkezi yönetimde alınan kararların tüm birimlere ulaşmasını sağlamak amacıyla hiyerarşik bir düzenle örgütlenmiş olup, hiyerarşik düzenin işleyişi üst kademede olan merciin alt kademedeki mercie verdiği emirler ile sağlanmaktadır. Bu nedenle üst merciin alt mercie emir verme ve onu yönlendirme yetkisi hiyerarşinin en önemli unsurudur¹. Emrin kamusal faaliyetlerin yürütülmesinde önemli bir vasıta olması nedeniyle emri alan mercilere emre itaat yükümlülüğü yüklenmiş, emre itaatsizlik gerek idari gerekse cezai yaptırım altına alınarak hiyerarşik işleyişin devamlılığı korunmaya çalışılmıştır. Hukuk devletinde emir verme yetkisi kanundan kaynaklandığı için emirlerin hukuka uygun olması² ve emre itaat yükümlülüğünün yalnızca emirlerin hukuka uygun olması halinde bağlayıcı olması esastır. Bu nedenle emri alan alt merciden emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleyerek itaat etmesi beklenir. Ancak kamusal faaliyetlerin yürütülmesi sırasında verilen her emrin denetlenmesinin beklenip beklenemeyeceği, bir emrin şeklinin ve içeriğinin her yönüyle denetlenebilir olup olmadığı, emrin hukuka aykırılığı konusunda tereddüde düşülmesi halinde veya kamu düzeninin korunması için katı bir itaat anlayışının gerektiği alanlarda nasıl davranılacağı gibi soruların tartışılmaya başlanmasıyla birlikte, bu konularda ayrı kurallara ihtiyaç duyulmuştur. Bu çerçevede emri alan merciin bazı hallerde hukuka aykırı bir emri ifa etmesi ihtimalini öngören düzenlemelere de yer verilmiştir. Böylece hukuka aykırı olan bir emrin ifasıyla gerçekleştirilen eylemin suç oluşturması halinde sorumluluk durumunun da hukuk düzenince ayrı kurallarla belirlenmesi gerekmiştir. Zira hukuka aykırı emri alan kişilerin tereddüt halinde emre itaat yükümlülüğünü yerine getirmediklerinde emre itaatsizlikten sorumlu olmaları, emre itaat ettiklerinde ise emrin ifasıyla ortaya çıkan suçtan sorumlu olmaları gerekecek; her iki ihtimalde de emri ifa eden kişinin sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır³.

¹ İl Han Özay, **İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Yayınları, 1994, s. 168.

² Olgun Değirmenci, "Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa", **TAAD**, Sayı: 10, Yıl: 3, 2012, ss. 455-484, s. 456.

³ Jessica Liang, "Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context", **Goettingen Journal of International Law**, 2/3, 2010, ss. 871-892, s. 873.

Görüldüğü üzere, yetkili merciin emrinin ifası gerek idare hukukunun temel kavramları ve hiyerarşik ilişkideki itaat kurallarını, gerek hiyerarşik yapısının katı bir itaat anlayışını gerektirdiği askeri hukuk ve kolluk hukuku gibi milli savunma veya kamu güvenliğini ilgilendiren hukuk dallarını, gerekse ceza hukukunun genel hükümleri ile suç yapısına ilişkin teorileri ilgilendiren çok yönlü bir inceleme konusu oluşturmaktadır. Türk hukukunda da yetkili merciin emrinin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi hem 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu⁴ (TCK) hem de 5237 sayılı TCK⁵ döneminde tartışmalı bir kurum olmayı sürdürmüştür. Öğretide yetkili merciin emrini ifa kurumunun hukuki niteliği ve buna bağlı olarak emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğu bakımından sonuçları konusunda bir görüş birliği halen mevcut değildir⁶. Öte yandan emrin ifasının tarihsel süreçte devlet yapılanmasının hiyerarşik birimler içerdiği ilk dönemlerden itibaren varlık göstermesi ve uluslararası hukukta da ceza sorumluluğuna ilişkin savunmalarda ileri sürülen, bugün uluslararası hukuk kaynaklarında ve birçok ülke mevzuatında yer alan bir kurum olması kurumun tarihsel gelişiminin izlediği süreçten çıkarılacak sonuçların ve çeşitli ülke mevzuatları ile uluslararası hukuktaki uygulanma koşullarının karşılaştırılmasının, özellikle uluslararası suçlar konusunda mevzuatımızla bağlantısının kurulması bakımından önemini artırmaktadır. Belirtilen nedenler çalışmanın konusunun seçilmesinde etkili olmuş, Türk ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifa kurumunun TCK m. 24'te düzenlenen genel hüküm çerçevesinde ele alınarak açıklanması ve tartışmalı konuların gerek ulusal mevzuat ve öğretide gerekse yabancı ülke mevzuatlarında ve öğretisinde yer verilen yaklaşımlarla birlikte değerlendirilmesi, ceza hukukunun diğer kurumlarıyla bir araya geldiği noktalarda özellik arz eden durumların değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu amaçla çalışmamız üç ana bölümde ele alınmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde yetkili merciin emrini ifa kurumunun tanımına ve kurumun tarihsel ve düşünsel gelişim sürecine yer verilmiş, bu bölümde ayrıca bazı ülke mevzuatları ile uluslararası hukukta yetkili merciin emrini ifa kurumu incelenmiştir. Böylece birinci bölümde, birçok hukuk sisteminde yer alan yetkili merciin emrini ifa kurumunun tarihsel, teorik ve karşılaştırmalı bir yaklaşımla geniş

⁴ Kanun No. 765, R.G. 13.03.1926, S. 320.

⁵ Kanun No. 5237, R.G. 12.10.2004, S. 25611.

⁶ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021, s. 391.

bir bakış açısından ele alınması amaçlanmıştır. Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin olarak tarihte farklı dönemlerde geçerli olan kurallar çeşitli hukuk sistemleri esas alınarak incelenmiş, kuralların gelişimine etki eden düşünürler ve teoriler de ayrı bir başlık altında ele alınarak emrin ifasına ilişkin kuralların gelişim sürecinin fikri altyapısının ortaya konulması hedeflenmiştir. Uluslararası hukukta, uluslararası sözleşmeler ile çeşitli mahkeme statülerinde yer alan düzenlemeler ele alınarak ve emrin ifasına ilişkin kuralların uygulandığı dava örneklerine yer verilerek yazılı kaynaklarda emrin ifasının kaleme alınış şekli, emrin ifasına ilişkin düzenlemelerin kapsamı ve uygulama koşulları bir arada değerlendirilmiştir. Uluslararası ceza hukukundaki genel ilke ve kurallar içerisinde geniş çapta kabul gören Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu statüsünde⁷ yer alan düzenleme de bu özelliği nedeniyle ayrı başlık altında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Yine bu bölümde farklı hukuk sistemlerini benimseyen ülkelerde yer alan yetkili merciin emrinin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin mevzuat hükümleri ve uygulamalardan örneklere yer verilmiştir. Bu doğrultuda Kıta Avrupası hukuk sistemiyle Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimseyen ülkelere seçilen bazı örneklerden yola çıkılarak emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin yaklaşım farklılıklarının ve benzer düzenlemelere yer veren ülke mevzuatlarındaki uygulama örnekleriyle öğretideki görüşlerin ortaya konulmasına çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü, yetkili merciin emrini ifanın Türk hukukundaki düzenleniş şekline, benzer diğer kurumlardan farklarına ve hukuki niteliğine ayrılmıştır. Böylece yetkili merciin emrini ifa kurumunun Türk hukuk mevzuatındaki düzenleniş şekli çerçevesinde hukukumuzdaki yerinin ve hukuki niteliğinin açıklanması amaçlanmıştır. Yetkili merciin emrini ifanın emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki nitelendirilmesi konusunda öğretilerde farklı yönde görüşler bulunmakta, yazarların emrin ifasına ilişkin düzenlemelerin kapsamına ve uygulanma şekline yönelik yorumları değişiklik göstermektedir. Bu bölümde öğretilerde yetkili merciin emrinin ifasının hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin açıklamaları emrin hukuka uygun veya aykırı olmasına göre tasnif edilerek incelenmiştir. Bağlantılı olarak, emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin sonuçlarına ayrı başlıkta yer verilmiştir.

⁷ Kai Ambos, "Defences in International Criminal Law", in **Research Handbook on International Criminal Law**, Ed. Bertram S. Brown, Cheltenham et al., Elgar, 2011, s. 299.

Çalışmanın üçüncü bölümünde yetkili merciin emrini ifanın uygulanma koşulları ve uygulanmasında özellik arz eden bazı durumlar ele alınmıştır. Bu doğrultuda, ilk başlıkta yetkili merciin emrini ifanın koşulları hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı emrin ifasını kapsayacak şekilde emrin varlığı ve emrin bağlayıcılığı olmak üzere iki başlıkta ele alınmış, koşullar kapsamında aranan özelliklere başlıklar içerisinde ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Konuyla bağlantılı olarak ayrıca hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının sınırlarının belirlenmesi sorunu ayrı başlıkta ele alınmıştır. Bu yolla, yabancı ülke mevzuatlarındaki ve uluslararası hukuk metinlerindeki örneklerde hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının sınırlarını belirlemede kullanılan yöntemlerin Türk hukukundaki düzenlemelerin yorum ve değerlendirilmesinde dikkate alınıp alınamayacağının, benzer ölçütlere yer verilmesinin gerekli olup olmadığının tartışılması amaçlanmıştır. Bu bölümde son olarak, yetkili merciin emrini ifa ile ilgili özellik arz eden bazı durumlar ele alınarak, uygulamada ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimaller çerçevesinde emrin ifasının diğer kurumlarla ilişkisinin değerlendirilmesine yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA KURUMUNUN TARİHSEL VE DÜŞÜNSEL TEMELLERİ, ULUSLARARASI HUKUKTA VE BAZI ULUSAL MEVZUATLARDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA KAVRAMININ TANIMI, TARİHSEL GELİŞİMİ VE DÜŞÜNSEL TEMELLERİ

A. Tanım

Yetkili merciin emrini ifa genel bir ifadeyle, kamusal hiyerarşik ilişki içerisinde verilen emirlerin ifa edilmesinin hukuken sorumluluk doğuran bir neticeye yol açması halinde, emri veren ile ifa eden kişilerin bu neticeden hangi koşullarda ve ne ölçüde sorumlu olacaklarını belirleyen kuralları içeren kurumdur. Yetkili merci tarafından verilen bir emrin ifasının ceza normunu ihlal etmesi halinde, emri ifa eden kişinin sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığı ve bunun koşulları ceza hukukunun konusunu oluşturur⁸. Türk ceza hukukunda yetkili merciin verdiği bir emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi çeşitli mevzuat hükümleri çerçevesinde düzenlenmiş olup, konuyla ilgili genel hüküm Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “*Kanunun Hükmü ve Amirin Emri*” başlıklı 24. maddesinde yer almaktadır. Madde “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri

⁸ Bu konuda özel hukuk ve idare hukuku sorumluluğunda emri vereni öne çıkaran bütüncül yaklaşan kurallar tespit edilmekteyken, emir üzerine gerçekleştirilen eylemin suç tipine ilişkin olması halinde ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin kurallar ve ilkeler devreye girmektedir. Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 2, 2014, ss. 203-252, s. 204.

veren sorumlu olur.” biçiminde kaleme alınmış olup, yetkili merciin emrini ifa ve kanun hükmünü icra kurumlarını içerecek şekilde düzenlenmiştir⁹.

Madde başlığında “amirin emri” kavramı kullanılmışsa da madde metninde kurum “yetkili merciin emri” kavramı ile tarif edilerek açıklanmıştır¹⁰. Öğretide kurumu “amirin emri”, “amirin emrinin yerine getirilmesi” şeklinde adlandıran yazarlar bulunduğu gibi¹¹, amir terimini kullanmaksızın yalnızca “emrin ifası” kavramını tercih eden yazarlara da¹² rastlanmaktadır. Öğretide bazı yazarlar ise “yetkili merciin emrini ifa” veya “yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi” kavramlarını¹³, bazı yazarlar “amirin emrini uygulama”¹⁴, “hukuka uygun emrin ifası”¹⁵ kavramını kullanmaktadır. Çalışmamızda madde metnindeki tarife uygun olarak yetkili merciin emrini ifa kavramı tercih edilmiştir. Zira her ne kadar 24. madde bağlamında amirin emri ile yetkili merciin emri kavramlarının her ikisinin de aynı kurumu işaret ettiği anlaşılmaktaysa da¹⁶, emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisini düzenleyen diğer mevzuat hükümlerinde “amir” terimi farklı içeriğe sahip bir kavram olarak kullanılabilir. Askeri hukuk mevzuatındaki “üst” ve “amir” terimleri arasındaki ayrıma benzer şekilde, “amir” kavramı idare hukuku ve disiplin hukuku mevzuatında da yalnızca bir gerçek kişiyi ifade edecek şekilde tanımlanmakta, ayrıca “disiplin amiri” gibi özel olarak yetkilendirilen kişileri ifade eden bir terim olarak kullanılmaktadır¹⁷. Bu doğrultuda çalışmamızda, belirli bir hukuk alanının terminolojisine gönderme yapmayan genel bir ifade olması nedeniyle ve yetkili merci ifadesinde hiyerarşik kademedan ziyade emir verme yetkisi

⁹ 5237 sayılı TCK metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>

¹⁰ Madde başlığı ile metin içerisindeki terim farklılığının emir veren anlamına gelen amir kelimesinin yetkili mercii de kapsamasından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 10.

¹¹ Bu yönde bkz. Demirel, **Amirin Emri**, s. 9; Bilgehan Savaşçı Temiz, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 19; Yağmur Müge Erdoğan, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 21.

¹² Amir teriminin daha ziyade bir gerçek kişiyi, merci teriminin ise tüzel kişiyi ifade etmesi nedeniyle her iki terimi de içermeyen daha genel bir kavram olarak “emrin ifası”nın tercih edildiği yönünde bkz. Dursun, s. 205, dn. 1.

¹³ Bkz. Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 295, 297.

¹⁴ Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021, s. 319.

¹⁵ M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 494.

¹⁶ Amir ve yetkili merci kavramlarının birbirini yerine kullanılabileceği ve aralarında bir farklılık bulunmadığına ilişkin olarak bkz. Demirel, **Amirin Emri**, s. 10.

¹⁷ Bkz. Devlet Memurları Kanunu m. 124: “Disiplin amirleri; kurumların kuruluş ve görev özellikleri dikkate alınarak Devlet Personel Başkanlığı’nın görüşüne dayanılarak özel yetkilerinde tayin ve tesbit edilecek amirlerdir.” <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.657.pdf>

vurgulandığı için kurumun maddede düzenlenen kapsamını ve uygulanma koşullarını daha iyi karşıladığı düşüncesiyle, yetkili merciin emrini ifa kavramı tercih edilmiştir¹⁸.

Türk hukukunda yetkili merciin emrini ifa gerek 765 sayılı mülga TCK'nın 49. maddesinde¹⁹ gerekse 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinde kanun hükmünü icra ile birlikte düzenlenmiştir. Birlikte düzenlenen bu iki kurum öğretide bazı yazarlar tarafından “görevin ifası” üst başlığı altında açıklanmaktadır²⁰. Bu nedenle yetkili merciin emrini ifa ile görevin ifası kavramları arasındaki bağlantının ortaya konulması önemlidir. Görevin ifası, kişilerin kendilerine yüklenen hukuki bir yükümlülüğü, bir görevi yerine getirmekle gerçekleştirdikleri eylemlerin suç oluşturmamasını engelleyen bir neden olarak kabul edilmektedir. Hukuk düzeninin kişilere yüklediği görevleri yerine getirmelerini beklerken, bu görevin yerine getirilmesinden dolayı onları sorumlu tutması mümkün olmayacaktır. Hukukun kişilere yüklediği görev bir kanun hükmünden veya kanunun yetkilendirdiği bir merciin emrinden kaynaklanabilir. Bu nedenle gerek kanun hükmünü icra gerekse emrin ifası kurumları temelde bir görevin ifası niteliği taşır. Görev bir kanun hükmünden kaynaklandığı zaman kanun hükmünü icra, yetkili bir merciin emrinden kaynaklandığı zaman emrin ifası kurumu uygulama alanı bulur²¹. Kanun hükmünü icrada fail doğrudan kanun hükmünden kaynaklanan bir görevi yerine getirirken, emrin ifasında görev kanun hükmünün gereğini yapmakla yetkili olan bir merciin emri vasıtasıyla, dolaylı olarak, gerçekleştirilmiş olur²². Yetkili merciin emrini ifayı düzenleyen TCK'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasında emrin “görev gereği zorunlu” olmasının bir koşul olarak sayılması görevle bağlantısını vurgulamaktadır. Aynı şekilde mülga TCK m. 49/1'de emrin ifasının “vazifeten zaruri” olması koşuluna yer

¹⁸ Yetkili merciin emrini ifada emir verme yetkisinin hiyerarşik üst dışında ayrıca yetkilendirilen kişilerce de kullanılabilmesi mümkündür. Bkz. Üçüncü Bölüm, I, A, 2, b, aa.

¹⁹ 765 sayılı Kanun, RG. 13.03.1926, S. 320. Yılmaz Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No. 224-206, 1967, s. 1.

²⁰ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 233; Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999, s. 82.

²¹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 82; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 490; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 284; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 1.

²² Bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s. 306; Zafer, Genel Hükümler, s. 390; Nevzat Toroslu/ Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 26. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021, s. 163.

verilmiştir²³. Bu nedenle yetkili merciin emrinin ifası da esasen emirle yüklenen bir görevin ifasını içerir. Bununla birlikte her ne kadar kanun hükmünü icra ve yetkili merciin emrini ifa ortak bir zeminde açıklanmakta ve görevin ifası üst başlığına dahil edilebilseler de her iki kurumun da uygulanma koşulları ve muhatabının farklı olduğunun altını çizmek gerekir. Bu iki kurum 765 sayılı mülga TCK'de aynı maddede ve aynı fıkra da yer alsa da farklı koşullara tabi şekilde düzenlenmiş, 5237 sayılı TCK'da ise aynı maddede ancak farklı fıkralara ayrılarak tarif edilmiştir. Gerek mülga gerekse yürürlükteki TCK bakımından her ikisinin de ayrı iki kurum niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır²⁴. Bununla birlikte öğretide bazı yazarlar tarafından yetkili merciin emrini ifa yürürlükteki TCK hükümleri çerçevesinde kanun hükmünü icra ile birlikte görevin ifası üst başlığı altında ele alınarak açıklanmaktadır²⁵.

Öğretide yetkili merciin emrini ifa kurumunun TCK m. 24 kapsamında kanun hükmünü icra ile bağlantısı ve hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamakta, konunun ele alındığı bölümler ve kapsamı yazarlara göre farklılık göstermektedir. Bazı yazarlar yetkili merciin emrini ifanın TCK m. 24/1'de düzenlenen kanun hükmünü icradan ayrı olarak TCK m. 24/2, 3 ve 4 hükümlerinde düzenlendiğini, m. 24/2'nin emrin hukuka uygun ve aykırı olması ihtimallerini birlikte içerdiğini kabul etmektedir²⁶. Diğer bazı yazarlar ise hukuka uygun emrin ifasını TCK m. 24/1'de düzenlenen görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kanun hükmünü icra ile birlikte ele almakta, hukuka aykırı emrin ifasını ayırmaktadır²⁷. Bu görüşe göre görevin ifası kanun hükmünün veya yetkili merciin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesini kapsamaktadır. Yetkili merciin emri

²³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 82.

²⁴ Önder, s. 228; Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 2. Kanun hükmünü icra ile emrin ifasının otonom iki kurum olduğu, görevin ifasının farklı görünüm şekilleri olarak değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. M. Buhari Çetinkaya, **Türk ve Fransız Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 302.

²⁵ Demirbaş, s. 295; Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni üst başlığı altında inceleyen görüş için bkz. Toroslu/ Toroslu, s. 161.

²⁶ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 309-310; İçel, s. 331, 332; Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tıpkı Basım 13. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2021, s. 215; Zafer, Genel Hükümler, s. 393.

²⁷ Hukuka uygun emrin ifasının TCK m. 24/1 kapsamında "görevin yerine getirilmesi" hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu hakkında bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 487; Aynı görüşte bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 342; Berrin Akbulut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 663-664.

hukuka aykırı ise görevin ifası kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamakta, ayrı bir kurum olarak TCK m. 24/2, 3 ve 4'te düzenlenmektedir²⁸. TCK m. 24 kapsamında yer alan kurumların açıklanmasında benimsenen tasnif yöntemleri doğrultusunda yetkili merciin emrini ifanın hukuki niteliğine ilişkin görüşler de değişmektedir. Hukuki niteliğe ilişkin görüşler çerçevesinde konu ayrıntılı olarak ikinci bölümde ayrıca ele alınmıştır.

B. Tarihsel Gelişimi

1. Roma Hukuku

Roma hukukunda bir kişi veya topluluk üzerinde üstünlük hakkına sahip kişilerin emir verme yetkisinin de bulunduğu kabul edilmekteydi. Emri alan kişiler emir hukuka uygun olmasa da itaatle yükümlü sayılmaktaydı ve bu nedenle emrin ifasıyla oluşan zararlardan sorumlu tutulmamaktaydı²⁹. Roma hukukunda hukuka uygun olmayan emirlerin ifasının yol açtığı zarardan emri ifa edenin sorumlu olmayacağına ilişkin bu kuralın istisnalarının bulunup bulunmadığı ve emrin ifasının kamu hukukuna dayalı ilişkilerle sınırlandırılmasının modern hukukun bir getirisi olup olmadığı tartışılmıştır³⁰. Bu kapsamda ilk olarak hukuka aykırı emirlerin ifasına ilişkin kuralın Roma hukukunda da yalnızca kamusal hiyerarşik ilişkiye özgülenip özgülenmediği konusundaki yaklaşımlara değinmek yerinde olacaktır. Roma hukukunun ilk dönemlerinde henüz tarıma dayalı olan Roma toplumunda aynı toprağa emek eden kişilerin bir arada bulunma zorunluluğu, ailenin bütün üyelerinin aile babasının (*pater familias*) egemenliği altında yaşaması sonucunu doğurmuştur³¹. Aile içerisindeki her üye ve mal üzerinde aile babasının mutlak bir egemenliği (*patria potestas*) bulunmaktadır³². Aile babasının egemenliği, ona emir verme yetkisini getirirken; aile üyeleri olan eş, çocuklar ve kölelere de itaat ödevini

²⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 341.

²⁹ Giuseppe Bettiol, *L'Ordine Dell'Autorità Nel Diritto Penale*, Milano: Società Editrice "Vita e Pensiero", 1934, s. 9; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 19-20.

³⁰ Bettiol, s. 9-10; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 19.

³¹ Özlem Söğütlü Erişgin, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 29.

³² Bülent Tahiroğlu/ Belgin Erdoğmuş, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları, 2011, s. 50; Erişgin, s. 30; Roma devleti aile babasına egemenliğine tabi kişiler üzerinde sınırlı bir yargı yetkisi tanımış, hatta antik dönemde bu yetki öldürme hakkına varacak denli geniş kullanılmıştı. Giuseppino Ferruccio Falchi, *Diritto Penale Romano*, Vol. I, Padova, 1937, s. 165.

yüklemektedir³³. Dolayısıyla emir ve itaat ilişkisinin Roma hukukunun ilk dönemlerinde aile üyeleri arasındaki özel hukuka dayanan bir hiyerarşinin sonucu olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir³⁴. Bununla birlikte öğretilde Roma hukukunun ilk dönemlerindeki aile kurumunun sosyal yapı içerisindeki yerine bakıldığında aile üyeleri arasındaki ilişkilerin ve aile babasının yetkilerinin siyasal ve dolayısıyla da kamusal bir nitelik taşıdığı da savunulmuştur. Bu doğrultuda Roma hukukundaki ilk örneklerinde dahi hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının sadece kamusal nitelik taşıyan hiyerarşik ilişkilere özgü olduğu sonucuna ulaşılmıştır³⁵. Bu görüşe karşı yönde, devletin özel hukuk ilişkisine dayalı bir birim olan aileye egemenlik yetkilerini devretmesinin mümkün olmayacağı, aile ilişkisinden doğan emir yetkisinin özel hukuka dayalı olduğu ifade edilmiştir³⁶.

Roma hukukunda emrin ifasına ilişkin kurallar ve sınırları ilk önce aile babasının aile üyelerine verdiği emirler bakımından ortaya çıkmış, aile üyelerinin emre itaat yükümlülüğünün sınırı ve emri ifa etmek suretiyle işlenen suçlardan kimin sorumlu olacağı konularındaki kurallar Roma hukukunun tarihsel dönemleri boyunca zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. Roma hukuku kaynaklarında ilk dönemlerde aile babasının verdiği emri ifa eden aile üyelerinin itaat yükümlülüklerinin sınırına ilişkin açık düzenlemelere rastlanmamaktadır³⁷. Ancak Roma hukukunun bilinen ilk yazılı hukuk düzenlemesi olan Oniki Levha Kanunu'ndaki³⁸ "*actio noxalis*"³⁹ (noxal dava) ile ilgili bir hüküm kölelerin yol açtığı

³³ Günal, Yetkili Mercii'nin Emrini İfa, s. 20.

³⁴ Pierre A. Papadatos, **Le Problème de l'Ordre Reçu en Droit Pénal**, Genève: Librairie Droz, 1964, s. 17; Köle ile efendisi arasındaki emir ilişkisinin özel hukuk otoritesinin emrini ifa örneği olduğu ve bunun bugünkü sistem ile Roma hukuku sistemi arasındaki temel farklardan biri olduğu ifade edilmiştir. Bugün özel hukuk ilişkisine dayanılarak verilen emrin ifası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Cosimo Cascione, "Legittimità dell'ordine e causa di giustificazione (art. 51 Cod. pen.): echi moderni da un processo antico", s. 3, http://www.iurisprudenzia.it/public/sentenze/635809781148125000_art.%2051%20c.p.%20e%20diritt%20o%20romano.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

³⁵ Günal, ailenin kamusal niteliği bulunduğunu belirterek, emrin ifası kurumunun kamu hukukuna dayalı hiyerarşiden kaynaklanan emirlerle sınırlanmasının Roma hukukundan kaynağını aldığını ifade etmektedir. Bkz. Günal, Yetkili Mercii'nin Emrini İfa, s. 19.

³⁶ Bettiol, s. 10.

³⁷ Papadatos, s. 17.

³⁸ M.Ö. 5. yy.'da oluşturulan Oniki Levha Kanunu Roma hukukunun bilinen ilk yazılı kanunudur. Metnin kendisi günümüze ulaşmasa da Romalı tarihçilerin yazılarından kanunun içeriğine ilişkin bilgi edinmek mümkün olmuştur. Oniki Levha Kanunu'nda kamu hukukuna ilişkin düzenleme az sayıda olsa da bazı suç tiplerine ve cezalandırmaya ilişkin temel ilkelere yer verilmiş olması açısından önemlidir. Hırsızlık suçu, kasten ve ihmal sonucu yakma eylemi, rüşvet, öldürme suçu, kısas ilkesi, diyet ödenmesi gibi kurumlara ilişkin ilk düzenlemelere bu kanunda yer verilmiştir. Tahiroğlu/Erdoğan, s. 44-49.

zararlar bakımından sorumluluğu düzenlediği için emir ve sorumluluk ilişkisi hakkında bilgi vermektedir. Oniki Levha Kanunu'ndaki noxal davayla ilgili hükme göre, efendisinin bilgisiyle veya emriyle hareket eden kölenin yol açtığı zararlar nedeniyle köle adına noxal dava açılması mümkündür. Bu dönemde önce kölenin sorumlu olması gerektiği kabul edilmiş, emri veren efendisinin sorumluluğuna değinilmemiştir⁴⁰. Bu kural daha sonra *Lex Aquilia* ile değişmiştir ve kölenin efendisinin emriyle, bilgisi dahilinde veya efendisinin engelleyebileceği hallerde zarar veren bir eylemi gerçekleştirmesi halinde efendisinin doğrudan sorumlu olacağı, emri veren efendinin fail sayılacağı kuralı getirilmiştir⁴¹. Bu dönemde efendinin köleye emir vererek haksız fiil işletmesi halinde efendinin sorumlu olması, kölenin ise sorumluluktan kurtulması ilke haline gelmişse de, bazı suçlar söz konusu olduğunda ilkenin uygulanmayacağı kabul edilmiştir⁴². Hırsızlık ve öldürme bu suçlar arasında gösterilmiş, bu suçlar bakımından efendinin emrine itaat yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmiştir.⁴³ İlerleyen yıllarda imparator Iustinianus önderliğinde oluşturulan *Digesta*'da Roma hukukunda var olan kurallar derlenerek bir araya getirilmiştir⁴⁴. *Digesta*'da yer verilen çeşitli hükümlerde emri yerine getiren kişilerin sorumluluğuna ilişkin doğrudan veya dolaylı olarak bilgi edinmek mümkün olmuştur. *Digesta*'da zararlara ve haksız fiile ilişkin iki ayrı bölümde emrin ifasından doğan zararlardan emri verenin sorumlu olacağı belirtilmiştir⁴⁵. Anılan hükümlerin yanı sıra “*efendisinin veya babasının emrine itaat eden kişi tam irade/rıza göstermiş sayılmaz*” (D. 50, 17, 4) biçiminde genel bir ifadeye yer verilmiştir⁴⁶. Bu

³⁹ *Actio noxalis* (noxa dava) kölenin eylemi sonucunda başkasına zarar vermesi halinde efendisine karşı açılan dava olup, efendisine eylemi kendisi gerçekleştirmiş gibi cezayı ödemek veya köleyi zarar gören tarafa vermek gibi çözüm yolları sunar. Tahiroğlu/ Erdoğmuş, s. 142.

⁴⁰ Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Furtum**, İstanbul: İÜHF Yayınları, No: 458, 1975, s. 151.

⁴¹ Bettiol, s. 12.

⁴² *Falchi* emre itaat ederek gerçekleştirilen zarardan efendinin sorumlu olması kuralının yalnızca haksız fiiller için geçerli olduğunu, suç teşkil eden bir eyleme ilişkin emre itaatin kölenin sorumluluğunu kaldırmadığını belirtmektedir (D. 47, 10, 17, 7). *Falchi*, s. 166.

⁴³ Tahiroğlu, s. 151, dn. 66; *Digesta*'da (D. 44, 7, 20) kölenin efendisinin emrine itaat etmesinin her zaman sorumluluktan kurtarmayacağı belirtilerek, efendisinin öldürmeyi veya hırsızlığı emretmesi halleri örnek verilmiştir. *Falchi*, s. 167-168; *Digesta* İngilizce metin için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D44_Scott.htm#VII

⁴⁴ *Digesta* Klasik dönem hukukçularının eserlerinden alınan parçalardaki somut olaylara ilişkin hükümler ve uygulama örneklerinden oluşmaktadır. Haluk Emiroğlu, “Roma Hukukunun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, ss. 85-96, s. 90. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629046>

⁴⁵ D. 50, 17, 169 ve D. 9, 2, 37 için bkz. Papadatos, s. 17.

⁴⁶ D. 50, 17, 4. *Digesta*'nın İngilizce çevirisi için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D50_Scott.htm#XVII ; Papadatos, s. 18, dn. 5; *Falchi*, s. 166; Tahiroğlu, s. 151, dn. 64.

hükümlerden yola çıkılarak emre itaat etmiş olmanın her koşulda ceza sorumluluğunu kaldırdığı, aile babasının emrine itaat yükümlülüğünün mutlak ve koşulsuz olduğu sonucuna ulaşılabirse de, Digesta bütün olarak değerlendirildiğinde itaat yükümlülüğü kuralının çeşitli istisnalarının bulunduğu görülmektedir⁴⁷. İstisnai hallerden en genelleyici olanı kölelerin efendilerinden aldıkları “vahşet içeren suçlara” (*quae habet fecinoris vel sceleris atrocitatem*) yönelik emirlerden sorumlu olacağını ifade eden hükümdür⁴⁸. Köle vahşet içeren suçlara yönelik olmayan emirlere itaat yükümlülüğü altındadır, dolayısıyla bunlardan sorumlu olmaz⁴⁹. Ancak Roma hukuku kaynakları hangi eylemlerin vahşet içeren suçlar kapsamına girdiğini gösteren açık bir ölçüt sunmamaktadır⁵⁰. Böylece Roma hukukunda emre itaat yükümlülüğünün sınırı köleler için vahşet içeren ağır suçlara yönelik emirler olarak belirlenmiş, vahşet içeren ağır suçların yanı sıra belirli bazı suç tipleri bakımından efendinin emir verme yetkisini ve dolayısıyla kölenin itaat yükümlülüğünü sınırlayan özel hükümler bu dönemde de geçerliliğini devam ettirmiş, kölenin efendisinden aldığı öldürme veya hırsızlık emrini yerine getirmesi halinde cezasız kalmayacağı Digesta’da ayrıca düzenlenmiştir⁵¹. Efendinin ağır suçların işlenmesine yol açan bu eylemleri emretmesi halinde emri ifa eden köle şahsen sorumlu olmakta, ancak cezada indirim yapılmaktadır⁵².

Roma hukuku kaynaklarında aile babasına veya efendiye itaat yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler köleler bakımından ayrı hükümlerde ele alınmışken, çocukların aile babasının emirlerine hangi ölçüde itaat etmek zorunda olduklarını gösteren açık düzenlemelere yer verilmemiştir. Öğretide çocukların aile babasından aldıkları emre itaat yükümlülükleri bakımından da kölelere ilişkin genel kuralın geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda çocuklar da aile babasından aldıkları emirlere

⁴⁷ Papadatos, s. 17.

⁴⁸ Papadatos, s. 18.

⁴⁹ Bettiol, s. 14; Falchi, s. 165.

⁵⁰ Bettiol, s. 14.

⁵¹ D. 44, 7, 20. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D50_Scott.htm#XVII; Papadatos, s. 18, dn. 10; Falchi, s. 167-168.

⁵² Papadatos, s. 18; Bu doğrultuda, Roma hukukunda aile babasının aile üyeleri üzerindeki hiyerarşik gücünün sınırlanmasını amaçlayan kuralların benimsenmiş olmasının katı bir hiyerarşiye dayalı ataerkil Romalı toplumu için dikkat çekici olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten Roma hukukunda efendisine ait birer eşya statüsünde sayılan kölelerin itaat yükümlülüklerinin koşulsuz ve sınırsız olduğunun kabul edilmesi beklenirken, emrin ifası kapsamında ağır suçları işlemeleri halinde doğrudan sorumlu tutularak kölelere itaat etmeme yükümlülüğü yüklenmiş, diğer bir deyişle kendi iradeleriyle hareket eden bir süje oldukları kabul edilmiştir. Papadatos, s. 19.

vahşet içeren suçlara yönelik olmadığı sürece itaat yükümlülüğü altında kabul edilirler⁵³.

Roma hukukunda aile babası ve efendinin emir verme yetkisi dışında emrin ifasıyla ilgili kuralların yer aldığı diğer alan kamu hukukuna dayalı hiyerarşik ilişkinin bulunduğu hallerdir. Bunların kapsamına devlet organları ile vatandaşlar arasındaki ilişkiler ile birlikte askeri birimler arasındaki ilişkiler, askeri hiyerarşi de girmektedir. Kamu otoritelerinden alınan bir emrin ifa edilmesine ilişkin olarak Roma hukuku kaynaklarında emri ifa eden kişinin sorumluluğunu düzenleyen çeşitli kurallara yer verilmiştir. Digesta’da yer alan, praetorun emrine uyan kişinin kayıtlarda usulsüzlükten sorumlu tutulamayacağı (D. 2, 1, 7, 4), hakim emrine uyarak hareket eden kişinin itaate mecbur olduğu için hileden sorumlu olmayacağı (D. 50, 17, 167) veya hakim kararına uyarak mezarlığı yıkan kişinin mezarlıklara zarar vermekten sorumlu olmayacağı (D. 39, 3, 4) hükümleri bunlara örnektir⁵⁴. Bu hükümlerin yanı sıra Roma hukukunda “*yargıcın kendi yetkisine ait olmayan hususlarda yapmış olduğu şey muteber değildir*” (D. 50, 17, 170) kuralına yer verilmiştir⁵⁵. Bu kural kamu otoritelerinin emirlerine itaat yükümlülüğünün emir verme yetkisinin varlığına bağlandığını göstermesi açısından önemlidir. Yetkisi bulunmayan veya yetkisinin sınırı dışında kalan bir konuda emir veren mercilere itaat yükümlülüğü bulunmadığı için verilen emrin ifasının da sorumluluğa etkisi bulunmayacaktır⁵⁶. Ancak emir merciin yetkisi dahilinde verilmiş ise emre itaat yükümlülüğünün emir hukuka aykırı olsa bile geçerli olduğu ifade edilmiştir⁵⁷. Bununla birlikte M.S. 100 yılından sonra görülen yolsuzlukla ilgili bir davada farklı bir sonuca ulaşılmış, emir hukuka aykırı olduğu takdirde itaat yükümlülüğü bulunmadığı belirtilmiştir⁵⁸.

⁵³ Papadatos, s. 18; Bettiol, s. 14; Hırsızlık (*furtum*) suçu bakımından da çocukların aile babasının emriyle hırsızlık suçu işlemesi halinde kölelerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin çocuklar hakkında da *mutatis mutandis* uygulanmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Tahiroğlu, s. 153.

⁵⁴ Falchi, s. 164. Digesta İngilizce çevirisi için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D50_Scott.htm#XVII (Erişim Tarihi: 04.10.2019)

⁵⁵ Bettiol, s. 15; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 23, dn. 70.

⁵⁶ Falchi, s. 163. Bettiol, Digesta’dan alıntılanan ilgili hükümlerin birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacağını belirtir. Hükümler bir arada değerlendirildiğinde kamu otoritelerinin emrine itaatin sorumluluğu kaldırdığına ilişkin hükümlerin yalnızca emir vermeye yetkili kamu otoriteleri bakımından söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Bettiol, s. 15.

⁵⁷ Cascione, s. 3.

⁵⁸ Bu dava Roma devletinin İber yarımadasındaki bölgenin o dönemki yöneticisi (prokonsül) olan Cecilio Classico’nun görevi sırasında yolsuzluk eylemlerinde bulunduğu için yargılanmasına ilişkindir. Yargılama sırasında Classico’nun emrinde çalışan iki alt yöneticinin (*ministero*) de ayrıca

Digesta’da askeri ceza hukuku kuralları ayrı kitapta düzenlenmiş olup, askerlerin aldıkları emirlere itaat yükümlülüklerinin olduğu (D. 49, 16, 1, 3, 15) ve emirlerin yerindeliliğini sorgulayamayacakları (D. 49, 16, 1, 6, 2) kurala bağlanmıştır⁵⁹. Ancak emirlere sorgulamaksızın itaat etme yükümlülüğünün sınırlarını gösteren ve suç oluşturan bir emre itaat edenin sorumluluk durumunu düzenleyen bir hükme askeri hizmete ilişkin bölümde rastlanmamaktadır⁶⁰. Öğretide askerler bakımından da köleler ve çocuklar için öngörülen yukarıda anılan genel hükmün geçerli olup olmadığı, diğer bir deyişle itaat yükümlülüğünün askerler için bir sınırı olup olmadığı tartışmalıdır⁶¹. Bu konu savaş zamanı ve barış zamanı kuralları arasında bir ayrım yapılarak açıklanmaktadır. Savaş zamanında emre itaat yükümlülüğünün hiçbir sınırının bulunmadığı kabul edilirken, barış zamanında, köleler ve çocuklar için geçerli olduğu gibi, askerlerin de vahşet içeren suçlara yönelik emirler dışında kalanlarla sınırlı bir itaat yükümlülüğünün olduğu belirtilmektedir⁶².

2. Cermen Hukuku

Cermen hukukunda emrin ifası sonucunda işlenen suçlar bakımından sorumluluk köle ile efendisi ve halk ile kral arasındaki ilişkilerde kendini göstermektedir. Efendisinin veya kralın emriyle hareket ederek suç işleyen kişi işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu tutulmamaktadır⁶³.

sorumlu olup olmayacakları tartışılmıştır. Sözü edilen iki alt yönetici, Classico’dan aldıkları emri ifa etmiş oldukları için itaat yükümlülüklerinden dolayı sorumlu tutulamayacaklarını savunma olarak ileri sürmüşlerse de davada yer alan dönemin önemli savunmanlarından Plinius ikisinin de doğrudan sorumlu olduklarını, emir hukuka aykırı olduğu takdirde emre itaat yükümlülüklerinin bulunmadığını ifade etmiş, dava sonucunda iki alt yöneticinin de sorumlu olduğuna hükmedilmiştir. Cascione, s. 4.

⁵⁹ Papadatos, s. 22; “Savaşta komutanının men ettiği şeyi yapan veya emirleri yerine getirmeyenlere, işleri başarılı şekilde yapmış olsalar bile ölüm cezası verilir” (D. 49, 16, 3, 15), “komutanlara veya askerlerin başında bulunana karşı yapılan her direnme cezalandırılmalıdır.” (D. 49, 16, 6, 2) Bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 24, dn. 73, 74; Ben Vermeulen, “Grotius on Conscience and Military Orders”, *Grotiana*, 6, ss. 3-20, s. 3, dn. 3, 4.

⁶⁰ Vermeulen, s. 4.

⁶¹ Papadatos, s. 22; Bu doğrultuda bir görüş tarafından askerler bakımından emre itaat yükümlülüğünün mutlak ve sınırsız olduğu ifade edilmiştir. Vermeulen, s. 4; Tartışılan farklı görüşler için bkz. Bettiol, s. 16.

⁶² Bettiol, s. 17; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 24.

⁶³ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 25.

Cermen hukukunda da Roma hukukundaki “*patria potestas*”a benzer şekilde aile reisinin aile üyeleri (eş, çocuklar, köleler, hizmetliler) üzerinde egemenliği bulunmaktadır⁶⁴. Bu egemenlik köleler bakımından efendinin her türlü emrine, ifası ağır zarara yol açacak nitelikte olsa bile, mutlak suretle itaat yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir. Kölelerin itaat yükümlülüğüne Roma hukukundaki “vahşet içeren suçlara” yönelik emirler benzeri bir sınır getirilmemiştir⁶⁵. Kölenin itaat yükümlülüğü mutlaktır. Efendisinin emrini ifa eden köle efendisinin bir aracı gibi görülmekte, meydana gelen suçtan yalnızca köleyi emri doğrultusunda kullanan efendisi sorumlu tutulmaktadır⁶⁶. Kölenin eyleminden dolayı efendinin sorumlu olması konusunda Cermen hukukunda efendinin köleye eylemi emretmesi, köleyle işbirliği yapması ve kölenin eyleminden haberinin olmaması ihtimalleri ayrı değerlendirilmiştir. Efendinin köleyle işbirliği yapması veya suç oluşturan bir eylemi emretmesi halinde efendi her halde sorumlu olmaktadır, köle yalnızca efendiyle işbirliği yapması halinde sorumlu olmakta, verilen emri ifa etmesi halinde ise sorumluluktan kurtulmaktadır. Kölesinin eyleminden haberi olmaması ihtimalinde efendi sorumlu tutulmamaktadır⁶⁷.

Cermen hukukunda kamusal hiyerarşiye dayalı emir ilişkisi, kralın verdiği emirlere halkın itaat yükümlülüğünde kendini göstermektedir. Halkın kralın emrine mutlak surette itaat yükümlülüğü bulunmakta, emre itaat etmeyen kişiler cezalandırılmaktadır. Kralın ya da onu temsil eden görevlilerin emirlerine itaat zorunluluğunun nedeni emirlerin hızla ifasının gerekmesi değil, bu kişilerin emrinin hukuk kuralı hükmünde olmasıdır. Bununla birlikte zaman içerisinde kralın emrine itaat yükümlülüğünün sınırsız olmadığı kabul edilmiştir. Cermen hukukunun bazı düzenlemeleriyle itaat yükümlülüğüne sınır getirilmiş, kanunlara ve kamusal yarara uygun olmayan, diğer bir deyişle hukuka aykırı olan, emirlere itaat yükümlülüğünün bulunmadığı düşüncesi yerleşmiştir. Halkın krala itaat yükümlülüğüne getirilen bu

⁶⁴ Bettiol, s. 17.

⁶⁵ Bettiol, s. 18.

⁶⁶ Emir ilişkisi dışında kölelerin ceza ehliyeti bulunmakta, kendi iradeleri ile işledikleri suçlardan sorumlu olmaktadır. Bettiol, s. 18-19; Günal, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 25.

⁶⁷ Bettiol, s. 20.

sınırlamanın o dönemde etkin olmaya başlayan Hristiyan öğretisinin bir ürünü olduğu ifade edilmektedir⁶⁸.

3. Kanonik Hukuk

Kilise, Tanrı'nın iradesi dışında devlet otoritesi bulunamayacağı için Tanrı'nın izin verdiği otoriteye itaatin bir ödev olduğunu vurgulamış, bununla birlikte devlet otoritesine itaat ödevinin Tanrı'ya ve ilahi emirlere itaatle sınırlı olduğunu kabul etmiştir⁶⁹. Bu doğrultuda kanonik hukukta ilahi emirlere aykırı olan emirlere itaat etmeme, amir konumundaki bir kişiden alınan emre yalnızca hukuka uygun olduğu sürece itaat etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁰. Gerek askerler gerekse siviller ahlak ilkelerine veya dini hukuk kurallarına aykırı olan bir emri yerine getirmeyi reddetmek zorundadır⁷¹.

Kanonik hukukta askerlerle ilgili temel ilkelerin Saint Augustine'in eserlerinden ve görüşlerinden alınarak benimsendiği, bu doğrultuda meşru bir otoritenin emriyle bir kimseyi öldüren askerin sorumlu olamayacağı aksine emre itaati reddetmesi halinde emre itaatsizliği nedeniyle cezalandırılabilmesinin kural olarak kabul edildiği ifade edilmektedir⁷². Kanonik hukuka göre bir kimsenin öldürülebilmesine izin veren bir hal söz konusu olduğunda öldürme emri hukuka uygundur. Çünkü hukuk öldürmeyi yasakladığı gibi hangi hallerde öldürmenin mümkün olabileceğini de göstermektedir⁷³. Emrin hukuka uygunluğunun, Tanrı'nın kurallarına uygun olup olmadığının belirsiz olduğu hallerde dahi emri alan kişinin emri yerine getirmesi halinde sorumlu tutulamayacağı, bu durumda kralın emrine itaat yükümlülüğünün hukuka aykırı bir emre itaatten dolayı sorumlu tutulmayı engelleyeceği kabul edilmiştir. Verilen emir Tanrı'nın buyruklarına açıkça aykırı olduğunda emre itaat yükümlülüğünün bulunmadığı, diğer ihtimallerde ise emre

⁶⁸ Kralın iradesini yansıtan emirlerin kralın iradesinden de üstün olan ilahi iradeye aykırı olmaması gerektiği düşüncesi kralın emirlerine itaatin sınırlandırılmasının yolunu açmıştır. Bettiol, s. 21; Günel, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 27.

⁶⁹ Vermeulen, s. 5, dn. 14.

⁷⁰ Vermeulen, s. 5.

⁷¹ Bettiol, s. 22.

⁷² Vermeulen, s. 5-6.

⁷³ Bettiol, s. 22.

itaatin emre itaat eden kişiyi sorumluluktan kurtaracağı kuralı benimsenmiştir⁷⁴. Bu konuda savaşa katılma emri alan askerler bakımından emri veren kralın veya liderin dinsiz olması halinde dahi, verdiği emrin haksız bir savaşa yönelik olduğu açıkça anlaşılmamaktaysa, emre itaat yükümlülüklerinin bulunduğu ifade edilmiştir⁷⁵.

4. Müsterek Hukuk Dönemi

Müsterek hukuk döneminde Roma hukuku kaynaklarını inceleyerek yorumlayan Glossatörlerin ve Postglossatörlerin çalışmalarında efendisinin emrini ifa ederek suç işleyen kölenin sorumlu olmayacağı, ancak bu sorumsuzluğun sınırının vahşet içeren ağır suçlara yönelik emirler olduğu belirtilmiştir. Bu ihtimalde köle işlediği ağır suçtan sorumlu olur, ancak verilen emri ifa etmiş olması nedeniyle cezasında indirim yapılır⁷⁶. Hangi eylemlerin ağır suç kapsamında olduğuna ilişkin olarak bu dönemdeki Glossatörlerin ve Postglossatörlerin yazılarında çeşitli tasnifler yapılmıştır. Bazıları kasten işlenen suçları ağır vahşet içeren suçlar olarak tanımlamış, bazıları belirli suç tiplerini ayrıca sayarak vahşet içeren suçlar arasında göstermiştir⁷⁷. Yine yapılan bir ayrıma göre emrin kanuna açıkça aykırı olması, açıkça kanuna uygun olması ve kanuna uygunluğunun şüpheli olması hallerinde itaat yükümlülüğünün farklı değerlendirildiği ifade edilmiştir. Buna göre ilk durumda emri alan astın emre itaat etmemesi gerektiği, ikinci durumda astın itaat etmesinin beklendiği ve emre itaat etmemesi halinde cezalandırılması gerektiği, son ihtimalde de itaat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁸.

Glossatörler ve Postglossatörler emri ifa eden kölenin veya çocukların işledikleri suçtan sorumlu tutulmamalarının temelini, bu kişilerin irade serbestliğinin bulunmaması ile açıklamışlardır. Emri manevi cebir ile karşılaştırarak ele almış, bu doğrultuda kusurluluğa etki eden bir durum olarak değerlendirmişlerdir⁷⁹.

⁷⁴ Vermeulen, s. 6.

⁷⁵ Bu yönde görüşler için bkz. Vermeulen, s. 7.

⁷⁶ Bettiol, s. 23.

⁷⁷ Bettiol, s. 24-25, dn. 4.

⁷⁸ Bettiol, s. 26; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 27.

⁷⁹ Bettiol, s. 24; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 27.

5. İslam Hukuku

Her ne kadar sistemleştirilmiş bir suç genel teorisi bulunmasa da⁸⁰ İslam hukukunda eylemin suç oluşturması için hukuka aykırı olması gerektiği, diğer bir deyişle hukuka uygunluk nedeninin var olmaması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹. Hukuka uygunluk nedenleri kapsamında İslam hukukunda görevin ifası ile ilgili olarak yerleşmiş kurallara rastlanmaktadır. Görevinin gereğini sınırı içerisinde gerçekleştiren görevlilerin eylemleri hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna örnek olarak 100 sopa dayak cezasını ifa etmekle görevlendirilen bir infaz görevlisinin 101 sopa vurması halinde sorumlu olacağına yönelik kural gösterilmektedir⁸².

Kur'an'da otoriteye ve emre itaat yükümlülüğüne ilişkin genel ilkeler *“hukuk emre itaati ister, emrin isabetine kanaat izhar edilmesi ile alakalı olmaz”*, *“Allah'ın ve peygamberlerin emirlerin müminlerin münakaşa etmeden itaat etmeleri mecburidir”* şeklinde çeşitli kurallarda ifade edilmiştir⁸³. Hukuk kurallarına ve Allah'ın, peygamberin emirlerine yerindeliği sorgulanmaksızın itaat yükümlülüğüne işaret eden bu ilkeler Kur'an'da yer alan diğer kurallar ile birlikte değerlendirildiğinde itaat yükümlülüğünün sınırsız olmadığı anlaşılmaktadır. Kur'an'da yer alan *“Allah'a ve Resul'e ve emir sahiplerine itaat edin. Eğer bu emri menfaatinize aykırı bulursanız kitaba müracaat ediniz.”* ifadesi otoriteye itaatın sınırının karşılıklı menfaatlere göre belirlendiğini, kitaba, diğer bir deyişle hukuka aykırı bir emre itaat yükümlülüğünün bulunmadığını işaret etmektedir⁸⁴. Bu ayetler doğrultusunda İslam hukukunda yetkili otoritelerin hukuka uygun emir vermesinin, otoritenin vermiş olduğu bir emri hukuka ve adalete aykırı bulan kişilerin üst mercilere ve yargı mercilerine başvurabileceğinin, hukuka ve adalete uygun olmayan emre itaat yükümlülüğünün kalkacağına ilke olarak benimsenmiş olduğu sonuçlarına ulaşılmaktadır⁸⁵. Kur'an'da şeriata uygun olduğu sürece emre itaat

⁸⁰ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999, s. 120.

⁸¹ M. Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2019, s. 167.

⁸² Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya: Atlas Akademi, 2018, s. 221.

⁸³ Mustafa Reşit Belgesay, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 1015, 1963, s. 72, 73. <http://www.muhammedbalci.com/kitaplika/104.pdf>

⁸⁴ Belgesay, s. 73.

⁸⁵ Belgesay, s. 74.

yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiş, Allah yolundan uzaklaştıranların verdikleri emirlerin hukuka uygunluğunun özellikle araştırılarak itaat edilmesi buyrulmuştur⁸⁶.

6. Osmanlı Hukuku

Osmanlı hukuku, İslam hukukuna dayalı şer'i hukuk ile şer'i hukukun düzenlemediği alanları doldurmak üzere gelişen örfi hukuk kuralları gibi çeşitli kurallardan oluşan bir bütündür⁸⁷. Osmanlı hukuku Tanzimat Dönemi'ndeki kanunlaştırma faaliyetleri ile geniş çaplı bir değişim geçirmiş, ceza hukukuna ilişkin birçok düzenleme bu dönemde ihdas edilmiştir⁸⁸.

Osmanlı ceza hukukunda, bir eylemin suç oluşturması için onu hukuka uygun kılan bir nedenin bulunmaması gerektiği ve geniş anlamda görevin icrasının hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki İslam hukuku kuralı uygulanmıştır⁸⁹. Osmanlı dönemi kaynaklarında buna örnek olarak ceza infazıyla görevli olan kişilerin verdikleri zarardan sorumlu tutulamamaları gösterilmiştir. Ceza infaz görevlisinin görevinin sınırını aşması veya yetkili olmaması halinde ise görevin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Örneğin, mahkuma verilen cezadan fazla sayıda vurulması halinde cezayı infaz eden görevli sorumlu tutulur⁹⁰.

Osmanlı hukukunda uygulanan İslam hukuku kurallarının yanı sıra çıkarılan çeşitli kanunlarla da bazı ceza hukuku kuralları ihdas edilmiştir. Kanunlaşma faaliyetleri özellikle Tanzimat Dönemi'nde öne çıkmış ve bu dönemde çıkarılan ceza kanunlarıyla birlikte, o zamana kadar uygulanmakta olan İslam ceza hukuku kurallarının yanı sıra şer'i olmayan ceza hukuku kurallarına ve ilk defa suç genel

⁸⁶ Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 223.

⁸⁷ Örfi hukuk kuralları şer'i hukuka aykırı olmayacak şekilde hükümdar kanunnameleriyle oluşturulan düzenlemelerdir ve Osmanlı devletinin fethettiği ülkelerdeki kanun ve örf kurallarının da dahil edilmesi yoluyla gelişmiştir. Osmanlı hukuku şer'i hukukun yanında, şer'i hukuka aykırı olmayacak şekilde düzenlenen ve uygulanan örfi hukuk, cemaat hukuku, mahalli hukuk, ecnebi hukuk kurallarını bünyesinde barındırır. Bkz. Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk**, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2012, s. 101; Geçmiş dönemlerdeki uygulamalardan ileri gelen şer'i hukuk kuralları fıkıh kitaplarında, örfi hukuk kuralları ise padişahın emirleri, fermanları ve çıkarılan kanunnamelerde düzenlenmiştir. Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 66, 199; Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 88-89.

⁸⁸ Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 415-416, 424.

⁸⁹ Ekinci, s. 332; Müge Vatansever Öztürk, "Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri", **ERÜHFD**, Cilt: XIII, Sayı: 2, 2018, s. 374.

⁹⁰ Aynı şekilde idam cezası mahkumunu öldüren kişi bu işle görevli değilse tazir cezası verilir. Bkz. Ekinci, s. 332, 359.

teorisine ilişkin hükümlere yer verilmiştir⁹¹. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda m. 42/2’de kanun hükmünden veya kanuni merciden kaynaklanan ve görev gereği infazı zorunlu bir emri yerine getirerek gerçekleştirilen eylemin suç olmayacağı düzenlenmiştir⁹². Yine aynı kanunda emrin ifasının bazı suç tiplerine ilişkin özel hükümler arasında düzenlendiği görülmektedir. Memurların kanunun uygulanmasına aykırı davranışlara yönlendirmesi suçunda memurun cebir altında hareket etmesi halinde emri ifa edenlerin değil emri verenin sorumlu olacağını (m. 99)⁹³, kanuna aykırı olarak başkasının hanesine girilmesi suçunda amirinin emri ile hareket ettiğini ispat eden memurun sorumlu olmayacağını (m. 105)⁹⁴, adam öldürme ve yaralama suçlarında eylem amirin (amir-i mücbir) emri ile gerçekleşmişse emri veren amirin sorumlu olacağını (m. 184, m. 185) düzenleyen çeşitli hükümlere yer verilmiştir⁹⁵. Bu kapsamda örneğin, 1858 tarihli Kanun’un 105. maddesinde konuta girilmesinin amirin verdiği usulsüz bir arama emrine dayanması halinde emri veren amir hakkında ceza uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda amirin yetkisinde olmadığı halde vermiş olduğu bir emri ifa eden memurun da sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte zaptiye askerlerinin kamu güvenliğine zarar verecek iç ve dış güvenliği tehdit eden durumlarda verilen emirleri her koşulda yerine getirme yükümlülüklerinin bulunduğu, bu durumda aldığı emir doğrultusunda haneye usulsüz olarak giren kişinin eyleminden amirin sorumlu olacağı ifade edilmiştir⁹⁶.

1876 tarihli Kanun-i Esasi’nin 41. maddesinde memurların amirlerine itaat yükümlülüklerine yer verilmiş, bu itaat yükümlülüğünün sınırının kanun olduğu ve

⁹¹ Tanzimat Döneminde ceza hukuku alanını düzenleyen üç kanun çıkarılmıştır. Bunlar ilk ikisi 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları milli olup, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu Fransız menşelidir. 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunlarında o döneme kadar uygulanmakta olan İslam ceza hukuku kurallarından bazılarına yer verilmiş, özel suç tipleri düzenlenmiştir. Ekinci, s. 552, 553; Ceza hukukunda bir suç genel teorisi oluşturan ilk kanun 1858 tarihli Kanun olmuştur. Dönmezer/ Erman, Cilt: I, s. 125, 127.

⁹² Madde 42/2: “*Hükm-i kanuni veya merci-i kanunisinden sadır olup infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle ika edilen fiil cürüm addolunmaz.*” (Düstur, 1. Tertip, Cilt: 1, s. 536) Bkz. Vatansever Öztürk, s. 377, dn. 9.

⁹³ Ahmet Akgündüz, **Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 6, 1986, s. 850.

⁹⁴ Akgündüz, s. 851.

⁹⁵ Akgündüz, s. 863.

⁹⁶ Seda Örsten Esirgen, “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, ss. 2306-2329, s. 2318-2319.

emrin ifası sırasında emrin sınırı aşılmışsa emri ifa edenin sorumlu olacağı belirtilmiştir⁹⁷.

Mevcut hükümler çerçevesinde Osmanlı ceza hukukunda emrin ifasının emri ifa eden kişi üzerinde manevi cebir etkisinin yaratıldığı bir durum olarak ele alındığı, bu nedenle emrin ifası halinde suçun manevi unsurunun etkilendiği ifade edilmiştir⁹⁸. Osmanlı hukukunda da günümüze benzer şekilde emre itaat yükümlülüğünün mutlak olup olmadığı, hangi hallerde emri ifa eden kişinin sorumlu tutulacağı, emri alanın emrin hukuka aykırılığını denetleme yetkisinin olup olmadığı, emir verme yetkisinin varlığı konuları tartışılmıştır. Tartışmalar kapsamında Ceza Kanunname-i Hümayunu hükümlerinden yola çıkıldığında emir verme yetkisi olmayan bir amirin emrine itaat yükümlülüğünün bulunmadığı, emrin suç olduğunu bildiği halde ifa eden memurun suç işleme kastı bulunduğu için sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir⁹⁹.

7. Türk Hukuku

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonraki döneme ayrılan bu bölümde, yetkili merciin emrini ifaya ilişkin hukuki düzenlemelerin tarihsel gelişimi, ceza kanunlarının yürürlük dönemleri içerisinde geçerli olan temel mevzuat hükümlerinin kronolojik sırayla ele alınması yoluyla açıklanmış, bu yolla yetkili merciin emrini ifaya ilişkin hükümlerin karşılaştırılabilmesi ve geçirdiği değişimin ortaya konulması amaçlanmıştır.

a. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Türk hukukunda yetkili merciin emrini ifa etmenin sorumluluğa etkisine ilişkin olarak 1921 Anayasası'nda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bu dönemde 1876 tarihli Kanun-i Esasi'nin çelişmeyen hükümlerinin yürürlükte

⁹⁷ “Memurun amirine hürmet ve riayeti lazımeden ise de, itaati kanunun tayin ettiği daireye mahsustur. Hilafı kanun olan umurda amire itaat mesuliyetten kurtulmağa medar olmaz”. <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, (Erişim Tarihi: 10. 10. 2019) Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 29; Hükmün mefhumu muhalifinden hukuka aykırı emre itaat yükümlülüğünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 467.

⁹⁸ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 29.

⁹⁹ Değerlendirmeler için bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 30.

sayılması nedeniyle Kanun-i Esasi’de yer verilen emrin ifasına ilişkin hükmün geçerli olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰. Cumhuriyetin ilanından sonra oluşturulan 1924 Anayasası’nın 94. maddesinde konuyla ilgili düzenlemede yalnızca “*kanuna aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmanın memuru sorumdan kurtarmayacağı*” belirtilmiştir¹⁰¹. Memurların sorumluluğuna ilişkin genel kuralı içeren bu düzenlemeyi 1926 yılında çıkarılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki ceza sorumluluğuna ilişkin düzenleme takip etmiştir. 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe giren 765 sayılı TCK ile birlikte 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu yürürlükten kaldırılarak günümüz ceza hukukunun esasları ortaya konulmuştur¹⁰². 765 sayılı mülga TCK’de yetkili merciin emrini ifa kurumu “*Cezaya Ehliyet ve Bunu Kaldıran veya Hafifleten Sebepler*” başlıklı Dördüncü Bapta yer verilen 49. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeyle birlikte emrin ifası genel hükümler arasında gösterilerek, tüm suçlar bakımından uygulanabilen bir kural olarak hukukumuzda dahil edilmiştir¹⁰³.

765 sayılı TCK’nın 49. maddesinde emrin ifasının yanı sıra kanun hükmünü icra, meşru savunma ve zorunluluk haline de yer verilmiş, emrin ifasına ilişkin kurallar maddenin birinci ve son fıkralarında kaleme alınmıştır. Buna göre: “*1-Kanunun bir hükmünü veya salahiyyetkar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle, (...) işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.*”. Aynı yıl yürürlüğe giren 788 sayılı Memurin Kanunu’nun 40. maddesi “*Memur, emir ve talimatname ve nizamname ve kanun hükümlerine mugayir olarak her hangi bir makam veya âmirinden bir emir telâkki edince onun ahkâma mugayeretini kendi âmirine bildirir. Âmiri ısrar eder ise memur bütün mesuliyeti kendi âmirine ait ve münhasır olduğunu tahriren bildirerek o emri infaz eder. Bu misillû emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevattan bulunmaması lâzımdır. Aksi takdirde memur bu emri kati-t yen infaz etmez ve daha yüksek makama*

¹⁰⁰ Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 467-468.

¹⁰¹ Kanun No. 4695, Kanun Tarihi: 10.01.1945, RG. 15.01.1945, S. 5905. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm> (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

¹⁰² Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 31.

¹⁰³ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 2; Abdullah Pulat Gözübüyük, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt I**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1960, s. 182.

keyfiyeti bildirmeğe mecburdur”¹⁰⁴ biçiminde emrin ifasına ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Burada memurların aldıkları emrin hukuka aykırı olması halinde bu durumun amire bildirilmesi gerektiği ve hukuka aykırı emirde ısrar edilmesi üzerine emri alan merciin, sorumluluğun amire ait olduğuna ilişkin yazılı bildirimde bulunarak emri yerine getirmesinin mümkün olacağı düzenlenmiştir¹⁰⁵. Maddede ayrıca hukuka aykırı bir emrin ısrar üzerine ifa edilebileceğini düzenleyen hükmün emrin cürüm oluşturması halini kapsamadığı, cürüm oluşturan emirlerin hiçbir koşulda yerine getirilemeyeceği belirtilmiştir¹⁰⁶. Maddedeki ifadeden yola çıkılarak memurların aldıkları emrin hukuka aykırılığının, “*kanunen cürüm teşkil eden*” nitelikte olması ve olmaması gibi iki ihtimali barındırdığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda anılan düzenlemenin aynı dönemde yürürlüğe giren 765 sayılı TCK’daki hükümden farklı şekilde kaleme alındığı tespit edilebilmektedir. Öncelikle 765 sayılı TCK metninde hukuka aykırı emrin “*neticesinden hasıl olan cürmün*” varlığının, Memurin Kanunu’nda ise hukuka aykırı emrin “*kanunen cürüm teşkil eden mevatta*” olmasının esas alındığının altı çizilmelidir. Emrin hukuka aykırı olması halinde ifasının cürüm oluşturan bir neticeye yol açması ile emrin hukuka aykırılığının cürüm teşkil eden konuda olması gibi iki farklı ifade şekli tercih edilmiştir. Ayrıca metinler karşılaştırıldığında, Memurin Kanunu m. 40’ta yalnızca hukuka aykırılığın cürüm oluşturması halinde emrin ifa edilemeyeceği belirtilerek ifa edilmesi halinde sorumluluk durumuna ilişkin ayrıca bir düzenlemeye yer verilmemiş¹⁰⁷, 765 sayılı TCK m. 49’da ise kanuna aykırı bir emrin ifasının cürüm oluşturması halinde emri veren kişinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Böylece Memurin Kanunu hükmünden farklı olarak 765 sayılı TCK’de emrin ifasının suç oluşturması halinde sorumluluğun yalnızca emri veren mercie ait olacağı şeklinde anlaşılmaya müsait bir ifade

¹⁰⁴ Resmî Ceride ile neşir ve ilâm : 31/3/1926 - Sayı : 336, No.: 788, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400788.pdf (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

¹⁰⁵ Memurin Kanunu’ndaki düzenlemenin hiyerarşinin gereklerine uygun olduğu, kanunda suç olarak düzenlenen eylemlerin herkesçe malum olduğu ancak suçun söz konusu olmadığı hallerde kanuna aykırılığın amirin hukuk kurallarını yorumlamasına ve uygulamasına göre hareket edileceği ifade edilmiştir. Suç oluşturmayan hukuka aykırılıklarda memurun emrin hukuka aykırılığına ilişkin kanaatinde ısrar etmesine gerek bulunmayacaktır. Bkz. Sıddık Sami Onar, **İdare Hukuku**, Birinci Cilt, İstanbul: Arkadaş Matbaası, 1942, s. 380.

¹⁰⁶ Bu ifadeden yola çıkılarak emri alan merciin emre itaat yükümlülüğünün doğmasında yalnızca emrin kanunen cürüm teşkil edip etmediğinin dikkate alındığı belirtilmiştir. Bkz. Ahmet Erdoğan, “Kanunun Bir Hükmünü veya Yetkili Bir Merciin Emrini İcra Sırasında İşlenen Suçlar”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 4, Yıl: 42, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1951, ss. 538-557, s. 550.

¹⁰⁷ Madde doğrultusunda cürüm teşkil eden emri alan memurun itaat etmeyeceği, diğer hallerde ise üste bildirmesine rağmen ısrar edilirse sorumluluk üste ait olacak şekilde emri yerine getireceği hususunda bkz. Gözübüyük, s. 185.

kullanılmış, bu durumda emri ifa eden kişinin de sorumlu olacağı metinde açıkça belirtilmemiştir¹⁰⁸. Ayrıca, 765 sayılı TCK m. 60/2’de hukuka aykırı emrin ifasıyla işlenen kabahatler bakımından ayrı bir düzenlemeye yer verilmiş, bu düzenlemede yetkili merciin emriyle ve bu mercilerin riayet ettirmekle yükümlü oldukları kurallar ihlal edilerek kabahat işlenmiş ise emri veren merciin sorumlu olacağı, emri ifa eden kişinin de yetkili merciin emrine ya da ihtarına uymaksızın işlediği kabahatten sorumlu olacağı öngörülmüştür¹⁰⁹. Böylece TCK m. 49’daki cürümlere ilişkin kuralın kabahatler bakımından da geçerli olduğu, bu doğrultuda kabahatlerin emrin ifasıyla işlenmesi halinde emri veren merciin kural olarak sorumlu tutulacağı, ancak emri ifa eden kişinin yalnızca m. 60/2’de yer alan koşullar altında sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir¹¹⁰.

1930 yılında çıkarılan 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu¹¹¹ (AsCK) ile birlikte emrin ifası konusunda ayrı düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre askeri emirlerde Memurin Kanunu m. 40’ta yer alan emrin kanuna aykırılığını amire bildirerek ifa edilmesine ilişkin hükme yer verilmemiş, askerlerin emre itaat etmeleri kural olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle kanun koyucu amirin emrinin kanuna aykırı olması ve ifasının suç oluşturması halini askeri emirler bakımından ayrıca öngörerek bazı istisnai düzenlemeler ihdas etmiştir¹¹². Askeri ilişkilerdeki emrin ifasından doğan sorumluluğa ilişkin olarak Askeri Ceza Kanunu’nun (AsCK) “iştirak” başlıklı 41. maddesinde emrin bir suç teşkil etmesi halinde sorumluluğun emri verene ait olacağı düzenlenmiştir (AsCK m. 41/2). Emri ifa eden kişi de eğer emrin suç maksadını içeren bir eyleme ilişkin olduğunu biliyorsa veya emrin sınırlarını aşmış ise müşterek fail olarak sorumlu olacaktır (AsCK m. 41/3). Bu düzenlemeyle birlikte askeri hizmette “*emrin bir suç teşkil etmesi*” ihtimali dikkate alınmış, bu ihtimalde yalnızca emri veren merciin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ayrıca 765 sayılı TCK metninden

¹⁰⁸ Erdoğan, s. 39.

¹⁰⁹ 765 sayılı TCK m. 60/2: “Eğer kabahat fail üzerinde nüfuz ve idare ve nezareti olanların emriyle, bunların kanunen riayet ettirmeğe mecbur oldukları ahkam ihlal edilerek, yapılmış olursa ceza emri veren metbudan maada salahiyyetlar merciin bir emri mahsusunu veya bir ihtarını isga etmiyerek kabahati irtikap eden tabi hakkındada tatbik olunur.” <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765> (Erişim Tarihi: 17.12.2021)

¹¹⁰ Faruk Erem/ Ahmet Danışman/ Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 546.

¹¹¹ Kanun No. 1632, RG. 15.06.1930, S. 1520.

¹¹² Bu yönde AsCK m. 41, 86 ve 108 ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Erdoğan, s. 551-552.

farklı olarak, suç teşkil eden emrin ifasından emri ifa eden kişinin de sorumlu olacağı haller ayrıca belirtilmiştir.

1961 Anayasası'nda¹¹³ yetkili merciin emrinin ifasının kamusal hiyerarşik ilişkideki sorumluluk durumuna nasıl etki edeceği konusu “*Kanunsuz Emir*” başlıklı 125. maddede düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, bu hükümle birlikte 1924 Anayasası'nın 94. maddesinde yer alan kural ile Memurin Kanunu'nun 40. maddesi arasındaki ahenksizliği gideren ve kanunilik ilkesi ile “*hiyerarşi ve disiplin zaruretlerini telif eden hükümlerin*” sevk edildiği belirtilmiştir¹¹⁴. Bu amaçla getirilen düzenleme: “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*”

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”¹¹⁵ şeklindedir. Görüldüğü üzere 1961 Anayasası'nda emrin ifasına ilişkin hüküm idarenin hiyerarşik yapısındaki emir ilişkisini ve sorumluluğu düzenleyen Memurin Kanunu'nda yer verilen emrin kanuna aykırı olması ile kanuna aykırı emrin konusunun suç teşkil etmesini içeren ayrımı takip etmiştir. Ayrıca, acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunda yer verilen istisnai hallerin bulunduğu ve bu istisnai hallere ilişkin uygulamanın farklılık gösterebileceğine dikkat çeken son fıkraya yer verilmiştir. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'de emrin ifasını düzenleyen hükümde bir değişiklik yapılmamıştır. Öğretide 765 sayılı TCK m. 49'da yer alan hükmün kanuna aykırı emrin ifası sorununun eksik bir çözümü olduğu ifade edilmiş, bu nedenle Anayasa hükmü ile birlikte değerlendirilerek yorumlanmıştır¹¹⁶. 765 sayılı TCK m. 49/son'daki hükümden emrin suç oluşturması halinde emri yerine

¹¹³ Kanun No. 334, RG. 20.07.1961, S. 10859.

¹¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, Ankara, 2008, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

¹¹⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (Erişim Tarihi: 02.04.2020)

¹¹⁶ Bu yönde bkz. Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1985, s. 36-37.

getiren kişinin sorumlu olmayacağı sonucuna ulaşılmasının mümkün olduğu vurgulanmış, bu noktada AY m. 137'deki konusu suç teşkil eden emrin ifa edilemeyeceğine ilişkin hükmün TCK'deki emri ifa eden kişinin sorumsuzluğuna ilişkin tereddüdü ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir¹¹⁷.

1965 yılında yürürlüğe giren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)¹¹⁸ ile 788 sayılı Memurin Kanunu ilga edilmiş (DMK m. 237), Kanun'un "*emirlerin yürütülmesi, kanunsuz emir*" başlıklı 11. maddesinde emrin ifasından doğan sorumluluk ile ilgili yeni düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme yürürlüğe giren ilk metinde: "*Devlet memuru, âmirinin verdiği emirleri yerine getirmekle ödevlidir.*

Devlet memuru, âmirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı, o emri verene bildirir. Ancak âmir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emri yerine getiren sorumlu olmaz; sorumluluk emri verene aittir.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Devlet memuru, âmirinden aldığı emri, konusu suç olmadığı halde yanlış takdirle suç sayar ve emri yürütmezse âmir, gecikmesinin zarar getirebileceği hallerde, hizmetin diğer bir görevli tarafından yapılmasını sağlar veya gerekirse kendisi yapar.

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunda gösterilen istisnalar saklıdır."¹¹⁹ şeklindedir. Maddenin üçüncü fıkrasında emrin konusunun suç oluşmasıyla ilgili hata haline ayrıca sonuç bağlanmış olması dikkat çekicidir. Burada kanun koyucunun idari faaliyetin aksamamasındaki hukuki menfaati gözettiği, idari faaliyetin gecikmesinin ve meydana gelebilecek zararın önlenmesini amaçlayarak emrin suç oluşturduğu konusundaki hata halini ayrıca kurala bağladığı ifade edilebilir. DMK'nin 11. maddesi 1982 yılında 2670 sayılı Kanun'la değiştirilmiş, değiştirilen haliyle "*devlet memurlarının görev ve*

¹¹⁷ Bkz. Vural Savaş/ Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999, s. 881.

¹¹⁸ 657 sayılı Kanun, RG. 23.07.1965, S. 12056. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf> (Erişim Tarihi: 12.12.2020)

¹¹⁹ T.C. Resmi Gazete, 26.07.1965, S. 12056, s. 2. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12056.pdf> (Erişim Tarihi: 02.12.2021)

sorumlulukları” başlıklı 11. maddede emrin ifası ve konusu suç teşkil eden emirle ilgili olarak 1982 Anayasası hükmünün tekrarına yer verilmiştir¹²⁰.

Halen yürürlükte olan 1982 Anayasası’nın 137. maddesinde emrin ifasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiş olup, “*Kanunsuz emir*” başlığını taşıyan bu düzenleme metni ve gerekçesi 1961 Anayasası’ndan (m. 125) aynen alınmıştır¹²¹. Bu maddede kamu hizmetlerinde çalışan kişiler arasındaki hiyerarşiye dayanılarak verilen ancak hukuka aykırı olduğu düşünülen emrin ifasına ilişkin kural ve istisnasına yer verilmektedir. Maddeye göre, kamusal hiyerarşi ilişkisinde bir emri yerine getirme zorunluluğunun doğması için, kural olarak, emrin üst tarafından verilmesi ve maddede sayılan yazılı hukuk kaynaklarına uygun olması gerekir. Maddede emri veren makam “*yetkili merci*” veya o dönemde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nin ifadesiyle “*salahiyettar bir merci*” yerine “*üst*” olarak belirtilmiş, kamu makamları arasındaki hiyerarşiye atıf yapan bir kavram kullanılmıştır. Maddedeki “üst” kavramının esasen emir vermeye yetkili mercii ifade ettiği, yetkili olmayan bir merciin emrinin hüküm kapsamında yer almadığı kabul edilmektedir¹²². Madde başlığında “kanunsuz emir” olarak ifade edilen ancak metin içeriğinden anlaşıldığı üzere kanun dışındaki diğer hukuk kaynaklarına aykırılığı da içeren bir emre ilişkin düzenleme getiren madde metninde, emrin konusu bakımından bir ayrıma yer verilmiştir. İlk fıkrada konusu suç oluşturmamayan hukuka aykırı emirlerin ifası, ikinci fıkrada konusu suç oluşturan emirler düzenlenmiştir¹²³. AY m. 137 hükmüne ilişkin olarak, o dönemde yürürlükte olan 765 sayılı TCK’nin 49. maddesi ile arasında uyumun bulunmadığına dikkat çekilmiş, AY m. 137/2’de konusu suç oluşturan emri ifa eden kişilerin sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin hükme benzer şekilde 765 sayılı TCK m. 49’da da hukuka aykırı emri ifa ederek suç işleyen kişinin sorumlu olacağına ilişkin açık bir ifadeye yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir¹²⁴. Bu husus sonraki başlıkta değinileceği üzere 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’de dikkate alınmış, madde emri ifa edenin sorumluluğunu içerecek şekilde kaleme alınmıştır.

¹²⁰ 2670 Sayılı Kanun, R.G. 16.05.1982, S. 17695. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17696.pdf> (Erişim Tarihi: 02.12.2021)

¹²¹ İlker Hasan Duman, “Kanunsuz Emir”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 49-50, Ocak-Nisan 1987, ss. 45-50, s. 45.

¹²² Duman, s. 46.

¹²³ Duman, s. 47, 48.

¹²⁴ Bkz. Duman, s. 48.

b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

aa. Hükümet Tasarısı ve Kanun Metninin Oluşturulması

Türk Ceza Kanunu Hükümet Tasarısı'nda yetkili merciin emrini ifanın düzenlendiği 27. maddenin gerekçesinde maddenin AY m. 137'deki hükme dayandığı belirtilerek, yetkili merci tarafından verilen ve görev gereği yerine getirmek zorunda olduğu bir emri ifa eden memurun sorumlu tutulamayacağı ancak AY m. 137/2 uyarınca, emrin konusunun suç oluşturması halinde hem emri ifa eden memurun hem de emri verenin sorumlu olacağı açıklanmıştır. Bununla birlikte yine AY m. 137 kapsamında yer verilen ve emri alan kişinin emrin hukuka uygunluğunu denetlemesini engelleyen hükümler söz konusu olduğunda emrin ifasından sorumlu tutulamayacağının altı çizilmiş, 1632 sayılı AsCK ile 2559 sayılı PVSK'de bu tür hükümlerin bulunduğu belirtilmiştir. Tasarı'da emri alan kişinin emrin hukuka uygunluğunu yetki, konu ve şekil açısından denetleme yükümlülüğü bulunduğu hatırlatılarak emri denetlemesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri ifanın “*irade dışı bir davranış*” olacağı, bu durumda hukuka aykırı emri ifa eden kişinin sorumlu tutulmasının ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine aykırı olacağı ifade edilmiştir¹²⁵. Hükümet Tasarısı'nın 27. maddesi Kanun metnine alınırken değiştirilmiş, 27. maddede yer alan “*Yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan da sorumlu olmaz*” şeklindeki cümle, yetkili merciden verilen emrin hukuka aykırı olması halinde emri verenin de sorumlu tutulamayacağı şeklinde yanlış anlaşılmaya yol açabileceği gerekçesiyle yeniden düzenlenmiştir¹²⁶. Bu doğrultuda Tasarı metni TCK'deki hükme, cümlede yer alan “da” bağlacı kaldırılarak alınmıştır. Ayrıca Tasarı'nın 27. maddesinin üçüncü

¹²⁵ Hükümet Tasarısı metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>, s. 13-14. (Erişim Tarihi: 20.02.2021)

¹²⁶ “Hükümet Tasarısının “Kanunun hükmü ve amirin emri” başlıklı 27. maddesinin iki ve üçüncü fıkraları değiştirilmiştir. (...) Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir. Hükümet Tasarısındaki hükümde, bu durumda emri verenin de sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir ifadeye yer verilmişti. Yapılan değişiklikle bu yanlışlık düzeltilmiştir.” Madde Gerekçesi için bkz. Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt: 1, 2**. Bası, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015, s. 418, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/528.pdf> (Erişim Tarihi: 13.04.2021)

fıkrasında yer alan “*Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*”¹²⁷ ifadesi AY m. 137 ile uyumlu olacak şekilde yeniden düzenlenerek değiştirilmiştir.

Hükümet Tasarısındaki değişiklikler sonucunda oluşturulan nihai metnin 2005 yılında yürürlüğe giren haliyle 5237 sayılı TCK’de yetkili merciin emrinin ifası, Genel Hükümler başlıklı Birinci Kitabının, “*Ceza Sorumluluğunun Esasları*” başlıklı İkinci Kısımının “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 24. maddede düzenlenmiştir. Bu hususta, madde metninde 765 sayılı TCK’de yer almayan ancak öğreti ve uygulamada kabul edilen konusu suç teşkil eden emrin ifa edilemeyeceğine ilişkin kurala açıkça yer verilmiş olduğu ve AY m. 137/2 ile uyum sağlanmış olduğu ifade edilmiştir¹²⁸.

bb. Yürürlükte Olan Diğer İlgili Mevzuat Hükümleri

Yetkili merciin emrinin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK döneminde yürürlükte olan diğer mevzuat hükümlerinde de çeşitli düzenlemelere yer verilmektedir. Çalışmada TCK m. 24 hükmü çerçevesinde başvurulacak bağlantılı hükümlerin yer aldığı bu düzenlemelerden ilki emre ilişkin kuralların önemli bir yer tuttuğu askeri hukuk mevzuatı hükümleridir. Halen yürürlükte olan 1930 tarihli AsCK’nin emrin ifasına ilişkin hükümlerinin 5237 sayılı TCK’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulama alanı bulup bulmayacağı ve hangi hükümlerin yürürlükte olduğu tartışılmıştır. Öğretide genellikle AsCK ile TCK arasında genel olarak özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunduğu ifade edilmekte¹²⁹, ancak bununla birlikte AsCK’nin diğer özel kanunlardan farklı bir konumda ve

¹²⁷ Hükümet Tasarısı m. 27: “*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*

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

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

Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” Hükümet Tasarısı metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim Tarihi: 20.02.2021)

¹²⁸ Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, s. 39.

¹²⁹ Bkz. Fahrettin Demirağ, **Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 71, 72; Olgun Degirmenci, **Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 36; Zeynel Kangal, **Askeri Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s. 34.

içerikte olduğunun da altı çizilmektedir¹³⁰. Askeri hukukun düzenlediği askeri teşkilat içi ilişkilerin mahiyeti ve bu alandaki düzenlemelerin amacının TCK'nin düzenleme alanından ve amacından farklı, kendine özgü birtakım özellikleri bulunmaktadır. Bu nedenle TCK'ye göre özel kanun niteliği taşımakla birlikte, AsCK'de diğer özel ceza kanunlarında yer almayan şekilde, TCK'de öngörülmeyen bazı konularda genel hükümlere de yer verilmiştir. Bu düzenlemelere örnek olarak AsCK m. 51'de düzenlenen ve TCK'de yer verilmeyen, tüm askeri suçlar bakımından uygulanabilecek genel cezayı ağırlaştıran nedenlerin ihdas edilmesi gösterilebilir¹³¹.

Askeri Ceza Kanunu hükümlerinin yürürlüğüne ilişkin olarak, 2005 yılında 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra AsCK'de yer alan mülga 765 sayılı TCK'ye yapılan atıfların ve 5237 sayılı TCK hükümleriyle uyumlu olmayan hükümlerin geçerliliği sorunuyla karşılaşmıştır. 5237 sayılı TCK'nin 5. maddesinde TCK genel hükümlerinin tüm özel ceza kanunları ve ceza hükmü içeren diğer özel kanunlar bakımından geçerli olacağı düzenlenmiş, bu maddenin 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce gerekli düzenlemelerin yapılması öngörülmüştür (5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (Yürürlük Kanunu) Geçici Madde 1¹³²). Bu doğrultuda AsCK'ye 2005 yılında eklenen Ek 8. madde¹³³, yeni yürürlüğe giren TCK hükümleri ile ilişkisini düzenleyerek AsCK'de yer alan feri cezalara, cezaların ertelenmesine ve zamanaşımına ilişkin birtakım düzenlemeler hariç olmak üzere 5237 sayılı TCK

¹³⁰ Bkz. Demirağ, s. 71; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37.

¹³¹ Bu nedenle AsCK'nin özel bir ceza kanunundan ziyade ayrı bir kanun olduğu görüşü için bkz. Demirağ, s. 71-72.

¹³² 5252 sayılı Kanun, RG. 13.11.2004, S. 25642.

¹³³ 5329 sayılı Kanun m. 1: “EK MADDE 8. – 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır. Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz.

Kamu görevinin üstlenilmesinden yoksun bırakılma veya bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına dair güvenlik tedbirleri, Türk Silâhlı Kuvvetleri mensupları hakkında, öngörülen süre kadar açığa çıkarılma şeklinde uygulanır. Yedek subaylar ile erbaş ve erler hakkında bu tedbirin uygulanması, askerlik hizmetlerinin tamamlanmasından sonra yerine getirilir.

Yedek subaylar hariç olmak üzere subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ve Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel hakkında, askerî ve adliye mahkemelerince verilen kısa süreli hapis cezaları Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerinde yazılı olanlar dışındaki seçenek yaptırımlara çevrilemez.” <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/04/20050406-2.htm>

genel hükümlerinin AsCK bakımından da geçerli olduğunu açıkça belirtmiştir¹³⁴. Bu yolla Ek 8. maddede sayılan üç konu dışında, TCK m. 5 doğrultusunda TCK genel hükümlerine aykırı olan AsCK hükümleri ilga edilmiştir. Ancak anılan düzenlemelerin önemli bir kısmının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesiyle birlikte, maddede hariç tutulan konularda uygulanması engellenen veya sınırlandırılan ilgili TCK hükümlerinden bazılarının uygulanması mümkün hale gelmiştir¹³⁵. 14.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6722 sayılı Kanun'la¹³⁶ Ek madde 8 değiştirilmiş, maddede kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı sınırlandırılarak ayrıca belirlenmiştir¹³⁷. 2021 yılında 24.06.2021 tarihli 7329 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte AsCK'ye eklenen Ek Maddeler (Ek m. 11-20) ise TCK genel hükümlerinin uygulanması bakımından bir değişiklik getirmiş olmamakla birlikte muhakeme hukuku bakımından CMK ile farklılık içermektedir¹³⁸.

Mevzuattaki düzenlemeler ve değişiklikler çerçevesinde, öğretide AsCK ile TCK hükümlerinin uygulanmasına ilişkin birkaç noktaya dikkat çekilmiştir. Belirtildiği üzere AsCK'de TCK'de öngörülmemeyen ve yalnızca askeri ceza hukukuna özgü birtakım hususlarda genel hükümlere yer verilmektedir. Bu hükümlerin de TCK m. 5 uyarınca ilga edilmiş olduğunu kabul etmek bu konularda kanun boşluğu yaratacaktır¹³⁹. Bu doğrultuda öğretide, özel kanunda yer alan bir hükme genel kanunda açıkça yer verilmemiş ise hükümler arasında çelişki bulunamayacağının altı çizilerek, genel kanun olan TCK'de yer almayan bir hususun TCK hükümlerine aykırı olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir¹⁴⁰. Yine, AsCK hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınan diğer bir husus olarak 765 sayılı TCK'ye yapılan atıflara da değinmek gerekir. 765 sayılı TCK'ye yapılan atıfların 5237 sayılı TCK'de bunların karşılığını oluşturan hükümlere yapılmış sayılacağı Yürürlük Kanunu'nda

¹³⁴ 5329 sayılı Kanun ile AsCK'ye eklenen Ek Madde 8 ve Ek Madde 9 TCK genel hükümlerinin uygulanmasına ilişkin AsCK'nin benimsediği ilke ve istisnaları düzenlemektedir. Daha sonra 5739 sayılı Kanun ile eklenen Ek madde 10 ile bu düzenlemelerin geçerliliğini koruduğu teyit edilmiştir. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37; Ayrıca bkz. Demirağ, s. 76.

¹³⁵ Demirağ, s. 506.

¹³⁶ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/07/20160714-1.htm>

¹³⁷ Bkz. Demirağ, s. 508; Böylece Ek madde 8'in atıf maddesi olmaktan çıkarıldığı hususunda bkz. Demirağ, s. 81, dn. 19.

¹³⁸ Demirağ, s. 76.

¹³⁹ Bu hükümlerin ilga edilmiş sayılması özel hükümlerin uygulanmasını imkansız kılacaktır. Demirağ, s. 75; Ayrıca bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37.

¹⁴⁰ Bkz. Demirağ, s. 74.

açıkça belirtilmiştir. Böylece AsCK'de TCK'ye yapılan atıflar 5237 sayılı TCK'nin ilgili hükümlerine yapılmış sayılır¹⁴¹. Sonuç olarak, AsCK'nin TCK genel hükümlerine açıkça aykırı olmayan hükümlerinin halen yürürlükte olduğu kabul edilmektedir¹⁴².

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, AsCK'de ceza sorumluluğuna etki eden nedenlere ilişkin olarak özel bir düzenlemeye yer verilmeyerek TCK genel hükümlerine atıf yapıldığı için (AsCK m. 44) AsCK'de yer alan suçlar bakımından da TCK m. 24-34 arasında düzenlenen ceza sorumluluğunu azaltan veya kaldıran hallere ilişkin kurallar uygulanacaktır¹⁴³. Bununla birlikte AsCK'de emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin söz konusu olabileceği bir durum, önceki başlıkta da değinildiği üzere AsCK m. 41'de askeri suçlara iştirake ilişkin hükümde düzenlenmiştir. Bu noktada AsCK m. 41'in de ilga edilmiş olduğu ve iştirake ilgili konularda TCK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁴⁴. Ancak belirtmek gerekir ki burada iştirak konusunda TCK hükümlerine atıfta bulunulmuşsa da, maddede hizmete ilişkin emrin ifasındaki emri veren ve emri ifa edenin iştirak ilişkisi özel olarak düzenlenmiştir. AsCK m. 41/2 ve 41/3'te getirilen bu kurallara göre, hizmete ilişkin bir emrin ifasının suç oluşturması halinde o emri veren kişi her zaman bu suçtan sorumlu olacaktır. Emri ifa eden kişi ise yalnızca m. 41/3'te yer alan iki istisnai halde emri verenle birlikte fail olarak sorumlu olacak, bu haller haricinde sorumlu olmayacaktır. Bu fıkralarda yer verilen hükmün TCK hükümleri karşısında geçerliliğinin olup olmadığı ve içeriğinin ne olduğu konusunda farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Katıldığımız görüşe göre AsCK m. 41/2'de yer verilen hizmete ilişkin emrin ifasının suç oluşturması hali TCK m. 24/4'te düzenlenen istisnai hallerin bir örneği olup, halen geçerliliğini korumaktadır¹⁴⁵. Bu

¹⁴¹ Demirağ, s. 81.

¹⁴² Demirağ, s. 73; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37-38.

¹⁴³ Demirağ, s. 82, 143.

¹⁴⁴ Bu yönde bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 33; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37-38, 90; Demirel, Amirin Emri, s. 105.

¹⁴⁵ Bu hükümde TCK m. 24'te yer almayan özel bir hususun düzenlendiği ve TCK m. 5'i ilgilendiren bir durum olmadığı için asker kişiler bakımından yürürlükte olduğuna ilişkin bkz. Mahmut Gökpınar, **Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 29-30; AsCK m. 41/2 ve 3'ün TCK m. 24/4'ü tamamlayıcı nitelik taşıdığı yönünde bkz. Erdoğan, s. 211; AsCK m. 41 hükmünün TCK m. 24'e aykırı olmadığı, TCK'nin hata hükümleriyle de uyumlu olduğu görüşü için bkz. Hüseyin Aydın, "Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu", **YBHD**, Sayı: 2020/1, Yıl: 5, ss. 33-70. <https://dergipark.org.tr/tr/download/issue-full-file/52529> (Erişim Tarihi: 05.06.2021), s. 56-57; Maddenin TCK m. 24/4'ü tamamlayıcı nitelikte olduğu ve iştirake ilişkin bölüm dışında TCK ile çatışmadığı şeklinde yorumlanabileceği hakkında

konuda diğ er bir görü Ő e göre ise, zımnen ilga edilmi Ő olan AsCK m. 41 yürürlükte olmadığı için askeri emir ilişkisinde de TCK m. 24 hükmünün uygulanması gerekir¹⁴⁶. Bu konuda ayrıca, TCK m. 24/3'te konusu suç olu Ő turan emri ifa eden ki Ő inin emrin suç i Őlemek amacıyla verildiğini bilip bilmemesine sonuç bağlanmadığı için, emri ifa eden ki Ő inin suç i Őlemek amacıyla verildiğini bilmemesi halinde sorumlu olmayacağını düzenleyen AsCK m. 41/3-B bendiyle TCK'den ayrıldığına dikkat çekilmi Ő tir¹⁴⁷.

Askeri mevzuatta emrin ifasından doğ an sorumluluğ u düzenleyen hükümlerin yanı sıra emrin tanımına ve emrin verilme şekline ilişkin ayrıntılı düzenlemeler de bulunmakta, bu konuda AsCK'nin yanı sıra askeri hukuk mevzuatının diğ er kaynaklarından olan 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu (TSK İç Hizmet K.) da emrin ifası konusunda başvurulacak bir kaynak olarak kar Őımıza çıkmaktadır. TSK İç Hizmet K.'de hem hizmet kavramının hem de emir kavramının tanımlarına yer verilmi Ő tir. Kanun'un 14. maddesinde emir kavramının tanımına yer verilirken emrin verili Ő şekline ilişkin düzenlemelere de yer verilmi Ő tir. Bu kapsamda TSK İç Hizmet K.'de yetkili merciin emrinin ifasına bağ lı hukuki sonuçlar gösterilmi Ő olmasa da, TCK m. 24 kapsamında ceza sorumluluğ unun açıklanmasında başvurulacak temel kavramlar olan emir, amir ve itaat terimleri ile bunların unsurlarına yer verilmi Ő tir. TSK İç Hizmet K. m. 8'de emir kavramının tanımı, m. 9'da amir kavramının tanımı verilmi Ő, m. 14'te itaat ilkesi açıklanmı Ő ve özellikle askeri ilişkilerde kendini gösteren, yukarıdaki bölümlerde değ inildiğ i üzere gerek Anayasa'da gerekse TCK'de atıfta bulunulan hukuka uygunluk denetiminin kanunen engellendiğ i halleri içeren mutlak itaat kavramı ortaya konulmu Ő tur.

Emrin ifasından doğacak sorumluluğ a ilişkin düzenlemelerden bir diğ eri de PVSK m. 2'de yer verilen, kolluk görevlileri bakımından konusu suç olu Ő turan emrin

bkz. Dursun, s. 230-231; AsCK m. 41 bakımından ayırım yapılması gerektiğ i, amirin sorumluluğ unu düzenleyen m. 41/2'nin TCK m. 24/4'te yer alan emrin hukuka uygunluğ unun denetlenmesinin engellendiğ i haller kapsamında halen yürürlükte olduğ unun kabul edilmesi gerektiğ i görü Őünde bkz. Demirağ, s. 82, dn. 20, s. 140.

¹⁴⁶ Burada değ işiklikten önceki Ek madde 8 ve Ek madde 10'daki istisnalar arasında yer almamasından yola çıkılarak AsCK m. 41'in zımnen ilga edildiğ i yorumu yapılabileceğ i hususunda bkz. Dursun, s. 230; Bu yönde ayrıca bkz. Değ irmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 90; Askeri emrin yerine getirilmesinde TCK m. 24/ 2, 3, 4'ün uygulanacağı yönünde ayrıca bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 145.

¹⁴⁷ AsCK m. 41/3'te emrin konusunun bilinmesi arandığı için TCK m. 24/3'ten ayrıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yönde bkz. Demirağ, s. 140.

ifa edilemeyeceğine ilişkin hükümdür. Bu hükümde AY m. 137’de yer alan düzenleme tekrar edilerek hukuka aykırı emirlerin yazılı ısrar üzerine ifa edileceği, konusu suç olan emirlerin ise hiçbir suretle ifa edilmeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte hükmün devamında çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıca ele alınarak değerlendirilecek olan istisnaya yer verilmiştir. Buna göre PVSK m. 2/3’teki on üç bentte sayılan hallerde kolluk görevlilerinin yetkili merci tarafından verilen sözlü emirleri derhal yerine getirme yükümlülükleri bulunmakta, bu emirlerin yazılı olarak verilmesini istemeleri mümkün olmamaktadır. Sayılan mevzuat hükümlerinin yanı sıra emrin ifasına ilişkin olarak benzer düzenlemelere Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 42¹⁴⁸, Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 41¹⁴⁹, de de yer verilmiştir¹⁵⁰.

C. Düşünsel Temelleri

Günümüzde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine yönelik kuralların düşünsel temellerini devlet ve birey arasındaki ilişkiyi açıklayan düşünürlerin eserlerinde ve bu konuda geliştirilen teorilerde bulmak mümkündür. Tarihsel gelişim sürecinin de ortaya koyduğu üzere hiyerarşinin ve iktidarın var olduğu her dönemde iktidarın emir verme yetkisine ve emre itaat yükümlülüğüne ilişkin çeşitli kurallara yer verilmiştir. Bu kuralların geliştirilmesine etki eden düşünceler yetkili merciin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin ulusal mevzuatlardaki veya uluslararası hukuk kaynaklarındaki düzenlemelerin anlaşılması ve yorumlanmasında yol gösterici niteliktedir.

Bir otoriteye tabi olan kişiler bakımından otoritenin emirlerine itaat yükümlülüğünün bulunduğu hususunda tartışma bulunmamakta, emrin ifasının kişilerin sorumluluğuna etkisi üzerindeki tartışmaların odak noktasını emre itaat yükümlülüğünün derecesi, diğer bir deyişle mutlak olup olmadığı oluşturmaktadır¹⁵¹. Bu çerçevede emrin ifası kurumunun düşünsel temelleri ve ceza sorumluluğuna

¹⁴⁸ Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği, RG. 21.01.2017, S. 29995. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.20169741.pdf>

¹⁴⁹ Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği, RG. 21.01.2017, S. 29995. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.20169743.pdf>

¹⁵⁰ Ayrıca bkz. Erdoğan, s. 44.

¹⁵¹ Alan M. Wilner, “Superior Orders as a Defense to Violations of International Criminal Law”, *Maryland Law Review*, Vol. 26, Issue: 2, 1966, ss. 127- 142, s. 127.

etkisini açıklayan teorilerin altyapısı, otoriteye itaat yükümlülüğü anlayışlarına göre ayrılan iki başlıkta ele alınmıştır.

1. Mutlak İtaat Yükümlülüğü Anlayışı

Hiyerarşik ilişkide emri alanın emri verene mutlak suretle itaat etmesi gerektiği düşüncesi temelini mutlakiyetçilikte bulmuştur. Mutlak monarşilerin ve totaliter rejimlerin benimsediği devlet anlayışı olarak mutlakiyetçilik, iktidar erkini elinde bulunduran kişinin (monarkın veya liderin) iradesine üstün gelen bir kural bulunmadığını kabul eder. Bu nedenle egemenin verdiği emirler kanun gücündedir ve itaat yükümlülüğü mutlak¹⁵².

Mutlakiyetçi anlayışın savunucularından olan *Hobbes* 17. yy'da devlet hiyerarşisindeki emir ilişkisini katı itaat anlayışıyla açıklamıştır. *Hobbes*'a göre, kralın veya devlet iktidarını temsil eden merciin emrinin meşru olduğu tartışmasız olup, vatandaşların emrin meşruluğunu, iyi veya kötü olduğunu tartışmaları kendilerini kral ile aynı konuma koymaları anlamına gelir¹⁵³. Bu nedenle eğer eylem devlet mercilerinin emriyle işlenirse bundan emri veren merci sorumlu olur, emri ifa eden kişi meşru amirine itaat ettiği için sorumlu tutulmaz¹⁵⁴. Bu yaklaşım emrin hukuka uygunluğunu yalnızca emri veren otoritenin meşruluğundan aldığını kabul etmekte, *de jure* meşru bir otorite tarafından verildiği sürece emrin hukuka uygunluğunu tartışmanın gereksiz ve yanlış olduğunu ileri sürmektedir¹⁵⁵.

Saint Augustine de hukuka aykırı bir emrin kralı sorumlu tutabileceğini, ancak kralın emirlerine itaatle yükümlü askerlerin masumiyetlerini koruyacaklarını

¹⁵² Papadatos, s. 22-23; Mutlak itaat teorisinin temellerini mutlakiyetçi siyaset felsefesinde bulduğu hakkında ayrıca bkz. Ali Emrah Bozbayındır, *Turkey and the International Criminal Court*, Köln: Nomos, 2012, s. 125.

¹⁵³ Papadatos, s. 23; *Hobbes*'a göre “Neyin adaletli neyin adaletsiz olduğu yöneticinin hakkından türer. Meşru krallar bundan dolayı, buyurmak suretiyle buyurdıkları şeyi adaletli ve yasaklamak suretiyle yasakladıkları şeyi adaletsiz kılarlar. Bireyler iyi ve kötünün bilgisine sahip olduklarını iddia ettiklerinde, kral olmaya özenirler. Bunun olması durumunda ise devlet ayakta kalamaz.” Bkz. Thomas Hobbes, *Elementa Philosophica De Cive, Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri*, Çev. Deniz Zarakolu, İstanbul: Belge Yayınları, 2007, s. 158.

¹⁵⁴ Liang, s. 879; Papadatos, s. 23.

¹⁵⁵ Liang, s. 879.

ifade etmiş¹⁵⁶, emre itaat yükümlülüğündeki mutlak anlayışı vurgulamıştır. *Saint Augustine*'e göre askerlerin “masumiyetleri” emre itaat yükümlülüklerine ve askeri hizmet ödevlerine dayanır. Bu anlayış özellikle askerlerin emre itaat yükümlülüklerini ihlal etmelerinin bedensel cezalarla veya ölümle yaptırım altına alındığı koşullarda, bu yaptırımların uygulandığı dönemlerde kendini göstermiştir¹⁵⁷.

Aynı doğrultuda bazı yazarlar kralın emirlerine itaat yükümlülüğünün sınırsız olduğunu kralın ilahi iradenin ve iktidarın bir uzantısı olduğu anlayışına dayandırarak açıklamaktadır. Bu görüşte olan Fransız yazar *Domat* emri ifa eden kişilerin emre hukuka uygun şekilde itaat etmiş olduktan sonra haksız emirlere de itaat yükümlülüğü altında sayıldığını belirtmiştir¹⁵⁸.

Daha yakın geçmişte, yetkili merciin emrine itaatin mutlak bir yükümlülük olduğu anlayışı ilahi gücün temsilcisi olan bir monark yerine milli bir ideolojinin yarattığı bir liderin yer aldığı otokratik rejimlerde devam ettirilmiştir¹⁵⁹. 1930’larda ve İkinci Dünya Savaşı döneminde Almanya’da yerleşik olan ve *Führerprinzip* olarak adlandırılan liderlik anlayışı ve aynı dönemde Japonya’da imparatorun konumu bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu ülkelerde devlet otoritesinin hiyerarşik örgütlenmesi en üstteki lidere bağlanan bir yetki ve sorumluluk ağıyla oluşturulmuş, hiyerarşik yapıdaki her birim bir üstteki birime mutlak itaat yükümlülüğü ile bağlı ve sorumluluk üst birime ait kabul edilmiştir¹⁶⁰. İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan yargılamalarda askerlerin yalnızca *Führer*’in iradesinin birer vasıtası oldukları vurgulanmış, karşı çıkamayacakları emirlerden sorumlu tutulmalarının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür¹⁶¹. Bu nedenle üst merciin emrine mutlak itaat nedeniyle sorumluluk her zaman üst mercide bulunacak, her üst merci

¹⁵⁶ İngilizce metin için bkz. St. Augustine, *Contra Faustum Manichaeum*, Book XXII, parag. 75, <http://www.gnosis.org/library/contf2.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2020); Silva Hinek, “The Superior Orders Defence: Embraced At Last?”, *The New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, Issue: 2, 2005, s. 2; Aubrey M. Daniel III, “The Defense of Superior Orders”, *The Army Lawyer JAG Corps Professional Bulletin*, 27-50-18-03, 2018, ss. 39-53, s. 40.

¹⁵⁷ Liang, s. 878.

¹⁵⁸ Papadatos, s. 23, dn. 28.

¹⁵⁹ Papadatos, s. 23.

¹⁶⁰ Hilaire McCoubrey, "From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 2, April 2001, ss. 386-394, s. 389. Yoram Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Oxford University Press Incorporated, 2012, s. 140-143. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/1141988?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

¹⁶¹ Dinstein, s. 142-143.

lidere itaat yükümlülüğünde olduğu için emrin ifasından yalnızca liderin sorumlu olması gerekecektir¹⁶².

Öte yandan siyasi rejimden bağımsız olarak, günümüzde emirlere mutlak itaat edilmesi gerektiği anlayışının, bir devletin askeri veya güvenlik yapılanması içerisinde halen hakim olduğu görülebilmektedir¹⁶³. Bu alanlara ilişkin hukuki düzenlemelerde askeri disiplinin ve kamu güvenliğinin korunması için emirlere itaatin koşulsuz ve tereddütsüz olması gerektiği kabul edilmekte ve emri ifa eden kişilerden mutlak itaat beklenmektedir. Özellikle askeri ilişkide verilen emirleri ifa eden kişilerin emrin ifasıyla oluşan suçlardan dolayı sorumlu olup olmayacakları konusunda, askeri disiplinin gereklerini ve koruduğu menfaati ön plana alan yazarlar tarafından mutlak itaat yükümlülüğü anlayışı devam ettirilmiş, bu anlayış uluslararası hukukta savaş suçlarının faili olan askerlerin ceza sorumluluğunun bulunmayacağını ileri süren mutlak sorumsuzluk teorisinin geliştirilmesine vesile olmuştur. Yetkili veya meşru bir merciin emrinin ifasının o emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunu her zaman engelleyeceğini kabul eden mutlak sorumsuzluk veya amirin sorumluluğu (*respondeat superior*) görüşü emirlere mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu varsayımına dayandırılarak geliştirilmiştir¹⁶⁴. Bu görüşü savunan *Kelsen*'e göre askeri yapılanma içerisinde disiplinin muhafaza edilebilmesi ancak emri ifa eden astların emri veren üstlerine koşulsuz itaat etmeleri ve emrin ifasından yalnızca üstün sorumlu olması halinde mümkün olabilir¹⁶⁵. *Kelsen* askeri yapılanma içerisinde emri ifa eden askerlerin böyle katı bir ilişki düzeni içerisinde emirlerin hukuka uygunluğunu bilmelerinin, denetlemelerinin kendilerinden beklenemeyeceğini belirtmiştir¹⁶⁶. Özellikle askerlerin ulusal hukuk mevzuatını bilseler dahi emrin

¹⁶² Bu yorum şekli, totaliter devletlerde emirlerin ifasından yalnızca lider olan tek kişinin, uluslararası hukukta da yalnızca devletin sorumlu olacağı anlamına geleceği ve böylece eylemlerin cezasız kalacağı sonucuna ulaştırdığı için *reductio ad absurdum* olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Günel, Yılmaz, "Harp Suçluları Bakımından Yetkili Merciiin Emrini İfade Sorumluluk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı: 21-01, Ocak 1966, ss. 183-191, s. 186. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/379/4034.pdf> (Erişim Tarihi: 23.12.2019)

¹⁶³ Hukuk devletinde dahi askeri alanda hukuka aykırı emirlerin bağlayıcılığına ve mutlak itaate yer verilmesi söz konusu olabilmektedir. Papadatos, s. 30.

¹⁶⁴ Bu konuda *Kelsen*'in görüşü için bkz. Liang, s. 879.

¹⁶⁵ Hans Kelsen, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", **California Law Review**, Vol. 31, No. 5, 1943, ss. 530-571, s. 556. <https://www.jstor.org/stable/3477207> (Erişim Tarihi: 02.12.2020)

¹⁶⁶ Matthew R. Lippman, "Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense", **Penn State International Law Review**, Vol. 20, No. 1, Article 14, 2001, ss. 153-251, s. 171-172. <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol20/iss1/14> (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

uluslararası hukukun ihlalini ve savaş suçunu sonuçlayan bir içeriği olduğunu bilmelerinin beklenmesini eleştirmektedir¹⁶⁷.

2. İtaat Yükümlülüğünün Sınırlandırılması

Emre itaat yükümlülüğünün sınırlandırılması düşüncesi özellikle liberalizm hareketinin yükselişiyle birlikte önem kazanmış, hukuk devletinin bir unsuru olarak yerleşmeye başlamıştır¹⁶⁸. Emre itaat yükümlülüğünün sınırlandırılması düşüncesi hukuk devletinin bir gereğidir. Zira burada emrin hukuka uygunluğunun kaynağı emri veren otoritenin meşruluğu değil, onun üstünde olduğu kabul edilen kanunilik ilkesidir¹⁶⁹.

Hukuk devletinde kamusal merciin veya iktidarın emrine itaat hukuka, kanuna itaat ile eşanlamlıdır. Bu yaklaşımın izleri çeşitli düşünürlerde görülebilmektedir. *Locke* kamu makamlarının hukuka aykırı emir vermeleri halinde itaat edilmesini bekleyemeyeceklerini, bunların yetkilerinin ve bunlara itaat yükümlülüğünün yalnızca kanuna uygun olduğu sürece söz konusu olabileceğini ifade etmiştir¹⁷⁰. *Locke*'a göre bir kamu makamı emir verme yetkisinin hukuki sınırlarını aştığı anda kamusal statüsünden makamından da ayrılmış olacağı için bu durumda ancak herhangi bir vatandaş ile aynı itaat beklentisi altında olabilir. *Rousseau* da benzer şekilde emre itaat yükümlülüğünün dayanağının emri veren makamın iradesi değil, kanun olduğunu ifade etmiştir¹⁷¹. 16. yüzyıl İspanyol düşünürlerinden *Francisco de Vittoria*, bir askerin savaşın adil olmadığına kanaat getirdiğinde prensinin emri olsa dahi, savaşa katılmaktan kaçınması gerektiğine işaret etmiştir¹⁷². 17. yüzyılda *Hugo Grotius* “Savaş ve Barış Hukuku” adlı eserinde “*iktidarın doğa kanunlarına veya Tanrı'nın buyruklarına aykırı emirlerinin ifa edilmemesi*” gerektiğini ifade etmiş¹⁷³, böylece doğal hukuk ve ilahi kurallar üzerinden emre itaat yükümlülüğünün sınırının bulunması gerektiğine işaret etmiştir.

¹⁶⁷ Kelsen, s. 558.

¹⁶⁸ Papadatos, s. 25.

¹⁶⁹ Liang, s. 880.

¹⁷⁰ Papadatos, s. 25.

¹⁷¹ Papadatos, s. 25-26.

¹⁷² Daniel, s. 40, dn. 6.

¹⁷³ James B. Insko, “Defense of Superior Orders Before Military Commissions”, **Duke Journal of Comparative and International Law**, Vol. 13, 2003, ss. 389-418, s. 390; Liang, s. 881.

Grotius'a göre savaşın sebebinin haksız olduğunun açık olduğu hallerde savaşa girme emrine uyulmaması itaatsizlik olarak nitelendirilemez¹⁷⁴.

Hukuk devleti anlayışıyla birlikte emre itaat yükümlülüğü kanunlara uygun davranma ödevinin bir uzantısı olarak açıklanmıştır¹⁷⁵. Hukuka aykırı emir artık devletin bir işlemi olma niteliğini kaybeder ve bireysel bir işleme dönüşür. Dolayısıyla kanunların çizdiği sınırı aşan, diğer bir deyişle hukuka aykırı olan emirler hukuk devletinde geçerli bir emir niteliği taşımaz¹⁷⁶. Emre itaat yükümlülüğünün hukuka uygun emirlerle sınırlandırılması gerektiği düşüncesi, hukuka aykırı emri ifa eden kişilerin her zaman sorumlu olacaklarını savunan “mutlak sorumluluk” görüşünü ortaya çıkarmıştır. Bu görüş hukuka aykırı emirlere itaatin ceza sorumluluğunu gerektirdiğini kabul ederek hukukun üstünlüğüne hizmet etmiş olsa da özellikle askeri düzenin gerektirdiği disiplini göz ardı ettiği ifade edilmektedir. Zira askeri faaliyetin yürütülebilmesi için emirlerin tereddütsüz ve derhal yerine getirilmesi gerekir¹⁷⁷. Mutlak sorumluluk anlayışı hukukun üstünlüğünü askeri disiplinin sağlanmasından daha üstün bir değer olarak kabul etmektedir¹⁷⁸. Gerçekten emrin ifasının sonucunda bir suçun oluşması halinde emri ifa eden kişi yetkili merciden aldığı emre itaat etmek yükümlülüğünü yerine getirerek ceza hukuku kurallarına uyma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur. Bu durumda emir hukuka uygun olduğu takdirde, hukukun bütünlüğü gereği kural olarak emre itaat yükümlülüğü ile ceza hukuku kurallarının çatışması mümkün olmayacağı için, bir suçtan söz edilemeyecektir. Ancak emrin hukuka aykırı olması halinde emri ifa eden kişi emre itaat yükümlülüğü ile hukuka uygun davranma yükümlülüğü arasında kalır¹⁷⁹. Hiyerarşik düzenin gereği olan itaat yükümlülüğü ile hukukun üstünlüğü arasında bir çatışma ortaya çıkar. Mutlak sorumsuzluk anlayışı bu noktada hukukun üstünlüğünü esas alarak hukuka aykırı bir emre itaat yükümlülüğünün bulunamayacağını kabul eder. Emri ifa eden kişi yalnızca emir hukuka uygun ise itaat yükümlülüğü altındadır ve hukuka uygun bir emre itaat ettiği her durumda sorumsuz olur. Bununla birlikte emri ifa eden kişinin hukuka uygun

¹⁷⁴ Daniel, s. 40; Hinek, s. 3.

¹⁷⁵ Papadatos, s. 26.

¹⁷⁶ Papadatos, s. 27.

¹⁷⁷ Insko, s. 391.

¹⁷⁸ Liang, s. 880.

¹⁷⁹ Marcus Abrahamsson, *The Defense Of Superior Orders: Article 33 Of The ICC Statute – A Departure From Customary International Law?*, Graduate Thesis Master of Laws Program, Lund University, 2018, s. 1.

emre itaat yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için emrin hukuka uygun olduğunun da bilinmesi gerekir. Zira hukuka aykırılığının bilinemediği veya şüphenin bulunduğu hallerde askerlerin emri ifadan kaçınması ile emri derhal ifa etmesi arasında çelişkili bir durumda kalmaları söz konusu olacaktır. Askerlerin içinde bulunduğu bu ikilem (*soldiers' dilemma*) emri hukuka aykırı olduğunu zannederek ifadan kaçınan askerinin emir hukuka uygun ise emre itaatsizlik yaptırımıyla, emri hukuka uygun zannederek ifa ettiğinde ve emrin hukuka aykırı olduğu anlaşıldığında ceza sorumluluğuyla karşılaşacak olmasından kaynaklanır¹⁸⁰. Bu nedenle emre itaat yükümlülüğünün yalnızca emrin hukuka uygun olduğu hallerle sınırlandırılması ve hukuka aykırı emri ifa eden kişilerin her koşulda sorumlu tutulmaları gerektiği (mutlak sorumluluk) görüşü somut olayda adil bir çözüm üretmeye yetmemiştir¹⁸¹. Bu görüşün emrin hukuka aykırılığının bilinmesinin mümkün olamayacağı bazı koşulların varlığını göz ardı etmesi askerlerin ceza sorumluluğu alanının fazlaca genişletilmesine yol açmıştır¹⁸².

II. ULUSLARARASI HUKUKTA YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA

Devletler arasında yaşanan savaşlar sırasında gerçekleştirilen ihlallere ilişkin olarak yürütülen yargılamalarda yetkili merciin emrini ifa etmiş olmanın bir savunma olarak ileri sürülmesiyle birlikte, emrin ifası uluslararası hukuk alanında da tartışılan bir konu haline gelmiştir. Bu doğrultuda devlet yetkililerinden aldıkları emirleri ifa ederek uluslararası hukuk ihlallerine yol açan askerlerin, aldıkları emirleri ifa ediyor olmalarının bu kişilerin uluslararası ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin kurallar geliştirilmeye başlanmıştır.

Yetkili merciin emrinin ifası, uluslararası hukuk öğretisinde ve kaynaklarında üstün emir vermiş olmasına dayanan bir savunma olarak tarif edilebilecek olan “*superior orders defence*” terimiyle ifade edilmektedir. Terimde kullanılan “üst” (*superior*) kavramı ulusal mevzuatlardaki -askeri veya sivil- yetkili mercileri işaret

¹⁸⁰ Liang, s. 873.

¹⁸¹ Her iki teoremin de somut çözüm üretmediğine ilişkin olarak bkz. Hinek, s. 33.

¹⁸² Liang, s. 881.

etmekte, “savunma” (*defence*) kavramının ise uluslararası hukukta suç isnadına karşı ileri sürülebilecek ve ceza sorumluluğuna etki edecek argümanları ifade eden bir anlamı bulunmaktadır¹⁸³. Çalışmamızda uluslararası hukuk kaynaklarında tercih edilen savunma teriminin bu anlamıyla kullanılmaya devam edileceğini belirtmek gerekir¹⁸⁴. Böylece uluslararası hukukta emrin ifası savunması, yetkili merciden aldığı bir emri ifa eden asker veya sivil bir kişinin o emri ifa yoluyla işlediği, uluslararası suç kapsamında kalan eylemlerden dolayı sorumlu tutulmaması için emri ifa etmiş olmasını savunma olarak ileri sürmesi olarak tarif edilebilecektir. Uluslararası hukukta emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi yalnızca emrin hukuka aykırı olması ihtimali bakımından tartışılmaktadır. Emri ifa eden kişinin kasten suç işlemesi veya hukuka uygun bir emrin gereğini ifa etmesi halinde bir savunma olarak ortaya çıkmayacaktır¹⁸⁵.

A. Uluslararası Hukukta Yetkili Mercinin Emrini İfanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi İle İlgili Teoriler

Uluslararası hukukta emrin ifasının bir savunma olarak kabul edilip edilemeyeceği, diğer bir ifadeyle emri ifa eden kişinin bu yolla işlemiş olduğu suçtan sorumlu tutulup tutulmayacağı sorusuna tarihsel süreç içerisinde geliştirilen çeşitli teorik yaklaşımlar çerçevesinde yanıt aranmıştır. Uluslararası hukukta emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin ne olması gerektiğine ilişkin olarak benimsenmiş temel üç yaklaşımın bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸⁶. Bu yaklaşımlar aşağıda ayrıca yer

¹⁸³ Uluslararası hukukta savunma (*defence*) kavramı, hem eylemin hukuka aykırılığına (*justification*) hem de faile ceza sorumluluğu isnat edilmesine (*excuse*) karşı çıkmak üzere kullanılabilen iki kategoriye ayrılarak tasnif edilmektedir. Shane Darcy, “Defences to International Crimes”, in **Handbook of International Criminal Law**, Ed. William A. Schabas/ Nadia Bernaz, Routledge, 2011, ss. 231-245, s. 1. <http://hdl.handle.net/10379/2147> (Erişim Tarihi: 20.11.2020); Savunma genel bir ifadeyle sanık tarafından suç isnadına karşı çıkmak amacıyla ileri sürülen iddialar olarak ifade edilebilir. Ilias Bantekas/ Susan Nash, **International Criminal Law**, 3rd Edition, London-NewYork: Routledge Cavendish, 2007, s. 51.

¹⁸⁴ Benzer terim ayrımı ve farklı terim tercihleri için bkz. Olgun Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 120, 2012, ss. 57-96, s. 60; Erdoğan, s. 46.

¹⁸⁵ Insko, s. 390.

¹⁸⁶ Koji Kudo, **Command Responsibility and Defence of Superior Orders**, PhD Thesis, University of Leicester, 2007, s. 7; Liang, s. 878; Elies van Sliedrecht, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, Oxford University Press, 2012, s. 287; Hinek, s. 31; Ulusal ve uluslararası hukuk kurallarından ve uygulamadan yola çıkarak bu konuda daha fazla sayıda yaklaşımın bulunduğu tespit eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Ziv Bohrer, “The Superior Orders Defence: A Principal-Agent Analysis”, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 41, No. 1, 2012,

verilen tarihsel süreç içerisinde, gerek teorik çalışmalarda gerekse yargı kararlarıyla geliştirilerek ortaya çıkarılmış ve farklı dönemlerde uygulama alanı bularak uluslararası hukuku şekillendirmiştir. Bu bölümde Mutlak Sorumsuzluk (*Absolute Defence/ Respondeat Superior*), Mutlak Sorumluluk (*Absolute Liability*) ve Koşullu Sorumluluk (*Conditional Liability*) olarak adlandırılan bu üç yaklaşımın genel özellikleri ele alınmıştır.

1. Mutlak Sorumsuzluk (Respondeat Superior) Teorisi

Mutlak sorumsuzluk teorisi, yetkili merciin vermiş olduğu emri ifa eden kişinin, o emri ifa sonucunda oluşan suçtan dolayı hiçbir koşulda sorumlu tutulamayacağını kabul eden görüştür. Bu teoriye göre hukuka aykırı bir emrin ifa edilmesiyle oluşan suçtan dolayı yalnızca o emri veren kişi sorumludur¹⁸⁷. Zira bu teorinin temelinde, emri alan kişilerin yalnızca emri veren merciin (devlet, hiyerarşik üstleri veya amirlerinin) emirlerine uymakla yükümlü birer araç, vasıta konumunda oldukları düşüncesi bulunur¹⁸⁸. Teori, emri alan kişilerin emirleri sorgulama veya onlara karşı çıkma imkanlarının bulunamayacağını ve her koşulda itaat etmekle yükümlü oldukları bu emirleri ifa etmiş olmaktan dolayı sorumlu tutulamayacaklarını kabul eder. Bu nedenle amirinin emrini ifa etmiş olmak kişiye otomatik ve mutlak bir koruma sağlar¹⁸⁹. Teori, bazı kaynaklarda içeriğine uygun olarak “Mutlak İtaat Teorisi” veya “Pasif İtaat Teorisi”¹⁹⁰ olarak adlandırılmakta, bazı kaynaklarda ise sorumluluğun emri veren mercie ait olduğu dikkate alınarak “Amirin Sorumluluğu”¹⁹¹ veya “Respondeat Superior Teorisi”¹⁹² olarak ifade edilmektedir. Çalışmada ele alınan diğer teorilere paralel şekilde bu teori bakımından da emri ifanın emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğuna etkisi dikkate alınmış,

ss. 1-74, s. 10. <https://georgia-international-journal.scholasticahq.com/article/3537-the-superior-orders-defense-a-principal-agent-analysis> (Erişim Tarihi: 11.12.2020)

¹⁸⁷ Kudo, s. 8; Hinek, s. 31.

¹⁸⁸ Kudo, s. 8; Van Slidregt, s. 287.

¹⁸⁹ Dinstein, s. 38.

¹⁹⁰ Fransızca karşılığı “*Obéissance passive*” olarak ifade edilmektedir. Dinstein, s. 8.

¹⁹¹ Bu yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 223;

¹⁹² Bu yönde bkz. Hinek, s. 31; Gökhan Güneysu, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s. 90; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 429.

çalışmamızda “Mutlak Sorumsuzluk Teorisi” (*Absolute Defence*)¹⁹³ olarak adlandırılmıştır.

Mutlak sorumsuzluk teorisinin teorik altyapısıyla birlikte geliştirilerek uluslararası hukuka kazandırılması her ne kadar 20. yy’ın başlarında gerçekleştirilmiş olsa da¹⁹⁴, teorisinin düşünsel temellerini *Hobbes*’un *Cicero*’nun ve *Kelsen*’in eserlerinde bulmanın mümkün olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁵. Benzer şekilde teorisinin esasında Roma hukukunda kabul edilen sorumsuzluk anlayışının bir uzantısı görünümünde olduğuna da dikkat çekilmiştir¹⁹⁶. Gerçekten yukarıda açıklandığı üzere Roma hukukunda *pater familias*’a itaat yükümlülüğü nedeniyle, ona tabi kişilerin işledikleri suçlardan dolayı sorumlu tutulmadıkları, emrin ifasının ifa eden açısından mutlak bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul edildiği görülmektedir¹⁹⁷. Roma hukukunda *patria potestas* altındaki kişilerin birer araçtan ibaret olmaları, itaati ve katı bir hiyerarşiyi öne çıkaran devlet ve toplum yapısı gibi özellikleri nedeniyle Roma hukuku ile bu teorisinin esas düşüncesi arasında bağlantı kurmak mümkündür. Bununla birlikte Roma hukukunda tarihsel süreç içerisinde vahşet içeren bazı ağır suçların (*quel habet fecinoris vel sceleris atrocitatem*) söz konusu olduğu hallerde emri ifa eden kişilerin de sorumlu tutulmasına imkan veren düzenlemelere de yer verildiğini¹⁹⁸, mutlak sorumluluk teorisinin tek başına uygulanmadığını belirtmek gerekir.

Mutlak sorumsuzluk teorisinin uluslararası hukukta asıl etkisini göstermesi 1906 yılında *Lassa Oppenheim* tarafından kaleme alınan “Uluslararası Hukuk” adlı eserle birlikte olmuş, bu eserde askerlerin devletlerin emriyle gerçekleştirdikleri ihlallerden dolayı savaş suçlarından sorumlu tutulamayacakları, yabancı devletlerce yargılamayacakları, yalnızca emri veren komutanların sorumlu olacakları

¹⁹³ Bkz. Hinek, s. 31.

¹⁹⁴ İlhan Lütem, “Some Controversial Aspects of War Crimes”, *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, Cilt: 2, Sayı: 3, 2011, ss. 146-169, s. 156 <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iaufdi/issue/715/7581> (Erişim Tarihi: 15.11. 2020); Güneysu, s. 93, dn. 348

¹⁹⁵ Bkz. Efe Bilke, “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: I, Sayı: 5, Yıl: 2017, <https://dergipark.org.tr/en/pub/andhd/issue/56718/792101>, ss. 1-27, s. 12; Demirel, Amirin Emri, s. 226; Liang, s. 879.

¹⁹⁶ Vermeulen, s. 3, dn. 5; Demirel, Amirin Emri, s. 226; Roma hukukunda “amirin sorumluluğu” ilkesinin benimsendiği hakkında bkz. Bilke, s. 3.

¹⁹⁷ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1; Aynı yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 226; Bilke, s. 12.

¹⁹⁸ Bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1.

savunulmuştur¹⁹⁹. *Oppenheim*'ın bu görüşleri dönemin İngiliz ve Amerikan hukuku kaynaklarına da etki etmiştir²⁰⁰. *Oppenheim* bu görüşünü zaman içerisinde değiştirmiş olsa da emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunu, hukukun emre itaate zorladığı bir kişiyi yine hukukun emri ifadan dolayı cezalandırmasının mümkün olmadığı şeklinde gerekçelendirmiştir²⁰¹. Teorinin temeli askeri disiplinin askerlerin aldıkları emirleri tereddütsüz şekilde ifa etmelerine bağlı olduğu ve bir askerin öncelikli ödevinin emirleri ifa etmek olduğu düşüncesine dayanmaktadır²⁰². Teoriyi savunan bazı yazarlar tarafından emri ifa eden askerlerin özellikle savaş halinin özel koşulları altında emirlerin hukuka uygunluğunu sorgulamalarının, emre itaat etmeyerek yaptırım riskini göze almalarının kendilerinden beklenemeyeceği de vurgulanmıştır²⁰³. Yine aynı bağlamda belirtildiği üzere, emri ifa eden ast konumundaki kişilerin bu eylemlerinden sorumlu tutulmaları ve aldıkları emirlerin hukukiliğini sorgulamaları emre itaatsizliğe ve askeri disiplinsizliğe de yol açabilecektir²⁰⁴. Bu yönüyle teori emre itaat zorunluluğunu hukukun üstünlüğünün sağlanması ödevinin üzerinde tutmaktadır²⁰⁵. Ancak görüldüğü üzere teori, emrin hukuka uygun veya hukuka aykırı olması ihtimallerini ayrı ayrı değerlendirmemekte, emri alan kişinin emrin hukuka aykırılığını sorgulama veya bilme yükümlülüğü bulunmadığı için emrin bu niteliğini dikkate almamaktadır²⁰⁶.

Mutlak sorumsuzluk teorisinin uygulandığı dönemde, teoriye karşı birtakım eleştiriler de getirilmiştir. Özellikle, yalnızca emri veren hiyerarşik üstün sorumlu tutulmasının yetkilerin tek elde toplandığı totaliter sistemlerde yalnızca hiyerarşik silsilenin en üstünde yer alan tek bir kişinin sorumlu tutulması sonucunu doğuracağına dikkat çekilmiştir²⁰⁷. Aynı doğrultuda, zaman içerisinde savaş hukuku ihlallerinin her kademedan asker tarafından gerçekleştirilecek şekilde yaygınlık

¹⁹⁹ L.C. Green, "Superior Orders and Command Responsibility", *The Canadian Book of International Law*, 27, 1989, ss. 167-202, s. 175; Jackson Nyamuya Maogoto, "The Superior Orders Defence: A Game of Musical Chairs and the Jury is Still Out", *Flinders Journal of Law Reform*, 10, 2007, s. 2. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1079378 (Erişim Tarihi: 06.12.2020); Kudo, s. 8.

²⁰⁰ Kudo, s. 9; Green, s. 176; Van Sliedregt, s. 287; Maogoto, s. 3.

²⁰¹ Dinstein, s. 41.

²⁰² Kudo, s. 8.

²⁰³ Günel, "Harp Suçluları Bakımından...", s. 185.

²⁰⁴ Güneysu, s. 93-94.

²⁰⁵ Erdoğan, s. 49.

²⁰⁶ Ayrıca teorisinin temelindeki emre itaat yükümlülüğünün sınırına veya emrin çeşidine ilişkin bir açıklama getirilmediği hakkında bkz. Dinstein, s. 42, 69.

²⁰⁷ Günel, "Harp Suçluları Bakımından...", s. 186.

kazanması nedeniyle emri ifa edenlerin cezalandırılmasını sağlayamaması teorisinin ihlallerin önlenbilmesinde yetersiz kaldığı bir nokta olarak belirtilmiştir²⁰⁸. Teorinin yetersiz kaldığı bir diğer nokta, ast konumundaki askerlerin hukuka aykırı olduğunu bildikleri bir emri isteyerek gerçekleştirmeleri halinde dahi ceza sorumluluğundan kurtulmalarına yol açmasıdır²⁰⁹. Diğer yandan, teorisinin emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunu emrin konusunu oluşturan eylemin niteliği veya ağırlığı ayırt edilmeksizin her eylem bakımından ceza sorumluluğunu kaldırması da eleştirilmiştir²¹⁰. Öğretide getirilen bu eleştirilerin yanı sıra, uygulamada da zaman içerisinde mutlak sorumsuzluk yaklaşımından uzaklaşmış, dönemin içtihadında emri veren ile birlikte emri ifa edenin de sorumlu olmasını öngören kararlar vermeye başlanmıştır²¹¹. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen savaş hukuku ihlallerinin ağırlığının açığa çıkması, mutlak sorumsuzluk teorisinin uygulanmasının açıkça hukuka aykırı olan emirlerin dahi ifa edilmesini engelleyemediği ve bu nedenle ağır savaş hukuku ihlallerini önlemekte yetersiz kaldığını ortaya koymuş, teorisinin desteğini azaltmıştır²¹².

2. Mutlak Sorumluluk Teorisi

Mutlak sorumluluk teorisi (*absolute liability doctrine*), üst merciden aldığı emri ifa eden kişinin, o emrin hukuka aykırı olması halinde emrin ifasıyla oluşan suçtan dolayı her koşulda sorumlu olacağını kabul eden görüştür. Buna göre, hukuka aykırı bir emrin ifası neticesinde suçun oluşması halinde, o emri ifa etmiş olmak ifa eden kişi bakımından hiçbir koşulda bir savunma oluşturmaz. Çünkü bu teoriye göre, emri ifa eden ast konumundaki kişiler yalnızca emre itaat etmekten ibaret birer araç olmayıp, aldıkları emrin hukuki sonuçlarını ve mahiyetini muhakeme etme yeteneğine sahip bireyler (*baionnettes intelligentes*)²¹³ olarak kabul

²⁰⁸ Paola Gaeta, “Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, *EJIL*, 10, 1999, ss. 172-191, s. 175, dn. 4.

²⁰⁹ Insko, s. 393.

²¹⁰ Paul Eden, “Criminal Liability and the Defence of Superior Orders”, *South African Law Journal*, Vol. 108, November 1991, ss. 640-655, s. 641-642.

²¹¹ Özellikle Birinci Dünya Savaşı’ndan sonraki yargılamalarda bu görüşten uzaklaşıldığı kararlar önemlidir. Güneysu, s. 95.

²¹² Kudo, s. 9.

²¹³ Bu kavram doğrultusunda teori *Baionnettes Intelligentes* olarak da adlandırılmaktadır. Dinstein, s. 8; “*Doctrine of intelligent bayonets*” kavramı için bkz. Hinek, s. 29, 32.

edilirler²¹⁴. Bu muhakeme yetenekleri nedeniyle, aldıkları emrin ifasının suç oluşturacağını, hukuka aykırı olduğunu anlamaları kendilerinden beklenir ve hukuka aykırı bir emre itaat yükümlülükleri bulunmadığı halde emri ifa ettikleri için sorumlu tutulurlar²¹⁵. Bu yaklaşıma göre askerler veya ast konumundaki kişiler yalnızca hukuka uygun emre uymakla yükümlüdür²¹⁶. Bu nedenle mutlak sorumluluk teorisinde emrin ifasıyla oluşan suçun hafifliği, somut olayda hukuka uygun gözükmesi veya tehdit altında ifa edilmek zorunda kalınması gibi durumlar emri ifa edenin ceza sorumluluğuna etki etmemektedir²¹⁷. Mutlak sorumluluk teorisinin temellerinin *Locke* ve *Grotius*'un eserlerinde emre itaat yükümlülüğünün yalnızca emrin hukuka uygun olması halinde söz konusu olacağını belirten görüşlerinde bulunabileceği ifade edilmektedir²¹⁸.

Mutlak sorumluluk teorisi, emri alan kişilerin emrin hukuka aykırılığını her zaman tespit edebileceği varsayımına dayanması ve emrin hukuka aykırılığının açık olmaması halinde bunu bilemeyecek kişileri cezalandırmanın yerinde olmaması yönüyle eleştirilmiştir²¹⁹. Ayrıca somut olayda cebir altında bulunması nedeniyle emre itaat etmeme seçeneği olmayan kişilerin içinde bulunduğu bu durumun göz ardı edildiğine dikkat çekilmiştir²²⁰. Yine benzer şekilde emrin denetlenmesinin mümkün olmadığı bazı mutlak itaat hallerinin göz ardı edilmiş olması, her emri denetlemek zorunda kalmanın emri alan askerleri itaatsizliğe yöneltebileceği, bu durumun askeri disiplini zayıflatarak ulusal güvenlik bakımından tehlike yaratabileceği de teorisinin zayıf yanları olarak vurgulanmaktadır²²¹.

Hukuka aykırı emirlere itaat ederek suç işleyen kişilerin sorumlu olmaları gerektiğini savunan bu yaklaşımın uluslararası hukukta ağırlık kazanması İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki yargılamaların hazırlık sürecinde gerçekleşmiştir. Bu

²¹⁴ Gaeta, s. 178; Kudo, s. 10; Hinek, s. 28; Martha Minow, "Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence", *McGill Law Journal*, Vol. 52, 2007, s. 18.

²¹⁵ Kudo, s. 10; Demirel, Amirin Emri, s. 229.

²¹⁶ Insko, s. 391.

²¹⁷ Mark J. Osiel, "Obeying Orders Atrocity, Military Discipline and the Law of War", *California Law Review*, Vol. 86, No. 5, October 1998, ss. 939-1129, s. 962.

²¹⁸ Osiel, s. 962, dn. 82; Insko, s. 390; Güneysu, s. 96.

²¹⁹ Özellikle alt rütbeli askerlerin istihbarata erişimlerinin sınırlı olması ve savaş zamanının belirsizlik ortamı içinde her emrin hukuka uygunluğunu bilmelerinin beklenemeyeceği ifade edilmektedir. Insko, s. 391; Değirmenci, "Uluslararası Ceza Hukukunda...", s. 62; Eden, s. 642.

²²⁰ Değirmenci, "Uluslararası Ceza Hukukunda...", s. 63.

²²¹ Insko, s. 391-392.

dönemde savaş suçlularının yargılanabilmelerini sağlama amacının mutlak sorumluluk teorisinin ortaya çıkmasındaki önemli bir etken olduğu görülmektedir²²². Bu doğrultuda İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan yargılamalarda esas alınmak üzere hazırlanan Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nün 8. maddesinde “*emrin ifa edilmiş olmasının ceza sorumluluğunu kaldıran bir savunma olamayacağı ancak cezada indirim yapılmasında dikkate alınabileceği*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek mutlak sorumluluk ilkesi benimsenmiştir²²³.

3. Koşullu Sorumluluk Teorisi

Hukuka aykırı emri ifa eden kişinin her koşulda sorumsuz olduğu mutlak sorumsuzluk teorisi ile her koşulda sorumlu tutulduğu mutlak sorumluluk teorisinin getirdikleri bu katı yaklaşımların ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları giderebilmek için bu iki uç arasında bir orta çözüm öneren koşullu sorumluluk teorisi (*conditional liability doctrine*) geliştirilmiştir²²⁴. Bu teoriye göre, emri ifa eden kişi her koşulda sorumlu veya sorumsuz olamaz ancak bazı koşulların varlığı halinde sorumlu tutulabilir. Diğer bir deyişle koşullu sorumluluk teorisine göre, emri ifa etmenin getirdiği sorumsuzluğun veya emri ifa savunmasının bir sınırı vardır. Bu özelliğini ifade edecek şekilde teori sınırlı sorumluluk teorisi olarak da adlandırılmaktadır²²⁵.

Teorinin düşünsel temellerini esasında Roma hukukunda bulmak mümkündür. Roma hukukunda emri ifanın ceza sorumluluğunu kaldırdığı kural olarak benimsenmiş olsa dahi, emrin vahşet içeren ağır suçları (*quae habet fecinoris vel sceleris atrocitatem*) oluşturması halinde sorumluluğun bulunması gerektiği kabul

²²² Kudo, s. 11.

²²³ Gaeta, s. 178.

²²⁴ Liang, s. 881; Hinek, s. 33; Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda...”, s. 63; Birinci teori ceza hukukunun menfaatleri ile çatışmakta iken ikinci teori askeri disiplinin gereklerine ters düşmektedir. Dinstein, s. 8; Hukuka aykırı olduğunu bildiği bir emri ifa etme istek ve motivasyonuna sahip bir kişi bakımından emrin ifasının cezasızlık doğuran, aynı zamanda hukuka aykırı bir emri ifa etmeye icbar edilmiş kişi bakımından sorumluluk doğuran yaklaşımların adil olmayan bir sonuç yaratacağı ifade edilmiştir. Güneysu, s. 100-101.

²²⁵ Inco, s. 393; Van Sliedregt, s. 288; Teori bazı kaynaklarda aynı zamanda “açık hukuka aykırılık teorisi” olarak da ifade edilmektedir. Çalışmamızda hukuka açık aykırılığın sorumluluğu belirleyen koşullardan yalnızca biri olarak ele alınması nedeniyle genel bir kavram olan “koşullu sorumluluk teorisi” tercih edilmiştir. Benzer yönde bkz. Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda...”, s. 63; Erdoğan, s. 51.

edilmiştir²²⁶. Emri ifa eden kişinin kural olarak sorumlu olması gerektiği, ancak aynı zamanda bu sorumluluğun bir sınırının da bulunması gerektiği düşüncesinin zaman içerisinde gelişmesiyle ve yargılamalar sırasında astların sorumluluğuna bir sınır getirilmesi gerektiğinin görülmesiyle birlikte, uluslararası hukukta da gerek öğretide gerekse içtihat örneklerinde bazı sınırlama ölçütleri ortaya konmaya başlanmıştır. Bunlardan iki ölçütün bugün hem uluslararası hem de ulusal hukuklarda öne çıktığı ifade edilmektedir. İlk sırada Nürnberg yargılamaları sırasında ortaya atılan “ahlaki seçim ölçütü”, ikinci olarak da “hukuka açık aykırılık ölçütü” bu kapsamda sayılabilir²²⁷. Bunların yanı sıra bazı yazarlar tarafından “makul olma ölçütü” (*reasonableness*) geliştirilerek ileri sürülmüştür²²⁸. Ahlaki seçim ölçütü, emrin ifasının bir savunma olabilmesi için emri alan kişinin ahlaki bir seçim yapabilecek durumda olmamasını sorumlu tutulabilmesinin bir koşulu olarak belirler. Nürnberg yargılamaları sırasında uygulanan mutlak sorumluluk ilkesinin (Nürnberg Statüsü m. 8) somut olaylarda hakkaniyete uygun olarak yumuşatılması ihtiyacı doğrultusunda mahkemelerin bir ara yaklaşım oluşturmaya yönelmesiyle geliştirilmiştir. Bununla birlikte, “ahlaki seçim yapacak konumda olmama”nın içeriği ve kapsamı açıkça ortaya konulamamış, sübjektif ve yoruma açık bir ölçüt olduğu ifade edilmiştir²²⁹. Hukuka açık aykırılık ölçütü ise daha objektif bir koşul olarak nitelendirilmektedir. Buna göre somut olayda ifa edilen emirlerin hukuka aykırı olduğunun bilinmemesi veya hukuka aykırılığın emri ifa eden kişiden bilmemesinin beklenemeyeceği kadar açık olması halinde emrin ifasının bir savunma olabilmesi mümkündür²³⁰.

Teoriye göre, yetkili merciiden aldığı bir emri ifa eden kişi, hiyerarşik ilişki nedeniyle emre itaatle yükümlü olduğu için kural olarak bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktan dolayı sorumlu tutulamaz²³¹. Ancak bu kural, ifa edilen emrin açıkça hukuka aykırı olduğu veya emri ifa edenin emrin hukuka aykırılığını biliyor olduğu ya da hukuka aykırılığı biliyor olmasının gerektiği hallerde uygulanamaz²³².

²²⁶ Osiel, s. 946; Liang, s. 882; Bettiol, s. 9-11. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1.

²²⁷ Kudo, s. 11.

²²⁸ Liang, s. 885.

²²⁹ Kudo, s. 12.

²³⁰ Kudo, s. 12.

²³¹ Bu durumda askerin emre itaat yükümlülüğü ile hukukun üstünlüğü arasında çatışmanın oluştuğuna ilişkin olarak bkz. Gaeta, s. 173.

²³² Gaeta, s. 175.

Teori kapsamında hukuka açık aykırılık ölçütüne yönelik olarak ölçütün içeriğinin belirsiz olduğu eleştirileri getirilmiştir²³³. Hukuka açıkça aykırı olmanın bir tanımı olmadığı gibi her somut olayda hakimler tarafından belirlenecek olmasının adaletsiz sonuçlar doğuracağı da altı çizilmiştir²³⁴. Bu doğrultuda koşullu sorumluluk teorisi çerçevesinde emrin “hukuka açıkça aykırı” olup olmadığının diğer bir deyişle emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesinin beklenip beklenemeyeceğinin nasıl tespit edileceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Objektif görüş ortalama bir kişinin emrin hukuka aykırılığını bilmesinin mümkün olup olmadığını dikkate alırken, sübjektif görüş somut olayda emri ifa eden kişinin özelliklerinin göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerektiğini savunur²³⁵. Bu kapsamda teorinin temeli emri alanın “bilme ve bilmemesine” dayandırıldığı için teori hata kurumuyla iç içedir²³⁶.

Koşullu sorumluluk teorisinin doğuşu mahkeme içtihatlarının somut olay adaletini sağlamaya yönelik uygulamaları ve çözüm arayışları ile gerçekleşmiştir²³⁷. Bu yönü teorinin bugün en adil yaklaşım olarak kabul edilmesinde önemli etmendir²³⁸. Teori ilk defa 1915 yılında Avusturya-Macaristan Mahkemesi önünde görülen bir davada, emri ifa eden kişinin yalnızca emrin “hukuka aykırılığının açık olması” (*manifest illegality*) halinde sorumlu tutulacağına ilişkin bir kararın verilmesiyle gündeme gelmiştir²³⁹. Bu karardan sonra koşullu sorumluluk ilkesi, Birinci Dünya Savaşı sonrasında yürütülen yargılamalarda, Leipzig Mahkemesi tarafından verilen kararlarda kendini göstermiştir. Leipzig Mahkemesi önünde görülen *Dover Castle* ve *Llandovery Castle* davalarında emri ifa edenin emrin “hukuka aykırılığını bilmemesi” halinde sorumlu olmayacağı koşulu getirilmiştir²⁴⁰. Devam eden süreçte uluslararası hukuk kaynakları ve içtihatlarda mutlak sorumluluk ilkesine dönüldüğü görülmekteyse de koşullu sorumluluk ilkesi bugün UCM

²³³ Bohrer, “The Superior Orders Defence...”, s. 11.

²³⁴ Kudo, s. 14.

²³⁵ Ortalama zeka ve bilgiye sahip bir kişinin anlayabileceği hukuka aykırılığın somut olaydaki kişinin şahsi özellikleriyle birlikte değerlendirilerek tespit edildiği sübjektifleştirilmiş bir objektif ölçütün benimsenmesinin daha uygun olacağı hakkında bkz. Güneysu, s. 104.

²³⁶ Hinek, s. 35; Hata ile bağlantılı noktalarına ilişkin olarak bkz. Güneysu, s. 103.

²³⁷ Bilke, s. 14.

²³⁸ Bilke, s. 15.

²³⁹ Gaeta, s. 175; Van Sliedregt, s. 288.

²⁴⁰ Gaeta, s. 175.

Statüsü'nde (kısmen de olsa) açık bir ilke olarak kabul edilmekle günümüz uluslararası hukuk yargılamalarında benimsenen bir ilke olmuştur²⁴¹.

B. Uluslararası Hukukta Kurumun Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Emrin ifasının uluslararası hukukun ihlali niteliği taşıyan eylemler bakımından etkisinin tartışıldığı ilk dava örnekleri, uluslararası hukuk kaynaklarından ve uluslararası yargılamalardan önce çeşitli ulusal hukuk düzenlerinde ve içtihadında ortaya çıkmıştır²⁴². Ulusal mahkemelerde görülen bu davalarda yer alan emrin ifası savunmasına ilişkin tartışmalar kurumun uluslararası hukuktaki ortaya çıkışının zeminini hazırlamıştır. Bu çerçevede çalışmamızda emrin ifasının uluslararası hukuktaki tarihsel gelişim süreci, ulusal yargılamalara konu olan örneklerle bağlantılı şekilde, önemli gelişmelerin kronolojik sırası izlenerek ele alınmıştır.

1. 20. Yüzyıl Öncesi Gelişmeler

Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin uluslararası hukukta ilk defa gündeme geldiği davalardan biri 1474 yılında *Peter von Hagenbach*'ın yargılandığı davadır²⁴³. Burgogne Dükü (Avusturya) tarafından vali olarak atandığı Breisach bölgesinde kasten öldürme, ırza geçme, mülkiyete el koyma gibi fiillerle hüküm sürmesi nedeniyle yargılanan *von Hagenbach*, yargılama sırasında, Burgogne Dükünün emrinin gereğini yerine getirdiğini, emre itaat yükümlülüğünün olduğunu ve emri sorgulama hakkına sahip olmadığını vurgulayarak emrin ifasını bir savunma olarak ileri sürmüştür²⁴⁴. Ancak mahkeme bu savunmayı, bu tür emirlerin yerine getirilmemesi gerektiği gerekçesiyle kabul etmemiştir²⁴⁵. Emrin ifasının ceza

²⁴¹ Kudo, s. 13; Bugün ulusal hukuk mevzuatlarında da çoğunlukla koşullu sorumluluk ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Gaeta, s. 176-177; Bu maddenin mutlak sorumluluk anlayışının sonunu getirmiş olduğuna ilişkin olarak bkz. Van Sliedregt, s. 299; Liang, s. 881.

²⁴² Wilner, s. 128.

²⁴³ Dinstein, s. 123, 124; Gary D. Solis, "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums", *American University International Law Review*, 15, no. 2, 1999, ss. 481-526, s. 485.

²⁴⁴ Dinstein, s. 123-124; Kudo, s. 26; Lippman, s. 158.

²⁴⁵ Emrin ifası savunması Tanrı'nın ve insanoğlunun kanunlarına aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Lippman, s. 158; Hinek, s. 4.

sorumluluğunu kaldıran bir savunma olup olamayacağının gündeme getirildiği bir örnek olsa da, davanın uluslararası hukuk yargılaması niteliği taşıdığı tartışmalıdır²⁴⁶.

Von Hagenbach'ın yargılanmasından sonra, 1661 yılında Kaptan *Axtell*'in İngiliz mahkemeleri önünde yargılandığı davada emrin ifası savunması yeniden tartışılmıştır²⁴⁷. Bu davaya bakan mahkeme, emri veren kişinin hain olduğu ve emrin de hainlik içerdiği hallerde emrin ifasının geçerli bir savunma olarak kabul edilemeyeceğini belirterek savunmayı reddetmiştir²⁴⁸.

İlk içtihat örneklerinde emrin ifasının geçerli bir savunma olarak kabul edilmediği ve emri ifa eden kişinin sorumlu tutulduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu örneklerde, açıkça ifade edilmiş olmasa da, emre itaat yükümlülüğünü belirlerken emrin içeriğinin ve hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmeye alınması gerektiğinin ortaya konulmuş olduğu da ileri sürülmüştür²⁴⁹. 19. yüzyıla gelindiğinde ise emrin ifasının tartışıldığı içtihat örneklerinde farklı yaklaşımlara da yer vermeye başlanmıştır. Bu konuda özellikle Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri içtihadındaki tartışmalar ve görüşler öne çıkmaktadır²⁵⁰.

Birleşik Krallık mahkemeleri içtihadındaki örneklerden ilki 1813 yılında asteğmen *Maxwell*'in yargılamasına ilişkindir. Kararda, Fransız savaş esirini vurma emrini ifa eden asteğmen *Maxwell*'in üstü tarafından verilen bir emri ifa ettiği yönündeki savunması, hukuka aykırı bir emri ifa etme görevinin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş; kararda amirlerin hukuka uygun emir vermeleri gerektiği ve askerlerin de ülkenin hukuk kurallarına aykırı olan emirleri ifa etmeme yetkilerinin olduğu hususları vurgulanmıştır²⁵¹. Birleşik Krallık mahkemeleri içtihadındaki 1816 tarihli *Rex v. Thomas* kararında ise, emri ifa edenin sorumluluğuna ilişkin farklı bir yaklaşım izlenmiştir. Karara konu olayda, deniz piyadesi olan Thomas'ın yaklaşan deniz aracına ateş açması ve bir kişinin ölümüne neden olması eyleminde emri ifa ettiği yönündeki savunması dönemin genel

²⁴⁶ Uluslararası nitelikte olduğu yönündeki görüş için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 291, dn. 118; Uluslararası dava örneği olarak kabul etmeyen görüş için bkz. Kudo, s. 26. Uluslararası yargılama niteliği hakkındaki görüşler için bkz. Dinstein, s. 124.

²⁴⁷ Kudo, s. 26.

²⁴⁸ Solis, s. 486; Daniel, s. 41; Kudo, s. 27.

²⁴⁹ Daniel, s. 41.

²⁵⁰ Anglo-Amerikan mahkemelerinin ayrıntılı içtihat örnekleri için bkz. Güneysu, s. 25-28.

²⁵¹ Wilner, s. 130; Güneysu, s. 26, dn. 78, Kudo, s. 28.

yaklaşımı doğrultusunda kabul edilmemiş ve Thomas sorumlu tutulmuştur. Ancak jüri, emre itaatsizlik yaptırımının ağırlığı ve verilen emri sorgulamasının ortaya çıkaracağı ağır sonuçların varlığını dikkate alarak Thomas'ın içinde bulunduğu baskı nedeniyle affedilmesini önermiştir²⁵². Bu kararın emre itaatsizliğin yaptırımını altındaki askerin emrin hukuka aykırılığını sorgulamaktan kaçınabileceği hususunun değerlendirilmeye alınması bakımından önemli olduğu ifade edilmiştir²⁵³.

1867 yılına gelindiğinde Amerikan mahkemeleri önünde görülen *McCall v. McCowell* davasının emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin önemli bazı değerlendirmeleri ortaya koyduğu görülür. Bu davada mahkeme, yetkili merciin emrini ifa etmiş olmanın, emrin hukuka aykırı olduğunun ilk bakışta dahi açık şekilde anlaşıldığı haller dışında, emre itaat eden kişileri koruyacağını belirtmiştir²⁵⁴. Bu dava, Amerikan mahkemelerinde emrin ifasına ilişkin o döneme kadar yerleşmiş olan emrin ifasının bir savunma oluşturamayacağına ilişkin yaklaşımdan uzaklaşıldığı bir örnektir²⁵⁵. Amerikan hukuku içtihadında ilk yaklaşım mutlak sorumluluk ilkesini takip etmek yönünde iken bu kararlar birlikte açık hukuka aykırılık ölçütü içtihatlarında yer almaya başlamış ve bazı mahkeme kararlarında emri alanın sorumluluğunu belirlemede bir ölçüt olarak kullanılmıştır²⁵⁶. Benzer şekilde 1890 yılında Birleşik Krallık mahkemeleri önünde görülen *Regina v. Smith* davasında da yine emrin hukuka açıkça aykırı olup olmadığı hususu dikkate alınmıştır. Smith adlı askerin bir sivil öldürme emrini ifa ederek ölüme yol açmasına ilişkin bu davada, mahkeme amirinin emrini ifa etmiş olması nedeniyle askerin sorumlu tutulamayacağına hükmetmişse de, kararda askerin görevinin gereğini yaptığını düşünerek hareket ettiği hallerde emir açıkça hukuka aykırı da olmadığı sürece ifasından sorumlu olunamayacağı vurgulanmıştır²⁵⁷.

²⁵² McCoubrey, s. 386-387; Güneysu, s. 27.

²⁵³ Güneysu, s. 27.

²⁵⁴ Solis, s. 490; Kararda emrin kişiye içgüdüsel olarak o emre itaat etmemesi gerektiğini düşündürecek kadar vahim ve hukuka aykırı olduğu durumlarda emrin ifasının savunma olamayacağı belirtilmiştir. Inco, s. 401; Wilner, s. 129; Daniel, s. 43.

²⁵⁵ Amerikan Mahkemeleri önünde görülen emrin ifasının ileri sürüldüğü diğer davalarda emrin ifasının suç oluşturan eylemi meşrulaştıramayacağı genel olarak kabul edilmekteydi. Wilner, s. 129.

²⁵⁶ Inco, s. 402; Bu dönemde Amerikan mahkemeleri önünde görülen diğer dava örnekleri için bkz. Hinek, s. 5-6.

²⁵⁷ Solis, s. 493; Wilner, s. 131; Lütem, s. 155; Güneysu, s. 28.

2. 20. Yüzyıl ve Birinci Dünya Savaşı Dönemi

Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine yönelik genel yaklaşım 20. yüzyılda *Oppenheim*'in görüşleri doğrultusunda şekil değiştirmeye başlamıştır. *Oppenheim* 1904 yılında kaleme aldığı kitabında askerlerin hükümet veya amirleri tarafından verilen emirleri ifa etmeleri halinde bu eylemlerinden dolayı sorumlu tutulamayacaklarını, sorumluluğun yalnızca emri verene ait olacağını kabul eden, emri ifa edenin mutlak sorumsuzluğu veya diğer bir ifadeyle amirin sorumluluğu (*respondeat superior*) kuralını savunmuştur²⁵⁸. *Oppenheim*'in bu görüşlerinin etkisinde kaleme alınan 1912 tarihli İngiliz Askeri Rehberi ile 1914 tarihli Amerikan Kara Harbi Kuralları metinlerinde de amirin mutlak sorumluluğunu düzenleyen hükümlere yer verilmiştir²⁵⁹. Böylece o döneme kadar içtihatlarda yerleşik hal almış olan “açıkça hukuka aykırı emirler istisnası dışında emri ifa edenin sorumlu olacağı” yönündeki yaklaşım²⁶⁰ 20. yüzyılın başlarında *Oppenheim*'in etkisiyle, yerini emri ifa edenin mutlak sorumsuzluğu ilkesine bırakmış ve bu ilke İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki yargılamalara kadar etkisini sürdürmüştür²⁶¹.

Bununla birlikte 1915 yılında Avusturya-Macaristan Askeri Mahkemesi'nin verdiği bir kararında mutlak sorumluluk anlayışından ayrıldığı, böylelikle içtihatlarda emri ifa eden kişinin sorumluluğunun sınırlandığı bazı yaklaşımların da izlenebildiği görülür. Anılan kararda emrin ifası sonucunda işlenen suçtan dolayı yalnızca emrin hukuka aykırı olması halinde sorumlu olunabileceği, aksi halde emrin ifasının sorumluluğu kaldıracağı ifade edilmiştir²⁶².

Emrin ifasının uluslararası hukukta gelişim seyrinde önemli bir süreç Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra yürütülen yargılamalar sürecidir. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, kaybeden devletlerin liderleri ile askerlerinin savaş hukuku ihlallerinden dolayı yargılanmalarına karar verilmiştir. Bu yargılamalar her ne kadar

²⁵⁸ Solis, s. 494; Hinek, s. 7; Güneysu, s. 29.

²⁵⁹ Solis, s. 494; Wilner, s. 131-132; Insko, s. 403; Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda...”, s. 67; Güneysu, s. 30-31.

²⁶⁰ Britanya ve Amerikan mahkemelerinde 19. yüzyılın ortalarında bu ilke yerleşik hal almıştır. Solis, s. 493; Hinek, s. 7.

²⁶¹ İkinci Dünya Savaşı sonrasında bu yaklaşımın değişmesinin nedeni Alman savaş suçlularının yargılanabilmesi ve cezalandırılabilmesinin istenmesidir. Insko, s. 404; Güneysu, s. 31.

²⁶² Gaeta, s. 175.

savaş suçları gibi uluslararası hukuku ilgilendiren konuda olsa da, ulusal mevzuat kullanılarak devletlerin kendi yargı makamları tarafından yürütülmüştür²⁶³. Bu yargılamalar sırasında Alman liderlerinin ve askerlerinin yargılamalarının yürütüldüğü Leipzig'deki Alman Yüksek Mahkemesi önünde görülen²⁶⁴ ve Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin²⁶⁵ uygulandığı davalardan ikisi emrin ifasının bir savunma olarak ileri sürülmesi ve tartışılmasıyla öne çıkmıştır²⁶⁶. Bunlardan *Dover Castle Davası*'nda, Mahkeme bir Alman denizaltısının kaptanı olan Neumann'ın *Dover Castle* isimli bir İngiliz hastane gemisini batırarak mürettebatın ölümüne yol açması eyleminde, hükümetin emrini ifa ettiği yönündeki savunmasını tartışmıştır²⁶⁷. Yargılanan askerler, daha önce Alman yetkililer tarafından rotaya uymayan düşman hastane gemilerinin batırılacağına ilişkin bir duyuru yapılmış olduğu ve bu doğrultuda olaydaki hastane gemisine ateş açılmasında hukuka uygun bir askeri misilleme yapıldığını zannettiklerini savunma olarak ileri sürmüştür. Mahkeme bu savunmayı haklı görmüş, Alman Askeri Ceza Kanunu'nun hükmüne uygun olarak, emrin ifasıyla gerçekleşen eylemden sorumlu olunabilmesi için emrin ifasının suç oluşturacağının bilinmesi gerektiğini vurgulamış ve somut olayda bilgisi bulunmayan askerlerin cezalandırılmayacağını belirtmiştir²⁶⁸. Diğer bir dava olan *Llandovery Castle Davası*'nda ise Mahkeme, üstünden aldığı emri ifanın astın sorumluluğunu kaldırmadığına karar vermiş, gerekçe olarak da somut olayda ifa edilen emirlerin hukuka aykırı olduklarının herkes tarafından anlaşılabilir olmasını göstermiştir. Karara konu olan olayda, Alman denizaltısında görev yapan askerler bir

²⁶³ Savaş sonrasında İtilaf devletleri ile Almanya arasında imzalanan Versailles Antlaşması ile savaş suçlarının uluslararası bir mahkemede yargılamalarına başlanması kararlaştırılmış, ancak devletlerin egemenliği, devlet başkanının sorumsuzluğu ilkelerine dayanan tezlerin ileri sürülmesi ve Almanya'nın savaş suçlularını iadeye yanaşmaması gibi çeşitli nedenlerle yargılamalar ulusal mahkemelere bırakılmıştır. Tezcan/ Erdem/ Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, s. 296; Sonuçta Almanya, savaş suçu faillerini yargılamayı kabul ederek 33 kişiyi Leipzig'deki Yüksek Mahkeme'ye sevk etmiştir. Kudo, s. 33-34; Wilner, s. 134; Süreçle ilgili olarak ayrıca bkz. Maogoto, s. 5-6.

²⁶⁴ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara: Turhan Yayınevi, 2020, s. 350; Güneysu, s. 35.

²⁶⁵ Alman Askeri Ceza Kanunu m. 47'ye göre, emri ifa eden kişi aldığı emrin sınırlarını aştığı veya emrin hukuka aykırı olduğunu bildiği haller dışında sorumlu tutulmaz. Solis, s. 500, dn. 87; Green, s. 177.

²⁶⁶ Wilner, s. 134; Maogoto, s. 6; Hinek, s. 9.

²⁶⁷ "German War Trials: Judgment In Case of Commander Carl Neumann", **The American Journal of International Law**, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), ss. 704-708, s. 705. <http://www.jstor.org/stable/2187593> (Erişim Tarihi: 01.03.2018); Solis, s. 500; Maogoto, s. 6; Dinstein, s. 12-13; Güneysu, s. 45.

²⁶⁸ Solis, s. 500; Kudo, s. 35; Maogoto, s. 7; Lippman, s. 166, 170; Dinstein, s. 13; "German War Trials: Judgment In Case of Commander Carl Neumann", **The American Journal of International Law**, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), ss. 704-708, s. 707-708. <http://www.jstor.org/stable/2187593> (Erişim Tarihi: 01.03.2018)

hastane gemisinin batırılması ve daha sonra o gemiden kurtulanların bulunduğu filikalara ateş açılması yönündeki emirleri ifa ederek bu kişilerin ölümüne yol açmıştır. Mahkeme, hastane gemisinin batırılması emrini ifa etmeyi bir savunma olarak kabul etmiş ise de, batan gemiden kurtulan kişilere ateş açılması emrinin sorumluluğu kaldırmadığına karar vermiştir²⁶⁹. Mahkeme askerlerin bu emrin yerine getirilmesinin hukuka aykırı olduğunu bildiklerini kabul etmiş, askerlerin aldıkları emirleri sorgulamak yükümlülüğü olmasa da hukuka aykırı olduğu çok açık olan, herkes tarafından bilinebilecek olan fiilleri gerçekleştirdikleri için sorumluluktan kurtulamayacaklarını ifade etmiştir²⁷⁰. Ancak bu durumun cezanın hafifletilmesinde dikkate alınabileceğine de değerlendirmeleri arasında yer vermiştir²⁷¹. Kararda mahkeme ayrıca, askerlerin hukuka aykırı emirlere itaat etmeyi reddetmeleri gerektiğini vurgulamış, bununla birlikte emre itaatsizlik halinde askerlerin herhangi bir tehdit veya tehlikeyle karşılaşp karşılaşmayacaklarını da değerlendirmiştir²⁷².

Görüldüğü gibi, Birinci Dünya Savaşı sonrası yargılamalarda, Oppenheim'in yalnızca emri verenin sorumlu olacağı (*respondeat superior*) görüşünün yerini emri ifa edenlerin de sorumlu tutulabileceğini kabul eden bir yaklaşım almıştır. Bu davalarda, kural olarak emri ifa eden kişilerin sorumlu tutulamayacakları kabul edilse de belli koşullarda sorumlu tutulmalarının mümkün olduğu ve bunun ölçütünün de “emrin hukuka aykırılığının bilinmesine” dayandırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır²⁷³. Böylece savaş hukuku ihlallerine yönelik yargılamalarda koşullu sorumluluk yaklaşımının benimsendiği içtihat örnekleri oluşturulmaya

²⁶⁹ Hinek, s. 10; Mahkeme savunmasız kişilere ateş açıldığının hukuka aykırılığının oldukça açık olduğunu vurgulamıştır. “German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt”, **The American Journal of International Law**, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), ss. 708-724, s. 722. www.jstor.org/stable/2187594 (Erişim Tarihi: 27.04.2018)

²⁷⁰ Wilner, s. 134; Van Sliedregt, s. 288; Green, s. 178; Mahkeme faillerin emrin hukuka aykırılığına yönelik somut bilgisini ölçmüş ve filikalara ateş etme eyleminin savaş hukukuna aykırı olduğunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Solis, s. 501; Kararda Alman Askeri Ceza Kanunu m. 47’de yer alan hukuka aykırılığı “bilen”nin “bilmesi gereken”i de kapsayacak şekilde yorumlanmış olduğu hakkında bkz. A. van Verseveld, **Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes**, University of Amsterdam, UvA-DARE (Digital Academic Repository), 2011, s. 109. <https://dare.uva.nl/search?field1=keyword;value1=verseveld;docsPerPage=1;startDoc=2> (Erişim Tarihi: 30.11.2020)

²⁷¹ Green, s. 178; Van Verseveld, s. 109; Dinstei, s. 15.

²⁷² Güneysu, s. 48; “German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt”, **The American Journal of International Law**, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), ss. 708-724, s. 722. www.jstor.org/stable/2187594 (Erişim Tarihi: 27.04.2018)

²⁷³ Güneysu, s. 54; Dinstei, s. 19; Anılan kararlarda mahkemenin askeri disiplinin gerekleri ile emir alan askerlerin emrin açıkça hukuka aykırı olan emirlere itaat etmeme yükümlülüğü arasında bir denge oluşturulduğu görülmektedir. Lippman, s. 170; Bu doğrultuda kararların açık hukuka aykırılık ölçütünü takip ettiği tespit edilmektedir. Liang, s. 875.

başlanmıştır²⁷⁴. Bu yaklaşımın benimsenmesinin esas nedeni yargılamalarda kullanılan Alman Askeri Ceza Kanunu'nun ilgili maddesinde, kural olarak amirin sorumlu olduğunun kabul edilmesi, ancak emrin hukuka aykırılığını bilmesi halinde emir ifa edenin de sorumlu tutulabileceğinin düzenlenmiş olmasıdır²⁷⁵. Her ne kadar ulusal hukuk mevzuatına göre ve ulusal makamlarca yürütülmüş olsa da Birinci Dünya Savaşı sonrasındaki yargılamalardan çıkan yaklaşım değişikliğinin uluslararası hukuktaki etkisi önemlidir. Bu yargılama sürecini takiben birçok ülkenin ulusal mevzuatında koşullu sorumluluk ilkesinin yer aldığı görülmüştür²⁷⁶.

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonraki süreçte, her ne kadar yeterli sayıda taraf devlete erişemese de, emrin ifasına ilişkin hüküm içeren bir uluslararası hukuk metni olarak 1922 tarihli Washington Antlaşması'na değinmek gerekir. Savaş Sırasında Denizaltıların ve Zehirli Gazların Kullanımına ilişkin Washington Antlaşması'nda antlaşmaya taraf devlet askerlerinin, devlet yetkililerinin emri altında işleyip işlemediklerine bakılmaksızın antlaşmada yer alan ihlallerden sorumlu tutulacakları ifade edilmiştir²⁷⁷.

3. İkinci Dünya Savaşı Dönemi

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, savaş sırasında yaşanan savaş hukuku ihlallerine yönelik olarak yürütülecek yargılamalarla ilgili olarak pek çok toplantı ve görüşme yapılmış²⁷⁸, Birinci Dünya Savaşı sonrasındaki yargılama sürecine benzer bir sonucun önlenmesi amaçlanmıştır²⁷⁹.

²⁷⁴ Van Sliedregt, s. 288.

²⁷⁵ Maogoto, s. 3; Dinstein, s. 19.

²⁷⁶ Erdoğan, s. 57; Bu yargılamalarda benimsenen yaklaşım Oppenheim'in eserinin 1940 tarihli 6. baskısında görüşün değiştirilmesine etki etmiş, 6. baskıda Llandovery Castle kararı örnek gösterilmiştir. Benzer yönde değişiklikler İngiliz ve Amerikan savaş hukuku rehberlerine de yansımıştır. Green, s. 178-179.

²⁷⁷ Dinstein, s. 97.

²⁷⁸ Bu süreçte yürütülen çalışmalarla ilgili olarak bkz. Güneysu, s. 57-59,

²⁷⁹ Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan yargılamaların ulusal mahkemelere bırakılması neticesinde mahkemeler dönemin siyasi atmosferinin etkisinde kalmış ve yalnızca 12 Alman vatandaşı yargılanabilmiş, verilen cezalar oldukça sembolik düzeyde kalmış ve pek azı infaz edilebilmiştir. Solis, s. 499, 507; Bu süreçte Birinci Dünya Savaşı'ndaki sonucun tekrarlanması istenmiyorsa bu konudaki teorinin gözden geçirilmesi gerektiği ortaya konmuştur. Wilner, s. 136; Hiromi Sato, "The Defense of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law", *International Criminal Law Review*, 9, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 117-137, s. 131; Hinek, s. 12.

Bu süreçte yürütülen hazırlık çalışmalarında, emrin ifası savunmasının kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmalarda temel iki karşıt yaklaşım savunulmuştur. Anglo-Amerikan yaklaşımı emrin ifasının somut olayın gerektirdiği hallerde cezasızlık veya indirim nedeni olarak kabul edilebilmesine imkan tanındığı bir kuralın ihdas edilmesini, Sovyet yaklaşımı ise emrin ifasının hiçbir koşulda savaş suçları bakımından bir cezasızlık veya indirim nedeni oluşturmaması gerektiğini ileri sürmüştür²⁸⁰. Hazırlık sürecinin sonunda oluşturulan ve 1945 yılında imzalanan Londra Anlaşması ile Uluslararası Askeri Mahkeme (Nürnberg Mahkemesi) kurulmuş²⁸¹, Mahkeme'nin yargılama kurallarını belirleyen Londra Anlaşması'na Ek Mahkeme Statüsü (Nürnberg Statüsü) ile birlikte emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin açık bir kural içeren 8. madde ihdas edilmiş, Nürnberg Statüsü emrin ifasına ilişkin düzenleme getiren ilk büyük uluslararası hukuk metni olmuştur²⁸².

Nürnberg Statüsü'nün 8. maddesinde yer verilen düzenlemede, yetkili merciin verdiği emri ifa etmenin kişiyi ceza sorumluluğundan kurtarmayacağı, ancak Mahkeme'nin adaletin gerektirdiğini takdir etmesi halinde cezada indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği belirtilmiştir²⁸³. Böylece Nürnberg Statüsü ile birlikte, Birinci Dünya Savaşı sonrasındaki yargılamalarda hakim olmaya başlayan koşullu (sınırlı) sorumluluk anlayışı yerine, emri ifa edenin ve emri verenin her koşulda sorumlu tutulduğu mutlak sorumluluk anlayışı benimsenmiştir. Bu yönüyle benimsenen tutumun Sovyet yaklaşımına daha yakın olduğu ifade edilmektedir²⁸⁴. Ayrıca Nürnberg Statüsü'nde mutlak sorumluluk kuralının benimsenmesinde İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan savaş hukuku ihlallerinin ağırlığının ve bu ağırlıktaki eylemlerin her zaman açıkça hukuka aykırı olduğunun kabul edileceği düşüncesinin etkili olduğuna da dikkat çekilmiştir²⁸⁵. Ancak her ne kadar Statü'de emri ifa eden

²⁸⁰ Hinek, s. 14; Lippman, s. 179-180; Dinstein, s. 109, 113; Güneysu, s. 60-61.

²⁸¹ Pazarıcı, s. 350. BM Londra Anlaşması Metni için bkz. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

²⁸² Robert Cryer, "International Criminal Law", in **International Law**, Ed. Malcolm D. Evans, 5th Edition, Oxford University Press, UK, 2018, ss. 743-774, s. 759; Wilner, s. 138; Hinek, s. 15.

²⁸³ Solis, s. 515; Sato, s. 118. BM Londra Anlaşması Metni için bkz. https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

²⁸⁴ Güneysu, s. 61-62.

²⁸⁵ Osiel, s. 948; Lachlan Harris, "The International Criminal Court and the Superior Orders Defence", **University of Tasmania Law Review**, Vol. 22, No. 2, 2003, ss. 200 -213, s. 207; Diğer bir husus olarak Nürnberg Statüsü'ndeki kuralın benimsenmesinde genellikle emre itaat yükümlülüğü altında

kişinin mutlak sorumluluğu kuralı benimsenmiş olsa da, yargılamalar sırasında bu kural somut olayda emri ifa edenin içinde bulunduğu koşullar göz önünde bulundurularak yeniden yorumlanmıştır²⁸⁶. Mahkeme, özellikle emrin ifası sırasında emri ifa eden kişinin tehdit veya baskı altında bulunup bulunmadığını, iradesinin bu yönde bir etki altında kalıp kalmadığını dikkate almıştır²⁸⁷. Mahkeme'ye göre, emri alan kişi, itaat edip etmeme konusunda serbestçe bir seçim yapma imkan ve iktidarına sahip olup olmadığına göre değerlendirilmeli, iradesini etkileyen maddi veya manevi bir cebir altında olup olmadığına göre sonuca ulaşılmalıdır. Mahkeme bu doğrultuda özellikle alt rütbeli askerler bakımından emri ifa sırasında “ahlaki bir seçim” (*moral choice*) yapma imkanını²⁸⁸ bir ölçüt olarak belirlemiştir²⁸⁹.

Nürnberg Mahkemesi'nin yargı yetkisi dışında kalan, daha düşük rütbeli Alman savaş suçlularının yargılamaları (*subsequent trials*) ayrı mahkemeler tarafından yürütülmüş, bu yargılamalarda da Nürnberg Statüsü'ndeki mutlak sorumluluk kuralını tekrar eden, Denetim Konseyi 10 numaralı Kanunu'nun (Control Council Law No. 10) II.4/b maddesi uygulanmıştır²⁹⁰. Maddede emrin ifasının savunma olarak kabul edilemeyeceği ancak indirim yapılabileceği belirtilmiştir²⁹¹. Yine Nürnberg yargılamalarında olduğu gibi, takip eden yargılamalar sırasında da mahkemeler emrin ifasına ilişkin kuralın uygulamasında daha yumuşak bir yaklaşım benimsemiş, gerek “ahlaki bir seçim yapabilme” (*moral choice*) ölçütünü gerekse maddi veya manevi cebir (*duress*)²⁹² varlığını dikkate alarak sınırlı sorumluluk

olmayan üst düzey askerlerin yargılanacaklarının dikkate alınmasının da etkili olduğu ifade edilmektedir. Lippman, s. 180; McCoubrey, s. 390.

²⁸⁶ Güneysu, s. 5; Harris, s. 210; Mahkemenin Londra Konferansı'nda belirlenen ilkelerin dışına çıkarak farklı kurallar geliştirdiğine ilişkin olarak bkz. Sato, s. 124; Osiel, s. 948.

²⁸⁷ Wilner, s. 138-139; Bu yönüyle Mahkemenin emrin ifasından sorumluluk konusunda iradiliği (*voluntariness*) dikkate aldığı hakkında bkz. Lippman, s. 185.

²⁸⁸ Ahlaki bir seçim yapma imkanı bulunmayan kişi, iradesi maddi manevi cebir veya başka bir şekilde etki altında bırakılmış olan kişi olarak ifade edilebilir. Bkz. Değirmenci, “Uluslararası Ceza Hukukunda...”, s. 74.

²⁸⁹ Dinstein, s. 149; Solis, s. 516; Wilner, s. 138; Ahlaki seçim yapma ölçütü Mahkeme tarafından açıkça belirlenmediğinden farklı yaklaşımlarla yorumlanarak çeşitli anlamlar verilmeye çalışmıştır. Sato, s. 122; Ahlaki seçim yapabilme kişinin kendisinin veya ailesinin hayatını riske atmadan emri ifa etmeyi reddedebilme imkanının olması olarak açıklanabilir. Minow, s. 19.

²⁹⁰ Bu Kanun ile Nürnberg Mahkemesi'nin yetkisi dışında kalan savaş suçluları için Almanya'da bulunan ulusal askeri mahkemeleri aracılığıyla yargılama yetkisi tanınmıştır. Pazarcı, s. 350; Nürnberg Mahkemesi'nin amaç ve yöntemlerini benimsediği için “takip eden davalar” (*subsequent trials*) olarak adlandırılmıştır. Solis, s. 517; Wilner, s. 139; Sato, s. 123; Maogoto, s. 14., Hinek, s. 17.

²⁹¹ Dinstein, s. 163; Solis, s. 517; Maogoto, s. 14.

²⁹² Belirtmek gerekir ki “*duress*” kavramı eylemlerin maddi veya manevi cebir ile baskı altında gerçekleştirilmesini ifade etmekle birlikte bazı kaynaklarda zorunluluk halini (*necessity*) de içerecek şekilde kullanılmakta, düzenlenebilmektedir. Roma Statüsü'nde iki hali de içeren şekilde

teorisini takip etmiştir²⁹³. Bu çerçevede mahkeme askerlerin aldıkları hukuka aykırı emri ifa etmeme yönünde bir seçim yapma imkanlarının olup olmadığını tespit ederken bu seçimi yapma imkanını ortadan kaldıran maddi veya manevi cebrin var olup olmadığını da incelemek zorunda kalmıştır²⁹⁴. Yargılamalar sırasında görülen davaların önemli kısmında, emrin ifasının astın sorumluluğunu kaldırmayacağı yönündeki kuralın doğrudan uygulandığı kararlar verildiği gibi, kuralın esnetilerek sınırlı hallerde sorumlu tutulmalarının mümkün olmadığına hükmedilen kararlar da bulunmaktadır²⁹⁵. Örneğin bu yargılamalar kapsamında görülen *Einsatzgruppen davasında*, mahkeme Denetim Konseyi 10 numaralı Kanunu'nun (Control Council Law No. 10) II.4/b maddesini uygulamış, askerlerin her emre itaat eden bir makine olmadıklarını, muhakeme edebilen bir insan olarak meşru olmayan emirlere itaat etmemeleri gerektiğini, bu tür emirlere bilerek itaat etmiş olmanın sorumluluğa etki etmeyeceği sonuçlarına ulaşmıştır²⁹⁶. Bu davada Mahkeme, emri ifa eden askerlerin emrin hukuka aykırılığını bilmedikleri konusunda mazur görülebilir bir gerekçe sunabilmeleri halinde, emri ciddi bir tehdit altında veya istemsiz olarak ifa etmeleri halinde emrin ifasının savunma olarak ileri sürülebileceğini ya da indirim nedeni olabileceğini ortaya koymuştur²⁹⁷. Bu kapsamda değerlendirme yaparken Mahkeme, emrin ifa edilmesi halinde neden olunacak zarar ile emre itaat etmeme halinde karşılaşılabilecek zarar arasında bir orantılılığın bulunması gerektiğini vurgulamıştır²⁹⁸. Benzer şekilde örnek verilebilecek diğer bir dava olan *Hostages Davasında* davaya bakan mahkeme, kararında emrin hukuka aykırılığının ifa eden kişi tarafından bilinmemesi veya bilmesinin kendisinden beklenmemesi halinde ceza sorumluluğunu kaldırabileceğini kabul eden ifadelerle yer vermiş, ancak dava konusu olayda sanıkların görevdeki tecrübeleri göz önünde bulundurulduğunda hukuka

düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. R. Murat Önok, "Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor", **Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu**, s. 63 http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2021).

²⁹³ Solis, s. 517-518; Bu yargılamalar sırasında II.4/b maddesindeki kuralın dışına çıkıldığı ve açık hukuka aykırılık ölçütüne benzer bir yaklaşımın dikkate alındığı hakkında bkz. Hinek, s. 18.

²⁹⁴ Daniel, s. 45; Ilias Bantekas, **International Criminal Law**, Portland-Oregon: Hart Publishing, 2010, s. 106.

²⁹⁵ Karar örnekleri için bkz. Solis, s. 518-519; Van Sliedregt, s. 297; Yine farklı ülke mahkemeleri önünde görülen davaların ayrıntılı örnekleri için bkz. Van Verseverd, s. 110-125; Lippman, s. 204-215.

²⁹⁶ Minow, s. 18-19; Dinstei, s. 179; Bu yargılamalar kapsamında görülen *Einsatzgruppen* ve *Flick* kararlarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. Sato, s. 123-124; Maogoto, s. 15.

²⁹⁷ Lippman, s. 192; Dinstei, s. 180.

²⁹⁸ Lippman, s. 192; Dinstei, s. 180; Kudo, s. 21.

aykırılığı bildikleri sonucuna ulaşarak emrin ifasının sorumluluğa etki etmeyeceğine, yalnızca cezada indirim imkan verebileceğine hükmetmiştir²⁹⁹.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Japon savaş suçlularının yargılanmasına yönelik olarak 1946 yılında Tokyo’da Uluslararası Uzakdoğu Askeri Mahkemesi kurulmuş³⁰⁰, Nürnberg Mahkemesi örnek alınarak bir Mahkeme Statüsü (Tokyo Statüsü) oluşturulmuştur. Tokyo Statüsü’nün 6. maddesinde yer verilen emrin ifasına ilişkin hükmün Nürnberg Statüsü’nün 8. maddesiyle örtüştüğü genel olarak kabul edilmekteyse de, her iki hüküm arasında farklılığın bulunduğu dikkat çeken görüşler de bulunmaktadır³⁰¹. Tokyo Statüsü’ndeki “*emrin ifa edilmiş olmasının kişiyi sorumluluktan kurtarmaya tek başına yetmeyeceği, Mahkeme’nin hakkaniyete uygun bulunduğu takdirde cezada indirim sebebi olarak değerlendirebileceği*” şeklindeki hükmün, Nürnberg Statüsü’nün 8. maddesinden farklı olarak, emrin ifasının tek başına bir cezasızlık nedeni oluşturmaya yetmeyeceğini belirtmesinin iki hüküm arasında yaklaşım farkı olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir³⁰². Bununla birlikte Mahkeme’nin Nürnberg Mahkemesi’nin uygulamasından ayrıldığı görülmüştür³⁰³. Mahkeme önünde görülen *Jaluit Atoll Davası*’nda Japonya’nın kendine özgü totaliter yapısında emirlerin İmparator tarafından şahsen verilmiş gibi kabul edildiği bir anlayışın bulunduğu, “liberal ve bireyci” toplumlara ait düşünce yapısının uygulanamayacağına dikkat çekilmiş, emri ifa eden kişilerin kendi iradeleriyle hareket etmedikleri ileri sürülmüştür³⁰⁴. Ancak Mahkeme, ortalama bir kavrayışa sahip akli başında herhangi birinin hukuka aykırı olduğunu anlayabileceği

²⁹⁹ Van Verseverd, s. 111; Lippman, s. 194, 197; Böylece *Hostages Davasında* emrin ifasının koşullu olarak savunma oluşturabileceği kabul edilmiştir. Alexander Zahar/ Göran Sluiter, **International Criminal Law**, New York: Oxford University Press, 2008, s. 513.

³⁰⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 299.

³⁰¹ Dinstein, s. 156-157; Hinek, s. 17; Kudo, s. 70; Tokyo ve Nürnberg Mahkemeleri Statülerinin esasa ilişkin hususlarda benzer olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Sato, s. 124.

³⁰² Hinek, s. 17; Kudo’ya göre Tokyo Statüsü’ndeki “ceza sorumluluğunu kaldırmaya yetecek başlı başına bir neden oluşturmaz” ifadesi ile Nürnberg Statüsü’ndeki “ceza sorumluluğunu kaldırmaz” ifadesi arasında emrin ifasının etkisine yönelik yaklaşım farkı olduğu anlaşılmaktadır. Kudo, s. 70; Buradaki ifade farklılığından emrin ifasının tek başına olmasa da bazı diğer savunmalarla birlikte dikkate alınabileceği gibi bir sonuca ulaşılabilir. Van Slidregt, s. 289-290.

³⁰³ Dinstein, s. 157-158; Her iki mahkeme statüsünün de aynı kuralı benimsemiş olması nedeniyle, kuralın yorumunda da aynı yaklaşımların benimsenmiş olduğuna ilişkin Tokyo Askeri Mahkemesi görüşü hakkında bkz. Green, s. 185.

³⁰⁴ “Case No. 6 -The Jaluit Atoll Case”, in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected by the United Nations War Crime Commission, English Edition, Vol. I, Londra, 1947, s. 71-80, s. 74. https://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

denli açıkça hukuka aykırı olan emirlerin ifasının savunma oluşturmayacağını vurgulayarak bu yöndeki savunmaları reddetmiştir³⁰⁵.

4. 1945 Yılından Sonra Yaşanan Gelişmeler

İkinci Dünya Savaşı yargılamalarını takiben 1945 yılından sonraki dönemde, uluslararası hukukta emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisiyle ilgili genel kabul görece ve ortak bir uygulamaya dönüşebilecek bir kural bulunması için çalışmaların yapıldığı, hazırlanan uluslararası hukuk metinlerinde emrin ifasıyla ilgili hükümlere yer verilmeye çalışıldığı görülmektedir.

a. İlk Uluslararası Hukuk Metni Örnekleri

Emrin ifasına ilişkin olarak uluslararası hukukta genel bir kural ortaya koymaya yönelik çalışmalardan biri 1947 yılında Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Soykırım Sözleşmesi taslak metnidir. Bu metinde emrin ifasına ilişkin bir hükme yer verilerek soykırım suçu bakımından emrin ifasının savunma oluşturmayacağı düzenlenmiştir³⁰⁶. Ancak bu hüküm ulusal hukuk hükümleriyle çatıştığı için kabul görmeyerek nihai sözleşme metnine alınamamıştır³⁰⁷. Benzer şekilde Uluslararası Kızılhaç Komitesi tarafından 1949 yılında hazırlanan Cenevre Sözleşmesi metni ve bu sözleşmeye eklenen 1977 tarihli Ek Protokol metinlerinde de emrin ifasına ilişkin hüküm konulması istenmiştir. Bu metinlerde emrin ifasının bir savunma olup olmayacağına ilişkin düzenleme önerileri getirilmiş ancak uzlaşma sağlanamadığı için emrin ifasına ilişkin düzenleme protokol metninde yer alamamıştır³⁰⁸.

Uluslararası ceza hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine yönelik önemli bir çalışma BM Genel Kurulu tarafından görevlendirilen Uluslararası

³⁰⁵ “Case No. 6 -The Jaluit Atoll Case”, in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected by the United Nations War Crime Commission, English Edition, Vol. I, Londra, 1947, s. 71-80, s. 74. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020); Güneysu, s. 73.

³⁰⁶ Metnin önerilen farklı kaleme alınış şekilleri için bkz. Dinstein, s. 217-218.

³⁰⁷ Dinstein, s. 223; Kudo, s. 81.

³⁰⁸ Minow, s. 20; Sato, s. 127; Insko, s. 407; Kudo, s. 82-83; Van Sliedregt, s. 290; Osiel, s. 948.

Hukuk Komisyonu'nun 1950 yılında hazırladığı “Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi Kararlarında İfade Edilen Hukuk İlkeleri” başlıklı raporda Nürnberg Mahkemesi'ndeki yargılama sürecinde ulaşılan sonuçların tespit edilmesidir. Bu rapora göre emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin olarak ulaşılan sonuç, emri ifa edenin bu esnada ahlaki bir seçim yapma imkanına sahip olması halinde emrin ifasından sorumlu olacağı şeklindedir³⁰⁹. Görüldüğü üzere raporda ulaşılan sonuç Nürnberg Statüsü m. 8'de yer alan kuraldan farklı olmuştur. Nürnberg Statüsü'nde emrin ifasının sorumluluğu kaldırması mutlak olarak reddedilmekte ancak takdiren indirim yapılması mümkün sayılabilmekteydi. Sonuç Raporu'ndaki ilkelerde ise emrin ifasının sorumluluğu kaldırmadığı kuralı ahlaki bir seçim yapabilme koşuluna bağlanmıştır³¹⁰. Böylece ahlaki seçim yapılması mümkün olduğu için ve yapılabildiği sürece sorumluluğun devam edeceği, ahlaki seçim yapılamadığı hallerde emrin ifasının savunma olarak ileri sürülebileceği sonucuna ulaşılmaktadır³¹¹. Uluslararası Hukuk Komisyonu, Nürnberg İlkeleriyle bağlantılı olarak Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlarla ilgili bir taslak hazırlanması görevi kapsamında 1951 yılında “Barışa ve İnsanlığa Karşı Suçlar Kanun Taslağı” metnini oluşturmuştur. Metinde Nürnberg İlkeleri ile aynı şekilde, emri ifa eden kişinin ahlaki bir seçim yapma şansı bulunması halinde emrin ifasından doğan sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlenmiştir³¹². Bu metinde yer alan “ahlaki seçim yapma” ölçütü Komisyon tarafından 1954 tarihli Taslak Metin'de değiştirilerek yerini zamanın koşulları içerisinde “emre itaat etmeme imkanının olması” ölçütüne bırakmıştır³¹³. Uluslararası Hukuk Komisyonu daha sonra hazırladığı kanun taslaklarında da bu ölçütlere yer vermiştir. 1986 yılında hazırlanan taslak metninde “ahlaki seçim yapma” ölçütü, 1991 yılı taslağında ise “emre itaat etmeme imkanı” ölçütü tercih edilmiştir³¹⁴. 1996 yılında ise Komisyon, hazırlanan Taslak Kanun'da düzenlenen emrin ifasıyla ilgili olarak, yeniden Nürnberg

³⁰⁹ Sato, s. 126; Dinstein, s. 237; Buradaki ifadeden, emre itaati reddetmesi halinde şahsi tehlike altında kalacak olması gibi bir ihtimalde emri ifa eden kişinin ahlaki seçim yapma imkanı olmadığı gerekçesini ileri sürebileceği çıkarılmaktadır. Green, s. 186.

³¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 430-431; Lydia Ansermet, “Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 47, 2014, ss. 1425-1463, s. 1447.

³¹¹ Emrin ifası Nürnberg Statüsünde yalnızca indirim nedeni olabileceken, İlkeler'de bir savunma olabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Bu çelişkili durum nedeniyle Nürnberg yargılamaları sürecinden emrin ifasının etkisinin ne olması gerektiği konusundaki tutumla ilgili net bir çıkarım yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Ansermet, s. 1447.

³¹² Dinstein, s. 241-242; Wilner, s. 140; Sato, s. 127; Van Slidregt, s. 290-291.

³¹³ Dinstein, s. 251; Wilner, s. 140; Kudo, s. 96; Van Slidregt, s. 290-291.

³¹⁴ Kudo, s. 96-97.

Statüsü'ndeki yaklaşıma geri dönmüş ve emrin ifasının yalnızca cezada indirim nedeni olabileceğini belirtmiştir³¹⁵.

Günümüzde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin hükümler arasında ilk olarak 1984 İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kural sayılabilir. İlgili hükümde, emrin ifa edilmiş olmasının işkence suçunun faili bakımından bir hukuka uygunluk nedeni veya cezayı kaldıran neden olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir³¹⁶. 1985 tarihli İşkenceyi Önleme ve Cezalandırma Inter-Amerikan Sözleşmesi m. 4'te de benzer şekilde, emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı düzenlenmiş, hukuka uygunluk nedeni veya cezayı kaldıran neden olarak kabul edilmesi kesin olarak reddedilmiştir. Bu doğrultuda uluslararası toplumda işkence suçu bağlamında emrin ifasının ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak kabul edilmeyeceği konusunda ortak bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir³¹⁷.

b. Yugoslavya ve Ruanda Ad Hoc Mahkemeleri

Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan insancıl hukuk ihlallerinin kovuşturulması ve ilgililerin yargılanması amacıyla 1993 yılında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) ve 1994 yılında Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (RUCM) kurulmasıyla birlikte, bu yargılamalar sırasında emrin ifasına ilişkin savunmalara uygulanacak kuralların belirlenmesi konusu gündeme gelmiştir. O döneme kadar uluslararası hukukta genel kabul gören ve üzerinde uzlaşılan bir kural oluşturulamadığı için³¹⁸, YUCM ve RUCM Statülerinde emrin ifasıyla ilgili olarak

³¹⁵ Kudo, s. 98; Bantekas, International Criminal Law, s. 106; Değirmenci, "Uluslararası Ceza Hukukunda...", s. 77.

³¹⁶ Güneysu, s. 135, Sözleşme metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1987/06/19870626%2002-38%20AM/Ch_IV_9p.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2020) Türkiye Sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalayarak 29 Nisan 1988 tarihli ve 19799 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilen 3441 sayılı Kanun ile iç hukuka dahil etmiştir. Değirmenci, "Uluslararası Ceza Hukukunda...", s. 77, dn. 82.

³¹⁷ Yazara göre gerek mutlak sorumluluk ilkesi gerekse koşullu sorumluluk ilkesi işkence suçuna yönelik emirlerin bir savunma teşkil etmesini engellemektedir. Zira koşullu sorumluluk ilkesinin uygulanması halinde işkence fiiline yönelik emrin hukuka aykırı olduğu açık olan emir kapsamında yer alacağı açıktır. Güneysu, s. 136-137.

³¹⁸ Van Slidregt, s. 291.

halihazırda mevcut olan Nürnberg ve Tokyo Mahkemelerinin Statülerinde yer alan düzenlemeler temel alınmıştır³¹⁹. Bu doğrultuda YUCM Statüsü m. 7/4'te ve RUCM Statüsü m. 6/4'te, aldığı emri ifa etmiş olmasının kişiyi ceza sorumluluğundan kurtarmayacağı ancak mahkemenin hakkaniyetin gereği olarak takdir etmesi halinde cezadan indirim sebebi olabileceği düzenlenmiştir³²⁰. Bununla birlikte YUCM yargılamaları sırasında emrin ifası savunmasının, maddi veya manevi cebir (*duress*) savunmasıyla birlikte de olsa, bir şekilde dikkate alınabileceği ortaya konulmuştur³²¹. Böylece her ne kadar mahkeme statülerinde Nürnberg Statüsü'nden alınan mutlak sorumluluk kuralı kabul edilmiş olsa da, mahkeme uygulamasında bu kuralın yine esnetilerek yorumlandığı görülmektedir³²². YUCM önünde görülen *Erdemovic Davası* çerçevesinde, her ne kadar emrin ifası başlı başına bir savunma olarak kabul edilmese de, emrin tehdit altında ifa edilmiş olması halinde dikkate alınabileceği ifade edilmiştir³²³. Davayla ilgili verilen ilk hükümde Mahkeme, Erdemovic'in emrin suç olduğunu bildiğini ancak ifa etmemesi halinde emri verenler tarafından öldürüleceğini içeren savunması karşısında, emrin ifası savunmasını da cezanın hafifletilmesi nedenleri arasında incelemiş; bir savunma olarak kabul edilemese de emri ifa eden kişinin askeri hiyerarşide alt kademedede görevli olması halinde ve suç oluşturan eylemin ifa edilmesinde verilen emrin etkili olduğunun anlaşılması halinde bu durumun cezada indirim nedeni olarak dikkate alınabileceğini belirtmiştir³²⁴. Davanın temyiz incelemesinde, Mahkeme'nin emrin ifasına yönelik uygulamasıyla ilgili olarak, tehdit altında emrin ifa edilmesi halinde maddi ve manevi cebir (*duress*) savunmasıyla emrin ifası arasındaki bağlantı üzerinde durulmuştur. Konuyla ilgili bir görüş, emrin ifasının başlı başına bir savunma oluşturmadığını kabul etmenin yanı sıra emrin ifasının cebir savunmasının bir unsuru olarak kabul edilmesinin de

³¹⁹ Van Sliedregt, s. 291; Hinek, s. 25.

³²⁰ Maogoto, s. 20; Kudo, s. 86. YUCM Statüsü metni için bkz. https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (Erişim Tarihi: 01.12.2020); RUCM Statüsü metni için bkz. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictf_EF.pdf (Erişim Tarihi: 01.12.2020).

³²¹ Lippman, s. 234; Erdemovic Kararı bunun bir örneği olarak belirtilmektedir. Van Sliedregt, s. 292; Hinek, s. 26.

³²² YUCM hakimlerinin mutlak sorumluluk kuralını esnettiklerine ilişkin tespiti hakkında bkz. Van Sliedregt, s. 298; Insko, s. 409.

³²³ Maogoto, s. 21; Osiel, s. 949-950.

³²⁴ Mahkeme bu konuda Nürnberg Mahkemesi yargılamalarında emrin ifasıyla ilgili benimsenen tutumu ve yorumları değerlendirmiştir. Karar metni için bkz. ICTY, The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgment, Case No. IT-96-22-T, 29.11.1996, parag. 49, 51-53. <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-ts961129e.pdf> (Erişim Tarihi: 01.10.2020); Hinek, s. 25; Mahkeme Erdemovic'in üst hiyerarşik konumda olmamasını indirim nedeni olarak dikkate almakla, dolaylı yoldan emrin ifasını da hafifletici bir neden olarak değerlendirmiştir. Lippman, s. 236-237.

mümkün olmadığını savunmuş³²⁵, diğer bir görüş ise emri ifanın tek başına bir savunma olarak ele alınamayacağına hemfikir olsa da tehdit veya cebir gibi diğer savunmalarla bağlantılı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmüştür³²⁶. Yine YUCM önünde görülen *Cesic Davası*'nda, Mahkeme Cesic'in en alt rütbeli asker olmasını ve emirlere itaat ediyor olmasını tek başına doğrudan bir cezadan indirim sebebi olarak kabul etmemiş, ancak emre itaatsizlik halinde karşılaşılabileceği yaptırımları dikkate alarak bu durumun emrin ifası savunmasının sınırını aşarak maddi ve manevi cebir yönünden değerlendirilmesi gereken bir durum olduğunu belirtmiştir³²⁷. Mahkeme incelemesi sonucunda, somut olaydaki verilerin cebir ve emrin ifası savunmasının koşullarını sağlamaya yetmediği gerekçesiyle hafifletici neden olarak da dikkate almamıştır. *Bralo Davası*'nda ise Müslüman köyünde etnik temizlik yapılmasına yönelik emri ifa ettiğini ve emri ifayı reddetme imkanı tanımayan bir baskı içinde bulunduğunu ileri süren sanığın bu savunması, emri aldığı sırada ifasının suç oluşturacağını bilebileceği, hukuka aykırı olduğu açık olan bir emrin bulunması halinde herkesin emri ifayı reddetme yükümlülüğünün bulunduğu ve emrin verilmesi dışında bir baskı altında kaldığına ilişkin bir bilgi verilmiş olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir³²⁸. Benzer şekilde YUCM önünde görülen *Mrdja Davasında* mahkeme, sanığın üstlerinin verdikleri emirlerin baskısı ve itaatsizliğin yaptırım tehdidi altında bulunduğu savunmasına karşılık olarak; emrin ifası ile tehdidin ayrı iki kurum olduğunu vurgulamış ve olayda tehdidin varlığının tespit edilemediğini ve bunların yanı sıra ifa edilen emirlerin suç oluşturduğunun açık olduğunu gerekçe göstererek emrin ifasının savunma olamayacağını belirtmiştir³²⁹. RUCM önünde görülen *Bogasora Davası*'nda da Mahkeme emrin

³²⁵ Lippman, s. 237; Hinek, s. 26. Bu yönde görüşler için bkz. ICTY, The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vorah, 07.10.1997, para. 34-36. <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf> (Erişim Tarihi: 01.10.2020)

³²⁶ Bu görüşte olan Cassese, emrin açıkça hukuka aykırı olduğu hallerde emri ifadan kaçınma yükümlülüğü olan kişinin bu nedenle tehdit veya cebre maruz kalması halinde emrin ifasının cebir (*duress*) savunmasıyla birlikte ele alınması mümkün olmaktadır. Bu durumda emri ifa eden kişi yalnızca açıkça hukuka aykırı emre itaati reddettiği için cebre uğramış ve bu cebrin etkisiyle emri ifa etmiş ise savunmadan yararlanabilir. ICTY, The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese, 07.10.1997, parag. 15. <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-adojcas971007e.pdf> (Erişim Tarihi: 01.10.2020)

³²⁷ ICTY Trial Chamber I, The Prosecutor v. Ranko Cesic, Case No. IT-95-10/1-S, 11.03.2004, s. 28, parag. 97, s. 31, parag. 109; Kudo, s. 90.

³²⁸ ICTY Appeals Chamber, The Prosecutor v. Miroslav Bralo, Case No. IT-95-17-A, 02.04.2007, s. 9-12, parag. 20, 24; Mahkemenin somut olayda ahlaki seçim ölçütü ve açık hukuka aykırılık ölçütünü değerlendirdiği görülmektedir. Kudo, s. 92.

³²⁹ ICTY Trial Chamber I, The Prosecutor v. Darko Mrda, Case No. IT-02-59-S, 31.03.2004, s. 14-17, parag. 59, 63, 67.

ifası savunmasını emrin hukuka aykırılığının açıkça anlaşılabilir olduğu gerekçesiyle reddetmiş, sanıkların ordudaki üst düzey görevleri ve faaliyetlerinin de emrin konusu olan eylemlerin hukuka aykırı olduğunun farkında olduklarını gösterdiğini belirtmiştir³³⁰.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) ve RUCM uygulamasından verilen örneklerle bakıldığında, emrin ifası bakımından Nürnberg Statüsü'ndeki mutlak sorumluluk kuralının kabul edildiği ve Nürnberg Mahkemesi'ne benzer şekilde, yargılamalar sırasında bu kuralın uygulamasının esnetildiği tespit edilmektedir. Bu çerçevede Mahkemeler somut olayda tehdidin cebrin de etkisi olmuş ise ya emrin ifasıyla birlikte ele alınması ya da bağımsız bir savunma olarak kabul edilmesi yoluna gitmiş; emrin ifasının hukuka aykırı olduğunun çok açık olduğu hallerde ise emri alan kişinin bilmemesine sonuç bağlamamıştır. Bu yargılamalarda her ne kadar emrin ifası tam bir savunma teşkil etmese de, emri ifa ederken kişinin maddi veya manevi cebir altında bulunması bu hususla bağlantılı olarak dikkate alınabilecek bir ölçüt olarak belirlenmiştir³³¹.

5. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluş Dönemi ve Roma Statüsü

a. Genel Olarak

Birleşmiş Milletler Uluslararası Ceza Komisyonu 1989 yılından itibaren uluslararası alanda daimi bir ceza mahkemesinin kurulması için hazırlık çalışmalarına başlamış, mahkemenin yargılama usulünün ve benimseyeceği ceza hukuku ilkelerinin yer aldığı bir Statü metninin oluşturulmasına çalışmıştır³³². Hazırlık çalışmaları sırasında tartışılan konulardan biri de emrin ifasının ceza

³³⁰ ICTR Trial Chamber I, The Prosecutor v. Théoneste Bagosora/ Gratien Kabiligi/ Aloys Ntabakuze/ Anatole Nsengiyumva, Case No. ICTR-98-41-T, 18.12.2008, s. 537, parag. 2274.

³³¹ Osiel, s. 949-950.

³³² Hazırlık sürecinin başlangıcına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Malcolm N. Shaw, **International Law**, Eighth Edition, Cambridge University Press, UK, 2017, s. 298; Kevin Jon Heller, "The Rome Statute of International Criminal Court", in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 593-634, s. 594. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021); Güneysu, s. 137-138.

sorumluluğuna etkisine ilişkin olup, bu konuda o döneme kadar genel kabul gören iki yaklaşımı savunan karşıt iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüş emri ifa edenlerin her koşulda sorumlu olacağını ve bu hususun bir savunma olarak kabul edilmemesini savunurken (mutlak sorumluluk) diğer görüş bazı hallerde emrin ifasının savunma oluşturmaya gerektiğini (koşullu sorumluluk) ileri sürmüştür³³³. Nihayet 1998 yılında imzaya açılan ve 2002 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) ile uluslararası tüzel kişiliğe sahip, BM ile özel bir ilişkisi bulunmakla birlikte ondan bağımsız, ad hoc nitelikte olmayıp daimi yapıda faaliyet gösteren bir evrensel mahkeme olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) ihdas edilmiştir³³⁴. UCM'nin yargılama alanına giren davalarda uygulanacak kuralların yer aldığı Mahkeme Statüsü'nün 31. ve 33. maddeleri arasında ceza sorumluluğuna etki edecek şekilde ileri sürülebilecek bazı haller her ne kadar terim Statü'de açıkça kullanılmış olmasa da, öğretide "savunma" (*defence*) olarak adlandırılan ve sanığın hakkındaki suç isnadına karşı ileri sürebileceği, sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki argümanlar kapsamında düzenlenmiştir³³⁵. "*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler*" başlığı altında yer verilen bu nedenler arasında akıl hastalığı (m. 31), meşru savunma (m. 31), hata (m. 32) gibi çeşitli nedenlerin yanı sıra emrin ifasına da ayrıca yer verilmiştir.

Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi, Roma Statüsü'nün "Ceza Hukukunun Genel İlkeleri" üst başlıklı Üçüncü Bölüm'ünde yer alan 33. maddede düzenlenmiştir³³⁶. Maddenin birinci fıkrasında hükümet veya amiri tarafından verilen bir emri ifa eden kişinin o emri ifaya hukuken zorunlu olması, emri ifa eden tarafından hukuka aykırılığın bilinmiyor ve emrin hukuka açık bir aykırılık da içermiyor olması halinde ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise soykırım veya insanlığa karşı suçların işlenmesine

³³³ Görüşmeler sırasında mutlak sorumluluk ilkesini savunan delegeler bu ilkenin Nürnberg Statüsü'nden sonra bir teamül hukuku kuralı haline geldiğini savunurken, karşıt görüşte olan Amerikalı delegeler İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki ulusal içtihatların Nürnberg yaklaşımının önüne geçtiğini ifade etmiştir. Gaeta, s. 188-189; Van Sliedregt, s. 292; Görüşmeler sırasında ileri sürülen görüşlere ilişkin olarak ayrıca bkz. Maogoto, s. 22; Bantekas/ Nash, s. 60-61; Bantekas, International Criminal Law, s. 107.

³³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 335-336.

³³⁵ Bantekas, International Criminal Law, s. 99, 101; UCM Statüsünde savunma teriminin bilinçli olarak tercih edilmediği, öğretide savunma kavramı içerisinde açıklanan usuli ve esasa ilişkin bazı savunmalara Statü metninde dağıtık olarak yer verildiği hakkında bkz. Ambos, "Defences...", s. 209-300; Heller, s. 611.

³³⁶ Roma Statüsü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

yönelik bir emrin her zaman açıkça hukuka aykırı olduğu belirtilmiş³³⁷, böylece bu suçların işlenmesine yönelik emirlerin ifasının hiçbir zaman ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği düzenlenmiştir.

Roma Statüsü'nde yer verilen emrin ifasına ilişkin kuralın Statü'nün uygulama alanındaki uluslararası suçlar bakımından bir ayırım yapılarak kaleme alındığı görülmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu bakımından emrin her zaman hukuka açıkça aykırı olacağının kabulüyle birlikte emrin ifasının bu suçlar bakımından savunma olamayacağı kuralı benimsenmiş, bu suçlar dışında kalan savaş suçları bakımından ise birinci fıkrada sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde emrin ifası nedeniyle sorumluluğun kalkmasının mümkün olacağı kabul edilmiştir. Böylece 33. maddede savaş suçları bakımından koşullu sorumluluk ilkesinin (Roma Statüsü m. 33/1), insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu bakımından ise mutlak sorumluluk ilkesinin (Roma Statüsü m. 33/2) tercih edilerek her iki ilkeye de uygulama alanı açıldığı tespit edilmektedir³³⁸. Buradan yola çıkılarak maddede emrin ifası savunmasının yalnızca savaş suçlarında geçerli olacak şekilde sınırlandırıldığı ifade edilmekte, bazı yazarlarca saldırı suçu bakımından da geçerli olduğu belirtilmektedir³³⁹. Statü'de yer verilen düzenlemenin o döneme kadar hakim olan Nüremberg Mahkemesi, YUCM ile RUCM Statülerinde benimsenen genel yaklaşımdan uzaklaştığına dikkat çekilmektedir³⁴⁰.

Madde metni doğrultusunda, Roma Statüsü'nde emrin ifasının kural olarak başlı başına (*per se*) bir savunma olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp (Roma Statüsü m. 33/1), savaş suçları bakımından birinci fıkrada yer verilen koşulların

³³⁷ Roma Statüsü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

³³⁸ Bu şekilde emrin ifası savunmasına ilişkin olarak görüşmelerde ileri sürülen iki görüşün her ikisine de yer verildiği ve iki görüşün de bir arada benimsendiği bir hüküm oluşturulmuştur. Gaeta, s. 189; Maogoto, s. 22.

³³⁹ Maogoto, s. 23; Heller, s. 613; Harris, s. 202; Saldırı suçunun da bu madde kapsamında kaldığı hakkında bkz. Ambos, "Defences...", s. 323, dn. 198. Statü m. 33/2'de sayılmış olmasa da, UCM'nin yargı yetkisine giren diğer bir suç olan saldırı suçu bakımından da emrin ifası savunmasının ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir. Gerekçe olarak, Statü m. 8/bis uyarınca saldırı suçunun "bir devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan kişi tarafından" işleneceğinin belirtildiği ve bu doğrultuda failin yalnızca amir konumundaki kişiler olabileceği, hukuka aykırılığı bilemeyeceklerinin kabul edilemeyeceği gösterilmiştir. Güneysu, s. 160-161.

³⁴⁰ Gaeta, s. 174, 190.

bulunması haliyle sınırlı olarak bir savunma olabileceği kabul edilmiştir³⁴¹. Emrin ifasının savunma teşkil edebilmesinin koşulları; yetkili bir merci tarafından verilen ifası hukuken zorunlu bir emrin bulunması, verilen emrin hukuka aykırı olduğunun bilinmemesi ve emrin hukuka aykırılığının açıkça anlaşılabilir olmaması olarak sıralanabilir³⁴². Bunların yanı sıra bir diğer koşul olarak emrin insanlığa karşı suç veya soykırım suçuna yönelik olmaması (Roma Statüsü m. 33/2) da eklenebilecektir³⁴³. 33. maddenin birinci fıkrasında sayılan bu koşulların kümülatif olarak aranacağı sonucu çıkarılmaktadır³⁴⁴. Emri ifa eden kişilerin yalnızca maddede sayılan koşulların bir arada gerçekleştiği hallerde ceza sorumluluğundan kurtulabilecekleri kabul edilerek, emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğu anılan koşullara bağlanarak sınırlandırılmıştır. Maddede yer verilen düzenlemede emri ifa eden kişinin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması arandığı için emri alan kişilerin aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetlemesi gerektiği de madde düzenlemesinden ayrıca anlaşılmaktadır³⁴⁵. Bununla birlikte bu denetim yükümlülüğü yalnızca emrin hukuka aykırılığının açık olmadığı hallerde gerekli olacak, hukuka aykırılığın açık olduğu hallerde emrin hukuka aykırılığının bilindiği kabul edileceği için emri alan kişinin sübjektif durumu, diğer bir deyişle hukuka aykırılığı biliyor olup olmadığı ayrıca araştırılmayacaktır³⁴⁶. Böylece Statü’de hem emrin hukuka aykırılığının sübjektif olarak bilinmesi hem de hukuka aykırılığın açık olması gibi objektif bir değerlendirme ölçütü olarak benimsenmiştir³⁴⁷.

Roma Statüsü m. 33’te düzenlenen emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki esasına ilişkin bir ayırım yapılmamış olup³⁴⁸, hukuki esasının neye dayandırıldığı; diğer bir deyişle hukuki niteliğinin ne olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre emrin ifası hukuka uygunluk nedeni (*justification*) kapsamında ele alınırken³⁴⁹,

³⁴¹ Kai Ambos, “General Principles of Criminal Law in the Rome Statute”, **Criminal Law Forum**, Vol. 10, ss. 1-32, 1999, https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/General_Principles.pdf (Erişim Tarihi: 03.12.2020), s. 31.

³⁴² Minow, s. 23.

³⁴³ Hinek, s. 45.

³⁴⁴ Van Sliedregt, s. 295; Maogoto, s. 23; Hinek, s. 44.

³⁴⁵ Demirel, Amirin Emri, s. 247.

³⁴⁶ Bu doğrultuda emri alan kişi hem emrin hukuka aykırı olduğunu bilmediğini hem de hukuka aykırılığın açık olmadığını ispat edecektir. Van Sliedregt, s. 295-296.

³⁴⁷ Bantekas/ Nash, s. 61.

³⁴⁸ Ambos, “Defences...”, s. 301.

³⁴⁹ Bu yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 246, dn. 191; Önok, s. 61.

diğer bir görüşe göre kusuru kaldıran bir etki (*excuse*) yapmaktadır³⁵⁰. Bu noktada uluslararası ceza hukukunda “savunma” (*defence*) başlığı altında yer verilen ve sanığın sorumlu tutulmaması gerektiğine yönelik savunmasının dayanaklarını oluşturan çeşitli maddi ve usuli nedenlerin içerisinde hukuki sonucu bakımından farklı etki doğuran iki ayrı kurumu barındırdığının kabul edildiğini kısaca hatırlatmak gerekir. Uluslararası ceza hukuku kaynaklarında savunmalar arasında yer alan ve karşılığı hukuka uygunluk nedenleri olarak ifade edilen “*justifications*” eylemin hukuka aykırılığını ve suçun varlığını engelleyen bir etki gösterirken; genellikle mazeret nedeni kavramıyla karşılanan “*excuses*”³⁵¹ failin hukuka aykırı eylemden dolayı kınanamamasını, kusurluluğunun bulunmadığını ifade eder³⁵².

Maddede yer alan hükümle ilgili diğer bir önemli tartışma, ikinci fıkrasında yer alan ve emrin ifasının soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından geçerli olamayacağına ilişkin düzenleme olmuştur. Buradaki sınırlamanın sayılan suçlar bakımından emrin hukuka aykırılığı konusunda mutlak bir karine ortaya koyduğu ifade edilmektedir. Buna göre bu iki suçun işlenmesine yönelik emirler her zaman hukuka aykırılığı açık olan emirlerdir³⁵³.

Roma Statüsü m. 33 ile ilgili diğer bir önemli husus Statü’nün 32. maddesinin ikinci fıkrasında hukuki hatanın ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin hükümde m. 33’e atıfta bulunulmuş olmasıdır. “Fiili hata ve hukuki hata” başlıklı 32. maddenin ikinci fıkrasına göre bir eylemin Statü’nün yargı yetkisi kapsamında kalan suçlardan birini oluşturduğu konusundaki hukuki hata ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak kabul edilmemekte, ancak bu yönde bir hatanın suç kastını kaldırması veya 33. madde kapsamında ortaya çıkmış olması halinde ceza sorumluluğunu

³⁵⁰ Mazeret nedeni olduğu yönünde görüş için bkz. Ambos, “Defences...”, s. 323; bkz. Van Sliedregt, s. 304; Bantekas, International Criminal Law, s. 108; Emrin ifasının tek başına ne hukuka uygunluk nedeni ne de mazeret nedeni olarak kabul edilebileceği; yalnızca kastın (*mens rea*) yokluğuna ilişkin bir savunma olarak ileri sürülebilen diğer savunmalarla birlikte (hata, cebir vb.) ceza sorumluluğuna etki edebileceği yönündeki görüş için bkz. Güneysu, s. 163.

³⁵¹ Hukuka uygunluk nedeni ve mazeret nedeni terimlerinin uygun düştüğüne ilişkin olarak bkz. Güneysu, s. 109.

³⁵² Ambos, “Defences...”, s. 300-301. Savunma kavramı kapsamında kalan “*justifications*” eylemin hukuka aykırılığına, “*excuse*” ise hukuka aykırı eylemden dolayı faile ceza sorumluluğu atfedilmesine karşı çıkmak üzere kullanılmaktadır. Darcy, s. 1.

³⁵³ Bantekas, International Criminal Law, s. 108; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 433.

kaldırabileceği ifade edilmektedir³⁵⁴. Bu hükme göre, emrin ifası ile hukuki hata kurumları arasında bağlantı kurularak, verilen emrin hukuka aykırı olduğu konusunda hataya düşen kişinin ceza sorumluluğunun kalktığı kabul edilebilecektir. Böylece m. 32/2’de hukuki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı yönündeki genel kuralın bir istisnasının yaratıldığı ifade edilmektedir³⁵⁵. Bu hükme göre, emri alan kişinin emrin hukuka aykırı olduğunu, savaş suçu oluşturacağını fark edemediği hallerde, emri veren kişi tarafından hukuka uygun bir emir verildiğini düşünmesi ve bu nedenle yanılması nedeniyle kınanması mümkün değildir. Emrin hukuka aykırılığını bilmesinin beklenemeyeceği hallerde, emrin hukuka aykırı olduğu konusundaki hukuki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırmasına imkan verilmiştir³⁵⁶.

b. Roma Statüsünde Yetkili Merciin Emrini İfanın Koşulları

aa. Yetkili Merciin Emrinin Varlığı

Roma Statüsü m. 33 bağlamında “emir” kavramı, bir davranışın yerine getirilmesine yönelik sözlü, yazılı veya herhangi bir davranışla iletilen her türlü emri kapsayacak şekilde anlaşılmaktadır. Emir anlaşılır olduğu sürece emrin veriliş şekli önemsizdir. Bu konuda 1958 yılında vuku bulan Kafr Kasım olayı örnek verilmektedir. Bu olayda İsraili komutanın sokağa çıkma yasağına uymayanlara karşı nasıl davranılacağını “*Allah günahlarını affetsin*” olarak belirtmesi, yasağa uymayanlara yönelik vur emri olarak yorumlanmış, 47 Filistinli’nin öldürüldüğü olayla ilgili yargılamayı yürüten İsrail yargı mercileri de bu ifadenin emir niteliği taşıdığını kabul etmiştir³⁵⁷.

Emrin yazılı olması zorunlu olmadığı gibi, emri veren makamın askeri nitelikte olması da şart değildir. Madde metninde açıkça ifade edildiği üzere sivil makamların bir davranışın yerine getirilmesine yönelik sözlü veya yazılı ifadeleri de emir

³⁵⁴ Roma Statüsü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

³⁵⁵ Ambos, “Defences...”, s. 323.

³⁵⁶ Ambos, “Defences...”, s. 323.

³⁵⁷ Minow, s. 44; Barış Köşürgeli, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde Amirin Emri ve Kavramın Tarihi Gelişimi”, *TAAD*, Sayı: 30, Yıl: 7, Nisan 2017, ss. 451-473, s. 464-465.

kavramı kapsamındadır. Bu noktada önemli olan, emri veren askeri veya sivil merciin bu konuda yetkili olması, diğer bir deyişle verilen emre itaat etme yükümlülüğünün doğmuş olmasıdır³⁵⁸.

bb. Emre İtaat Yükümlülüğünün Bulunması

Emrin ifasının m. 33 kapsamında bir savunma teşkil edebilmesi için emrin ifasının zorunlu olması, emri alanın emre itaat yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bu yükümlülüğün kaynağı ulusal mevzuattır³⁵⁹. İtaat yükümlülüğü, yalnızca emir verme yetkisine sahip merci tarafından verilen emirler bakımından söz konusu olabilir³⁶⁰. Bazı yazarlara göre emri veren merciin kendisine göre hiyerarşik olarak üst konumda olduğunun bilinmesi yeterli olup, emri alan kişiden emri verenin özel olarak emir verme yetkisinin olup olmadığını sorgulaması her koşulda beklenemez. Özellikle çatışma anında yaşanan kayıplara bağlı olarak yeni görev dağılımlarının yapılması nedeniyle emir alan kişilerin yetki silsilesini takip etmesinin zorlaşacağı ifade edilmiştir³⁶¹. Emri alan kişinin sivil olup olmayacağı konusunda madde metninde bir belirleme yer almamaktadır. Bu doğrultuda öğretide sivil kamu görevlilerinin bu madde kapsamında emrin ifasından yararlanamayacağını ileri süren ve karşıt yönde emre itaat yükümlülüğü olan herkesi kapsadığını savunan iki görüş ileri sürülmüştür³⁶².

Değinilmesi gereken önemli bir diğer nokta emre itaat yükümlülüğünün emrin konusunu oluşturan eylemin ifa edildiği sırada var olmasıdır³⁶³. Emrin ifasından sonra iptal edilmesi veya değiştirilmesi halinde ya da gerçekleştirilmeye başlanmış olan bir eylemle ilgili daha sonra emir verilmesi halinde emre itaat yükümlülüğünden söz edilemez³⁶⁴. Ayrıca itaat yükümlülüğü doğurabilmesi için emrin öncelikle amirin itaat beklentisini açıkça yansıtacak şekilde yöneltilmiş olması gereklidir. Amirin ricası, temenni veya önerileri emir olarak kabul edilemeyeceği

³⁵⁸ Güneysu, s. 150.

³⁵⁹ Güneysu, s. 151; Köşürgeli, s. 465; Heller, s. 614.

³⁶⁰ Geert-Jan Alexander Knoops, **Defenses in Contemporary International Criminal Law**, Second Edition, BRILL, 2008. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/gsutr/detail.action?docID=468088>. (Erişim Tarihi: 12.02.2021)

³⁶¹ Güneysu, s. 151-152.

³⁶² Heller, s. 614.

³⁶³ Knoops, s. 39; Hinek, s. 44.

³⁶⁴ Güneysu, s. 150.

için yetki veya mevzuata uygunluk koşuluna ayrıca bakılmaksızın itaat yükümlülüğü doğurmayacaktır³⁶⁵. Benzer şekilde amirin verdiği bir emrin varlığı konusunda yanılan kişiler de bir emrin mevcudiyeti söz konusu olmadığı için emrin ifası savunmasına dayanamayacak, koşulları uygun ise hataya ilişkin Statü hükmüne gidilmesi mümkün olabilecektir³⁶⁶.

cc. Emrin Hukuka Aykırı Olduğunun Bilinmiyor Olması

Roma Statüsü m. 33 uyarınca emri ifa edenin bu durumu bir savunma olarak ileri sürebilmesi için emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması gerekir. Emrin hukuka aykırı olduğunun anlaşılmasının beklenemeyeceği hallerde dahi eğer emri ifa eden hukuka aykırılığı biliyor ise m. 33'ten yararlanamaz³⁶⁷. Emri alan kişinin somut olay anındaki şahsi bilgisine dayandığı için tamamen sübjektif bir ölçüttür³⁶⁸. Emrin hukuka aykırı olduğunun anlaşılması hukuk uzmanlarının çalışmalarıyla anlaşılacak nitelikte olsa dahi, eğer somut olayda emri ifa eden biliyorsa bu savunmadan yararlanamaz³⁶⁹. Eğer sanığın emrin hukuka aykırı olduğunu bildiği ispat edilemiyorsa şüpheden yararlanması ve hukuka aykırılığı bilmiyor olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁷⁰.

dd. Emrin Hukuka Aykırılığının Açık Olmaması

Emrin ifası savunmasının koşullarından biri de emrin açıkça hukuka aykırı (*manifestly illegal*) olmamasıdır. Eğer emrin hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılır nitelikte ise, emri ifa edenin hukuka aykırılığı anlaması gerektiği ve anlamış olduğu kabul edilir. Bu nedenle bu durumda bir mutlak karinenin söz konusu olduğu ifade edilmiştir³⁷¹.

³⁶⁵ Güneysu, s. 151-152.

³⁶⁶ Benzer bir uygulama örneği olarak Latza kararı için bkz. Güneysu, s. 152.

³⁶⁷ Köşürgeli, s. 465.

³⁶⁸ Hinek, s. 45; Değirmenci, "Uluslararası Ceza Hukukunda...", s. 83; Esasen emrin hukuka aykırılığının bilinip bilinmediği, hukuka aykırılığı bilerek yerine getirip getirmediği ilk olarak tespit edilmesi gereken husustur. Ancak bu tür bir sübjektif denetimin yapılabilmesi ve tespiti oldukça zordur. Zahar/ Sluiter, s. 515.

³⁶⁹ Güneysu, s. 153.

³⁷⁰ Knoops, s. 39.

³⁷¹ Tezcan/ Erdem/ Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 433.

Hukuka aykırılığın açıkça anlaşılır olup olmadığının hangi ölçüte göre belirleneceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Emrin hukuka aykırılığının açıkça anlaşılır olup olmadığının tespitinde objektif veya sübjektif bir yaklaşımın benimsenmesi mümkündür. Her ne kadar uygulamada bu iki yaklaşımın ayrımı belirsizleşse de³⁷², öğretide emrin hukuka aykırılığının açık veya aşıkâr olmasının hangi ölçüte göre belirleneceği konusu ayrıca tartışılmıştır. Emrin hukuka aykırılığının açıklığı genel olarak ortalama bir insanın kavrayışına göre emrin hukuka aykırılığının anlaşılmasının olağan ve mümkün olup olmadığına bakılarak değerlendirilmektedir³⁷³. Burada ortalama bir insanın kavrayışına göre yapılacak değerlendirmenin emrin içeriğine bakılarak mı yoksa emri alan kişinin içinde bulunduğu somut duruma ve şahsi özelliklerine göre mi belirleneceği objektif ve sübjektif yaklaşımları ayırmaktadır. Emrin hukuka aykırılığının açık olduğunun tespitinde emri alan kişinin içinde bulunduğu şahsi koşulların ve özelliklerin de dikkate alınması gerekip gerekmediği, diğer bir ifadeyle objektif bir değerlendirmenin sübjektif bir yaklaşımla birlikte yapılması gerekip gerekmediği de üzerinde düşünülen ve tartışılan bir konu olmuştur³⁷⁴. Bir görüşe göre emri ifa eden kişi bakımından objektif bir yaklaşım benimsenmeli, bununla birlikte emri ifa eden kişinin hukuka aykırı eylem konusunda özel bir bilgisinin olmasının bekleneyeceği bir konumda bulunması, eğitim almış olması, hiyerarşik kademesi gibi özellikleri de hukuka aykırılığı bilip bilemeyeceği konusunda dikkate alınmalıdır. Burada değerlendirmeye alınan özellikler şahsi özellikler olmayıp, aynı konumdaki her kişi için söz konusu olabilecek özellikler niteliğinde olduğundan yine objektif nitelikte kabul edilir³⁷⁵. Buna karşılık diğer bir görüş ise, emri alan kişinin emrin hukuka aykırılığını değerlendirecek yeterli vaktinin olup olmadığı, aldığı eğitim seviyesi, daha önce benzer durumla karşılaşmış olup olmaması gibi hususların emrin hukuka aykırılığının somut olayda açık olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alınabileceğini, bu yaklaşımın da sübjektif bir belirleme şekli olduğunu ileri sürmektedir³⁷⁶.

³⁷² Ansermet, s. 1456.

³⁷³ Hinek, s. 45; Bu koşul kapsamında normal bir idrak yeteneğine sahip herhangi bir kimsenin esas alınacağı kabul edilmekle birlikte bazı şahsi özelliklerin de dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 433.

³⁷⁴ Heller, s. 614.

³⁷⁵ Sübjektifleştirilmiş objektif ölçüt için bkz. Güneysu, s. 154-155.

³⁷⁶ Ansermet, s. 1456.

ee. **İnsanlığa Karşı Suç veya Soykırım Suçunun Söz Konusu Olmaması**

Roma Statüsü'nde emrin ifası savunmasının ileri sürülmesinin suç tipleri bakımından da sınırının bulunduğu kabul edilmiştir. Statü m. 33/2'de insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu bakımından emrin ifasının savunma olarak ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu suç tipleri söz konusu olduğunda emrin hukuka aykırı olduğunun bilinmediği kabul edilmeyecektir³⁷⁷. Böylece bu suç tipleri bakımından mutlak bir karinenin yaratıldığı ifade edilmektedir³⁷⁸. Bununla birlikte bu yönde bir karine tesis edilerek mutlak sorumluluk yaklaşımının benimsenmesi öğretide eleştirilmiştir. Özellikle emri ifa eden askerlerin her zaman emrin içeriğini veya eylemin koşullarını kavrayacak durumda olmadığı, bir emrin içeriğinin soykırım suçuna mı yoksa savaş suçuna mı yönelik olduğunun her zaman kolayca ayırt edilebilir olmadığı vurgulanmıştır³⁷⁹. Diğer bir görüş ise hukuka açık aykırılık karinesinin yalnızca soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile sınırlandırılmasını eleştirmekte, Statü'nün 8. maddesinde sayılan tüm uluslararası suçlara yönelik olarak verilen emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerektiğini ileri sürmektedir³⁸⁰.

6. 2000 yılı Sonrasında Kurulan Karma Uluslararası Mahkemeler

Uluslararası hukukta geçici veya sınırlı bir alanda kurulan ya da daimi nitelikte olan uluslararası ceza mahkemeleri dışında, bunlardan farklı hukuk kaynakları kullanılarak hem uluslararası hukuka hem de ulusal hukuka ait öğelerin bir arada

³⁷⁷ Bu suçlara yönelik emirlerin kanun aykırı olduğunun her zaman bilindiği kabul edilmiştir. Nimet Güller/ Hamide Zafer, **Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı**, European Initiative for Democracy and Human Rights, Information & ratification campaign on the ICC in Russia, Turkey and Central Asian Countries, Gustav-Stresemann-Institut, 2006, s. 68.

³⁷⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, s. 433; Fıkra aksinin iddia edilmesi mümkün olmayan bir karinenin kabul edilmiş olmasına karşılık, emri ifa eden kişinin suç işleme amacını bilebilmesinin beklenemeyeceği durumlarda karineye karşı çıkılabilesinin adalet gereği olacağı ifade edilmektedir. Bantekas, *International Criminal Law*, s. 108; Bantekas/ Nash, s. 61.

³⁷⁹ Bu konudaki görüşler için bkz. Hinek, s. 46; Güneysu, maddede yer alan soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile ilgili bu hükmün mutlak bir yasak dışında farklı şekilde de yorumlanabileceğini ifade etmekte, istisnai hallerde -savunmanın ispat yükünü yerine getirmesi koşuluyla- emrin ifasının bu suçlarda da hukuka uygunluk nedeni veya mazeret nedeni olabileceğini savunmaktadır. Güneysu, s. 156, 159.

³⁸⁰ Bkz. Gaeta, s. 191.

bulunduğu bazı yargı organlarının ihdası yoluna da gidilmiştir³⁸¹. Karma yapıdaki bu mahkemelerin bazılarında yargılamalarda esas alınacak ulusal hukuk mevzuatına ek olarak Statü metinleri de bulunmakta³⁸², bu metinlerde emrin ifasına ilişkin ayrı düzenlemelere yer verilmektedir. Bu kapsamda 2000 yılında, Doğu Timor’da Endonezya işgalinden sonra yaşanan ihlaller ve işlenen ağır suçlarla ilgili özel yargılama yetkisine sahip bir yargı merci kuran BM Doğu Timor Geçici Yönetimi’nin (*UN Transitional Administration in East Timor*) 2000/15 sayılı Düzenlemesi’nde³⁸³ emrin ifasına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Anılan hükümde, emrin ifasının insanlığın barış ve güvenliğine karşı suçlar bakımından sorumluluğu kaldırmayacağı ancak gerekli görüldüğü takdirde indirim uygulanabileceği düzenlenmiştir³⁸⁴. Böylece Mahkeme, Roma Statüsü m. 33’te yer verilen emrin ifası savunmasına ilişkin kuralı benimsemeyi tercih etmemiştir³⁸⁵. Benzer şekilde 2002 yılında kurulan ve 1991 yılından itibaren Sierra Leone’de yaşanan ihlallerle ilgili yargılamaları üstlenen Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü³⁸⁶ m. 6/4’te emrin ifası bir savunma olarak kabul edilmemiş, emri ifa etmiş olmanın ceza sorumluluğunu kaldırmadığı ancak cezada indirim nedeni olabileceği belirtilmiştir³⁸⁷.

Irak’ta işlenen uluslararası hukuk ihlallerinin yargılanması için 10 Aralık 2003 tarihinde İnsanlığa Karşı Suçlar için Irak Özel Mahkemesi’nin (*Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity*) kurulmasına yönelik olarak Irak Geçici

³⁸¹ Shaw, s. 305; Bantekas, International Criminal Law, s. 444; Bu mahkemeler “uluslararasılaşmış” (*internationalized*) ceza mahkemeleri olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Zahar/ Sluiter, s. 11.

³⁸² Karma statülü mahkemelerin bir kısmı devletlerin BM ile yaptıkları ikili antlaşmalar sonucunda bir kısmı BM’nin olaylara müdahale ettiği hallerde, bir kısmı ise işgal hukukuna göre oluşturulmuştur. Güller/ Zafer, s. 15.

³⁸³ Shaw, s. 311; Bantekas, International Criminal Law, s. 450.

³⁸⁴ 2000/15 sayılı Düzenleme’nin (*Regulation No. 2000/15*) emrin ifasıyla ilgili 21. Bölümü için bkz. UNTAET/ REG/ 2000/ 15, 06.06.2000, <http://www.internationalhumanrightsllexicon.org/hrdoc/docs/untatereg200015.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

³⁸⁵ Ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 249.

³⁸⁶ Shaw, s. 305; Bantekas, International Criminal Law, s. 445; Sierra Leone’de 1991 yılında başlayan çatışmayla ilgili olarak yargılamaların yürütülmesi konusunda Sierra Leone hükümetinin talebi üzerine BM’nin devreye girmesi sonucunda 2000’li yıllarda bir yargı organının oluşturulması süreci başlatılmıştır. Süreçle ilgili olarak bkz. Robert Cryer, “A Special Court for Sierra Leone?”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, April 2001, ss. 435- 446, s. 435-437. <https://www.cambridge.org/core/terms> , <https://doi.org/10.1093/iclq/50.2.435> (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

³⁸⁷ Minow, s. 22; Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü m. 6/4 için bkz. Treaties and International agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations, Vol. 2178, UN, New York, 2004, s. 147. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202178/v2178.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2020) <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf> .

Koalisyon Yönetimi yetkilendirilmiş³⁸⁸, Geçici Koalisyon Yönetimi tarafından çıkarılan Mahkeme Statüsü 2005 yılında güncellenerek Irak Yüksek Mahkemesi (*Iraqi High Tribunal*) olarak yeniden adlandırılan Mahkeme kurulmuştur³⁸⁹. Statü'nün 15. maddesinde bireysel ceza sorumluluğu düzenlenmiş, maddenin 5. fıkrasında da emri ifanın ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı ancak hakkaniyetin gerektirdiği düşünüldüğünde cezanın indirilmesinde dikkate alınabileceği kural olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır³⁹⁰. Irak Yüksek Mahkemesi Statüsü, kabul edilen kuralın Roma Statüsü'nde yer alan düzenlemeden farklı bir yol izlemiş olduğuna, hatta uluslararası hukukta genel olarak kabul edilen savunmalara ilişkin hükümlere yer verilmeyişine dikkat çekilerek eleştirilmiştir³⁹¹. Statü'de her ne kadar ceza sorumluluğuna etki eden hallerin uluslararası hukukun genel kurallarına uygun olarak yorumlanarak genişletilmesine imkan verilmiş olsa da, Statü'de Irak Ceza Kanunu'nun Roma Statüsü'yle uyumlu olarak kaleme alınmış olan emrin ifasına ilişkin hükmüyle çelişen bir kuralın benimsenmiş olmasının sorun oluşturduğunun altı çizilmiştir³⁹².

Lübnan'da 2004-2005 yıllarında gerçekleşen ülkenin hükümet yetkililerine yönelik suikastları ve terör saldırılarını takiben, olaylarla ilgili ulusal ve uluslararası soruşturmaların yürütülmesine başlanmış ve 2007 yılında yürürlüğe giren Statü ile birlikte Lübnan Özel Mahkemesi kurulmuştur³⁹³. Mahkeme Statüsü'nün bireysel

³⁸⁸ Bantekas, International Criminal Law, s. 458; Guénael Mettraux, "The 2005 Revision of the Statute of the Iraqi Special Tribunal", **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 5, 2007, ss. 287-293, s. 287.

https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jicj5&id=293&men_tab=srchresults (Erişim Tarihi: 12.12.2020)

³⁸⁹ Shaw, s. 314; Mettraux, s. 287.

³⁹⁰ Shaw, s. 314; Irak Özel Mahkemesi Statüsü m. 15/5 için bkz. Iraqi High Criminal Court Law, Al-Waqa'I Al-Iraqiya, Official Gazette of the Republic of Iraq, No. 4006, October 18, 2005, s. 15. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/62dfa419b75d039cc12576a1005fd6c1/%24FILE/IST_statute_official_english.pdf (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

³⁹¹ Ilias Bantekas, "The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity", **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 54, No. 1, 2005, ss. 237-253, s. 245. <https://www.jstor.org/stable/3663365> (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

³⁹² Bantekas, "The Iraqi Special Tribunal...", s. 246.

³⁹³ Shaw, s. 313; Bantekas, International Criminal Law, s. 464-465; Handbook on the Special Tribunal for Lebanon, International Center for Transnational Justice Prosecutions Program, 10.04.2008, s. 9, <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Lebanon-STL-Handbook-2008-English.pdf> (Erişim Tarihi: 01.12.2020); Jan Erik Wetzel/ Yvonne Mitri, "The Special Tribunal for Lebanon: A Court "Off the Shelf " for a Divided Country", **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Vol. 7, 2008, ss. 81-114, s. 81-86. [http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/3047/1/Wetzel&Mitri_Special_Tribunal_Lebanon_LPICT_7\(2008\).pdf](http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/3047/1/Wetzel&Mitri_Special_Tribunal_Lebanon_LPICT_7(2008).pdf) (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

ceza sorumluluğunu düzenleyen 3. maddesinin 3. fıkrasında kişilerin yetkili merciin emrini ifa etmiş olmasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı ancak bu durumun cezanın hafifletilmesinde dikkate alınabileceği kuralı kabul edilmiştir³⁹⁴.

Görüldüğü üzere uluslararası ceza hukukundaki en tartışmalı konulardan biri olan emrin ifasının savunma olarak kabul edilmeyeceği yönündeki Nürnberg Statüsü yaklaşımı, Tokyo Statüsü, YUCM, RUCM Statülerinde takip edildiği gibi, Sierra Leone Özel Mahkemesi Statüsü, Irak Özel Mahkemesi Statüsü, Doğu Timor Ağır Suçlar Özel Panelleri Statülerinde, Lübnan Özel Mahkemesi Statüsünde de benimsenmiştir. Emrin ifasına ilişkin olarak Roma Statüsü ile benimsenen koşullu sorumluluk yaklaşımı ise, her ne kadar Roma Statüsü geniş bir çerçevede kabul edilmiş olsa da, uluslararası hukukta genel bir kurala dönüşmemiştir. Roma Statüsü'nden sonra oluşturulan diğer uluslararası veya karma nitelikte mahkemeler de Nürnberg Statüsü ve YUCM ile RUCM Statülerindeki mutlak sorumluluk yaklaşımını benimsemiştir. Bu durum emrin ifasına ilişkin olarak uluslararası hukukta tutarlı bir yaklaşımın yerleşemediğinin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir³⁹⁵. Hatta emrin ifasına ilişkin olarak aynı kuralı benimseyen karma nitelikli mahkemelerin de kuralın uygulanmasında birbirlerinden ayrıldıkları görülmektedir. Bu mahkemelerin içtihat örneklerine bakıldığında emrin ifasının benzer olaylarda bir mahkeme tarafından indirim nedeni olarak dikkate alınabildiği, ancak diğer bir mahkeme tarafından indirim nedeni olarak kabul edilmediği veya aynı mahkemenin benzer olaylarda farklı tutum sergileyebildiği tespit edilmiştir³⁹⁶.

Günümüzde uluslararası hukuk metinlerinde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi konusunda kabul edilmiş genelgeçer tek bir kuralın bulunduğunu söylemek güçtür³⁹⁷. Bununla birlikte emrin ifasının uluslararası hukukta ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin yerleşik anlayışın emrin ifasının yalnızca belirli koşullar altında sınırlı olarak ceza sorumluluğuna etki ettiğini kabul etmekte olduğu ifade edilebilir³⁹⁸. Bu konuda bir uluslararası teamül kuralının

³⁹⁴ Lübnan Özel Mahkemesi Statüsü metni için. bkz. <https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal> (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

³⁹⁵ Bohrer, "The Superior Orders Defence...", s. 15-16.

³⁹⁶ Tespit ve örnekler için bkz. Bohrer, "The Superior Orders Defence...", s. 16.

³⁹⁷ Minow, s. 25; Insko, s. 407.

³⁹⁸ Bu sınırlı emrin hukuka aykırılığının ilk bakışta açıkça anlaşılması olduğuna ilişkin olarak bkz. Osiel, s. 946. Bugün mutlak sorumsuzluk ve mutlak sorumluluk yaklaşımlarının önemli ölçüde

yerleşmiş olup olmadığı konusunda ise öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Ad hoc mahkeme Statülerinde Nürnberg Statüsü ile benimsenen mutlak sorumluluk kuralının takip edilmesiyle birlikte emrin ifasından dolayı emri ifa edenlerin sorumlu tutulacağı mutlak sorumluluğun kural olduğu, emrin ifasının yalnızca indirim nedeni olarak dikkate alınabileceği yönünde bir teamül kuralının yerleştiğini ileri süren görüş bulunduğu gibi³⁹⁹, bu hükümlerin bir teamül kuralının oluştuğunu kabul etmeyi sağlayacak *opinio juris*'in varlığına işaret etmediği yönünde karşı görüş de ileri sürülmüştür⁴⁰⁰.

Sonuç olarak, uluslararası hukuktaki gelişim seyrine bakıldığında emrin ifasının uluslararası ceza sorumluluğunu gerektiren eylemlerden dolayı sorumluluğa etkisine yönelik farklı yaklaşımların bir arada uygulandığı süreçlerden geçtiği tespit edilmektedir. Bu süreçte emrin ifasının bir savunma olarak kabul edilmediği mutlak sorumluluk anlayışı ile belirli koşullar altında sorumlu tutulabildiği koşullu sorumluluk anlayışının öne çıktığı görülmektedir. Bununla birlikte mutlak sorumluluğun kural olarak kabul edildiği Nürnberg, YUCM, RUCM gibi mahkemelerin Statülerinin hükümlerinin uygulandığı yargılamalarda dahi bu kuralın esnetilmeye çalışıldığı⁴⁰¹, emrin ifasından dolayı sorumluluğun sınırının “ahlaki seçim yapabilme”, “hukuka açıkça aykırı olma”, “suç oluşturacağının bilinmesi” gibi bazı ölçütlerle çizildiğine dikkat çekmek gerekir. Yine bazı uluslararası suçlar bakımından emrin ifasının hiçbir koşulda savunma olarak ileri sürülemeyeceğine ilişkin hükümlerle de itaat yükümlülüğünün ve sorumluluğun sınırları belirlenmiştir. Bunlar esasen Roma hukukunda “*quae habet fecinoris vel sceleris atrocitatem*” olarak adlandırılan vahşet içeren suçların bir görünümü niteliğinde olup, günümüzde uluslararası hukuk terminolojisine uygun olacak şekilde hukuka aykırılığın “açık” olması, “açıkça anlaşılması” “gözle görülür” “kolayca anlaşılır” “ilk bakışta

etkisini yitirdiği ifade edilmekte, ana tartışmanın açık hukuka aykırılık ölçütüne dayanan koşullu sorumluluk ilkesi ile emrin ifasının somut olayda kastı kaldıran (cebir, hata gibi) diğer hallerle birlikte etki doğuran bir neden olarak kabul edilmesine yönelik görüş (mens rea ilkesi) üzerinde sürdürüldüğü ifa edilmektedir. Ambos, “General Principles...”, s. 31, dn. 145. Öğretide diğer bir yaklaşım uluslararası hukukta emrin ifasının, başlı başına bir savunma olarak değilse de, ceza sorumluluğuna etki eden diğer savunmaların içerisinde ortaya çıkan kastı (*mens rea*) kaldıran bir unsur olarak veya cezayı hafifleten bir neden olarak dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir. Eden, s. 643.

³⁹⁹ Mutlak sorumluluğun yerleşik bir adet kuralı olduğuna ilişkin olarak bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 434; Mutlak sorumluluğun kural olarak benimsenmesi yönünde bir *opinio juris*'in oluştuğuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Gaeta, s. 186, 190-191.

⁴⁰⁰ Güneysu, s. 97-99.

⁴⁰¹ Tarihsel süreç göstermektedir ki, yargıçlar emrin ifasının bir savunma oluşturmaya ilişkin *de jure* bir kural bulunmasa da *de facto* uygulayarak kabul etme yolunu seçmiştir. Insko, s. 418.

anlaşılır” olması gibi birbirine oldukça yakın terimlerle ulusal mevzuatlarda da yer bulmaktadır⁴⁰². Özellikle Roma Statüsü’nde benimsenen emrin hukuka açıkça aykırılığının koşul olarak belirlendiği koşullu sorumluluk ilkesi, devam eden bölümde ele alındığı üzere, ulusal mevzuatlarda önemli etkiye sahip olmuştur.

III. BAZI ÜLKE MEVZUATLARINDA YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA

Yetkili merciin emrinin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi birçok ulusal mevzuatta yer verilen bir kurum olup, düzenlenme şekli ve ceza sorumluluğuna etkisi ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bu bölümde Kıta Avrupası hukuku sistemi ve Anglo-Amerikan hukuku sistemini benimseyen ülkeler arasından seçilen bazı ülkelerin mevzuatlarında yetkili merciin emrini ifanın düzenleniş şekli kurumun tarihsel süreçteki gelişimi, öğretilerdeki yaklaşımlar ve uygulamadan örnekler çerçevesinde ele alınmıştır.

A. Fransa

Fransız hukukunda yetkili merciin emrini ifa, ilk defa 1994 yılında yürürlüğe giren Fransız Ceza Kanunu’nda (FransızCK)⁴⁰³ bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Bu kanundan önceki 1810 tarihli mülga Fransız Ceza Kanunu’nda ise yetkili merciin emrini ifa konusuna Kanun’un bazı özel hükümlerinde sınırlı olarak yer verilmişti. Bu kapsamda mülga Fransız Ceza Kanunu’nun 327. maddesinde kasten öldürme, yaralama ve fiziksel saldırı eylemlerinin bir kanun hükmünün veya meşru bir merciin emrinin gereği olarak gerçekleştirilmesinin suç oluşturmayaacağı belirtilmişti⁴⁰⁴. Buradaki ifadedен yola çıkılarak kanun koyucunun mülga Kanun’da yalnızca hukuka uygun emri dikkate aldığı, hukuka aykırı emrin hiçbir şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak

⁴⁰² Osiel, s. 952.

⁴⁰³ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA00000614981/#LEGISCTA000006149818 (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

⁴⁰⁴ Roger Merle/ André Vitu, **Traité De Droit Criminel**, Tome I, Sixième Edition, Paris: Editions Cujas, 1984, s. 539; Jean Pradel, **Droit Pénal Général**, 20^e Edition Paris: Editions Cujas, 2014, s. 302; Papadatos, s. 91.

kabul edilmediği belirtilmektedir⁴⁰⁵. Kasten öldürme ve yaralama eylemlerine yönelik emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği bu hükmün yanı sıra, mülga Kanun'un 114. maddesinde, kişi hürriyetine yönelik saldırılar bakımından da eylemlerin bir kamu görevlisi tarafından hiyerarşik amirinin verdiği emri ifa ederek işlenmesi halinde, emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldıracağı ayrıca düzenlenmiştir⁴⁰⁶.

Güncel FransızCK 1994 yılında yürürlüğe girene kadar geçen zaman içerisinde, Fransız hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin olarak mülga ceza kanununun özel hükümleri dışında da, yalnızca belirli alanlarda veya belirli suç tiplerinde uygulanacak bazı düzenlemeler ihdas edilmiştir. Bu kapsamda 28 Ağustos 1944 tarihli Kanun Hükmünde Kararname (*ordonnance*) ile savaş suçları bakımından emrin ifasının yalnızca cezada indirim nedeni veya cezasızlık nedeni olabileceği kabul edilmiş, bu yolla Nürnberg Statüsü'ndeki genel kural benimsenmiştir⁴⁰⁷. 28 Temmuz 1975 tarihli Kararname'de (*décret*) askeri disiplin alanında emirlere itaat ilkesinin hakim olduğu belirtilmiş, bununla birlikte emri alan askerlerin emrin açıkça hukuka aykırı olması veya savaş teamüllerine ya da uluslararası antlaşmalara aykırı olması halinde emre itaat etmemekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Yine benzer bir kural kolluk faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili 18 Mart 1986 tarihli, 86-591 sayılı Kararname'nin 47. maddesinde getirilmiş, emri alan kişilerin açıkça hukuka aykırı emirleri ifa etmeyi reddetme hakkının bulunduğu belirtilmiştir⁴⁰⁸.

FransızCK'nin "ceza sorumluluğunun kaldırılması veya azaltılması nedenleri" başlığı altında yer alan 122-4. maddesinde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin kurala genel hükümler arasında yer verilmiştir. Her ne kadar bölüm başlığında ceza sorumluluğunu kaldıran neden kavramı kullanılmış olsa da Fransız hukukunda emrin ifası bir hukuka uygunluk nedeni olarak (*fait justificatif*) kabul

⁴⁰⁵ Xavier Pin, **Droit Pénal Général**, 5^e Edition, Dalloz, Paris, 2012, s. 196.

⁴⁰⁶ Papadatos, s. 91.

⁴⁰⁷ Pradel, 305; Philippe Salvage, « Chapitre 4. L'élément injuste », in **Droit Pénal Général**, sous la direction de Salvage Philippe. FONTAINE, Presses Universitaires de Grenoble, « Droit en + », 2016, ss. 61-75; parag. 114. <https://www.cairn.info/droit-penal-general--9782706125652-page-61.htm> (Erişim Tarihi: 20.11.2020).

⁴⁰⁸ Pradel, s. 305-306.

edilmektedir⁴⁰⁹. FransızCK m. 122-4'ün ikinci cümlesinde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi: “*Meşru bir makam tarafından emredilen bir eylemi yerine getiren kişinin, eylem açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece ceza sorumluluğu bulunmaz.*” şeklinde ifade edilmiştir⁴¹⁰. Bu düzenleme uyarınca Fransız ceza hukukunda emrin ifasının ilk koşulu emri veren merciin “meşru bir makam” (*autorité légitime*) olmasıdır. Meşru makamın, sivil veya askeri bir kamu makamı olması, hiyerarşik olarak üst konumda olması ve yetkili olması gerekir. Bu çerçevede Fransız hukukunda, özel hukuk ilişkisindeki makamlar arasındaki emrin (babanın oğluna, patronun çalışana verdiği emir vb.) veya kanunen emir vermeye yetkili kılınmamış bir merciin emrinin ifasının ceza sorumluluğuna etki etmediği kabul edilmektedir⁴¹¹. Merciin kamusal olmasının yanı sıra “meşru” olması da ayrıca aranır. Emri veren kamusal merciin meşruiyeti onun yetkisine dayanır⁴¹². Bu kapsamda görevden alınmış veya görev süresi dolmuş bir merciin meşru olmadığı kabul edildiği gibi, daha genel olarak hükümetin meşruiyet dayanaklarının bulunuyor olması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹³. Emrin ifasının ikinci koşulu ise emrin açıkça hukuka aykırı (*manifestement illégal*) olmaması olarak gösterilmiştir. Buna göre meşru merciin verdiği emir hukuka uygun olduğu takdirde emre itaat yükümlülüğü doğduğu için emrin ifasından dolayı ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilirken, emrin hukuka aykırı olması halinde eğer hukuka aykırılık “açık” ise emri

⁴⁰⁹ Bkz. Yves Mayaud, *Droit Pénal Général*, 5^e Edition, PUF, Paris, 2015, s. 496; Pradel, s. 300; Michel Danti-Juan, “Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale”, *Dalloz*, 2015, parag. 28. https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPEN%2FRUB000227%2F2015-07%2FPLAN013&ctxt=0_YSR0MD1iYWlYbm5ldHRlcyBpbnRlbGxpZ2VudGVzwqd4JHNmPXNp bXBsZS1zZWYyY2g%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRz b3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwdzJHBhZ2luZz 1UcnVlwdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHnlwqdZJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29T UENIPUZhbHnlwqdZJGZsb3dNb2RIPUZhbHnlwqdZJGJxPcKncyRzZWYyY2hMYWJlZD3Cp3Mk c2VhcmNoQ2xhc3M9&scrl=ENCY%2FPEN%2FRUB000227%2F2015-07%2FPLAN019 (Erişim tarihi: 10.11.2020)

⁴¹⁰ Kanun metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149818/#LEGISCTA000006149818 (Erişim tarihi: 20.11.2020)

⁴¹¹ Mayaud, s. 493; Pin, s. 195; Salvage, parag. 111; Danti-Juan, parag. 30-32.

⁴¹² Danti-Juan, parag. 32.

⁴¹³ Fransa’da Vichy hükümetinin göreve geliş şekli ve meşruiyeti hakkında bkz. Mayaud, s. 494. Vichy hükümetinin yalnızca fiili bir iktidarının bulunduğu kabul edilerek 9 Ağustos 1944 tarihli Kararname ile 1940-1944 yılları arasında Vichy hükümetinin yetkilileri tarafından verilen emirlerin meşru olmadığı ilan edilmiş, 28 Kasım 1944 tarihli diğer bir Kararname ile de Vichy yönetiminden aldıkları emirleri ifa eden kamu görevlilerinin sorumlu tutulmayacakları kabul edilmiştir. Pradel, s. 304; Danti-Juan, parag. 32. 28; Kasım 1944 tarihli Kararname ile alt kademedeki görev yapan kamu görevlilerinin tamamı hakkında belirli tarih aralığındaki emirler bakımından geçerli olacak özel bir hukuka uygunluk sebebi ihdas edilmiştir. Bkz. Merle/ Vitu, s. 540; Ronan Doaré, “Ordre Légal, Ordre Illégal”, *Inflexions*, 2013/3, No. 24, ss. 153-162, s. 160. <https://www.cairn.info/revue-inflexions-2013-3-page-153.htm> (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

ifa eden kişi bunun sonucunda oluşan suçtan sorumlu olacaktır. Böylece maddede emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğundan kurtulamayacağı tek ihtimal emrin hukuka aykırılığının açık olduğu haller olarak belirlenmiřtir⁴¹⁴. Fransız hukukunda bu yolla, kamu makamından verilen emirlerin her koşulda hukuka uygun olduğunun kabul edilmediği, bununla birlikte emri alan kişilerin de her koşulda emrin hukuka aykırılığını bilmesinin beklenmediği bir orta yol kabul edilmiş olmaktadır⁴¹⁵. Hukuka açıkça aykırı bir emir veren mercie itaat yükümlülüğü bulunmayıp, böyle bir durumda emri veren merci tehdit veya cebir yoluyla itaate zorlamakta ise FransızCK m. 122-2 çerçevesinde cebir veya tehdidin kusurluluğa etki eden bir hal olarak ayrıca dikkate alınmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁶. Yine hukuka açıkça aykırı bir emri ifa eden kişinin, emrin hukuka aykırılığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde de FransızCK m. 122-3 uyarınca ceza sorumluluğundan kurtulması mümkün olabilecektir⁴¹⁷.

FransızCK m. 122-4'te yer alan genel hükmün yanı sıra, FransızCK'deki özel hükümler arasında bazı suç tipleri bakımından uygulama alanı bulan emrin ifasına ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu kapsamda FransızCK m. 213-4'te, insanlığa karşı suçlarda, failin meşru bir merciin emrini veya bir mevzuat hükmünü ifa etmiş olmasının tek başına ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı, ancak bu durumun cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği düzenlenmektedir⁴¹⁸. Bu hüküm FransızCK m. 122-4'ün bir istisnası olarak, insanlığa karşı suçlar bakımından emrin hukuka açıkça aykırı olup olmadığının dikkate alınmaksızın ifa edenlerin sorumlu tutulacağını öngörmektedir⁴¹⁹. Kamu görevlilerinden her koşul altında kahramanlık göstermeleri beklenemeyeceği için maddede ayrıca somut olayın hakimler tarafından cezanın orantılılığında dikkate alınması gerektiği kabul edilmiřtir⁴²⁰. Aynı doğrultuda, 2010 yılında 2010-930 sayılı Kanun'la getirilen bir hükümle birlikte FransızCK m. 462-8'de yalnızca kanunun veya düzenleyici işlemlerin gereğini icra etmiş olmanın veya meşru merciinn emrini ifa etmiş olmanın savaş suçları bakımından ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı açıkça belirtilmiş,

⁴¹⁴ Pin, s. 196; Mayaud, s. 496-497.

⁴¹⁵ Mayaud, s. 497.

⁴¹⁶ Mayaud, s. 498; Pradel, s. 307.

⁴¹⁷ Pradel, s. 307.

⁴¹⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006417550 (Erişim Tarihi: 22.11.2020)

⁴¹⁹ Danti-Juan, parag. 37.

⁴²⁰ Pin, s. 195.

bununla birlikte mahkemenin bu durumu cezanın belirlenmesinde dikkate alabileceğine yer verilmiştir. Maddenin devamında ise, bu yönde verilen emrin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen veya hukuka aykırılığın açık olmadığı hallerde emri ifa edenin sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir⁴²¹.

FransızCK dışında, ceza normu içeren diğer kanunlarda da emrin ifasına ilişkin bazı özel hükümlere rastlanmaktadır. Fransız Savunma Kanunu m. L4122-1'de askerlerin aldıkları emre itaat yükümlülüklerinin bulunduğu, ancak kanuna, savaş hukuku teamüllerine ve uluslararası antlaşmalara aykırı emirlere itaat edilemeyeceği düzenlenmiş, m. D4122'de ise askerlerin açıkça hukuka aykırı bir eylemi içeren veya yürürlükteki uluslararası antlaşmalar ile silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası hukuk kurallarına aykırı bir emre itaat etmemekle yükümlü oldukları belirtilmiştir⁴²². Askerlerin ifa ettikleri görevin niteliği gereği, emrin açıkça hukuka aykırılığını hem ulusal kurallara hem de belirli uluslararası hukuk kurallarına göre tespit edebilmeleri kendilerinden beklenmektedir⁴²³. Benzer şekilde Fransız hukukunda Kamu Görevlilerinin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin 83-634 sayılı Kanun'un 28. maddesinde hiyerarşik kademesi ne olursa olsun her kamu görevlisinin hiyerarşik üstünden aldığı emri, açıkça hukuka aykırı veya bir kamusal menfaatin ağır ihlaline yol açacak nitelikte olmadığı sürece, yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir⁴²⁴. Böylece maddede askeri hiyerarşi dışında kalan kamu görevlileri bakımından da emre itaat yükümlülüğünün sınırı, diğer bir ifadeyle emre itaati reddetme hakkı, emrin hukuka açık aykırılığı ve kamusal menfaatin ağır şekilde ihlali olmak üzere iki koşula bağlanmıştır⁴²⁵.

Fransız ceza hukuku öğretisinde de emrin ifasının ceza sorumluluğuna ne yönde etki edeceği sorusu teorik olarak tartışılmış, uluslararası hukuktakine paralel

⁴²¹ Fransız Ceza Kanunu metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000022681938/#LEGIARTI000022686470 (Erişim Tarihi: 22.11.2020)

⁴²² Fransız Ceza Kanunu metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000032441424/2020-12-01/>, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071307/LEGISCTA000018708877/#LEGISCTA000018711250 (Erişim Tarihi: 22.11.2020)

⁴²³ Doaré, s. 158.

⁴²⁴ Loi no. 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi le Pors. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000504704/> (Erişim Tarihi: 22.11.2020)

⁴²⁵ Doaré, s. 158.

olarak üç farklı yaklaşım çerçevesinde değerlendirilmiştir⁴²⁶. Bunlardan “pasif itaat” (*obéissance passive*) teorisine göre emri alan kişinin her koşulda emri veren üst mercie itaat etmesi zorunludur ve emre herhangi bir nedenle itaat etmemesi halinde yaptırımla karşılaşır. Bu doğrultuda emre itaat edilmesi suretiyle işlenen suçtan da sorumsuzdur. Pasif itaat teorisinin getirdiği mutlak sorumsuzluğun sınırlandırılması gerektiği düşüncesi, Fransız hukukunda “akıllı süngüler” veya “akıllı itaat”⁴²⁷ olarak tercüme edilebilecek “*baïonnettes intelligentes*” teorisini ortaya çıkarmıştır. Bu teoriye göre, emri alan kişilerin yalnızca emirlere göre hareket ettirilecek birer silah olduğu kabul edilmemeli, emrin hukuka aykırı olduğunu ayırt edebilecek akla sahip oldukları dikkate alınmalıdır. Bu doğrultuda teori, emri alan kişilere emrin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme yükümlülüğü yüklemekte ve emre itaat yükümlülüğünü yalnızca hukuka uygun emirlere itaat ile sınırlamaktadır⁴²⁸. Böylece hukuka aykırı emre itaat eden kişi sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu teori itaat yükümlülüğünü sınırlandırmış olsa da, emri alan kişinin her durumda emrin hukuka aykırılığını değerlendirme imkanının olmaması nedeniyle uygulamada sorun yaratmıştır⁴²⁹. Bu nedenle üçüncü bir teori olarak “açık hukuka aykırılık” (*illégalité manifeste*) teorisine geliştirilmiştir. Önceki iki teori arasında orta bir yol öneren bu teoriye göre, emri alan kişinin yalnızca emrin hukuka aykırılığının açık, aşikar olması halinde itaat yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmekte, hukuka aykırılığın açık olmadığı hallerde ise kendisinden hukuka uygunluğu tespit etmesi beklenmediği için ifa etmesi halinde ortaya çıkan suçtan sorumlu tutulmamaktadır⁴³⁰. 1994 tarihli Fransız CK m. 122-4’te emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi konusunda “hukuka açık aykırılık” yaklaşımının benimsendiği ifade edilmektedir⁴³¹. Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etki etmeyeceğinin ve failin sorumlu olduğunun belirlenebilmesi için emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığının arandığı bu yaklaşım uyarınca somut olayda emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığının tespiti önemli bir konudur. Bu konuda emrin hukuka aykırılığının açıklığını emrin konusunu oluşturan eylemin ağırlığı ve vahametine bakarak tespit eden objektif ölçüt

⁴²⁶ Teorilerle ilgili olarak ayrıca bkz. Çetinkaya, s. 135-139.

⁴²⁷ Akıllı itaat teorisine veya akıllı baston teorisine olarak da ifade edilen bu teoriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Çetinkaya, s. 136.

⁴²⁸ Papadatos, s. 93.

⁴²⁹ Pradel, s. 305; Danti-Juan, parag. 34; Aynı şekilde, bu teori doğrultusunda emrin ast tarafından değerlendirilmesi, hiyerarşik düzen içerisindeki otoriteden ödün verilmesine de yol açar niteliktedir. Salvage, parag. 112; Papadatos, s. 94.

⁴³⁰ Pradel, s. 305.

⁴³¹ Pradel, s. 305; Pin, s. 196.

ile emri alan kişinin sosyal ve kültürel konumu gibi özelliklerini dikkate alan subjektif ölçütü esas alan iki farklı yaklaşım bulunmaktadır⁴³².

B. İspanya

İspanya Ceza Kanunu 1995 yılında yürürlüğe girmiş olup, halen tüm İspanya özerk bölgelerinde ortak olarak uygulanmaktadır⁴³³. İspanyol ceza hukukunda geniş anlamda suça ve cezalandırılmaya etki eden nedenler; tipikliği kaldıran nedenler (*causas de atipicidad*), hukuka uygunluk nedenleri (*causas de justificacion*) ve kusurluluğu kaldıran nedenler (*causas de exculpacion*) olmak üzere üç kategoride ele alınmaktadır⁴³⁴. İspanya Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde ceza sorumluluğuna etki eden nedenler kategori ayrımı yapılmaksızın bir arada düzenlenmiştir⁴³⁵. Maddenin 7. fıkrasında bir ödevi yerine getiren veya bir hakkını, yetkisini veya görevini hukuka uygun şekilde icra eden kişilerin sorumlu tutulamayacağı kuralı yer almaktadır⁴³⁶. Bu doğrultuda almış olduğu bir emri ifa eden kişinin, bu emri ifa etme ödevi bulunduğu için emrin ifasıyla oluşan suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağı kural olarak kabul edilmektedir. Emrin ifası İspanyol ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenleri (*causas de justificacion*) arasında yer almaktadır. Bu çerçevede hukuka uygun bir emrin ifasının yanı sıra hukuka aykırı bir emrin ifasının da belirli bazı koşulların varlığı halinde hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebileceği öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Buna göre emri veren ve ifa eden kişiler arasında ast-üst ilişkisinin bulunması, üst merciin emir verme yetkisine sahip olduğuna ilişkin makul bir izlenim oluşması, emrin belirli ve sarih olması, emrin kanuni şekil ve usule

⁴³² Pradel, s. 306.

⁴³³ Ceza kanunları yalnızca İspanya parlamentosu tarafından özel bir çoğunluk oyu ile çıkarılabilecek kanunlardan (*ley organica*) olup, bu kanunların özüne aykırı olmayacak şekilde özerk bölgelerin ceza kanunlarının içeriğini geliştirecek nitelikte kanun oluşturmaları kabul edilmektedir. Carlos Gómez-Jara Díez / Luis E. Chiesa, "Spain", in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 488-530, s. 493. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

⁴³⁴ Gómez-Jara Díez/ Chiesa, s. 507.

⁴³⁵ İngilizce Kanun metni için bkz. Organic Act 10/1995, 23 November, Official State Gazette No. 281, 24.11.1995. s. 7. https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (Erişim Tarihi: 13.12.2020); Debora Provolo, **Esecuzione Dell'Ordine Del Superiore e Responsabilità Penale**, Padova, 2009 (pubblicato online), s. 194. <http://attiemodellidipoliziagiudiziaria.eu/files/scriminanti-esimenti-nelle-FFAA.pdf> (Erişim Tarihi: 10.04.2019)

⁴³⁶ Görevin ifasının ceza sorumluluğunu kaldıracağı açıkça ifade edilmiş olmaktadır. Provolo, **Esecuzione Dell'Ordine**, s. 195.

uygun olması ve emrin açıkça hukuka aykırı olmaması koşullarının sağlanması halinde emri ifa eden kişi, daha sonra emrin hukuka aykırı olduğu anlaşılrsa dahi ceza sorumluluğundan kurtulacaktır⁴³⁷. Böylece İspanyol hukukundaki baskın yaklaşıma göre⁴³⁸, hukuka uygun veya aykırı bir emri ifasının, hukuka aykırılık açık olmadığı sürece, hukuka uygunluk nedeni olacağı, bununla birlikte somut olayda koşulları varsa cebir hükümleri çerçevesinde hukuka açıkça aykırı bir emrin ifasının kusurluluğa etki etmesinin de değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁴³⁹. Öğretide bir kısım yazarlar ise hukuka aykırılığı açık olmayan bir emrin ifasının beklenemezlik veya istenemezlik (*inesigibilità*) ilkesine dayanan kusurluluğu kaldıran bir neden oluşturduğunu ileri sürmektedir⁴⁴⁰.

Hukuka aykırı bir emrin ifasının suç kalıbına uygun bir eylemi hukuka uygun hale getirmesinin, somut olaylarda karşılaşılan pratik bir ihtiyacın sonucu olarak kabul edilen bir kural olduğu ifade edilmektedir. Zira devlet görevlilerinin emrin hukuka uygunluğunu sorgulamalarına her koşulda izin verilmesi mümkün olmamakta, bunun sınırı emrin hukuka açıkça aykırı olması olarak belirlenmektedir⁴⁴¹.

İspanya Ceza Kanunu'nun 410. maddesinde düzenlenen kamu makamları ve görevlilerinin, yetkileri dahilinde ve kanuna uygun olarak verilen mahkeme kararlarının veya yetkili merci emirlerinin gereklerini yerine getirmeyi reddetmeleri yaptırım altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkradaki eylemi gerçekleştiren kişilerin, ifadan kaçındıkları emirlerin kanuna veya diğer genel düzenleyici işlemlere açık, aşık ve kesin şekilde aykırı olması halinde sorumlu tutulamayacakları belirtilmiştir⁴⁴². Bununla birlikte emrin hukuka açıkça aykırılığını belirleyen ölçüte ilişkin belirli bir tanım bulunmamaktadır⁴⁴³. Benzer şekilde İspanyol hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin

⁴³⁷ Gómez- Jara Díez/ Chiesa, s. 511.

⁴³⁸ Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 202.

⁴³⁹ Gómez- Jara Díez/ Chiesa, s. 515.

⁴⁴⁰ Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 202.

⁴⁴¹ Gómez- Jara Díez/ Chiesa, s. 511.

⁴⁴² İngilizce Kanun metni için bkz. Organic Act 10/1995, 23 November, Official State Gazette No. 281, 24.11.1995. s. 124-125. https://www.legislationline.org/download/id/6443/file/Spain_CC_am2013_en.pdf (Erişim Tarihi: 13.12.2020)

⁴⁴³ Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 202.

düzenlemelere askeri mevzuatta da yer verilmektedir. 2015 yılında çıkarılan İspanyol Askeri Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde askerlerin emre itaatsizlikleri yaptırım altına alınmış, maddenin ilk fıkrasında askerlerin üstlerinin verdiği hukuka uygun emirlere itaati reddetmeleri suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise askerlerin, aldıkları emrin açıkça suç oluşturması, özellikle Anayasa'ya karşı suç oluşturması veya emrin kanun normunun ya da uluslararası silahlı çatışmalar hukuku normunun açık, sarıh ve kesin bir ihlali niteliğinde olması halinde hiçbir koşulda emre itaatsizlikten sorumlu tutulamayacakları belirtilmiştir⁴⁴⁴.

C. İtalya

İtalyan ceza hukukunda, emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin hüküm İtalyan Ceza Kanunu'nun (İtalyanCK) 51. maddesinde yer almaktadır. “Hakkın İcrası ve Görevin İfası” başlıklı 51. maddedeki düzenleme şu şekildedir:

“Bir hukuk normundan veya kamu makamının hukuka uygun emrinden doğan bir hakkın icrası ya da görevin ifası cezalandırılmayı engeller.

Eğer suç oluşturan bir eylem bir makamın emrini ifa sonucunda işlenmişse, emri veren kamu görevlisi her zaman bu suçtan sorumlu olur.

Fiili hata nedeniyle hukuka uygun bir emri ifa ettiğini zannetmesi hali hariç olmak üzere, emri ifa eden kişi de bu suçtan sorumlu olur.

Hukuka aykırı bir emri ifa eden kişi, kanunun emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi konusunda hiçbir yetki tanımadığı hallerde cezalandırılmaz.”⁴⁴⁵

Maddenin birinci fıkrasında hakkın kullanılması ve görevin ifası hukuka uygunluk nedenleri bir arada düzenlenmiştir⁴⁴⁶. Maddede görevin ifası hukuka uygunluk sebebi kapsamında birincisi kanun hükmünden doğan görev, ikincisi ise kamu makamının meşru/hukuka uygun (*legittimo*) emrinden doğan görev olmak üzere görevin kaynağına göre ikili ayırım yapıldığı ifade edilmektedir⁴⁴⁷. Maddenin esası (*ratio legis*), gerek hakkın kullanılması gerekse görevin ifası bakımından,

⁴⁴⁴ İngilizce metin için bkz. <https://www.global-regulation.com/translation/spain/615251/organic-law-14-2015-of-14-october%252c-the-military-penal-code.html> (Erişim Tarihi: 08.12.2020)

⁴⁴⁵ <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codicePenale> (Erişim Tarihi: 08.11.2019)

⁴⁴⁶ Stefano Canestrari/ Luigi Cornacchia/ Giulio De Simone, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Editore: Il Mulino, 2017, s. 599.

⁴⁴⁷ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 599.

hukuk düzeninin bütünlüğü ve çelişmezliği ilkesiyle açıklanmaktadır. Buna göre hukuk düzeni bir bütün oluşturduğu için, hukuk düzeninin bir alanında kişilere yerine getirme ödevi yüklediği bir eylemi diğer bir alanında suç kabul ederek yaptırıma bağlaması çelişkilidir⁴⁴⁸. Çünkü hukuk düzeninde bir eylemin yapılması veya yapılmaması görev olarak tanımlanmış ise artık o görevi yerine getirmek hukuka uygundur⁴⁴⁹. Bu nedenle m. 51’de düzenlenen görevin ifası İtalyan hukuk öğretisinde ağırlıklı olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Bununla birlikte bazı yazarlar kamu makamının hukuka aykırı emrinden doğan görevlerin ifasının hukuka aykırılığa değil, kusurluluğa etki ettiğini ileri sürmektedir⁴⁵¹.

İtalyan ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifanın uygulanma koşullarının İtalyan CK m. 51/1 doğrultusunda, genellikle emrin bir kamu makamı tarafından verilmiş olması⁴⁵² ve emrin hukuka uygun olması⁴⁵³ olarak tarif edildiği tespit edilmektedir. Maddeye göre, emir yetkili kamu makamı tarafından verildiği ve hukuka uygun olduğu sürece emrin ifası ile suç tanımına uygun bir eylem gerçekleştirilmiş olsa bile bundan kimse sorumlu tutulmayacaktır⁴⁵⁴. Emrin hukuka uygun olması, İtalyan hukuku öğretisinde maddi ve şekli yönden hukuka uygunluğu kapsayacak şekilde açıklanmaktadır. Emrin şeklen hukuka uygunluğu öğretideki genel kabule göre, emri alanın emri ifa etme yetkisinin varlığı, emri verenin emir verme yetkisinin varlığı ve emrin kanuni şekle uygun olmasını ifade etmektedir⁴⁵⁵.

⁴⁴⁸ Bunun yanında görevin ifası, görevle yükümlü olan kişi bakımından bir yükümlülüklerin çatışması halinin bulunmasıyla da açıklanmaktadır. Alberto Cadoppi/ Paolo Veneziani, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, CEDAM, Wolters Kluwer, 2018, s. 315; Carlo Fiore/ Stefano Fiore, **Diritto Penale Parte Generale**, UTET, Wolters-Kluwer, 2016, s. 352; Carlo Federico Grosso/ Marco Pelissero/ Davide Petrini/ Paolo Pisa, **Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Giuffrè Editore, Milano, 2013, s. 295.

⁴⁴⁹ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 598.

⁴⁵⁰ Giacomo Delitala, “Adempimento di un Dovere”, in **Enciclopedia del Diritto: I**, Giuffrè Editore, 1958, s. 567; Domenico Pulitanò, **Diritto Penale**, G. Giappichelli Editore, 2017, s. 228.

⁴⁵¹ Delitala, s. 568; Fiore/ Fiore, s. 352.

⁴⁵² Özel hukuk kişileri tarafından yöneltilen görevler “emir” kapsamında kabul edilemez. Delitala, s. 570; Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 599; Marcello Gallo, **Diritto Penale Italiano Appunti Di Parte Generale. Volume I**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2014, s. 308; Ferrando Mantovani, **Diritto Penale Parte Generale**, CEDAM, Wolters-Kluwer, 2011, s. 243. Özel hukuktan kaynaklanan hiyerarşik ilişki (ebeveyn ile çocuklar arası ilişki vb.) hiçbir zaman hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz. Francesco Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano: Giuffrè, 2003, s. 280.

⁴⁵³ Antolisei, s. 280; Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 600; Cadoppi/ Veneziani, s. 317; Giovannangelo De Francesco, **Diritto Penale. I Fondamenti**, Torino: Giappichelli Editore, 2011, s. 270; Gallo, s. 309; Mantovani, s. 244.

⁴⁵⁴ Bu ihtimalde emir kanun hükmünün dolaylı olarak yerine getirilmesi niteliğinde olduğu için, emrin ifasıyla gerçekleştirilen eylemin hukuka uygunluğu tartışmasıdır. Delitala, s. 570.

⁴⁵⁵ Delitala, s. 570; Antolisei, s. 280; Fiore/ Fiore, s. 353.

İçerik yönünden (maddi yönden) hukuka uygunluk ise emrin verilebilmesi için aranan kanuni koşulların, diğer bir deyişle emrin varlık nedeninin sağlanması anlamına gelmektedir⁴⁵⁶. Emir şekli veya maddi hukuka uygunluk koşullarını sağlamıyorsa artık ortada hukuka aykırı bir emir vardır. Bu halde hukuka aykırı emri ifa eden de emri veren de sorumlu olur⁴⁵⁷. Bunların hangi koşulda nasıl sorumlu olacakları da maddenin 2, 3, ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir.

İtalyan CK m. 51/2’de emri veren kişinin sorumluluğu düzenlenmiş, emri veren kişinin, verdiği emrin oluşturduğu suçtan dolayı her koşulda sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Burada emri verenin sorumluluğu bakımından genel ceza hukuku kurallarının geçerli olacağı, dikkate alınacağı kabul edilmektedir. Yani oluşan suç bakımından kastının bulunmaması veya olayda başka bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde emri veren açısından da suç oluşmayabilecektir⁴⁵⁸.

İtalyan CK m. 51/3’te ise emri ifa eden kişinin hukuka aykırı bir emri ifa sonucunda oluşan suçtan sorumluluğu düzenlenmiştir. Öğretide bu konuda devletin tüm organları kanun normlarına uymakla yükümlü olduğu ve ceza kanunundaki normu ihlal eden bir eylemin yapılmasını içeren bir emrin ifasından kişilerin sorumlu tutulmamasının düşünülemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁵⁹. Bununla birlikte İtalyan hukukunda, emri verenin aksine, emri ifa edenin sorumluluğunun bazı istisnalarının bulunduğu kabul edilmiştir. Maddeye göre hukuka aykırı bir emri ifa eden kişinin, ifa sonucu oluşan suçtan sorumlu tutulmasının iki istisnası bulunur⁴⁶⁰. İlki m. 51/3’te belirtildiği üzere emri ifa eden kişinin emrin hukuka uygun olduğu konusunda fiili hatasının (*errore di fatto*) bulunmasıdır. İkinci istisna ise, m. 51/4’te belirtildiği üzere, emri alan kişinin aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetlemesinin kanunen yasaklanmış olmasıdır⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ Bu konuda İtalyan hukukunda, yakalama emrinin verilebilmesi için aranan, failin kusurluluğuna işaret eden kuvvetli delillerin varlığı koşulunun sağlanması içerik yönünden hukuka uygunluk örneği olarak gösterilmektedir. Bkz. Antolisei, s. 280-281; Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 600; Cadoppi/ Veneziani, s. 318; De Francesco, s. 270; Gallo, s. 309; Mantovani, s. 244.

⁴⁵⁷ De Francesco, s. 270; Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 296.

⁴⁵⁸ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 600.

⁴⁵⁹ Antolisei, s. 281; İtalyan hukukunda emri alan kişilerin emri ifanın suç oluşturup oluşturmadığını denetleme ve suç oluşturmaları halinde ifa etmeme yükümlülüklerinin bulunduğu da ayrıca düzenlenmiştir. Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 296; Mantovani, s. 244.

⁴⁶⁰ Cadoppi/ Veneziani, s. 318; De Francesco, s. 270; Mantovani, s. 244; Francesco Palazzo, **Corso Di Diritto Penale. Parte Generale**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, s. 377.

⁴⁶¹ Cadoppi/ Veneziani, s. 318; De Francesco, s. 270; Mantovani, s. 244-245.

İtalyan CK madde 51/3'teki hata halinin içeriği ve genel hata hükmü ile ilişkisi İtalyan öğretisinde tartışmalı bir konu olmuştur⁴⁶². Buradaki fiili hataya örnek olarak üzerinde sahtecilik yapılan bir yakalama emrini ifa eden kolluk görevlisinin durumu gösterilmektedir⁴⁶³. Bu durumda emri alanın sorumlu tutulmamasının temeli eylemin hukuka uygunluğu kapsamında değil, hatanın varlığı nedeniyle failin kastının kalkması ile açıklanmaktadır. Bu durumda m. 51/3 hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir⁴⁶⁴.

İtalyan CK m. 51/4'te düzenlenen hukuka uygunluğunun denetlenmesi/sorgulanması yasaklanmış emir (*ordine insindacabile*) kavramı, emrin denetlenmeksizin derhal ifa edilmesini öngören mevzuat hükümlerini kapsamaktadır. Aslında kural olarak İtalyan hukukunda emri alan kişinin emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğünün bulunduğu ve emrin hukuka aykırı olması halinde, emri alan kişinin itaat yükümlülüğünün kalktığı kabul edilmektedir⁴⁶⁵. Bu konuda İtalyan “Kamu Görevlilerinin Statüsü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” (No. 3/1957) m. 17/I-II'de⁴⁶⁶ hukuka aykırı bir emri ifa etmeme ödevinden söz edilmektedir. Maddede kamu görevlilerinin hukuka açıkça aykırı bir emir aldıklarında bunu gerekçeleriyle birlikte üstlerine bildirmek zorunda oldukları, eğer emir yazılı olarak yinelenirse ifa etmek zorunda oldukları belirtilmektedir⁴⁶⁷. Aynı maddedenin devamında ise emrin konusu olan eylemin ceza kanununca yasaklanmış olması halinde emre itaat yükümlülüklerinin bulunmadığı

⁴⁶² Bu konuda bir yandan m. 51/3'ün İtalyan CK m. 59/4'te yer alan hata hükmünün bir tekrarı olduğu ifade edilmekte ve m. 59/4'te öngörüldüğü şekilde hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hatası olan failin kastının bulunmaması nedeniyle kasıtlı suçtan sorumlu olmayacağının, ancak hatasında taksiri varsa taksirli sorumluluğunun devam edeceğinin anlaşılması gerektiği savunulmaktadır. Diğer yandan m. 51/3'teki hata hükmünün özel bir düzenleme getirdiği ve genel hata hükmünün aksine bu hukuka uygunluk nedeni bakımından failin taksiri bulursa dahi sorumlu olmayacağının anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Palazzo, s. 378.

⁴⁶³ Antolisei, s. 283; Mantovani kanun normunun yanlış yorumlanmasına dayalı hata halinde de bu hükmün uygulanacağını belirtmekte, bu durumu kayıt hakkı kazanmamış bir öğrencinin kayıt koşullarını sağladığını zannederek rektörün kaydın yapılması yönündeki emrine istinaden kaydı yapan Üniversite sekreterlik görevlisinin durumu ile örneklemektedir. Mantovani, s. 245.

⁴⁶⁴ Antolisei, s. 283; Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 601; Domenico Pulitanò, “Esercizio Di Un Diritto e Adempimento Di Un Dovere”, in **Gigesto**, Torino: UTET, 1990, ss. 320-331, s. 328.

⁴⁶⁵ 51. maddenin 4. fıkrasındaki denetim yetkisinin kısıtlandığı hallere ilişkin hükmün *a contrario* yorumuyla emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kural olarak zorunlu olduğu sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir. Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 600.

⁴⁶⁶ Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, GU Serie generale No. 22, 25.01.1957, Suppl. Ordinario N. 220, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1957/01/25/057U0003/sg> (Erişim Tarihi: 02.02.2020)

⁴⁶⁷ Gallo, s. 311; Mantovani, s. 245.

belirtilmiştir⁴⁶⁸. Bununla birlikte m. 51/4'te öngörüldüğü şekilde bazen kanun koyucu emrin hukuka uygunluğunu denetleme hak ve görevini sınırlayabilmektedir. “Hukuka aykırı bağlayıcı emirler” (*ordini illegittimi vincolanti*) olarak belirtilebilecek bu hükümler İtalyan hukuku mevzuatında çeşitli hükümlerde yer almaktadır⁴⁶⁹. İtalyan hukukunda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin yasaklandığı bu hallerin emrin yalnızca maddi yönden denetlenmesini içerdiği, emrin şekil yönünden denetiminin ise her koşulda yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁷⁰. Diğer bir deyişle m. 51/4'te sözü edilen “denetlenemeyecek emirler” (*ordine insindacabile*) yalnızca maddi yönden hukuka uygunluk denetiminin yasaklandığı emirlerdir. Bu nedenle denetlenemeyecek bir emri alan kişi, yukarıda belirtilen kapsamda şeklen hukuka uygun olduğunu tespit ettiği sürece emrin maddi yönden hukuka uygunluğunu kontrol etmeksizin ifa etmekle yükümlüdür⁴⁷¹. Bu durumda denetleyemediği ve maddi yönden hukuka aykırı olan bir emri ifa eden kişi, bu emrin ifasıyla birlikte suç tanımına giren bir eylem ortaya çıktığında sorumlu tutulmaz⁴⁷².

İtalyan hukukunda m. 51/4'te yer verilen denetimi yasaklanmış emirlere ilişkin istisnanın ceza kanunu metninde yer almayan bir sınırının daha olduğu kabul edilmektedir⁴⁷³. Bu sınır “açıkça suç oluşturan emir” (*ordine manifestamente criminoso*) olarak ifade edilmektedir⁴⁷⁴. Öğretide, mülga İtalyan Barış Zamanı Askeri Ceza Kanunu m. 40'ta yer alan ve askerler bakımından suç oluşturduğu açık olan emirlere itaat etmeme ve derhal amire bildirme yükümlülüğü getiren hükmün, *a fortiori* yorumla, askeri ilişkiler dışındaki emirlere de uygulanabileceği sonucuna ulaşılmış ve benimsenen sınırın dayanağı olarak Askeri Ceza Kanunu m. 40 gösterilmiştir⁴⁷⁵. İtalyan Barış Zamanı Askeri Ceza Kanunu m. 40'ı yürürlükten

⁴⁶⁸ Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, GU Serie generale No. 22, 25.01.1957, Suppl. Ordinario N. 220, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1957/01/25/057U0003/sg> (Erişim Tarihi: 02.02.2020)

⁴⁶⁹ Kamu idaresine bağlı bazı alanlarda (asker, polis) hukuk düzeni kişilere amirinden veya üstünden aldığı emirleri ne olursa olsun ifa etme görevi yüklemektedir. Bu durumlarda sorumluluk sadece emri verene aittir. Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 297.

⁴⁷⁰ Gallo, s. 310; Palazzo, s. 378.

⁴⁷¹ Cadoppi/ Veneziani, s. 319.

⁴⁷² Antolisei, s. 282.

⁴⁷³ Delitala, s. 570.

⁴⁷⁴ İstisnanın istisnası olarak da ifade edilmiştir. Cadoppi/ Veneziani, s. 318.

⁴⁷⁵ Delitala, s. 570; Gallo, s. 311; Bu maddedeki ilkenin hukuk düzenine ilişkin genel bir ilke olması nedeniyle askeri ceza hukuku dışında ceza hukukunda genel olarak uygulanabileceği belirtilmiştir.

kaldıran 1978 tarihli 382 sayılı Askeri Disipline İlişkin İlke Kuralları Kanunu'nda aynı kural askerlerin aldıkları emirlerin “*açıkça devlet kurumlarına karşı isyan teşkil etmesi veya ifasının suç oluşturduğunun aşikar olması*” halinde ifa etmeme yükümlülüğü altında olduğu şeklinde yeniden düzenlenmiştir⁴⁷⁶.

Sonuç olarak, İtalyan hukukunda emri alan kişinin denetleme yetkisinin kanunla sınırlanmış olduğu bir durumda, aldığı emrin şeklen hukuka uygun olduğunu tespit eden kişi, emrin ifasının suç oluşturacağı açıkça anlaşılır değilse o emri maddi yönden hukuka aykırı olsa bile ifa etmek zorundadır. Bu nedenle o emri ifa etmesiyle birlikte ortaya çıkan suçtan sorumlu tutulmaz. Bu durumda yalnızca emri veren sorumlu olacaktır⁴⁷⁷. Burada emri alan kişinin sorumlu tutulamamasının temeli öğretide bir görüş tarafından eylemin hukuka uygun hale gelmesiyle açıklanmakta, m. 51/4'te bir hukuka uygunluk nedeninin düzenlendiği kabul edilmektedir⁴⁷⁸. Bu görüşe göre, bu ihtimalde hukuk düzeni emrin hukuka uygunluk denetimini sınırlandıran -diğer bir deyişle denetim yapmaksızın emre itaat yükümlülüğü yükleyen- hukuk normu ile hukuka maddi yönden aykırı emri ifa etmeye izin vermiştir⁴⁷⁹. Öğretide yer alan diğer görüşe göre ise, bu durum hukuka aykırılıktan ziyade kusurlulukla ilgilidir⁴⁸⁰. Bazı yazarlar hukuka aykırı bir emri ifa etmek zorunda kalan kişinin, etkisi altında kaldığı psikolojik baskının yarattığı kişisel durumunun göz önünde bulundurulduğunu ileri sürmektedir. Bu durumdayken emri ifa eden kişinin davranışlarını yönlendirme özgürlüğünden söz edilemeyeceği için emrin ifasıyla oluşan suçta kusurluluğunun bulunmadığı kabul edilmeli, hukuka

Pulitanò, *Diritto Penale*, s. 229; Fabrizio Ramacci, **Corso Di Diritto Penale**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017, s. 309.

⁴⁷⁶ Bu düzenlemenin de yine yorum yoluyla (*a majori ad minus*) asker olmayan kişiler bakımından da uygulanabileceği söylenmiş, hukukun genel ilkesi niteliği taşıdığı için askeri ceza hukuku dışında da uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Pulitanò, “Esercizio Di Un Diritto e Adempimento Di Un Dovere”, s. 329.

⁴⁷⁷ Antolisei, s. 282.

⁴⁷⁸ Bu görüşe göre İtalyan hukukunda suç oluşturan emrin bağlayıcı sayıldığıının (*ordini criminosi vincolanti*) kabul edilebileceği ve denetlenmesinin yasak olduğu hallerde ceza hukukuna aykırı olsa dahi emrin itaat yükümlülüğü doğurduğu ileri sürülmektedir. Provolo, *Esecuzione Dell'Ordine*, s. 105, dn. 270.

⁴⁷⁹ Antolisei, s. 282; Diğer bir deyişle hukuk düzeni emri veren makama itaati ceza normunun koruduğu değere üstün tutmuştur. Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 602.

⁴⁸⁰ Adelmo Manna, **Corso Di Diritto Penale Parte Generale**, CEDAM, Wolters-Kluwer, 2017, s. 319; Bu görüşe göre İtalyan hukukunda emrin bağlayıcılığı (*vincolatività*) ile denetlenmesinin yasak olması (*insindacabilità*) arasında fark bulunmakta, denetlenmesi yasak olan bir emrin suç oluşturmaması halinde hukuken bağlayıcı olduğunu kabul etmek mümkün görülmemektedir. İtalyan hukukunda suç oluşturan bir emre itaatsizliğin yaptırıma bağlanmamış olmasının suç oluşturan emrin ifasının bir yükümlülük olmadığını gösterdiği belirtilmiştir. Bkz. Provolo, *Esecuzione Dell'Ordine*, s. 110-111, dn. 288.

aykırı bağlayıcı bir emri ifa kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelendirilmelidir⁴⁸¹. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin görüşü, 1972 yılında verdiği kararında m. 51'de düzenlenen denetlenmesi yasak hukuka aykırı emri ifanın hukuka uygunluk nedeni değil, ceza sorumluluğunu kaldıran şahsi hal olduğu yönündedir⁴⁸². İtalyanCK m. 51/4'te yer alan hukuka uygunluğu denetlenemeyen emirlerin ifasının hukuki niteliği konusundaki görüş ayrılıklarının, İtalya'da ceza kanununda değişiklik yapılmasını öngören kanun tasarılarında hukuka uygunluğu denetlenemeyen emirlerin ifasının bağımsız bir kusurluluğu kaldıran hal veya mazeret nedeni olarak düzenlenmesinde etkili olduğu ifade edilmektedir⁴⁸³.

D. Almanya

Alman hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine Alman Ceza Kanunu'ndaki (AlmanCK) genel hükümler arasında yer verilmemiş, konu askeri hukuk mevzuatı, kolluk mevzuatı, uluslararası ceza hukukuna ilişkin kanunlar ve diğer bazı kanunlar içerisindeki çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir⁴⁸⁴. Bu doğrultuda Alman ceza hukukunda emrin ifası genel bir hukuka uygunluk sebebi veya kusurluluğu etkileyen hal olarak kabul edilmemiş, askeri emirlerle ilgili özel

⁴⁸¹ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 602; Hukuka aykırı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olamayacağını savunan Fiore/ Fiore'ye göre, emir hukuka aykırılığını objektif olarak devam ettirdiği için ancak failin şahsi sorumsuzluğu söz konusu olabilir. Fiore/ Fiore, s. 353; Aynı yönde bkz. Tullio Padovani, **Diritto Penale**, IX Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2017, s. 200; Bu görüşe göre ceza normunun koruduğu menfaate üstün gelebilecek bir menfaat söz konusu olmadığı için denetlenmesi yasak bir emrin suç oluşturması halinde eylem hukuka aykırılığını korumaktadır. Ancak suç oluşturan emri ifa eden kişi bakımından "beklenemezlik" (*inesigibilità*) ilkesine dayanan bir mazeret nedeni veya kusurluluğu kaldıran hal söz konusu olur. Bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 111.

⁴⁸² İtalyan Anayasa Mahkemesi karar no. 1972/123, Bkz. Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 603; İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesinin m. 51/son'daki denetlenmesi yasak emirlerin ifasının hukuka uygunluk nedenlerinden farklı bir hukuki niteliğinin olduğunu gösterdiği, ceza sorumluluğuna etkisinin sübjektif şekilde ele alındığı yönünde bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 112.

⁴⁸³ Kanun tasarılarıyla ilgili olarak bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 113, 277 vd.; Kanun değişikliğine ilişkin tasarıların bir kısmında denetlenmesi yasaklanan hukuka aykırı emirlerin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu, bazılarında ceza sorumluluğunu kaldıran şahsi bir neden olarak düzenlendiği ifade edilmekte, öğretilde, anılan tasarıların aksine hukuki hatanın bir türü olarak düzenlenmesinin yerinde olduğu da ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Debora Provolo, "L'ordine Criminoso Nei Recenti Progetti Di Riforma Del Codice Penale Italiano E Nella Disciplina Internazionale Penale", **Convegno "Diritto E Forze Armate. Nuovi Impegni"**, Padova, 30 Novembre 2000, s. 5. https://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20060807153148.pdf

⁴⁸⁴ Dursun, s. 206.

hükümler hariç olmak üzere, bir emri ifa etmiş olmanın ceza sorumluluğunu kaldırdığı öngörülmemiştir⁴⁸⁵.

Alman hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin düzenlendiği askeri emirlere ilişkin kurallar temel olarak Askeri Ceza Kanunu'nda yer almaktadır⁴⁸⁶. 1845 tarihli Prusya Askeri Kanunu'nunda emrin açıkça suç işleme amacına yönelik olduğunu biliyor ise astın o emrin ifasından sorumlu olacağı kuralına yer verilmiştir. Askerlerin mutlak itaat yükümlülüğü yerine suç işleme amacını bilmesi gibi bir ölçütü esas alan bu hüküm daha sonra Bavaria, Baden gibi bölgelerde de uygulanmaya başlanmış, etkisi 1872 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'na da yansımıştır⁴⁸⁷.

Uluslararası hukukta emrin ifasıyla ilgili bölümde de değinildiği üzere, 1921 yılında Leipzig Mahkemesi'nde görülen yargılamalarda kullanılan 1872 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinde, emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede hizmete ilişkin bir emrin ifası sırasında işlenen suç ve kabahatlerden dolayı emri veren kişinin sorumlu olduğu, ancak ifa edilirken emrin sınırının aşılması veya emrin bir suç ya da kabahat işlenmesi amacıyla verildiğinin bilinmesi halinde emri ifa eden kişinin de sorumlu tutulacağı düzenlenmiştir⁴⁸⁸. Bu maddeyle Alman hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinde sınırlı (koşullu) sorumluluk yaklaşımının benimsendiği; emri ifa eden kişi bakımından sorumsuzluğun sınırının “emrin açıkça hukuka aykırı olması” ölçütü yerine⁴⁸⁹, emrin ifasında sınırın aşılması veya suç ya da kabahat amacıyla verildiğinin bilinmesi olmak üzere iki ayrı ihtimale dayandırıldığı görülmektedir. 1974 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'nda ise 5. paragrafta, emri alan kişinin, emri ifası sonucunda tipik ve hukuka aykırı bir eylem gerçekleştireceğini bilmesi veya bunun bilinen koşullar içerisinde açık (bariz) olması

⁴⁸⁵ Thomas Weigend, “Germany”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 252-287, s. 272. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁴⁸⁶ Weigend, s. 272.

⁴⁸⁷ Wilner, s. 132.

⁴⁸⁸ Gaeta, s. 176, dn. 6.

⁴⁸⁹ Kudo, s. 48; Emri ifa eden kişinin belirli koşullar altında sınırlı olarak sorumlu tutulabileceğini öngören sınırlı sorumluluk ilkesinin ilk defa kabul edildiği 1915 yılında Avusturya-Macaristan Askeri Mahkemesi önünde yapılan yargılamalarda sorumluluk sınırı belirlenirken “hukuka aykırılığın bilinmesi” değil, emrin “açıkça hukuka aykırı olması” ölçütü olarak alınmıştır. Gaeta, s. 175.

halinde kusurlu olacağı düzenlenmiştir. Paragrafın devamında emrin ifası sırasında içinde bulunduğu özel durum dikkate alındığında kusurunun az olması halinde cezanın indirilebileceği veya ceza verilmeyebileceği belirtilmiştir⁴⁹⁰. Aynı Kanun'un 19 ila 22. paragraflarında emre itaatsizlik suçları ve bu suçlar bakımından emrin ne zaman bağlayıcı sayılacağına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, emrin hizmet amacıyla verilmemiş olması, insan onuruna aykırı olması veya ifası halinde suçun oluşacak olması gibi hallerin emre itaatsizlik kapsamında olmayacağı belirtilmiştir⁴⁹¹. Benzer bir hükme 2005 yılında yürürlüğe giren Askeri Personelin Hukuki Statüleri Hakkında Kanun'un (*Soldatengesetz*) 11. Bölümünün 1. paragrafında da yer verilmiş, askerlerin aldıkları emri olabildiğince eksiksiz, özenli ve derhal ifa etmek zorunda oldukları, ancak emir hizmete ilişkin değilse veya insan onurunu ihlal eder nitelikte ise emri ifa etmemenin itaatsizlik olmayacağı düzenlenmiştir⁴⁹². Yine aynı hükümde, ifasının suç teşkil edeceği emirlere itaat edilmeyeceği, emri alan askerin emrin ifası suretiyle suç işleneceğini bilmesi veya kendince bilinen koşullara göre bunun açık olması halinde o emre itaat nedeniyle kusurlu sayılacağı belirtilmiştir⁴⁹³.

Askerlerin aldıkları emirleri ifa etmelerine ve emri ifadan doğan ceza sorumluluklarına ilişkin bu hükümlerde benimsenen kurallar, Ceza İnfaz Kanunu'nda (*StVollzG*) ve Federal Kolluk Memurlarının Kamu Gücünü Kullanırken Doğrudan Zor Kullanımı Hakkında Kanun'da (*UZwG*) benzer ifadelere yer verilerek infaz ve kolluk görevlileri bakımından da kabul edilmiştir⁴⁹⁴.

Alman hukukunda iç hukuku Roma Statüsü'nün çerçevesine uyarlamak, Statü'nün iç hukukta uygulanabilirliğini sağlamak amacıyla oluşturulan ve 2002 yılında yürürlüğe giren Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun'un (*Völkerstrafgesetzbuch*)⁴⁹⁵ 3. Bölümünde emrin ifası Kanun'un genel hükümleri

⁴⁹⁰ Dursun, s. 208.

⁴⁹¹ Dursun, s. 208, dn. 5; Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz. https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_de_rule154 (Erişim Tarihi: 23.11.2020)

⁴⁹² Dursun, s. 207; Kanun maddesinin İngilizce metni için bkz. https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_de_rule154 (Erişim Tarihi: 23.11.2020)

⁴⁹³ Dursun, s. 208.

⁴⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, s. 208.

⁴⁹⁵ Helmut Satzger, "German Criminal Law and the Rome Statute - A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law", *International Criminal Law Review*, Vol. 2, No. 3, 2002, ss. 261-282, s. 262-263.

içerisinde (Bölüm 1-5) düzenlenmiştir⁴⁹⁶. Bu Kanun’da aksine bir hüküm bulunmadığı sürece, AlmanCK’da yer alan genel hükümlerin bu Kanun’da düzenlenen uluslararası suçlar bakımından da uygulanacağı kural olarak kabul edilmiştir⁴⁹⁷. Bu doğrultuda AlmanCK’de bulunmayan emrin ifası, bu Kanun’da ayrıca kaleme alınmış ve yalnızca bu Kanun’da yer alan suçlar bakımından uygulama alanı olan bir genel hüküm olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁸. Bu hükme göre, emrin ifası suretiyle işlenen suçlar bakımından fail, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi veya hukuka aykırılığın açık olmaması halinde sorumlu tutulmayacaktır⁴⁹⁹. Burada emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunun iki istisnası da birbirinden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda eğer fail emrin hukuka aykırı olduğunu biliyor ise emrin hukuka aykırılığı açık olmasa bile sorumlu tutulacaktır⁵⁰⁰. İnsanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu bakımından emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisini kabul etmeyen bu düzenleme, uygulama alanına dahil olan suçlar ve emri ifadan doğan ceza sorumluluğunun sınırları bakımından Roma Statüsü’yle uyumludur⁵⁰¹.

Alman hukukunda sivil hizmet görevlileri bakımından, hukuka aykırı olduğundan şüphe duyulan bir emre itaat yükümlülüğünün emri veren makamdan teyit ve onay alınması halinde doğduğu kural olarak kabul edilmiştir. Federal Memurlar Kanunu’nda (*Bundesbeamten-gesetz*) hizmete ilişkin emirlerin hukuka uygun olmadığı şüphesini taşıyan görevlilerin emri doğrudan amirlerine tasdik ettirmeleri, eğer tasdike rağmen şüpheleri devam etmekteyse bir üst amire başvurarak ikinci onayı almaları gerektiği ifade edilmiştir. Çift onay alma sürecinden sonra emri ifa eden görevli, emrin ifasından doğan sorumluluktan kurtulur. Ancak emrin insan onurunu ihlal etmesi, suç veya kabahat oluşturması ve bunun emri alan tarafından bilinebilir olması halinde bu hükmün uygulanamayacağı açıkça düzenlenmiş; bu durumda emri ifa eden kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmiştir. Çift onay sürecini öngören benzer bir hüküm Seferberlik Hizmetini

⁴⁹⁶ Kanunun İngilizce tercüme metni için bkz. <https://www.iuscomp.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/voestgb.pdf> (Erişim Tarihi: 21.11.2020)

⁴⁹⁷ Satzger, s. 267.

⁴⁹⁸ Steffen Wirth, “Germany’s New International Crimes Code: Bringing a Case to Court”, **Journal of International Criminal Justice**, 1, 1, Oxford University Press, 2003, ss. 151-168, s. 152, 153; Satzger, s. 267.

⁴⁹⁹ Wirth, s. 153; Dursun, s. 209.

⁵⁰⁰ Kudo, s. 50.

⁵⁰¹ Ansermet, s. 1445.

Reddedenlerin Sivil Hizmeti Hakkında Kanun'da (*Zivildienstgesetz*) da yer almaktadır⁵⁰².

Alman hukuku öğretisinde emrin ifasının hukuki niteliği, emrin hukuka uygun veya aykırı olmasına göre ayrılarak değerlendirilmektedir. Hukuka uygun bağlayıcı emrin ifasının genellikle hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının ise öğretideki bazı görüşler tarafından hukuka uygunluk nedeni, bazı görüşler tarafından kusurluluk kapsamında bir mazeret nedeni olarak açıklandığı ifade edilmektedir⁵⁰³.

E. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık bünyesindeki ülkeler topluluğunda farklı ceza hukuklarının bulunması nedeniyle tek ve yeknesak bir bütün olarak ele alınması güçtür⁵⁰⁴. Ancak bazı temel ilkeler ve emrin ifası kurumu yönünden İngiliz hukuku (İngiltere ve Wales hukuku) ele alınarak genel bir çerçeve çizilebilecektir.

İngiliz hukukunda emrin ifasının gerek medeni hukuk gerekse ceza hukuku kapsamında bir savunma (*defence*) olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir⁵⁰⁵. Bununla birlikte bazı suçlar bakımından ceza sorumluluğuna etki edip etmeyeceği konusunda mevzuatın yeterince belirli olmadığı, emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin kabul edildiği hallerin de yer aldığını ileri süren görüşlerin bulunduğu görülmektedir⁵⁰⁶. Savunma kavramı, kanuni tarife uygun bir eylemi hukuka uygun veya mazur görülebilir hale getirerek suç oluşturmamasını engelleyen durumları ifade

⁵⁰² Kanun hükmüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, s. 206-207.

⁵⁰³ Hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve açıklama için bkz. Dursun, s. 210-213.

⁵⁰⁴ Andrew J. Ashworth, "United Kingdom", in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 532-562. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

⁵⁰⁵ Shlomit Wallerstein, "Why English Law Should Not Incorporate The Defence of Superior Orders", **Criminal Law Review**, Thomson Reuters Ltd., 2010, ss. 109-126, s. 120. https://www.academia.edu/881367/Why_English_Law_Should_Not_Incorporate_the_Defence_of_Superior_Orders (Erişim Tarihi: 20.11.2020); Ashworth, s. 543.

⁵⁰⁶ Görüşler ve eleştirisi için bkz. Ziv Bohrer, "England and the Superior Orders Defence - Choosing the Middle Path", **Oxford University Commonwealth Law Journal**, 12/2, 2012, ss. 273-294, <https://doi.org/10.5235/14729342.12.2.273> (Erişim Tarihi: 12.11.2020) s. 274; İngiliz hukukundaki mevcut yaklaşımın Roma Statüsü'ndeki hukuka açık aykırılık yaklaşımına benzediği görüşü için bkz. Kudo, s. 40.

eder⁵⁰⁷. Bu çerçevede savunma kavramı hem hukuka uygunluk nedenlerini (*justification*) hem de kusurluluğu etkileyen hal ya da mazeret nedenlerini (*excuses*) kapsamaktadır⁵⁰⁸. İngiliz ceza hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisini kabul eden genel bir norma yer verilmediği gibi, konuya dolaylı olarak değinilen bazı davalarda da emrin ifasının savunma olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak ceza hukukundaki bu yaklaşım özellikle son yıllarda eleştirilmeye ve tartışılmaya başlanmıştır⁵⁰⁹. Genel bir ceza hukuku kuralı bulunmamakla birlikte, İngiliz hukukunda emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin bazı düzenlemelere askeri hukuk mevzuatında ve uluslararası suçlar ile savaş suçlarına ilişkin hukuk kaynaklarında yer verildiği görülmektedir.

1715 tarihli İngiliz Askeri Kanunu'nda emre mutlak itaat kuralı kabul edilerek, emre itaatsizliğin ölüm cezasıyla yaptırıma bağlandığı kabul edilmiş, 1749 yılında yapılan değişiklikle itaat yükümlülüğünün yalnızca hukuka uygun emirler bakımından söz konusu olduğu belirtilmiştir. Bu ifadeden yola çıkılarak emrin hukuka aykırı olması halinde emri ifa eden kişinin de emri verenle birlikte sorumlu olacağının kabul edildiği sonucuna ulaşılabilecektir⁵¹⁰.

1914 tarihli İngiliz Askeri Hukuk Rehberi'nin (*Manual of Military Law*) 443. maddesinde hükümetin veya amirlerinin emirleri doğrultusunda savaş hukuku kurallarını ihlal eden askerlerin düşman tarafından cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır. Mutlak itaat yaklaşımını ve emri ifa edenin mutlak sorumsuzluğu ilkesini (*respondeat superior*) benimseyen bu kural, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1944 yılında değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklikle birlikte, savaş kurallarının hükümet veya amirin emri doğrultusunda ihlal edilmesinin, ihlal eylemini savaş suçu olmaktan çıkarmayacağı ve emri ifa eden askere de cezadan bağışıklık sağlamayacağı belirtilmiştir. Bu ifadenin devamında, mahkemelerin, emri alan askerlerin hukuka aykırılığı bariz olmayan emirlerin hukuki niteliğini savaş disiplini

⁵⁰⁷ J.C. Smith, **Justification and Excuse in the Criminal Law**, The Hamlyn Lectures, London: Stevens and Sons, 1989, s. 1. https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Justification_and_Excuse_in_the_Criminal_Law.pdf. (Erişim Tarihi: 05.12.2020)

⁵⁰⁸ Aralarındaki farklar için bkz. Smith, s. 7-8; Eden, s. 644-645.

⁵⁰⁹ Wallerstein, s. 120.

⁵¹⁰ Bu yönde bkz. Kudo, s. 38.

içerisinde takdir edemeyeceklerini de dikkate almaları gerektiği vurgulanmıştır⁵¹¹. 1958 yılında Askeri Hukuk Rehberi yeniden düzenlenmiş ve Kara Harbi Kuralları (*British Laws of War on Land*) olarak adlandırılan Üçüncü Bölüm eklenmiştir⁵¹². Kara Harbi Kuralları'nın 627. maddesinde: “*savaş suçunun, askeri veya sivil bir amirin veya hükümetin emri veya ulusal bir kanun ya da düzenleyici işlemin icrası sonucunda işlenmesi bir savunma olarak kabul edilemez, ancak cezanın indirilmesinde dikkate alınabilir.*” hükmüne yer verilmiştir⁵¹³.

Birleşik Krallık 2001 yılında Roma Statüsü'nü kabul ederek, Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu (*International Criminal Court Act*) ile birlikte iç hukuka dahil etmiştir. Ne var ki Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu, Roma Statüsü'nde yer alan diğer bazı savunmaların yanı sıra emrin ifasını (Roma Statüsü m. 33) da dışarıda bırakmıştır⁵¹⁴. Bu nedenle İngiliz hukukunda emrin ifasının bir savunma olarak kabul edilip edilmediği konusu netlik kazanmamıştır. Öğretide, koşullu (sınırlı) sorumluluk yaklaşımını savunan görüş, Statü'nün iç hukuka dahil edilmesiyle birlikte Roma Statüsü'nde yer alan emrin ifası kuralının da geçerli olması gerektiğini; mutlak sorumsuzluk yaklaşımını savunan görüş ise, Statü'yü iç hukuka dahil eden kanunda emrin ifasının yer almamasının kanun koyucunun iradesinin emrin ifasının savunma olarak kabul edilmemesi yönünde olduğunu gösterdiğini ileri sürmektedir⁵¹⁵.

2004 yılında basılan İngiliz Silahlı Çatışmalar Hukuku Rehberi'nde (*Manual of the Law of Armed Conflict*)⁵¹⁶ ise emrin ifasından doğan sorumluluk bakımından, Roma Statüsü'ne benzer şekilde, hukuka açıkça aykırılık (*manifest illegality*) ölçütü benimsenmiştir⁵¹⁷. Halen yürürlükte olan Silahlı Kuvvetler Kanunu (*Armed Forces Act 2006*)⁵¹⁸ kapsamında hazırlanan Hizmet Hukuku Rehberi'nde (*Manual of Service Law*) emrin ifasına ilişkin açıklamada; hukuka açıkça aykırı bir emri ifadan kaçınma

⁵¹¹ Sato, s. 120.

⁵¹² İngiliz Askeri Hukuk Rehberlerinin oluşturulma süreciyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. A.P.V. Rogers, “The United Kingdom Manual of the Law of Armed Conflict”, in **National Military Manuals on the Law of Armed Conflict**, Ed. Nobuo Hayashi, FICHL Publication Series, 2nd Edition, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, ss. 89-96, s. 90.

⁵¹³ Kudo, s. 39.

⁵¹⁴ Kate Grady, “International Crimes in the Courts of England and Wales”, **Criminal Law Review**, 10, 2014, ss. 693-722, s. 12 <https://eprints.soas.ac.uk/18841/> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

⁵¹⁵ Bohrer, “England and the Superior Orders Defence...”, s. 288.

⁵¹⁶ Rogers, s. 90.

⁵¹⁷ Kudo, s. 40.

⁵¹⁸ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/52/part/1n1> (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

yükümlülüğünün bulunduğu, hukuka açıkça aykırı bir emri ifa eden kişinin bu yolla işlemiş olduğu suçtan dolayı sorumlu olacağı, bununla birlikte hukuka açıkça aykırı olan bir emri ifa eden kişinin diğer savunmalardan yararlanmasının mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Açıklamanın devamında, somut olayda emrin ifasının savunma oluşturacak koşulları sağlamaması halinde bu durumun cezanın hafifletilmesi nedeni olarak dikkate alınabileceği belirtilmiştir⁵¹⁹. Her ne kadar koşullu (sınırlı) sorumluluk yaklaşımı çerçevesinde hukuka açık aykırılık ölçütünün benimsendiği açıklanmış olsa da Rehberlerin (*Manual*) bir hukuk kaynağı olmaması nedeniyle, emrin ifasında uygulanacak kuralın ve uygulama koşullarının halen muğlak olduğu ifade edilmektedir⁵²⁰.

İngiliz hukukunda diğer hukuk kurallarının çoğu gibi emrin ifası da özellikle içtihat yoluyla geliştirilmiş, uluslararası hukukun tarihsel gelişim süreciyle de bağlantılı olarak 17. yüzyıldan itibaren tartışılan ve birçok yargı kararına konu edilen bir kurum olmuştur. Ancak emrin ifasının ceza sorumluluğuna ne yönde ve hangi koşullarda etki edeceği konusunda belirgin bir tutum ortaya konulmamış, konu iki farklı yaklaşım ekseninde değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bunlardan ilki, emrin ifasının bir savunma olarak kabul edilemeyeceğini savunan mutlak sorumluluk (*absolute liability*), ikincisi ise emrin ifasının belirli koşullar altında savunma olarak ileri sürülebileceğini kabul eden koşullu (sınırlı) sorumluluk (*conditional liability*) yaklaşımıdır⁵²¹.

İçtihadın ilk örnekleri olan *Cooke* (1660) ve *Axtell* (1661) davalarında mutlak sorumluluk yaklaşımı benimsenmiş, emri ifa etmiş olmanın bir savunma olarak kabul edilemeyeceği kuralı takip edilmiştir⁵²². 19. yüzyıla gelindiğinde ise içtihatla koşullu (sınırlı) sorumluluk ilkesine yer açılmaya başlandığı tespit edilmektedir⁵²³. *James* (1837) davasında emrin ifasının öldürme eylemi bakımından bir savunma olarak

⁵¹⁹ Manual of Service Law, 12. Bölüm, s. 1-12-8. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/617132/20170523-Chapter_12-Defences_Mitigation_Criminal_responsibility-AL42-v1.pdf

⁵²⁰ Bkz. Gavin Dingwall, "Circumstance, Choice and the Denial of a Superior Orders Defence in International and Comparative Criminal Justice", *Journal of International and Comparative Law*, 3 (2), ss. 375-409, s. 7. <https://www.dora.dmu.ac.uk/handle/2086/13126?show=full> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

⁵²¹ Bohrer, "England and the Superior Orders Defence...", s. 285.

⁵²² Kararların içeriği ile ilgili bkz. Dingwall, s. 7.

⁵²³ Eden, s. 647.

kabul edilmemesi öldürmenin hukuka aykırı, zararlı bir eylem olduğunun açık olmasına dayandırılmıştır. Böylece emredilen eylemin açıkça ve mahiyeti itibariyle hukuka aykırı olduğunun anlaşılabilir olması bir ölçüt olarak kabul edilmiş olmaktadır⁵²⁴. Bu yolla dahil edilen koşullu (sınırlı) sorumluluk yaklaşımının yanı sıra 19. yüzyılda verilen kararlarda önceki içtihadı dönülerek mutlak sorumluluk yaklaşımının da uygulanmasına devam edilmiştir. Bu dönemde 1816 tarihli *R. v. Thomas* davası emri ifa etmiş olmanın hiçbir koşulda savunma olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin içtihadın, 1866 tarihli *Keighly v. Bell* davası ise koşullu (sınırlı) sorumluluğun benimsendiği içtihadın öncülleri olarak gösterilmektedir⁵²⁵. Nihayet 1995 yılında görülen *R. v. Clegg* davasında, İngiliz hukukunda emrin ifasının genel bir savunma olarak kabul edilmediği vurgulanmıştır⁵²⁶.

F. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda emrin ifasının bir savunma olarak kabul edilip edilmeyeceğinin ilk defa tartışıldığı dava 1804 tarihli *Little v. Barreme* davası olmuştur⁵²⁷. Bu davada mahkeme mutlak sorumluluk yaklaşımını benimseyerek, aldığı emir doğrultusunda yabancı ülke gemisini alıkoyan kaptanın, hukuk kuralları yerine ABD başkanının verdiği hukuk kurallarına aykırı bir emre uymuş olması nedeniyle sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir⁵²⁸. Bu kararın yanı sıra askeri olmayan hukuk ve ceza mahkemelerinde de emrin ifası savunması kabul edilmemiş, işverenlerin veya kolluk amirlerinin astlarına verdikleri emirler bakımından hukuka aykırı emirleri ifa edenlerin sorumlu olacaklarına karar verilmiştir⁵²⁹.

1813 yılında görülen *Jones* davasında o zamana kadarki yerleşik mutlak sorumluluk kuralından farklı bir yaklaşım benimsenerek, emri ifa eden kişinin yalnızca “emrin hukuka aykırılığını biliyor veya bilmesi beklenir” ise sorumlu tutulabileceği, diğer bir ifadeyle emrin ifasının yalnızca bu hallerde savunma

⁵²⁴ Benzer bir karar *Trainer* (1864) davasında da verilmiştir. Bkz. Dingwall, s. 8.

⁵²⁵ Bohrer, “England and the Superior Orders Defence...”, s. 286; Eden, s. 647.

⁵²⁶ Dingwall, s. 9.

⁵²⁷ Wilner, s. 128.

⁵²⁸ Solis, s. 487-488; Insko, s. 399; Daniel, s. 41.

⁵²⁹ Solis, s. 486-487; Insko, s. 400.

oluşturamayacağı ifade edilmiştir⁵³⁰. Ne var ki *Jones* davasındaki yaklaşım, o dönemde ABD mahkemelerinde yeterli etki yaratmamış ve uygulamada mutlak sorumluluk ilkesinin uygulanmasına devam edilmiştir. Hukuka açık aykırılık ilkesinin ve böylece koşullu (sınırlı) sorumluluk anlayışının teori ve uygulamada yer edinebilmesi ancak Amerikan İç Savaşı döneminde olabilmıştır. 1866 yılında görülen *Riggs v. State* davasında Amerikan mahkemeleri emrin açıkça hukuka aykırılığına dayanarak karar vermiş, emrin hukuka açık aykırılığını “ortalama bir mantık ve kavrayışa sahip bir kişinin emri duyar duymaz hukuka aykırı olduğunu anlayabilmesine” dayanarak tarif etmiştir⁵³¹. 1867 tarihli *McCall v. McDowell* davasında da benzer şekilde, ortalama bir aklın ilk bakışta emrin hukuka aykırı olduğunu açıkça anlayabileceği hallerde emri ifanın bir savunma olarak kabul edilmemesi ve emri ifa edenin sorumlu tutulması gerektiği vurgulanmıştır⁵³². Bu kararlar birlikte, emri ifanın yalnızca emrin hukuka açıkça aykırı olmadığı hallerde emri ifa eden kişiye bir koruma sağlayacağı zımnen kabul edilmiş bir ölçüt haline gelmiştir. Bu karardan sonra bazı içtihat örneklerinde emrin ifasının doğrudan reddine karar verilmiş olduğu görülse de⁵³³, hukuka açık aykırılık ölçütü ve koşullu (sınırlı) sorumluluk ilkesi ABD içtihadında 20. yüzyıla kadar geçerli olmuştur. Buna göre, emri ifa eden kişinin emrin hukuka aykırılığı açık olmadığı sürece sorumlu tutulamayacağı esastır⁵³⁴.

Amerika Birleşik Devletleri hukuku mevzuatına bakıldığında, 1863 yılında çıkarılan ve Lieber Kanunu (*Lieber Code- General Orders Number 100*) olarak bilinen savaş hukuku kuralları her ne kadar kapsamlı bir kaynak olsa da emrin ifasının savunma olarak etki edip etmeyeceği konusuna değinmeyerek, konuyu yerel mahkemelerin uygulamasına bırakmıştır⁵³⁵. 1914 yılında Lieber Kanunu’nun yeniden geliştirilmesiyle ortaya çıkan ilk ABD Savaş Hukuku Kuralları (*Rules of Land Warfare*) metninde emrin ifası konusu o dönemde uluslararası hukuk alanında da

⁵³⁰ Wilner, s. 128; Solis, s. 489; *Jones* davasında mahkeme, *Little* davasından farklı olarak emrin hukuka aykırılığını soyut bir kavram olarak değil, somut olayda emrin içerdiği eylemin niteliği olarak değerlendirmiştir. Daniel, s. 42.

⁵³¹ Eden, s. 645; Christopher Griggs, “Obedience to Superior Orders as a Defence in Common Law Jurisdictions”, *Recueils de la Societe Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, Vol. 20, 2015, ss. 345-366, s. 357-358.

⁵³² Bu davaya konu olan olay Kaliforniya’da çıkan isyan esnasında davacının hukuka aykırı şekilde gözüaltına alınarak askeri birimde tutulmasına ilişkindir. Wilner, s. 129; Solis, s. 490; Daniel, s. 43.

⁵³³ *Dow v. Johnson* davası ve bu süreçteki diğer örnekler için bkz. Wilner, s. 129-130.

⁵³⁴ *Insko*, s. 401-402.

⁵³⁵ Wilner, s. 131; Solis, s. 491; *Insko*, s. 403.

etkili olan Oppenheim etkisinde kalınarak düzenlenmiş ve mutlak sorumsuzluk (amirin sorumluluğu) (*respondeat superior*) ilkesini benimsemiştir. Buna göre emrin ifası emri ifa eden kişi bakımından her zaman bir savunma oluşturmakta, emrin ifasından yalnızca amir sorumlu olmaktadır. Böylece o döneme kadar ABD mahkemeleri emri ifa edenin mutlak sorumluluğu yaklaşımından sınırlı sorumluluk yaklaşımına doğru değişen bir içtihat geliştirmekteyken, mevzuat tamamen farklı bir ilkeye, mutlak sorumsuzluk (*respondeat superior*) ilkesine yer vermiştir⁵³⁶.

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda amirin sorumluluğu ilkesi ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra değiştirilebilmiş, savaş sonrasında askerlerin de sorumlu tutulabilmelerine imkan verebilmek amacıyla 1944 yılında yeniden güncellenen Savaş Hukuku Kuralları metnine (345. Bölüm), hükümetin veya amirlerin emrini ifa etmenin kusurluluğun belirlenmesinde veya cezanın hafifletilmesinde dikkate alınabileceği hükmü eklenmiştir⁵³⁷. Böylece emrin ifası askerler bakımından doğrudan ve mutlak bir savunma olmaktan çıkmıştır⁵³⁸. 1956 yılında 345. Bölüm'deki hüküm yeniden düzenlenerek emrin ifasının, emrin “hukuka aykırı olduğunun bilinmediği veya bilinmesinin beklenemeyeceği” haller dışında bir savunma olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmiştir⁵³⁹.

Kore ve Vietnam savaşları döneminde görülen savaş suçlarına ilişkin yargılamalarda, emrin ifasına ilişkin içtihatla emrin hukuka açık aykırılığı ölçütü takip edilmiş; devam eden yıllarda da somut olayda verilen emrin hukuka aykırılığının ortalama bir akıl ve kavrayışa sahip biri tarafından bilinebilir olduğu durumlarda emrin ifası savunmasından yararlanılamayacağı kuralı uygulanmaya devam edilmiştir⁵⁴⁰. Bugün ABD askeri yargı içtihadında yerleşik bir uygulama

⁵³⁶ Wilner, s. 132; Bir rehber (*manual*) niteliğinde olan Savaş Hukuku Kuralları metni her ne kadar resmi ve bağlayıcı olmasa da hükümet politikasını yansıtmakta ve o döneme kadar geçen 110 yılda ABD askeri ve sivil mahkemelerinin içtihadının tam aksi yönde bir kuralı benimsemektedir. Kuralların oluşturulma süreciyle ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Solis, s. 494-495; Insko, s. 403; Daniel, s. 44.

⁵³⁷ Wilner, s. 137; İlgili hükümde kusurluluğun nasıl belirleneceğinin belirtilmemiş olduğu, ancak devam eden süreçteki içtihatla gelişen emrin hukuka açıkça aykırı olması ölçütünün bu hükmün yorumunda dikkate alınabileceği hakkında bkz. Sato, s. 120-121; Daniel, s. 44.

⁵³⁸ Insko, s. 404.

⁵³⁹ Wilner, s. 141.

⁵⁴⁰ Bu döneme ait karar örnekleri (US v. Calley, US v. Keenan, US v. Kinder) için bkz. Insko, s. 405-406; Daniel, s. 46-47; Dingwall, s. 14; Hinek, s. 22; Van Verseverd, s. 126-130; Lippman, s. 215-220.

halini alan bu hukuka açık aykırılık yaklaşımı⁵⁴¹, Askeri Mahkemeler Rehberi (*Manual for Courts-Martial*) içerisinde kaleme alınarak açıkça düzenlenmiştir. Rehber'in 916. maddesinde, emrin ifasının, emri alan kişinin hukuka aykırılığı biliyor olması veya ortalama bir akıl ve kavrayışa sahip birisinin bilebileceği bir hukuka aykırılığın bulunması hali dışında ceza sorumluluğunu kaldıran bir savunma olacağı ifade edilmiştir⁵⁴². Savaş Hukuku Rehberi'nde ise askerlerin savaş suçlarına ilişkin şahsi sorumlulukları bahsinde, savaş suçunu oluşturacağının açıkça anlaşıldığı emirlere itaat etmeme yükümlülüklerinin bulunduğu, itaat etmeme yükümlülüğünün hukuka açıkça aykırı olan veya hukuka aykırı olduğunun bilindiği halleri kapsadığı belirtilmiş; bazı somut örnekler verilerek açıklanmıştır⁵⁴³. Amerikan hukukunda ceza hukuku kurallarına yönelik temel esasları içeren bir model olarak 1950'li yıllarda Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) tarafından hazırlanan ve günümüzde birçok eyalet ceza kanununda örnek alınan⁵⁴⁴ Model Ceza Kanunu'nun 2.10. numaralı Bölüm'ünde ise emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi yalnızca emrin hukuka aykırı olduğunun emri alan kişi tarafından bilinmiyor olması halinde kabul edilmiş, emrin hukuka aykırılığının objektif olarak herhangi bir kişi tarafından anlaşılabilir olması ölçütü değiştirilmiştir⁵⁴⁵.

G. Kanada

Federal devlet yapısına sahip olan Kanada'da, federe devletlere ait ayrı ceza kanunları yerine federal parlamento tarafından çıkarılan ve böylece yeknesak bir uygulamaya sahip kurallar içeren ceza kanunlarına yer verilmektedir⁵⁴⁶. Kanada federal ulusal ceza kanunu ilk olarak 1892 yılında oluşturularak yürürlüğe girmiş, bu

⁵⁴¹ US v. Pacheco (2001) davası örnek gösterilebilir. Dingwall, s. 15, dn. 54.

⁵⁴² ABD Askeri Mahkemeler Rehberi (2019), s. II-129. https://www.loc.gov/r/frd/Military_Law/pdf/MCM-2019.pdf (Erişim Tarihi: 28.11.2020)

⁵⁴³ ABD Savaş Hukuku Rehberi (2015) § 18.3.2. <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/DoD%20Law%20of%20War%20Manual%20-%20June%202015%20Updated%20Dec%202016.pdf?ver=2016-12-13-172036-190> (Erişim Tarihi: 28.11.2020)

⁵⁴⁴ Ansermet, s. 1430, dn. 28.

⁵⁴⁵ Eden, s. 646.

⁵⁴⁶ Temel ceza kanununun yanı sıra ceza normu veya çeşitli alanlarda cezai yaptırım içeren kanunlara ilişkin yasama yetkisi yalnızca federal parlamentoya aittir. Kent Roach, "Canada", in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 97-136, s. 98-99. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

tarihten itibaren günümüze kadar birçok değişiklik geçirerek uygulanmıştır. Bugün Kanada Ceza Kanunu ceza hukukuna ilişkin genel kuralları ve çeşitli bazı suç tiplerini düzenlemektedir⁵⁴⁷. Bununla birlikte Kanada ceza hukukundaki savunmalardan (*defences*) bir kısmı Ceza Kanunu’nda yer almamakta, içtihat yoluyla geliştirilerek ceza hukukuna kazandırılmaktadır⁵⁴⁸.

Kanada Ceza Kanunu’nun genel hükümlere ayrılan birinci kısımda emrin ifasına ilişkin genel bir hüküm bulunmamakta, emrin ifasına isyanların bastırılmasına ilişkin özel hükümler arasında, bu çerçeveye sınırlı olarak yer verilmektedir. Kanun’un 32. Bölümü’nün ikinci alt başlığında, askeri hukuka göre emre itaatle yükümlü olan kişilerin, yetkili üstlerinden aldıkları ve bir isyanın bastırılmasına yönelik olan emirleri ifadan dolayı emir hukuka açıkça aykırı olmadığı sürece sorumlu tutulamayacakları düzenlenmiştir⁵⁴⁹. Emrin açıkça hukuka aykırılığı ölçütüne değinilen bu bölümün devamında (Bölüm 32(5)) emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığının tespitinin hukuki bir mesele olduğu ayrıca belirtilmiştir⁵⁵⁰.

Kanada Ceza Kanunu’nda sınırlı hükme konu olan ve Kanada ceza hukukunda mazeret nedenleri (*excuses*) arasında ele alınan⁵⁵¹ emrin ifası (*superior orders*) Kanada hukukunda ilk defa 1994 yılında verilen *R v. Finta* kararıyla savunmalar arasına dahil edilmiştir. Kararda İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudilere karşı gerçekleştirilen eylemlere katıldığı iddiasıyla yargılanan sanığın, verilen emir açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece emrin ifası savunmasından yararlanabileceğine hükmedilmiştir. Oldukça tartışmalı bir karara imza atan Mahkeme, kararda ayrıca emrin hukuka aykırılığı açık olsa dahi, eğer emri ifa eden kişinin emre itaat etmeme yönünde bir ahlaki seçim yapma imkanı bulunmuyorsa emrin ifasının yine de savunma olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir⁵⁵². Mahkeme sanığın eylemleri

⁵⁴⁷ Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46. Kanun’un güncel İngilizce metni için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/index.html> (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁵⁴⁸ Roach, s. 98, 99.

⁵⁴⁹ Green, s. 167; Güncel İngilizce Kanun metni için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-7.html#h-115792> (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁵⁵⁰ Güncel İngilizce Kanun metni için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-7.html#h-115792> (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁵⁵¹ Kanada ceza hukukunda da İngiliz hukukunda benimsenen hukuka uygunluk nedeni (*justification*) ve mazeret nedeni (*excuse*) ayrımı bulunmaktadır. Bkz. Roach, s. 114.

⁵⁵² Roach, s. 121; Gaeta, s. 176, dn. 7; Griggs, s. 353; Mahkeme, Nürnberg yargılamalarında “ahlaki seçim” ölçütünün hukuka açıkça aykırı olan emirleri istemediği halde ifa etmek zorunda kalan kişiler bakımından kullanıldığına dikkat çekmiştir. Lippman, s. 232.

gerçekleştirdiği dönemde Sovyet işgali altında bulunulması, devam etmekte olan savaş koşulları, Yahudilere karşı yerleşmiş olumsuz toplumsal algı gibi özellikleri sanığın emrin hukuka uygun olduğu konusundaki inancının dayanakları olarak dikkate almış, buna göre somut olayda sanığın emrin hukuka aykırılığını bilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmiştir⁵⁵³.

Kanada hukukunda emrin ifası uluslararası suçlar ve askeri hukuk mevzuatında daha geniş düzenleme alanı bulmaktadır. Kanada Ulusal Savunma Kanunu'nda (*National Defence Act*) üst merci tarafından verilen hukuka uygun bir emre itaat etmeyen herkesin emre itaatsizlik suçunu işlemiş olacağı (Bölüm 83) düzenlenmiştir⁵⁵⁴.

Kanada'da 2000 yılında çıkarılan Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Kanunu'nun (*Crimes Against Humanity and War Crimes Act*) 14. Bölüm'ünde emrin ifasının kanun kapsamındaki suçlar bakımından yalnızca emri ifa eden kişinin emre kanunen itaat yükümlülüğünün bulunması, emrin hukuka aykırılığını bilmiyor olması ve emrin açıkça hukuka aykırı olmaması olmak üzere üç koşulun varlığı halinde savunma olarak ileri sürülebileceği düzenlenmiştir. Devamında soykırım ve insanlığa karşı suçlara yönelik emirlerin her koşulda hukuka açıkça aykırı emir olarak kabul edileceği belirtilmiştir⁵⁵⁵. Bu Kanun'la birlikte Kanada, Roma Statüsü'nü ulusal hukuka aktaran ilk ülke olmuş, Roma Statüsü'nde yer alan emrin ifası kuralına paralel bir düzenlemeye yer verdiği bu Kanun'u kabul ettikten kısa süre sonra da Statü'ye taraf olmuştur⁵⁵⁶.

Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Kanunu ile birlikte Roma Statüsü'nde yer almayan bazı hükümlere de yer verilerek kanun kapsamındaki suçlara ilişkin yargılamaların çerçevesi daha belirgin olarak çizilmeye çalışılmıştır. Bu

⁵⁵³ Lippman, s. 232-233.

⁵⁵⁴ İngilizce metin için bkz. National Defence Act (R.S.C., 1985, c. N-5) <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/N-5/page-11.html#h-375455> (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

⁵⁵⁵ Roach, s. 121; İngilizce Kanun metni için bkz. Crimes Against Humanity and War Crimes Act (S.C. 2000, c. 24) <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.9/page-3.html#h-114754> (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

⁵⁵⁶ Valerie Oosterveld, "Canada and The Development of International Criminal Law-What Role or the Future?", in **Canada in International Law at 150 and Beyond**, Paper No. 16-March 2018, Centre for International Governance Innovation, Canada, 2018, s. 9. <https://www.cigionline.org/publications/canada-and-development-international-criminal-law-what-role-future> (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

hükümlerden bir tanesi de emrin ifasının savunma olarak ileri sürülmesine ilişkindir. Emrin ifasının hangi koşullarda savunma oluşturabileceğini düzenleyen 14. Bölüm'ün üçüncü alt başlığında sanığın emri ifa savunmasında “*belirli bir grup insana veya bir sivil insan topluluğuna karşı insanlık dışı eylemlerde bulunulmasına teşvik eden, teşvike elverişli olan veya bunları meşrulaştırmaya çalışan bilgilere dayanarak emrin hukuka uygun olduğunu düşündüğünü*” gerekçe olarak gösteremeyeceğini açıkça belirtilmiştir⁵⁵⁷. Bu hükümle birlikte özellikle *R. v. Finta* davasında sanık tarafından ileri sürülen “propagandalar nedeniyle eylemlerin hukuka uygun olduğuna inandığı” yönündeki savunmanın Kanada Mahkemesi tarafından kabul edilmesinin yerleşik bir yaklaşıma dönüşmesinin önüne geçmenin amaçlandığı ifade edilmektedir⁵⁵⁸.

F. Avustralya

Avustralya ceza hukuku, ülkenin farklı eyaletlere ayrılmış federal yapısı ve yasama yetkisinin eyaletler arasında paylaştırılmış olması nedeniyle yeknesak bir bütün oluşturmamaktadır⁵⁵⁹. Ülkede bazı suçlarla ilgili olarak yasama yetkisi federal parlamento tarafından kullanılmakta iken bazı konularda her eyaletin kendi kanunlarında ceza normları oluşturularak uygulanmaktadır. Avustralya'da eyaletlerin ceza hukuku kurallarını oluşturma yöntemleri arasında da farklılık bulunmakta; bazı eyaletler yasama yoluyla yazılı metinlerle düzenleme getirmektedirken, bazıları ağırlıklı olarak içtihat hukukunu benimsemekte ve sınırlı sayıda yazılı ceza hukuku metnini kaynak almaktadır⁵⁶⁰.

Avustralya ceza hukukunda *Common Law* geleneğinden gelen diğer ülkelerdeki benzer şekilde, ceza sorumluluğunun kaldırılmasına yönelik olarak

⁵⁵⁷ İngilizce Kanun metni için bkz. Crimes Against Humanity and War Crimes Act (S.C. 2000, c. 24) <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.9/page-3.html#h-114754> (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

⁵⁵⁸ Oosterveld, s. 10.

⁵⁵⁹ Simon Bronitt, “Australia”, in *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 49-96, s. 50-51. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

⁵⁶⁰ Queensland, Batı Avustralya, Tazmania gibi eyaletler yazılı ceza hukuku kuralları benimseme yolunu tercih etmekteyken, diğer bazı eyaletler ceza hukuku kurallarında içtihat hukukunu ağırlıklı olarak kaynak almaktadır. Bronitt, s. 50; Stella Tarrant, “Building Bridges in Australian Criminal Law: Codification and the Common Law”, *Monash University Law Review*, Vol. 39, No. 3, 2013, ss. 838-863, s. 838.

ileri sürülebilen savunmalar (*defences*) hukuka uygunluk nedenleri (*justifications*) ve kusurluluğu kaldıran nedenler (*excuses*) olarak ayrılmaktadır. Bununla birlikte Avusturalya ceza hukukunda bu ayrımın belirgin olmadığı ve esasında önemli bir pratik sonucunun bulunmadığı ifade edilmekte, Avustralya ceza hukukunda tanınan bazı savunmaların her iki kategoride de yer alacak şekilde tarif edilebildiği belirtilmektedir⁵⁶¹. Günümüzde yürürlükte olan ve federal ceza kanunu niteliğinde olan Avustralya Ceza Kanunu'nda (*Criminal Code Act 1995*) da metin içerisinde bu yönde bir ayrıma gidilmeyerek “ceza sorumluluğunun bulunmadığı haller” (*circumstances in which there is no criminal responsibility*) üst başlığı altında genel savunmalara bir arada yer verilmiştir. Bu üst başlıkta yer alan genel hükümler arasında 10.5. maddede kanunun izin verdiği bir eylemden dolayı ceza sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiş, ancak yetkili merciin emrinin ifası hali düzenlenmemiştir⁵⁶². Avustralya Ceza Kanunu'nda emrin ifası genel bir hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu etkileyen neden olarak kabul edilmemişse de, yalnızca savaş suçları bakımından geçerli olacak şekilde özel hükümler arasında düzenlenmiştir⁵⁶³. Kanun'un 268.116 numaralı maddesinde emrin ifası başlığı altında emrin ifasının insanlığa karşı suçlar ile soykırım suçu bakımından hiçbir zaman savunma oluşturmayacağı ancak savaş suçları bakımından belirli koşulların varlığı halinde savunma olarak ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Madde 268.116'nın 3. fıkrasına göre, askeri veya sivil bir üstün veya hükümetin bir emrini ifa eden kişinin, kanunen bu emre itaat yükümlülüğü altında olması, verilen emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor olması ve emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde emrin ifası sonucunda işlenen savaş suçu bakımından emrin ifasının savunma olarak kabul edilmesi mümkündür⁵⁶⁴.

Avustralya Ceza Kanunu'nun uluslararası suçlara ayrılan bölümü 2002 yılında Roma Statüsü'nün iç hukuka aktarılmasına yönelik kanunlar çerçevesinde

⁵⁶¹ Bronitt, s. 64.

⁵⁶² İngilizce Kanun metni için bkz. Criminal Code Act 1995, No. 12, 1995, Compilation No. 134, 20.07.2020 –Vol.I. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00245> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁶³ Bronitt, s. 94-95.

⁵⁶⁴ Kanun metni için bkz. Criminal Code Act 1995, No. 12, 1995, Compilation No. 134, 20.07.2020 – Vol.II. https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00245/Html/Volume_2#_Toc47512086 (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

yeniden düzenlenerek oluşturulmuştur⁵⁶⁵. Bu kapsamda Roma Statüsü'nün kabulüyle birlikte Avustralya hukukunda yürürlüğe giren Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu 2002 (*International Criminal Court Act 2002*) ve bu kanunla bağlantılı olarak Avustralya Ceza Kanunu'nda ve diğer bazı kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması amacıyla çıkarılan Uluslararası Ceza Mahkemesi (Bağlantılı Değişiklikler) Kanunu 2002 (*International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002*)⁵⁶⁶ ile birlikte, emrin ifasına ilişkin olarak o döneme kadar benimsenen kural Roma Statüsü m. 33'te yer alan emrin ifası hükmüne uygun olarak güncellenmiştir. Avustralya hukukunda Uluslararası Ceza Mahkemesi (Bağlantılı Değişiklikler) Kanunu 2002'ye kadar emrin ifası Savaş Suçları Kanunu'nda (*War Crimes Act*) savaş suçları bakımından özel olarak düzenlenmekte ve emrin ifasının savaş suçları bakımından bir savunma olarak kabul edilemeyeceği, ancak cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceği kabul edilmekteydi⁵⁶⁷. Bu nedenle Uluslararası Ceza Mahkemesi Kanunu 2002 ile birlikte Ceza Kanunu'nda yapılan bu değişiklik sonucunda Avustralya hukukunda savaş suçlarında da emrin ifasına savunma olarak başvurulabilmesi imkanının getirilmiş olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁸.

Avustralya ceza hukukunda emrin ifası federal ceza kanununda (Avustralya Ceza Kanunu) genel bir savunma olarak kaleme alınmış olmasa da bazı eyaletlerin ceza kanunlarında emrin ifasına açıkça yer verildiği görülmektedir. Bu yönde bir düzenleme Batı Avustralya eyaletinin Ceza Kanunu'nda (*Criminal Code Act Compilation Act 1913 (WA)*) bulunmaktadır. Anılan Kanun'da emrin ifasına ceza sorumluluğunu etkileyen genel bir neden olarak yer verilmiş, 2008 yılında Kanun'un 31. maddesi yeniden düzenlenerek bir kanun hükmünün icrasının veya yetkili merciin verdiği ve itaatle yükümlü olunan bir emrin ifasının, emir hukuka açıkça aykırı olmadığı sürece, ceza sorumluluğunu kaldıracağı düzenlenmiştir⁵⁶⁹. Benzer

⁵⁶⁵ Gillian Triggs, "Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court: A Quiet Revolution in Australian Law", *Sydney Law Review*, Vol. 25, No. 4, December 2003, ss. 507-534, s. 507.

⁵⁶⁶ Triggs, s. 507, dn. 6; Kanun İngilizce metni için bkz. International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, No. 42, 2002. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A00993> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁶⁷ Triggs, s. 529; War Crimes Act 1945, Act No. 48. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2010C00110> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁶⁸ Triggs, s. 534.

⁵⁶⁹ Bronitt, s. 75; Stanley Yeo, "Mistakenly Obeying Unlawful Superior Orders", *Bond Law Review*, Vol. 5, Issue: 1, 1993, Article 1, s. 5; Kanun'un İngilizce metni için bkz. Criminal Code Act Compilation Act 1913, Act No. 028 of 1913 (4 Geo. V No. 28).

şekilde Queensland eyaleti Ceza Kanunu'nun (*Queensland Criminal Code Act 1899*) "Ceza Sorumluluğu" başlıklı 5. Bölümünün 31. maddesinde de yetkili mercii vermiş olduğu ve itaat etmekle yükümlü olunan bir emri ifa eden kişinin emir hukuka açıkça aykırı olmadığı sürece ortaya çıkan suçtan dolayı sorumlu olmayacağı genel hükümler arasında ayrıca düzenlenmiştir⁵⁷⁰. Yine ceza hukukunun yazılı kaynaklara dayandırıldığı eyaletlerden biri olan Tazmania'nın Ceza Kanunu'nda (*Criminal Code Act 1924*) emrin ifasına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Kanun'un 38. maddesinde askeri personel bakımından bir isyanın bastırılmasına yönelik emirlerle ilgili özel bir emrin ifası savunması hükmüne yer verilmiştir⁵⁷¹. Hükümde askeri hukuka göre üstünün verdiği hukuka uygun emirlere itaat yükümlülüğü bulunan kişilerin, bir isyanın bastırılmasına yönelik olarak verilen herhangi bir emri ifa etmesinin, emir açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece hukuka uygun olacağı belirtilmiştir⁵⁷². Eyaletlerin ceza kanunlarında yer alan emrin ifasına ilişkin düzenlemelerde emrin hukuka açıkça aykırılığı (*manifest illegality*) ölçütü esas alınmış, ancak bu ölçütün içeriği açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu nedenle Avustralya eyaletlerinin ceza kanunların oluşturulduğu dönemde, Anglo-Amerikan içtihat hukukunun o döneme kadar benimsemiş olduğu açık hukuka aykırılık kavramının ve değerlendirme mantığının yol gösterici olduğu ifade edilmektedir⁵⁷³. Anglo-Amerikan ceza hukuku içtihat örneklerinde emrin hukuka açık aykırılığının (*manifest illegality*), emrin kendine ait bir özelliğinden ziyade emri alan kişinin emrin hukuka uygun olduğu konusundaki kanaatini ve bu kanaatinin somut olayda makul olup olmadığını esas alan bir yaklaşım olduğu tespit edilmektedir⁵⁷⁴.

Avustralya hukukunda emrin ifasına ilişkin diğer bir düzenleme, federal kanun niteliğinde olan Savunma Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nda (*Defence Force Discipline Act 1982*) ceza sorumluluğu başlıklı üçüncü bölümün 14. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, kimse hukuka uygun olan veya hukuka aykırı olduğunun

https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/main_mrttitle_218_homepage.html (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁷⁰ Kanun 15.09.2020 tarihli güncel İngilizce metni için bkz. *Queensland Criminal Code Act 1899*, <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/inforce/current/act-1899-009> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁷¹ Yeo, s. 6.

⁵⁷² Kanun'un güncel İngilizce metni için bkz. *Criminal Code Act 1924*, <https://www.legislation.tas.gov.au/view/html/inforce/current/act-1924-069#JS1@GS38@EN> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁷³ İngiliz mahkemeleri içtihadından *Keighly v. Bell* kararı, ABD mahkemeleri içtihadından *McCall v. McDowell* kararı örnek olarak gösterilmektedir. Yeo, s. 6-7.

⁵⁷⁴ Yeo, s. 7.

bilinmediği ya da bilinmesinin beklenemeyeceği bir emrin ifası nedeniyle hizmet suçlarından sorumlu tutulamayacaktır⁵⁷⁵. Bu Kanun'da emrin hukuka açıkça aykırılığı yerine emrin hukuka aykırılığının bilinip bilinmemesinin ölçüt olarak belirlendiği, bu ölçütün hukuka açıkça aykırılıktan daha dar kapsamı işaret ettiği ifade edilmekte; bununla birlikte her halde emrin hukuka aykırılığının bilinmesinin beklenebilir veya açık olmasının somut olayın koşullarına göre tespit edileceği vurgulanmaktadır⁵⁷⁶.

Avustralya ceza hukukunda, içtihat hukukunun benimsendiği bölgeler bakımından emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldıran haller arasında bulunmadığı kabul edilmektedir. Avustralya Yüksek Mahkemesi 1984 yılında verdiği *A. v. Hayden (No.2)* kararında içtihat hukukunun emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisini kabul etmediğini açıkça belirtmiştir⁵⁷⁷. Karara konu olayda Avustralya Gizli İstihbarat Servisi'nin bir otelde gerçekleştirdiği rehine alınması tatbikatı sırasında görevlilerin oteldeki eşyalara ve bazı şahıslara zarar vermelerine ilişkin olup, Yüksek Mahkeme görevlilerin amirleri tarafından verilen tatbikat emrinin ifası sırasında zarara yol açabileceklerini düşündükleri yönündeki savunmalarını değerlendirmiştir⁵⁷⁸. Kararda Mahkeme, Avustralya hukukunda hiçbir idarenin hukuka aykırılık oluşturacak bir eylemin işlenmesini emretme yetkisi bulunmadığı gibi, böyle bir emri ifa etmiş olmanın da astı sorumluluktan kurtarmayacağını kabul edildiğini vurgulamıştır⁵⁷⁹. Karardaki katı tutum, Avustralya ceza hukukunda emrin ifasının etkisi konusunda mutlak sorumluluk yaklaşımının benimsenmiş olduğunu gösterdiği şeklinde yorumlanmaktadır⁵⁸⁰. Buna karşılık öğretide bu kararın emrin ifasının bir savunma olarak tamamen reddedilmiş olduğunu gösterdiği şeklinde yorumlanmasının doğru olmadığı, kararda yalnızca idarenin hukuka aykırı emir verme yetkisinin bulunduğu düşünülerek hukuka aykırı emri ifa etme halinin ele alındığı ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda emrin idari makam tarafından hukuka aykırı da olsa verilebileceğini düşünerek hukuka aykırı emri ifa eden kişi bakımından savunma olarak kabul edilemeyecekse de, emrin mevcut hukuk kuralına uygun

⁵⁷⁵ Kanun metni için bkz. Defence Force Discipline Act 1982, No. 152, 1982. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00107> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

⁵⁷⁶ Yeo, s. 8.

⁵⁷⁷ Bronitt, s. 74; Dingwall, s. 384; Yeo, s. 11.

⁵⁷⁸ Yeo, s. 13; Griggs, s. 347-348.

⁵⁷⁹ Griggs, s. 348; Dingwall, s. 384.

⁵⁸⁰ Dingwall, s. 384.

olarak verildiğini düşünerek hukuka aykırı bir emri ifa eden kişinin durumuna çözüm sunmadığı, örnek oluşturmayacağı savunulmuştur⁵⁸¹.

Görüldüğü üzere, Avustralya hukukunda emrin ifasının savunma olarak benimsenip benimsenmediği ilgili suçun hangi ceza hukuku alanında bulunduğuna göre belirlenmekte, içtihat hukukunun benimsendiği alanlarda emrin ifasının savunma olarak kabul edilmediği, federal ceza hukukunun düzenleme alanında bulunan savaş suçları bakımından Roma Statüsü'ne benzer şekilde bazı koşullar altında savunma olarak kabul edilebileceği, ancak diğer suçlar bakımından ileri sürülemeyeceği ve nihayet emrin ifasına ilişkin kanuni düzenlemeye yer veren eyaletlerin kendi uygulama alanları bakımından emrin ifasının savunma olarak ileri sürülebileceği tespit edilmektedir. Avustralya ceza hukukunun bu karmaşık ve yeknesak olmayan yapısının ortadan kaldırılması ve ortak bir ceza kanunu oluşturulması için 1990 yılından itibaren Model Ceza Kanunu geliştirilmeye çalışılmaktadır⁵⁸². Henüz uygulamaya geçirilememiş olsa da Model Ceza Kanunu'nda da emrin ifasına savunmalar arasında yer verilmemiş olduğu görülmektedir⁵⁸³.

⁵⁸¹ Yeo, s. 11-12; Karşı görüş için bkz. Griggs, s. 351.

⁵⁸² Bronitt, s. 51; Tarrant, s. 839.

⁵⁸³ Bronitt, s. 75.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ, BENZER KURUMLARDAN FARKI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ

I. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

Türk hukukunda kamusal faaliyetlerin yürütülmesi sırasında aldıkları emri ifa etmekle yükümlü devlet memurları, kolluk görevlileri veya askerlerin aldıkları emirlere itaat yükümlülüklerine ve emre itaat ederek gerçekleştirdikleri eylemlerden doğan sorumluluklarına ilişkin kurallar Anayasa ve TCK dışında askeri hukuk, kolluk hukuku, disiplin hukuku gibi alanları düzenleyen diğer mevzuat hükümlerinde de yer almaktadır. Anılan hükümler arasındaki bağlantının kurulabilmesi ve çalışmamızın konusu kapsamında yetkili merciin emrini ifanın hukuki niteliğinin ve uygulanma koşullarının yorumlanarak değerlendirilebilmesi için öncelikle Türk hukukunda yetkili merciin emrini ifanın düzenlendiği kanuni çerçevenin genel hatlarıyla belirlenmesi yerinde olacaktır.

Türk hukukunda emrin ifasından doğan sorumluluğu konu alan düzenlemelerden ilki Anayasa’da “*kanunsuz emir*” başlıklı 137. maddede yer almakta, hukuka aykırı emrin ifasında takip edilecek usul ve hukuka aykırı bir emri ifa eden kişinin sorumluluğu düzenlenmektedir. Bu hususta, emrin ifası kamu idaresinin iç yapısı ve işleyişi bakımından önemli olduğu için konunun Anayasa’da da yer aldığına dikkat çekilmiştir⁵⁸⁴. Madde başlığında ifade edildiği şekliyle emrin “kanunsuz” olması, maddenin birinci fıkrasında emrin yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun ve Anayasa’ya aykırı olması olarak

⁵⁸⁴ Bkz. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 384.

açıklanmıştır⁵⁸⁵. Bu noktada, her ne kadar madde başlığında “kanunsuz emir” kavramı kullanılmış olsa da hukuka aykırı emir olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmelidir⁵⁸⁶. Maddeye göre, “*Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*”⁵⁸⁷. Anayasa hükmündeki düzenlemeden hukuka aykırı bir emrin ifasının emrin konusunun suç oluşturması ve suç oluşturmaması olmak üzere iki ihtimali içerdiği anlaşılmaktadır. İlk ihtimalde emrin pozitif hukuk metinlerine aykırı olması ancak konusunun suç oluşturmaması söz konusu olup, bu ihtimalde AY m. 137/1 uyarınca emri alan kişinin suç oluşturmaması hukuka aykırılığı amirine bildirmesi usulü öngörülmüştür⁵⁸⁸. Bu usul çerçevesinde emri alan merci, emrin suç oluşturmadağı halde hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse, emri ifa etmemekle ve emri veren mercie bildirmekle yükümlüdür⁵⁸⁹. Kendisine bildirilmesi üzerine, emri veren merci emrini yazılı olarak tekrar ederse, emri alan kişi hukuka aykırı olduğu kanaatinde olsa da verilen emri yerine getirmek zorunda kalır⁵⁹⁰. Bu durumda AY m. 137/1’deki usule uygun olarak emri ifa etmiş olan kişi emrin ifasından sorumlu tutulmaz⁵⁹¹. Anayasa’daki bu düzenleme doğrultusunda hukukumuzda emri alan kişinin aldığı her emre itaat etmek zorunda olmadığı, kanuna aykırı emrin yerine

⁵⁸⁵ Maddenin kenar başlığı ile içeriğinin uyumsuz olduğu ve normların sıralamasının hatalı olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 663.

⁵⁸⁶ Bu yönde bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406; Özen, s. 663.

⁵⁸⁷ 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16’ncı maddesiyle, 137. maddenin ilk fıkrasında yer alan “tüzük” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” şeklinde değiştirilmiştir. <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin1.aspx?MevzuatKod=1.5.2709&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=anayasa&Tur=1&Tertip=5&No=2709>

⁵⁸⁸ Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 468.

⁵⁸⁹ Metnin ifade tarzından emrin hukuka aykırılığının bildirilmesinin bir yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır. Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 468.

⁵⁹⁰ Bu konuda, Anayasa hükmündeki usule uygun olarak amire emirde ısrar etme yetkisinin verilmiş olmasının idari hizmetin tabiatının gereği olduğu, emre itiraz eden memurun görüşü doğrultusunda emrin değiştirilebilmesinin kabul edilmesi halinde idarede karışıklığa yol açacağı vurgulanmıştır. Bkz. Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 900.

⁵⁹¹ Bu halde hukuka aykırı bağlayıcı emrin söz konusu olduğu yönünde bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 578.

getirilemeyeceğinin kural olarak benimsendiği ifade edilmelidir⁵⁹². Madde metninden çıkarılacak diğer bir sonuç, emri alan merciin emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleyerek ifa etmesi gerektiğidir. Anayasa hükmü emri alan kişiler için emrin hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğü öngörmüştür⁵⁹³. AY m. 137/1’de yer alan kural DMK m. 11/2’de, PVSK m. 2/2’de de benzer ifadelerle tekrar edilerek ayrıca düzenlenmiştir⁵⁹⁴.

Maddenin ikinci fıkrasında, emrin konusunun suç oluşturması halinde emri alan merciin emrin ifasından sorumlu tutulacağı belirtilmiş, konusu suç oluşturan emrin -diğer hukuka aykırı emirlerden farklı olarak- bağlayıcı olamayacağı kabul edilmiştir. Fıkra da yalnızca emri ifa eden merciin sorumluluğundan söz edilmiş olup, emrin ifasıyla oluşan neticeden emri veren merciin sorumlu tutulacağı açıkça belirtilmemişse de, emri veren merciin de vermiş olduğu emrin ifasıyla işlenen suçtan dolayı iştirak hükümleri doğrultusunda sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşılacaktır⁵⁹⁵. Maddenin son fıkrasında ise, önceki fıkralarda yer verilen kuralların istisnalarının “*askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için*” kanunla getirilebileceği öngörülmüştür⁵⁹⁶. Bu hükümde yer alan kanuni istisnalar esasen emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki ve yükümlülüğünün sınırlandırılmasını içermektedir. Zira devlete ait bazı faaliyetlerin aksamadan yürütülebilmesi için, verilen emirlere hukuka uygunluğunun

⁵⁹² Demirbaş, s. 300.

⁵⁹³ Zafer, Genel Hükümler, s. 393; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495; Burada emri alan kişinin emrin kanuna aykırı olup olmadığını ve suç oluşturup oluşturmadığını araştırmak olmak üzere iki tür yükümlülük altında olduğu hususunda bkz. Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi Cilt: 1**, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 342; Maddedeki konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceğine ilişkin hükmün emrin içerik itibarıyla kontrol edilmesi hakkını tanıdığı da ayrıca tespit edilmiştir. Bkz. Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 900.

⁵⁹⁴ DMK m. 11/2: “Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.” <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.657.pdf> ; PVSK m. 2/2: “Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf> (Erişim Tarihi: 24.02.2022)

⁵⁹⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 396.

⁵⁹⁶ Maddenin son fıkrasıyla getirilen istisnalar kanunsuz ve suç teşkil eden emirlerle ilgili birinci ve ikinci fıkralardan ayırık tutulmuştur. Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II**, 14. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2019, s. 329.

denetlenmesi beklenmeksizin itaat edilmesi gerekir⁵⁹⁷. Belirtmek gerekir ki, kanun tarafından getirilen engelleme yalnızca hukuka uygunluğun maddi yönüne ilişkin olup, emrin şekli yönden hukuka uygunluğunun her zaman denetlenmesi beklenir⁵⁹⁸. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetki ve yükümlülüğünün kanun tarafından engellendiği haller, öğretideki ifadeyle mutlak itaat halleri, askeri hizmetlere veya kolluk faaliyetlerine ilişkin emirleri içermekte, çalışmanın devam eden bölümlerinde ayrıca ele alınacağı üzere, AY m. 137/3'te atıfta bulunulan istisnaların örneklerine askeri hukuk ve kolluk hukuku mevzuatında yer verilmektedir⁵⁹⁹. AY m. 137 içerisindeki fıkraların sırası dikkate alındığında, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hallere ilişkin kanuni hükümlerin istisna oluşturduğunu öngören fıkranın kendisinden önce gelen kuralların tamamı bakımından istisna olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır⁶⁰⁰. Bu konuda AY m. 137/3'te öngörülen istisnaların AY m. 137/2'de yer alan konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği ve ceza sorumluluğunu kaldırmayacağına ilişkin kuralı da kapsayıp kapsamadığı konusunda öğretide farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bu konudaki görüş farklılıkları esasen AY m. 137/2'de yer alan “konusu suç teşkil eden emir” kavramının tanımına ve hukuki niteliğine ilişkin farklı yorumlardan kaynaklanmaktadır⁶⁰¹. Öğretide ağırlıklı olarak, AY m. 137/3'te yer alan istisnaların konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği kuralına yönelik olmadığı, AY m. 137/1'deki konusu suç oluşturmayan emrin yazılı olarak tekrar üzerine ifa edileceğine yönelik usulün istisnası olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁰².

⁵⁹⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 458.

⁵⁹⁸ Bu konuda şeklen kanuna uymayan bir irade açıklamasının hukuki anlamda bir emir niteliği taşımadığı da ayrıca vurgulanmıştır. Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 326; Aynı yönde bkz. Demirbaş, s. 300-301.

⁵⁹⁹ AY m. 137/3 ile kanun koyucu asker ve polis kişiler yönünden istisna getirmiştir. Bu istisnalar kapsamında PVSK m. 2, TSK İç Hizmet Kanunu m. 14 ele alınabilir. Bkz. Kayıhan İçel/ Hakan Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta, 2007, s. 108.

⁶⁰⁰ Burada her ne kadar kanun yapma tekniği bakımından kendisinden önce gelen birinci ve ikinci fıkralara istisna getirecek şekilde kaleme alınmış olduğu söylenebilse de, ikinci fıkradaki “hiçbir suretle” yerine getirilemeyeceği ifadesinden yola çıkılarak üçüncü fıkradaki istisnaların ikinci fıkrayı kapsamadığı ifade edilmiştir. Bkz. Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 469.

⁶⁰¹ Çalışmada emrin ifasının hukuki niteliğine ilişkin görüşler çerçevesinde konusu suç oluşturan emrin istisnalarıyla ilgili görüşler ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bkz. İkinci Bölüm, III., B., 2., a.

⁶⁰² Bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 458-459; Demirbaş, s. 301; Hafızoğulları/ Özen, s. 216; Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Haydar Metiner/ E. Ahsen Koç, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Hükümleri, I. Cilt, Madde 1-36**, Ankara: Yorum Basın Yayın, 2008, s. 573.

Yetkili merciin emrinin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi TCK'nin 24. maddesinde düzenlenmiştir. TCK m. 24/2'de yer alan “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” şeklindeki düzenleme uyarınca⁶⁰³ emri ifa eden kişinin emrin ifasıyla gerçekleştirdiği eylemden dolayı sorumluluğunun bulunmaması için emrin yetkili bir merciden verilmesi ve yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekmektedir. Böylece görev gereği bağlayıcı olan emir kapsamında, hukuka uygun bir emri alan kişi emirden kaynaklanan görevini yerine getirme yükümlülüğü altında olduğu için ceza sorumluluğu da bulunmayacaktır⁶⁰⁴. Bununla birlikte, birinci bölümde değinildiği üzere, öğretide hukuka uygun emrin ifasının TCK m. 24/1'de yer alan “*kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” hükmünde düzenlendiği, anılan fıkranın kanun hükmünü icranın yanı sıra hukuka uygun emrin ifasını da kapsadığı ileri sürülmektedir⁶⁰⁵. Yine Yargıtay kararlarında da emrin ifasının TCK m. 24/1'de yer alan görevin ifası kapsamında zikredildiği görülmektedir⁶⁰⁶. Maddenin üçüncü fıkrasında “*konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*” şeklindeki düzenleme ile Anayasa m. 137/2'de yer alan kural tekrar edilmiştir. Anayasa metninden farklı olarak TCK m. 24/3'te emri veren merciin de konusu suç oluşturan emrin ifasından sorumlu olacağı açıkça ifade edilmiştir. TCK m. 24 metnine AY m. 137/1'de yer alan konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emrin ifasına ilişkin hüküm alınmamış olmakla birlikte, bu ihtimalde AY m. 137/1'de öngörülen usulün uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Madde gerekçesinde de bu hususa “*Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki*

⁶⁰³ TCK m. 24/2'deki hükmün mülga 765 sayılı TCK m. 49/I-b'nin tekrarı olduğu, ancak hükümde m. 49/I-b ve TCK m. 24/1'den farklı olarak, “ceza verilemez” yerine “sorumlu olmaz” teriminin kullanılmış olmasının yerinde olmadığı yönünde eleştiri için bkz. Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 339-340.

⁶⁰⁴ Esasen yetkili merciin emrini ifa ve kanun hükmünü icra görevin ifasının gerçekleşme şeklidir. Demirbaş, s. 295.

⁶⁰⁵ Bu görüşte bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342.

⁶⁰⁶ “(...)hürriyeti tahdit fiilinin gerçekleştirilmesine katkı sağlayan sanıkların, yaşları, mesleki bilgileri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman itibarıyla, verilen emirleri hizmete mütalif 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, (...)” Yar. 16. CD. E. 2019/5507, K. 2019/6582, T. 16.10.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>).

⁶⁰⁷ TCK m. 24'te kanunsuz emrin tüm yönleriyle düzenlenmediği, TCK m. 24/4'teki düzenlemenin ilgisiz bir düzenleme gibi durduğu, bu nedenle mülga TCK döneminde olduğu gibi AY m. 137'ye başvurulması gerektiği yönünde bkz. Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 342.

kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları halinde, bu emri “yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir “emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz” (madde 137, fıkra I). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur.” şeklinde işaret edilmiştir⁶⁰⁸. Dolayısıyla emri alan merci, emrin konusunun suç oluşturmayan bir hukuka aykırılık⁶⁰⁹ içerdiğini düşündüğünde AY m. 137/1’de yer alan usulü takip edecektir. Emrin konusunun suç oluşturduğunu tespit etmesi halinde ise TCK m. 24/3 uyarınca emri ifa etmemekle yükümlü olup, emri ifa ederse sorumlu tutulacaktır.

Maddenin dördüncü fıkrasında ise *“emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur”* şeklindeki düzenleme yer almaktadır. Bu fıkra hükmüyle, AY m. 137/3’te de ortaya konulan, emri alan merciin emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetki ve yükümlülüğünün kanun tarafından engellendiği hallerin ceza sorumluluğuna etkisi düzenlenmiş⁶¹⁰, bu haller kapsamında verilen emirleri ifa eden kişilerin sorumlu tutulmayacağı, emri veren merciin sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmiştir⁶¹¹. Değindiği üzere, AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4’te öngörülen, hukuka uygunluğun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller, diğer bir deyişle emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki ve yükümlülüğünün istisnaları mevzuatımızda askerler ve kolluk görevlileri bakımından düzenlenmiştir⁶¹². Anılan düzenlemelerde, emrin denetlenmeksizin ifa edilmesinin beklendiği mutlak itaat hallerinde emrin ifasıyla oluşan eylemden doğan sorumluluğun emri veren mercie ait olacağı öngörülmüştür⁶¹³.

⁶⁰⁸ Gerekçe metni için bkz. Yurtcan, Türk Ceza Kanunu, s. 418-419.

⁶⁰⁹ Üstün verdiği emir suç teşkil etmese de hukukun başka dallarına aykırı olabilir. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 384.

⁶¹⁰ Özen, s. 670; TCK m. 24/4 hükmünün yalnızca askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunmasına yer veren Anayasa m. 137/3’ün sınırını aşan daha geniş bir niteliği olduğu hakkında bkz. Ersan Şen, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 67; Ersan Şen, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul: TCHD Yayınları No. 10, 2008, ss. 73-122, s. 75.

⁶¹¹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 329.

⁶¹² İçel, s. 336-337; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 329.

⁶¹³ Bu kapsamda ele alınan TSK İç Hizmet K. m. 14/2’ye göre: “Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.”; AsCK m. 41/2’ye göre: “Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu

Mevzuatta yer alan düzenlemeler çerçevesinde, Türk hukukunda yetkili merciden aldığı emrin gereğini yerine getirerek suç kalıbına uyan bir eylemi gerçekleştirmek zorunda olmak emri alan kişilerin ceza sorumluluğuna etki eden bir durum olarak kabul edilmiş, bu durumun ceza sorumluluğuna etkisi TCK’de “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” başlıklı bölümde bazı koşullara bağlanarak düzenlenmiştir. Aynı bölümde kanunun yüklediği bir görevin veya tanıdığı hakkın gereğini yerine getirerek ya da karşılaştığı tehlike veya baskının etkisiyle suç tanımında yer alan bir eylemi gerçekleştirmek zorunda kalan kişilerin ceza sorumluluğunu düzenleyen bazı kurumlara da yer verilmektedir. Bu doğrultuda yetkili merciin emrini ifanın kanunda aynı başlık altında yer alan benzer kurumlarla farklarının ortaya konulması yetkili merciin emrini ifaya ilişkin hükümlerin kapsamını belirlemek açısından önemlidir.

II. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN BENZER KURUMLARDAN FARKI

A. Kanun Hükümünü İcradan Farkı

Kanun hükmünü icra TCK m. 24/1’de kişilerin kanunun bir hükmünü yerine getirerek gerçekleştirdiği tipik eylemlerin suç oluşturmasını engelleyen bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir⁶¹⁴. Kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kanunun kişilere belirli bir yönde davranmaya yönelik bir görev yüklediği ve bu görev kapsamında kullanılacak bir yetki tanıdığı hallerde söz konusu olur⁶¹⁵. Bu yönüyle kanunun kişilere sübjektif bir hakkın kullanılmasına yönelik yetki tanıdığı hakkın kullanılması (TCK m. 26/1) hukuka uygunluk nedeninden ayrılır⁶¹⁶.

suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.”, PVSK m. 2/3’te sayılan haller bakımından ise “*Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.*” .

⁶¹⁴ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 275.

⁶¹⁵ Kanun hükmünün yerine getirilmesinde görev ya da yetkinin söz konusu olduğu hususunda bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 284; Kanundan kaynaklanan yetkinin görevle bağlantılı olduğu hususunda bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 321.

⁶¹⁶ Demirbaş, s. 295, 333.

Kanun hükmünü icra da, yetkili merciin emrini ifa gibi özünde bir yükümlülüğün veya görevin yerine getirilmesini içerir⁶¹⁷. Kanun hükmünü icrada yerine getirilen görev kanun hükmünden kaynaklanırken, yetkili merciin emrini ifada görev yetkili merciin emrinden doğar⁶¹⁸. Bu doğrultuda ilgili bölümde de değinildiği üzere öğretide bazı yazarlar tarafından yetkili merciin emrini ifa ile kanun hükmünün icrası “görevin ifası” üst başlığı altında birlikte ele alınmaktadır⁶¹⁹. Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi gereği, kanunun bir hükmünde kişilere yüklenen bir yükümlülüğün veya tanınan bir yetkinin başka bir hükümde yaptırıma bağlanması mümkün olamayacağı için, m. 24/1’de kanun hükmünün gereğini yerine getiren kişilerin bu eylemlerinin hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir⁶²⁰. Anılan yakınlıklarına karşılık, emrin ifası ile kanun hükmünün icrası kurumları arasında önemli farklar bulunmaktadır.

İlk olarak iki kurum arasında görevin kaynağı bakımından farklılık bulunduğu ifade edilmelidir⁶²¹. Kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeniyle görevin kaynağı “kanun”, yetkili merciin emrini ifada ise “emir”dir. Bu nedenle somut olayda kanun hükmünün icrası ile emrin ifasına ilişkin hükümlerden hangisinin uygulanması gerektiği belirlenirken suç kalıbına uyan eylemin gerçekleştirilmesi görevini içeren kaynağa bakılması gerekir. Kanunda tanınan yetkinin fail tarafından doğrudan kullanıldığı hallerde kanun hükmünü icra söz konusu olur, emrin ifasında ise kanunun verdiği yetki emri veren merci tarafından kullanılır. Yetkili merciin emrini ifada emri alan kişinin görevinin doğrudan kanun hükmünden kaynaklanmaması ve görevin emir verme yetkisine sahip bir merci tarafından kanunda gösterilen koşullara uygun şekilde oluşturulan ayrı bir idari işlemle kendisine yöneltilmesi gerekir. Kanun hükmünü icrada, kişinin kanun hükmünün gereğini yerine getirmesi için ayrıca bu yönde bir emir almasına gerek

⁶¹⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 284; Kanun hükmünü icranın görevin ifası olarak açıklanmasının yerinde olmadığı, kanun hükmünün kişilere görevden bağımsız olarak yetki tanıdığı, müsaade içeren hükümlerin de kanun hükmünü icra kapsamında olduğunu ileri süren görüş için bkz. Çetinkaya, s. 159.

⁶¹⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 490; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 284; Savaşçı Temiz, s. 227.

⁶¹⁹ Bkz. Önder, s. 233; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 82; Demirbaş, s. 295.

⁶²⁰ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 83.

⁶²¹ Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 4; Bu konuda diğer bir görüş çerçevesinde, görevin yalnızca bir kaynağının bulunduğu ve kaynağın kanun olduğu, kanun hükmünün ve emrin ifası arasındaki farklılığın görevin ortaya çıkış şekli olduğu belirtilmiştir. Bkz. Gökpinar, s. 24.

bulunmamaktadır⁶²². Kanun hükmünün tanıdığı yetkinin ancak bir emirle iletilmesi halinde kullanılabildiği hallerde kanun hükmünü icra söz konusu olmaz⁶²³. Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 119 uyarınca konutta aramanın yapılması için verilen arama kararı doğrultusunda aranacak kişinin konutuna girilmesi eyleminde TCK m. 116 kapsamında konut dokunulmazlığını ihlal suçu, arama kararı veren merci bakımından kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni, arama emrini ifa eden kolluk görevlisi bakımındansa yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğu için oluşmayacaktır⁶²⁴. Bununla birlikte örneğin, mülga 1412 sayılı CMUK m. 97'deki gibi, doğrudan kolluk görevlilerine tanınan bir arama yetkisinin bulunması halinde, arama kararı olmaksızın konuta giren kolluk görevlileri bakımından kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninden söz edilecektir⁶²⁵. Örneğin de işaret ettiği üzere, yetkili merciin emir verme yetkisi kanundan kaynaklandığı için emrin ifası da (ve emirde yüklenen görev de) aslında dayanağını dolaylı olarak kanundan almış olur⁶²⁶. Bu noktada TCK m. 24/1'de yer alan “kanun” kavramının kapsamına da değinmek ve “emir” ile farkını belirlemek yerinde olacaktır. Öğretide baskın görüş tarafından kanun hükmünü icra kapsamındaki “kanun” ifadesi geniş anlamda yazılı “hukuk kuralı” olarak anlaşılmakta⁶²⁷ ve idarenin genel düzenleyici işlemlerini de kapsayacak şekilde açıklanmaktadır⁶²⁸. Emir de idarenin bir işlemi olmakla⁶²⁹ beraber, idarenin genel ve soyut kurallar içeren düzenleyici işlemlerinden ayrılır. Bu doğrultuda somut olayda idarenin bir tasarrufuyla görev yüklendiği hallerde, idari işlem ilgili birime yönelik eylem ve

⁶²² Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 84; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 309.

⁶²³ Zafer, Genel Hükümler, s. 390.

⁶²⁴ Benzer örnek için bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495-496.

⁶²⁵ 1412 sayılı CMUK uygulamasında arama kararı olmaksızın da hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu hakkında bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 101.

⁶²⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 35, dn. 55.

⁶²⁷ Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 83; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 309; Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 276; Özgenç, Genel Hükümler, s. 320; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021, s. 274; Öğretide çoğunluğun kanun hükmünü icradaki kanun ifadesinden maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiğini savunduğu hakkında ayrıca bkz. Çetinkaya, s. 174.

⁶²⁸ Zafer, Genel Hükümler, s. 390; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 287; Bu görüş doğrultusunda kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedenindeki “kanun” ifadesi tüzükleri, yönetmelikleri, idarenin adsız düzenleyici işlemlerini kapsamaktadır. Çetinkaya, s. 220; Maddedeki “kanun” ifadesinin kanuna uygun düzenleyici işlemleri kapsadığı görüşü için bkz. İbrahim Şahbaz, **Açıklamalı ve İctihadi Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt (Madde 1-75)**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020, s. 228; Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmeliklerin de TCK m. 24/1 kapsamında değerlendirileceği hakkında bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 493.

⁶²⁹ Fatih Selami Mahmutoglu/ Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul: Beta Yayın Dağıtım, 2017, s. 467; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406.

görevleri içerdiğinde emrin ifası, kanunun açıklanması ve uygulanmasına yönelik genel ve soyut kuralları içerdiğinde kanun hükmünü icra söz konusu olur⁶³⁰.

Diğer bir farklılık olarak, kanun hükmünün hukuka aykırı olması ihtimalinin bulunmaması nedeniyle her iki kurum arasında hukuki nitelikleri yönünden farklılık bulunduğu ifade edilmektedir⁶³¹. Gerçekten kanun hükmünün icrasında kişiye yüklenen görevin sınırları kanun hükmünde gösterilmiştir ve kanun hükmünün icrasında hukuka aykırı olması ihtimali ayrıca dikkate alınmamaktadır⁶³². Buna karşılık emrin ifasında emri alan kişiye yüklenen görevin sınırları emri veren merci tarafından ayrıca belirlenebilmektedir. Bu nedenle emri veren merciin emir verme yetkisini kanunun kendisine tanıdığı takdir alanı dahilinde kullanması ya da kanunun ruhuna aykırı olmayacak şekilde kanunda mevcut boşlukları yorum yoluyla doldurması⁶³³ sonucunda emrin hukuka aykırı olması ihtimali de ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca hukukumuzdaki düzenleniş şekli kapsamında değinildiği üzere, emrin hukuka aykırı olduğu halde bağlayıcı sayıldığı haller söz konusu olabilmektedir. Kanun hükmünü icradan farklı olarak, CMK ve TCK’de emrin ifasında emrin hukuka aykırı olması ihtimali ayrıca öngörülmüş ve bu duruma farklı sonuç bağlanmıştır⁶³⁴. Bu doğrultuda yetkili merciin emrini ifa kurumu kanun hükmünü icradan farklı olarak, emrin hukuka uygun ve aykırı olması ihtimallerine göre ayrılarak ele alınan, öğretide hukuki niteliği ve sonuçları emrin niteliğine bağlı olarak tartışılan bir kurumdur. Kanun hükmünü icra ise her durumda hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir⁶³⁵. Kanun hükmünü icranın varlığı halinde fail hakkında beraat hükmü verilir (CMK m. 223/2-d). Yetkili merciin emrini ifa ise kanun hükmünü icradan farklı olarak her zaman beraat hükmü nedeni oluşturmamakta, hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin varlığı halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir (CMK m. 223/3-b).

⁶³⁰ Bu konuda “genelge”nin tartışma yaratacağı, ancak hukuka uygunluk nedenleri geniş yorumlandığı ve emirden farklı olarak genel ve soyut bir hukuk kuralı olduğu için genelgenin de kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında yer alması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 214.

⁶³¹ Demirel, Amirin Emri, s. 36-37.

⁶³² Kanunlar bakımından hukuka uygunluk karinesi bulunduğu hakkında bkz. Gökpınar, s. 65.

⁶³³ Önder, s. 228.

⁶³⁴ Demirel, Amirin Emri, s. 36-37.

⁶³⁵ Demirel, Amirin Emri, s. 37.

İki kurum arasındaki bir diğer farklılık yüklenen görevin muhatabına ilişkindir. Kanun hükmünü icrada, emrin ifasından farklı olarak görevin muhatabı olan kişi hiyerarşik ilişki içerisindeki konumuna göre belirlenmemektedir⁶³⁶. Kanun hükmü bazen belirli statüdeki kişilere, kamu görevlilerine yükümlülük ve yetki getirebilmektedirken, bazen belirli bir durumda bulunan herkes için geçerli olan genel bir davranış yükümlülüğü ve yetkisi öngörebilmektedir⁶³⁷. Emrin ifasında ise emir ve emrin dayandığı kanun normu yalnızca verilen emre itaat etme görevi bulunan kişiler bakımından bir yükümlülük getirmeye elverişlidir. Kanun hükmünü icrada görevin muhatabı kanunla gösterilen herkes olabileceken, emrin ifasında emre itaat yükümlülüğü bulunan belirli bir hiyerarşik konumdaki kişilerdir. Herkese yönelik belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü getiren genel düzenlemeler emrin kaynağı olamayacağı için, bu gibi hallerde yükümlülüğün gereğini yerine getiren kişiler açısından kanun hükmünü icra söz konusu olacaktır. Bu noktada toplu emirlerin veya birden fazla kişiye yöneltilen emirlerin her ne kadar birden fazla kişiye yönelik yükümlülük getirmekteyse de burada da yükümlülüğün muhatabı olan kişilerin aynı hiyerarşik statüde bulunan ve aynı üst merciin emir verme yetkisine tabi belirli bir topluluk olduğunu vurgulamak gerekir. Dolayısıyla iki kurumun yükümlülüğün muhatabı yönünden farklılıkları muhatap sayısına göre değil, muhatabın bir hiyerarşik ilişkiye tabi olup olmamasına göre belirlenir. Ayrıca emrin ifasında görevin muhatabının yalnızca yetkili merci ile ast-üst ilişkisi içerisinde bulunması yeterli olmayıp, emrin kendisine yöneltilmiş olması da aranır. Yetkili merciin, emir verme yetkisi dahilinde bulunan kişilerden bir kısmına emri yöneltmemesi halinde görev doğmayacağı için, emrin ifasında görevin muhatabı kanun hükmünü icradan farklı olarak somut olaydaki emrin veriliş şekline göre de belirlenir. Yine emrin ifasında, kanun hükmünün icrasından farklı olarak emri ifa eden kişinin kamu hukukuna dayalı bir hiyerarşik ilişkiye tabi olması zorunludur.

⁶³⁶ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 7; Savaşçı Temiz, s. 185; Kanun hükmünü icrada emri veren amir ile emri ifa eden memur ilişkisinin varlığı aranmaz. Önder, s. 228.

⁶³⁷ İlk duruma örnek olarak icrai hacizde bulunma yetkisinin icra memurlarına tanınması, ikinci duruma örnek olarak suçüstü hallerde yakalama yetkisinin herkese tanınmış olması gösterilebilir. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 84; Demirbaş, s. 295-296; İçel, s. 330; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 276; Kanun hükmünü icranın yalnızca kamu görevlileri bakımından hukuka uygunluk nedeni olabileceği, kamu görevlisi olmayanlar bakımından hakkın kullanılmasının (TCK m. 26/1) söz konusu olacağı yönünde görüş için bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 309; Zafer, Genel Hükümler, s. 389, 390.

Kanun hükmünü icra ise, özel hukuka ilişkin bir kanun hükmü de kaynaklık edebileceği için, özel hukuk ilişkisine taraf olan kişiler bakımından da uygulanır⁶³⁸.

B. Hakkın Kullanılmasından Farkı

Hakkın kullanılması TCK m. 26/1’de hukuk düzeni tarafından kendisine tanınan bir hakkı kullanan kişilerin bu eyleminin suç oluşturmayacağını öngören hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir⁶³⁹. Hukuk düzeninin, kişilere tanıdığı bir hakkın kullanılmasını aynı zamanda ceza yaptırımına bağlaması hukuk düzeninin çelişmezliğini ortadan kaldıracağı için, bir hakkın kullanılması yoluyla gerçekleştirilen eylemin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁰. Bu doğrultuda hakkın kullanılması ile yetkili merciin emrini ifanın benzerlik gösterdiği bir nokta olarak her iki kurumun da hukuk düzeninin çelişmezliği ilkesine dayandığı belirtilmelidir⁶⁴¹. Bu ilke yetkili merciin hukuka uygun emrini ifanın hukuka uygunluk nedeni oluşturmasının da dayanağı olarak gösterilmektedir. Hakkın kullanılmasında da yetkili merciin emrini ifada olduğu gibi fail hukuk düzeni tarafından kendisine izin verilen bir eylemi gerçekleştirmektedir. Esasen yetkili merciin verdiği bir emri ifa eden kişi de emrin kendisine yüklediği görev kapsamındaki bir hakkını kullanmaktadır. Bu nedenle görevin veya emrin ifasının da geniş anlamda bir hakkın kullanılmasını içerdiği ifade edilmektedir⁶⁴². Bu noktada, TCK m. 24 ile m. 26/1 arasındaki farklılığı açıklayabilmek için bir görevin veya yükümlülüğün içerdiği görevi yerine getirme hakkıyla, kişilerin görevden bağımsız olarak kullanabilecekleri hakları ayırt etmek gerekir. Her görev veya yükümlülük kişiye aynı zamanda onu ifa etmeye yönelik hakları da tanımaktadır. Ancak bu haklar görevin konusu ve amacına bağlı olarak doğduğu için aynı zamanda görevin ifası kapsamında kullanılması gereken yetkililerdir. Diğer bir ifadeyle kişinin kendisine kanun hükmünde veya bir emirle yüklenen görevini yerine getirmek için

⁶³⁸ Bu hususta Medeni Kanun m. 267 örneği için bkz. İçel, s. 329; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 276; Savaşçı Temiz, s. 228.

⁶³⁹ Madde gerekçesinde hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiği açıkça belirtilmiştir. Özgenç, Genel Hükümler, s. 313.

⁶⁴⁰ Bkz. Demirbaş, s. 331; Zafer, Genel Hükümler, s. 416; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 342; İçel, s. 372; Faruk Erem, “Ceza Hukukunda “Hakkın Kullanılması””, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 41, 1990, ss. 5-17, s. 5-6. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629637> (Erişim Tarihi: 05.05.2021)

⁶⁴¹ Savaşçı Temiz, s. 188.

⁶⁴² Bu yönde bkz. Savaşçı Temiz, s. 188.

gerekli olan şekilde ve ölçüde kullanması beklenen haklar aynı zamanda bir yükümlülük de içerir. TCK m. 26/1 kapsamında düzenlenen “hakkın kullanılması”nda ise hakkın sahibinin hakkı kullanıp kullanmama özgürlüğü bulunur⁶⁴³. Ancak hakkın kullanılmasından farklı olarak emrin ifasında emri alan kişi, emrin sağladığı hakkı kullanıp kullanmama konusunda seçim yapma imkanına sahip değildir. Kanunun kişiye tanıdığı hakkın kullanılmasının ihtiyari olduğu hallerde hakkın kullanılması, zorunlu olduğu hallerde ise kanun hükmünü icra veya yetkili merciin emrini ifa söz konusu olur⁶⁴⁴. Hakkın kullanılmasında hak sahibi kişi bakımından bir yetki söz konusuyken, emri ifada emri alan kişi bakımından bir yükümlülük söz konusu olur⁶⁴⁵.

Hakkın kullanılmasıyla emrin ifası arasındaki önemli bir diğer fark hakkın veya görevin kaynağına ilişkindir. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin konusunu oluşturan hakkın kaynağı bir kanun normu olabileceği gibi bir mahkeme kararı veya hukuki ya da idari işlem olabilmekte; yazılı olan veya olmayan bir hukuk kuralından, hukuki işlemlerden, örf-adetten kaynaklanabileceği de kabul edilmektedir⁶⁴⁶. Yetkili merciin emrini ifada ise görevin kaynağı yalnızca yetkili merciin emri olabilir⁶⁴⁷. Emrin ifasında, hakkın kullanılmasından farklı olarak, kanun normu doğrudan bir kaynak niteliği taşımamakta, emri alan kişinin görevi yetkili merciin kanunda öngörülen koşullara uygun şekilde oluşturduğu ayrı bir idari işlemle doğmaktadır. Görevin doğrudan kanundan doğması halinde emrin ifası değil, kanun hükmünü icra söz konusu olur. Hakkın kullanılmasında ise hakkın doğrudan kanun hükmünden kaynaklanabilmesi mümkün olup, hakkın kullanılması için hak sahibi açısından hakkın doğmuş olması yeterlidir ve hakkın konusunu oluşturan eylemi gerçekleştirebilmesi için başka bir vasıtaya veya mercie ihtiyaç duyulmamaktadır. Bununla birlikte, hakkın tespiti için bir merciin işlemine ihtiyaç bulunduğu hallerde, merciin işlemi olmaksızın hakkın kullanılması mümkün olmayacağından TCK m.

⁶⁴³ Hakkı kullanma zorunluluğu bulunsaydı hakkın göreve dönüşeceği hakkında bkz. Uğur Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s. 14.

⁶⁴⁴ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 9-10; Demirbaş, s. 295, 333.

⁶⁴⁵ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 82; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 9; Demirbaş, s. 295.

⁶⁴⁶ Toroslu/ Toroslu, s. 181; Demirbaş, s. 314-315; Uruşak, s. 163-173; Erem, “Ceza Hukukunda “Hakkın Kullanılması””, s. 9.

⁶⁴⁷ Görevin ifasında görevin kaynaklarının kanun hükmü ve yetkili merciin emri olarak tek tek belirlendiği hakkında bkz. Uruşak, s. 162.

26/1 kapsamında hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz⁶⁴⁸. Yine, hakkın kullanılması bir yükümlülüğün yerine getirilmesine bağlanmış ise bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekir⁶⁴⁹, yükümlülük bir idari işlemi içerebilmektedir. Örneğin, silah bulundurma yetkili merci tarafından verilen silah ruhsatıyla kullanılabilecek bir haktır⁶⁵⁰. Ayrıca, yukarıda değinildiği üzere, hakkın bir idari işleminden doğması da mümkündür⁶⁵¹. Görüldüğü üzere, hakkın kullanılması ile emrin ifasının ayrılmasında somut olayda söz konusu olan idari işlemin niteliğini ve etkisini belirlemek önemlidir. Bu hususta, öncelikle bir idari işlemin emir niteliği taşıyan özellikte olup olmadığının belirlenmesi gerektiği ifade edilmelidir. İdari işlemin bir hak tesis ettiği ve bir görev (belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü) yüklediği haller ayrıdır. Emrin konusunun bir yükümlülük içerdiği ve muhatabının yalnızca kamu hukuku ilişkisinde alt merci konumundaki kişiler olduğu da dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır. Bu noktada hakkın kullanılması ile yetkili merciin emrini ifa arasındaki bir diğer farklılık bu kurumların muhatabına ilişkindir. Hakkın kullanılması kanuni düzenlemede hakkın sahibi olarak gösterilen herkes bakımından uygulanabilecek bir kurumdur⁶⁵². Hakkı kullanma yetkisine sahip olduğu gösterilen kişilerin, yetkili merci ile kamu hukukuna dayalı bir hiyerarşik ilişki içerisinde ve ast konumda bulunmaları gibi belirli özellikleri taşıyor olmaları aranmamaktadır. Yetkili merciin emrini ifa ise, hakkın kullanılmasından farklı olarak yalnızca kamusal hiyerarşik ilişkide alt merci konumunda olan kişiler bakımından uygulanabilecek bir kurumdur⁶⁵³.

Hakkın kullanılması ile yetkili merciin emrini ifa kurumları hüküm çeşidi yönünden de farklılık göstermektedir. Hakkın kullanılması her koşulda bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmakta, fail hakkında beraat hükmü verilmektedir (CMK m. 223/2-d). Yetkili merciin emrini ifa ise, önceki başlıkta da belirtildiği üzere, her zaman beraat hükmü nedeni oluşturmamakta, hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin varlığı halinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir (CMK m. 223/3-b).

⁶⁴⁸ Bkz. İçel, s. 373; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 33; Uruşak, s. 196.

⁶⁴⁹ Demirbaş, s. 332.

⁶⁵⁰ Örnek için bkz. Demirbaş, s. 332.

⁶⁵¹ İdari mercilerin açıklayıcı veya tespit edici nitelikte olmayan, ruhsat verme, bir meslek faaliyetini yürütme izni verme gibi bazı tasarruflarının hakkın kaynağı olabileceği hakkında bkz. Uruşak, s. 167-168.

⁶⁵² Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 10.

⁶⁵³ Ayrıca bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 10.

C. Zorunluluk Halinden Farkı

Zorunluluk hali, kişinin gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı cezalandırılmayacağını öngören bir durum olarak TCK m. 25/2’de düzenlenmiştir⁶⁵⁴. TCK m. 25/2’de yer alan düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte zorunluluk halinin hukuki niteliği tartışma konusu olmuş, zorunluluk halinin hukuki niteliği konusunda öğretide bir görüş birliği sağlanmamıştır. TCK m. 25/2’de düzenlenen şekliyle zorunluluk halinin hukuki niteliğini hukuka uygunluk nedeni olarak açıklayan görüşler olduğu gibi, kusurluluğu kaldıran hal veya mazeret nedeni olarak açıklayan görüşler ve zorunluluk halini ortaya çıkış şekline göre hukuka uygunluk nedeni ve kusurluluğu etkileyen hal ya da mazeret nedeni olmak üzere ikiye ayırarak açıklayan görüşler de bulunmaktadır⁶⁵⁵.

Zorunluluk halinde tehlikeyle karşılaşan kişi, gerçekleştirdiği eylem bir suç tipine uygun düşmesine rağmen kendisini veya başkasını tehlikeden korumak amacıyla onu gerçekleştirmek zorunda kalır. Yetkili merciin emrini ifada da emri alan kişi emrin konusunu oluşturan eylem bir suç tipine uymasına rağmen emir bağlayıcı olduğu için onu gerçekleştirmek zorundadır. Bu noktada her iki kurumda da failin somut olayda suç tipine uygun bir eylemi gerçekleştirme mecburiyeti içinde olması benzerlik göstermektedir. Emrin ifası ile zorunluluk halinin diğer bir benzer özelliği olarak her iki kurumun hukuki niteliğinin de öğretide tartışmalı olması ve her iki kurumun da öğretide bazı görüşler tarafından somut olayda ortaya çıkış şekline göre ayrılarak ele alınması gösterilebilir. Bu görüşlere göre emrin ifası ve zorunluluk hali bazı hallerde hukuka uygunluk nedeni, bazı hallerde ise kusurluluğu etkileyen neden veya mazeret nedeni olarak değerlendirilebilmektedir⁶⁵⁶. Yetkili merciin

⁶⁵⁴ TCK m. 25/2: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

⁶⁵⁵ Zorunluluk halinin hukuki niteliğini açıklayan görüşler için bkz. Zeynel Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 31-38; Elif Bekar, **Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013, s. 60-85.

⁶⁵⁶ Zorunluluk hali Alman hukukunda iki ayrı hukuki nitelik taşıyan iki ayrı kurum olarak ayrı maddelerde düzenlenmiş, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile kusurluluğu etkileyen

emrinin ifası için bu ayrım hukuka uygun emrin ifasında hukuka uygunluk nedeninin, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasında kusurluluğu kaldıran neden veya mazeret nedeninin söz konusu olduğu yönündedir⁶⁵⁷. Zorunluluk halinde ise korunan menfaat ile ihlal edilen menfaat arasından birinin üstün olması halinde hukuka uygunluk nedeninin, korunan değerler arasında eşitliğin bulunması halinde mazeret nedeninin bulunduğu kabul edilerek ikili ayrımla açıklanmaktadır⁶⁵⁸.

Anılan benzer özelliklerinin yanı sıra iki kurum arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İlk farklılık emrin ifası ile zorunluluk halinin uygulanabileceği kişiler bakımından ortaya çıkmaktadır. Emrin ifası yalnızca kamusal bir hiyerarşik ilişkide bulunan ve emri ifa etme görevi bulunan kişiler bakımından uygulanabilirken, zorunluluk hali herkes için söz konusu olabilir⁶⁵⁹. İkinci olarak, failin somut olayda suç tipine uyan davranışı gerçekleştirme mecburiyetinin kaynağının her iki kurumda farklı olduğu belirtilmelidir. Her ne kadar fail her iki durumda da eylemi gerçekleştirip gerçekleştirilmeme konusunda bir mecburiyet içinde hareket etmekteyse de, emrin ifasında mecburiyet hiyerarşik ilişkiye dayalı itaat yükümlülüğünden kaynaklanmakta, zorunluluk halinde ise bir hakka yönelik tehlikeden kurtulma, kaçınma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla zorunluluk halindeki “tehlike” koşulunun iki kurumu ayırt etmede önemli olduğunun altını çizmek gerekir. Zorunluluk halinde “tehlike”, kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik büyük bir zarara veya yok olmaya yol açma tehdidi yaratan; insandan, hayvandan veya doğa olaylarından kaynaklanan bir durumu ifade eder⁶⁶⁰. Emrin ifasında failin aldığı emre itaat etmemesi halinde karşılaşacağı ceza yaptırımı veya hiyerarşik nüfuz ise her ne kadar fail üzerinde içsel bir baskı ve mecburiyet hissi yaratırsa da hukuki bir yükümlülük ve bu yükümlülüğün ihlaline karşı öngörülen ceza yaptırımı bir

neden olan zorunluluk hali ayrı koşullara tabi kılınmıştır. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 580-581; Öğretide bir kısım yazarlar zorunluluk halinin ortaya çıkış şekline göre bir türünün hukuka uygunluk nedeni diğer bir türünün ise mazeret nedeni veya kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Demirbaş, s. 299; TCK m. 25/2’nin bu iki türü de eleştiriye açık şekilde barındırdığı görüşü için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 390-391; Zafer, Genel Hükümler, s. 408-409; Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 48; TCK’de yer alan ceza sorumluluğunu azaltan ve kaldıran haller başlığı altında yer alan kurumlardan yalnızca emrin ifasının farklı türe göre farklı hukuki nitelikle açıklanabileceği, zorunluluk halinin her halde kusurluluğu kaldıran veya azaltan mazeret nedeni olduğu hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 43; Mevzuatımızda zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni veya ikili ayrımı içerir şekilde düzenlenmediği görüşünde bkz. Bekar, s. 88.

⁶⁵⁷ Görüşler için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2.

⁶⁵⁸ Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 48; Demirbaş, s. 317-318.

⁶⁵⁹ Ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 43.

⁶⁶⁰ Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 329.

hakka yönelik tehlike olarak kabul edilemeyecektir⁶⁶¹. İki kurum arasındaki temel fark suç tipine uyan eylemin emir ilişkisinin getirdiği yükümlülüğün bir gereği olup olmadığıdır. Emri alan kişinin eylemi somut olayda emre itaat yükümlülüğünün hukuki sınırları dışına çıkarak, içinde bulunduğu koşulların yarattığı bir tehlikeden kaçınma zorunluluğuna dayanıyor ise bu durumda yetkili merciin emrini ifa eden kişinin sorumluluğu bakımından emrin ifasının değil, zorunluluk halinin söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir. Emrin ifası ile zorunluluk halinin bir arada ortaya çıktığı bu gibi durumlarda iki kurum arasındaki ilişki çalışmanın üçüncü bölümünde ilgili başlıkta ayrıca ele alınarak değerlendirilmiştir.

Yetkili merciin emrini ifa ile zorunluluk hali arasındaki bir diğer farklılık zorunluluk halinde failin veya bir üçüncü kişinin bireysel menfaatlerine yönelik zarar ihtimalinin söz konusu olmasıdır. TCK m. 25/2’de kişinin “*gerek kendisine gerekse başkasına ait*” bir hakka yönelik tehlikeden söz edilmekte, “*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı*” bulunması koşulu aranmaktadır. Maddedeki ifadeler birlikte değerlendirildiğinde zorunluluk halinde failin tehlikeden kurtulmak mecburiyetiyle üçüncü kişilere yönelik olarak gerçekleştirdiği eyleminin konusunu oluşturan menfaat ile kendisine veya başkasına yönelik tehlikenin yöneldiği menfaatlerin orantılı olması gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir⁶⁶². Emrin ifasında ise emir ilişkisi emri alan kişiyi bireysel menfaatlerine yönelik bir zarar tehlikesi altında bırakmamakta, emrin konusunu oluşturan suç tipine uygun eylem üçüncü kişilere ait bireysel menfaatlere yöneldiğinde ise bireysel menfaatler emrin ifasının koruduğu kamusal menfaatlerle (yetkili idari merciin o emri verme yetkisinin dayanağı olan kamusal menfaatle) karşılaşmaktadır.

⁶⁶¹ Ceza tehdidi ile irade serbestisinin kalktığını kabul etmenin hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağı hakkında bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 57-58.

⁶⁶² Kanun maddesinde “tehlikenin ağırlığı ile konu ve araç arasında” orantının aranacağı ifade edilmektedir. Bu ifade, maddedeki “kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik tehlike” ifadesiyle bağlantılı olarak değerlendirildiğinde orantının dikkate alınacağı konunun tehlikeden korunmak amacıyla gerçekleştirilen eylemin ihlal ettiği hukuki menfaati işaret ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. Hafızoğulları/ Özen, s. 225; Korunan ve zarar verilen değerler arasında orantı bulunması gerektiği hakkında bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 412-413.

D. Cebir ve Tehditten Farkı

Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı bir cebir veya ağır ve muhakkak bir tehdidin etkisiyle hareket ederek suç işleyen kişilerin işledikleri suçtan dolayı cezalandırılmayacakları TCK'nin "cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit" başlıklı 28. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁶³. Çalışmamızda kısaca cebir ve tehdit olarak ifade edilen bu halde, kendisine yöneltilen cebir veya tehdidin etkisiyle suç işleyen kişinin ceza sorumluluğunun bulunmayacağı, suçun faili olarak cebir veya tehdidi uygulayan kişinin sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir⁶⁶⁴. Madde kapsamında cebir kişi üzerinde fiziksel bir kuvvet kullanımını gerektirirken, tehdit kişiye yöneltilen manevi bir baskıyı içermektedir⁶⁶⁵.

Cebir ve tehdit, yöneltildiği kişiyi bir eylemi suç kalıbına uygun olduğu halde gerçekleştirmek zorunda bırakması yönünden emrin ifası ile benzerlik göstermektedir. Bu çerçeveden bakıldığında, cebir kişi üzerinde fiziki güç kullanılarak bir davranışa zorlamayı içerdiği için somut olayda uygulanan cebrin emir olarak ortaya çıkması mümkün olmasa da, fiziki kuvvet uygulanmaksızın gerçekleştirilen tehdit ile emir arasındaki ayrımın azaldığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle tehdit ile emrin ifası kurumlarının koşulları ve sonuçları bakımından farklılıklarının belirlenmesi önemlidir. Tehdit kişinin gelecekte ağır ve haksız bir zarara uğratılacağından bahisle korkutularak suç kalıbına uygun bir davranışa mecbur bırakılmasını ifade etmektedir⁶⁶⁶. Tehdidin TCK m. 28 kapsamında kusurluluğu kaldırdığının kabul edilebilmesi için, tehdidin yöneltildiği menfaat ile tehdiye maruz kalan kişinin işlediği suçla ihlal edilen menfaat arasında bir orantının bulunması⁶⁶⁷, tehdidin yöneldiği menfaat üzerinde ağır ve muhakkak bir zarar tehlikesini içermesi, tehditle zorlanılan suçu işlemekten kurtulmanın mümkün

⁶⁶³ TCK m. 28: "(1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>

⁶⁶⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 591.

⁶⁶⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 410-411; Recep Gülşen, **Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007, s. 220; Öğretide bazı görüşler maddi ve manevi cebir ayrımını benimsemektedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 300; Özgür Küçüktaşdemir, **Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir (TCK m. 28)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012, s. 56, 62.

⁶⁶⁶ Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 312; Centel/Zafer/Çakmut, s. 430; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 591; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 410.

⁶⁶⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 464.

olmaması ve tehdide bilerek sebebiyet verilmemiş olması koşullarının varlığı aranır⁶⁶⁸. Emrin ifasında da yetkili merciin verdiği bağlayıcı emir kural olarak emri alan kişi için itaat yükümlülüğü doğurur ve emri alan kişi, bağlayıcı bir emir söz konusu olduğunda, emrin gereği olan davranış suç kalıbına uygun bir eylem oluştursa dahi o davranışı gerçekleştirmek mecburiyetindedir⁶⁶⁹. Bu doğrultuda her iki kurumda da suç kalıbına uygun eylemi gerçekleştirmek yönünde faile yöneltilen beyanın yarattığı mecburiyetin bulunduğu ifade edilebilir. İki kurum arasındaki bu benzerlik bazı hallerde hiyerarşik üstünün verdiği emre itaat eden kişinin durumunun tehdit altında bulunmak olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunu ortaya çıkarır. Bu noktada hiyerarşik üstünün verdiği bir emrin ifasında emri alan kişi bakımından aynı zamanda bir tehdidin de söz konusu olup olmadığı tartışılmıştır⁶⁷⁰.

İki kurum arasındaki ilk farklılık TCK m. 24 kapsamında emrin ifasının yalnızca kamusal hiyerarşik ilişkide ortaya çıkabileceği, tehdidin muhatabının ise kamu göreviyle bağlantılı olması koşulunun bulunmamasıdır. Bu doğrultuda, emrin ifasında failin içinde bulunduğu mecburiyet ve suç kalıbına uygun eylemi gerçekleştirmesi yönündeki zorlama dayanağını kanunda öngörülen itaat yükümlülüğünden alır. Tehditte ise tehdidin yöneltildiği kişinin suç oluşturan eylemi gerçekleştirmek zorunda kalması ileride haksız bir zarara uğrama tehlikesinden kaçınmak içindir⁶⁷¹. TCK m. 28 kapsamında tehdit haksız bir zarara uğratılma tehlikesini içerir⁶⁷². Bu nedenle kanunda öngörülen koşullar içerisinde bağlayıcı sayılan bir emre itaat yükümlülüğü altında olan kişi bakımından, emre karşı geldiği takdirde emre itaatsizlik suçu işlemiş olmaktan dolayı cezai yaptırıma tabi tutulacak olma ihtimali haksız olma özelliği taşımadığı için tehditten ayrılır. Hukuk devletinde bir davranışın kanuni yaptırıma tabi tutulmasının yarattığı caydırıcı etkinin tehdit olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hukuka aykırı olup bağlayıcı olmayan bir emrin verilmesi halinde ise emri alan kişi bakımından emre itaat etme yükümlülüğü bulunmadığı için emre itaat etmesi yönündeki herhangi bir baskı haksız olma özelliği taşıyacaktır. Bu ihtimalde emri veren yetkili merciin hiyerarşik olarak üst konumu ve buna bağlı olarak sahip olduğu yetkilerini emri alan kişi üzerinde kullanabilecek

⁶⁶⁸ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 313; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 595.

⁶⁶⁹ Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 46.

⁶⁷⁰ Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 46; Merle/ Vitu, s. 539.

⁶⁷¹ Gülşen, s. 221.

⁶⁷² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 430; Gülşen, s. 160.

olması emri alan kişi üzerinde bağlayıcı olmayan bir emre itaat etme yönünde haksız bir baskı oluşturabilecektir. Bu durumda da baskının tehdit kapsamında değerlendirilebilmesi için emri veren merciin hiyerarşik ilişkideki konumuna bağlı yetkilerinin emrin ifa edilmemesi halinde kötüye kullanılacağı veya ağır ve muhakkak bir zarara uğratılacağı bildirilmesi gerekir. Zira tehdidin kusurluluğu kaldırdığının kabul edilebilmesi için, gerçekleştirileceği bildirilen zararın muhakkak olması ve zarardan kurtulma imkanının bulunmaması aranır⁶⁷³. Bu durumda da emir ilişkisinin kanuni sınırlarının dışına çıkıldığı için artık eylem emrin ifası kapsamında ele alınamayacaktır.

Bu noktada emrin ifası ve tehdit arasındaki ayrımın belirlenmesinde tehdidin varlığı için aranan, kişinin başka türlü davranma imkanını ortadan kaldırması, zarara uğratılma tehlikesinden kaçınma imkanının bulunmaması koşuluna⁶⁷⁴ da değinmek gerekir. Tehdidin kusurluluğu kaldırdığını kabul edebilmek için, tehde maruz kalan kişinin suçu işlemeyen tehdidin etkisinden kurtulmasının mümkün olmaması, tehde karşı koyabilmek için yararlanabileceği bir hukuki veya fiili imkanın bulunmaması aranır⁶⁷⁵. Emrin ifasında, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle emre itaat etmekten kaçınmak isteyen kişinin başvurabileceği birtakım hukuki imkanların öngörülmesi olmasının emre itaatsizlik yaptırımının tehdit olarak değerlendirilmesini engellediği ifade edilmektedir⁶⁷⁶. Bu kapsamda emirlerin kanuna ve nizamla uygun olmasını öngören hükümler, kanuna ve nizama aykırı bir emri ifa eden askerin bu durumu daha sonra şikayet etme imkanını tanıyan hükümler (TSK İç Hizmet Yön. m. 33), mutlak itaatin söz konusu olduğu askeri ilişkideki emirlerin ifasında dahi emri alan kişilere bazı imkanların tanındığını göstermektedir⁶⁷⁷. Bununla birlikte somut olayda emri alan kişinin hukuka aykırı emri ifa ederek suç işlemesi yönündeki baskı, kanuni seçeneklere başvurusunu engelleyecek -diğer bir deyişle emir ilişkisinin kanuni sınırları dışına çıkan- ağır bir zarar tehlikesini içermekte ise artık emrin ifası değil, TCK m. 28 kapsamında tehdidin varlığı dikkate alınabilecektir⁶⁷⁸. Yukarıda da ifade

⁶⁷³ Zafer, Genel Hükümler, s. 464.

⁶⁷⁴ Zafer, Genel Hükümler, s. 464; Demirbaş, s. 447.

⁶⁷⁵ Gülşen, s. 162; Küçüktaşdemir, s. 98-99.

⁶⁷⁶ Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 47.

⁶⁷⁷ Bu kapsamda kanun hükümleri ve örnekler için ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 47.

⁶⁷⁸ Bu hususta, bir askere sivilleri öldürme emrini yerine getirmemesi halinde kendisinin öldürüleceğinin bildirilmesi tehdit hükmünün uygulanabileceği bir örnek olarak verilmiştir. Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 49; Emri alan kişinin emrin hukuka aykırı olduğunu söyleyemeyeceği veya

edildiği üzere, emre itaat yükümlülüğünün yarattığı mecburiyetin sınırları hukuk normlarıyla belirlenmiştir.

III. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yetkili merciin emrini ifa TCK’de “*ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan haller*” başlıklı bölümde düzenlenmiş olup, bu başlık altında herhangi bir tasnif ve niteleme yapılmaksızın öğretide hukuka uygunluk nedeni, kusurluluğu etkileyen neden veya mazeret nedeni olarak adlandırılan çeşitli kurumlara bir arada yer verilmiştir⁶⁷⁹. TCK hazırlığında görev alan Adalet Komisyonu’nun raporunda bu başlık altında yer alan kurumların hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu ve öğreti için bağlayıcı olmamak amacıyla yalnızca bunların sonuçları dikkate alınarak bir isimlendirme yapıldığı ifade edilmiş, bu başlıktaki kurumların hukuki nitelemeleri açıkça belirlenmeyerek öğretiye bırakılmıştır⁶⁸⁰.

Öğretide gerek TCK’de yer alan hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğa etki eden nedenlerin tasnifine gerekse bu hukuki nitelemelerin tanımına ve hukuki sonuçlarına ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Yetkili merciin emrini ifa kurumu da bu kapsamda hukuki niteliği tartışılan ve üzerinde görüş birliğine ulaşılamamış konulardan biri olup, yetkili merciin emrini ifanın suç genel teorisindeki yerinin ve hukuki sonuçlarının belirlenebilmesinde hukuki niteliğinin tespiti önem arz etmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde, yetkili merciin emrini ifanın hukuki niteliğine ilişkin görüşlerin açıklanmasına hizmet edeceği düşüncesiyle, öncelikle hukuka uygunluk nedeni, kusurluluğa etki eden neden ve mazeret nedeni kavramlarının

söylenmesinin beklenemeyeceği bir durum söz konusu olduğunda TCK m. 28 kapsamında tehdidin koşullarına bakılarak hareket edilebileceği yönünde bkz. Özen, s. 671.

⁶⁷⁹ Düzenleme şekline yönelik eleştiriler için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 281; TCK’de yer alan hukuka aykırılık nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller arasındaki ayrımı belirleyecek şekilde “hukuka aykırı değildir” veya “kusurlu hareket etmiş olmaz” gibi terimlere yer verilmesinin uygun olacağı hususunda bkz. Elvan Keçelioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2021, ss. 299-321, s. 320.

⁶⁸⁰ TBMM Adalet Komisyonu Raporu 08.03.2004, Esas No. 1/593, Karar No. 60 için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm> (Erişim Tarihi: 03.07.2021); Keçelioğlu, s. 300.

içeriği ve hukuki sonuçlarına ilişkin genel bilgiler verilmiş, devamında yetkili merciin emrini ifa kurumunun hukuki niteliğine ilişkin öğretilerdeki görüşler ele alınmıştır.

A. Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk İle İlgili Genel Bilgiler

1. Hukuka Aykırılık Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenleri

a. Hukuka Aykırılık Kavramı ve Kapsamı

Hukuka aykırılık, kanuni tanıma uygun, diğer bir ifadeyle tipik bir eylemin hukuk düzeni ile çatışması, hukuk düzenince o eyleme cevaz verilmemesidir⁶⁸¹. Hukuk düzeniyle çatışma, eylemin hukuk düzeninin emir ve yasak normlarıyla koruduğu hak ve menfaatlara karşı gelmesinden kaynaklanır. Bu bağlamda hukuka aykırılık hukukun koruduğu hak ve menfaatlara yönelik bir saldırı veya ihlali içerir⁶⁸².

Ceza hukukunda eylemin hukuka aykırılığını yalnızca ceza normuna aykırılık olarak dar kapsamda açıklayan ve eylemin tüm hukuk düzenine aykırılığı olarak geniş kapsamda tarif eden iki farklı yaklaşım bulunmaktadır⁶⁸³. Günümüzde farklı görüşte olan yazarlar bulunmaktaysa da ağırlıklı görüş, hukuka aykırılığı geniş anlamda tanımlamakta ve eylemin ceza normunun yanı sıra tüm hukuk düzenine aykırılığını ifade eden bağımsız bir unsur olarak kabul etmektedir⁶⁸⁴. Hukuk düzeni, kamuya veya bireylere ait hak ve menfaatleri korumak amacıyla norm ihdas etmekte, her normun koruma biçimi ait olduğu hukuk alanına göre değişmektedir. Ancak koruma biçimi ne olursa olsun hukuka aykırılık her hukuk dalı için aynıdır. Çünkü

⁶⁸¹ Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 1-2; Cadoppi/Veneziani, s. 270.

⁶⁸² Önder, s. 213; Hukuken korunan menfaatleri ihlal eden eylemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin olarak bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 296.

⁶⁸³ Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 108-110; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 8-9.

⁶⁸⁴ Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 302; Kunter, s. 112; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 9-10; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 358; Zafer, Genel Hükümler, s. 374.

hukuk düzeni tektir ve bir bütünlük arz eder. Hukukun bütünlüğü nedeniyle hukuka aykırılık eylemin tüm hukuk düzeni ile çatışması olarak anlaşılır⁶⁸⁵. Hukuk düzeninin tüm farklı alanlarıyla bir bütün oluşturmasının bir sonucu olarak aynı hukuk düzeninin bir alanında hukuka aykırı kabul edilerek yaptırıma bağlanan bir eylemin, diğer alanında hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir⁶⁸⁶. Bu durum “hukukun çelişmezliği” ilkesinin de bir gereğidir⁶⁸⁷. Buradan yola çıkılarak bir eylemin hukuka aykırılığının iki koşulda gerçekleşeceğini kabul etmek mümkündür. Koşullardan ilki eylemin hukuk düzeniyle çatışması, ikincisi bu çatışmayı gideren - diğer bir deyişle eyleme izin veren- başka bir normun bulunmamasıdır⁶⁸⁸. Hukuk düzeninin yasakladığı bir eyleme izin veren veya o eylemi emreden bu normlar hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırılır⁶⁸⁹. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde eylemin hukuk düzeniyle çatışması ortadan kalkacağı için eylem hukuka uygun olarak ortaya çıkar⁶⁹⁰.

Hukuka aykırılığın fiilin hukuk düzeni ile çatışması olarak tarif edilmesinin diğer bir sonucu olarak çatışılan hukuk düzeninden neyin anlaşılması gerektiği de ayrıca ele alınmıştır⁶⁹¹. Bu doğrultuda hukuka aykırılık bir yandan maddi yönüyle hukukun koruduğu bir hak veya menfaate aykırılık olarak, diğer yandan şekli yönüyle hukuk düzeninin bir normuna aykırılık olarak iki farklı yönden tanımlanmıştır⁶⁹². Diğer bir deyişle, şekli yaklaşım hukuk düzenini hukuk normları olarak açıklarken, maddi yaklaşım bir norma bağlı kılınmış olmasa da hukukun koruduğu menfaatlerin tamamını kapsayacak şekilde anlar. Bu doğrultuda şekli yönden ele alındığında ceza hukukunda hukuka aykırılık ceza normunun ihlali, diğer bir ifadeyle fiilin suç kalıbına uygunluğu olarak anlaşılmaktadır. Maddi yönden bakıldığında ise fiilin ceza normuna uygun olmasının yanı sıra ceza normunun

⁶⁸⁵ Önder, s. 220; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 297.

⁶⁸⁶ Önder, s. 220; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 9; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 297.

⁶⁸⁷ Bkz. Provolo, Esecuzione Dell’Ordine, s. 26; Fiore/ Fiore, s. 329; Ayrıca, biçimsel olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin büyük kısmının çelişmezlik ilkesiyle temellendirilebileceği hakkında bkz. Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 282; Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki-mantıki esasının hukuk düzeninin çelişmezliğine dayandığı yönünde bkz. Mantovani, s. 240.

⁶⁸⁸ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 10; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 297; Suçun varlığı için bunu düzenleyen bir kuralın bulunması ve bu kuralı suç olmaktan çıkaran başka bir kuralın olmaması gerekir. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 358.

⁶⁸⁹ Mantovani, s. 239.

⁶⁹⁰ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 9; “Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler” kavramıyla da ifade edilmektedir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 297, 308.

⁶⁹¹ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003, s. 36.

⁶⁹² Soyaslan, Genel Hükümler, s. 360.

koruduğu menfaati, normun amacı ve ruhunu ihlal edip etmediği de dikkate alınır⁶⁹³. Bu doğrultuda iki yaklaşım arasında hukuka aykırılığın (ve hukuka uygunluk nedenlerinin) kaynağının ne olduğu ve ne olabileceği konusunda da farklılık doğmaktadır. Hukuka aykırılığı maddi yönüyle tanımlayan yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin kanun normunda düzenlenmemiş olsa da normun koruduğu menfaatten çıkarılabileceğini, şekli yönüyle tanımlayan yazarlar normda yer verilmeyen bir hukuka uygunluk nedeni olamayacağını ileri sürmektedirler⁶⁹⁴. Kanun normunda yer alanların dışında hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını kabul eden maddi hukuka uygunluk görüşü çerçevesinde, bunların tespit edilebilmesi için meşru amaç için meşru araç, eylemin toplumsal uygunluğu ve menfaatler dengesi gibi bazı ölçütler geliştirilmiştir⁶⁹⁵.

b. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Ceza normları, hukuki menfaatleri ihlal eden eylemleri bir suç kalıbı içerisinde tarif edip yaptırıma bağlayarak yasaklar. Dolayısıyla bir eylemin ceza normunda yaptırıma bağlanarak yasaklanmış olması, kural olarak o eylemin, bir hukuki menfaati ihlal ettiğini, diğer bir deyişle hukuka aykırı olduğunu gösterir⁶⁹⁶. Ancak hukuk düzeninde yasak normların yanı sıra izin veren veya emreden normlar da bulunur ve bu normlar bazen bir ceza normunda yasaklandığı tarif edilen eylemin yapılmasına belirli koşullarda izin verir veya yapılmasını emreder. Çünkü hukuk düzeninde bazı eylemlerin yapılmasını yasaklamak dışında, bazı eylemlerin yapılmasıyla da hukuki menfaatlerin korunması için yetki verilebilir⁶⁹⁷. Bu durumda hukuk düzeni bir normda getirilen yasağın, başka bir normda belirli koşullar altında geçersiz hale geleceğini, yasak normun uygulanamayacağını göstermiş olur⁶⁹⁸. Dolayısıyla kural olarak ceza normunda yasaklanarak hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir eylem istisnaen başka bir normda gösterilen koşullarda hukuka uygun hale getirilmiş olabilmektedir. Bu normlar hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırılır.

⁶⁹³ Zafer, Genel Hükümler, s. 376; Centel/Zafer/ Çakmut, s. 299.

⁶⁹⁴ Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 11; Katoğlu, s. 37.

⁶⁹⁵ Ölçütlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Katoğlu, s. 55; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 12-15.

⁶⁹⁶ Fiore/ Fiore, s. 329.

⁶⁹⁷ Önder, s. 219-220.

⁶⁹⁸ Bu durum ceza normundaki yasağın değiştiği veya sınırlandırıldığı anlamına gelmemekte, yalnızca belirli koşullar altında uygulanamayacağını göstermektedir. Fiore/Fiore, s. 329.

Bu doğrultuda, ceza normu veya suç kalıbıyla hukuka uygunluk nedenleri arasında kural-istisna ilişkisi bulunur. Kural yasaklanan eylemi yerine getirmeme, yani ceza normundaki yasağa uymadır. Bu nedenle fiilin suç kalıbına uygunluğu hukuka aykırılığına karinedir⁶⁹⁹.

Açıklamalardan yola çıkılarak hukuka uygunluk nedenleri bir fiilin yapılmasına ya bir hak veya yetki veren ya da yapılmasını emreden normlar olarak ifade edilebilir⁷⁰⁰. Hukuka uygunluk nedenleri ceza normunda yasaklanan bir eylemin bazı özel durumlarda gerçekleşmesi halinde eyleme izin veren veya onu emreden bir norm bulunduğu için suç oluşturmamasını sağlar ve bu yolla soyut suç kalıbına uygun olmasına rağmen bir eylemi hukuken meşru hale getirir⁷⁰¹. Somut olayda suç oluşturan eylemin gerçekleştirilmesi sırasında bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde, suç oluşturan eylem ile bir yandan suçu düzenleyen ceza normunun koruduğu hukuki menfaat ihlal edilmiş olurken, diğer yandan hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normun koruduğu menfaate uygun davranılmış olur⁷⁰². Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı bir norm çatışması halini ifade eder⁷⁰³. Fiili yasaklayan ceza normu ile fiile izin veren norm arasındaki bu çatışmanın temeli her iki normun koruduğu hukuki menfaatlerin ayrı ayrı korunması ihtiyacına dayanır. Bu çatışmanın çözümlenmesi de somut olayda hangi hukuki menfaatin öncelikli olarak korunması gerektiğine, diğer bir ifadeyle hangi hukuki menfaatin daha ağır bastığına göre belirlenir. Kanun koyucu hukuka uygunluk nedenlerinin korudukları hukuki menfaatlerin üstünlüğü nedeniyle somut olayda suç oluşturan fiillerin gerçekleştirilmesine izin vermektedir⁷⁰⁴. Bir hukuka uygunluk

⁶⁹⁹ Önder, s. 220; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 278; Suç kalıbıyla çakışan eylemin hukuka aykırı olduğu karinesi çürütülebilir bir karine olup, karinenin çürütülebilmesi için hukuk düzenince eyleme izin veren bir nedenin varlığı gerekir. Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/ Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 45, Mayıs 2010, ss. 87-104, s. 87.

⁷⁰⁰ Hukuka uygunluk nedenlerinin kişiye bir eylemi gerçekleştirmesi konusunda hak, yetki veya hareketi yapma zorunluluğu getirdiği hususunda bkz. Önder, s. 217.

⁷⁰¹ Riccardo Mazzon, **Le Cause di Giustificazione**, Padova: CEDAM, 2006, s. 1.

⁷⁰² Zafer, Genel Hükümler, s. 374.

⁷⁰³ Fiore/ Fiore, s. 329; Hukuka uygunluk nedenlerinin çatışma normu olduğu, izin veren normun yasak normuna göre uygulanma önceliği olduğu hakkında bkz. Neslihan Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, ss. 7-30, s. 29, dn. 67.

⁷⁰⁴ Bu durumda genel yasak norm uygulanmaz ve koruduğu menfaatin ihlaline izin verilir. Albin Eser, “Justification and Excuse”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 24, 1976, ss. 621-637, s. 629. <https://freidok.uni-freiburg.de/fedora/objects/freidok:3765/datastreams/FILE1/content> (Erişim Tarihi: 09.12.2021)

nedeninin bulunması suçla korunan hukuki menfaatin ihlal edilmediği anlamına gelmemekte, yalnızca hukuk düzeninin bu ihlale izin verdiğini göstermektedir⁷⁰⁵.

Hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda objektif olarak bulunmalarının yeterli olup olmadığı, eylemin hukuka uygunluk nedeni kapsamında gerçekleştiğinin fail tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği konusu da hukuka uygunluk nedenlerinin suça etkisi çerçevesinde tartışılmış bir konudur⁷⁰⁶. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının etki doğurması için yeterli olduğu görüşü objektif, etki doğurduğunun kabul edilebilmesi için failin hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmesi gerektiğini esas alan görüş ise subjektif yaklaşımı benimser⁷⁰⁷. Subjektif yaklaşıma göre hukuka uygunluk nedeninin koşullarının oluşması eylemin hukuka aykırılığına etki etmesi için yeterli olmayıp, failin suç kalıbına uygun eylemini gerçekleştirirken hukuk düzeninin koruduğu bir hak veya menfaati koruma düşüncesiyle hareket ediyor olması da aranmalıdır⁷⁰⁸. Türk hukukunda kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin yapısı dikkate alındığında objektif yaklaşımın benimsendiğini kabul etmek mümkündür⁷⁰⁹.

Hukukun bütünlüğü ilkesi doğrultusunda ve geniş anlamda hukuka aykırılığı kabul eden görüşe uygun olarak hukuka uygunluk nedenlerini oluşturan izin normlarının hukuk düzeninin tüm alanlarından çıkarılabileceği⁷¹⁰, diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedenlerinin ceza hukuku normlarından ibaret olmadığı kabul edilmektedir⁷¹¹. Bu doğrultuda hukuka uygunluk nedenleri ceza hukukunun dışındaki diğer alanlara ait yazılı veya yazılı olmayan hukuk kaynaklarından da çıkarılabilmekte, her biri aynı hukuki etkiyi yaratmaktadır. Ancak kaynaklarının farklı olması nedeniyle hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma koşulları ve özellikleri farklılaşabildiği için hukuka uygunluk nedenlerinin ortak bir esasının

⁷⁰⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 375.

⁷⁰⁶ Kunter, s. 142-143.

⁷⁰⁷ Demirbaş, s. 288-289; Selman Dursun/ Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHF**, Cilt: IXXIII, Sayı: 1, 2015, ss. 63-90, s. 65, 82.

⁷⁰⁸ Demirbaş, s. 289.

⁷⁰⁹ Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 203; Aynı yönde bkz. Demirbaş, s. 289, 290; Baskın görüşün objektif yaklaşımı kabul etmesine rağmen subjektif yaklaşımı esas alan görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 282; Objektif yaklaşımın özellikle mülga TCK döneminde hakim olduğu hakkında bkz. Dursun/ Bozbayındır, s. 82,84.

⁷¹⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 297; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 279-280.

⁷¹¹ Hukuka aykırılığı kaldıran nedenlerin girdiği hukuk alanının ceza hukuku olmamasının önemi bulunmadığı hakkında bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 10.

(*ratio*) bulunup bulunmadığı sorusu ayrıca tartışılmıştır⁷¹². Bu kapsamda hukuka uygunluk nedenlerini tek esasa bağlayarak açıklayan görüşler tarafından esası, hukuka uygun bir amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan aracın uygun olması, yararın zarara ağır basması, çatışan menfaatlerin dengelenmesi gibi özellikler çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır⁷¹³. Öğretide hukuka uygunluk nedenlerini tek esasa bağlama teorisi başarıya ulaşamamış, ağırlıklı olarak her hukuka uygunluk nedeninin kendi esasını ayrı ele alan teoriler ile hukuka uygunluk nedenlerini birden fazla ortak esas çerçevesinde gruplandırarak açıklayan teoriler geliştirilmiştir⁷¹⁴. Hukuka uygunluk nedenlerini birden fazla esasa dayandırarak açıklayan görüşlerden baskın yaklaşıma göre, hukuka uygunluk nedenlerinin esasının menfaatler arası dengeye dayandırıldığı, bu kapsamda bazı hukuka uygunluk nedenlerinin korunan menfaatin bulunmaması, menfaatin üstün gelmesi ve menfaatlerin eşit olması olmak üzere üç ölçütle açıklanabileceği ifade edilmiştir⁷¹⁵.

Türk ceza hukukunda hukuka uygunluk nedenleri TCK’de “*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler*” başlığı altında yer alan 24 ila 26. maddeler arasında “hukuka uygunluk nedenleri” olarak ayrı başlık altında adlandırılmaksızın düzenlenmiştir. Bununla birlikte CMK m. 223/2-d’de düzenlenen beraat kararı verilecek haller arasında “*yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması*”na yer verilerek “hukuka uygunluk nedenleri” kavramı kullanılmıştır⁷¹⁶.

⁷¹² Cadoppi/ Veneziani, s. 272; Önder, s. 226-227.

⁷¹³ Cadoppi/ Veneziani, s. 339; diğer görüşler için bkz. Önder, s. 227.

⁷¹⁴ Önder, s. 227; Eser, s. 629-630; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 361-362.

⁷¹⁵ Bu yaklaşıma göre ilgilinin rızası gibi hak sahibinin tasarrufu nedeniyle korunması gereken menfaatin bulunmamasına; hakkın kullanılması, görevin ifası, meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerinde hukuki menfaatlerden birinin üstünlüğüne, zorunluluk halinde ise menfaatlerin eşitliğine dayandırıldığı ifade edilmiştir. Bkz. Mantovani, s. 239; Ayrıca bkz. Hafızogulları/ Özen, s. 211.

⁷¹⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 374-375.

2. Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

a. Kusur ve Kusurluluk Kavramları

Çağdaş ceza hukukunda faile yalnızca kusuru bulunduğu sürece ve kusuru ölçüsünde ceza verilmesi düşüncesine dayanan kusur ilkesi benimsenmiştir⁷¹⁷. Kusur ilkesinin sonucu olarak faili eyleminden ötürü cezalandırabilmek için kusurunun bulunmasının zorunlu olduğunun kabul edilmesiyle birlikte ceza hukuku öğretisinde kusur kavramının içeriği ve suçun yapısındaki yeri konusunda zaman içerisinde çeşitli görüşler geliştirilmiştir. Kusurluluğun yapısını ve cezalandırmaya etkisini açıklayan iki ana yaklaşım bulunmaktadır⁷¹⁸. Bunlardan ilki 19. yy.'da ortaya çıkan klasik okulun irade özgürlüğüne dayanan suç teorisini tamamlayacak şekilde geliştirilen psikolojik teoridir⁷¹⁹. Psikolojik teori kusuru failin eylemle arasındaki sübjektif bağlantı olarak açıklar ve suçun manevi unsurunu oluşturan kast ile taksiri kusur çeşitleri olarak kabul eder⁷²⁰. Bu nedenle klasik yaklaşımda suçun manevi unsuru kusurluluk ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır⁷²¹. Psikolojik teori ve klasik okulun etkisiyle ceza hukukunda kusur kavramı uzun yıllar kişinin özgür iradesiyle haksız davranışı seçmiş olması olarak açıklanmış ve irade serbestisinin varlığı kusurun bir ön koşulu olarak görülmüştür⁷²². Bu nedenle kusur yeteneğini kaldıran hallerde failin kusurunun bulunamayacağı, kusurlu davranamayacağı kabul edilmiştir⁷²³.

Yirminci yüzyılın başında ise psikolojik kusur anlayışına karşı çıkan normatif teori ortaya çıkmıştır. Normatif teoriye göre kusur failin iradesinin haksız veya yanlış eylemi seçmeye yönelmesini anlatan psikolojik bir kavram değil, failin normda yasaklanan eylemi gerçekleştirmeye yönelen iradesini içeren normatif bir

⁷¹⁷ Önder, s. 268; “Kusursuz ceza olmaz” ilkesi olarak da ifade edilmektedir. Zafer, Genel Hükümler, s. 441; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 362.

⁷¹⁸ Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 362.

⁷¹⁹ Bkz. Hamide Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı –Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009/2, İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları, ss. 151-194, s. 160.

⁷²⁰ Centel/Zafer/ Çakmut, s. 363.

⁷²¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 571.

⁷²² Bu görüş çerçevesinde kişinin cezalandırılabilmesi için kusurlu, kusurlu sayılması için irade serbestisine sahip olmasının gerektiği hakkında bkz. Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı...”, s. 159;

⁷²³ Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı...”, s. 161; Bu anlayışa göre failin kusur yeteneğine sahip olmaması halinde kastından veya taksirinden de söz edilemez. Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

kavramdır⁷²⁴. Normatif kusur anlayışına göre kusurluluk failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlık, diğer bir ifadeyle ceza normuna aykırı davranışı nedeniyle kınanabilmesini ifade etmektedir⁷²⁵. Bu doğrultuda kusurluluk failin ceza normuna aykırı davranışı gerçekleştirme şekli olan kast veya taksirini değil, bu kast veya taksirle gerçekleştirilen hukuka aykırı davranıştan dolayı cezayı hak edip etmediği, kınanabilirliği konusundaki değer yargısıdır⁷²⁶. Buradaki değer yargısı, failin cezayı hak etmediği veya kınanamayacağı hallerin kanun koyucu tarafından gösterilmiş olması nedeniyle normatiftir⁷²⁷. Bahsi geçen haller haksızlık içeriğinin zayıflığı veya cezanın işlevini yerine getirmesinin mümkün olmaması nedeniyle failin kınanamayacağını, cezayı hak etmediğini ya da daha az cezayı hak ettiğini göstermektedir⁷²⁸. Bu doğrultuda kusurluluk suçun oluşumuna değil, suç nedeniyle failin cezalandırılmasına etki eder. Dolayısıyla kusurluluğun ve faile ceza verilmesinin gerekli olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suçun varlığı aranır. Suçun unsurları oluşuktan sonra ortaya çıkan suçtan ötürü failin kınanabilmesinin mümkün olup olmadığı araştırılabilir⁷²⁹. Suçun unsurları ve suçun kasıtlı veya taksirli şekilde gerçekleştirilme şekli üzerinden kusurluluk tayin edilir. Bu yönüyle normatif teoride de kusurluluk ve suçun unsurları arasında bağlantı bulunur⁷³⁰.

Türk ceza hukuku öğretisinde benimsenen kusur anlayışları değişiklik göstermekte; kusur, kusurluluk, manevi unsur, isnat edilebilirlik gibi kavramlar farklı görüşler içerisinde farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu nedenle öğretilerde yer alan görüşlerin tamamına yer vermek mümkün olmamakla birlikte genel hatlarıyla klasik ve normatif anlayışı benimseyen yaklaşım farkına değinmek yerinde olacaktır. Bu kapsamda, klasik görüşü benimseyen yazarlar kusur yeteneğinin kast ve taksir olmak üzere iki çeşitten oluşan kusurluluğun bir ön koşulu olduğunu ve bu doğrultuda kusur yeteneğini kaldıran hallerde kast ve taksirin bulunmadığını kabul

⁷²⁴ Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı...”, s. 163; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 363.

⁷²⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 571, 573.

⁷²⁶ Kast ve taksirin kusurluluk şekli olmadığı haksızlığın gerçekleştirilme şekli olduğu hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 446, Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 573; Zafer, Genel Hükümler, s. 442.

⁷²⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 441.

⁷²⁸ Zafer, Genel Hükümler, s. 442-443; Normatif teoride yaptırımın gerekliliğinin dikkate alınmasıyla ilgili olarak bkz. Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı...”, s. 163-164.

⁷²⁹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 573.

⁷³⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 358; Kusurluluk ile manevi unsur arasındaki bağlantı hakkında ayrıca bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 573; Zafer, Genel Hükümler, s. 442.

etmektedir⁷³¹. Bununla birlikte klasik görüşü benimseyen bazı yazarlar kastı psikolojik görüş çerçevesinde ele almakta iken taksiri normatif görüşle açıklama yoluna gitmektedir⁷³². Normatif kusur teorisini benimseyen görüş ise, genel olarak kusurluluğu kast ve taksirin dışında ele almakta, kusur yeteneğini kast veya taksirin varlığı için bir ön koşul olarak görmemektedir. Bu görüşü benimseyen yazarlar kast ve taksiri manevi (sübjektif) unsurun parçası olarak, kusurluluğu ise kast veya taksirle gerçekleştirilen -diğer bir ifadeyle manevi unsuru bulunan tipik- eylemin kınanabilirliği veya cezalandırılabilirliği konusundaki değer yargısı olarak ele almaktadır⁷³³.

Bu noktada belirtmek gerekir ki kusurluluğun normatif bir değer yargısı olarak kabul edilmesi hukuka aykırılık gibi objektif bir değerlendirmenin⁷³⁴ varlığı anlamına gelmemektedir. Kusurluluk failin eyleminden ötürü kınanabilmesiyle ilgili bir değer yargısı içermesi nedeniyle sübjektiftir. Bu yönüyle eylemin hukuk düzeniyle çatışmasını ifade eden hukuka aykırılık unsurundan ayrılır⁷³⁵. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, kusurluluk yargısının hukuka aykırılık unsuru ile bağlantısı bulunmaktadır. Kusurluluk failin hukuka aykırı bir eylemi gerçekleştirme yönündeki iradesinin kusurlu olmasına ve bunun kınanabilir olup olmadığına ilişkindir. Dolayısıyla bir eylem hukuka aykırı olarak kabul edildiği için o eyleme yönelen iradeye kusur atfedilebilmekte ve kusurluluk değerlendirilebilmektedir⁷³⁶.

⁷³¹ Zafer, Genel Hükümler, s. 443.

⁷³² Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 364, dn. 22; Bu yönde bkz. İçel, s. 420-421.

⁷³³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 392; Özgenç, Genel Hükümler, s. 233; Kast ve taksirin çifte fonksiyonu düşüncesini benimseyerek kusurlulukla bağlantı kuran görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 255; Kanun koyucunun kast ve taksirle kusur arasındaki bağlantıyı tamamen koparmadığı yönünde bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 305.

⁷³⁴ Kusurluluğu kaldıran nedenlerden (*cause de non-culpabilité*) farklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinde failin zihinsel durumu ile ilgili bir değerlendirme yapılmamakta, hukuka uygunluğun objektif koşullarının oluşmuş olması yeterli görülmektedir. Merle/ Vitu, s. 531.

⁷³⁵ Hukuka aykırılığın aksine kusurluluğun sübjektif nitelikte olduğu hakkında bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 365.

⁷³⁶ Kusurlu iradenin hukuka aykırı neticeye yönelik irade olduğu hakkında bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 365; Kusurluluğun hukuka aykırı eylemden dolayı kınanabilirlik olarak anlaşılacağı hakkında bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 358.

b. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler ve Mazeret Nedenleri

Kusurluluğun tespiti failin suça yönelik iradesinin olduğu şartların değerlendirilerek failin kınanabilirliği ve eylemin cezayı hak edip etmediğiyle ilgili bir yargı oluşturulmasına hizmet eder⁷³⁷. Kanun koyucu bazı durumların failin ceza normunu ihlal etme iradesinin ortaya çıkışında ve bu iradenin eyleme dönüşmesinde etkili olduğunu öngörerek, failin algılama ve irade etme yeteneği üzerindeki bu etki nedeniyle⁷³⁸ fail her ne kadar suç işlemiş olsa da cezayı hak etmediği veya daha az cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir. Kanun koyucunun hangi durumlarda failin işlemiş olduğu bir suçtan dolayı kınanamayacağını veya daha az kınanabilir olduğunu gösterdiği bu normlar kusurluluğu etkileyen nedenleri oluşturur. Kural olarak herkesin kusur yeteneğinin bulunduğu ve herkese kusurluluk atfedilebileceği kabul edilerek kanunda kusur yeteneğine sahip olunan haller değil, kusur yeteneğini kaldıran veya geniş anlamda kusurluluk atfedilemeyecek haller gösterilir⁷³⁹.

Yukarıda değinildiği üzere TCK sistematğinde kusurluluğu etkileyen haller ayrı bir başlık altında yer almamakta, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller” başlığı altında yer verilen hükümlerde hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenler bir arada düzenlenmektedir. Bu başlıkta düzenlenen kurumların hangilerinin kusurluluğu etkileyen hal olduğu, kusurluluğu etkileyen hallerin çeşitleri ve özelliklerinin nasıl tasnif edildiği öğretideki görüşler çerçevesinde değişiklik göstermektedir. Öğretide kusurluluğu etkileyen haller kusurluluk üzerindeki etkisine göre, kusurluluğu kaldıran veya kusurluluğu azaltan haller olmak üzere iki alt başlık halinde açıklanabilmektedir⁷⁴⁰. Bu ayrımın yanı sıra öğretide diğer bir ayrım kusur yeteneğini etkileyen ve kusurluluğu etkileyen haller olarak başlıklandırılmaktadır⁷⁴¹.

Öğretide, ağırlıklı olmasa da, bazı görüşler kusurluluğa etki eden nedenlerle birlikte “mazeret nedenleri” veya “mazeret sebepleri” adlı bir kategoriye de yer

⁷³⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 444; Zafer, Genel Hükümler, s. 442; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 570.

⁷³⁸ Kusurluluğu etkileyen nedenler failin algılama ve irade etme yeteneği üzerinde etki eder. Zafer, Genel Hükümler, s. 442.

⁷³⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 405.

⁷⁴⁰ Bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 575; Zafer, Genel Hükümler, s. 448, 467.

⁷⁴¹ Bkz. Centel/Zafer/ Çakmut, s. 405, 428; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 362, 381.

vermektedir⁷⁴². Bu kapsamda ceza hukukunda mazeret nedenleri bazı yazarlarca kusurluluğu kaldıran nedenlerin dışında cezayı engelleyen neden olarak, bazı yazarlarca hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusurluluğu kaldıran nedenleri içerecek bir kavram olarak, bazı yazarlarca kusurluluğu etkileyen nedenler üst başlığı altında kusurluluğu kaldıran nedenlerden ayrı bir kavram olarak tasnif ederek açıklanmaktadır⁷⁴³.

Mazeret nedenlerinin varlığı halinde faile ceza verilememesinin temeli genel olarak failin içinde bulunduğu koşullarda kendisinden hukuka uygun davranmasının beklenememesine dayandırılmaktadır⁷⁴⁴. Diğer bir ifadeyle mazeret nedeninin varlığı halinde, fail suç oluşturan eylemi gerçekleştirmek dışında bir seçeneği bulunmadığı, eylemi gerçekleştirmekten kaçınması somut olayın koşullarında kendisinden bekenemeyeceği için hukuk düzeni tarafından mazur görülür. Mazeret nedenlerini açıklayan bu temel düşüncedeki istenemezlik veya beklenemezlik kavramının içeriğinin belirsizliği, öğretide bazı gerekçelerle desteklenerek açıklanmaya çalışılmıştır⁷⁴⁵. Bu doğrultuda, kusurluluğu etkileyen diğer nedenlerden farklı olarak mazeret nedenlerinde yalnızca eylemin kusur içeriğinde değil aynı zamanda haksızlık içeriğinde de bir azalma olduğu için eylemin cezayı hak etmediği görüşü ileri sürülmüştür. Mazeret nedenlerinin varlığı halinde hem failin içinde bulunduğu istisnai koşulların üzerinde yarattığı psikolojik baskının etkisi hem de eylemin ardında kendini savunma, korunma veya yükümlülüğünü ifa etme gibi amaçların bulunuyor olmasındaki “haklılık” dikkate alınır. Diğer bir ifadeyle bu yaklaşıma göre, mazeret nedenlerinde failin eyleminin ardındaki saik kusurluluğu ve haksızlık

⁷⁴² Murat Volkan Dülger, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Nisan 2014, ss. 121-180, s. 130-131.

⁷⁴³ Mazeret nedenlerinin öğretideki farklı tanımları ve tasnif şekline yönelik görüşler için bkz. Serkan Meraklı, “Mazeret Sebeplerinin TCK Bakımından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 12, Yıl: 5, Nisan 2010, ss. 261-302, s. 263-264.

⁷⁴⁴ Meraklı, s. 299; Öğretide ağırlıklı olarak mazeret nedenlerinin (*scusanti*) temelini failin kanuna uygun davranmasının kendisinden beklenememesini ifade eden “beklenemezlik” (*inesigibilità*) ilkesinin bulunduğu ifade edilmektedir. Provolo, Esecuzione Dell’Ordine, s. 102-103; Failin içinde bulunduğu durumdan başka türlü davranmasının kendisinden beklenememesini veya istenememesini karşılayan ilke “istenemezlik” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Zeki Hafızogulları, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/ Inesigibilità)”, **AÜHFD**, Cilt: 57, Sayı: 3, Yıl: 2008, ss. 337-369, s. 338-339.

⁷⁴⁵ Bu kapsamda suç politikasının gerektirmesi, cezanın önleme amacının varlığının da dikkate alınması gibi yaklaşımlar hakkında bkz. Hale Akdağ, **Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 204-205; Bu konuda çeşitli görüşler için ayrıca bkz. Meraklı, s. 265-269.

içeriğini azaltan iki yönlü bir etkide bulunur⁷⁴⁶. Mazeret nedenlerinin varlığı halinde bu iki etki bir arada dikkate alındığı için kusurluluğa etki eden diğer nedenlerden farklı olarak mazeret nedenlerinde faile ceza verilmemesinin dayanağını eylemin haksızlık içeriğindeki azalmanın varlığı ve bu durumda faile ceza verilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesi oluşturmaktadır⁷⁴⁷. Bununla birlikte öğretide bir görüş tarafından mazeret nedenlerinin varlığı halinde ceza verilmemesinin nedeni kanun koyucunun ceza siyaseti bakımından ceza verilmemesini veya az ceza verilmesini öngörmüş olmasıyla açıklanmakta, mazeret nedenleri hukuka aykırılığı veya kusurluluğu değil yalnızca cezalandırmayı etkileyen durumlar olarak açıklanmaktadır⁷⁴⁸.

Hukuka uygunluk nedenlerinde tipik eyleme ceza verilmemesinin nedeni eylemin objektif olarak haksızlık içeriğinin bulunmamasıyken mazeret nedenlerinde ceza verilmemesinin nedeni eylemin ardındaki amacın haksızlık içeriğini azaltması ve failin içinde bulunduğu koşulların psikolojik etkisi altında hareket etmeye zorlamasıdır. Dolayısıyla mazeret nedenlerinde, hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak tipik eylemin haksızlık içeriği tamamen ortadan kalkmış değildir. Hukuka uygunluk nedenleri gibi hukuk düzeni eyleme izin vererek objektif olarak haksızlığın oluşmamasını sonuçlamadığı için, mazeret nedenleri yalnızca o istisnai koşulların etkisi altında bulunan fail bakımından ceza sorumluluğunu kaldıracaktır⁷⁴⁹. Bu durumda mazeret nedenlerinde somut olaydaki istisnai koşulların failin kusurlu iradesi üzerindeki etkisi de dikkate alınır. Ancak mazeret nedenlerinde kusurluluğu kaldıran diğer nedenlerden farklı olarak kusurluluk tamamen ortadan kalkmamakta, fail içinde bulunduğu koşullardan etkilenmiş olsa da gerçekleştirdiği eylemin haksızlık içeriğini kavrama ve hareketlerini bu doğrultuda yönlendirme becerisi bulunmaktadır⁷⁵⁰. Mazeret nedenlerinin varlığı halinde eylemin haksızlık içeriği ve kusurluluk tamamen ortadan kalkmasa da ceza verilmesini gerektiren sınıra ulaşmamış olduğu için ceza verilmez. Bu nedenle hukuka uygunluk nedenlerinden ve

⁷⁴⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 382.

⁷⁴⁷ Meraklı, s. 268-269.

⁷⁴⁸ Bu yönde bkz. Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I**, Manisa: Şafak Basım Yayınevi, 1982, s. 253-254.

⁷⁴⁹ Meraklı, s. 270-271.

⁷⁵⁰ Meraklı, s. 271; Mazeret nedenlerinde failin haksızlık konusunda karar verme olanağı vardır. Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 319.

kusurluluğu kaldıran nedenlerden ayrı bir kategori oluşturur⁷⁵¹. Dolayısıyla bu hallerde ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul edildiği gibi güvenlik tedbiri de uygulanamaz⁷⁵². Türk hukukunda mazeret nedenleri ayrımını kabul eden görüşler tarafından genellikle TCK'de yer alan zorunluluk hali, meşru savunmada sınırın aşılması, hukuka aykırı bağlayıcı emri ifa mazeret sebepleri kategorisinde ele alınmaktadır⁷⁵³.

Değindiği üzere, kusurluluğu etkileyen hallerden bir kısmı failin daha az ceza alması diğer kısmı ise hiç ceza almaması sonucunu doğurur. Failin ceza sorumluluğunu kaldıran ve hiç ceza almaması sonucunu doğuran hallerde fail hakkında “kusuru bulunmadığı için ceza verilmesine yer olmadığı kararı” (CMK m. 223/3) verilir⁷⁵⁴.

B. Yetkili Merciiin Emrini İfanın Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

Türk ceza hukuku öğretisinde yetkili merciiin emrini ifa, yazarların hukuka aykırılık ve kusurlulukla ilgili olarak benimsediği yaklaşımlar ile yorum yöntemlerine göre değişiklik gösteren farklı tasnif yöntemleri kullanılarak ele alınmaktadır. Bazı yazarlar emrin ifasını emrin hukuka uygun veya aykırı olması ihtimaline göre ayırmaksızın yalnızca hukuka uygunluk nedenleri arasında ele almakta⁷⁵⁵, bazı yazarlar ise yine emrin niteliğine göre ayırım yapmaksızın kusurluluğu kaldıran nedenler başlığı altında yer vererek açıklamaktadır. Belirtmek gerekir ki, emrin ifasını yalnızca kusurluluğu kaldıran nedenler arasında ele alan yazarların bu tasnif şekli hukuka uygun olan ve aykırı olan emirlerin aynı hukuki niteliği taşıdığını kabul ettikleri anlamına gelmemektedir. Bahse konu yazarlar tarafından emrin ifası yalnızca kusurluluğu kaldıran nedenler başlığı altında ele alınmış olmakla birlikte, hukuka uygun emrin ifası bir hukuka uygunluk nedeni

⁷⁵¹ Meraklı, s. 270-271; Dülger, s. 127.

⁷⁵² Bu hususta eleştiriler için bkz. Akdağ, s. 204.

⁷⁵³ Bkz. Meraklı, s. 300; Sayılan kategorilere cebir-tehdidi de ekleyen görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 382, 383.

⁷⁵⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 573.

⁷⁵⁵ Bu yönde bkz. Demirbaş, s. 277; İçel, s. 331, 332; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 311; Öztürk/ Erdem, s. 263; Hafizoğulları/ Özen, s. 214; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 383.

olarak “görevin ifası” üst başlığı altında açıklanmaktadır⁷⁵⁶. Öğretide bazı yazarlar ise emrin hukuka uygun olması ile hukuka aykırı olması ihtimallerinin ceza sorumluluğuna etkisini ayrı iki kurum olarak ele almakta ve hukuki niteliklerine göre ayrı başlıklar altında incelemektedir⁷⁵⁷. Emrin ifasının öğretilde tasnif edilme ve nitelendirilme şekillerindeki bu çeşitlilik nedeniyle çalışmamızda emrin ifasının hukuki niteliğini açıklarken emrin hukuka aykırı veya uygun olmasına göre ayırım yapılarak yazarların bu konudaki görüşlerine yer verilmesi yolu izlenmiştir⁷⁵⁸.

1. Hukuka Uygun Emrin İfasının Hukuki Niteliği

Türk ceza hukuku öğretisinde, hukuka uygun emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu konusunda görüş birliği olduğu ifade edilebilir⁷⁵⁹. TCK m. 24 gerekçesinde de “*emrin hukuka uygun olması halinde verilen emrin yerine getirilmesinin de hukuka uygun olacağı*” açıkça ifade edilerek her ne kadar madde başlığında veya metninde “hukuka uygun emir-hukuka aykırı emir” kavramsal ayırımına yer verilmemiş olsa da hukuka uygun emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu vurgulanmıştır⁷⁶⁰. Bu doğrultuda, yetkili merci tarafından verilen emrin hukuka uygun olması halinde o emrin ifa edilmesinin de hukuka uygun bir eylem olarak ortaya çıktığı ve emrin ifası sonucunda hukuka uygunluk nedeninin varlığına bağlı sonuçların doğacağı kabul edilmektedir⁷⁶¹. Bununla birlikte öğretilde hukuka uygun emrin ifasını farklı hukuki nitelemeyle açıklayan *Erem/Danışman/Artuk’a* göre, mülga TCK m. 49 çerçevesinde emrin ifası genel olarak kusurluluk kavramı altında “mazeret sebebi” olarak ele alınmıştır⁷⁶². Bu

⁷⁵⁶ Bu yönde bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, hukuka aykırı emrin ifasını kusurluluğu kaldıran nedenler başlığında ele almaktadır. Hukuka uygun emrin ifasını ise “kanun hükmünü yerine getirme” hukuka uygunluk nedeni başlığı altında açıklamakta, amirin emrini yerine getirmenin de görevin ifası üst başlığı altında yer aldığını belirtmektedir. Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 284.

⁷⁵⁷ Bu yönde bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 391, 456; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 494, 574; Hakeri, s. 272, 361.

⁷⁵⁸ Benzer inceleme yöntemleri için karşı. Demirel, Amirin Emri, s. 51; Erdoğan, s. 171 vd.; Savaşçı Temiz, s. 45 vd.

⁷⁵⁹ Aynı yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 52; Erdoğan, s. 172, 177; Demirbaş, s. 277; İçel, s. 331; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 311; Öztürk/ Erdem, s. 263; Hafizoğulları/ Özen, s. 214; Zafer, Genel Hükümler, s. 391; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 494; Hakeri, s. 272; Özen, s. 664.

⁷⁶⁰ Gerekçe metni ve madde başlığının hukuka uygunluk nedenlerini içermediği yönündeki eleştiri için ayrıca bkz. Yurtcan, Türk Ceza Kanunu, s. 418.

⁷⁶¹ Sonuçlar sonraki bölümde ayrıca ele alınmıştır. Bkz. İkinci Bölüm, IV.

⁷⁶² Erem/ Danışman/ Artuk, s. 551, 558.

görüŖe göre “mazeret sebepleri” failin eylemindeki suç iŖleme iradesini kaldırmamakta, kusurluluk bulunmadığı için eylemin suç oluŖturmasını engellemektedir. Bir eylem “mazeret sebebi” ile iŖlendiğinde eylemin hukuka aykırılığı ortadan kalkmaz ancak failin kusurluluğu bulunmadığı için o eylemin suç olarak adlandırılması mümkün deđildir⁷⁶³. Dolayısıyla bu görüşe göre hukuka uygun bir emrin ifası, emri ifa eden kiŖinin eyleminin hukuka aykırı olduğunu ancak kusurluluğu bulunmadığı için suç oluŖturmadığını gösterir. Zira bu görüşe göre suçun yapısında kusurluluk hukuka aykırılıktan önce gelir⁷⁶⁴.

Hukuka uygun bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluŖturmasının temeli, hakkın kullanılması veya kanun hükmünün icrasında olduğu gibi, genel olarak hukuk düzeninin bütünlüğu ve çeliŖmezliđi ilkeleriyle açıklanmaktadır⁷⁶⁵. Zira hukuka uygun Ŗekilde verilen bir emrin yerine getirilmesi de esasında kanuni bir yükümlülüğün veya görevin yerine getirilmesidir. Kurumun tanımı çerçevesinde de değinildiği üzere, emri alan kiŖi yetkili merciin emrini ifa ederken kanun hükmünün gereğini yerine getirmekte, yalnızca burada kanun hükmü bir emir vasıtasıyla yerine getirilmiŖ olmaktadır⁷⁶⁶. Bu doğrultuda yetkili merciin hukuka uygun bir emrini ifa da kanun hükmünü icra gibi bir “görevin ifası” mahiyetindedir. Emri ifa eden kiŖi, bir yandan hukuka uygun olarak verilmiŖ bir emirle yüklenen bir görevi yerine getirmekteyken diğer yandan ceza normunda yaptırım altına alınarak yasaklanan bir eylemi gerçekteŖirmektedir⁷⁶⁷. Bu durumda kanun koyucunun kanuni bir yükümlülük veya görev olarak yerine getirilmesini zorunlu kıldığı belirli bir davranışın aynı zamanda hukuka aykırı olduğunu kabul etmek hukukun çeliŖmezliđi ilkesine aykırı olacaktır⁷⁶⁸. Dolayısıyla hukuka uygun bir emrin ifasıyla gerçekteŖirilen eyleme izin veren norm, hukuk düzeninin eylemin ceza normundaki yasağı ihlal etmesine hangi koŖullar altında izin verdiğini göstererek çeliŖmeyi çözmekte; böylece emrin ifası bir hukuka uygunluk nedeni oluŖturmaktadır. Bu açıklamalar doğrultusunda hukuka aykırılığı Ŗeklen ele alan bir yaklaŖımla, hukuka

⁷⁶³ Erem/ Danışman/ Artuk, s. 551.

⁷⁶⁴ Erem/ Danışman/ Artuk, s. 551; Günal kusurluluğun hukuka aykırılıktan sonra geldiğini kabul etmekle bu görüşü eleŖtirmektedir. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 36; Aynı yönde bkz. Savaşçı Temiz, s. 46.

⁷⁶⁵ Fiore/ Fiore, s. 351-352.

⁷⁶⁶ Önder, s. 233; Zafer, Genel Hükümler, s. 394; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 311; Toroslu/ Toroslu, s. 163; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 38.

⁷⁶⁷ Fiore/ Fiore, s. 347, 351.

⁷⁶⁸ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 38; Provolo, Esecuzione Dell’Ordine, s. 26.

uygun bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturmasının temeli emrin ifasına izin veren bir normun varlığına dayandırılmaktadır⁷⁶⁹. Öğretide diğeri bir görüş hukuka uygun emrin ifasının ceza sorumluluğunu gerektirmemesini bu durumda bir toplumsal zararın bulunmadığı düşüncesiyle açıklamakta, hukuka uygun emrin ifasıyla gerçekleştirilen eylemin topluma zarar vermediği için cezayı gerektirmediğini ileri sürmektedir⁷⁷⁰. Bu konuda ayrıca, hukuka uygun bir emrin ifasında eylemin hukuka uygun sayılmasının nedeni emrin ifasıyla korunan kamusal menfaatin eylemin ihlal ettiği ceza normunun koruduğı menfaate üstün gelmesi ve bu nedenle ceza verilmesine gerek duyulmaması olarak da açıklanmaktadır⁷⁷¹. Toplumsal yararın yokluğu ve menfaatlerin çatışmasına yönelik açıklamaların maddi hukuka aykırılık görüşüne dayandığı ifade edilmektedir⁷⁷².

Bu noktada, bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilebilmesi ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığının tespit edilebilmesi için öncelikle eylemin bir suç tipine uygun olması -diğeri bir deyişle emrin ifasının tipik bir eylem oluşturması- gerektiği belirtilmelidir⁷⁷³. Yetkili merciin emrini ifada, hukuka uygun bir emrin gereğı olarak gerçekleştirilecek eylem esasen bir ceza normunda tarif edilen eyleme uymaktaysa da emrin bağlayıcı olması nedeniyle ifasının hukuka uygun olduğı kabul edilir⁷⁷⁴. Dolayısıyla ifa edilmesi herhangi bir suç tipine tekabül etmeyen emirlerin ifa edilmesiyle ortaya çıkan eylemin suç oluşturup oluşturmadığını tespit etmek de mümkün olamayacaktır⁷⁷⁵. Diğeri bir ifadeyle, emrin yerine getirilmesi görünüşte suç oluřturmalıdır⁷⁷⁶. Bu bahiste sıklıkla yer verilen bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, CMK m. 98 uyarınca hukuka uygun bir yakalama emrinin gereğini yerine getiren kolluk görevlisinin eylemi, yakalanan kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanmasını içermekte ve böylece TCK m.

⁷⁶⁹ Bu yönde bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 37-38;

⁷⁷⁰ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 37,

⁷⁷¹ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 37; Savaşçı Temiz, s. 47; Bu konuda, Anayasa m. 17/3 hükmü yaşam hakkı ile devletin adli fonksiyonuna ait değerler arasındaki menfaat çatışmasının üstün değeri belirlenerek çözülmüş olduğı bir örnek olarak ele alınmıştır. Bkz. Gökpınar, s. 68.

⁷⁷² Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 37; Erdoğan, s. 175.

⁷⁷³ Dursun, s. 235.

⁷⁷⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495; Hukuka uygun emrin ifasında kanunun suç olarak tarif ettiği bir eylemin istisnai olarak hukuka uygun kabul edilmesi söz konusudur. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 39; TCK m. 24/1'deki hukuka uygunluk nedeninin "yetkili merciin emrine dayanarak aslında suç oluşturucu bazı fiilleri yerine getiren kişi"nin hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı anlamına geldiğı yönünde bkz. Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 340.

⁷⁷⁵ Bu konuda bir bölgede devriye gezilmesi, umuma açık eğlence yerlerinin denetlenmesi gibi tipik olmayan eylemlere yönelik hukuka uygun emirler örnek olarak verilmiştir. Bkz. Dursun, s. 235.

⁷⁷⁶ Yüce, Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I, s. 273.

109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tipik eylemine uymaktadır. Ancak yakalanan kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanması bu konuda yetkilendirilmiş bir merciin hukuka uygun şekilde verdiği emrinin gereği olduğu, emri alan kolluk görevlisi için bir yükümlülük ve görev oluşturduğu için kolluk görevlisinin yakalama emrini ifa ederek kişilerin özgürlüğünü kısıtlaması hukuka uygundur⁷⁷⁷. Hukuk düzeni görev gereği zorunlu olduğu sürece bir emri yerine getirerek kişilerin hareket özgürlüğünün kısıtlanmasına izin vermiş olmaktadır.

Hukuka uygun emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunsa da, bu hukuka uygunluk nedeninin TCK m. 24'ün hangi fıkrasında düzenlendiği konusunda görüşler ayrılmaktadır⁷⁷⁸. Öğretide bir görüş, TCK m. 24'ün yalnızca birinci fıkrasında hukuka uygunluk nedeninin yer aldığını, kanun hükmünün icrasıyla birlikte hukuka uygun emri ifanın da TCK m. 24/1'de düzenlendiğini ileri sürmektedir⁷⁷⁹. Diğer bir görüş ise TCK m. 24/1'de kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeninin yer aldığını, hukuka uygun emrin ifasının ise m. 24/2'de ayrı bir hükümde ayrı koşullara tabi bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlendiğini kabul etmektedir⁷⁸⁰. Birinci görüşü savunan yazarlar TCK m. 24/1'de düzenlenen "görevin ifası" hukuka uygunluk nedeninin hem kanun hükmünün hem de kanuna uygun olarak verilen emrin yerine getirilmesini kapsadığını, hukuka uygun emrin de kanunla verilen bir görevin ifası niteliğinde olduğunun altını çizmektedir⁷⁸¹. Bu doğrultuda yukarıda da değinildiği üzere, bazı yazarlar hukuka uygunluk nedenleri arasında "görevin ifası"nı TCK m. 24/1 çerçevesinde ele almakta, maddenin diğer fıkralarında ise hukuka aykırı emrin ifasına ilişkin düzenlemelerin yer aldığını ileri sürmektedir⁷⁸². Bu görüşte bazı

⁷⁷⁷ Benzer şekilde ele alınan örnekler için bkz. Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 34; Dursun, s. 235.

⁷⁷⁸ Demirel, Amirin Emri, s. 56; Erdoğan, s. 172.

⁷⁷⁹ Bu yönde bkz. Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342; Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 463; Ali Akkurt, "Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk", **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, Haziran 2013, ss. 55-75, s. 67-68. <https://jurix.com.tr/article/4283> (Erişim Tarihi: 11.12.2020)

⁷⁸⁰ Toroslu/ Toroslu, s. 162; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 310; Zafer, Genel Hükümler, s. 393; Demirbaş, s. 295; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 494.

⁷⁸¹ Koca/Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 284; Özgenç, Genel Hükümler, s. 487.

⁷⁸² Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Özbek/ Doğan/ Bacaksız hukuka uygun emrin ve kanun hükmünün yerine getirilmesini görevin ifası başlığı altında toplanabileceğini ifade etmekle birlikte "kanun hükmünü yerine getirme" başlıklı bölüm içerisinde zikretmektedir. Bölümde hukuka uygun emrin ifasının koşulları ayrıca ele alınmamaktadır. Bkz Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 284; Bazı yazarlar tarafından hukuka uygun emrin ifasına "görevin ifası" veya "kanun hükmünün

yazarlar TCK m. 24/2'deki ifadenin esasen “*yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu ve fakat aslında hukuka aykırı olan bir emri uygulayan kişi*” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁸³. İkinci görüş ise kurumların maddede iki ayrı hukuka uygunluk nedeni olarak farklı fıkralarda düzenlendiklerini kabul etmekte, hukuka uygun emrin ifasını ve uygulanma koşullarını TCK m. 24/2 kapsamında ele alarak açıklamaktadır⁷⁸⁴. Bu doğrultuda öğretide TCK m. 24/2'de hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği ileri sürülmektedir⁷⁸⁵. TCK m. 24/2 metninin hem hukuka uygun emrin hem de hukuka aykırı emrin ifasını içerdiğini kabul etmenin mümkün olduğu, hukuka uygun emrin ifasının TCK m. 24/1 kapsamına dahil edilmesinin kanun sistematığıyla bağdaşmadığı ve esasen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin de bu fıkraya dahil edilebilmesine yol açabileceği ifade edilmiştir⁷⁸⁶. Anılan görüşlerin yanı sıra öğretide ayrıca, verilen emrin hukuka uygun olması halinde emri ifa eden kişinin sorumlu tutulmayacağını ayrıca belirtmeye gerek olmadığı, bu nedenle TCK m. 24/1'de hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin ifasından sorumluluğun düzenlendiği de ifade edilmiştir⁷⁸⁷. Diğer bir görüşe göre kanun koyucu TCK m. 24/2 hükmünde esasen emri alan kişinin emrin hukuka uygun olduğu konusunda düştüğü hata halini düzenlemek istemiştir⁷⁸⁸.

2. Hukuka Aykırı Emrin İfasının Hukuki Niteliği

Hukuka uygun emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni olmasının dayanağı emri alan kişi için bir görev oluşturması, diğer bir ifadeyle itaat yükümlülüğü doğurmasıdır. Emrin itaat yükümlülüğü doğurması emrin bağlayıcı olmasına, emrin bağlayıcı olması da emrin hukuka uygun olmasına dayanır⁷⁸⁹. Emrin bağlayıcılığı o

yerine getirilmesi” üst başlığı altında yer verilmiş, bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmamıştır. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342; Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 460.

⁷⁸³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 400; Aynı görüşte bkz. Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 466, dn. 39.

⁷⁸⁴ Zafer, Genel Hükümler, s. 393; Aynı görüşte bkz. Erdoğan, s. 173.

⁷⁸⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 393.

⁷⁸⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 59.

⁷⁸⁷ Öztürk/ Erdem, s. 265.

⁷⁸⁸ Bu yönüyle İtalyan kanun koyucuya benzer bir düzenleme getirme amacı bulunduğu yönünde bkz. Gökpinar, s. 92-93.

⁷⁸⁹ Dönmezer/ Ertan, Cilt: II, 1999, s. 86; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495.

emri ifa eden kişinin eyleminin hukuka uygun sayılmasının dayanağı olarak ifade edilmektedir⁷⁹⁰. Değinildiği üzere, bir hukuk devletinde emre itaat yükümlülüğü kural olarak emrin hukuka uygun olması halinde doğabilir. Bu doğrultuda hukuka aykırı emirlerin emri alan kamu görevlileri bakımından itaat yükümlülüğü doğurmayacağı, hatta bu tür emirlere itaat etmeme yükümlülüğünün bulunduğu kural olarak kabul edilir. Bununla birlikte mevzuatımızda -ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerde de- belirli koşullar altında, hukuka aykırı bir emrin ifa edilmesi halinde de emri ifa eden kişinin bu eyleminden dolayı sorumlu tutulamayacağını kabul eden düzenlemelere yer verilmiştir⁷⁹¹. Bu nedenle hukuka aykırı emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunun bulunmamasının hukuki dayanağının ne olduğu, hukuka aykırı bir emrin ifasının hukuki niteliği öğretide sıklıkla tartışılan bir konu olmuştur.

Önceki bölümde değinildiği üzere, Anayasa m. 137/1’de hukuka aykırı emirlerin ifasına ilişkin kurala yer verildikten sonra m. 137/2’de konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir koşulda ifa edilemeyeceği düzenlenmiş olup, bu düzenleme şekli doğrultusunda öğretide hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki niteliği değerlendirilirken emrin hukuka aykırılığı, emrin konusunun suç oluşturup oluşturmadığına göre ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Yine TCK m. 24’ün madde gerekçesinde de emrin “*hukuka aykırı olmanın yanı sıra ayrıca suç da teşkil edebileceği*” ifade edilmiş⁷⁹², emrin hukuka aykırılığı ile suç teşkil etmesinin farklı ihtimaller olarak ortaya çıkabileceğine vurgu yapılmıştır. Bu doğrultuda çalışmamızda hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki nitelenmesine ilişkin görüşler hukuka aykırı emrin konusunun suç oluşturup oluşturumamasına göre iki başlığa ayrılarak ele alınmıştır.

a. Konusu Suç Oluşturan Hukuka Aykırı Emri Açıklayan Görüşler

Konusu suç oluşturan emirlerin ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin kural, bu emirlerin hiçbir surette ifa edilemeyeceği ve bu emirlerin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı yönündedir. AY m. 137/2 ile TCK m. 24/3’te bu

⁷⁹⁰ Antolisei, s. 280; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495.

⁷⁹¹ Papadatos, s. 42; Günel, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 136.

⁷⁹² Gerekçe metni için bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 576.

kural açıkça belirtilmiştir⁷⁹³. Mevzuattaki açık hükümler doğrultusunda öğretide konusu suç teşkil eden emrin ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği konusunda görüş birliği bulunduğu ifade edilebilirse de konusu suç teşkil eden emir kavramının tanımı ve ceza sorumluluğuna etki etmediği kuralının uygulanma şekli ile istisnalarının bulunup bulunmadığı konusunda farklı yönde görüşler ve tartışmalar mevcuttur⁷⁹⁴.

Konusu suç oluşturan emirle ilgili olarak öncelikle, konusu suç oluşturan emir kavramının anlamına ve tanımına ilişkin öğretideki açıklamalara değinmek yerinde olacaktır. Öğretide bir görüş, bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle tipik bir eylemin bulunması gerektiğini, aslında bir anlamda emrin konusunun suç oluşturmaya gerektğini belirtmekte, bu nedenle TCK m. 24/3'te yer alan "konusu suç teşkil eden" emrin "ifası suç teşkil eden" emir olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁹⁵. Esasen hukuka uygun emrin ifasında da emrin konusunu oluşturan eylem tipik olduğunda, tipik bir eylemin hukuka aykırılık karinesi nedeniyle ilk bakışta suç teşkil ettiği ifade edilebileceği için, tipik eylemin suç oluşturup oluşturmadığı ancak somut olayda hukuka uygunluk nedeni kapsamında yapılan bir değerlendirmeye anlaşılabilecektir⁷⁹⁶. Bu doğrultuda konusu suç oluşturan emir ifadesinin, emrin ifa edilmesinin hukuka uygun hale getirme etkisinin bulunmadığı şeklinde yanlış bir anlam çıkarılmasına yol açabileceğine de dikkat çekilmiştir⁷⁹⁷. Benzer şekilde, konusu suç oluşturan emir bir suç tipine uygun olan ve hukuka aykırı olan emir olarak da açıklanmıştır⁷⁹⁸. Burada hem tipik hem de hukuka aykırı olduğu için suç oluşturan emirler kastedilmektedir ve tipik eylemin hukuka aykırılığı emrin hukuka aykırı olmasına dayanmaktadır. Konusu suç tiplerinden birini ihlal etmeyen emir ceza hukukunun inceleme alanına girmeyecektir⁷⁹⁹. Diğer bir tarifile, emrin konusunun suç teşkil etmesi, amirin verdiği hukuka aykırı emrin konusunu oluşturan ve icrası istenen eylemin bir ceza normunun koruması altında bulunması halinde söz

⁷⁹³ Konusu suç teşkil eden emre ilişkin kurala DMK m. 11/3, PVSK m. 2/2'de de ayrıca yer verilmiştir.

⁷⁹⁴ Ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 88-89.

⁷⁹⁵ Bkz. Dursun, s. 235, dn. 78; Demirel, Amirin Emri, s. 56.

⁷⁹⁶ Yılmaz Günel, "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 22/04, 1967, ss. 169-207, s. 177, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37166> ; Demirel, Amirin Emri, s. 55.

⁷⁹⁷ Dursun, s. 235, dn. 78.

⁷⁹⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495.

⁷⁹⁹ Dursun, s. 234; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495; Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 2. Bası, Ankara: TBB Yayınları No: 317, 2016, s. 78.

konusu olur⁸⁰⁰. Öğretide diğer bir görüş kapsamında ise, konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir zaman ifa edilemeyeceğine ve ifa eden kişinin sorumlu olacağına ilişkin kuraldaki konusu suç teşkil eden emirden “*görev ve hizmetin kapsamı dışında kalan ve konusu suç teşkil eden*” emrin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰¹. Diğer bir görüş, konusu suç teşkil eden emir ifadesinin kanun hükmü ile emredilen ya da izin verilen davranışlar dışında konusu suç teşkil eden emirleri karşılayacak şekilde anlaşılması gerektiğini, TCK m. 24/3’teki konusu suç teşkil eden emir ifadesinin yerinde olmadığını belirtmiştir⁸⁰².

Öğretide bazı yazarlar tarafından, konusu suç oluşturan emrin tanımına yer verilmemekle birlikte, hukuka aykırı emrin konusunun suç oluşturmaması ile suç oluşturmaması ihtimalleri bazı örneklerle açıklanmıştır. Bu doğrultuda, konusu suç oluşturmamayan hukuka aykırı emrin şeklen hukuka aykırı olması ihtimaline, hakim yerine savcı tarafından verilen tutuklama emri, içerik yönünden hukuka aykırı olması ihtimaline ise amirin “*şu gazeteleri oku*”, “*camiye git veya kiliseye git*” yönündeki emirleri örnek olarak gösterilmektedir⁸⁰³. Emrin konusunun suç oluşturmaması hali ise “*kendisine kredi kartı verilmeyen karakol komutanının bir manga askere banka şubesini yayılım ateşine tutması emrini vermesi*” ile örneklenmektedir⁸⁰⁴. Öğretide diğer bir konusu suç oluşturan emir örneği olarak, aramanın kanuni koşulları oluşmadığı halde keyfi olarak arama emri veren Cumhuriyet savcısının emri üzerine bir konutta arama gerçekleştiren kolluk görevlisinin eylemi gösterilmiştir. Bu durumda kolluk görevlisinin arama emrini ifa etmesi haksız arama suçunu (TCK m. 120) oluşturacağından burada konusu suç oluşturan emrin bulunduğu belirtilmiştir⁸⁰⁵. Başka bir görüş çerçevesinde de konusu suç oluşturan ve oluşturmamayan hukuka aykırı emir arasındaki fark benzer örnek üzerinden açıklanmıştır. Buna göre kolluk amirinin yazılı emriyle konutta arama yapılması mümkün olmadığı (CMK m. 119/1) halde bu yönde emir alan kolluk görevlisinin aldığı emrin konusu hukuka aykırı olmakla birlikte doğrudan suç değildir. Ancak örneğin kolluk amirinin herhangi bir

⁸⁰⁰ Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 477.

⁸⁰¹ Bu yönde bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 458-459.

⁸⁰² Bkz. Çetinkaya, s. 323.

⁸⁰³ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 342; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406.

⁸⁰⁴ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 343-344; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 409.

⁸⁰⁵ Savaşçı Temiz, s. 143.

neden olmaksızın üçüncü bir şahsın evine girilmesi ve mahrem yerlerin fotoğrafının çekilmesi emrini vermesi doğrudan suç oluşturacaktır⁸⁰⁶.

Mülga TCK m. 49 çerçevesinde emrin ifası kurumunu açıklayan yazarlar tarafından da emrin suç oluşturması ihtimaline ilişkin çeşitli ayrımlara yer verilmiştir. Bir görüş, hukuka aykırı bir emrin ifasının iki yönde etkiye bulunabileceğini belirtmiş, bunları emrin ifasının suç oluşturması ve suç oluşturmaması olarak ayırmıştır⁸⁰⁷. Diğer bir görüş kapsamında ise emrin bizatihi suç teşkil etmesi ile esasında kanuna uygun olan bir emrin kanunun maksadı ve saik unsuru bakımından sakat bulunması ihtimalleri ayrılarak, esasta meşru fakat olayda suç teşkil eden emirler bakımından hatanın söz konusu olabileceği buna karşılık bizatihi suç teşkil eden emirler bakımından hatanın ileri sürülemeyeceği vurgulanmıştır⁸⁰⁸. Benzer bir ayrıma TCK m. 24 bağlamında da yer verilmiş, hatanın söz konusu olabileceği ihtimaller emrin açıkça suç oluşturması hali ile aslında meşru fakat olayda suç teşkil eden emirler ayrılarak açıklanmıştır⁸⁰⁹.

Konusu suç oluşturan emirle ilgili olarak ikinci sırada, konusu suç oluşturan emrin ifasının ceza sorumluluğuna etki edip etmediği hususundaki tartışmaların ele alınması yerinde olacaktır. Konusu suç oluşturan emrin tanımına yönelik getirilen farklı açıklamalar doğrultusunda, konusu suç oluşturan hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin görüşler de değişiklik göstermektedir. Öğretide konusu suç oluşturan emri konusu tipik bir eylemi içeren ve bu nedenle karine olarak hukuka aykırı sayılan emir olarak tanımlayan bazı yazarlar konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlere ilişkin kuralların ceza hukukuyla ilgili olmadığını, ceza sorumluluğu bakımından hukuka aykırı emrin ifasının konusu suç oluşturan emirleri kapsadığını ileri sürmektedir⁸¹⁰. Zira hukuka aykırı bir emrin konusunun suç oluşturmaması halinde, emri ifa eden kişinin eyleminin ceza sorumluluğunu gerektiren bir yanı bulunduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Konusu suç oluşturmayan bir emrin konusu ancak kabahat, disiplin suçu veya haksız fiil gibi suç niteliği taşımayan haksızlık çeşitlerinden birine yönelik olabileceğinden, konusu suç

⁸⁰⁶ Bu yönde bkz. Özen, s. 679-680.

⁸⁰⁷ Önder, s. 234.

⁸⁰⁸ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 93.

⁸⁰⁹ Demirbaş, s. 300.

⁸¹⁰ Bu yönde bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 136; Dursun, s. 237; Demirel, Amirin Emri, s. 85; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 473.

oluşturmayan bir emrin hukuka aykırılığı da ancak kabahat sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu gibi ceza sorumluluğu dışındaki bir alanla ilgili olabilir⁸¹¹. Dolayısıyla AY m. 137/1 kapsamında yer alan konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerin ifasına ilişkin kural ceza sorumluluğuyla ilgili olmayıp, ceza hukukunu ilgilendirmemektedir⁸¹². Ayrıca, suç oluşturmayan bir eylemden dolayı failin kusurluluğunun bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinin suç teorisi anlayışına uygun olmayacağının, konusu suç oluşturmayan bir emrin ifasının suç oluşturduğunu kabul etmenin konusu suç oluşturan emirle konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin aynı olması gibi yerinde olmayan bir sonuca götüreceğinin altı çizilmiştir⁸¹³. Bu konuda diğer bir görüş, TCK m. 24/3'teki suç oluşturan bir emrin ceza sorumluluğuna etki etmeyeceğine ilişkin hüküm dikkate alındığında, TCK m. 24/2'de düzenlenen hukuka aykırı emre ilişkin kuralın ceza hukukuyla ilgili olmadığını ifade etmektedir⁸¹⁴. Bahsi geçen görüşe göre, TCK m. 24/3'te yer alan konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği ve ifanın sorumluluğu kaldırmayacağı kuralıyla, emrin yerine getirilmesi davranışıyla korunan menfaatin bu davranışın ihlal ettiği menfaatten üstün olduğunu kabul eden bir normun bulunmadığı durumlara ilişkin olarak verilen emir görünümlü dayatmaların ceza sorumluluğunu kaldırması engellenmek istenmiştir⁸¹⁵.

Ceza sorumluluğuna etkisinin söz konusu olabilmesi için emrin konusunun suç oluşturmaya gerektiğini kabul eden görüş çerçevesinde, CMK m. 223/3-b hükmünde “*yüklenen suçun*” hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin ifasıyla işlenmesinden söz edilmiş olmasına da ayrıca dikkat çekilmiştir. Anılan hükümden, kanun koyucunun “konusu suç oluşturan” hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisini kusurluluk bağlamında ele aldığının anlaşıldığı belirtilmiştir⁸¹⁶. Bu doğrultuda, hukuka aykırı olup ifası suç oluşturan bir emir TCK m. 24/3 uyarınca ceza sorumluluğuna etki

⁸¹¹ Bununla birlikte, emrin ifasının görevin gereklerine aykırılık oluşturmaya halinde zarar veya mağduriyet neticesine bağlı olsa da eylem görevi kötüye kullanma suçu kapsamında kalabileceği için konusu (ifası) suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin uygulama alanının oldukça dar olduğu ifade edilmiştir. Dursun, s. 237, dn. 84.

⁸¹² Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 473; Suç teşkil etmeyen bir emrin ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmemesi veya sorumluların belirlenmesinin TCK kapsamında değil idare hukuku mevzuatı kapsamında düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, Sayı: 1, Eylül 2006, ss. 37-73, s. 57.

⁸¹³ Demirel, Amirin Emri, s. 84, dn. 63.

⁸¹⁴ Gökpınar, s. 73.

⁸¹⁵ Gökpınar, s. 77.

⁸¹⁶ Bu yönde bkz. Dursun, s. 241, dn. 100; Demirel, Amirin Emri, s. 84; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 473.

etmeyecek, emri alan merci hukuka uygun olup olmadığını denetleyerek suç oluşturduğunu tespit ettiğinde emri ifa etmekten kaçınacaktır. Aksi halde konusu suç oluşturan emri ifa ederek işlediği suçtan sorumlu olacaktır⁸¹⁷. Bununla birlikte koşulları oluşmuşsa hata, cebir-tehdit veya zorunluluk hali hükümleri uygulama alanı bulabilecektir⁸¹⁸. TCK m. 24/4 uyarınca hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından engellendiği hallerde ise emri alan kişi denetleyemediği ancak derhal ifa etmekle yükümlü olduğu bir emri ifa ederek konusu suç oluşturan bir emri ifa etmiş olabilecektir. Görüldüğü üzere, bu ihtimalde emrin konusu suç oluşturduğu halde emri ifa eden kişinin sorumluluğuna gidilememektedir⁸¹⁹. Zira her ne kadar hukuk devleti ilkesi uyarınca konusu suç oluşturan emrin ifasına izin verilmesi mümkün değilse de, bazı hallerde emri alan kişinin somut olayda emri ifa etmekten kaçınma imkanı bulunmayabilmekte, bu hallerde emri ifa etmek zorunda kalan kişinin cezalandırılması ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır⁸²⁰. Bu görüşler çerçevesinde mutlak itaatin arandığı ve hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde suç teşkil eden emirlerin ifasından dolayı sorumsuzluk kusurluluğu kaldıran haller kapsamında ele alınmaktadır⁸²¹. Mutlak itaat yükümlülüğünün geçerli olduğu askeri hizmete ilişkin emirlerin ifasında da, emri alan merci emrin hukuka uygunluğunu denetleyemediği için emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmediği sürece, içinde bulunduğu mecburiyet durumu nedeniyle konusu suç oluşturan bir emri ifa etmiş olmasından dolayı sorumlu tutulmamaktadır⁸²². Emre mutlak itaati gerektiren hallerde konusu suç oluşturan emri ifa eden astın eyleminin suç olma niteliği ortadan kalkmamakta, burada kanuni emirlerde olduğu gibi hukuka uygunluk nedeninden söz edilememektedir⁸²³. Bu durumda emrin ifası bir mazeret nedeni oluşturacaktır⁸²⁴. Emrin ifasının mazeret

⁸¹⁷ Dursun, s. 238-239; Kişinin bu emri yerine getirmesi hiyerarşik yapı veya emir-komuta ilişkisi nedeniyle mazur görülmeyecektir. Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 474.

⁸¹⁸ Dursun, s. 238-239.

⁸¹⁹ Demirel, Amirin Emri, s. 102; Hukuka uygunluk denetiminin engellendiği hallerde emir suç oluştursa dahi emri ifa edenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu bakımdan maddenin üçüncü fıkrasının dördüncü fıkrasındaki varsayımın dışında ele alınması gerekir. Bkz. Yurtcan, Kabahatler Kanunu, s. 78; Mutlak itaat halinde (AsCK m. 41/2) verilen emrin konusu suç oluşturduğu için emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni değil, mazeret nedeni olabileceği yönünde bkz. Akkurt, s. 72.

⁸²⁰ Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 477.

⁸²¹ Kusurluluğu etkileyen mazeret nedeni olduğu yönünde bkz. Dursun, s. 240; Demirel, Amirin Emri, s. 102; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 478.

⁸²² Burada emrin açıkça hukuka aykırı olmamasının da gerektiği hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 102; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 479-480.

⁸²³ Bu durumda astın sorumsuzluğunun dayanağı AY m. 137/3 uyarınca AsCK m. 41/2. maddesi hükmüdür. Bkz. Savaş/ Mollamahmutoglu, s. 903.

⁸²⁴ Dursun, s. 240; Demirel, Amirin Emri, s. 102; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 477, 478.

nedeni oluşturması, bir görüş tarafından failin kusur yeteneğine ve haksızlık bilincine sahip olduğu ancak eylemin haksızlık içeriğinin ve kusurun içeriğinin tamamen ortadan kalkmasa da azaldığı şeklinde aıklanmaktadır⁸²⁵. Diğer bir görüşe göre ise, kanun koyucu bu durumda emri alan kişinin hukuka aykırılık konusundaki bilincine bakılmaksızın sorumsuz olduğunu kabul ederek, hataya ve mazeret nedenlerine ilişkin genel hükümlerin dışında ayrı bir mazeret nedeni ngrmřtr⁸²⁶. Bu konuda emrin konusunun suç oluşturduğunun denetlenmeksizin dahi bilinebilecek olduğu hallerde emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunun kaldırılmasına imkan vermesi nedeniyle mazeret nedeninin kapsamı eleştirilmiş, hiçbir sınırlama içermeyecek şekilde astın mutlak sorumsuzluğunu ngren PVSK m. 2/3 ile TCK m. 24/4 hükümlerinin hukuk devleti ile bağdaşmadığı ileri srlmřtr⁸²⁷. Öğretide ayrıca, emri alan kişinin mutlak itaat ykmlllğ nedeniyle kaçınılmaz hatasının varlığını düzenleyen bu hükmün TCK m. 30 kapsamında hata hükmüne dahil edilmesi gerektiğini ileri süren görüş de bulunmaktadır⁸²⁸.

Öğretide yer alan diğer yaklaşım, hem konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin hem de konusu suç oluşturan emrin ceza sorumluluğuna etkisi bakımından değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Bu yaklaşımı benimseyen yazarlar, önceki görüşten farklı olarak, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının gerek AY m. 137/1 gerekse TCK m. 24/2 uyarınca ceza sorumluluğuna etki edeceğini kabul etmekte, ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki niteliğini farklı yönde çeşitli gerekçelerle açıklamaktadırlar. Anılan görüşler, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin sonraki başlıkta ayrıntılı olarak ele alınmış olmakla birlikte, konusu suç oluşturan emirle ilgili genel yaklaşıma değinmek yerinde olacaktır. Belirtildiği üzere, konusu suç oluşturan hukuka aykırı emrin ifasının TCK m. 24/3 uyarınca ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre emrin konusunun suç oluşturması halinde emre itaat yükümlülüğü hiçbir koşulda bulunmamakta, kanunun açık hükmü doğrultusunda konusu suç oluşturan emir hiçbir zaman bağlayıcı olmamaktadır⁸²⁹.

⁸²⁵ Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 478; Mazeret nedeni kavramına ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, b.

⁸²⁶ Dursun, s. 240.

⁸²⁷ Dursun, s. 241-242.

⁸²⁸ nver, s. 58.

⁸²⁹ Bkz. Hafizogulları/ zen, s. 216.

Bu noktada, konusu suç oluşturan hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisiyle ilgili olarak ele alınması gereken diğer bir husus, konusu suç oluşturan emirlerin hiçbir koşulda ifa edilemeyeceğine ve ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağına ilişkin kuralın (AY m. 137/2, TCK m. 24/3) istisnasının bulunup bulunmadığıdır. Değinildiği üzere öğretide, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği halleri öngören hükümlerin (AY m. 137/3, TCK m. 24/4) konusu suç oluşturan emre ilişkin kuralın istisnası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmaktadır⁸³⁰. Anayasa m. 137/3'te ve TCK m. 24/4'te yer alan düzenlemelerden yola çıkılarak öğretide emrin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin engellendiği hallere ilişkin istisnai hükümlerin, konusu suç teşkil eden emrin ifa edilemeyeceğine ve ceza sorumluluğunu kaldırmayacağına ilişkin kuraldan sonra gelen fıkralarda yer aldığına dikkat çekilmiş, kanun yapma tekniği bakımından sonraki hükmün önceki hükümdeki kuralın istisnasını oluşturduğu şeklinde anlaşılmasına imkan verdiği ifade edilmiştir⁸³¹. Buradan doğan tartışma kapsamında öğretide farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide bir görüş, emrin konusunun suç oluşturma halinde ifa edilmesinin ceza sorumluluğunu kaldırmayacağına ilişkin kuralın hiçbir istisnasının bulunmadığını kabul etmektedir⁸³². Bu görüşe göre konusu suç oluşturan emir bir hukuk devletinde hiçbir koşulda bağlayıcı olamazken, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirler kanun koyucunun gösterdiği koşullar çerçevesinde istisnai olarak bağlayıcı hale gelebilmektedir. Dolayısıyla bu görüş AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4'te gösterilen hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerin konusu suç oluşturan emirlerin sorumluluğu kaldırmayacağı kuralının değil, suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlere ilişkin yazılı tekrarı öngören hükmün istisnası olabileceğini kabul etmektedir⁸³³. Diğer bir ifadeyle AY m. 137/3 hükmünün AY m. 137/1'de yer verilen kuralın istisnalarını içerdiğini⁸³⁴, AY m. 137/2'de yer alan konusu suç oluşturan emirlerin yerine getirilemeyeceğine ve sorumluluğu kaldırmayacağına

⁸³⁰ Erdoğan, s. 202.

⁸³¹ Demirel, Amirin Emri, s. 89; Bu yoruma müsait olan kanun metninin ve kanun yapma tekniğinin eleştirisi için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408.

⁸³² Bu yönde bkz. Önder, s. 234-235; Hafızoğulları/ Özen, s. 216; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408; Savaşçı Temiz, s. 149.

⁸³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 490.

⁸³⁴ İçel, s. 336; Centel/ Zafer/Çakmut, s. 313; Demirbaş, s. 300.

ilişkin kuralınsa hiçbir istisnasının bulunmadığını kabul etmektedir⁸³⁵. AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4'ün konusu suç oluşturan emirlere ilişkin kuraldan sonra yer almasının bu kuralın istisnası olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanamayacağı, bu yorum şeklinin hem düzenlemenin amacına aykırı olduğu hem de bir hukuk devletinde kişilere suç işleme yetkisinin verilmesi anlamına geleceğine dikkat çekilmiştir⁸³⁶. Değinildiği üzere, hukuka uygunluk denetiminin engellendiği haller mevzuatta mutlak itaatin arandığı askeri hukuk ve kolluk hukuku alanındaki hükümlerde (AsCK m. 41, PVSK m. 2/3) düzenlenmiş olup, konusu suç oluşturan emirlerin ifasının ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği kuralının istisnası bulunmadığını savunan görüşteki bazı yazarlar tarafından, PVSK ve AsCK hükümlerinin konusu suç oluşturan emirlerin ifasını kapsayıp kapsamadığı konusu da ayrıca ele alınarak değerlendirilmiştir. AsCK m. 41/2'de yer verilen “*hizmete müteallik hususlarda verilen emir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emri veren sorumludur*” hükmüne ilişkin olarak bazı yazarlar buradaki emrin konusunun “açıkça suç oluşturmaması” gerektiğini⁸³⁷; bazı yazarlar ise anılan hükmün konusu suç teşkil eden emir söz konusu olduğu halde emre itaat yükümlülüğü getirecek şekilde kaleme alındığını ve ceza sorumluluğu bakımından bir mazeret nedeni olarak nitelendirilebileceğini, ancak bu yönde bir düzenlemenin hukuk devletinde kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁸³⁸. Bu çerçevede öğretide bazı görüşler tarafından, AsCK m. 41'de hizmete ilişkin emrin suç oluşturmamasının mümkün olduğu öngörülen hallerin, her ne kadar istisna oluşturacak şekilde düzenlenmiş olsa da, Anayasa'daki konusu suç oluşturan emrin ifasından her koşulda sorumlu olunacağı kuralına aykırılık teşkil ettiğinin de altı çizilmektedir⁸³⁹. Yine, PVSK m. 2/3 kapsamında verilen emirlerin konusunun suç teşkil etmesi halinde ifa edilemeyeceği de mutlak olarak kabul edilmektedir⁸⁴⁰. AsCK hükmünün eleştirisine benzer bir husus PVSK m. 2/3 ile ilgili olarak da ele alınmış, maddedeki ifadenin emrin yazılı

⁸³⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 313; Hafizoğulları/ Özen, s. 216.

⁸³⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408-409.

⁸³⁷ Demirbaş, s. 302.

⁸³⁸ Bu görüşte, konusu suç oluşturan emrin mutlak itaat halleri kapsamında istisna olarak düzenlendiği genel olarak kabul edilmemekle birlikte, AsCK m. 41/2 hükmündeki “*hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse*” ifadesinden emrin konusunun suç teşkil edebileceğinin de kabul edildiği belirtilmektedir. Emrin hizmete ilişkin olmasıyla suç oluşturmamasının birbiriyle bağdaşmayan ve hukuk devletinde kabul edilmemesi gereken kavramlar olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 491-493.

⁸³⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 492; Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 345; Hakeri, s. 365.

⁸⁴⁰ Bu yönde bkz. Centel/ Zafer/Çakmut, s. 313-314; Demirbaş, s. 303; Özgenç, Genel Hükümler, s. 490.

olarak tekrarı istenmeksizin derhal ifa edileceği hallerde emrin suç teşkil etse dahi ifa edilmesine imkan verildiği şeklinde anlaşılmasının mümkün olduğu vurgulanmıştır. Bu doğrultuda PVSK m. 2/3 bakımından da, suç teşkil eden emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırdığına ilişkin ifadenin Anayasa'ya aykırı olmadığı kabul edilebilmesi için hükmün yalnızca yazılı emir isteme mecburiyetini kaldırdığı şeklinde yorumlanmasının gerektiği ifade edilmiştir⁸⁴¹.

Öğretideki diğer yaklaşım ise emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde ifa edilemeyeceği ve emri ifa eden kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı kuralını benimsemekle birlikte, AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4'te öngörülen hukuka uygunluk denetiminin engellendiği mutlak itaat hallerinde emrin denetlenmeksizin ifa edilmesi yükümlülüğü uyarınca, verilen emrin suç oluşturmaya rağmen ifa edilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4'te tarif edilen ve hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği emirler esasen suç teşkil etmelerine rağmen ifa edilmeleri halinde emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunu kaldırır⁸⁴². Dolayısıyla bu görüşü benimseyen bazı yazarlar tarafından, emre mutlak itaatin arandığı, hukuka uygunluk denetiminin engellendiği hizmete ilişkin emirler bakımından konusu suç teşkil eden emirlerin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırması bir istisna olarak açıklanmaktadır⁸⁴³. Bu hususta bir görüş tarafından ayrıca, konusu suç teşkil eden emrin ifa edilemeyeceği kuralının istisnasının bulunmadığının ve TCK m. 24/4'te öngörülen hallerin yalnızca konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirler için geçerli olduğunun kabul edilmesi halinde, konusu suç oluşturmayan emirler idare ve anayasa hukukunu ilgilendirdiği

⁸⁴¹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96.

⁸⁴² Donay, s. 39; Aynı yönde mülga TCK m. 49 çerçevesinde değerlendiren Yüce, askerlik ve güvenlik hizmetlerinin çabuk ve aksamadan yürütülmesi ihtiyacının konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği kuralının mutlak olamayacağını, istisnalarını açıkladığını ifade etmiştir. Yüce, Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I, s. 275; Aynı doğrultuda AY m. 137/3 hükmü ile AY m. 137/2'deki kuralın dışına çıkıldığı hususunda bkz. Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 901.

⁸⁴³ AY m. 137/3'te askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde AY m. 137/2'deki konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği kuralından ayrılınabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Donay, s. 39; Aynı doğrultuda, AY m. 137/3'teki kuralın ikinci fıkradaki istisnanın istisnası olduğu belirtilmiştir. Bkz. Çetinkaya, s. 304; TCK m. 24/4'te, m. 24/3'te yer verilen konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği kuralının istisnasının düzenlendiği, yine AY m. 137/3 uyarınca kanunda gösterilen istisnaların varlığı halinde konusu suç oluşturan emri yerine getiren kişinin sorumluluktan kurtulabileceğine işaret edildiği hakkında bkz. Şen, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 66-67; Şen, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler", s. 75.

için bu hükmün TCK’de yer almasının da anlamının kalmayacağı ifade edilmiştir⁸⁴⁴. Diğer bir görüş çerçevesinde, AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4’te atıfta bulunulan hukuka uygunluk denetiminin engellendiği mutlak itaat hallerine ilişkin hükümlerin konusu suç oluşturmeyan hukuka aykırı emirlerle ilgili olmadığı⁸⁴⁵; burada esasen emrin suç oluşturduğunun açık olmadığı, astın emrin suç oluşturduğunu bilmediği ve hukuka uygunluk denetiminin engellendiği emirlerin ifasının düzenlendiği ileri sürülmektedir⁸⁴⁶.

b. Konusu Suç Oluşturmeyan Hukuka Aykırı Emri Açıklayan Görüşler

Öğretide konusu suç oluşturmeyan hukuka aykırı emirlerin hukuki niteliği kapsamında AY m. 137/1 uyarınca hukuka aykırılığı tespit eden kişinin emri veren merciin tekrarıyla emri ifa etmesi hali ile birlikte, AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4’te atıfta bulunulan hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği emirlerin ifası ele alınmaktadır⁸⁴⁷. Bununla birlikte önceki bölümde açıklandığı üzere emrin konusunun suç oluşturmamasının tanımı ve içeriğindeki anlayış farklılığına dayalı olarak yazarların “konusu suç oluşturmeyan” hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin görüşleri de değişiklik göstermektedir. Öğretide konusu suç oluşturmeyan hukuka aykırı emir kavramının ilişkili olduğu hükümler ve hukuki niteliğine ilişkin görüşler ortak hukuki nitelemelere göre tasnif edilerek açıklanmış, yazarlar arasındaki görüş farklılıklarına ilgili başlık içerisinde ayrıca yer verilmiştir.

⁸⁴⁴ Neslihan Demirkol, “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 2, 2021, ss. 419-470, s. 455.

⁸⁴⁵ Demirel, Amirin Emri, s. 102; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 478; Gökpınar, s. 84.

⁸⁴⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 102; Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 478.

⁸⁴⁷ Bu yönde hukuka aykırı bağlayıcı emir ve bağlayıcı gayri meşru emir kavramları için bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 578-579.

aa. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kabul Eden Görüş

Öğretide bir görüş konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasını hukuka uygunluk nedeni olarak açıklamaktadır⁸⁴⁸. Bu görüşe göre, kanun koyucu bazı hallerde emri alan kişiye emir hukuka aykırı olmasına rağmen o emre itaat yükümlülüğü yüklemiştir ve kanun koyucu tarafından getirilen bir yükümlülüğün gereğini yapan kişinin bu eyleminin aynı zamanda suç sayılması yine hukukun çelişmezliği ilkesine aykırı olacaktır⁸⁴⁹. Hukuka aykırı emrin ifasına ilişkin hükümlerde de kanun tarafından açıkça yüklenen bir itaat yükümlülüğü bulunduğu için bu hallerde de hukuka uygun emirde olduğu gibi bir görevin ifası söz konusu olmaktadır. AY m. 137/1’de hukuka aykırı bir emri alan kamu görevlisinin hangi koşullarda emre itaat yükümlülüğünün doğacağı tarif edilmiş ve bu hüküm uyarınca hukuka aykırılığı emri veren mercie bildirerek merciin yazılı tekrarını alan kamu görevlisinin o emri ifa edeceği bir görev olarak açıkça gösterilmiştir. Böylece Anayasa hükmüyle hukuka aykırı bir emrin ifasının emri ifa eden kişi bakımından hukuka uygunluğu sağlanmış olmaktadır⁸⁵⁰. Anayasa m. 137/1 doğrultusunda diğer mevzuat hükümlerinde yer verilen emri veren merciin yazıyla emri yinelemesi halinde hukuka aykırı emrin ifasının zorunlu olduğuna ilişkin hükümler (DMK m. 11, PVSK m. 2, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yön. m. 42, Sahil Güvenlik Komutanlığı Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yön. m. 41) de aynı kapsamda hukuka uygunluk nedeni oluşturur. Anılan hükümlerde gösterilen usule uygun olarak yinelenen bir emir bağlayıcı hale geldiğinden, bu durumda emrin yerine getirilmemesi de ayrıca yaptırım altına alınmıştır⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ Bu görüşte bkz. Önder, s. 233-235; İçel/ Evik, s. 103; İçel, s. 332-333; Hafizoğulları/ Özen, s. 215-216; Savaşçı Temiz, s. 54, Erdoğan, s. 195; Öğretide bazı yazarlar hukuka aykırı emrin ifasını hukuka uygun emrin ifasıyla birlikte hukuka uygunluk nedenleri arasında ele almaktaysa da hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki niteliğine ilişkin ayrı bir değerlendirmeye yer vermemektedir. Bu yönde bkz. Toroslu/ Toroslu, s. 164-165; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 312-313; Demirbaş, TCK m. 24’ün gerekçesinde yetkili merciin emrini ifanın bir sorumsuzluk nedeni olarak ifade edildiğini ve bununla bağlantılı olarak CMK m. 223/3-b’de hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası suretiyle suçun işlenmiş olması halinde “kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verileceğinin öngörüldüğünü belirtmiştir. Ancak yazar buna rağmen yetkili merciin emrini ifayı hukuka uygunluk nedenleri arasında incelemeye devam ettiğinin altını çizmektedir. Bu doğrultuda yazar 765 sayılı mülga TCK m. 49/1’de yer verilen “görevin ifası” hukuka uygunluk nedeninin TCK m. 24’te aynen muhafaza edildiğini belirterek yetkili merciin emrini ifayı görevin ifası hukuka uygunluk nedeni üst başlığı altında ele alarak açıklamaktadır. Demirbaş, s. 295, 297.

⁸⁴⁹ Savaşçı Temiz, s. 54.

⁸⁵⁰ İçel, s. 332; Savaşçı Temiz, s. 54.

⁸⁵¹ Bu hallerde ilgili mevzuat uyarınca aylıktan kesme, uyarma, kademe ilerlemesinin durdurulması gibi yaptırımların uygulanması mümkündür. Erdoğan, s. 192-193.

Bu görüşte olan bazı yazarlar, TCK m. 24 gerekçesinde yer alan açıklamaların hatalı ifadeler içerdiğinin altını çizmektedir. Buna göre, gerekçedeki hukuka aykırı emrin AY m. 137/1 doğrultusunda yazılı olarak tekrar edildiği hallerde emri ifa eden kişinin sorumlu olmayacağına yönelik kuralın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığına ve sorumsuzluk nedeni olduğuna ilişkin ifadeler hatalıdır⁸⁵². Öncelikle gerekçedeki “sorumsuzluk nedeni” kavramının suç genel teorisinde yer alan bağımsız bir kategori olmadığı ve kapsamına farklı hukuki niteliği karşılayan kavramların dahil edilebileceği belirtilmiş, ayrıca gerekçede belirtildiği şekilde hukuka aykırı bir emrin ifasının zorunlu olmasının emri hukuka uygun hale getirmediği argümanının da hatalı olduğuna dikkat çekilmiştir⁸⁵³. Zira bu görüş kapsamında hukuka aykırı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturması emrin hukuka uygun hale geldiğine bağlanarak açıklanmamaktadır. Burada hukuka aykırı bir emir hukuka uygun hale gelmemekte, emir hukuka aykırılığını korurken o emri ifa etme eylemi hukuka uygun hale gelmektedir. Bu doğrultuda, gerekçede amirin hukuka aykırı emir verme eylemi ile emri alan kişinin hukuka aykırı emri yerine getirme eylemlerinin karıştırıldığı ifade edilmektedir⁸⁵⁴.

Bu görüşe göre hukuka aykırı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturması yalnızca konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirleri kapsamaktadır. AY m. 137/2 ve TCK m. 24/3 uyarınca konusu suç teşkil eden emrin ifasının hiçbir zaman ceza sorumluluğuna etki eden bir neden oluşturmayacağı, hukuka aykırı bir emre itaat yükümlülüğünün yalnızca konusu suç oluşturmayan emirler için geçerli olduğu ifade edilmektedir. Bir hukuk devletinde hiçbir merciin kanunun suç saydığı bir eylemin gerçekleştirilmesini emretme yetkisinin bulunduğu kabul edilemeyeceği için hukuki bir işlem olan emrin konusu da hiçbir zaman kanunun suç saydığı bir eylemin işlenmesi talebini içermeyecektir. Dolayısıyla

⁸⁵² “Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları halinde, bu emri “yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir “emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz” (madde 137, fıkra I). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir.” Gerekçe metni için bkz. Yurtcan, Türk Ceza Kanunu, s. 418-419.

⁸⁵³ Sorumsuzluk nedeninden genellikle kusurluluğu, isnat yeteneğini veya hukuka aykırılığı kaldıran nedenler gibi birbirinden farklı hukuki nitelikteki alt kavramlar anlaşılmaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, s. 215, Savaşçı Temiz, s. 56.

⁸⁵⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 215.

konusu suç oluşturan emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı kuralının (AY m. 137/2, TCK m. 24/3) istisnasının bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁵. Bu görüşe göre, emri alan bir kamu görevlisi emrin hukuka uygunluğunu denetim yükümlülüğü ve yetkisi kapsamında, aldığı emrin suç oluşturduğunu her zaman denetlemekle ve suç oluşturan bir emre itaat etmemekle yükümlüdür⁸⁵⁶. Kanun koyucu konusu suç oluşturan emirlerle ilgili olarak hukuka aykırılığın yazılı tekrar yoluyla çözülmesi imkanını tanımamış, konusu suç oluşturan emirleri açıkça AY m. 137/1'in kapsamı dışında bırakmıştır. Bununla birlikte bu görüşe göre, konusu suç oluşturan bir emrin ifası hiçbir koşulda ceza sorumluluğunu kaldırmamaktayken, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı bir emrin ifası eyleminin suç oluşturmaya mümkün olabilecektir. Bu durumda eğer AY m. 137/1'de öngörülen yazılı tekrar yolu takip edildiyse artık emrin ifası zorunlu olacağı için emrin ifasıyla oluşan eylem hukuka uygun hale gelecek ve suç oluşmayacaktır⁸⁵⁷. Örneğin, hukuka aykırı bir tutuklama müzekkeresi alan kolluk görevlisi hukuka aykırılığı amirine bildirdikten sonra, amirin yazılı tekrarı üzerine emri ifa ederek tutuklamada bulunacak, bu durumda yazılı tekrar üzerine emri ifa etme görevi nedeniyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından eylemi hukuka uygun sayılacaktır⁸⁵⁸. Aynı doğrultuda, konusu suç oluşturmamayan hukuka aykırı emri alan kişinin emri yerine getirme eylemi hukuka uygun olduğu için örneğin görevi kötüye kullanma suçu da oluşturmayacaktır⁸⁵⁹. Bununla birlikte emrin ifasıyla oluşan eylemden dolayı emri veren merciin sorumlu tutulacağı ileri sürülmüştür⁸⁶⁰. Öğretide bu konuda hukuka aykırı emrin ifasının hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi halinde emri veren merciin sorumlu tutulacağı bir suçtan söz edilemeyeceğine dikkat çekilmişse de⁸⁶¹, hukuka uygunluk nedeni oluşturduğuna yönelik görüş çerçevesinde emri veren merciin sorumluluğunun hukuka aykırı emir verme eyleminden dolayı görevi kötüye kullanma suçunun faili olmasından kaynaklandığı, burada emri ifa etme eylemine azmettiren olarak iştiraktan sorumlu tutulmadığı ifade edilmiştir⁸⁶².

⁸⁵⁵ Bu yönde bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 216; Savaşçı Temiz, s. 148-149.

⁸⁵⁶ Önder, s. 235; Hafizoğulları/ Özen, s. 216.

⁸⁵⁷ İçel, s. 332.

⁸⁵⁸ Hafizoğulları/ Özen, s. 218.

⁸⁵⁹ Savaşçı Temiz, s. 57.

⁸⁶⁰ Hafizoğulları/ Özen, s. 218.

⁸⁶¹ Değirmenci, "...Amirin Emrini İfa", s. 458.

⁸⁶² Görevin gereklerine aykırı davranarak kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açılması halinde görevi kötüye kullanma suçunun oluşabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Savaşçı Temiz, s. 57.

Bu görüş tarafından AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4'te atıfta bulunulan hukuka uygunluk denetiminin engellendiği mutlak itaat hallerinde emri ifa eden merciin sorumlu tutulamayacağına ilişkin kuralların (AsCK m. 41/2, PVSK m. 2/2) ceza sorumluluğuna etkisi de hukuka uygunluk nedeni başlığı altında ele alınmaktadır. Anılan hükümler kapsamında, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandığı mutlak itaat hallerinde ifa edilen emrin hukuka aykırı olabileceği ancak konusunun suç oluşturamayacağı vurgulanmaktadır⁸⁶³. Emrin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin kanunen engellendiği hallere atıfta bulunan AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4 hükümlerine ilişkin olarak bir kısım yazarlar AY m. 137/1'de yer verilen kuralının istisnasının AY m. 137/3'te gösterildiğini ifade etmektedir⁸⁶⁴. Diğer bir görüş ise, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmekle birlikte, TCK m. 24/4 uyarınca hukuka uygunluk denetiminin kanunla engellendiği hallerde verilen emirleri ayrı değerlendirerek bu hallerde emrin konusunun suç olup olmadığı bilinemediği için ifa edilebileceğini, bu istisnai düzenleme uyarınca emri ifa eden kişinin kusurunu kaldıran bu durumun fiili hatanın bir görünümü olduğunu belirtmektedir⁸⁶⁵. Bu konuda ayrıca, emrin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri alan kişinin emrin konusunun suç oluşturduğunu bilmediği için emri ifa etmesi halinde ceza sorumluluğunun bulunmayabileceği, ancak bunun nedeninin emrin ifasına değil hatanın kusurluluğu kaldırmasına dayandığı da ileri sürülmektedir⁸⁶⁶.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin olarak Alman hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre, hukuka aykırı emrin

⁸⁶³ Bkz. İçel, s. 337; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 313-314; Toroslu/ Toroslu mutlak itaatin arandığı emrin içerik denetiminin engellendiği halleri "bağlayıcı gayri meşru emir" olarak adlandırarak hukuka uygunluk nedeni başlığında ele almaktadır. Toroslu/ Toroslu, s. 164-165.

⁸⁶⁴ AY m. 137/3'te gösterilen emre mutlak itaatin beklendiği haller kapsamında askeri hukuk mevzuatında ve PVSK'de yer alan mutlak itaat halleri ele alınmaktadır. Bkz. Önder, s. 235; İçel, s. 336-337; Demirbaş, mutlak itaatin arandığı hallerin yanı sıra emrin hukuka aykırılığının bilinmemesini de AY m. 137/1'in istisnaları arasında açıklamaktadır. Demirbaş, s. 300.

⁸⁶⁵ Konusu suç oluşturan emrin, emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırını oluşturduğu, emrin içeriğinin denetlenmesinin engellendiği hallerde görünüşte hukuka uygun olan ancak konusu suç oluşturan bir emri ifa eden kişinin bilgisizliği nedeniyle iradesinin etki altında kaldığı ve kusurunun ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Görüşle ilgili olarak bkz. Erdoğan, s. 220-221.

⁸⁶⁶ Bu görüş doğrudan doğruya konusu suç oluşturan emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni, kusurluluğu kaldıran neden veya cezalandırılabilirliği kaldıran neden olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Savaşçı Temiz, s. 62, 63.

ifası esasen yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedenine dayanır⁸⁶⁷. Buna göre hukuka aykırı bağlayıcı bir emri alan kişi bakımından emre itaat yükümlülüğü ile hukuka uygun davranma yükümlülüğü çatışır. Bu çatışan yükümlülüklerden bazı hallerde hiyerarşik düzenin işleyişinin korunmasına hizmet eden astın amire itaat yükümlülüğü üstün gelirken, bazı hallerde kanun koyucu hukuka uygun davranma yükümlülüğünü üstün tutar⁸⁶⁸. Hukuka aykırı bağlayıcı idari işlemler bakımından bu emirlerin ifası ancak itaat yükümlülüğünün ceza hukuku ve kabahatler hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerden daha üstün olması halinde hukuka uygundur⁸⁶⁹. Emrin ceza hukukunu veya insan onurunu ihlal eder nitelikte olmadığı hallerde itaat yükümlülüğü hukuka uygun davranma yükümlülüğüne üstün gelebilmektedir⁸⁷⁰. Bu konuda Alman hukukunda bazı hallerde hiyerarşik itaat yükümlülüğünün, idare hukuku, özel hukuk ve bazen kabahatler hukuku normlarına uyma yükümlülüğünden üstün geldiği; emrin ifasıyla hafif bir ihlal oluşuyorsa emre itaat yükümlülüğünün üstün tutulacağı, ancak ceza hukukunu, insan onurunu veya kısmen kabahatler hukukunu ihlal eden ağır bir ihlale yol açıyorsa bu ihlallere yol açacak emrin ifasından kaçınma yükümlülüğünün üstün geleceği gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁸⁷¹.

bb. Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Kabul Eden Görüş

Öğretide bazı yazarlar konusu suç oluşturmayan hukuk aykırı bağlayıcı emrin ifasını kusurluluğu kaldıran neden olarak açıklamaktadır⁸⁷². Değinildiği üzere, emri alan kişinin aldığı emri hukuka uygun olup olmadığı konusunda denetleme yükümlülüğü bulunur ve emri şeklen ve içerik olarak denetlemesi sonucunda emrin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse, durumu AY m. 137/1 uyarınca emri veren mercie bildirerek yazılı olarak tekrar edilmesi üzerine emri yerine getirmek zorunda

⁸⁶⁷ Dursun, s. 212; Savaşçı Temiz, s. 52.

⁸⁶⁸ Dursun, s. 212.

⁸⁶⁹ Savaşçı Temiz, s. 53.

⁸⁷⁰ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band: I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, kn. 19, s. 794-795, Alen Falnovic, Aspekte der Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl im deutschen und internationalen Recht, Epubli, 2008, s. 33 (Aktaran: Savaşçı Temiz, s. 53).

⁸⁷¹ Görüşlerle ilgili olarak ayrıca bkz. Dursun, s. 212, dn. 17, 18.

⁸⁷² Bu yönde bkz. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 341; Zafer, Genel Hükümler, s. 456; Özgenç, Genel Hükümler, s. 489; Hakeri, s. 361; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 575; Akbulut, s. 663.

kalır. Bu durumda emir hukuka aykırı olsa dahi, emri alan kişi bakımından ifası zorunlu hale gelmiş olan “hukuka aykırı bağlayıcı emir” söz konusu olur⁸⁷³. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının kusurluluğu kaldıran etkisi bu görüşü savunan yazarlar tarafından çeşitli gerekçelerle temellendirilmektedir. Dayanak gösterilen gerekçelerden ilki, emri hukuka aykırı olmasına rağmen ifa etmek zorunda kalmasının emri alan kişi bakımından irade özgürlüğünü ortadan kaldıran bir mecburiyet hali oluşturduğu şeklindedir. Burada kanun koyucu hukuka aykırı bir emri ifa etmek zorunda kalan kişinin içinde bulunduğu hiyerarşik yapı nedeniyle bazı hallerde belirli koşulların varlığına bağlı olarak irade özgürlüğünün bulunmadığını normatif olarak kabul etmiş, bu durumda sorumluluğu hukuka aykırı emri veren kişiye yüklemiştir⁸⁷⁴. Bu konuda hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı sayılarak emri alan kişiyi ifaya mecbur bırakması halinde emri ifa eden kişinin sorumlu tutulmasının kusur ilkesine aykırı olacağına dikkat çekilmiştir⁸⁷⁵. Ayrıca, AY m. 137/1 uyarınca hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası halinde emri veren kişinin sorumlu olmaya devam etmesi emrin ifasının kusurluluğu etkileyen neden olduğu görüşünü destekleyen bir dayanak noktası olarak gösterilmektedir. Emri veren merciin sorumlu olmaya devam etmesi eylemin hukuka aykırılığını koruduğunu göstermekte, bu doğrultuda emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürmek mümkün gözükmemektedir⁸⁷⁶. Burada hukuka aykırı emri veren kişinin kusurluluğu etkilenmediği için sorumlu tutulması mümkün olmaktadır⁸⁷⁷. Bu konuda ayrıca, bir hukuk devletinde hukuka aykırı bir emrin hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağının da altı çizilmektedir⁸⁷⁸. Diğer bir gerekçe olarak, CMK m. 223/3-b bendinde “hukuka aykırı bağlayıcı emrin” ifasının failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller arasında gösterilmesine değinilmiş, buradan yola çıkılarak kusurluluğu kaldıran bir hal olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁷⁹. TCK m. 24’ün gerekçesinde de emrin hukuka aykırı olmasına rağmen bağlayıcı olduğu haller “sorumsuzluk nedeni” olarak

⁸⁷³ Zafer, Genel Hükümler, s. 457-458; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 578.

⁸⁷⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 488-489, dn. 787; Akbulut, s. 664; Emri alan kişinin içinde bulunduğu konum nedeniyle karşı koyacak pozisyonunda olmadığı, aksi halde hiyerarşik düzende bazı yaptırımlara maruz kalmasının mümkün olacağı hakkında bkz. Demirkol, s. 431.

⁸⁷⁵ Hakeri, s. 362.

⁸⁷⁶ Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342.

⁸⁷⁷ Hakeri, s. 362.

⁸⁷⁸ Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342.

⁸⁷⁹ Zafer, Genel Hükümler, s. 458; Özgenç, Genel Hükümler, s. 489; Akbulut, s. 664.

tarif edilmiştir⁸⁸⁰. Madde gerekçesindeki bu ifade de, hukuka aykırı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülmemiş olduğunun dayanakları arasında gösterilmektedir⁸⁸¹.

Bu görüş kapsamında, AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4'te yer verilen emrin hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından engellendiği hallerde emri ifa eden kişinin sorumsuzluğu da kusurluluğu kaldıran hal olarak açıklanmaktadır. Kanun koyucunun acele olarak emrin ifasını istediği, mutlak itaatin arandığı bu hallerde emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi engellendiği ve yazılı olarak yenilenmesinin istenmesi mümkün olmadığı için emri ifa etmek zorunda kalan kişinin kusurluluğundan söz edilemeyecektir⁸⁸². Bu görüşe göre hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramı, devlet faaliyetlerinin düzen içinde devamlılığının sağlanması amacıyla hukuka aykırı emrin yazılı olarak tekrar edilerek (AY m. 137/1) veya bazı istisnai hallerde (AY m. 137/3, TCK m. 24/4) yazılı tekrar beklenmeksizin ifasının zorunlu sayıldığı halleri de içermektedir⁸⁸³. Bu doğrultuda, bu görüşteki yazarlardan bazıları AY m. 137/3 kapsamındaki mutlak itaat hallerinin AY m. 137/1 hükmünün bir istisnası olabileceğini, AY m. 137/2'deki konusu suç teşkil eden emirlerinse istisnasının bulunmadığını, konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir zaman ifasının zorunlu olamayacağını kabul etmektedir⁸⁸⁴. Esasen emrin konusunun suç oluşturması halinde, emri alan kişinin soyut hiyerarşik yapı içindeki konumunun emri ifa etmeye yönelik iradesini ortadan kaldıracağını kabul etmek bir hukuk devletinde mümkün değildir. Bu nedenle konusu suç oluşturan hukuka aykırı emirler bakımından, kanunun açık hükmü (AY m. 137/2, TCK m. 24/3) doğrultusunda, emri ifa eden kişi her zaman sorumlu olacak, emrin ifası hiyerarşik yapı, ast-üst ilişkisi gibi nedenlerden dolayı mazur görülemeyecektir⁸⁸⁵. Burada maddelerdeki fıkraların sıralanış şekline bakıldığında konusu suç teşkil eden emrin ifa edilemeyeceğine

⁸⁸⁰ Gerekçe metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>.

⁸⁸¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 488; Hakeri, s. 361.

⁸⁸² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 576-577; Akbulut, s. 665, 666; Ali Kemal Yıldız, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Açıklamalar – Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007/12, İstanbul, 2007, s. 49.

⁸⁸³ Bkz. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 343; Aynı yönde Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 576-577.

⁸⁸⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Konusu suç oluşturan hukuka aykırı emirlerin istisnalarının bulunup bulunmadığı konusundaki görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2, a.

⁸⁸⁵ Burada emri alan merciin irade özgürlüğüne etki eden faktörün amirin tatbik ettiği şahsi nüfuz olduğu hususunda bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Bu durumda iradenin etkilendiği kabul edilmemekte, tam aksine suç oluşturan bir emri yerine getirmemesi beklenmektedir. Akbulut, s. 666.

ilişkin yasaktan sonra mutlak itaat hallerine ilişkin istisnalara yer verilmesinin sistematik yorumla isabetli olmayan sonuca götüreceği, bu nedenle amaçsal yorumla, konusu suç oluşturan emrin hiçbir zaman ifa edilemeyeceğine ilişkin kuralın mutlak itaat hallerinde dahi geçerli olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğine dikkat çekilmiştir⁸⁸⁶.

Bu konuda diğer bir görüşe göre ise, konusu suç oluşturan emrin sorumluluğa etki etmeyeceği kuralı PVSK m. 2/2 ile AsCK m. 41/2 gibi emrin içerik yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin kısıtlandığı hallerde de geçerlidir. Ancak bu hallerde konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği kuralı görev ve hizmetin dışında verilen emirler bakımından söz konusu olur⁸⁸⁷. Zira bazı görevler kapsamında verilen emirlerin konusu suç tanımına uyan eylemleri içerebilmektedir ve bu durumlarda kanundaki istisnai hükümler doğrultusunda emrin konusu suç oluştursa dahi emri alan kişinin emrin suç işleme amacıyla verildiğini bilmemesi veya sınırı aşmaması halinde yine sorumlu tutulmaması gerekir⁸⁸⁸. Aynı doğrultuda ayrıca, AsCK m. 41/2’de AY m. 137/3’te yer verilen istisnalardan birine yer verilmiş olduğu, askeri hizmete ilişkin emirler bakımından emrin konusu suç oluştursa dahi emri alan kişinin yerine getireceği ancak sorumlu tutulmayacağı da belirtilmektedir⁸⁸⁹.

cc. Mazeret Nedeni Olarak Kabul Eden Görüş

Öğretide bir görüş tarafından hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının emri ifa eden kişi bakımından bir mazeret nedeni oluşturacağı ileri sürülmektedir⁸⁹⁰. Bu görüş kapsamında, hukuka aykırı bir emrin ifasının failin eylemini hukuka uygun hale

⁸⁸⁶ Özen, s. 672.

⁸⁸⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 458-459.

⁸⁸⁸ AsCK m. 41/3 hükmünün bu yönde değerlendirilmesi için bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 459.

⁸⁸⁹ Bu yönde bkz. Akbulut, s. 666.

⁸⁹⁰ Bu yönde bkz. Meraklı, s. 286; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 402; Öğretide Hakeri, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının mazeret nedeni olduğunu ifade ederken kusurluluğu kaldıran bir neden olarak açıklamakta, iki kavram arasında fark gözetmeksizin emri ifa eden kişinin hukuka aykırı olmasına rağmen bir emri ifa etmek zorunda kalması nedeniyle kusuru bulunmadığı için emrin ifasının kusurluluğu etkilediğini kabul etmektedir. Hakeri, s. 361-362; Benzer şekilde Özgenç, hukuka aykırı emrin ifasının mazeret nedeni olduğunu ifade ederken kusurluluğu kaldıran nedenlerle arasında fark bulunmadığını kabul etmektedir. Özgenç, Genel Hükümler, s. 488, 489, dn. 789. Bu nedenle anılan yazarlar kusurluluğu kaldıran neden kabul eden görüşler arasında ele alınmıştır.

getiremeyeceği, ancak eylemin amacı bir itaat yükümlülüğünün yerine getirilmesi olduğu için eylemin haksızlık içeriğinin ceza verilmesini gerektirmeyecek kadar azalmış olduğu kabul edilmektedir. Zira yetkili merciin verdiği hukuka aykırı bir emrin ifasında emri alan kişinin eylemi tipik olsa da, bağlayıcı nitelikte olan emre itaat yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacına yöneliktir ve emri alan kişi bu emri ifa etmemesi halinde uğrayabileceği disiplin cezası yaptırımının, hakkında soruşturma başlatılması tehlikesinin ve emir ilişkisinin emrin hukuka aykırılığı konusunda acil karar vermesini gerektiren niteliğinin baskısı altındadır. Bu baskı nedeniyle hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası da mazeret nedenlerinin temelini oluşturan, kişinin içinde bulunduğu koşullarda hukuka uygun davranmasının kendisinden beklenememesi ilkesinin bir görünümü olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁹¹. Hukuka aykırı bağlayıcı emirlerin ifasının mazeret nedeni oluşturduğunu kabul eden görüşlerin dayanakları arasında hukuka aykırı emrin ifası halinde emri verenin sorumlu olmaya devam etmesi de gösterilmekte, böylece emri ifa etme eyleminin hukuka aykırılığını koruduğuna dikkat çekilmektedir. Diğer yandan CMK m. 223/3'te yapılan değişiklikle birlikte mülga TCK'den farklı olarak hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek hallerden biri olarak düzenlenmesi de kanun koyucunun mazeret nedeni yaratmaya çalıştığının bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir⁸⁹².

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının mazeret nedeni olduğunu kabul eden görüş çerçevesinde getirilen açıklamalarda, AY m. 137/1 kapsamında konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası ile AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4 kapsamında hukuka uygunluk denetiminin kanunen engellendiği hallerde hukuka aykırı emrin ifası hallerinin hukuki niteliği konusunda farklı yaklaşımlar ortaya konulmuştur. Bir görüş, AY m. 137/1 kapsamında konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedeni olduğunu kabul etmektedir⁸⁹³. AY m. 137/1 uyarınca emri veren merciin yazılı tekrarı üzerine emri ifa eden kişinin mazeret nedeninden yararlanacağı, ancak emrin konusunun suç

⁸⁹¹ Meraklı, s. 286-287; Mazeret nedeni kavramıyla ilgili açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, I, A, 2, b.

⁸⁹² Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 402; Bununla birlikte öğretide CMK m. 223/3-b uyarınca hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası halinde kusur bulunmadığı için ceza verilemeyecek olmasının hatalı bir ifade olduğu, mazeret nedenleri failin kusurunu tamamen ortadan kaldırmadığı için burada farklı bir nedenle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği yönünde eleştiri de getirilmektedir. Bu görüşte bkz. Meraklı, s. 287-288.

⁸⁹³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407.

oluşturması halinde emri ifa edenin sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin açık hüküm karşısında ve bir hukuk devletinde suçun işlenmesinin korunduğunun, bu yönde bir yetki verildiğinin kabul edilemeyeceğinden yola çıkılarak bu durumda mazeret nedeninin söz konusu olamayacağı belirtilmektedir. Hukuka aykırı emrin konusunun suç oluşturması halinde emrin ifası hiçbir koşulda ceza sorumluluğuna etki etmemekte, bu kuralın istisnası bulunmamaktadır⁸⁹⁴. Diğer görüşe göre ise, “hukuka aykırı bağlayıcı emrin” ifası ceza sorumluluğuyla ilgili değildir⁸⁹⁵. Önceki bölümde açıklandığı üzere, AY m. 137/2’de konusu suç teşkil eden emrin ifa edilemeyeceğine ilişkin kurala yer verildiği için, m. 137/1’deki “hukuka aykırı bağlayıcı emrin” konusu suç teşkil etmeyen, diğer bir ifadeyle özel hukuk veya idare hukuku haksızlıklarını içeren emirleri karşıladığı kabul edilmektedir⁸⁹⁶. Bu nedenle, öğretide suç teşkil etmeyen bir emrin ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğinin, kimin sorumlu olacağının belirlenmesinin ceza hukukunun konusu olmadığı; TCK’de yer verilmesine gerek olmadığı ve idare hukuku mevzuatında düzenlenmesinin daha yerinde olacağı da ileri sürülmüştür⁸⁹⁷. Aynı doğrultuda AY m. 137/1 uyarınca emri veren merciin yazılı tekrarı sonucunda ifa edilen hukuka aykırı emirden sorumlu olunmayacağına ilişkin hükümdeki sorumsuzluğun kusurluluğu kaldıran hal veya hukuka uygunluk nedeni olarak nitelenemeyeceği, konusu suç oluşturmayan bir emir bulunduğu için hüküm ve sonucunun yalnızca idare hukuku alanında olduğu ifade edilmiştir⁸⁹⁸. Konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisini kabul etmeyen bu görüş çerçevesinde, emri ifa edenin ceza sorumluluğu bakımından dikkate alınabilecek hukuka aykırı bağlayıcı emirler yalnızca emrin hukuka uygunluk

⁸⁹⁴ Anayasa m. 137/3’ün m. 137/2’deki kuralın istisnası olarak yorumlanmasının mümkün olmaması gerektiği yönünde bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407-408; Meraklı, s. 286.

⁸⁹⁵ Hukuka aykırı bağlayıcı emrin ceza hukukundan ziyade daha çok idare hukuku ile ilgili olduğu hakkında bkz. Meraklı, s. 289.

⁸⁹⁶ Dursun, s. 236-237; Kabahatler esasen karşılığında idari yaptırım öngörülen haksızlıklar olarak suç olmaktan çıkarılmalarına karşılık Kabahatler Kanunu uyarınca emrin ifasına ilişkin olarak ayrı bir hükme yer verilmediği için kabahat teşkil eden bir emrin ifası bakımından da TCK hükümleri uygulanacaktır. Bu doğrultuda emrin konusunun kabahat teşkil etmesi de TCK m. 24/3 ile 24/4 kapsamında ele alınır. Dursun, s. 244-245.

⁸⁹⁷ Ünver, s. 57.

⁸⁹⁸ Bkz. Bilke, s. 6; Benzer şekilde, TCK m. 24/2’de yer alan konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin ifasının emri ifa eden kişinin sorumluluğuna etkisinin ceza hukuku kurumu olmadığından yola çıkılarak hukuka uygunluk nedenleri veya kusurluluk kapsamında ele alınamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Mahmutoglu/ Karadeniz, s. 471; Bu konuda ayrıca AY m. 137/1 kapsamında hukuka aykırı emrin yazılı olarak tekrar edilmesi üzerine emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunun temeli idare hukukuna dayandığı için burada “*idare hukukunda mazeret nedeni*”nin söz konusu olduğu da ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 86.

denetiminin engellendiği hallerde ifası suç oluşturan emirleri kapsamaktadır⁸⁹⁹. Hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı bu hallerde, hukuka aykırı emrin ifasıyla işlenen suçtan dolayı sorumsuzluk mazeret nedeninin bulunmasıyla açıklanmaktadır. Bu görüşteki yazarların konusu suç oluşturan emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin yaklaşımı çalışmamızda “konusu suç oluşturan hukuka aykırı emrin ifasını açıklayan görüşler” başlığı altında ele alınarak açıklanmıştır⁹⁰⁰.

Bu bahiste, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasını mazeret nedeni oluşturan yükümlülüklerin çatışması hali olarak açıklayan görüşe de ayrıca yer vermek yerinde olacaktır. Anılan görüşe göre, bağlayıcı hukuka aykırı emir kavramı özünde yükümlülüklerin çatışmasını içeren bir teorik çelişkiye dayanır⁹⁰¹. Yükümlülüklerin veya görevlerin çatışması, aynı hukuk düzeninde geçerli olan normların yüklediği görevlerden birinin ifasının diğerinin ifasını imkansız hale getirmesini ifade eder ve hukuk düzeninin bütünlüğü uyarınca birlikte gerçekleştirilmesi mümkün olmayan iki görevin aynı anda yerine getirilmesinin beklendiğini kabul etmek mümkün olmayacağı için, kişilerden normların yüklediği görevlerden yalnızca birini gerçekleştirmesinin beklendiği kabul edilir. Burada hukuk düzeninin hangi görevin ifasını beklediği, görevi yükleyen normların koruduğu hukuki menfaatler arasında bir karşılaştırma yapılarak, daha üstün gelen menfaatin korunması gerektiği dikkate alınarak belirlenir⁹⁰². Hukuki menfaatler arasında eşitsizliğin bulunması halinde görevlerden birinin üstün geldiği tespit edilerek üstün gelen menfaati içeren görevin ifa edilmesi hukuka uygun kabul edilerek sonuç bağlanır. Bununla birlikte görevlerin koruduğu menfaatlerin eşit olduğu, birinin daha üstün geldiğinin kabul edilemeyeceği hallerde hukukun izin vererek çözebileceği bir çatışma bulunmamakta, bu durumda hukuki menfaatler arasındaki denge hukuka uygunluk kapsamında çözülemediği için, kusur kapsamında değerlendirilen görevlerin çatışması söz konusu olmaktadır⁹⁰³. Mazeret nedeni oluşturan yükümlülüklerin

⁸⁹⁹ Dursun, s. 240.

⁹⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, a.

⁹⁰¹ Papadatos, s. 68.

⁹⁰² Papadatos, s. 68, 70.

⁹⁰³ Bu doğrultuda yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin failin ihlal ettiği değere göre belirlendiğini, failin daha az önemdeki değeri ihlal etmesi halinde hukuka uygunluk nedeni, iki eşit değer arasında kalması halinde mazeret nedeni oluşturduğu ifade edilmektedir. Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, **CHD**, Sayı: 21, Yıl: 8, Nisan 2013, ss. 119-138, s. 130. Fail

çatışması anlayışının belirtilen genel özellikleri doğrultusunda, öğretide hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı kabul edilmesinde de kanun koyucunun hiyerarşi ve adaletin gereklerini güvenlik ve düzen ihtiyacına ağır basacak şekilde dengeleyememesinin, birini diğeri lehine ihmal edememesinin etkili olduğu ifade edilmiştir⁹⁰⁴. Bu gibi hallerde emrin ifasına ilişkin hükümlerde, zorunluluk halinde olduğu gibi, karşılıklı çatışan menfaatler arasındaki dengenin kanun koyucunun menfaatlardan birini üstün tutmasını gerektirecek kadar bozulmaması söz konusudur. Hukuka aykırı emrin ifasında da emri ifa eden kişinin hukuka aykırı emre itaat yükümlülüğü yükleyen norma uyması ile hukuka uygun davranma genel yükümlülüğünün çatışması söz konusu olup, bu görüşe göre çatışma hukuka aykırı emri ifa etmek zorunda kalan kişinin bu eyleminden dolayı kınanamayacağını kabul edilmesiyle çözümlenmelidir⁹⁰⁵. Emri alan kişinin emrin hukuka uygunluğunu denetlemesinin mümkün olmaması da bu hallerden biridir⁹⁰⁶. Bu görüş doğrultusunda emri ifa eden astın eylemi hukuka aykırılığını korumakta, bu eylemden zarar gören üçüncü kişilerin meşru savunmadan yararlanması mümkün olmakta ve emri ifa eden ast bakımından emri ifa sonucunda işlediği suçtan dolayı sorumsuzluğunu sağlayan bir mazeret nedeninin bulunduğu kabul edilmektedir⁹⁰⁷. Bu görüşe göre hukuka aykırı emri ifa etmek zorunda kalan kişinin bu görevi nedeniyle ceza normunu ihlal etmesinde kişinin içinde bulunduğu koşulların yarattığı baskının iradesi üzerindeki etkisi dikkate alınmaktadır. Emri alan kişinin içinde bulunduğu durumda emre itaatsizlik yaptırımına maruz kalması ihtimalinin yarattığı psikolojik baskı nedeniyle kusurluluğu “beşeri olarak kaçınılmaz” kabul edilir⁹⁰⁸.

yasağı ihlal etme bilinciyle hareket etmesine rağmen eylemin haksızlık içeriğinin azaldığı kabul edildiği için mazur görülür. Demirbaş, s. 331.

⁹⁰⁴ Bkz. Papadatos, s. 75, 122.

⁹⁰⁵ Bu yönde mazur görme veya affetme teorisi (“*théorie du pardon*”, “*Entschuldigungstheorie*”) olarak da adlandırılan teoriyle ilgili bkz. Papadatos, s. 50-52.

⁹⁰⁶ Yazara göre hukuka aykırı emirlerin bağlayıcılığının kabul edilmesi her ne kadar hukuk tarafından menfaat dengelenmesiyle çözülemese de bazı hallerde kabul edilmesi kaçınılmaz olabilmektedir. Hukuka aykırı emrin bağlayıcı olmasının zorunlu olduğu iki hal bulunduğu belirtilmiştir: İlki kanun koyucunun hukuk düzeninin varlığını tehdit eden ciddi ve başka türlü önlenemeyen bir tehlikeden kaçınmak için hukuka aykırı olsa da emirlerin ifasını zorunlu kılması, ikincisi ise emri alan astın emrin hukuka uygunluğunu denetlemesinin mümkün olmadığı hallerde içinde bulunduğu durumun dikkate alınmasıdır. Papadatos, s. 134.

⁹⁰⁷ Papadatos, s. 51-52.

⁹⁰⁸ Bu doğrultuda görüş geniş anlamda bir tür zorunluluk halinin varlığıyla karşılaştırılarak açıklanmaktadır. Bkz. Papadatos, s. 55.

3. Değerlendirme ve Görüşümüz

a. Hukuka Uygun Emrin İfası

Hukuka uygun bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu yönündeki genel görüşe katılmaktayız. Değinildiği üzere, hukuka uygun emrin ifası esasen kanun hükmünün tanıdığı yetkiye dayanılarak verilen bir emir vasıtasıyla yüklenen görevin ifasıdır. Hukukun bütünlüğü ve çelişmezliği ilkeleri uyarınca, bir eylemi görev olarak yükleyen veya eyleme izin veren hukuk düzeninin aynı eylemi ceza normunda yasakladığını kabul etmek mümkün olmayacaktır. Burada emri alan kişi bakımından bir yandan ceza normunun yasağına riayet etme yükümlülüğü diğer yandan kanunun veya emrin gereğini yerine getirme yükümlülüğü çatışma halindedir⁹⁰⁹. Normlar arasındaki bu çatışma kanun koyucu tarafından izin veren normla çözülür. Kanun koyucunun, emrin gereğini yerine getirme yükümlülüğünün bulunduğu hallerde bu yükümlülüğün ceza normunun yasağına riayet etme yükümlülüğünden önce geleceğini belirleyerek emrin ifası eyleminin gerçekleştirilmesine izin verdiği norm hukuka uygunluk nedenidir. Burada hukuka uygun emrin ifasıyla gerçekleştirilen tipik eylemin yarattığı çatışmanın çözümü, yükümlülüklerin koruduğu menfaatlerden hangisinin daha üstün olduğunun belirlenmesine bağlıdır⁹¹⁰. Görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin esası suçla korunan hukuki menfaatin feda edilebileceği daha üstün bir genel menfaatin bulunmasına dayandırılmaktadır⁹¹¹. Bu doğrultuda hukuka uygun emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin esasının kanun koyucunun çatışan normların koruduğu

⁹⁰⁹ Fiore/ Fiore, s. 352; Burada esasen yükümlülüklerin/ görevlerin görünüşte çatışması söz konusu olup, kanun hükmünün yerine getirilmesinde çatışan iki yükümlülük birbirini sınırladığı için failin yükümlülüklerden birini yerine getirmesi ikinci yükümlülüğü yerine getirmemesi bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşturur. Bkz. Selçuk, s. 93.

⁹¹⁰ Cadoppi/ Veneziani, s. 315.

⁹¹¹ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 598. Hakkın kullanılması, görevin ifası, meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerinde hukuki menfaatlerden birinin üstünlüğüne dayandığı hakkında bkz. Mantovani, s. 239.

menfaatler arasından üstün olan menfaati koruyan norma öncelik vermesi olduğu kanaatindeyiz⁹¹².

Bu noktada hukuka uygun emrin ifasının TCK m. 24/2 kapsamında ele alınması gerektiğini ayrıca ifade etmek gerekir. Kanaatimizce her ne kadar görevin ifası üst başlığı altında bağlantılı olmaları nedeniyle TCK m. 24'te kanun hükmünün icrası ile aynı maddede düzenlenmiş olsa da, hukuka uygun emrin ifası ile kanun hükmünün icrası maddenin farklı fıkralarında ve farklı uygulanma koşullarına yer verilerek açıklanmıştır. Zira hukuka uygun bir emrin ifasıyla gerçekleştirilecek eyleme hangi koşullarda izin verileceği ve bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecek kişiler, çalışmanın ilgili bölümünde ele alındığı üzere, kanun hükmünün icrasından farklıdır. Emri veren merciin yetkili olması, emrin görev gereği zorunlu olması gibi koşullar bu hukuka uygunluk nedeni bakımından maddede ayrı fıkra da gösterilmiştir. Bu nedenle hukuka uygun emrin ifasının TCK m. 24/1'de yer alan kanun hükmünün icrasından ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak TCK m. 24/2'de sayılan koşullar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesine katılmaktayız⁹¹³.

b. Hukuka Aykırı Emrin İfası

Hukuka aykırı emri ifa etmek kural olarak ceza sorumluluğuna etki etmemekte, hukuka aykırı bir emri ifa ederek suç işleyen kişi sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte, değinildiği üzere hukukumuzda CMK m. 223/3-b hükmündeki ifadeyle “hukuka aykırı bağlayıcı emir” olarak tabir edilen ve ifa eden kişinin ceza sorumluluğunu kaldıran emirlere yer verilmiştir. Bir emrin hukuka aykırı olması halinde dahi o emri ifa eden kişinin sorumlu tutulamayacağı hallere ilişkin düzenlemeler kanaatimizce, emri alan kişinin emrin hukuka uygun olduğunu denetleyerek hukuka uygun emre itaat etme yükümlülüğünü yerine getirmesinin veya emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesinin kendisinden beklenmediği halleri ilgilendirmektedir. Emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturması hukuk

⁹¹² Bu yönde bkz. Savaşçı Temiz, s. 47; Gökpınar, s. 68.

⁹¹³ Bu yönde bkz. Toroslu/ Toroslu, s. 162; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 310; Demirbaş, s. 295; Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır, s. 494; Erdoğan, s. 173.

düzeninin emri veren üst mercie emir verme yetkisini tanımış ve emri alan alt mercie emirlerin yerine getirilmesini bir görev olarak yüklemiş olmasına bağlıdır (TCK m. 24/2). Hukuk düzeninin hukuka aykırı bir emri verme yetkisi tanıdığı ve hukuka aykırı emirleri yerine getirme görevi yüklediği kabul edilemeyeceği için hukuka aykırı bir emrin hukuka uygunluk nedeni oluşturması düşünülemeyecektir⁹¹⁴. Hukukun üstünlüğü ilkesinin gereği olarak, kamu mercilerinin emirlere hukuka uygun olması halinde itaat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilir ve itaat yükümlülüğü emrin ifasının hukuka uygun olmasının dayanağını oluşturur. Bu nedenle emri alan kişilerin emrin hukuka uygun olduğunu denetleyerek hukuka uygun ise itaat etmeleri, hukuka aykırı ise itaatten kaçınmaları beklenir. Emrin hukuka uygun veya aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde emri alan kişi bakımından itaat yükümlülüğüne ve sorumsuzluğa ilişkin kurallar açıktır. Ancak verilen her emrin her yönüyle denetlenmesi mümkün olamadığı, emrin hukuka uygunluğunu araştırma ve sorgulama yükümlülüğünün bir sınırı olduğu için⁹¹⁵, kanun koyucu emri alan kişinin emrin hukuka uygun olduğu konusunda tereddüde düştüğü, emrin hukuka uygun olup olmadığını araştırmasının ve takdirinin kendisinden beklenemeyeceği hallerde emri alan kişinin içinde bulunduğu duruma ayrıca çözüm üretmek zorundadır. Zira emri alan kişi emrin hukuka uygunluğunu tespit edememesi halinde emri ifa ederse ve emrin hukuka aykırı olduğu anlaşılırsa hukuka aykırı emre itaat etmiş olmaktan, gerçekte hukuka uygun bir emrin hukuka aykırı olduğu düşüncesiyle emre itaat etmekten kaçınırsa emre itaatsizlikten sorumlu tutulabilecektir. Emri alan kişinin içinde bulunduğu bu ikilem (*soldier's dilemma*) tarihsel gelişim süreci boyunca emrin ifasıyla ilgili kuralların oluşturulmasında temel sorun teşkil etmiş⁹¹⁶, hukuka aykırı bir emri ifa eden kişinin sorumluluktan

⁹¹⁴ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 327; Hukuka aykırı emrin ifası sonucunda suç oluşturan bir eylem ortaya çıkarsa artık eylemin hukuka uygun olduğu söylenemeyecektir. Cadoppi/ Veneziani, s. 318.

⁹¹⁵ Memurdan beklenen meşruluğu araştırma ödevinin sınırı olduğu hakkında bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 329. Hukuka uygunluk denetiminin kapsamı ve sınırlarıyla ilgili olarak bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, b, aa.

⁹¹⁶ Bu husus esasen uluslararası hukuk ve emrin ifasının düşünsel gelişim sürecinde geliştirilen bir kavram olarak askerlerin içinde bulundukları itaat yükümlülüğünün onları ikilemde bırakması hali (*soldiers' dilemma*) çerçevesinde de ifade edilmektedir. Buna göre, hukuka aykırılığının bilinemediği veya şüphenin bulunduğu hallerde askerlerin emri ifadan kaçınması ile emri derhal ifa etmesi arasında kaldıkları durumun yarattığı açmaz, hukuka aykırı olduğunu zannederek emri ifadan kaçınan askerin emir hukuka uygun ise emre itaatsizlik yaptırımıyla, emri hukuka uygun zannederek ifa ettiğinde ve emrin hukuka aykırı olduğu anlaşıldığında ceza sorumluluğuyla karşılaşacak olmasından kaynaklanır. Bkz. Liang, s. 873; Hiyerarşi içinde alt kademedeki merciin fazla araştırma yapmasını beklemenin yaratacağı ikilemle ilgili olarak karşı. Demirel, Amirin Emri, s. 152.

kurtulmasını sağlayan kurallara ihtiyaç duyulmasının nedenini oluşturmuştur⁹¹⁷. Hukukumuzda da emri alan kişinin aldığı emre itaat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda içinde bulunduğu ikilemli durum, kanun koyucu tarafından emrin hukuka aykırılığını bilmesinin beklenmediği hallerde emre itaat edeceği ancak sorumlu tutulmayacağı gösterilerek çözülmüştür. Emrin hukuka aykırılığını bilmesinin beklendiği hallerde hataya ilişkin genel hükümlere başvurulur.

Görüldüğü üzere, hukuka aykırı emrin bağlayıcılığı, emri alan kişinin emrin hukuka uygun olduğu konusunda şüphesinin bulunması halinde o emri ifa etmesinin gerekip gerekmediği sorununu çözmeye yöneliktir⁹¹⁸. Bu doğrultuda kanaatimizce hukuka aykırı bir emir söz konusu olduğunda emrin “bağlayıcılığı” belirli bir durumda emre hukuka aykırı olduğu tespit edilmiş olmasa da, hukuka aykırı olması ihtimaline rağmen itaat etmek zorunda kalınacağına kanun koyucu tarafından öngörülmüş olmasına dayanır. Emri alan kişi tarafından emrin hukuka uygun olduğu tespit edilmiş olmamasına rağmen itaat edildiği hallerden ilki AY m. 137/1 kapsamında emri alan kişinin emrin konusunun suç oluşturmamakla birlikte mevzuata aykırılık içerdiği kanaatine ulaşması, diğeri ise AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4 uyarınca emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından sınırlandırılmış olmasıdır.

aa. Konusu Suç Oluşturmayan Hukuka Aykırı Emrin İfası

Anayasa m. 137’de emri alan merciin emrin hukuka uygun olup olmadığını denetledikten sonra hukuka aykırı olduğu kanaatine ulaşması ihtimali kurala bağlanmıştır. Buna göre, emri alan merci verilen emrin mevzuata aykırı olduğunu

⁹¹⁷ Çalışmanın birinci bölümünde ele alınan tarihsel sürece bakıldığında bazı hukuk sistemlerinin emri alan kişilerin emrin hukuka aykırılığı şüphesi içindeyken dahi emre itaat yükümlülüğünün bulunduğunu kabul ettiği, bazılarının ise emrin hukuka uygunluğu konusunda şüpheyne düşülmesi halinde itaatten kaçınması yükümlülüğünü getirmiş olduğu görülür. Örneğin, müşterek hukuk döneminde emrin kanuna uygunluğunun şüpheli olması halinde emre itaat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmiştir. Bkz. Bettiol, s. 26; Kanonik hukukta emrin hukuka uygunluğunun Tanrı’nın buyruklarına aykırı olduğunun belirsiz olması halinde emre itaatten sorumlu tutulamayacağı kabul edilmiştir. Bkz. Vermeulen, s. 6.

⁹¹⁸ Provolo, Esecuzione Dell’Ordine, s. 116; AY m. 137/1’de emrin meşruluğu konusunda tereddüde düşen memurun nasıl hareket etmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 328; Memurun aldığı emrin hukuka uygunluğu konusunda şüpheyne düşmesi halinde emri amirine tasdik ettirmesi gerektiği ve başlayacak usul sonucunda kusuru kaldıran hukuka aykırı bağlayıcı emrin söz konusu olacağı hususunda bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 394.

düşündüğünde emre itaat etmemekle yükümlüdür. Emre itaat etmeme yükümlülüğü maddedeki ifadeyle “konusu suç oluşturan” emirler bakımından her zaman geçerliyen, konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı bir emir tespit ettiğinde emri alan kişinin emre itaat etmeyerek emri veren mercie mevzuata aykırılığı bildireceği ve emri veren merciin yazılı olarak tekrar etmesi halinde emre itaat edileceği kabul edilmiştir. Emri veren merci kendisine hukuka aykırılığın bildirilmesi üzerine emri yazılı olarak tekrar etmezse, emri alan hukuka aykırı olduğunu düşündüğü emri yerine getirmemek zorundadır. Kanaatimizce kanun koyucu bu hükümle, emri denetlediği halde emrin hukuka uygun olduğu, görevi kapsamında itaatle yükümlü olduğu konusunda tereddüt yaşayan alt merciin nasıl hareket edeceğini kurala bağlamakta⁹¹⁹, tereddüde düşülen hukuka aykırılığın ceza normuna aykırılık içermediği hallerde emri veren üst mercie danışılarak, tekrar edilen emrin üst merciin sorumluluğu altında ifa edileceğini öngörmektedir. Zira emri alan kişilerin emrin hukuka aykırı olduğunu düşündüğü her ihtimalde itaatten kaçınabileceğinin veya emri değiştirebileceğinin kabul edilmesi halinde idari işleyişin devamlılığı sağlanamayacaktır⁹²⁰. Görüldüğü üzere, anılan hükümde emri alan merciden emrin gerçekten hukuka uygun olduğunu bilmeden, hatta hukuka aykırı olduğunu düşünse dahi⁹²¹ itaat etmesi beklenmektedir.

Emri veren merciin bilgi ve kanaatine güvenerek emri alan merciin tekrar edilen emre (hukuka aykırı bağlayıcı emre) itaat etmesini bekleyen kanun koyucu⁹²², itaat edilen emrin daha sonra hukuka aykırı olduğunun anlaşılması halinde⁹²³ emrin ifasıyla oluşacak neticeden emri ifa edeni sorumlu tutamayacak, sorumluluk emri veren mercie ait olacaktır. Bununla birlikte emrin mevzuata aykırılığı ceza normunun

⁹¹⁹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 328.

⁹²⁰ AY m. 137/1'deki ihtimalde emre itiraz eden memurun görüşü doğrultusunda hareket edebileceğinin, emri değiştirebileceğinin kabul edilmesi halinde idari işleyişte karışıklığa yol açılacağı, emri veren mercie emirde ısrar ederek kendi sorumluluğunda ifa edilmesini sağlama hakkı tanındığı ifade edilmiştir. Bu durumda amirin emrinde isabet edip etmemesinin idare hukukunu ilgilendirdiği, emirde isabetli olmayan amir hakkında idari mevzuata göre yaptırım uygulanacağı vurgulanmıştır. Bkz. Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 900.

⁹²¹ Emrin yazı ile yenilenmesi sonucunda memurun emrin hukuka aykırı olduğu konusundaki kanaatinde değişiklik olmasa da emri yerine getireceği hususunda bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 328.

⁹²² Yazılı emrin uygulanması zorunluluğunun hizmetin gereklerinin üst merci tarafından daha iyi bilindiği, birikiminin daha fazla olduğu esasına dayandığı hakkında bkz. Yıldırım, “Türkiye'nin İdari Teşkilatı”, s. 27.

⁹²³ Belirtmek gerekir ki, idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için hukuka aykırılığı yargı kararıyla tespit edilene kadar hukuka uygun sayılır. Bkz. Yıldırım, “İdari İşlemler”, s. 437.

ihlali niteliğindeyse, diğer bir ifadeyle emir suç teşkil eder nitelikte ise, emri alan merciin emrin hukuka aykırılığını bilmesi kendisinden beklenmiş, emri veren mercie başvurarak sorumluluktan kurtulması mümkün görülmemiştir⁹²⁴. Bu doğrultuda, konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emir esasen, emrin ceza normu dışında kalan bir hukuk normuna aykırı olmasını ifade etmektedir⁹²⁵. Gerçekten emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi bulunduğu hallerde emrin hukuka aykırılığını bilmesi emrin ceza normunu ihlal etmesi halinde her zaman beklenebilirken, ceza normu dışında kalan normlara aykırılığın bilinmemesi, takdirin emri veren mercie bırakılmış olması nedeniyle mümkün olabilir. Bu hususta, İtalyan hukukunda yer verilen kamu görevlilerinin emre itaat yükümlülükleriyle ilgili düzenlemede de benzer şekilde “eylemin ceza kanununca yasaklanmış olması” halinde emrin ifa edilemeyeceği kurala bağlanmıştır⁹²⁶.

Bu noktada, konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emrin ifasına ilişkin kuralın kapsamını ayrıca değerlendirmek yerinde olacaktır. Maddenin sistematığı ve lafzından yola çıkılarak değerlendirildiğinde, AY m. 137/2’de konusu suç oluşturan emirlerin yerine getirilemeyeceğine ilişkin kural karşısında AY m. 137/1’deki hükmün konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırılıkları içeren emirlerin ifasına özgü bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Suç oluşturmeyen hukuka aykırılıktan haksız fiil, disiplin suçu veya kabahat gibi karşılığında ceza yaptırımını öngörülme-yen haksızlıklar anlaşılabılır. Dolayısıyla emrin, suç oluşturmeyen bir hukuka aykırılık içermesi halinde idari merciin yazılı işlemiyle bağlayıcı hale gelmesinin idare hukuku veya özel hukuk sorumluluğunu gerektiren hukuka aykırılıklar bakımından söz konusu olabileceği kolaylıkla anlaşılmaktadır⁹²⁷. Emrin

⁹²⁴ Kanunu bilmemek mazeret sayılamayacağı için bir memur kanunda suç olarak düzenlenen bir eylemi bilmediğini ileri süremeyecek, emrin hukuka uygunluğu konusundaki yanlışlığının esaslı olduğu kabul edilemeyecektir. Suç teşkil etmeyen bir emrin kanuna aykırılığı konusunda hataya düşmesi halinde ise durumu fark ederek amire bildirmesi AY m. 137/1 uyarınca ısrar edilen emri yerine getirmesi gerekecektir. Burada memurun yanlışlığının esaslı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 328-329.

⁹²⁵ Konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emrin “*Türk Ceza Kanunu, özel ceza kanunları ve diğer kanunların ceza içeren hükümleri haricindeki herhangi bir kanun hükmüne, tüzük veya yönetmeliğe aykırılık*” içeren emirler olduğu hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 64.

⁹²⁶ İtalyan hukukunda “Kamu Görevlilerinin Statüsü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” (No. 3/1957) 17. maddesinde “*Memur amiri tarafından verilen emrin açıkça hukuka aykırı olduğunu düşündüğünde emri veren amire gerekçelerini açıklayarak bildirmek zorundadır. Eğer emir yazılı olarak tekrar edilirse yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak memur, eylem ceza kanunlarıncı yasaklanmış ise emri yerine getirmek zorunda değildir.*” şeklinde benzer hükme yer verilmiştir. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1957/01/25/057U0003/sg> (Erişim Tarihi: 10.08.2022)

⁹²⁷ Karşl. Dursun, s. 237.

hukuka aykırı olmasına rağmen bağlayıcı sayıldığı hallerin ceza sorumluluğunu kaldırdığının kabul edilebilmesi içinse öncelikle emrin ifasının ceza sorumluluğu bakımından değerlendirilebilecek tipik bir eylem oluşturması gerekir⁹²⁸. Bu durumda AY m. 137/1'in ceza sorumluluğuna etkisini değerlendirebilmek için, bir emrin konusunun suç oluşturmadığı halde ifasının suç oluşturması ihtimalinin açıklanması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, emrin konusunu emirle talep edilen davranış, emri veren merciin yapılmasını veya yapılmamasını istediği eylem oluşturur⁹²⁹. Emrin konusunun, örneğin, disiplin suçu oluşturan bir eylemi içermesi halinde bu eylemin yerine getirilmesi de, eylemin sınırları dışına çıkmadığı sürece, emrin konusu olan disiplin suçunun oluşmasına yol açacaktır. Bununla birlikte disiplin suçu olarak yaptırıma bağlanan eylemlerden bazılarının aynı zamanda bir suç tipine uygun düşmesi de söz konusu olabilmektedir⁹³⁰. Örneğin, 7068 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca mesai arkadaşlarını tehdit etmek kısa süreli durdurma cezasını gerektiren bir disiplinsizlik olarak tarif edilmiş olup⁹³¹, tehdit aynı zamanda TCK m. 106 kapsamında suç oluşturmaktadır. Bu durumda emrin konusunun disiplin suçunun yanı sıra suç da oluşturduğu dikkate alınarak AY m. 137/2 uyarınca AY m. 137/1 uygulanamayacaktır. Dolayısıyla AY m. 137/1'in uygulama alanı, aynı zamanda herhangi bir suç tanımına girmeyen eylemleri konu alan hukuka aykırı emirler olarak belirlenmektedir⁹³². Örneğin, Danıştay kararında yer alan bir olayda, Bakanlık tarafından çıkarılan bir genelgede yer alan işe alım ve atamalarda Bakanlığın izninin alınmasına yönelik emrin, herhangi bir izin alınmasına gerek olmadığını öngören yönetmelik hükmüne aykırı olduğunu düşünerek emri yerine getirmeyen ve izin almadan işe alımlara devam eden merciin durumu ele alınmıştır. Burada yönetmeliğe aykırı genelgeye ve talimata konu olan "Bakanlıktan izin alınması" emri ve "işe alım işlemlerine devam edilmemesi" emri konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emir olarak nitelendirilmiştir⁹³³.

⁹²⁸ Konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emrin ifası da bir suç tipini ihlal etmediği sürece emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunu ilgilendirmeyecektir. Bkz. Özen, s. 678; Dursun, s. 235.

⁹²⁹ Emrin tanımı ve unsurlarıyla ilgili olarak bkz. Üçüncü Bölüm, I, A, 1.

⁹³⁰ Disiplin suçları aynı zamanda suç veya kabahat oluşturabileceği gibi böyle bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Enver Kaşlı, **Polis Disiplin Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

⁹³¹ 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun m. 8/(4): "5) (Ek:18/10/2018-7148/36 md.) Aynı rütbedeki meslektaşları ile diğer mesai arkadaşlarını tehdit etmek," <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.7068.pdf>

⁹³² Bu görüşte bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 70-71.

⁹³³ "Dosyanın incelenmesinden, Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nın 31/12/2013 tarih ve 2013/14 Genelgesi ile 31/12/2013 tarihinden sonra TÜBİTAK tarafından yapılacak açıktan ve naklen atama işlemlerinin Bakanlığın iznine bağlandığı, Genelge'den sonra davalı kurum tarafından ilgili birimlere

Bu noktada hukuka aykırı emrin konusunu oluşturan ve başlı başına bir suç kalıbına girmeyen bir eylemi gerçekleştirmenin görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257) bakımından tipik bir eylem oluşturup oluşturmayacağı düşünülebilir. Görüşlere ilişkin bölümde değinildiği üzere, öğretide AY m. 137/1’de öngörülen usule uygun olarak hukuka aykırı bağlayıcı emri ifa etmenin görevi kötüye kullanma suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu kaldıran neden oluşturduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁹³⁴. Bir eylemin görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsuru kapsamında ele alınabilmesi için öncelikle faile görevi olarak yüklenen bir eylemin bulunması, failin görevin gereği olan eylemi yerine getirmemesi veya görevin gereğine aykırı davranması gerekir⁹³⁵. AY m. 137/1 uyarınca emri veren mercinin yazılı olarak tekrar ettiği emrin ifa edilmesinin Anayasa tarafından yüklenen bir görev olduğu ve bu görev doğrultusunda hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı düşünülebilecekse de⁹³⁶, kanaatimizce tekrar edilen emrin ifa edilmesi kanun tarafından yüklenen bir görev olarak kabul edildiğinde hukuka aykırı emri ifa etmek görevin gereğinin yerine getirilmesi olarak ortaya çıkacağı için görevi kötüye kullanma suçu bakımından tipik bir eylem oluşturmayacağı da ifade edilebilecektir. Yukarıdaki örnek üzerinden ele alınırsa emri alan mercie yüklenen görev esasen yönetmelik uyarınca Bakanlık’tan

gönderilen talimat ile kadrolu ve proje personelinin işe alımları ile görevlendirme ve yer değiştirme işlemlerinin durdurulduğu, Genelge ve Talimat’la uyulması emirlenen iş ve işlemlerin konusunun suç teşkil etmediği, davacı tarafından Bakanlık Genelgesi’nin, Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Başkanlığına Doğrudan Bağlı Enstitülerin Kuruluş ve İşletmesine İlişkin Çerçeve Yönetmeliği’ne aykırılık teşkil ettiği hususunda bildirimde bulunulmadan, Genelge ve Kurum Talimatına aykırı olarak 01/01/2014 - 20/02/2014 tarihleri arasında sekiz kişinin işe alım süreçlerinin devam ettirildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, konusu suç teşkil etmeyen emri uygulama yükümlülüğü altında olan davacının, bağlı olduğu Kurum ve Bakanlıktan izin almadan sekiz personelin işe alım süreçlerini devam ettirmesi nedeniyle Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliği’nin 54. maddesinin 1/e bendi uyarınca 1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziyesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerekirken, dava konusu işlemin iptali yönündeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” Danıştay 8. Daire, 2021/5744 E., 2022/1638 K., 11.03.2022 T.

⁹³⁴ Öğretide de AY m. 137/1’deki yazılı tekrar usulünün uygulanmasıyla konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasında görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Bu görüşte konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının görevi kötüye kullanma suçu bakımından kusurluluğu kaldıran neden olarak açıklanması için bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 458; hukuka uygunluk nedeni olarak açıklanması için bkz. Savaşçı Temiz, s. 57.

⁹³⁵ Kamu görevlisine doğrudan hitap etmeyen genel kurallar söz konusu ise veya görevi nedeniyle kamu görevlisine özel olarak doğrudan yüklenen bir görev bulunmuyorsa TCK m. 257’nin uygulanması gerekemeyecektir. Bkz. Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 1228; Vesile Sonay Evik, **Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 114.

⁹³⁶ Bkz. Savaşçı Temiz, s. 54-55; Ayrıca bkz. Erdoğan, s. 195.

izin almadan işe alım yapmaktır. Ancak yetkili merci tarafından çıkarılan genelge uyarınca kendisine Bakanlık'tan izin alınması emri yöneltildiğinde emri alan merciin görevi kapsamındaki eylemin hangisi olduğu, hangi eylemin hukuka uygun olduğu konusunda tereddüt oluşur. O nedenle kanun koyucu emrin bağlayıcı olup olmadığını özel olarak düzenlemiştir. Zira birbiriyle çelişen görevlerden (Bakanlıktan izin almak veya almamak) yalnızca birinin geçerli olduğunu kabul etmek mümkün olabilir. Emri alan merciin görevi kötüye kullanma suçu bakımından tipik bir eyleminin varlığından söz edebilmek için eyleme başladığı sırada kendisine yüklenen bir görevin bulunması gerekir⁹³⁷. Burada tekrar edilen hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası görev olarak kabul edildiğinde artık yönetmeliğin gereğini yerine getirme görevinden söz edilemeyecek, daha sonra genelgenin yönetmeliğe aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde eylemi gerçekleştirdiği sırada kendisine yüklenmeyen bir görevin gereğine aykırı davrandığı ileri sürülemeyecektir. Zira emrin yazılı olarak tekrar edilmesi halinde emri alan kişinin artık hukuka aykırı emre itaat etmeme görevi bulunduğu gerekçesiyle itaatten kaçınması mümkün olmayıp, tekrar edilen emri yerine getirmek zorundadır⁹³⁸. Dolayısıyla AY m. 137/1'de öngörülen usulü takip ederek amir tarafından tekrar edilen emri ifa eden kişinin eyleminin emir hukuka aykırı olsa dahi görevi kötüye kullanma suçu bakımından tipik olamayacağı ifade edilebilir. Esasen görevin kötüye kullanılmasına yönelik bir eylemin bir kanun hükmü veya emre konu edilmesi mümkün olmayacağı için bu suç tipinde hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı kabul edilmektedir⁹³⁹.

Bu hususta ayrıca, verilen emrin görevin kötüye kullanılmasına yönelik olması halinde emrin konusunun suç oluşturması nedeniyle AY m. 137/1 kapsamında ceza sorumluluğuna etki edemeyeceğinin de ileri sürülebileceğine dikkat çekilmelidir. Gerçekten verilen emrin görevin gereğine aykırı davranılmasını içerdiği hallerde, görevi kötüye kullanma suçunda maddede yer alan zarar ve mağduriyet objektif

⁹³⁷ Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için öncelikle failin görevine giren bir iş veya eylem bulunmalıdır. Güneş Okuyucu Ergün, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", **TBB Dergisi**, Sayı: 82, 2009, s. 7.

⁹³⁸ Amirin yazı ile yinelediği emrin gereğini yerine getirmenin görevin bir gereğini teşkil ettiği, gereğini yerine getirmemenin disiplin sorumluluğuna yol açacağı hususunda bkz. Gökpınar, s. 72.

⁹³⁹ Görevi kötüye kullanma suçunda hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olmayacağı hakkında bkz. Pınar Memiş Kartal, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, ss. 1373-1395, s. 1388; Verilen emir görevin kötüye kullanılmasını oluşturduğunda, bu eylem suç oluşturacağı için emrin ifası hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 190.

cezalandırılabilme şartı olarak kabul edildiğinde görevin gereklerine aykırı davranılması eylemi meydana gelebilecek neticelerden bağımsız olarak başlı başına görevi kötüye kullanma suçunun tipik eylemini oluşturacağı için hukuka aykırı emir yine konusu suç teşkil eden emir oluşturacaktır⁹⁴⁰. Zararı suçun neticesi olarak kabul eden görüşe göre ise, suçun maddi unsuru görevin gereklerine aykırı davranarak zarara yol açılması olarak anlaşılmakta, görevin gereklerine aykırı davranma hareketinin neticeye elverişli ve nedensellik bağı kurulabilir olması⁹⁴¹ ve emri ifa eden failin kastının neticeyi de kapsamaması gerekmektedir⁹⁴². Dolayısıyla hukuka aykırı emrin konusunu oluşturan hareketi gerçekleştirmek (görevin gereğine aykırı davranmak) bu görüşe göre ancak neticeye elverişli olduğunda emrin ifası tipik bir eylem sayılabilecek, bu ihtimalde de emrin konusunun suç⁹⁴³ oluşturduğu ifade edilebilecektir. Dolayısıyla bu yaklaşımla, hukuka aykırı emrin ifası, yalnızca zarar neticelerine yol açmayacak nitelikte ise konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emir söz konusu olur ve bu durumda yalnızca disiplin sorumluluğunu gerektirebilir⁹⁴⁴. Değinildiği üzere, emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırılmadığı hallerde emri alan merciden aldığı emrin suç oluşturduğunu, maddi yönüyle ceza normunu ihlal edeceğini, emrin hukuka aykırılığının ceza normuyla korunan bir menfaati ihlal ettiğini bilmesi beklenir (AY m. 137/2). Eğer emrin konusunun suç oluşturduğu hususunda yanılmışsa emri ifa ederek işlediği görevi kötüye kullanma suçu bakımından hatası ayrıca değerlendirilebilir⁹⁴⁵. Dolayısıyla, emrin “konusunun suç

⁹⁴⁰ Demirel, Amirin Emri, s. 72.

⁹⁴¹ Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için görevin gereklerine aykırı hareket ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunmasının zorunlu olduğu hususunda bkz. Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 156-157.

⁹⁴² Failin görevinin kötüye kullandığının bilincinde olması ve eyleminin başkalarına zarar vermek veya avantaj sağlamak amacıyla yaptığını da bilmesi ve istemesi gerekecektir. Neticelerin oluşmasına sebebiyet verdiğini bilmesi gerektiğini kabul etmek böylece neticelerin suçun unsuru sayıldığını kabul etmek subjektif ceza hukukuna daha uygundur. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 738.

⁹⁴³ Bu noktada emrin konusunun en azından görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs oluşturduğu ifade edilebilecektir. Görevin gereklerine aykırı davranılmasına rağmen zarar neticesinin ortaya çıkmaması halinde görevi kötüye kullanma suçuna teşebbüs söz konusu olur. Teşebbüsle ilgili olarak bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1245.

⁹⁴⁴ Hukuka aykırı emrin ifasının görevi kötüye kullanma suçu bakımından tipik olduğunun kabul edilebilmesinin yalnızca zararın oluşmasının bir cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde mümkün olduğu, zararın suçun neticesi olarak kabul edilmesi halinde tipik olmayacağı hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 72.

⁹⁴⁵ “(...)Bakanın, atanılacak yeri ve görevi yazılı olarak bildirmesi ve emri doğrultusunda hazırlık hareketlerinin icrasını istemesi karşısında, bu emrin, Anayasanın 137. maddesinin 1. fıkrasında zikri geçen ve üstün ısrarı halinde emri yerine getirenin sorumluluğunu gerektirmeyen türden mi olduğu yoksa aynı maddenin 2. fıkrasında tarif edilip konusu suç teşkil eden bir emir niteliğini mi taşıdığı konusunda iyiniyetli yorum farklılıkları oluşması olanaklı hale gelebilmiştir. Bakanlıkların birleştirilmesi ve bazı kadroların iptali ile yeni kadroların ihdas edilmesi hali hangi kadroların denk kadro olduğunun saptanmasında olağanüstü bir karmaşa yaratmış, emri uygulayan kişinin,

oluşturması”ndan yola çıkıldığında AY m. 137/1 hükmü emri alan merci bakımından daha ziyade ceza sorumluluğu dışında kalan, emri ifa eden kişinin idari, disiplin sorumluluğu bakımından etki eden bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır⁹⁴⁶.

Gerçekten, emrin konusunun emirle talep edilen davranış olduğu dikkate alındığında, AY m. 137/2 uyarınca emrin konusunun suç oluşturması hukuka aykırı bir emrin konusunu oluşturan eylemin tipik olmasını ifade eder⁹⁴⁷ ve tipik bir eylemi konu alan emrin hukuka aykırı olması halinde ifasının suç oluşturacağı anlamına gelir⁹⁴⁸. Burada alt merciden hukuka aykırı emirle talep edilen eylemin bir suç kalıbına uygun düşmesi anlaşılır. Ceza hukuku bu anlamda konusu suç oluşturan emirle ilgilenir⁹⁴⁹. Bu nedenle AY m. 137/1 hükmünün ceza sorumluluğuna etkisi yönünden ele alınabilmesi için “konusu suç oluşturan emre” ilişkin kuralın emrin ceza normlarına aykırılığının bilinmesinin beklenemeyeceği halleri içerecek şekilde anlaşılması gerekir. Mevcut haliyle sorumsuzluk emrin ceza normuna aykırılığının, suç oluşturmamasının, bilinmesiyle sınırlandırılmış olmaktadır. Emrin hukuka aykırılığını denetleme yetkisi bulunan kişilerin emrin hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi halinde ifasının ceza normuna aykırı olacağını da öngörmesi beklenir, ancak

verilen emrin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemesi de zorluk arzeder hale dönüşmüştür. Kişinin atanması sırasında bazı üst kadrolarda boşluk bulunmasının, denk göreve atamada açık bir kusur olarak değerlendirilmesi de isabetli değildir. Gözardı edilmemelidir ki; iki Bakanlığın birleştirilmesi olağandışı karmaşa doğurmuş, toplam 719 adetten ibaret geniş kadro 296 gibi dar bir sayıya çekilmiştir. Böyle bir evrede kadro yerleşiminden sorumlu kişilerin öncelikle ve sadece müştekiyi yerleştirme sorumluluğu taşımadığı, çok sayıda başka görevliye de denk sıfat ve makam bularak yeni idari davalara neden olmama mesuliyetini üstlendikleri gözetilmelidir. Bu durumda da sanığın, Bakan tarafından verilen atama emrinin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemekte hataya düşmesi olanaklı bulunduğundan, ortaya çıkan bu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesi ve emre uygun hazırlıkta bulunmanın suç oluşturmadığını düşünmüş olabileceği savıyla, eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma niyeti gütmeyeceğinin kabulü gerekmektedir.” Yar. CGK, 2006/4.MD-203 E., 2006/301 K., 12.12.2006 T.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

⁹⁴⁶ Ayrıca maddede sayılan neticelerin gerçekleşmesine bağlı olarak da olsa görevin gereklerine aykırı davranılmasının TCK m. 257 kapsamında suç sayılması karşısında, konusu idare hukuku veya özel hukuk haksızlığı oluşturan bağlayıcı emirlerin alanının oldukça sınırlı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Dursun, s. 237, dn. 84; Ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 73; Suç oluşturmayacak bir kanunsuz emrin pratikte pek mümkün gözükmediği hususunda bkz. Ulusoy, s. 144.

⁹⁴⁷ Konusu suç oluşturan emrin bir suç tipine uygun olan ve hukuka aykırı bulunan emir olduğu hakkında bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495.

⁹⁴⁸ Bu doğrultuda konusu suç oluşturan emrin “ifası suç oluşturan emir” olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Dursun, s. 235, dn. 78; Demirel, Amirin Emri, s. 56; Esasen konusu suç oluşturan emrin yerine getirilemeyeceği kuralının emrin ifasını hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkaracağı yönünde eleştiri için bkz. Nevzat Toroslu / Yüksel Ersoy, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, in **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler Görüşler, Raporlar**, Ed. Teoman Ergül, TBB Yayınları, 2004, ss. 1-20, s. 11.

⁹⁴⁹ Dursun, s. 236; Konusu suç teşkil etmeyen emrin ceza hukuku yönünden önemi olmadığı hakkında bkz. Toroslu/ Ersoy, s. 11; TCK m. 24/3’teki konusu suç oluşturmayan emrin ifa edilemeyeceğine ilişkin ana kural bu nedenle maddeye dahil edilmiştir. Bkz. Yurtcan, Türk Ceza Kanunu, s. 417-418.

ceza normlarına aykırılığı tespit etmesinin ne ölçüde bekleneceğini, sınırının olup olmadığını kanun koyucu belirler. Bu doğrultuda, örneğin ceza normuna açıkça aykırılık gibi, denetleme yetkisinin bulunduğu hallerde de bir sınır belirtilmediği sürece, bu hallerde hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisi ancak hata hükümleri çerçevesinde mümkün olabilir. Belirtmek gerekir ki, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna etkisi kabul edilmek isteniyorsa, kuralların uygulanma amacı ve şeklinin belirlenebilmesi için emrin “konusunun suç oluşturmaya” ilişkin hükümlerin yeniden düzenlenmesi ve TCK hükmüyle Anayasa hükmünün uyumlu hale getirilmesi gerekir⁹⁵⁰.

bb. Hukuka Uygunluk Denetiminin Sınırlandırıldığı Hallerde İfa Edilen Emirler

Emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki ve yükümlülüğünün kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerde, emri alan kişi emrin maddi yönden hukuka uygunluğunu denetlemeksizin itaatle yükümlü kılındığı için, emir suç oluşturmaya rağmen bu durum tespit edilmeksizin emrin ifa edilmesi söz konusu olabilecektir⁹⁵¹. Zira, aşağıda ilgili başlıkta açıklanacağı üzere⁹⁵², emrin maddi yönden hukuka uygunluğu emrin hukuka uygunluğunu sağlayan sebep ve olguların varlığına bağlıdır. Emrin maddi yönden denetlenmesinin engellendiği hallerde, somut olayda aldığı emrin şeklen hukuka uygun olduğunu tespit eden ancak maddi yönden hukuka uygun olup olmadığı konusunda araştırma yapamayan kişi, emrin hukuka aykırı olduğu şüphesini emri veren mercie başvurmak veya yazılı tekrar almak gibi bir usulle giderme imkanı da kendisine tanınmadığı için emri ifa etmesinin hukuka uygun bir eylem olarak ortaya çıkıp çıkmayacağını bilmeden ifa etmek zorunda kalır. Burada maddi yönden hukuka aykırı bir emri ifa etmek suretiyle gerçekleştirilen tipik eylem esasen hukuka aykırıdır ve emri ifa eden kişi bunu bilmeksizin ifa ettiğinde de hukuka aykırılığını korur. Dolayısıyla ortaya çıkan suçtan dolayı emri

⁹⁵⁰ Bu konuda konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ya TCK'den çıkarılarak idare hukuku alanına bırakılması ya da yer verilmek isteniyorsa tüm yönleriyle TCK'de düzenlenmesi gerektiği hususunda bkz. Meraklı, s. 289.

⁹⁵¹ Demirel, Amirin Emri, s. 102; AsCK m. 41/3 uyarınca ifa ettiği emrin içeriğinin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa sorumlu olmaz. Bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 459.

⁹⁵² Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, b, cc.

veren merci sorumlu tutulabilecektir. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni oluşturmadığı kanaatindeyiz⁹⁵³.

Hukuka uygun bir emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesinin temeli yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kanun koyucunun hukuka uygun emrin ifasıyla korunan kamu düzenine ilişkin hukuki menfaatin ceza normunun yasağıyla korunan hukuki menfaate üstün gelmesi nedeniyle ceza normunun ihlaline izin vermesidir. Emrin içeriğinin denetlenmeksizin derhal ifa edilmesiyle korunan hukuki menfaatlerin ise ceza normunun koruduğu menfaate üstünlüğünün bulunduğu kabul edilmemektedir⁹⁵⁴. Burada emrin bağlayıcılığının dayanağı kamu güvenliğinin veya askeri faaliyetin gerekliliklerinin zorunlu kıldığı hallerde verilen emirlerin hukuka aykırı olsa dahi ifa edilerek ceza normunun ihlaline izin verilmiş olması değildir. Bu hallerde esasen, emirlerin gecikmeksizin yerine getirilmesinin önemi nedeniyle emrin maddi yönden denetlenmesi yetki ve yükümlülüğü kanun koyucu tarafından engellendiği için, emri ifa eden kişinin eyleminin suç oluşturacağını bilmesinin kendisinden beklenmemesi nedeniyle kusurluluğunun bulunmadığı normatif olarak kabul edilmektedir⁹⁵⁵. Bu doğrultuda, TCK m. 24/4 ile AY m. 137/3'te atıfta bulunulan istisnai hükümler kapsamında olan AsCK m. 41/2'de kanun koyucu emrin maddi yönden hukuka aykırılığına ilişkin tereddüdü ve bilgisizliği nedeniyle astın cezalandırılmayacağını öngörmekte, yalnızca suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi halinde sorumlu tutmaktadır⁹⁵⁶. Sonuç olarak, hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği emirlerin hukuka aykırı olması halinde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi, kanaatimizce kusurluluğu kaldıran neden oluşturur. CMK m. 223/3-b uyarınca hukuka aykırı emrin ifası halinde kusurun bulunmaması nedeniyle

⁹⁵³ Bu konuda, hukuka aykırılığın yalnızca üst merci tarafından emredilmiş olması nedeniyle hukuka uygun hale geleceğinin kabul edilemeyeceği, aksi halde emir verme yetkisine sahip herkesin hukuk düzenini bozabileceği sonucuna ulaşılacağı ifade edilmiştir. Papadatos, s. 52.

⁹⁵⁴ Bir hukuk devletinde emirlerin derhal yerine getirilmesi ve hiyerarşik itaatten beklenen menfaatin hukukun üstünlüğünden ve kanuna uygun davranılmasından beklenen menfaate üstün geldiği kabul edilemeyecektir. Bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 109; Aynı yönde bkz. Padovani, s. 200-201; Bu nedenle denetlenmesi yasaklanan hukuka aykırı emrin bağlayıcı olamayacağı, burada yalnızca cezalandırılmasına engel olan bir halin söz konusu olabileceği hakkında bkz. Mantovani, s. 245.

⁹⁵⁵ Burada kusurluluğun bulunmaması, gerçekleştirilecek eylemin suç oluşturacağını, yasak olduğunun bilinmesinin mümkün olmamasına dayandığı için beklenemezlik ilkesiyle (*inesigibilità*) de açıklanmaktadır. Görüşlerle ilgili olarak bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 112.

⁹⁵⁶ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 94.

ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğine ilişkin düzenlemeyle bu halin kusurluluğu kaldıran etki yarattığı gösterilmektedir⁹⁵⁷.

Bu noktada hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasını kusurluluğu kaldıran hal olarak açıklayan görüşler kapsamında ileri sürülen ve emri alan astın içinde bulunduğu hiyerarşik ilişkinin ve amirin üstün konumu ve nüfuzunun etkisi nedeniyle kusurluluğunun bulunmadığının kabul edildiğine yönelik gerekçeye katılmadığımızı belirtmek gerekir. Zira kamusal hiyerarşik ilişkinin başlı başına bir baskı nedeni veya emri alan kişinin kusur yeteneğini kaldıran etkide bulunduğunun kabulü kamu düzeninin işleyişinde hiyerarşinin işlevini ve hukuka uygunluk ilkesini yok sayma ve emri alan mercii yalnızca emre itaat eden bir vasıtaya indirgeme sakıncasını doğuracaktır⁹⁵⁸. Burada emri ifa eden kişinin kusurluluğunun bulunmadığının kabul edilmesinin nedeni emrin hukuka uygunluğunun dayanağını oluşturan sebep ve koşulların varlığını denetleme imkanı ve yükümlülüğünün tanınmamış olması nedeniyle, tipik bir eylemi hukuka aykırı olduğunu bilmeden ifa etmek zorunda bırakılmasıdır⁹⁵⁹. Emri alan kişinin kusurluluğu eyleminin suç oluşturacağını bilememesi nedeniyle etkilenmekte⁹⁶⁰, bu bilgisizliği de emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun koyucu tarafından sınırlandırılması gibi istisnai bir duruma dayanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, denetleme yükümlülüğünün sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde, kanun koyucunun emri ifa eden kişinin eyleminin haksızlık oluşturduğunu bilmesinin kendisinden beklenemeyecek olmasına sonuç bağladığı bir

⁹⁵⁷ Dursun, s. 241, dn. 100; Zafer, Genel Hükümler, s. 458.

⁹⁵⁸ Hukuka aykırı bağlayıcı emri ifa eden kişinin kusur yeteneğinin yalnızca hiyerarşik ilişki nedeniyle bulunmayacağını kabul etmenin emri alan astın idarenin insani yetilerden mahrum kör bir organı olduğunu kabul etmek anlamına geleceği yönünde bkz. Papadatos, s. 54.

⁹⁵⁹ Emri alan merci amirin emrini yerine getirmesinin eylemini meşrulaştırdığını düşünmekte, bu durum CMK m. 223/3-b’de özel bir mazeret nedeni olarak düzenlenmektedir. Bu yönde bkz. Çetinkaya, s. 342.

⁹⁶⁰ Bu doğrultuda esasen kurumun hataya ilişkin genel hüküm (TCK m. 30) kapsamında düzenlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Ünver, s. 58; İtalyan hukukunda da denetlenmesi engellenen hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki hatanın bir türü olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir. Bu yönde görüş için bkz. Provolo, “L’ordine Criminoso Nei Recenti Progetti Di Riforma Del Codice Penale Italiano E Nella Disciplina Internazionale Penale”, s. 5; Bu hususta Roma Statüsü’nde de emrin ifasında hukuki hataya ilişkin ayrı hükme yer verildiğine değinmek gerekir. Hataya ilişkin 33. maddede emrin hukuka aykırılığının bilinmesinin beklenemeyeceği hallerde, emrin hukuka aykırı olduğu konusundaki hukuki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırabileceği öngörülmüştür. Roma Statüsü metni için bkz. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

kusurluluğu kaldıran halin söz konusu olduğu ifade edilebilecektir⁹⁶¹. Zira hukuk düzeninin bir yandan hukuka uygunluk denetimini yasaklayıp diğer yandan hukuka aykırı olmasına rağmen ifa ettiği için kişiyi cezalandırması çelişkili⁹⁶² ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Emri alan kişinin emrin maddi yönden hukuka uygunluğu konusundaki şüphesini gidermesi kanun tarafından engellendiğinden, kişi somut olayda eyleminin hukuka aykırı olduğunu bilmeden gerçekleştirmek zorunda kalmıştır⁹⁶³. Kanaatimizce burada sorumsuzluğun dayanağı emrin ifasının suç oluşturacağının bilinmesinin beklenememesi olduğu için, somut olayda emrin ifasının suç oluşturduğunun emri ifa eden kişi tarafından bilindiği haller veya denetim yapılmasına ihtiyaç duyulmaksızın dahi emrin ifasının suç oluşturacağının açıkça anlaşıldığı haller sorumsuzluğun sınırını oluşturmalıdır⁹⁶⁴. Diğer bir deyişle, denetimin sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde emri alan kişinin emri ifa etmesinin hukuka uygun bir eylem olarak ortaya çıkmayacağını bilmesinin mümkün olmayacağına yönelik kabul yalnızca emir açıkça hukuka aykırı değilse veya bu yönde ayrıca bir bilgisi yoksa geçerli olmalıdır. Bu nedenle TCK m. 24/4'te yer alan kuralın emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki ve yükümlülüğünün kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerde bağlayıcı sayılan emri ifa eden kişinin, emir açıkça hukuka aykırı olmadığı veya emrin hukuka aykırı olduğunu bilmediği sürece sorumlu tutulamayacağını öngörecektir şekilde yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmelidir⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ Astın kanunen emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi tanınmadığı için bu konudaki bilinç durumuna, hataya düşüp düşmediğine bakılmaksızın sorumsuz olduğunun kabul edildiği mazeret nedeni yaratıldığı hakkında bkz. Dursun, s. 240; Türk hukukundakine benzer şekilde, emrin denetlenmesinin sınırlandırıldığı hallere ilişkin ayrık düzenlemeye (İtalyan CK m. 51/son) yer veren İtalyan hukukunda da bu haller, bir görüş tarafından emrin ifasıyla yol açılacak zarardan sorumlulukla emre itaatsizlikten doğacak sorumluluk arasında kalan askerlerin içinde bulunduğu durum emrin ifasıyla gerçekleştirilecek eylemin hukuka uygun olup olmayacağı konusundaki bilgisizliğiyle açıklanmaktadır. Bu nedenle anılan hükmün ceza normuna ilişkin hatanın kaçınılmazlığıyla ilgili olduğu ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 125.

⁹⁶² Mantovani, s. 245.

⁹⁶³ Burada astın emrin gereği olan davranışın hukuka uygunluğu konusundaki şüphesini TCK m. 30/4 uyarınca hukukilik denetimi yaparak gidermesi kendisinden beklenemediği ve hatasının kaçınılmaz olduğunun kabul edilerek kaçınılmazlık karinesi getirildiği görüşü için bkz. Gökpınar, s. 89.

⁹⁶⁴ Emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşılır olması bazı görüşler tarafından beklenemezliğin sınırı olarak ifade edilmektedir. Yine hukuki hatanın kaçınılmazlığının sınırı olarak dikkate alınacağı ileri sürülmüştür. Bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 112, 125; Hukuka aykırılığın açık olmadığı hallerde ast bakımından mazeret nedeninin uygulanması gerektiği yönünde görüş için ayrıca bkz. Çetinkaya, s. 343; Hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde sorumsuzluğun sınırını belirlemek üzere kullanılan bazı ölçütler kapsamında emrin hukuka açıkça aykırı olması ile bazı suçların sorumsuzluk dışında bırakılması çalışmada ilgili bölümde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, c, bb.

⁹⁶⁵ Açıkça hukuka aykırılığın bir ölçüt olarak yer almasını öneren görüşler için ayrıca bkz. İzzet Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi",

Bu hususta ayrıca belirtmek gerekir ki öğretide, mutlak itaat hallerinde dahi konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği kabul edilerek kanaatimizce hukuka uygunluk denetiminin sınırlandığı mutlak itaat hallerinde emri ifa eden kişilerin ceza sorumsuzluğunun sınırı çizilmeye çalışılmaktadır⁹⁶⁶. Gerçekten TCK'deki mevcut hükümlerden yola çıkıldığında, mutlak itaat halinde emri ifa eden kişilerin işlenen suçtan dolayı sorumsuz sayılacağı hallerin sınırını belirlemek amacıyla, sistematik yorum kurallarına uygun düşmemesine rağmen TCK m. 24/4'te düzenlenen istisna halleri bakımından kendisinden önceki fıkra da yer alan kuralın geçerli olduğunu kabul etmek gerekecek⁹⁶⁷, bu kuralda yer alan “konusu suç teşkil eden emir” kavramını emrin “açıkça suç oluşturması”⁹⁶⁸ veya “*görev ve hizmetin kapsamı dışında kalan ve konusu suç oluşturan*” emir⁹⁶⁹ gibi ölçütlerle ayrıca açıklamak gerekecektir. Aşağıda ilgili başlıkta ele alınacağı üzere, emrin konusunun bir merciin konu bakımından yetki alanına dahil olup olmadığı emrin şeklen hukuka uygunluğu kapsamında emri alan merci tarafından her zaman denetlenmek zorundadır⁹⁷⁰. Dolayısıyla, “konusu suç oluşturan” emrin emri veren merciin konu bakımından yetki alanına dahil edilemeyecek halleri kapsadığı şeklinde açıklanması halinde, bunun emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde dahi tespit edilmesi gerekecek ve bu anlamda “konusu suç oluşturan” emir hukuka uygunluğu denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde de ifa edilemeyecektir. Zira çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak değinileceği üzere, denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı haller yalnızca maddi yönden hukuka uygunluğun denetimini engellemektedir. Ancak bu durumda emrin konusunun maddi yönden hukuka uygun olup olmadığı, diğer bir ifadeyle emrin konusunu oluşturan

Yargıtay Dergisi, Sayı: 1-2, 1999, ss. 70-85, s. 83; Dursun, s. 247-248; Roma Statüsü'yle uyumun sağlanmış olacağı hususunda ayrıca bkz. Bozbayındır, s. 133-134.

⁹⁶⁶ Bu yönde değerlendirme için ayrıca bkz. Dursun, s. 241, dn. 100, s. 243, dn. 106.

⁹⁶⁷ İstisnai halin yorumlanmasında tekrar kurala dönülmesinin çelişkili olduğu hususunda karşı. Dursun, s. 243, dn. 105.

⁹⁶⁸ Askeri hukukun dışında kalan hallerde de emir hukuka aykırı olmasına rağmen tekrar edilmesi üzerine ifa etme yükümlülüğü getirilebilmekte, bu yükümlülüğün sınırını emrin açıkça suç oluşturması belirlemektedir. Bu yönde bkz. Sahir Erman, “Compliance with Superior Orders Under Domestic Criminal Law and Under the Law of War”, **Military Law and Law of War Review**, Vol. 10, No. 1, 1971, ss. 371-416, s. 398. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlwr10&div=27&g_sent=1&casa_token=&collection=journals (Erişim Tarihi: 09.02.2021); Türk hukukunda mutlak itaat hallerinde emrin konusunun suç oluşturması yerine açıkça suç oluşturmamasının öğretide ve içtihatla dikkate alınan bir ölçüt olduğu hakkında değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, c, aa.

⁹⁶⁹ Zafer, Genel Hükümler, s. 459.

⁹⁷⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, b.

eylemin gerçekleştirilmesi için gereken maddi koşul ve sebeplerin varlığı araştırılmadığı için, somut olayda maddi yönüyle hukuka aykırı olduğu için suç oluşturacak bir emrin ifa edilmesi söz konusu olabilmektedir⁹⁷¹. Emrin konusunun hem yetki alanı bakımından şekli hem de içerdiği eylemin kanuni koşullara uygun olması bakımından maddi yönden hukuka uygunluğu gözetilmektedir. Görüldüğü üzere “konusu suç oluşturan” emrin ifa edilemeyeceği kuralı ceza sorumsuzluğuna sınır getirmeye uygun bir ifade içermemektedir. Bu nedenle, hukuka aykırı emrin ifasıyla işlenen suçtan dolayı emri ifa eden kişinin sorumlu tutulmadığı mutlak itaat hallerinde sorumsuzluğun sınırının karşılaştırmalı hukuktaki ve uluslararası hukuktaki örneklerle benzer şekilde emrin açıkça hukuka aykırı olmasını içerecek şekilde belirlenmesinin yerinde olacağının tekrar altı çizilmelidir. Bu yöndeki örnekler emrin uygulanma koşulları çerçevesinde ayrıca ele alınarak değerlendirilmiştir⁹⁷².

IV. YETKİLİ MERCİİN EMRİNİ İFANIN CEZA SORUMLULUĞUNA ETKİSİ VE SONUÇLARI

A. Emri İfa Eden Kişi Bakımından

1. Hukuka Uygun Emrin İfasının Etkisi ve Sonuçları

Hukuka uygun bir emrin ifası emri alan kişi için görev gereği yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle oluşan eylem hukuka uygundur. Bu doğrultuda yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, hukuka uygun bir emrin ifası hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır⁹⁷³. Dolayısıyla hukuka uygun bir emrin ifasıyla ortaya çıkan eylem tipik olsa da suç oluşturmayacak, emri ifa eden kişiye ceza verilemeyecektir.

⁹⁷¹ Bu hususta AsCK m. 41/2'deki ifadede amirin suç teşkil eden emir verme yetkisinin bulunmadığı halde emrin bir suç teşkil etmesi ihtimalinin emri alan kişinin emrin muhtevasını kontrol edememesi nedeniyle olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 902.

⁹⁷² Bkz. Üçüncü Bölüm, I, B, 2, c.

⁹⁷³ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 1.

Hukuka uygun emrin ifası söz konusu olduğunda eyleme katılan diğer kişiler bakımından da aynı eylem suç olarak değerlendirilemeyecektir. Bu doğrultuda somut olayda hukuka uygun emrin ifasıyla gerçekleştirilen eyleme katılan kişilerin bulunması halinde bu kişilerin iştirak hükümleri kapsamında sorumlu olması da mümkün olmayacaktır⁹⁷⁴. İştirakte bağlılık kuralı gereği, suça katılan kişilerin sorumlu olabilmesi için failin eyleminin kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmesi zorunludur (TCK m. 40/1)⁹⁷⁵. Bu nedenle, hukuka uygun bir emri ifa eden kişinin eylemi kasten gerçekleştirilmiş olsa dahi baştan itibaren hukuka uygun olacağı için⁹⁷⁶ emrin ifası eylemine katılan kişilerin şerik olarak sorumlu tutulması da mümkün değildir. Örneğin, hukuka uygun bir arama emrini ifa amacıyla konuta girmeye çalışan kolluk görevlisine konutun yedek anahtarını getirerek maddi yardım sağlayan bir apartman sakininin eylemi TCK m. 39 kapsamında yardım etme olarak nitelendirilemeyecektir⁹⁷⁷. Aynı doğrultuda, hukuka uygun bir emrin ifası sırasında emrin konusunu oluşturan eylemin icrasına başlayan kamu görevlisinin eylemi suç oluşturmadağı için eylemi tamamlayamaması halinde teşebbüsten sorumlu olması da söz konusu olmayacaktır⁹⁷⁸. Yine önceki başlıkta ayrıca ele alındığı üzere hukuka uygun bir emrin ifasına karşı meşru savunmadan yararlanılması da mümkün olmayacaktır⁹⁷⁹. Zira hukuka uygunluk nedenleri, sınırları içerisinde kalındığı sürece başkasının hakkına müdahale hakkı verdiği için hukuka uygun bir eyleme karşı hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz⁹⁸⁰.

Son olarak, hukuka uygun bir emri ifa eden kişinin eylemi tipik olsa dahi hukuk düzenine aykırı olmadığı için eylemden dolayı ne ceza sorumluluğunun ne de idari veya hukuki sorumluluğunun doğması mümkündür⁹⁸¹. Zira eylemin hukuka aykırılığı tüm hukuk düzeni dikkate alınarak değerlendirilir ve tüm hukuk düzeniyle

⁹⁷⁴ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 135-136; Savaşçı Temiz, s. 141.

⁹⁷⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 553.

⁹⁷⁶ Hukuka uygunluk nedenleri eylemin hukuka aykırı olarak doğmasını engeller. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 358.

⁹⁷⁷ Haciz memurunun isteğiyle kapıyı kıran işçinin, haciz memurunun eylemi hukuka uygun olduğu takdirde sorumlu tutulamayacağına ilişkin örnek için bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 136.

⁹⁷⁸ Savaşçı Temiz, s. 141.

⁹⁷⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 3.

⁹⁸⁰ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 273.

⁹⁸¹ Değirmenci, "...Amirin Emrini İfa", s. 458; Erdoğan, s. 176; Şahsi cezasızlık nedenleri, cezayı kaldıran şahsi nedenler, objektif cezalandırılabilme şartları ve kovuşturma şartları hukuka aykırılığa etki etmediği için ceza hukuku ve diğer hukuk dallarının farklı türde yaptırımlarına konu olabilir. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 273.

çelişmesi anlamına gelir⁹⁸². Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi halinde CMK m. 223/2-d uyarınca beraat hükmü verilecektir⁹⁸³.

2. Konusu Suç Oluşturmayan Hukuka Aykırı Emrin İfasının Etkisi ve Sonuçları

Konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin ceza sorumluluğuna etkisi, “konusu suç oluşturan emir” kavramının nasıl tanımlandığına göre değişiklik gösteren farklı yaklaşımlar çerçevesinde açıklanmaktadır. İlgili başlıkta ele alınan emrin ifasının hukuki niteliğine yönelik tartışma ve görüşler kapsamında, bir görüş konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı bir emrin ifasının ceza hukukunu ilgilendirmedigini, konusu suç oluşturmayan bir emrin ceza sorumluluğu doğurmayacağını kabul etmektedir⁹⁸⁴. Bu görüşte olan yazarlar konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin AY m. 137/1 uyarınca emri veren merciin yazılı tekrarı üzerine ifa edilmesi halinde, hukuka aykırı bir emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunu idari veya özel hukuk sorumluluğunun bulunmamasına dayandırmaktadır⁹⁸⁵. Dolayısıyla, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emri alan kişi emri AY m. 137/1 veya DMK m. 11 uyarınca emri veren mercie bildirerek, emir yazılı olarak tekrar edildiğinde ifa etmek zorunda olup, emri ifa etmesinden dolayı sorumsuzluğuna ilişkin kural emri ifa eden kişinin disiplin cezası almasını engellemektedir⁹⁸⁶. Aynı doğrultuda, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emri ifa eden kişi idare hukuku yaptırımına maruz kalabileceği gibi, tazminat sorumluluğu da doğabilir⁹⁸⁷.

Öğretide diğer bir yaklaşım tarafından, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirlerin AY m. 137/1 uyarınca yazılı olarak yinelenmesi sonucunda ifa edilmesi halinde de suçun oluşabileceği ve bu durumda emri ifa edenin ceza sorumluluğuna

⁹⁸² Zafer, Genel Hükümler, s. 377.

⁹⁸³ Zafer, Genel Hükümler, s. 393.

⁹⁸⁴ Bu yönde bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 136-137; Ünver, s. 57; Demirel, Amirin Emri, s. 172.

⁹⁸⁵ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 136-137; Demirel, Amirin Emri, s. 86.

⁹⁸⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 86.

⁹⁸⁷ Akkurt, s. 68.

etkisinin değerlendirilmesinin gerekeceği ileri sürülmektedir⁹⁸⁸. Bununla birlikte konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etki ettiğini kabul eden görüşler de ceza sorumluluğuna etkisinin hukuki niteliği konusunda ayrılmaktadır. AY m. 137/1 hükmünün ceza sorumluluğuna etkisini bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşe göre, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emri yazılı tekrar üzerine ifa eden kişinin eylemi bir suça tekabül etse de hukuka uygun olduğu için ceza sorumluluğu bulunmayacaktır⁹⁸⁹. Bu görüş doğrultusunda hukuka uygunluk nedenlerinin önceki başlıkta saydığımız sonuçları konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası bakımından da geçerli olacaktır. Bu görüş kapsamında, CMK m. 223/3-b’de hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının faile kusurluluğu bulunmadığı için ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğine ilişkin hükmün konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının kusurluluğu kaldıran neden olduğunu göstermediği ifade edilmiştir⁹⁹⁰. Bu durumda yazılı tekrar üzerine emri ifa eden alt merciin eylemi hukuka uygun sayılacak ve emri ifa eden kişi sorumlu tutulamayacaktır. Emri veren merci ise emrin hukuka aykırılığı değişmediği için hukuka aykırı emir vermiş olmaktan dolayı sorumlu tutulacaktır⁹⁹¹.

Hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisini kusurluluğu kaldıran neden veya mazeret nedeni olarak açıklayan görüşler ise konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifası sonucunda oluşan suçtan dolayı emri ifa eden merciin ceza sorumluluğunun kalktığını, ancak emri veren merciin sorumlu olacağını kabul etmektedir⁹⁹². Bu görüş kapsamında, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı bir emri alan merciin bu emrin hukuka aykırılığını bildirmesine rağmen yazılı olarak tekrar edilmesi üzerine emre itaat mecburiyeti doğar; bu mecburiyet ve hiyerarşik ilişkinin etkisi emri alan kişinin irade özgürlüğünü etkiler⁹⁹³. Kusur ilkesi gereği kusurluluğu etkileyen bir neden söz

⁹⁸⁸ Görüşler için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2; Hukuka aykırı bir emrin emri veren merciin yazılı tekrarı sonucunda ifa edilmesinden dolayı emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunun yalnızca idare veya borçlar hukuku bakımından değil, görevi kötüye kullanma suçu bakımından da söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Savaşçı Temiz, s. 142-143.

⁹⁸⁹ Bu görüşte bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 218; Savaşçı Temiz, s. 145.

⁹⁹⁰ Erdoğan, s. 195.

⁹⁹¹ Emir hukuka uygun hale gelmemekte, emre itaat etme fiili hukuka uygun hale gelmektedir. Bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 215, 218.

⁹⁹² Görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2. b.

⁹⁹³ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342.

konusu olduğu için emri ifa eden kişiye ceza verilmesi mümkün değildir⁹⁹⁴. Dolayısıyla emri ifa eden kişi hakkında CMK m. 223/3-b uyarınca kusuru bulunmadığı için ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Eylemin hukuka aykırılığı devam ettiği için emri veren merci sorumlu olmaya devam edecektir⁹⁹⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu görüş kabul edildiğinde emrin ifası hukuka aykırılığını koruduğu için, emrin ifasına iştirak eden kişilerin cezalandırılması da TCK m. 40/1 çerçevesinde mümkün olabilecek, konusu suç oluşturmayan bir emrin ifasına karşı muhatap olan üçüncü kişiler –diğer koşullarının da varlığı halinde- meşru savunmadan yararlanabilecektir.

Bu bölümde ayrıca, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin bir örneği olarak emrin konusunun kabahat oluşturmaması halinde emri ifa eden kişinin sorumluluğuna etkisine değinmek TCK m. 24 ile bağlantısı nedeniyle yerinde olacaktır. Zira Kabahatler Kanunu’nun (KK) 12. maddesi uyarınca, KK’de aksine hüküm bulunmadığı sürece, kabahatler bakımından hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenlerle ilgili olarak TCK’nin ilgili hükümleri uygulanacaktır⁹⁹⁶. Dolayısıyla, bir emrin ifası sonucunda emrin konusunu oluşturan kabahatin işlenmesi halinde emrin ifasının kabahatten doğan sorumluluğa etkisi TCK m. 24’e göre çözülecektir. Bu noktada TCK m. 24/3’te yer alan “konusu suç oluşturan emir” kavramının konusu kabahat olan emirleri de içerip içermediği tartışmalıdır. Bir yandan KK m. 12 atfı nedeniyle TCK hükmündeki “suç” ibaresinin kabahatleri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği, diğer yandan AY m. 137’nin yürürlüğe girdiği dönemde kabahatler suç kapsamında yer aldığı için, maddedeki suç ifadesinin esasen kabahatleri de kapsadığı şeklinde farklı yönde değerlendirmelerin yapılabilmesi mümkündür⁹⁹⁷. Ancak suç ifadesinin kabahatleri de kapsadığı konusunda, gerek kabahatlerin suç olmaktan çıkarıldığı TCK sistemimizde

⁹⁹⁴ Hakeri, s. 362.

⁹⁹⁵ Hakeri, s. 362; Esasen AY m. 137/1 uyarınca emri veren merciin sorumlu olmaya devam etmesi nedeniyle emrin ifasının hukuka aykırılığının devam ettiği anlaşılmakta, kusurluluğa etki ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu görüşte bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 402; Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 342.

⁹⁹⁶ KK m. 12’nin gerekçesinde kusurluluğu kaldıran haller bakımından TCK’deki ilgili hükmün uygulanacağı belirtilmiş, kusurluluğu kaldıran nedenlerden biri olarak sayılan hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin varlığı halinde de idari para cezası verilemeyeceği açıklanmıştır. Bkz. Yurtcan, Kabahatler Kanunu, s. 77.

⁹⁹⁷ İleri sürülebilecek farklı yönde görüşler ve değerlendirmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 66-68; Ayrıca bkz. Zeynel Kangal, **Kabahatler Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 224, dn. 152.

kabahatlerin 765 sayılı mülga TCK dönemindeki kabahatlerle benzerliğinin bulunmamasının, gerekse bu tür bir yorumun AY m. 137'den sonra yürürlüğe giren KK hükümlerinin Anayasa hükmüyle çeliştiğini kabul etmek anlamına geleceğinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmelidir⁹⁹⁸. Bununla birlikte öğretide bir görüş, TCK m. 24/3'teki suç ifadesinin kabahatleri de karşılayacak şekilde anlaşılmasının mümkün olduğunu, TCK hükümlerindeki suç ifadesinin kabahatler bakımından kabahat olarak anlaşılacak şekilde yorumlanabileceğini de ileri sürmektedir⁹⁹⁹. Kanaatimizce, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasıyla birlikte artık kabahatlerin suç olarak kabulü ve değerlendirilmesi mümkün olmamakta ve bu nedenle AY m. 137/2 ile TCK m. 24/3'teki konusu suç oluşturan emirler kapsamında kalmayan kabahatlerin AY m. 137/1'deki konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirler kapsamında ele alınması gerekmektedir¹⁰⁰⁰. KK'de emrin ifasına ilişkin ayırık bir hüküm bulunmadığı göz önünde bulundurulduğunda, hukuka uygun bir emrin ifası kabahat oluşturduğunda KK m. 12 atfıyla TCK m. 24/2 hükmü uygulanacaktır. Hukuka aykırı bir emrin ifasının kabahat oluşturması halinde emrin konusu suç teşkil etmediği için TCK m. 24/3 kapsamında değerlendirilemeyecek ve AY m. 137/1 uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda örneğin bir kolluk amirinin verdiği emrin kabahat oluşturması halinde emri alan kolluk görevlisi emri ifa etmeyerek amirine bildirecek, amirin yazılı tekrarı üzerine ifa etmekle yükümlü olacaktır. Bu durumda AY m. 137/1 uyarınca, ortaya çıkan kabahatten dolayı emri ifa eden kolluk görevlisi sorumlu tutulmayacaktır¹⁰⁰¹. Emrin yazılı tekrarını istemeksizin ifa ederek kabahat işleyen kolluk görevlisi ise işlemiş olduğu kabahatten sorumlu olacaktır. Hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde ise emir yazılı olarak istenmeksizin bağlayıcı hale gelmekte¹⁰⁰², emri ifa eden kişi işlediği kabahatten dolayı sorumlu tutulamamaktadır. Aynı şekilde konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin konusunun disiplin suçu oluşturması halinde, emri AY m. 137/1 uyarınca yazılı ısrarı almaksızın ifa eden kişi ilgili disiplin suçu için öngörülen disiplin cezasından 657

⁹⁹⁸ Dursun, s. 245, dn. 112; Demirel, Amirin Emri, s. 67-68.

⁹⁹⁹ Bununla birlikte yazar bu yaklaşımla ulaşılabilecek sonucun AY m. 137 bakımından tartışmaya açık olduğunun da altını çizmektedir. Bkz. Dursun, s. 245, dn. 111, 112.

¹⁰⁰⁰ Bu yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 68; TCK m. 24/3'ün AY m. 137/2'nin tekrarı olduğu ve kabahatleri içerecek şekilde genişletilemeyeceği hakkında bkz. Kangal, Kabahatler Hukuku, s. 224, dn. 152.

¹⁰⁰¹ Bu durumda emrin ifasının mazeret nedeni oluşturduğu yönünde bkz. Kangal, Kabahatler Hukuku, s. 224.

¹⁰⁰² Kangal, Kabahatler Hukuku, s. 224.

sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 124 ve m. 125¹⁰⁰³ uyarınca sorumlu tutulacaktır¹⁰⁰⁴.

3. Konusu Suç Oluşturan Hukuka Aykırı Emrin İfasının Etkisi ve Sonuçları

Konusu suç oluşturan hukuka aykırı emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunun bulunduğu AY m. 137/2 ve TCK m. 24/3'te açıkça ifade edilmiş, konusu suç oluşturan emri ifa etmiş olmasının failin ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği öğretide de genel olarak kabul görmüştür¹⁰⁰⁵. Bununla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere, AY m. 137/3, TCK m. 24/4 ve DMK m. 11/son uyarınca emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde -diğer bir ifadeyle askeri hukuk veya kolluk hukuku mevzuatında öngörülen mutlak itaat hallerinde-, emri alan kişinin emri ifa etmesi sonucunda ortaya çıkan suçtan dolayı sorumlu tutulmaması mümkündür. PVSK m. 2/3 ile AsCK m. 41/2 hükümleri bu ihtimale ilişkin düzenleme getirmektedir¹⁰⁰⁶. Değinildiği üzere, bu durum öğretide bazı görüşler tarafından konusu suç oluşturan hukuka aykırı emrin ifa edilemeyeceğine ve ifa edilmesinin ceza sorumluluğuna etki etmeyeceğine ilişkin kuralın istisnası olarak açıklanmakta, bazı görüşler tarafından ise somut olayda emrin görünüşte hukuka uygun olması ile açıkça suç oluşturma ihtimallerinin ayrılması suretiyle emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi bakımından ele alınmaktadır¹⁰⁰⁷. Görüşlerin yaklaşımları ve hukuki nitelemeleri ilgili bölümde ayrıca açıklandığı için tekrarına girmeksizin, bu bölümde yalnızca ceza sorumluluğuna etkisi ve sonuçlarına yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir.

Öğretide bazı yazarlar tarafından konusu suç oluşturan emrin ifasının ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği belirtilmekle birlikte, fiili hatanın varlığı ile emre

¹⁰⁰³ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.657.pdf> (Erişim Tarihi: 13.12.2021)

¹⁰⁰⁴ Konusu idari suç oluşturan emirlerin ifasından doğan sorumlulukla ilgili olarak memurlarla ilgili mevzuatın incelenmesi gerektiği hususunda bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 69.

¹⁰⁰⁵ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2, b.

¹⁰⁰⁶ PVSK m. 2/3'te sayılan hallerde "Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.", AsCK m. 41/2'ye göre: "Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur."

¹⁰⁰⁷ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 139-140; Ayrıntılı açıklamalar ve öğretideki görüşler için bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2.

mutlak itaatın öngörülerek hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde kuralın istisnalarının oluşabileceği açıklanmakta, bu iki halde emri ifa eden merciin suç oluşturan eylemden dolayı sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁸. Burada fiili hatanın varlığı hataya ilişkin genel hüküm çerçevesinde değerlendirilerek ceza sorumluluğuna etkisi belirlenirken, mutlak itaat hallerinde ceza sorumluluğuna etkisi ilgili kanun hükümlerine göre değerlendirilecektir. Bu konuda ayrıca emrin konusunun görünüşte hukuka uygun olması ve bu emri alan kişinin hukuka uygun olduğunu düşünerek emri ifa etmesi halinde emri ifa eden kişinin kanun normunu ihlal etme iradesinin bulunmadığı, hukuka uygun bir emri ifa ettiğini zanneden kişinin sorumlu olmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁰⁹.

Bu çerçevede ilk olarak emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı askeri hukuk mevzuatında hizmete ilişkin emri alan askerlerin ifa etmeleri sonucunda oluşan suçtan sorumlu tutulmayacaklarını öngören AsCK m. 41/2 hükmünü ceza sorumluluğuna etkisi yönünden ele almak gerekir. AsCK m. 41'de askeri ilişkide astın aldığı bir emrin ifasından iki ihtimalde sorumlu tutulabileceği, diğer hallerde hizmete ilişkin emrin ifası sonucunda oluşan suçtan dolayı yalnızca emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Askeri mevzuattaki mutlak itaat kuralı uyarınca emrin maddi yönden denetlenmesi imkanı tanınmadığı için emri alan merci emrin konusunun hukuka uygunluğu yönünden tereddüde düşse dahi emri ifa etmek zorundadır ve bu nedenle sorumlu olmaz¹⁰¹⁰. Emri alan astın emri ifa etmesi sonucunda oluşan suçtan sorumlu tutulacağı iki hal emrin sınırlarını aşması ile emrin adli veya askeri bir suç işlemek amacıyla verildiğini biliyor olması olarak gösterilmiştir. Bu hallerde emri veren ve ifa eden mercilerin sorumlulukları iştirak hükümlerine göre çözülecektir. TCK m. 5 uyarınca TCK'ye göre özel kanun niteliğinde olan AsCK'de yer verilen suçlar bakımından TCK genel hükümleri uygulanacağı için, iştirakle ilgili olarak TCK'de yer alan iştirak hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır. Bu nedenle öğretilde AsCK m. 41/2 ile 41/3'te yer alan ve askeri hizmete ilişkin emrin ifasında iştirake ilişkin düzenleme getiren hükümlerin zımnen ilga edilmiş olduğu ileri sürülmüş, askeri hizmete ilişkin emrin ifasında

¹⁰⁰⁸ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 91-93; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 148, 153; Demirbaş, s. 282-283.

¹⁰⁰⁹ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 140.

¹⁰¹⁰ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 94-95.

anılan hükümlerin uygulanamayacağı ifade edilmiştir¹⁰¹¹. Öğretide diğer bir görüş, AsCK m. 41/2 ve m. 41/3'te iştirake ilişkin genel kuralın istisnalarına yer verildiği ve TCK m. 24/4 hükmünü tamamlayıcı nitelikte olduğu için yürürlükten kalktığı kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Katıldığımız ikinci görüş doğrultusunda, askeri hizmete yönelik emrin suç oluşturması halinde sorumlulukla ilgili olarak AsCK m. 41/2 ve m. 41/3 uyarınca değerlendirme yapılması gerekecektir¹⁰¹². Bu doğrultuda askeri hizmete yönelik bir emri alan kişi, emrin suç oluşturduğunu ve suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi halinde AsCK m. 41/3 uyarınca sorumlu tutulacaktır. Burada bir görüş emri veren merciin azmettiren, emri ifa eden kişininse azmettirilen olarak sorumlu tutulacağını, ayrıca emrin hukuka uygunluğunu denetleyemediğini ve emri ifaya mecbur olduğunu ileri süremeyeceğini ifade etmektedir¹⁰¹³. Zira emri ifa eden kişinin maddi yönden hukuka uygunluğunu denetleyememesine rağmen emrin suç oluşturduğunu bildiği dikkate alındığında konusu açıkça suç oluşturan bir emirden söz edileceği ve TCK m. 24/3 uyarınca sorumlu olacağı belirtilmektedir¹⁰¹⁴. Maddi yönden denetleyemediği bir emrin suç oluşturduğunu bilemeden, hukuka uygun olduğu düşüncesiyle gerçekleştirmesi ihtimalinde ise emri ifa eden kişi AsCK m. 41/2 uyarınca cezalandırılmayacaktır. Burada kanaatimizce ceza sorumluluğunun bulunmamasının nedeni kusurluluğun bulunmaması olduğu için (CMK m. 223/3-b), yukarıda belirtilen kusurluluğu kaldıran hallerin varlığına bağlı sonuçlar söz konusu olacaktır. Emri denetleyemediği için konusunun suç oluşturduğunu bilmeyen kişinin ceza sorumsuzluğunun sınırı AsCK m. 41/3'te emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin biliniyor olması şeklinde subjektif bir ölçütle belirlenmişse de ilgili başlıkta ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, öğreti ve içtihatla emrin açıkça suç oluşturduğu hallerde de emrin ifasından sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰¹⁵. Bu konuda mutlak itaat hallerinde emrin hukuka uygunluğunu maddi yönden denetlemesi engellenen kişilerin sorumlu tutulmayacağına ilişkin kuralın sınırlarının hem emrin suç oluşturduğunun biliniyor olmasını hem de emrin açıkça hukuka aykırı olmasını kapsamaması gerektiği görüşüne

¹⁰¹¹ Bu görüşte bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 178; Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 145; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37-38, 90.

¹⁰¹² Bu görüşte bkz. Erdoğan, s. 211.

¹⁰¹³ Demirel, Amirin Emri, s. 175.

¹⁰¹⁴ Demirel, Amirin Emri, s. 175.

¹⁰¹⁵ Bu yönde bkz. Yılmaz Günel, "Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 20/02, 1965, ss. 635-669, s. 662. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3163/43980>; Savaşçı Temiz, s. 132; Erdoğan, s. 162; Demirbaş, s. 302.

katılmaktayız¹⁰¹⁶. Kanaatimizce, emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi sınırlandırılmış olsa dahi emrin hukuka aykırı ve suç olduğunu bilmesinin beklenebileceği hallerde emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırdığının kabul edilmemesi gerekir.

Kolluk mevzuatında ise PYSK m. 2/3'te sayılan hallerde kolluk görevlilerinin amirlerinden aldıkları emirleri yazılı tekrarını istemeksizin derhal yerine getirecekleri ve sorumlu tutulmayacaklarına ilişkin düzenlemenin konusu suç oluşturan emirleri kapsamadığını kabul eden görüşlerin yanı sıra, bu madde kapsamında mutlak itaatin söz konusu olduğu hallerin yer aldığı ve görünüşte hukuka uygun olan emirlerin ifasıyla konusu suç oluşturan emrin ifa edilebileceğini kabul eden görüşler ileri sürülmüştür¹⁰¹⁷. Kanaatimizce PYSK m. 2/3'te yer verilen hüküm TCK m. 24/4 ve AY m. 137/3'te yer alan hukuka uygunluğun içerik yönünden denetlenmesinin engellendiği hallere ilişkin olup, sayılan hallerde emri alan kolluk görevlisi emrin hukuka uygunluğunu denetleyerek yazılı olarak tekrarını isteyemediği için emrin görünüşte hukuka uygun olması ancak somut olayda ifa edilmesinin suç teşkil etmesi halinde sorumlu tutulmayacaktır¹⁰¹⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu maddede yer alan hallerde emri alan kolluk görevlisinin sorumsuzluğunun sınırı ASCK m. 41/3'tekine benzer şekilde belirlenmiş olmadığı için, emrin konusunun açıkça suç oluşturmaması veya emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin emri alan kolluk görevlisi tarafından bilindiği hallerde sorumlu tutulacağı kabul edilmeli, bu yönde bir hükme yer verilmelidir¹⁰¹⁹.

B. Emri Veren Mercî Bakımından

Hukuka uygun emrin ifası bir hukuka uygunluk nedeni olup, emrin konusunu oluşturan eylemin tipik olmasına rağmen suç oluşturmamasını sonuçlamaktadır. Bu durumda hukuka uygun emri ifa eden kişi gibi emri veren yetkili mercî de verdiği emrin ifasıyla gerçekleşen tipik eylemden sorumlu tutulmayacaktır¹⁰²⁰. Hukuka uygun emrin ifası halinde emri veren merciin sorumluluğunun bulunmaması kanun

¹⁰¹⁶ Aynı yönde bkz. Günel, Yetkili Mercîin Emrini İfa, s. 156-157; Erdoğan, s. 209.

¹⁰¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, I, B, 2, b.

¹⁰¹⁸ Bu yönde ayrıca bkz. Erdoğan, s. 214-215.

¹⁰¹⁹ Bkz. Dursun, s. 247-248.

¹⁰²⁰ Günel, Yetkili Mercîin Emrini İfa, s. 135.

hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninin varlığına dayanmaktadır¹⁰²¹. Zira yetkili merci, emir verme yetkisini kanundan almakta ve yetkisini kanunda gösterilen koşullara uygun şekilde kullandığı takdirde kanun hükmünün gereğini yerine getirmiş olmaktadır. Bu durum TCK m. 24/1 uyarınca kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamındadır. Hukuka uygun bir emrin ifasında emri ifa eden kişi bakımından yetkili merciin emrini ifa, emri veren kişi bakımından kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur¹⁰²².

Hukuka aykırı emrin ifasında ise emri veren merciin ceza sorumluluğuna ilişkin görüşler emrin konusunun suç oluşturup oluşturmadığına göre ele alınabilir. Belirtmek gerekir ki konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasını düzenleyen AY m. 137/1 hükmünde emri ifa eden kişinin sorumlu olmayacağı belirtilmekle yetinilmiş, emri veren merciin sorumsuzluğu veya sorumluluğuna ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Öğretide konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasında, emri veren merciin sorumluluğuna ilişkin görüşler, hukuki niteliğine ilişkin görüşlere bağlı olarak değişmektedir. Bu kapsamda, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emri düzenleyen AY m. 137/1 hükmünün ceza sorumluluğuna ilişkin olmadığını, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifasının disiplin suçu, kabahat veya haksız fiil gibi idari veya özel hukuk sorumluluğunu ilgilendiren bir neticeye yol açacağını kabul eden görüşe göre, konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emrin ifası sonucunda bir suç söz konusu olmayacağı için emri veren merciin de emrin ifasından dolayı ceza hukuku bakımından sorumluluğu bulunmayacaktır¹⁰²³. Diğer bir görüşe göre ise, emri alan merciin AY m. 137/1 açık hükmü uyarınca yazılı olarak yinelenen hukuka aykırı emri ifa etmesi hukuka uygun olacağı için, emri veren merciin iştirak kapsamında sorumlu tutulması da mümkün olmayacaktır¹⁰²⁴. Bu durumda emri ifa etme eylemi hukuka uygun olmakla birlikte, emir hukuka aykırılığını koruduğu için emri veren merci diğer unsurlarının da oluşması halinde fail olarak sorumlu olabilecektir. Emredilenle iştirak halinde işlenen bir suç bulunmamaktadır¹⁰²⁵. Bu hususta bir görüş, bu durumda her ne kadar emri ifa eden kişinin eylemi hukuka uygun hale

¹⁰²¹ Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 460.

¹⁰²² Zafer, Genel Hükümler, s. 390, 396.

¹⁰²³ Bu yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 172.

¹⁰²⁴ Özgün Özyüksel, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s. 206-207; Savaşçı Temiz, s. 57-58.

¹⁰²⁵ Bu yönde bkz. Savaşçı Temiz, s. 57-58.

gelmiş olsa da emri veren merciin ifa eden merciin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak araçsallaştırdığını ve bu yolla kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması ya da kişilere haksız menfaat sağlanması halinde emri veren merciin emrin ifasıyla oluşan görevi kötüye kullanma suçunun dolaylı faili olarak sorumlu tutulacağını ifade etmektedir¹⁰²⁶. AY m. 137/1 uyarınca konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emri alan merciin emrin yazılı olarak tekrar edilmesi üzerine ifa etmesini kusurluluğu kaldıran neden veya mazeret nedeni olarak niteleyen görüşe göre ise, bu durumda emrin ifası eylemi hukuka aykırılığını koruduğu için emri veren merciin bu eylemden dolayı sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Burada emri ifa eden merciin hukuka aykırı emri ifa etme mecburiyetinin onun iradesine ve kusurluluğuna etki ettiği kabul edilmekle, emri ifa eden kişinin araç konumunda olduğu ve emri veren merciin de hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası sonucunda oluşan suçtan dolayı faillik kapsamında sorumlu olacağı kabul edilmektedir¹⁰²⁷.

Konusu suç oluşturan hukuka aykırı emrin ifası emri veren kişi bakımından da ceza sorumluluğunu kaldırmaz. Her ne kadar AY m. 137/2’de konusu suç oluşturan emrin ifasından dolayı emri ifa eden kişinin sorumlu olacağına ilişkin düzenleme getirilmişse de, emri veren kişinin de konusu suç oluşturan emrin ifası sonucunda oluşan suçtan dolayı sorumluluğu doğacaktır¹⁰²⁸. TCK m. 24/3’te bu durum açıkça ifade edilmiştir. Öğretide ağırlıklı olarak, konusu suç oluşturan emrin ifa edilmesiyle işlenen suçtan dolayı emri veren merciin azmettiren olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir¹⁰²⁹. Yargıtay da konusu suç teşkil eden emrin ifasından emri veren kişinin azmettiren, yerine getiren kişinin fail olarak sorumlu tutulacağını ifade etmiştir¹⁰³⁰. Bu bağlamda emrin konusunun suç oluşturma halinde, emrin

¹⁰²⁶ Yazar burada emri veren merciin görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız menfaat sağlaması nedeniyle aynı zamanda doğrudan faili de olacağını ifade etmektedir. Bkz. Özyüksel, s. 207-208, dn. 983.

¹⁰²⁷ Demirel, Amirin Emri, s. 172-173.

¹⁰²⁸ Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 344.

¹⁰²⁹ Bu yönde bkz. Koca/Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 344; Zafer, Genel Hükümler, s. 459; Savaşçı Temiz, s. 150-151; Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 478; Emri verenin azmettiren olarak sorumlu tutulacağı, ancak emri ifa eden kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurduğu hallerde dolaylı fail olacağı hakkında bkz. Akbulut, s. 666.

¹⁰³⁰ “(...) Şayet emrin konusu suç teşkil ediyorsa, Anayasanın 137/2 ve TCK’nın 24/3 maddeleri gereğince böyle bir emrin yerine getirilmesinden emri veren azmettiren, yerine getiren ise fail olarak sorumlu tutulacaktır” Yar. 16. CD. 2019/407 E., 2019/5672, 10.09.2019 T. (<https://www.kazanci.com.tr>).

verilmesinin başlı başına emri alan kişiyi suça yöneltmek olduğu belirtilmiştir. Emri alan kişi de emre her koşulda itaatle yükümlü olmadığı, aldığı emrin hem şeklen hem de içerik yönünden hukuka uygunluğunu denetlemekle yükümlü olduğu için, aldığı emri ifa etmeye karar verdiğinde emrin ifasıyla oluşacak suçun faili olacaktır¹⁰³¹. Bağlılık kuralı uyarınca (TCK m. 40/1) konusu suç oluşturan bir emri veren kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulabilmesi için, verdiği emrin konusunu oluşturan suçun icrasına başlanmış olması gerekir¹⁰³². Emri ifa eden kişinin eyleminin teşebbüs aşamasında dahi kalmış olmadığı hallerde emri veren kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁰³³. Emri alan merci hukuka aykırı emri ifaya başlamadığı sürece hukuka aykırı emri veren merciin o eyleme teşebbüsten sorumlu tutulması da mümkün olmayacaktır¹⁰³⁴. Belirtmek gerekir ki, öğretide diğer bir görüş, konusu suç oluşturan emrin ifasından dolayı emri veren kişinin konumunun hukuki anlamda azmettiren olmadığını, azmettirenin azmettirilen üzerinde tehdit veya cebir gibi bir baskı uygulamadığını ifade etmektedir. Bu nedenle konusu suç olan emri veren ve ifa eden kişilerin iştirak çerçevesinde sorumlu olmayacakları, sorumluluklarının bağımsız olduğu ileri sürülmektedir¹⁰³⁵. Katıldığımız görüşe göre ise, emri ifa eden merciin denetleme yetkisinin bulunup bulunmadığına göre değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Buna göre emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi bulunmamakta ve emrin konusunun suç oluşturduğunu bilmemekte ise emri veren merci dolaylı fail olacak, emri veren merciin denetleme yetkisinin bulunduğu veya suç oluşturduğunu bildiği hallerde azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır¹⁰³⁶.

Belirttiğimiz üzere, denetleme yetkisinin bulunduğu hallerde konusu suç oluşturan bir emri alan kişinin emre itaat yükümlülüğünün bulunmadığı açık olup, bu durumda emri alan kişinin hiyerarşik ilişkinin yarattığı nüfuzun veya baskının etkisinde olduğunu veya iradesinin etki altında olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte konusu suç oluşturan emri veren merciin emri alan merciin iradesini sakatlaması, cebir veya tehdit uygulayarak suç olan emri ifa etmeye

¹⁰³¹ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 144-145.

¹⁰³² Değirmenci, "...Amirin Emrini İfa", s. 478.

¹⁰³³ Savaşçı Temiz, s. 151.

¹⁰³⁴ Erem/ Danışman/ Artuk, s. 564.

¹⁰³⁵ Bu doğrultuda düzenlemenin kendine has özelliği olduğu ifade edilmektedir. Özen, s. 674-675.

¹⁰³⁶ Bu yönde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 177.

zorlaması halinde artık TCK m. 28 hükmü uygulama alanı bulur ve emri veren merci emrin ifasıyla oluşan suçtan dolayı fail olarak sorumlu olur¹⁰³⁷.

Bu noktada, emri veren merciin verdiği hukuka aykırı emrin ifası sonucu oluşan suçtan dolayı ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığının yanı sıra hukuka aykırı bir emir verme eyleminden dolayı sorumluluğunun bulunup bulunmadığı da ayrıca değerlendirilebilir. Emri veren merciin hukuka aykırı bir emir vermesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabilecek ve böyle bir emri verme eyleminden fail olarak sorumlu tutulabilecektir¹⁰³⁸. Görevi kötüye kullanma suçu bakımından ele alındığında, hukuka aykırı bir emir vermenin suçun maddi unsuru kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmelidir. Bu suçta esasen göreve ilişkin bir yetkinin kötüye kullanılmasından, yetkinin görevin gereklerine aykırı olarak kullanılmasından söz edilir¹⁰³⁹. Yargıtay içtihatlarında da ifade edildiği üzere göreve ait yetkilerin amaç dışında kullanılması veya sınırlarının aşarak kullanılması görevi kötüye kullanma suçu kapsamındadır. Hiyerarşik amirlerin sahip oldukları hiyerarşik güç asta emir verme yetkisini de içerir¹⁰⁴⁰. Dolayısıyla görevi kapsamında kendisine tanınan emir verme yetkisini kötüye kullanarak hukuka aykırı bir emir veren hiyerarşik üst merciin bu eylemi diğer unsurlarını da sağlaması halinde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır¹⁰⁴¹. Emri veren kişinin görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olabilmesi için yalnızca hukuka aykırı bir emir vermesi yeterli olmayıp, hukuka aykırı emrin ifasıyla bir mağduriyet veya zarara da yol açılması gerekir¹⁰⁴². Dolayısıyla yetkili merciin vermiş olduğu hukuka aykırı emrin ifa edilmesi gerekir. Bu durumda emrin ifası sonucunda ortaya çıkan netice (örneğin kasten yaralama, konut dokunulmazlığını ihlal, haksız arama¹⁰⁴³) ayrı bir suç

¹⁰³⁷ Bkz. Erdoğan, s. 199.

¹⁰³⁸ Savaşçı Temiz, s. 145; Hukuka aykırı emir vererek pozitif hukuk metinlerinin çizdiği sınırın dışına çıkılması görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi anlamına gelecek, diğer koşulların varlığı halinde görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir. Bkz. Değirmenci, "...Amirin Emrini İfa", s. 476.

¹⁰³⁹ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 1119; İlhan Üzülmmez, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 1, Yıl: 2012, ss. 191-216, s. 198.

¹⁰⁴⁰ Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 121-123; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 1120.

¹⁰⁴¹ Aynı yönde bkz. Savaşçı Temiz, s. 144.

¹⁰⁴² Okuyucu Ergün, s. 16; Burada yol açılan zarar, haksız kazanç ve mağduriyetin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu yönünde bkz. Üzülmmez, s. 198-199; İzzet Özgenç, **İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 170; Handan Yokuş Sevik, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", **DÜHFD**, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, ss. 257-316, s. 288.

¹⁰⁴³ Haksız arama suçu bakımından, mülga 765 sayılı TCK'den farklı olarak TCK m. 120'deki suç tanımında hukuka aykırı arama emrinin verilmesi yer almadığı için, haksız arama emrini veren merci

oluşturmakta ise, görevi kötüye kullanma suçu tamamlayıcı norm özelliği gösterdiği için¹⁰⁴⁴ emri veren merci yalnızca ortaya çıkan suçtan dolayı azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Belirtmek gerekir ki, kamu görevlisi olan üst merciin hukuka aykırı bir emir vermesi, görevinin gereğine aykırılık oluşturacağı için görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257) kapsamında ele alınabileceği gibi, eğer merciin görevi özel kanunlarda düzenlenen hükümlerden doğmakta ise ilgili özel kanundaki hükümlerde yer alan suçlar kapsamında da sorumlu olabilecektir¹⁰⁴⁵. Örneğin, üst merciin emir verme yetkisi askeri hiyerarşideki görevinden kaynaklanmakta ise astına hukuka aykırı emir vermesi, suç işlemek amacıyla emir verme niteliğinde ise AsCK m. 109¹⁰⁴⁶ uyarınca madununa suç yapmak için emir verme suçu söz konusu olabilecek, emri ifa eden ast suçun icrasına başlamış olmasa dahi emri vermiş olmasından ötürü fail sıfatıyla sorumlu tutulabilecektir¹⁰⁴⁷.

haksız arama suçunun mülga TCK’de faili olabilmekteyken, TCK kapsamında azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Güçlü Akyürek, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012/2, ss. 29-39, s. 39.

¹⁰⁴⁴ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1246; Özgenç, İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları, s. 160.

¹⁰⁴⁵ Savaşçı Temiz, s. 151.

¹⁰⁴⁶ AsCK m. 109: “1. Rütbe veya makam ve memuriyetinin nüfuz ve salahiyetini suistimal ederek madununa bir suçun yapılmasını teklif eden, amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur.

2. Suç yapılır veya yapılmağa teşebbüs edilirse faili asliye muayyen olan ceza, emir veren hakkında (M. 50) artırılarak hükmolunur.”

¹⁰⁴⁷ Değirmenci, “...Amirin Emrini İfa”, s. 479.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN UYGULANMA KOŞULLARI VE YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA İLE İLGİLİ ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

I. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFANIN UYGULANMA KOŞULLARI

Yetkili merciin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etkisini düzenleyen TCK m. 24'te, kurumun uygulanması bazı koşulların varlığına bağlanmıştır. Madde kapsamında hukuka uygun ve hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının birlikte düzenlendiği göz önünde bulundurularak, çalışmamızda yetkili merciin emrini ifanın koşulları maddenin farklı fıkralarında düzenlenen ihtimallerin tamamını kapsayacak şekilde, emrin varlığı ve emrin bağlayıcı olması olmak üzere iki ana koşul çerçevesinde ele alınmıştır.

A. Emrin Varlığı

Yetkili merciin emrini ifanın TCK m. 24 kapsamında yer verilen koşullarından ilki bir emrin varlığıdır. Emrin bağlayıcı olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle somut olayda TCK m. 24 kapsamında “emir” olarak nitelendirilebilecek bir beyanın bulunması gerekir. Bu nedenle emrin bağlayıcılığı ile emrin varlığı ayrı koşulları oluşturur¹⁰⁴⁸. Bir beyanın TCK m. 24 kapsamında emir olarak nitelendirilebilmesi için bazı özellikleri taşıması gerekir. Bu başlıkta emir kavramının tanımı ve unsurları çerçevesinde TCK m. 24 kapsamındaki bir emrin taşınması gereken özelliklere yer verilmiştir.

¹⁰⁴⁸ Emrin hukuken var olması ile hukuka uygunluğu ayrıdır. Günal, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 94.

1. Emir Kavramı

a. Tanımı

Emir sözcüğünün sözlük anlamı “*buyruk, komut, talimat, ferman*” veya “*istek*”¹⁰⁴⁹ kavramlarıyla tanımlanmakta, konuşma dilinde de çoğunlukla bu kavramların yerine kullanılmaktadır. Ancak TCK m. 24 bağlamında “emir” kavramı, sözlük anlamından farklı olarak belirli özellikleri barındıran bir hukuk terimini ifade etmektedir. Bir hukuk terimi olarak emir, hukukun farklı alanlarında ve çeşitli mevzuat metinlerinde kullanılmaktadır. TCK’de de birçok hükümde emir kavramı kullanılmış, ancak emir kavramının tanımına yer verilmemiştir¹⁰⁵⁰. Bu nedenle TCK m. 24 kapsamında emir kavramından neyin anlaşılması gerektiği genellikle öğretide yer alan tanımlarla ortaya konulmaktadır¹⁰⁵¹.

Emir, genel olarak “*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 tarif edilebilir¹⁰⁵². Emir, emir vermeye yetkilendirilmiş bir makam tarafından o emri yaptırım tehdidi altında ifayla yükümlü kılınmış olan bir makama yöneltilen belirli bir davranışı yapmak veya yapmamak konusundaki irade açıklamasıdır¹⁰⁵³. Verilen tanımların da ortaya koyduğu üzere emir esasen idari merciin bir işlemi niteliğindedir¹⁰⁵⁴. İdari mercilerin belirli bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları idari işlemleri oluşturmakta¹⁰⁵⁵, emir de idarenin faaliyetlerini sürdürmek için kullandığı işlemlerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bir idari işlem olarak emir,

¹⁰⁴⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>. (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

¹⁰⁵⁰ Savaşçı Temiz, s. 66; TCK veya özel ceza kanunlarında tanımlanmadığı hususunda bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 84.

¹⁰⁵¹ Emrin kanuni tanımının bulunmamasının isabetli olduğu görüşü için bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 61.

¹⁰⁵² Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 85; İçel, s. 333.

¹⁰⁵³ Delitala, s. 569; Emir hukuken emir verme yetkisi tanınmış bir üst makamın alt makama belirli bir davranışta bulunması yönündeki iradesini açıklamasıdır. Antolisei, s. 280; Cadoppi/ Veneziani, s. 316.

¹⁰⁵⁴ Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 467; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406; Buna uygun olarak emir kavramı, meşruluğunu dayandığı kanun normunun verdiği yetkiden alan kamu makamının bir işlemi olarak da tanımlanmıştır. Bkz. Pulitanò, Diritto Penale, s. 228.

¹⁰⁵⁵ Kemal Gözler/ Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 22. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Haziran 2020, s. 275.

her idari işlemde bulunması gereken yetki, sebep, şekil, amaç ve konu unsurlarını taşımaktadır¹⁰⁵⁶.

Emrin idari işlem olarak tarif edilmesiyle birlikte, tanımının sınırlarını belirleyebilmek için idarenin genel düzenleyici işlemlerinden ayırt edilmesi de önem arz eder. Zira değinildiği üzere, idarenin genel ve soyut kurallar koyan düzenleyici işlemleri doğrultusunda hareket etmek esasen kanun hükmünün icrası kapsamında olup, emrin ifasının uygulanma alanına dahil edilmeyecektir¹⁰⁵⁷. Bununla birlikte idarenin düzenleyici işlemlerinden bazılarının niteliği, emrin ifası kapsamında ele alınıp alınamayacağı konusunda tartışma yaratmaya elverişlidir¹⁰⁵⁸. Bu doğrultuda “genelge”¹⁰⁵⁹ veya “genel emir”¹⁰⁶⁰ gibi bazı işlemlerin, TCK m. 24 kapsamında bir emir olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini ayrıca belirlemek gerekir. Öğretide de belirtildiği üzere, emrin genel veya özel nitelikte olması mümkün olup, bir kamu mercii tarafından emrindeki kişilerin bir kısmına veya tamamına yönelik olarak düzenlenen genelge veya sirküler şeklindeki idari işlemler genel bir emir olarak görevin ifasının kaynağını oluşturmaktadır¹⁰⁶¹. Aynı doğrultuda, emrin yetkili merci tarafından hiyerarşik olarak alt konumunda bulunan kişilere toplu olarak yöneltilmesinin mümkün olduğu vurgulanarak, somut bireysel yönlendirmeler içeren emirlerin yanı sıra genel emir, yönerge, ilke kararı gibi, bir birimdeki tüm görevlilere yöneltilmiş nesnel işlemlerin de hiyerarşik emrin kapsamında sayılacağı; AY m. 137/1’de yer alan hukuka aykırı emrin yazılı tekrarına ilişkin hükmün bunlar bakımından da uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁶². İdare, Anayasa’da yer verilen düzenleyici işlemlerin dışında da genel düzenleme yetkisine dayanarak genelge, sirküler, genel tebliğ, yönerge, ilke kararı gibi değişik adlar altında düzenleyici

¹⁰⁵⁶ Özbe/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 403, 406-407.

¹⁰⁵⁷ Düzenleyici işlemler de kanun hükmünü icra kurumunda “kanun” kapsamındadır. Zafer, Genel Hükümler, s. 390; Bu konuda ayrıca bkz. İkinci Bölüm, II, A.

¹⁰⁵⁸ Genelgenin tartışmalı olduğu hakkında bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 214.

¹⁰⁵⁹ Danıştay’ın ifade ettiği üzere genelgeler kanun ve yönetmeliklerin uygulanmasında yol göstermek, bir konunun aydınlatılmasını sağlamak veya konuya dikkat çekmek amacıyla idari mercilere gönderilen yazılardır. İlgili Danıştay kararı için bkz. Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 15. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022, s. 60, dn. 109.

¹⁰⁶⁰ İl İdaresi Kanunu m. 9: “Ç) (Değişik: 2/ 7/ 2018 -- KHK/ 703/ 138 md.) Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuatın verdiği yetkiyi kullanmak ve bunların yüklediği ödevleri yerine getirmek için valiler genel emirler çıkarabilir ve bunları ilan ederler.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5442.pdf>

¹⁰⁶¹ Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 86; Demirbaş, s. 298; Erdoğan, s. 104; Genelge ve sirkülerin genel emir niteliği taşıdığı hakkında bkz. İçel, s. 334.

¹⁰⁶² Bu doğrultuda genel emir, yönerge gibi nesnel işlemlerin tekrar yazılı olarak verilmesine gerek olmadığı, işlemin değiştirilmemesi veya işleme uyulması ihtarında bulunulmasının yazılı ısrarın varlığı koşulunu sağlayacağı kabul edilmektedir. Özey, s. 168-169.

işlemler yapabilmektedir¹⁰⁶³. Anılan çeşitli düzenleyici işlemler arasında bulunan tamim, talimatname, yönerge gibi bazı işlemler kamu kurumlarının iç işleyişine ilişkin olup yürütülen kamu hizmetiyle ilgili olarak kamu çalışanlarına yönelik emir ve direktifleri içermektedir¹⁰⁶⁴. Zira idari hiyerarşide emir verme yetkisi üst kademedeki merciin alt kademedeki mercilere genelge, tebliğ ve açıklama göndererek kanunların nasıl uygulanacağı konusunda yol gösterme şeklinde de kullanılabilmektedir¹⁰⁶⁵. İdarenin iç düzen işlemleri kapsamında yer verilen bu işlemler toplu olarak yöneltilen genel bir emir niteliği taşır ve emrin konusu alt merci konumundaki kişilere yönelik bir talebi veya talimatı içerir¹⁰⁶⁶. Bununla birlikte yetkili merciin talebinin yer aldığı işlemin adından bağımsız olarak, herkese yönelik soyut ve genel kurallar getiren düzenleyici işlem olmasıyla, yalnızca alt merci konumundaki kişilere yöneltilen iç düzen işlemi olması içeriğine bakılarak ayırt edilmelidir¹⁰⁶⁷. Zira iç düzen işlemleri kapsamında anılan genelge gibi bazı işlemlerin herkese yönelik emir ve yasak içerecek şekilde düzenlenebildiği görülmektedir. İç İşleri Bakanlığı tarafından çıkarılan ve vatandaşlara sokağa çıkma kısıtlaması getiren genelgeler buna örnek gösterilebilir¹⁰⁶⁸.

Emir kavramının tanımına TCK’de yer verilmemiş olsa da diğer bazı mevzuat hükümlerinde “emir” tanımı bulunmaktadır. Bunlardan biri, TSK İç Hizmet Kanunu’nda (TSK İç Hizmet K.) kaleme alınmıştır. TSK İç Hizmet K. m. 8’de yer alan tanıma göre emir “*hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir*”¹⁰⁶⁹. Emir kavramının tanımına yer verilen diğer bir mevzuat hükmü 2018 yılında yürürlüğe giren 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 3. maddesidir. Maddede emir “*Hizmete ilişkin bir fiilin yapılmasının veya yapılmamasının söz, yazı ve sair surette asta bildirilmesi*”, görev ise “*Hizmetin*

¹⁰⁶³ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1999, s. 78; A. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, **İdare Hukuku Cilt I – Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 111-112.

¹⁰⁶⁴ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 63.

¹⁰⁶⁵ Günday, s. 55.

¹⁰⁶⁶ İdare edilenlere doğrudan yönelik olmayan bu işlemler kapsamında sirküler, direktif ve hizmet içi tedbirler sayılabilir. Gözler/ Kaplan, s. 270-271.

¹⁰⁶⁷ Gözübüyük/ Tan, s. 113; Örneğin sirkülerler de genel ve soyut nitelikte emir ve talimatlar içermekle birlikte yeni bir kural koymazlar. Gözler/ Kaplan, s. 271.

¹⁰⁶⁸ <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-tam-kapanma-tedbirleri-genelgesi-gonderildi> (Erişim Tarihi: 03.01.2022)

¹⁰⁶⁹ Kanun No. 211, RG. 04.01.1961, S. 10702.

gerektirdiği fiili yapmayı ve menettiği fiili yapmama” olarak tanımlanmıştır¹⁰⁷⁰. Mevzuatta emir kavramının tanımının yer aldığı diğer bir hüküm Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği m. 3’te verilmiş olup buna göre emir “*göreve ait bir talep ya da yasağın söz, yazı ile ve sair suretle ifadesi*”dir¹⁰⁷¹. Bu doğrultuda emir kavramının kapsamı çerçevesinde, askeri emrin hizmete ilişkin olması koşulunun da ayrıca ele alınması gerekir.

b. Hizmete İlişkin Emir Kavramı

Askeri ilişkilerdeki emir anlayışı, askeri görevlerin özellikleri nedeniyle, genel idaredeki emir anlayışından farklıdır¹⁰⁷². Yukarıda verilen mevzuat hükümlerindeki “emir” tanımlarının da ortaya koyduğu üzere, askeri ilişkide üst merciin alt mercie yönelttiği bir talebin emir olarak adlandırılması için hizmete ilişkin olması gerekir. Askerlikte hizmete ilişkin olmayan bir talebe bağlı olarak itaat yükümlülüğünün oluştuğunun kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰⁷³. Bu doğrultuda hizmete ilişkin olmayan bir talebin gereğini yerine getirmemenin emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmadığı kabul edilmekte, bu tür hizmete ilişkin olmayan idari ve disipline ilişkin taleplere uyulmaması disiplin tecavüzleri kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁷⁴. Yukarıda belirtildiği üzere, emrin hizmete ilişkin olması koşuluna askeri hukuk mevzuatının yanı sıra kolluk ve jandarma teşkilatı mevzuatında da yer verilmiştir¹⁰⁷⁵.

Genel idare içerisindeki emir ilişkisinden farklı olarak askerlik veya kolluk hizmeti alanında emrin ifasında emrin “hizmete ilişkin olması” bir emrin varlığından söz edebilmek için aranan bir unsurdur. Burada kullanılan “hizmet” kavramı TSK İç Hizmet Kanunu’nun 6. maddesinde “*kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut*

¹⁰⁷⁰ Kanun No. 7068, RG. 08.03.2018, S. 30354 (Mük.)

¹⁰⁷¹ Yönetmelik metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.20169741.pdf>

¹⁰⁷² Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 86.

¹⁰⁷³ Bu nedenle amirinden aldığı hizmete ilişkin olmayan bir talebi ifa eden kişi, ifası sonucunda oluşan suçtan sorumlu olur ve bu yönde talebi yönelten amir de “madununa suç yapmak için emir verme suçu” (AsCK m. 109) kapsamında hem emir verme eyleminden hem de oluşan suçtan sorumlu olur. Erdoğan, s. 105-106.

¹⁰⁷⁴ Gökhan Yaşar Duran, **Askeri Disiplin Hukuku**, İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 2012, s. 172-173.

¹⁰⁷⁵ Ayrıca bkz. Erdoğan, s. 105.

yapılmaması yazılmış olan hususlarla amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler”¹⁰⁷⁶ olarak tarif edilmiştir. Hizmet kavramının bir tarifi de AsCK m. 12’de verilmiş olup, buna göre hizmet “*gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir.*”¹⁰⁷⁷. 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 3. maddesinde de hizmet “*mevzuatla yapılması veya yapılmaması hükme bağlanmış olan hususlar ile amir tarafından emredilen veya yasaklanan işler*” olarak tarif edilmiştir¹⁰⁷⁸. Hizmet kavramının kanunlardaki tariflerinden yola çıkılarak, hizmete ilişkin emrin bir yandan “*kanun ve nizamlarla gösterilen*”, “*malum ve muayyen olan*” veya “*yapılması veya yapılmaması mevzuatla gösterilen*” hususları, diğer yandan amir tarafından talep edilen davranışları içerdiği tespit edilmektedir. Dolayısıyla askeri hizmette veya kolluk faaliyetleri çerçevesinde verilen emirlerin kaynağı kanun ve nizamların gösterdiği görevler olabileceği gibi, kanun ve nizamlarda düzenlenmemiş konularda amirin takdir ettiği işler de olabilmektedir¹⁰⁷⁹. Hizmetin gereklerine ilişkin olarak kanun ve nizamın düzenlemediği boşluk hallerini amirler gerekli gördükleri şekilde verdikleri emirlerle doldurabilmektedir¹⁰⁸⁰. Ancak burada askerlik göreviyle ilgili olan konu, amir tarafından askerlik görevinin gereği olarak ve askerlik faaliyetinin amaçlarına uygun olacak şekilde takdir edilmiş olmalıdır¹⁰⁸¹. Askeri ilişkilerde amirin takdir yetkisi doğrultusunda verilen emir kanun ve nizamlarda yer alan hususların dışında olsa dahi askerlik görevinin gerekleri ve amaçlarına uygun olduğu sürece hizmete ilişkin bir emir olarak kabul edilebilecektir. Esasen TSK İç Hizmet K. m. 16’da amirin hizmetle ilgili olmayan emir vermeyeceğinin düzenlenmiş olması ve TSK İç Hizmet Yönetmeliği’nin (TSK İç Hizmet Yön.)¹⁰⁸² 33. maddesinde emrin hizmete ilişkin olması koşulunun emrin kanun ve nizamlara

¹⁰⁷⁶ Kanun No. 211, RG. 04.01.1961, S. 10702; Günal, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 61; Savaşçı Temiz, s. 68.

¹⁰⁷⁷ Kanun No. 1632, RG. 15.06.1930, S. 1520.

¹⁰⁷⁸ Kanun No. 7068, RG. 08.03.2018, S. 30354 (Mük.)

¹⁰⁷⁹ Demirel, Amirin Emri, s. 115; Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 147; Hizmetin kaynağı kanun ve diğer objektif düzenlemeler olabileceği gibi emir de olabilir. Bkz. Demirağ, s. 111.

¹⁰⁸⁰ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, a; Erdoğan, s. 106.

¹⁰⁸¹ Yargıtay bir kararında bu hususu “*Her kademedeki amirin, disiplini sağlamak, hizmetin düzgün, verimli ve kesintisiz bir şekilde yürütülmesini temin maksadıyla, konusu suç oluşturmayan, kanun veya diğer hukuk kurallarıyla düzenlenmemiş konularda düzenleme yapıp emir vermeye yetkili olduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.*” şeklinde ifade etmiştir. Yar. 19. CD. E. 2019/1460, K. 2019/15457, T. 11.12.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁰⁸² RG. 06.09.1961, S. 10899.

uygun olarak verilmesinden bağımsız bir koşul olarak ayrıca aranmış olması¹⁰⁸³ emrin kanun ve nizamlara aykırılığının emrin hizmete ilişkin olmasına etki etmediğini göstermektedir¹⁰⁸⁴. Bu nedenle kanaatimizce askeri ceza hukukunda da emrin varlığı ve bağlayıcılığı ayrı konular olup, amirin verdiği emrin hizmete ilişkin olması emrin varlık koşuludur¹⁰⁸⁵. Kanun ve nizamlara aykırı olup olmadığı hizmete ilişkin bir emrin bağlayıcılığıyla ilgilidir. Bağlayıcılık AsCK m. 41'deki ceza sorumluluğuna ilişkin hükmün de işaret ettiği üzere, hizmete ilişkin bir emrin suç oluşturmaması halinde emrin hukuka aykırılığıyla bağlantılı olarak ayrıca değerlendirilecek bir husustur. Diğer bir ifadeyle, askeri ilişkide verilen hizmete ilişkin bir emrin hukuka uygun veya aykırı olması mümkün olup, hukuka aykırılığı emrin bağlayıcılığı bakımından ayrıca değerlendirilir. Zira hizmete ilişkin emrin emri veren amir tarafından takdir edilebilmesi emrin hukuka aykırı olması sonucuna yol açabilmektedir. Bu noktada bir emrin hizmete ilişkin olmasının kanun ve nizamlara uygun olmasına bağlı olmadığı düşüncesine katılmaktayız¹⁰⁸⁶.

Emrin hizmete ilişkin olması özünde bir emrin içerdiği talep veya yasağın emrin yöneltildiği askerin göreviyle ilgili olmasını ifade eder¹⁰⁸⁷. Bu kapsamda hizmete ilişkin emir askeri faaliyet kapsamındaki görevleri, diğer bir ifadeyle askerlik görevinin menfaatleriyle, disiplini ve düzeniyle ilgili hususları ilgilendirmektedir. Askerlik görevinin gereklerinin tamamının kanun ve nizamlarda önceden belirlenip gösterilmesi mümkün olmayacağı için, askeri hukukta amirlere askerlik faaliyetinin amaç ve gereklerine uygun olacak şekilde görevin gereklerini takdir ederek emir verme yetkisi tanınmıştır¹⁰⁸⁸. Bir emrin ne zaman hizmete ilişkin

¹⁰⁸³ TSK İç Hizmet Yön. m. 33: “Emirlerin, hizmete mütaallik olması (Silâhlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu madde 8 ve 16) ve kanun ve nizamları ihlâl etmemesi şarttır. Ancak, Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder.”.

¹⁰⁸⁴ TSK İç Hizmet Yön. m. 33'ten yola çıkılarak, bir talimatın kanun ve nizamlara aykırı olsa da emir olarak nitelendirilebilmesi için hizmete ilişkin olmasının yeterli ve gerekli olduğu sonucuna ulaşıldığı hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 112-113.

¹⁰⁸⁵ Emrin varlığından söz edilebilmesi için hizmete ilişkin olması gerektiği hakkında ayrıca bkz. Çetinkaya, s. 309.

¹⁰⁸⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 111-112; Hizmetle ilişkin emrin kanun ve nizamlara aykırı olmasının mümkün olduğu, zira aksinin kabulü halinde “kanuna aykırı emir” veya “konusu suç oluşturan emir” kavramlarından bahsetmenin mümkün olmayacağı hakkında bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 95-96.

¹⁰⁸⁷ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 94.

¹⁰⁸⁸ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 95.

olduğunu belirlemede kullanılabilecek genel bir ölçüt ortaya konulmamış olup¹⁰⁸⁹, askeri görev ve faaliyetin amaçlarını ve gereklerini takdir etmeye dayandığı için somut olayın koşullarına göre tespit etmek gerekmektedir. Bu doğrultuda somut olayda bir emir askeri hizmetin gerekleriyle ilgili olmayan özel işlerle ilgili bir nitelik taşımıyorsa veya bu özelliği ilk bakışta anlaşılmıyorsa emrin hizmetle ilgili olduğunu kabul etmenin yerinde olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹⁰. Benzer şekilde amirin özel işlerine, şahsi menfaatine hizmet eden talepler emir olarak nitelendirilemez¹⁰⁹¹. Hizmete ilişkin emir kavramının içeriğinin belirlenmesinde öğretideki tanımların yanı sıra içtihatteki örnekler yol gösterici olmaktadır¹⁰⁹². Askeri Yargıtay bir kararında talep edilen davranışın hizmete ilişkin olduğunun kabulü için gerekli koşulları “*askeri hizmet gerekleriyle istenmiş olması, doğrudan kişiye yöneltilerek somutlaştırılması, kanunlarla bu eylem karşılığında bir yaptırım öngörülmemiş olması*” biçiminde ifade etmiştir¹⁰⁹³. Buna karşılık Askeri Yargıtay’ın “hizmete ilişkin olma”yı yalnızca kanun ve nizamlarda açıkça amirin yetkilendirildiği konularda emir verilmesi olarak dar yorumladığı kararları da bulunmaktadır¹⁰⁹⁴. Hizmete ilişkin emri konu alan içtihat örneklerinde, askeri personele verilen sigara ve içki alması, istirahat saatinde banyo yapılmaması, saçta jöle sürülmemesi, dışarıdan yemek getirilmemesi¹⁰⁹⁵, yağışlı havalarda bisiklet kullanılmaması, ağaç ve çalılık diplerinde yetişen mantarların yenmemesi, pencere önünde oturulmaması ve aşağı sarkılmaması¹⁰⁹⁶, hastaneye servis aracıyla gidilmesi¹⁰⁹⁷ gibi emirlerin hizmete ilişkin emir olmadıkları tespit edilmiştir. Buna karşılık “*nöbetçi astsubayın muntika temizliği sırasında çöp kovasını el arabasına dökerken zorlanan erlere,*

¹⁰⁸⁹ Sahir Erman, **Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1970, s. 179.

¹⁰⁹⁰ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 179.

¹⁰⁹¹ Emrin hizmete ilişkin olmasının belirlenmesinde emrin emri veren kişinin özel istekleri yerine TSK’nin temel ilke ve ihtiyaçlarına dayanması, bu yönüyle kamusal bir nitelik taşıması gerektiği hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 117.

¹⁰⁹² Hizmete ilişkin emrin tespiti için tatmin edici bir ölçüt belirlenemediği ve Yargıtay’ın ampirik bir yöntemle konuyu ele aldığı hakkında bkz. Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 179.

¹⁰⁹³ As. Yar. 1. Daire 10.09.2014, 690/694, (Yayımlanmamıştır). Karar metni için bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 101, dn. 241.

¹⁰⁹⁴ Tespit ve karar örnekleri için bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 96.

¹⁰⁹⁵ İlgili kararlar için bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 148.

¹⁰⁹⁶ Karar için bkz. Duran, Askeri Disiplin Hukuku, s. 174-175.

¹⁰⁹⁷ Kararda “*Bu kapsamda; sanığa tebliğ edilen “hastaneye servis aracı ile gidileceğine yönelik” emrin, muhatapları açısından askeri bir vazifenin yapılmasından ziyade tek taraflı bir hizmet arzı ve tavsiye niteliğinde olup, kendileri bakımından yol gösterme niteliğinde bulunduğu ve hizmete ilişkin olmadığı,*” belirtilerek hizmete ilişkin olan emrin tavsiye, yol göstermeye ilişkin beyanların hizmete ilişkin emir olmadığı belirtilmiştir. Yar. 19. CD. E. 2018/8019, K. 2020/2115, T. 26.2.2020.

sanığın yardım etmesini emretmesi”¹⁰⁹⁸ veya “*sosyal paylaşım siteleri ve internet üzerinden askeri fotoğrafların paylaşılmayacağına*” ilişkin emir¹⁰⁹⁹ askeri hizmete ilişkin bir emir olarak değerlendirilmiştir. Astın disiplinsizliğine ilişkin olarak verilen emirler de hizmete ilişkin emir olarak kabul edilmektedir¹¹⁰⁰. Bununla birlikte kanun ve nizamlarda halihazırda yaptırım altına alınan hususların emir haline getirilmesi halinde emre itaat etmemek suç oluşturmayacaktır¹¹⁰¹. Bu durumda yalnızca mevcut kuralın amir tarafından yenilenmesi söz konusu olacağı için, emrin hizmete ilişkin olup olmadığının da ayrıca araştırılması gerekmeyecektir.

2. Emrin Unsurları ve Özellikleri

Emir kavramının tanımından yola çıkılarak, emrin unsurları öğretide üstünlük, mecburilik ve tabiiyet olarak ifade edilmektedir¹¹⁰². Buna göre, emir bir üstünlük ilişkisi içinde bulunan karar merciinden (amir) icra merciine (memur) yöneltilmekte, aralarındaki bu üstünlük ilişkisine dayanan tabiiyet bağı nedeniyle icra merciinin emre itaat mecburiyeti doğmaktadır. Burada tabiiyet bağı emri alan kişinin itaat mecburiyetinin kaynağını oluşturur. Bu itaat mecburiyetinin ihlali aynı zamanda hukuken bir yaptırıma bağlanarak da güvence altına alınmıştır¹¹⁰³.

Yetkili merciin bir işleminin emir olarak nitelendirilebilmesi, onun görüş, istek, teklif gibi diğer beyan ve işlemlerden ayırt edilmesini sağlayan bazı özellikleri taşımasına bağlıdır. TCK m. 24 kapsamında bir emrin varlığı koşulunu sağlayan özelliklerin ayrıntılı olarak incelenebilmesine hizmet edeceği düşüncesiyle

¹⁰⁹⁸ As. Yar. 4. Daire 12.05.2015, 354/378. Benzer karar örnekleri için bkz. Demirağ, s. 112-113.

¹⁰⁹⁹ Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin bu kararında “*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 hususunda*” kuşku bulunmadığı ifade edilmiştir. Yar. 19. CD. E. 2019/30688, K. 2020/930, T. 5.2.2020. (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹¹⁰⁰ Demirağ, s. 112; Astın disipline aykırı davranışlarına her zaman müdahale etmenin mümkün olduğu, bu müdahale halinin de “hizmet hali” kapsamında olduğu hakkında ayrıca bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 68. “*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(...)*” Yar. 19. CD. E. 2019/1460, K. 2019/15457, T. 11.12.2019.

¹¹⁰¹ Demirağ, s. 112.

¹¹⁰² Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 59; Üstünlük, zorunluluk ve bağımlılık olarak da ifade edilmektedir. Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 311; Savaşçı Temiz, s. 66-67.

¹¹⁰³ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 60.

çalışmamızda konu alt başlıklara ayrılarak ele alınmıştır. Bu doğrultuda konu, emrin üst merciin alt merciden belirli bir davranışta bulunmasını talep etmesi şeklindeki genel tarifinden¹¹⁰⁴ yola çıkılarak, bir altlık üstlük ilişkisinin bulunması, üst merciden alt mercie yöneltilmiş olması ve yerine getirilmesinin hukuken zorunlu olması alt başlıklarına ayrılmıştır¹¹⁰⁵.

a. Altlık-Üstlük İlişkisinin Bulunması

Kişiler arasında iletilen bir talebin emir olarak nitelendirilebilmesinin ilk koşulu, bu kişiler arasında bir altlık-üstlük ilişkisinin varlığıdır. Bu koşul “eşit eşite emir veremez” (*per in parem non habet imperium*) şeklinde ifade edilen ilkenin bir sonucudur¹¹⁰⁶.

Emri veren kişinin emri alan kişi üzerinde yönetim gücünün bulunmasını, bazı kişilerin belirli bir yetkiyi kullanma bakımından diğerlerine tabi olduğunu ifade eden altlık-üstlük ilişkisi¹¹⁰⁷, bireyler arasında fiilen veya hukuken kurulmuş olabilir. Fiilen kurulan bir altlık-üstlük ilişkisinde üst mevkide olan kişinin konumu kişisel saygı, hürmet, toplumsal değerler veya fiili iktidara dayanabilmektedir. Hukuki bir altlık-üstlük ilişkisi ise hukuk normlarıyla tesis edilen bir iktidara dayanır. Bu nedenle örneğin, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt kendi içinde altlık-üstlük ilişkisine dayalı hiyerarşik bir yapıda faaliyet göstermekteyse de¹¹⁰⁸, hukuken tesis edilmiş olmadığı için örgüt üyeleri arasındaki hiyerarşiye dayalı olarak verilen emirler yetkili merciin emrini ifa kapsamında değerlendirilemeyecektir¹¹⁰⁹. Yargıtay

¹¹⁰⁴ Mantovani, s. 237; Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

¹¹⁰⁵ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 60; Genel tanımlarından yola çıkılarak emrin ortak özelliklerinin yetkili merci tarafından verilmesi, asta yöneltilmesi ve görevle ilgili bir davranışın yapılması veya yapılmamasını içerdiği ifade edilmektedir. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 86.

¹¹⁰⁶ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 67.

¹¹⁰⁷ Üstünlük ilişkisi olarak da ifade edilmektedir. Bu yönde hiyerarşi ve üstünlük ilişkisi kavramları hakkında bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 74; Emretme gücüne sahip olan kişinin iradesi yönünde kişileri belli bir yönde davranmaya zorlayabilmesi, bir üstünlük veya altlık-üstlük ilişkisinin (*rapporto di supremazia*) ve bağlantılı olarak tabiiyet bağının bulunduğunu gösterir. Provolo, Esecuzione Dell’Ordine, s. 39.

¹¹⁰⁸ Organize suçluluğun gerek kriminalistik gerekse hukuki tanımlarında hiyerarşi veya “disiplin ve denetime dayalı bir yapılanma” benzeri unsurlara yer verildiği görülmektedir. Bkz. Ümit Kocasakal, “Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Sayı: 1, Yıl: 1, Ocak 2002, ss. 130-162, s. 136-139.

¹¹⁰⁹ Suç işlemek amacıyla kurulmuş bir topluluğun lideri ile üyeleri arasında fiili bir üstünlük veya tabiiyet ilişkisi bulunduğu hakkında bkz. Bettiol, s. 31; Ayrıca bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 63.

içtiħadında da bu husus ayrıca vurgulanmıřtır¹¹¹⁰. TCK m. 24 kapsamında bir emir, yalnızca hukukēn tesis edilmiş bir altlık-üstlük ilişkisine dayandırılabilir¹¹¹¹.

Emri veren ve alan kişi arasındaki hukuki altlık-üstlük ilişkisi genellikle idari hiyerarşinin sonucu olarak oluşur. Ancak bazı hallerde bir idari birimdeki hiyerarşik silsilenin dışında kalan kişiler arasında da emir verme yetkisi tanımak suretiyle hukukēn altlık-üstlük ilişkisi tesis edilmiş olabilmektedir¹¹¹². Bu nedenle çalışmada hiyerarşi kavramıyla birlikte altlık-üstlük terimi de kullanılmış, hiyerarşik üst veya amir yerine yetkili merci ve üst merci kavramları tercih edilmiştir.

Hukukēn kurulmuş bir altlık-üstlük ilişkisi ve hiyerarşik yapılanma özel hukuk ilişkilerinde de kamusal ilişkilerde de söz konusu olabilmektedir. Özel hukuk alanında, emir verme yetkisinin temeli bireyler arasındaki sözleşmesel ilişkiye, diğēr bir ifadeyle eşit iradelerin karşılıklı uyuşmasına dayanmaktadır¹¹¹³. Her ne kadar hukukēn tesis edilmiş ve tanınmış olsa da özel hukuka dayalı bir hiyerarşik ilişkideki emirler, TCK m. 24 uyarınca yetkili merciēn emrini ifa kapsamında yer alan “emir” kavramına dahil değıldir¹¹¹⁴. Bu nedenle aile hukuku, dinsel bağı dayalı ilişki, iş hukuku iliřkisi¹¹¹⁵ içerisinde bulunan kişiler arasında bir üstünlük veya ast-üst ilişkisi tesis edilmiş olsa dahi bu madde kapsamında değıerlendirilemeyecektir¹¹¹⁶. Özel hukuk kişileri arasındaki emir ilişkisi bu hukuka uygunluk nedeni kapsamında

¹¹¹⁰ “(...)Sanıklar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin hiyerarşik organizasyonu içerisinde hareket etmeyip illegal bir oluşum olarak faaliyet gösterdiklerinden ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin meşru emir komuta zinciri dışına çıkabilen, gizliliğı, güvenliğı, denetime önem veren ayrı bir hiyerarşik yapı oluşturduklarından, oluşum çerçevesindeki görevlerin Türk Silahlı Kuvvetlerinin meşru hiyerarşik yapısı yerine bu illegal hiyerarşi kapsamında verildiğı ve bu nedenle görevlerin tebliğı ve kabulünün yasal askeri hiyerarşi ve bu hiyerarşiye ilişkin teamüller yerine, bu yasadışı oluşuma ilişkin hiyerarşi kapsamında ele alınması gerektiğı anlaşılmaktadır.(...) Sanıklara yüklenen suç kapsamında oluşturulan yasadışı oluşumdaki emir verme konumlarının yetkili/salahiyettar bir merci olarak değıerlendirilmesi mümkün değıldir.” Bkz. Yar. 9. CD. E. 2013/9110, K. 2013/12351, T. 9.10.2013. (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹¹¹¹ Günal, Yetkili Merciiēn Emrini İfa, s. 59.

¹¹¹² Savaşcı Temiz, s. 67.

¹¹¹³ Özel hukuk ilişkisinde işbirliğı esasına dayalı bir eşitlik söz konusu olduğı hakkında bkz. Günal, Yetkili Merciiēn Emrini İfa, s. 72, 77.

¹¹¹⁴ Kanunun amacının yalnızca kamu hukuku ilişkisine dayalı hiyerarşik ilişkiyi kapsadığına ilişkin olarak bkz. Günal, Yetkili Merciiēn Emrini İfa, s. 78.

¹¹¹⁵ Önder, s. 233.

¹¹¹⁶ Bu bağlamda annenin çocuğı verdiğı emir veya işverenin işçiye verdiğı emir TCK m. 24 kapsamında bir emir niteliğı taşımaz. Zafer, Genel Hükümler, s. 395; Hiyerarşik bir irade beyanının dışında verilen emrin, örneğēn bir babanın aile bireylerine veya çevrede sayğı duyulan birinin çevresindekilere yönelttiğı talebin bir suçun gerçekleştirilmesine yönelmesi halinde suçun işlenmesine tahrik kapsamında ele alınabileceğı hakkında bkz. Köksal Bayraktar, **Suç İşlemeğı Tahrik Cürmü**, İstanbul: Formül Matbaası, 1977, s. 33.

değerlendirilemese de koşullarını sağladığı sürece kusurluluğa etki eden nedenler kapsamında dikkate alınabilecektir¹¹¹⁷.

TCK m. 24 kapsamında geçerli olan hukuki altlık-üstlük ilişkisinin iki temel özelliği öne çıkmaktadır. Bunlar altlık-üstlük ilişkisinin kamu hukukuna dayalı olması ve Türk hukukuna göre tanınmış bir üst merci ile tesis edilmiş olmasıdır¹¹¹⁸. Emrin tanımında yer alan ve bir makamı emir vermeye diğerini de emri ifa etmeye yetkili kılan güç kamusal nitelikte olmalıdır¹¹¹⁹. Emir verme yetkisi kamu hukuku kurallarınca tesis edilmiş ve düzenlenmiş olmalıdır¹¹²⁰. Dolayısıyla emrin ifası yalnızca kamu hukuku alanındaki bir ast-üst ilişkisine, hiyerarşik ilişkiye dayanabilir¹¹²¹. Çünkü yetkili merciin emir vermesi, esasında devlete atfedilebilecek bir iradenin hayata geçirilmesi niteliğindedir ve yalnızca devletin iradesi suçla korunan hukuki menfaatin ihlaline yol açan bir eylemin gerçekleştirilmesini meşru kılacak şekilde üstün gelebilir¹¹²². Emri veren merciin açıkladığı irade devlet kamu tüzelkişiliğini temsil etmektedir. Bu doğrultuda emri veren merci ancak devlet kamu tüzelkişiliğine bağlı bir kamu kurumu veya kamu hukuku kurallarına tabi bir organ olabilecektir. Bu husus, öğretide emri veren makamın resmi merci olması koşulu olarak da ifade edilmektedir¹¹²³. Emrin varlığından söz edilebilmesi için hiyerarşik ilişkinin her zaman daimi olması gerekmez. Geçici olarak kurulan hiyerarşik ilişki içerisinde de kamu makamının emrine itaat yükümlülüğü doğabilir¹¹²⁴.

Kamu hukukuna dayalı hiyerarşi, idari teşkilat içerisindeki merci ve memurların aşağıdan yukarıya doğru birbirlerine basamak basamak ve derece derece

¹¹¹⁷ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 599; Özel hukuk ilişkisinde emri alan kişinin iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki yaratılması halinde kusurluluğuna etkisi değerlendirilebilecektir. Palazzo, s. 376; Özel hukuka dayalı üstünlük ilişkilerinde hürmete dayalı bir korkunun etkisiyle suç işleyenlerin genel hafifletici sebeplerden yararlanabileceği hakkında bkz. Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 66.

¹¹¹⁸ Demirbaş, s. 298; Emri veren merci Türk mercii veya Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre emir verme yetkisi tanınmış bir yabancı merci de olabilir. İçel/ Evik, s. 105.

¹¹¹⁹ Delitala, s. 570; Antolisei, s. 280.

¹¹²⁰ Gallo, s. 308; Bu doğrultuda, İtalyanCK'da emrin "kamu makamı" (*pubblica autorità*) tarafından verildiği açıkça belirtilerek altlık-üstlük ilişkisinin kamusal niteliğine atıfta bulunulmuştur. Bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 41.

¹¹²¹ Önder, s. 233; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 321; Demirbaş, s. 298.

¹¹²² Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 599; Fiore/ Fiore, s. 352; Ceza normunun koruduğu kamusal menfaat yalnızca başka kamusal bir menfaat ile bertaraf edilebilir. Mantovani, s. 244.

¹¹²³ Resmi merci olarak ifade edilen, emri veren merciin bir kamu kurumu olması ve kamu hukuku kurallarına tabi olmasıdır. Erdoğan, s. 112; Demirel, Amirin Emri, s. 123.

¹¹²⁴ Pulitanò, "Esercizio Di Un Diritto e Adempimento Di Un Dovere", s. 327.

bağlanarak o teşkilatın en üstündeki yetkililere tabi olmasını ifade eder^{1125, 1126}. İdare hukukunda hiyerarşi bir kamu tüzel kişinin kendi içinde bütünlüğünü sağlamaya yönelik olup¹¹²⁷, bir faaliyet alanında uyumlu bir işleyişin sağlanması için mercilerin hareketlerini düzenleyerek hedefine ilerleyebilmeyi sağlar¹¹²⁸. Zira devletin kendisini oluşturan idari kuruluşların uyum içinde bir bütün olarak çalışması, diğer bir ifadeyle işlevsel olarak bir bütün oluşturmaları, idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Bunu sağlamak için devlet hiyerarşi ve idari vesayet olmak üzere iki araçtan yararlanır¹¹²⁹. Merkezi idarenin kendi içindeki kuruluşlarla bütünlük ve uyum sağlaması için hiyerarşi (hiyerarşik denetim), merkezi idareyle yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünlük ve uyumun sağlanması için idari vesayet (vesayet denetimi) kullanılır¹¹³⁰.

İdari teşkilattaki hiyerarşik düzende her üst kademe alttakilerin üzerinde bir güce sahiptir. Bu güce hiyerarşik güç, hiyerarşik gücün sağladığı yetkilere ise hiyerarşik yetkiler denir¹¹³¹. Hiyerarşik yetkiler üst kademede bulunanlara, alttakilere emir ve talimat vererek görevin ne şekilde yerine getirileceğini göstermek suretiyle astın davranışlarını yönlendirme, alttakilerin tasarruflarını değiştirme, durdurma, denetleme, gerektiğinde uyarma, disiplin cezası verme veya tayin ile terfi ettirme gibi farklı çeşitler içerir¹¹³². Bu yetkiler kapsamında olan emir verme yetkisi de hiyerarşinin kademeler düzeni içerisinde işleyişini sağlayan araçlardan biri olarak hiyerarşik yapıda yalnızca üstte olan kademeye tanınmıştır. Hiyerarşik kademelerde her üst kendisinden altta olan kademeler üzerinde emir verme yetkisini kullanabilir, aynı zamanda kendisinden daha üstte olan kademedekilerin de emirlerine itaat yükümlülüğü altındadır. Zira hiyerarşik düzende en üst ve en alt kademe arasındaki

¹¹²⁵ Günday, s. 54; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri Cilt-1**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 104-105; Turan Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 24.

¹¹²⁶ Hiyerarşi memurlar arasında memurun işlemlerini doğrudan kanundan değil kanunla kendi arasında yer alan amirinin emrine dayalı olarak gerçekleştirdiği bir derece ve meratip silsilesi olarak ifade edilebilir. Bkz. Onar, s. 378.

¹¹²⁷ Gözler/ Kaplan, s. 113.

¹¹²⁸ Günel, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 73.

¹¹²⁹ Ali Ulusoy, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019, s. 143.

¹¹³⁰ Günday, s. 53; Bu doğrultuda hiyerarşi aynı kamu tüzelkişiliğinde, idari vesayet ise iki farklı kamu tüzelkişiliği arasındadır. Kalabalık, s. 103, 105-106.

¹¹³¹ Günday, s. 54; Gözler/ Kaplan, s. 116; Onar, s. 379.

¹¹³² Günel, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 75, 76; Kişiler ve işlemler üzerindeki farklı hiyerarşik yetkiler için bkz. Gözler/ Kaplan, s. 116-117; Kalabalık, s. 106-108; Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, s. 25; Onar, s. 379, 380.

her kademenin hem alt konumunda bulunduğu hem de üst konumunda bulunduğu başka bir kademe vardır¹¹³³.

Değinildiği üzere, idari hiyerarşinin dışında idare hukukunda “idari vesayet” olarak adlandırılan bir yetki ilişkisi daha kurulmaktadır. İdari vesayet genel bir tariflerle merkezi idarenin birimlerinin yerinden yönetim birimleri ve kamu kurumları üzerindeki denetim yetkisini ifade eder ve farklı tüzel kişilikler arasında kurulur¹¹³⁴. İdari vesayet merkezi idare mercilerine yalnızca bir denetim yetkisi vermekte, kural olarak emir ve talimat verme yetkisini içermemektedir¹¹³⁵. Bununla birlikte kanunlarda hiyerarşik yetkiler arasında bulunan emir verme yetkisine yakın bir idari vesayet denetimine yer verildiği de görülmektedir¹¹³⁶. Bu doğrultuda kanunla açıkça gösterilen hallerde ve kanunun çizdiği sınırlar içerisinde idari vesayet yetkisine sahip merciin de emir ilişkisindeki üst merci konumunda olabileceği söylenebilecektir. Anayasa’da 2017 yılında yapılan değişiklik sonrasında tesis edilen idari yapılanmada, devlet kamu tüzelkişiliğinin başı olan Cumhurbaşkanlığı’nın, farklı kamu tüzelkişiliklerine sahip idari, iktisadi ve sosyal kamu kurumları üzerinde hiyerarşi yetkilerine benzer şekilde emir ve talimat verme yetkisine sahip kılınması bunun bir örneği olarak gösterilmektedir¹¹³⁷. 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)¹¹³⁸ kapsamında, ayrı tüzelkişiliği bulunan ve idari, mali özerkliğe sahip Cumhurbaşkanlığı ofislerinde görev yapan her kademedeki yöneticiler Cumhurbaşkanı tarafından verilecek emir ve direktifleri mevzuata uygun şekilde yerine getirmekle yükümlüdür¹¹³⁹. Benzer şekilde merkezi idarenin dışındaki çeşitli

¹¹³³ Erdoğan, s. 125; Gözler/ Kaplan, s. 114; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 73.

¹¹³⁴ Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, s. 35; İdari vesayetin merkezi idareye yerinden yönetim idarelerinin bazı karar, işlem ve eylemlerini denetlemeye yönelik sınırlı bir yetki olduğu hakkında bkz. Kalabalık, s. 109; Ayrı tüzel kişiliklere sahip yerel idarelerin ve kamu kurumlarının onlara varlık veren devlet tarafından kamu yararı amacıyla denetlenmesi olarak tarifi için bkz. Gözübüyük/ Tan, s. 144.

¹¹³⁵ İdari vesayet kapsamında kanunda sınırlı bir şekilde sayılan izin, onama, iptal, erteleme gibi yetkiler bulunur. Kalabalık, s. 115; Hiyerarşi ile arasındaki önemli bir farkın emir ve direktif verme yetkisinin bulunmaması olduğu hakkında bkz. Gözübüyük/ Tan, s. 146.

¹¹³⁶ Uygulamada “hiyerarşi ilişkisine yakın bir vesayet denetimi” tesis edilmesine ilişkin olarak bkz. Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, s. 36.

¹¹³⁷ Bkz. Ulusoy, s. 143.

¹¹³⁸ Kararname Sayısı: 1, RG. 10.07.2018, S. 30474.

¹¹³⁹ Kalabalık, s. 107; 1 Sayılı CBK m. 525: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bu kısmında; verilen görevleri yerine getirmek üzere Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî özerkliğe sahip, Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi kurulmuştur.”, 1 Sayılı CBK m. 533: “Ofiste görev yapan her kademedeki yöneticiler yapmakla yükümlü bulundukları hizmet veya görevleri, Cumhurbaşkanlığı tarafından verilecek emir ve direktifler ile sıralı yöneticiler tarafından verilecek emir ve talimatları yönünde mevzuata uygun olarak düzenlemek ve yürütmekten bir üst kademeye karşı sorumludur.”

kamu tüzelkişilikleri arasında da hiyerarşiye yakın bir idari vesayet ilişkisi kurulabilmektedir. Yükseköğretim Kurulu ile üniversiteler arasındaki ilişki buna örnek gösterilebilir¹¹⁴⁰. Bu doğrultuda öğretilde hiyerarşi denetiminin yalnızca aynı kamu tüzelkişiliği içerisinde söz konusu olacağına ilişkin kuralın mutlak olarak anlaşılmaması gerektiği de ifade edilmektedir¹¹⁴¹. Dolayısıyla yetkili merciin emrinin ifası kurumu, hiyerarşik yetkiye benzer emir verme yetkisinin tanındığı farklı kamu tüzelkişilikleri arasında da uygulama alanı bulabilmektedir.

Son olarak, TCK m. 24 kapsamında emrin Türk mercileri arasında verilmesi gerekir¹¹⁴². Kamu hukukuna dayalı ast-üst ilişkisi sadece Türk mercileri arasında geçerli olabilir¹¹⁴³. Bununla birlikte Türk hukukuna göre özel olarak yetkilendirilmesi halinde uluslararası bir merciin veya yabancı bir merciin verdiği talimat ve yönelttiği talepler de TCK m. 24 kapsamında emir olarak kabul edilecektir. Bu durumun örneği olarak Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşme¹¹⁴⁴ uyarınca NATO mensubu askerler arasındaki ilişki çerçevesinde yabancı bir merciin Türk askerlerine emir verebilmesi gösterilebilir¹¹⁴⁵.

b. Üst Merciden Alt Mercie Yöneltilmiş Olması

Bir altlık-üstlük ilişkisi içerisinde yalnızca üst kademedeki olan merciden alt kademedeki olan mercie yöneltilen talepler emir olarak nitelendirilebilir. Önceki bölümde açıklandığı üzere, emir kamusal gücün kullanılmasının bir görünümü olduğu için yalnızca üst kademedeki merciin kamusal gücü alt kademe üzerinde kullanması mümkündür. Bu nedenle üst merci ile alt merci kavramlarının kapsamı ve Türk hukukunda kamusal hiyerarşik ilişkide hangi mercilerin üst veya alt merci olarak kabul edilebileceği ve yöneltilen emrin içeriğinin ayrıca ele alınarak açıklanması önem arz eder.

¹¹⁴⁰ Bu yöndeki düzenlemelerden hareketle idari vesayet ilişkisini hiyerarşiye benzer şekilde genelleştirmek gerektiği hakkında bkz. Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, s. 37.

¹¹⁴¹ Ulusoy, s. 143.

¹¹⁴² Demirbaş, s. 298.

¹¹⁴³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 322, dn. 1509.

¹¹⁴⁴ Kanun No. 6375, RG. 20.03.1954, S. 8663, Sahife: 8727.

¹¹⁴⁵ İçel, s. 333; Savaşçı Temiz, s. 71.

aa. Üst Mercii

Emir ilişkisi kamusal hiyerarşik yetkiden doğduğu için emri verme yetkisine sahip olan üst mercii mutlaka bir kamu mercii'dir. Kamu mercii olması bir mercii'nin kamu gücünü kullanma yetkisiyle donatılmış olmasını ifade eder. Emir verme yetkisinin dayandığı kamu gücü bu otoriteden kaynaklanır. Bu doğrultuda emri veren mercii'nin üst mercii olması, önceki bölümde de belirtildiği üzere bazen genel idari hiyerarşik yapıdaki görevinden kaynaklanan genel bir emir verme yetkisiyle kendini gösterirken, bazı durumlarda üst mercii kanunen özel olarak yetkilendirilerek genel idari hiyerarşideki konumunun dışında kalan bir alt mercii bakımından ayrıca tayin edilmiş de olabilmektedir. Dolayısıyla TCK m. 24 kapsamında emri veren mercii konumundaki kişiler hem idari teşkilat içerisinde üst kademede olan mercii hem de bulunduğu idari teşkilat dışında emir verme yetkisi tanınan bir mercii olabilir¹¹⁴⁶. Farklı idarelerde veya kamu tüzelkişiliklerinde görev yapan kişiler arasında emir ilişkisi kurulduğunda üst mercii kavramı, asıl bağlı bulunduğu hiyerarşik silsileden farklı bir alt mercii bakımından da geçerli olur. Bu duruma örnek olarak adli kolluğun teşkilat olarak İç İşleri Bakanlığı'na bağlı olduğu halde Cumhuriyet savcısının emrinde çalışması verilmektedir¹¹⁴⁷. Benzer bir örnek olarak, İl İdaresi Kanunu m. 11/H uyarınca valilere tanınmış olan farklı bir kamu kurumundaki personeli görevlendirme yetkisi gösterilebilir¹¹⁴⁸. Bu hükme göre valiler bazı hallerde mahalli idareler dahil tüm kamu kurum ve kuruluşlarına ait ambulans, çekici, itfaiye aracı gibi araçlardan yararlanabilir ve personellerine görev verebilir. Bu kapsamda örneğin valinin bir ilde gerçekleşen patlama sonucunda yaralananlara acil müdahale etmek üzere Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak evde sağlık hizmetlerinde görevlendirilmiş olan¹¹⁴⁹ sorumlu tabipleri müdahale için görevlendirmesi halinde, vali Sağlık Bakanlığı'nın hiyerarşisi içerisinde yer

¹¹⁴⁶ Emir verme yetkisi yalnızca "sicil amiri"ne tanınmış olmayıp, kanuna dayanan bir yetkinin varlığı yeterlidir. Hafizoğulları/ Özen, s. 217.

¹¹⁴⁷ Örnekler için ayrıca bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 217; Demirel, Amirin Emri, s. 136.

¹¹⁴⁸ Benzer örnek İl İdaresi Kanunu m. 11/D kapsamında valilere tanınan askeri makamlardan yardım talebine yönelik yetkide de görülebilir. Örnek için bkz. Savaşçı Temiz, s. 70; Benzer yönde ayrıca bkz. Erdoğan, s. 114-115, dn. 425.

¹¹⁴⁹ Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Tarafından Evde Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasına Dair Yönetmelik m. 13 uyarınca evde sağlık hizmetlerinde sorumlu tabiplerin görevlendirilmesi müdür veya genel sekretere aittir. RG. 27.02.2015, S. 29280.

almamasına rağmen, mevzuattaki yetki veren hüküm doğrultusunda TCK m. 24 kapsamında bir “üst merci” olacaktır.

Emir ilişkisindeki üst merci, askeri hukukta “amir” ve “üst” olmak üzere iki farklı kavramla karşılanmaktadır. Yukarıda değinildiği üzere askeri düzende hiyerarşinin yeri ve işlevinin genel idari düzene göre daha ön planda olması nedeniyle askeri mevzuatta hem mercilerin yetkileri hem de emrin verilme şekli daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Askeri mevzuatta “amir” AsCK m. 13 ve TSK İç Hizmet Kanunu m. 9’da “*makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimse*” olarak tarif edilmiş, “üst” ise aynı AsCK maddesinde ve TSK İç Hizmet Kanunu’nun 10. maddesinde “*rütbe veya kıdem büyüklüğü*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁵⁰. Bu doğrultuda askeri hukukta emir verme yetkisi de merciin amir veya üst olmasına göre değişmektedir¹¹⁵¹. TSK İç Hizmet Kanunu m. 15 uyarınca amir maiyetindeki her kişiye emir verme yetkisine sahiptir¹¹⁵². Buna karşılık, üst yalnızca TSK İç Hizmet Kanunu m. 23 ve 24’te gösterilen hallerde emir verme yetkisini kullanabilmektedir¹¹⁵³. TSK İç Hizmet Kanunu m. 14’te yer alan “*Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmət göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.*”¹¹⁵⁴ hükmü üstlerin emir verme yetkilerinin daha sınırlı olduğuna işaret etmektedir. Üst kavramı yalnızca rütbe ve kıdeme göre tayin edildiği, amir ise emrindeki maiyete göre tayin edildiği için, amirin maiyetinde kendisinden rütbe ve kıdemce daha üst kademede olan askerler bulunabilmektedir¹¹⁵⁵. Bu nedenle amir konumundaki bir kişinin üstü olan bir kişiye emir verme yetkisi bulunabilmekte, bu nedenle askerlikte “amirler” maiyetinde

¹¹⁵⁰ TSK İç Hizmet Kanunu m. 9: “*Amir: Makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir.*”; TSK İç Hizmet Kanunu m. 10: “*Üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir.*”

¹¹⁵¹ Burada İç Hizmet Kanunu’nda amir ile üst arasındaki yetki ayrımının belirlenmesinde fonksiyonel nitelikte bir sınırın çizildiği ifade edilmekte, “üst”ün ast üzerinde fonksiyonel bir üstünlüğünün bulunmadığı yalnızca kıdem olarak üstünlüğe dayandığına işaret edilmektedir. Bkz. Erman, “Compliance with Superior Orders...”, s. 375.

¹¹⁵² TSK İç Hizmet Kanunu m. 15: “*Amir; emirlerini maiyetindeki her şahsa verebilir. Vazifelerin zamanında ve tam olarak yapıp yapılmadığı takip ve yapılmasını temin eder.*”

¹¹⁵³ TSK İç Hizmet Kanunu m. 23: “*Fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargah veya askeri kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir ve kumanda işini üzerine almak ile vazifesi ile mükelleftir.*”; m. 24: “*Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir.*”

¹¹⁵⁴ TSK İç Hizmet Kanunu metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2021)

¹¹⁵⁵ Olgun Değirmenci, “Askeri Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu (AsCK m. 85)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 2, Yıl: 2012, ss. 71-115, s. 93.

bulunan “üstlerine” göre TCK m. 24 bakımından “üst merci” konumunda olabilmektedir. Bu durumda amir sıfatını taşıyan kişinin verdiği emre üst itaat etmek zorundadır¹¹⁵⁶. Askerlik ilişkisinde amir aynı teşkilat içerisinde kendisine bağlı bulunan kişilerin üst mercii olup, en küçük askeri birimden en geniş olanına kadar her bir birimde hiyerarşik sıra izler. En küçük askeri birim olan timde görev yapan askerler bakımından tim komutanı, onun üzerinde bulunan manga komutanı, takım komutanı, bölük komutanı vb. sırayla ilerleyen her kademedeki üst merci “amir”dir¹¹⁵⁷. Askeri hiyerarşide emir verme yetkisi üst merciin askeri veya sivil personel olmasına göre değişiklik göstermemektedir. TSK İç Hizmet Kanunu m. 115/1-a’ya göre: “Silahlı Kuvvetlerde çalışan sivil memur, müstahdem, müteferrik müstahdem ve gündelikçi sivil personel bu kanunun askerlere tahmil ettiği sorumluluk ve hizmetlerin ifası bakımından: a) Amir vazifesi alanlar; maiyetindeki bütün askeri ve sivil personele hizmetin icabettirdiği emirleri verebilir.”¹¹⁵⁸

Emir ilişkisinde varlığı aranan üst merci bir kişi olabileceği gibi birden fazla kişiden oluşan bir topluluk veya organ da olabilir¹¹⁵⁹. Önemli olan üst merciin yukarıda belirtilen özelliklerini taşımasıdır. Birden fazla kişinin emir vermeye birlikte yetkili olduğu hallerde tümünün emir vermesi gerektiği, ayrı ayrı yetkili olduğunda birinin emir vermesinin yeterli olduğu ifade edilmiştir¹¹⁶⁰. Emir ilişkisinde aranan üst merciin sayısı bakımından ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal de hiyerarşik yapıda farklı kademedede yer alan birden fazla üst merciin bulunmasıdır. Hiyerarşik yapının tanımında da belirtilen özelliği gereği, üst ve alt kademeler arasında birden fazla derece bulunabilmekte ve her derecedeki merciin üstünde başka bir merci yer alabilmektedir. Bu şekilde somut olayda emri alan kişi yönünden birden fazla üst merciin bulunması halinde, bu merciler arasındaki hiyerarşik ilişki dikkate alınarak değerlendirme yapılır. Eğer yüksek kademedede olan merci alt kademedeki mercilerin tamamı üzerinde emir vermeye yetkili ise, diğerinden daha yüksek kademedede olan merciin emri daha alt kademedede olan merciin emrinden üstün gelir. Bu nedenle farklı kademedede olan birden fazla yetkili merciin aynı konuda

¹¹⁵⁶ Değirmenci, “Askeri Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu (AsCK m. 85)”, s. 93; Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 146.

¹¹⁵⁷ Demirağ, s. 114.

¹¹⁵⁸ TSK İç Hizmet Kanunu metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi: 05.12.2021)

¹¹⁵⁹ Önder, s. 234; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 312.

¹¹⁶⁰ Bkz. Şahbaz, s. 230.

farklı yönde, birbiriyle çelişen emirler vermeleri halinde daha üst kademede olan merciin emrinin geçerli olacağı ifade edilmektedir¹¹⁶¹. Bu konuda bir diğer görüş olarak farklı mercilerden verilen emirlerin çatışması halinde hiyerarşi gereği en yakın amirin emrinin ifa edilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür¹¹⁶². Eğer farklı mercilerin emirleri arasında bir çelişki yok ise her iki emir de yerine getirilir. Zira bu emirleri alan alt merci bakımından kendisinden hiyerarşik konumu üstte bulunan her merci “üst merci” niteliğindedir ve emirleri eşit kuvvette itaat yükümlülüğü doğurur¹¹⁶³. Bununla birlikte bir konuda emir verme yetkisi üst kademede mercilerden yalnızca birine tanınmış ise artık o konuda en yüksek kademede merciin emir verme yetkisi bulunmayacağı için yalnızca kanunda yetkili kılınan üst merciin emrine itaat yükümlülüğü bulunur¹¹⁶⁴.

bb. Alt Mercii

Emir ilişkisinde alt merci, üst merciin üzerinde kamu gücünü kullanabileceği ölçüde hukuki üstünlüğe sahip olduğu mercidir. Bu konuda emri ifa eden alt merciin her zaman bir kamu mercii olmak zorunda olup olmadığı, kamu mercilerinin kamu gücünü üzerinde kullanabileceği herkesin emrin ifasında alt merci olarak sayılıp sayılamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. İdari mercilerin kamu personelinin dışında, vatandaşlara da yükümlülük yükleyecek şekilde belirli bir davranışta bulunmaya yönelik emredici kurallar getirmesi mümkündür. Ancak vatandaşlara getirilen genel yükümlülükler TCK m. 24'teki “emir” kapsamında olmayıp, itaat yükümlülüğü getirilen kişiler de “alt merci” olarak nitelendirilemez. Bu doğrultuda, örneğin, İç İşleri Bakanlığı'nın genelgesiyle vatandaşlara sokağa çıkma yasağı getirilerek belirli saatlerde sokağa çıkılmamasının emredilmesi halinde vatandaşların TCK m. 24/2 kapsamında bir alt merci konumunda olduğu kabul edilemeyecektir¹¹⁶⁵. Talebin yöneltildiği kişilerle yetkili merci arasında bir görev ilişkisi bulunmadığı, hiyerarşik veya kanunen ayrıca kurulmuş bir altlık-üstlük ilişkisi söz konusu

¹¹⁶¹ Erman, “Compliance with Superior Orders...”, s. 393; Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

¹¹⁶² Erem/ Danışman/ Artuk, s. 564.

¹¹⁶³ En üst merciin emri ile ondan daha altta kademelenen bir üst merciin emri arasında üstünlük yönünden bir farkın bulunmadığı hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 130.

¹¹⁶⁴ Şahbaz, s. 230.

¹¹⁶⁵ Bu durumda genelgenin kanun hükmünü icra kapsamında değerlendirileceği hakkında bkz. İkinci Bölüm, II, A, 1, a.

olmadığı sürece TCK m. 24 kapsamında “alt merci”den söz edilemeyecektir¹¹⁶⁶. Dolayısıyla alt merci de üst merci gibi bir kamu görevlisidir¹¹⁶⁷. Ancak kamu görevlisi kavramının idare hukuku, anayasa hukuku ve ceza hukukunda farklılık gösteren tanımlarının bulunduğu dikkate alınarak, emrin ifasına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği “kamu görevlisi” kavramına kimlerin dahil olduğu ayrıca değerlendirilerek belirlenmelidir.

Emri alan kişinin bir kamu merciine görev ilişkisiyle bağlı olması gerektiğinden hareketle, alt merci kavramının kapsamına öncelikle genel idari teşkilat içerisindeki merkezi idare ile yerinden yönetime tabi kamu kurum ve kuruluşlarında görev alan gerçek kişilerin dahil olduğu ifade edilebilir. Bu noktada idari teşkilatta görev alan gerçek kişilerin tamamının TCK m. 24’teki alt mercie dahil olup olmadığı, diğer bir ifadeyle kamuda görev alan her çalışanın alt merci kapsamında olup olmadığına da ayrıca belirlenmesi gerekir. Zira kamuda görev alan personelin kamu idaresi ile istihdam ilişkisi farklı yollarla kurulabilmekte, farklı statü ve unvanlara sahip olunabilmektedir. Kamuda görev yapan personelin adlandırılması ve tanımlanmasında gerek mevzuatta gerekse yargı kararlarında bir birliğin sağlanmadığı ifade edilmektedir¹¹⁶⁸. Anayasa’da, devletin yürüttüğü kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” tarafından yerine getirileceği ifade edilerek (AY m. 128, 129) kamu hizmetlerini ifa eden kişiler “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” olarak iki kategoriye ayrılmıştır¹¹⁶⁹. Anayasa’da kullanılan kamu görevlisi kavramının ortak bir hukuki tanımı bulunmayıp, hukukun farklı dallarında ayrı kapsamda kullanılmaktadır. Anayasa’da kamu görevlisi kavramının bir tanımı verilmiş olmasa da, kamu hizmetini görmekle görevli olma ölçütüne göre tarif edilmiştir (AY m. 128). AY m. 137/1’de de hükmün uygulama alanındaki kişiler “*kamu hizmetlerinde*

¹¹⁶⁶ Bu konuda kamu görevlisi olmayan kişilerin de yetkili kamusal mercilerin emirlerinin muhatabı olabileceği, bu durumda amirin emrini ifanın kamu görevlisi olsun olmasın herkes bakımından görevin ifası olarak adlandırılabilmesi de ifade edilmiştir. Örnek olarak İcra İflas Kanunu m. 80 uyarınca borçlunun haczi kabil eşyanın yerini göstermemesi halinde bu yerlerin zorla açtırılması emrinin bir çilingire verilmesi gösterilmektedir. Bu doğrultuda emri ifa eden kişinin her zaman kamu görevlisi olmak zorunda olmadığı, hiyerarşik ast-üst ilişkisinde bulunmak zorunda olmadığı da belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Çetinkaya, s. 301-302-dn. 1.

¹¹⁶⁷ Savaşçı Temiz, s. 71.

¹¹⁶⁸ Bu konudaki kavram kargaşasına ilişkin olarak bkz. Nur Kaman, “Kamu Görevlileri”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 261; Hem anayasa hem de kanuni ve idari düzenlemelerde farklı terimlerin kullanıldığı ve yargı kararlarında kavramsal açıklık bulunmadığına ilişkin olarak bkz. Gözübüyük/ Tan, s. 765, 768.

¹¹⁶⁹ Günday, s. 387.

herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse” olarak tarif edilmiş, kanunsuz emri alan alt merci kamu hizmetinde çalışma koşuluna bağlı tutulmuştur. İdare hukukunda ise kişinin yürüttüğü faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıması kamu görevlisi sayılması için yeterli değildir¹¹⁷⁰. İdare hukuku öğretisinde kamu görevlisi kavramı bir kamu tüzelkişisine bağlı olunması, bu bağlılığın bir kamu hukuku ilişkisiyle kurulmuş olması ve kamu tüzelkişiliğinde istihdam edilmiş olunması olmak üzere üç unsur üzerinden tanımlanmaktadır. Bu tanım doğrultusunda kamu hizmeti niteliğinde olan bir faaliyette bulunan kişiler, bir kamu kurum ve kuruluşunda çalışmadığı sürece kamu görevlisi sayılmazlar¹¹⁷¹. Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK) kamuda çalışan kişiler, memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler olarak ayrılmıştır¹¹⁷². Bu ayrımın yer alan işçiler kamu kuruluşlarında özel hukuka tabi olarak çalışan kişiler olup, bunlar hakkında DMK hükümleri uygulanmamaktadır. Bu nedenle Anayasa’da belirtilen ve memur dışında kalan diğer kamu görevlilerine işçiler dahil edilmemekte, kapsamından yalnızca DMK’de tanımlanan sözleşmeli personel anlaşılmaktadır¹¹⁷³. Bu yönüyle idare hukukunda kamu görevlisi kavramı kamu kesiminde çalışan tüm görevlileri içerecek şekilde geniş anlamda değil, yalnızca memur ve sözleşmeli personeli içerecek şekilde kullanılmaktadır¹¹⁷⁴. Ayrıca DMK m. 1’de sayılan bazı kamu personelinin kendi özel kanunlarına bağlı olarak çalıştıkları ve DMK’nin uygulama alanına dahil olmadıkları belirtilmiştir. Burada sayılan kendi kanununa bağlı olarak çalışan personelin memur dışında kalan diğer kamu görevlileri kapsamında, sözleşmeli personelin yanında sayılabileceği ifade edilmektedir. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 926 sayılı TSK Personel Kanunu veya 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’na bağlı çalışan personel örnek olarak gösterilebilir¹¹⁷⁵.

¹¹⁷⁰ Hüseyin Aydın, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2010/1, Yıl: 68, ss. 109-128, s. 115.

¹¹⁷¹ Anılan üç şart doğrultusunda, serbest çalışan avukatlar, idareyle yaptıkları sözleşme uyarınca mal ve hizmet sağlayanlar, vatan hizmeti yapan erler, tanıklar, bilirkişiler, noterler idare hukuku bakımından kamu görevlisi sayılmazlar. Bkz. Gözler/Kaplan s. 560-561.

¹¹⁷² Devlet Memurları Kanunu’nda yer verilen “geçici personel” kategorisi 20.11.2017 tarih ve 696 sayılı KHK ile kaldırılmış olup, bu kategoride yer alan personel de sözleşmeli personel arasında alınmıştır. Gözler/ Kaplan, s. 562.

¹¹⁷³ Gözler/ Kaplan, s. 562.

¹¹⁷⁴ Aydın, “...Kamu Görevlisi Kavramı”, s. 116; Gözler/ Kaplan, s. 562.

¹¹⁷⁵ Gözübüyük/ Tan, s. 772, dn. 23.

Ceza hukukunda kamu görevlisi kavramı ise idare hukukundakinden daha geniştir¹¹⁷⁶. TCK m. 6/1-c’de kamu görevlisi kavramının tanımına yer verilmiş, böylece TCK uygulamasında esas alınması gereken kamu görevlisi kavramının kapsamı idare hukukundan farklı olarak kanunda ayrıca belirlenmiştir. Maddeye göre kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”leri kapsamaktadır. İdare hukukunda kamu görevlisinin devletle sürekli bir istihdam ilişkisi içinde olması gerekirken, ceza hukukunda kamusal faaliyete katılması yeterlidir¹¹⁷⁷. TCK’de kamu görevlisinin devletle organik bir bağının bulunması, faaliyet karşılığında kazanç elde ediliyor olması veya faaliyetinin süreklilik göstermesi aranmamaktadır¹¹⁷⁸. Burada ceza hukukunda kamu görevlilerinin fail veya mağdur olduklarında daha etkin biçimde korunmalarının ya da cezalandırılmalarının amaçlandığı ifade edilmekte¹¹⁷⁹, amacı yönünden idare hukukundan ayrılrsa da ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramının kapsamının belirlenmesinde idare hukukunun ölçütlerinden yararlanmanın mümkün olduğu vurgulanmaktadır¹¹⁸⁰. TCK’de yer alan tanıma göre ceza hukuku yönünden kamu görevlisi kavramında “kamusal faaliyet” ölçüt olarak alınmış olup, somut olayda alt merciin kamu görevlisi olarak kabul edilip edilemeyeceği kamusal faaliyet kavramının kapsamına göre belirlenecektir¹¹⁸¹. İdare hukukunda yer alan bir kavram olmayan¹¹⁸² “kamusal faaliyet” TCK m. 6’nın gerekçesinde “*bir hizmetin kamu adına yürütülmesi*” olarak tarif edilmiş, bu hizmeti yürüten kişilerin ücret alıp almamasının, sürekli veya geçici olarak yapıp yapmamasının önemi olmadığı belirtilmiştir. Bu doğrultuda, bir kamu hizmeti olarak

¹¹⁷⁶ Muharrem Özen/ Önder Tozman, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 42, Sayı: 4, Aralık 2009, ss. 25-57, s. 46; Demirel, Amirin Emri, s. 126; Gözler/ Kaplan, s. 563; Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 18.

¹¹⁷⁷ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1212.

¹¹⁷⁸ Özen/ Tozman, s. 46.

¹¹⁷⁹ Kamu görevlilerinin anayasal ve yasal yükümlülükleri nedeniyle daha ağır yaptırımların öngörülmesi ve görevlerini etki altında olmadan yerine getirebilmeleri amacıyla kamu görevlilerini daha koruyucu hükümlerin getirilmesi yaklaşım olarak benimsenmiştir. Hasan Tahsin Gökcan, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, **CHKD**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, ss. 147-160, s. 148.

¹¹⁸⁰ Özen/ Tozman, s. 44.

¹¹⁸¹ Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 21; Savaşçı Temiz, s. 77; Özen/ Tozman, s. 43. Kamusal faaliyet kavramının açıklanmasına yer verilmemekteyse de, kamusal faaliyetin “*devlet iktidarının emretme, düzenleme yetkisinin var olduğu faaliyetler olarak*” anlaşılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Köksal Bayraktar, “Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçların Genel Özellikleri”, in **Özel Ceza Hukuku**, Cilt: IX, **Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 2-16, s. 9.

¹¹⁸² Kamusal faaliyet ne ceza hukuku ne de idare hukukunda tanımlanmış bir kavramdır. Burcu Demren Dönmez, “Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisi Kavramı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 94, 2011, ss. 95-130, s. 116; Özen/ Tozman, s. 43.

yargılama faaliyetine katılan avukat, bilirkişi, tercüman ve tanıklar da ceza hukuku bakımından kamu görevlisidir¹¹⁸³. Yine DMK m. 4'te yer alan işçi statüsünde kadrolu olarak istihdam edilen kişilerin de TCK uygulaması yönünden kamu görevlisi sayılması gerektiği gerek öğretide gerekse bazı Yargıtay kararlarında ifade edilmektedir¹¹⁸⁴. Kamu görevlisinin bu tarifinin kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurularak kamu görevini üstlenen kişilerin yanı sıra, kamu hizmeti görenleri de kapsadığı, ancak kamuya yararlı işte çalışan herkesi içerecek şekilde anlaşılmaması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸⁵. Yine kamu görevlisi kavramının kamu faaliyetinde yer alan devlet hiyerarşisi içinde emretme yetkisine sahip olan ve kamu yönetiminden aylık sağlayan kişi olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir¹¹⁸⁶.

Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen kamu görevlisi tanımına göre tespit edildiğinde, TCK m. 24'teki alt merciin kapsamı oldukça genişlemektedir. Bu nedenle öğretide ağırlıklı olarak TCK m. 24 kapsamındaki emri alan alt merci kavramının TCK m. 6'da yer alan kamu görevlisi tanımına dayandırılmasının yerinde olmayacağı benimsenmektedir. Bir görüş kapsamında kamusal faaliyete katılan kişilerden ziyade kamu gücünü kullanan kişilerle sınırlı olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁸⁷. Diğer bir görüş tarafından ayrıca emri alan alt merciin kamu tüzelkişiliğine bağlı görev alan bir merci ya da kamu görevlisi olmasının yeterli olmadığı aynı zamanda “memur” statüsünde olması gerektiği de kabul edilmektedir¹¹⁸⁸. Burada memur kavramından idare hukuku anlamında memur sıfatını taşıyan kişilerin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁸⁹. Memur kavramı Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 4/A uyarınca “*devlet ve diğer kamu tüzelkişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen*” kişiler olarak tarif edilmiştir. Her ne kadar kamu idaresinde sözleşmeli personel olarak görev alan kişiler memur olarak

¹¹⁸³ Bu yönde TCK m. 6 madde gerekçesi için bkz. Yurtcan, Türk Ceza Kanunu, s. 106-107.

¹¹⁸⁴ İlgili Yargıtay kararı örneği için bkz. Gökcan, s. 152, dn. 3.

¹¹⁸⁵ Bu yönde ve diğer görüşler için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1214-1215.

¹¹⁸⁶ Bkz. Bayraktar, “Kamu İdaresinin Güvenilirliği...”, s. 9.

¹¹⁸⁷ Bu yöndeki açıklamalar için bkz. Savaşçı Temiz, s. 74-75; Kamu görevlisinden, Yargıtay içtihatlarına da uygun olacak şekilde, kamu hizmeti gören kişi yerine kamu gücünü kullanan kişinin diğer bir deyişle “memurun” anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Hafızogulları/ Özen, s. 213.

¹¹⁸⁸ Emri alan merciin kamu görevlisi olmasının yeterli olmadığı, kamu görevlisi alt başlığında yer alan memur konumunda bulunması gerektiği hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 125. Aynı yöndeki görüşler için bkz. Erdoğan, s. 119; Savaşçı Temiz, s. 74-75.

¹¹⁸⁹ Demirel, Amirin Emri, s. 126.

değerlendirilmeseler de bazı mevzuat hükümlerinde kamuda çalışan bu kişiler hakkında belirli bir konuda hüküm bulunmaması halinde DMK hükümlerinin uygulanacağı düzenlendiği için memur statüsünde olan kişilerin yanı sıra, hakkında DMK hükümlerinin uygulanacağı öngörülen sözleşmeli personelin de TCK m. 24 kapsamındaki “alt merci” konumunda bulunabilecekleri ifade edilmektedir¹¹⁹⁰. Bu hususta bir görüşe göre, TCK m. 24/2’deki “yetkili merci” ve “emri yerine getiren görevli” kavramlarından AY m. 128 doğrultusunda memurlar veya diğer kamu görevlileri anlaşılmalıdır¹¹⁹¹. İleri sürülen diğer bir görüşe göre ise, ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilen kişilerin ifa ettikleri emirlerin kamu hizmetiyle bağlantılı olduğu sürece yetkili merciin emrini ifa kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹¹⁹².

Kanaatimizce, her ne kadar TCK hükümlerinin uygulama alanı bakımından TCK m. 6’da yer verilen “kamu görevlisi” tanımının dikkate alınması gerekirse de¹¹⁹³, alt merciin üstlendiği kamu görevinin ceza hukukunda benimsenen kamu görevlisi kavramında yer verilen “kamusal faaliyete katılma” ölçütüyle belirlenmesi emri ifayla yükümlü alt merciin kapsamını genişletmektedir. Örneğin, hakimin tanıklardan yemin vermelerini talep etmesinde, hakimin bu yönde talepte bulunma yetkisi kendisine kanunen tanınmış olduğu ve tanıkların talebin gereğini yerine getirmeleri kamusal faaliyet kapsamında bir görev olduğu halde, TCK m. 6 kapsamında kamu görevlisi sayılan tanıkların yemin etmeleri yükümlülüğünü yerine getirmeleri talep edildiğinde yetkili merciin emrinin ifası kapsamında sayılmayacaktır. Burada yemin etme yükümlülüğüne ilişkin kamusal görev kanundan kaynaklanmaktadır (CMK m. 54). Bu doğrultuda, TCK m. 24’te emri alan merci emri ifaya görevi gereği mecbur olması dikkate alınarak tarif edilmiş olduğu için, TCK m. 6’da yer alan kamu görevlisi kavramı, emrin ifasına ilişkin hükmün uygulanmasında emir vermeye yetkili mercie görev bağıyla bağlı olup olmadığına göre sınırlandırılarak anlaşılmalıdır. Zira kanun hükmünü icranın ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olduğu dikkate alındığında, TCK m. 24/2’deki görevin kanun veya

¹¹⁹⁰ Demirel, Amirin Emri, s. 127-128.

¹¹⁹¹ Bu doğrultuda TCK m. 6/1-c uyarınca kamu görevlisi sayılan herkesin emrin ifası hükümleri kapsamında değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş için bkz. Akkurt, s. 61.

¹¹⁹² Bu görüş kapsamında, bir avukatın, bürosunda çalışan sekreterine verdiği müvekkilin yerini bildirmeme emrinin sekreter bakımından emrin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiği örnek verilmiştir. Bkz. Çetinkaya, s. 316.

¹¹⁹³ Bu yönde ayrıca bkz. Savaşçı Temiz, s. 75.

diğer düzenleyici işlemlerle değil, yalnızca emir ile yüklenebilecek bir görev olduğu anlaşılır. Bu nedenle kanaatimizce, yalnızca genel hiyerarşi içinde veya kanunen tesis edilmiş bir emir ilişkisinde emir verme yetkisine sahip bir mercie bağlı olarak görev yapan kişiler alt merci kapsamında sayılabilecektir. Dolayısıyla emrin ifasında alt merci kamu gücünü kullanan kişi olarak anlaşılmalı¹¹⁹⁴, TCK m. 6'daki kamusal faaliyet kavramına dahil olan kamu hizmeti görülmesi ölçütü yerine, verilen emirleri ifa etme yükümlülüğü getiren bir kamu görevi üstlenmiş olmasına göre belirlenmelidir¹¹⁹⁵.

Askeri hukuka dayalı bir ilişkide alt merciin nasıl tayin edileceği askeri hiyerarşideki amir, memur ve üst kavramlarına göre belirlenmektedir. AsCK m. 13 uyarınca askeri hizmette memur kavramı askeri hizmeti ifa ile yükümlü olan kişileri ifade etmektedir¹¹⁹⁶. Bu doğrultuda üst merci konumundaki üst ve amir kavramları ile birlikte dikkate alındığında askeri hiyerarşide rütbe ve kıdem olarak daha alt kademedede bulunan veya amirin maiyetinde yer alan kişiler alt mercii kapsamındadır. Emir verme yetkileri kullanılarak bir emir ilişkisi kurulduğunda, üst ve amirlerden astlara yöneltilen emirler TCK m. 24 kapsamında alt mercie yöneltilmiş bir emir koşulunu sağlamış olur. Benzer şekilde alt merci askeri teşkilatta görev alan sivil personel de olabilir. TSK İç Hizmet Kanunu m. 115/1-b'de yer alan “*b) Bütün sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup bu kanunun 14 üncü maddesinin asta tahmil ettiği vazifeleri aynen yapmaya mecburdurlar.*” hükmü uyarınca alt merciin askeri personel olması zorunlu değildir¹¹⁹⁷.

Emrin yöneltildiği alt mercideki kişi sayısı da emrin varlığı koşulu kapsamında dikkate alınmaktadır. Buna göre yetkili merciin verdiği emir bir kişiye yönelik olup, yalnızca o kişinin itaat yükümlülüğünü doğuracak nitelikteyse “bireysel”, birden fazla kişiyi ilgilendiren, bir grup kişinin itaat yükümlülüğünü doğuran nitelikteyse “kolektif” emirden söz edilir. Burada önemli olan emrin yöneldiği kişi veya kişilerin

¹¹⁹⁴ Bu görüşte bkz. Savaşçı Temiz, s. 75; Hafızoğulları/ Özen, s. 213.

¹¹⁹⁵ Bu kapsamda 765 sayılı mülga TCK'deki, kamu hizmeti görme yerine kamu görevini üstlenmiş olma ölçütüne göre belirlenen “memur” kavramının dikkate alınabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Savaşçı Temiz, s. 75.

¹¹⁹⁶ Kanun metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1632.pdf> (Erişim Tarihi: 13.11.2022)

¹¹⁹⁷ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi: 13.11.2022)

belirlenebilir olmasıdır¹¹⁹⁸. Bu anlamda öğretide, hiyerarşik olarak alt konumda olan tüm kamu görevlilerine yönelik olduğunda genel emirden, yalnızca belirli bir veya birkaç kamu görevlisine yönelik olduğunda ise özel emirden söz edilmektedir¹¹⁹⁹. Bakanlık tarafından yayınlanan genelgeler genel emre örnek olarak verilmektedir¹²⁰⁰.

cc. Talep İçeriğinin Yöneltilmesi

Üst merciden alt mercie yöneltilen talebin bir emir olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle belirli bir davranışın yapılması veya yapılmamasına yönelik bir içeriğinin bulunması gerekir. Talebin içerdiği hareket emrin konusunu oluşturur ve belirli bir davranışın yapılması yönünde olumlu bir eylemi içerebileceği gibi belirli bir davranışın yapılmaması yönünde olumsuz bir eylemi de içerebilir¹²⁰¹.

Emrin varlığı koşulunun sağlanması için emrin alt mercie yöneltilmiş olması gerekir. Yazılı verilen emirlerde yazıya geçirilen emir yazısının alt mercie iletilmiş, usulüne uygun şekilde bilgisine ulaştırılmış olması gerekir. Emrin sözlü olması halinde de ilgili alt mercie hitaben yöneltilmesi ve anlaşılır olması gerekir. Emrin varlığı koşulu için, emri alan merciin görevi gereği emirden haberdar olması, diğer bir ifadeyle emrin bilgisine ulaştırılmış olması gerekli ve yeterlidir¹²⁰². Bu konuda Askeri Yargıtay'ın görüşü de alt merciin emrin varlığını bildiğinin anlaşıldığı durumlarda emrin tebliğ edilip edilmediğinin ayrıca araştırılmasına gerek olmadığı,

¹¹⁹⁸ Mantovani, s. 237.

¹¹⁹⁹ Demirbaş, s. 298; Her iki emir de bağlayıcı olduğu sürece görevi ifanın kaynağını oluşturur. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 322; Emir üstün kamu gücüne dayanarak asta yansıttığı bir şeyin yapılması yönündeki iradedir. Bir kamu kurumunda kurumun başında bulunan kişinin tüm çalışanlara yönelttiği irade ve tasarruflar genel irade, belirli bir kişiye yöneltilmiş emirler ise özel iradeyi yansıtır. Duman, s. 47; Bir memura verilen emir özel, bir daire amirinin kendi memurları hakkında yayınladığı genelge veya sirküler genel bir emirdir. Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (1-75. Maddeler) 1. Cilt**, Üçüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 416.

¹²⁰⁰ Demirbaş, s. 298; Bu konuda emrin tanımı bölümünde yer verdiğimiz açıklamalar doğrultusunda genelge, sirküler, genel emir gibi alt mercideki kişilerin tamamına toplu olarak yöneltilen işlemlerin emir kapsamında yer aldığı, bununla birlikte adından bağımsız olarak idari işlemin herkese yönelik genel soyut kurallar içermesi halinde maddi anlamda kanun özelliği göstereceği için TCK m. 24/1 kapsamında kanun hükmünü icraya dayanılması gerektiğinin altı çizilmelidir. Bkz. Üçüncü Bölüm, I, A, 1, a.

¹²⁰¹ Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

¹²⁰² Gökhan Yaşar Duran, “Askeri Ceza Kanununda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, **CHD**, Sayı: 41, Yıl: 14, Aralık 2019, ss. 655-721, s. 674.

emre itaatsizlik suçu bakımından emrin varlığının bulunduğu yönündedir¹²⁰³. Bununla birlikte örneğin kulaklarında işitme sorunu olan astın sözlü emri duymamış olduğunun kabul edildiği durumda emrin yöneltilmiş olduğu kabul edilmemiştir¹²⁰⁴. Emrin gereğinin yerine getirilebilmesi için açık ve uygulanabilir belirginlikte olması gerekir¹²⁰⁵. Emrin anlaşılır ve açık olması sözlü emrin sıkça kullanıldığı askeri ceza hukuku mevzuatı kapsamında TSK İç Hizmet Yön. m. 30'da “*Emirler açık, kısa ve kesin olmalı ve astın verilen emri tamamen anlayacağına ve anladığına dair emir veren âmire kanaat gelmelidir.*”¹²⁰⁶ şeklinde ayrıca düzenlenmiştir.

Emrin yöneltilmiş olması koşuluyla ilgili olarak ele alınması gereken diğer bir husus aynı konuda birden fazla emrin yöneltilmesi ihtimalidir. Bu durumda aynı merciin verdiği birden fazla emirden en son verilen emrin geçerli olduğu kabul edilir¹²⁰⁷. Zira emri vermeye yetkili olan merciin emri geri alma, emrin konusunun yapılmasını istememe yetkisi de bulunur. Bu nedenle eğer üst merciin verdiği emirler birbiriyle çelişiyor ise sonra verilen emrin öncekini bertaraf etmeye yönelik olduğu kabul edilmeli yalnızca sonraki emrin ifasıyla yetinilmelidir¹²⁰⁸. Eğer üst merciin verdiği emirler çelişmemekte ise veya aynı konuda olmakla birlikte her ikisini de ifa etmek mümkünse önceki ve sonraki emri birlikte ifa etmek gerekir¹²⁰⁹. Eğer farklı kademedeki üst merciler tarafından aynı konuda yöneltilen birden fazla emir söz konusu ise, aksi kanunda öngörülmediği sürece, daha üst kademede bulunan merciin

¹²⁰³ Askeri Yargıtay'ın “*Sanığın içkileri tel örgüden kışla içerisine attıktan sonra nizamiyeden geçerek içkileri bulunduğu yerden alıp götürürken yakalanması göz önüne alındığında, eylemin gerçekleştirilme şekli, sanığın kışlaya içki sokulmasının yasak olduğunu bildiği, bu konudaki emirden haberdar olduğunda kuşku bulunmadığı anlaşıldığından, ayrıca kışlaya içki sokulmayacağına dair emrin sanığa tebliğ edilip edilmediğini araştırmaya gerek*” olmadığına ilişkin kararı (As. Yar. DK., 1.5.2003 tarih 2003/50-48 E. K., Askerî Yargıtay Dergisi, 2004, S. 16, s. 273-275) bu konuda örnek verilebilir. Karar metinleri için bkz. Duran, “...Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, s. 674, dn. 80.

¹²⁰⁴ “*Sanık astsubayın, bölük komutan vekilinin verdiği tüm emirlere uyduğu, ancak son olarak verdiği (yat) emrine uymadığı sabit ve muhakkak ise de; kulaklarının ağır işitmesi sebebiyle emri duymadığını ileri süren sanığın bu iddiası, kulaklarından birinde tam derecede, diğerinde ise hafif derecede işitme zafiyeti olduğuna dair doktor raporu muvacehesinde doğrulanmış olmakla, müsnet suçtan beraatine dair verilen kararda isabet*” olduğuna ilişkin Askeri Yargıtay kararı (As. Yar. 1. Daire, 06.07.1988, 1988/543-540 E. K., Askerî Yargıtay Dergisi, S. 7, Y. 1990, s. 116) için bkz. Duran, “...Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, s. 674, dn. 80.

¹²⁰⁵ Şahbaz, s. 231.

¹²⁰⁶ TSK İç Hizmet Yönetmeliği metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5905&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

¹²⁰⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

¹²⁰⁸ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 80-81.

¹²⁰⁹ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 80.

emrinin geçerli olduğu kabul edilmektedir¹²¹⁰. Kanunda ayrıca düzenlenmesi halinde birden fazla merci tarafından yöneltlen emirler ilgili hükme göre yerine getirilir. Bu konuda askeri hizmette emre ilişkin bir düzenlemeye mevzuatta ayrıca yer verilmiştir. TSK İç Hizmet K. m. 22 uyarınca “*Bir amirin verdiği emir yapılırken daha büyük bir amirden evvelki emre muhalif ikinci bir emir daha alınacak olursa, ikinci emri veren amire evvelki emir bildirilir. Eğer ikinci amir kendi emrinin yapılmasında ısrar ederse bu amirin emri yapılır. Ve birinci amire malumat verilir. Eğer daha büyük amire birinci amirin emrini bildirmeye hal ve zaman müsait değilse vaziyete uygun olan emir kendi mesuliyeti dahilinde yapılır ve amirlere bildirilir.*”¹²¹¹.

Gerçekleştirilmesi talep edilen davranışın yöneltilmiş olup olmadığı emir ile diğer idari işlemleri ayırt edici bir özellik olarak da ele alınabilir. Emrin özelliği talep konusu olan davranışın kime yöneltildiğinin belirli olması, yöneltlen kişilerin yükümlü ve görevli kılınmasına işaret eder. Bu yönüyle emir kanunda genel olarak mevcut bir yetkinin bir olay için somutlaştırılmasıdır¹²¹². Askeri hukukta hizmete ilişkin emir bakımından da mevzuatta düzenlenmiş bir hususun amirler tarafından emir haline getirilerek asta yöneltimedikçe hizmete ilişkin emirden söz edilemeyeceği öğreti ve Askeri Yargıtay içtihadında kabul edilmiştir¹²¹³. Belirli kişilere yöneltilerek somutlaştırılmayan yetki ve görevler idarenin genel ve soyut düzenleme getiren diğer işlemlerini oluşturur ki bunlar TCK m. 24 kapsamında emir kavramına dahil edilmemektedir. Örneğin, silah kullanma yetkisi PYSK m. 16/7 kapsamında kolluk görevlileri bakımından görevin ifası sırasında kullanılabilecek kanuni bir yetki ve görevken, kolluk amirinin somut olayda ateş etme emrini vermesi emrin ifası kapsamında bir görevdir.

c. Yerine Getirilmesinin Hukuken Zorunlu Olması

Hukuken kurulmuş kamusal bir altlık-üstlük ilişkisi içerisinde üst konumda olan merciin alt konumda olan mercie yönelttiği bir talebin emir olarak nitelendirilebilmesi için yerine getirilmesinin hukuken zorunlu olması gerekir. Emrin

¹²¹⁰ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, 81.

¹²¹¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf> (Erişim Tarihi: 06.12.2021)

¹²¹² Demirbaş, s. 299.

¹²¹³ Görüş ve Askeri Yargıtay içtihadı için bkz. Duran, “...Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu”, s. 676.

zorunlu olması emri alan merciin gereğini yerine getirip getirmeme konusunda seçim imkanı olmamasını ifade eder ve emri veren mercie tanınan emir verme yetkisinin dayandığı kamu gücünden kaynağını alır. Zira idari mercilerin yetkileri de kamu gücü yükümlülüğüdür¹²¹⁴. Bu bağlamda üst merciden alt mercie yöneltilen irade açıklamasının emredici şekilde (*forma imperativa*) yöneltilmesi emrin belirleyici ve ona karakterini veren özelliklerinden biri olup, esasen tabii anlamda emir kavramının tavsiye veya temenniden farkını ortaya koyan bir özellik olarak ifade edilmektedir¹²¹⁵. Yerine getirilmesinin yöneltildiği kişinin seçim ve takdirine bırakıldığı talepler emir olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla emrin bu özelliği, mevzuatta yer alan veya somut olayda yöneltilen “yardım”, “istek”, “görüş” veya “tavsiye” niteliğindeki irade açıklamalarının TCK m. 24 kapsamında bir “emir” olarak kabul edilip edilemeyeceğini tespiti yarar. Mevzuatta kamu mercilerine tanınan yetkilerin farklı terimler kullanılarak ifade edilebilmesi emrin bu özelliğinin dikkate alınması ihtiyacına işaret etmektedir. Örneğin, İl İdaresi Kanunu m. 11/D uyarınca valilere bazı hallerde diğer illerin kolluk kuvvetleri veya diğer kuvvetlerden destek almak amacıyla İç İşleri Bakanlığı’na veya askeri birliklere yardım talebinde bulunma yetkisi tanınmıştır¹²¹⁶. Burada “yardım talebi”, gereği gecikmeksizin yerine getirilmek zorunda olduğu, bu yönde emri alana seçim imkanı tanınmadığı için bir emir niteliğindedir¹²¹⁷.

Emrin bu unsuru onu aynı zamanda “görüş” niteliğindeki irade açıklamalarından da ayırır. Bazı hallerde idari teşkilat içerisinde üst merci ve alt merciler arasındaki faaliyetin görüş niteliğindeki irade açıklamasına bağlı olarak yürütülmesi öngörülmüştür. Bu gibi hallerde bir merciin görüşünün alınması zorunlu

¹²¹⁴ Güher Ulu, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 19, Sayı: 38, Yaz 2020/2, ss. 74-102, s. 88.

¹²¹⁵ Bettiol, s. 31-32.

¹²¹⁶ İl İdaresi Kanunu m. 11: “D)(2) (Değişik: 29/8/1996-4178/1 md.) Valiler, ilde çıkabilecek veya çıkan olayların, emrindeki kuvvetlerle önlenmesini mümkün görmedikleri veya önleyemedikleri; aldıkları tedbirlerin bu kuvvetlerle uygulanmasını mümkün görmedikleri veya uygulayamadıkları takdirde, diğer illerin kolluk kuvvetleriyle bu iş için tahsis edilen diğer kuvvetlerden yararlanmak amacıyla, İçişleri Bakanlığından ve gerekirse (...) (2) Kara Kuvvetleri Komutanlığının sınır birlikleri dahil olmak üzere en yakın kara, deniz ve hava birlik komutanlığından mümkün olan en hızlı vasıtalar ile müracaat ederek yardım isterler. Bu durumlarda ihtiyaç duyulan kuvvetlerin İçişleri Bakanlığından veya askeri birliklerden veya her iki makamdan talep edilmesi hususu, yardım talebinde bulunan vali tarafından takdir edilir. Valinin yaptığı yardım istemi geciktirilmeksizin yerine getirilir. Acil durumlarda bu istek sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.”

¹²¹⁷ İl İdaresi Kanunu m. 11/D kapsamında yardım talep edilmesinin bir emir olduğu, ancak askeri birliklerin valinin komutasına girmedikleri hakkında ayrıca bkz. Savaşçı Temiz, s. 94.

olsa da, diğer bir ifadeyle mercie görüş bildirme yetki ve görevi getirilmiş olsa da görüşün gereğinin yapılması veya görüşün içerdiği talebin yerine getirilmesi zorunlu olmamaktadır. Yine İl İdaresi Kanunu m. 11/D hükmünde valiye tanınan askeri kuvvetlerden yardım talep etme yetkisinde bu durumun bir örneği tespit edilebilir. İlgili hükme göre “*Güvenlik kuvvetleri ile yardıma gelen askeri kuvvet arasında işbirliği ve koordinasyon, yardıma gelen askeri birliğin komutanının da görüşü alınarak vali tarafından tespit edilir.*”¹²¹⁸.

Üst merci tarafından yöneltlen bir talebin gereğinin yerine getirilmesinin zorunlu olup olmadığı, öncelikle emir verme yetkisini ve emrin kapsamını düzenleyen mevzuat hükümlerinden anlaşılmaktadır. Kanun koyucu böylece kamusal hiyerarşik ilişkide emri alan kişilerin emri değiştirmeden veya geciktirmeden ifa etmek zorunluluğunu açıkça tesis etmiş olur (Örneğin, TSK İç Hizmet K. m. 14). Bu bazen genel bir itaat yükümlülüğünün ifadesi olabileceği gibi bazen belirli bir emrin ifasına yönelik olarak da düzenlenmiş olabilir. Emirlerin yerine getirilmesinin zorunlu olduğunu açıkça gösteren hükümlerin yanı sıra, bu zorunluluk emri ifa etmemenin veya ifa etmeyi reddetmenin hukuken yaptırım altına alınması yoluyla da ayrıca güvence altına alınmıştır. Emre itaat edilmemesine yönelik eylemler kanun tarafından gerek idari gerekse cezai yaptırıma bağlanmıştır. İl İdaresi Kanunu m. 11/H, “*Kamu kurum ve kuruluşları, valinin bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde vali, emir ve talimatlarını kolluk aracılığıyla uygular. Bu fıkradaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya geciktirilmesi sebebiyle oluşan kamu zararı ile gerçek ve tüzel kişilerin Devlet tarafından karşılanan zararları ilgili idarece genel hükümlere göre sorumlu kamu görevlilerinden tazmin edilir.*”¹²¹⁹ şeklindeki hüküm örnek olarak gösterilebilir. Aynı doğrultuda, emri ifada gecikme veya emrin konusunu değiştirme ya da emri ifa etmeme TCK m. 257 kapsamında öngörülen diğer unsurların varlığı halinde görevi ihmal oluşturur¹²²⁰. Yine askeri hiyerarşide verilen emirlerin yerine getirilmemesinin veya yerine getirilmesinin açıkça reddedilmesinin emir alanlar bakımından AsCK m.

¹²¹⁸ İl İdaresi Kanunu metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5442&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>

¹²¹⁹ 5442 Sayılı İl İdaresi Kanunu metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.5442.pdf>

¹²²⁰ Amirin emrini değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmemenin görevi ihmal oluşturacağı hakkında bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 391.

87’de yer alan emre itaatsizlikte ısrar suçu kapsamında yaptırım altına alınmış olması örnek olarak verilebilir¹²²¹.

B. Emrin Bağlayıcı Olması

Emrin varlığına ilişkin olarak yukarıda yer verilen özellikleri taşıyan her irade açıklaması TCK m. 24 kapsamında emir olarak nitelenebilir. Ancak her emrin ifası ceza sorumluluğuna etki etmez. Emrin ifasıyla ilgili olarak TCK m. 24’ün uygulanabilmesi için emrin bağlayıcı olması gerekir. TCK m. 24’te emrin “*yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması*” sözüyle bu hususa işaret edilmiştir. Bu doğrultuda bir emrin bağlayıcılığı, emrin yöneltildiği kişiyi emir doğrultusunda hareket etmeye mecbur bırakması olarak ifade edilmiştir¹²²².

Emrin bağlayıcılığı kural olarak emrin hukuka uygun olmasına bağlıdır. Ancak hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı olacağı, diğer bir deyişle itaat yükümlülüğü doğuracağı da kabul edilebilmektedir. İlgili başlıkta değinildiği üzere, Türk hukukunda emrin hukuka uygun olduğu tespit edilmediği halde bağlayıcı olduğunu öngören düzenlemeler yer almakta, CMK m. 223/3-b’de yer alan “hukuka aykırı bağlayıcı emir” ifadesi bu durumu ifade etmek üzere kullanılmaktadır¹²²³. Bu doğrultuda çalışmamızda emrin bağlayıcılığı koşulu emrin hukuka uygun olması ve hukuka aykırı olması ihtimallerini içeren iki başlığa ayrılarak incelenmiştir.

1. Hukuka Uygun Emrin Bağlayıcılığı

Emrin hukuka uygunluğu şekli ve maddi olmak üzere iki yönlüdür¹²²⁴. Esasen bir emrin hukuka uygun olup olmadığı konusunda tek bir sonuca varılabileceği için hukuka aykırılık veya uygunluk bir bütün oluşturmakta, hukuka aykırılığın şekli ve maddi yönü bir arada var olmaktadır¹²²⁵. Bu doğrultuda emrin hukuka uygunluğunun şekli ve maddi olarak ikiye ayrılarak incelenmesinin esasında emri denetleme

¹²²¹ Duran, Askeri Disiplin Hukuku, s. 679.

¹²²² Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 322.

¹²²³ Bkz. İkinci Bölüm, I.

¹²²⁴ Demirbaş, s. 298.

¹²²⁵ Bettiol, s. 44; Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 93.

yükümlülüğünün kapsamının belirlenerek ayırt edilebilmesi için ihtiyaç duyulan yapay bir ayırım olduğu da ifade edilmiştir. Zira maddi hukuka uygunluk da şekli hukuka uygunluk da aslında yetkiye ilişkindir¹²²⁶. Bir bütün olarak maddi ve şekli hukuka uygunluk, bir emrin emir verme yetkisinin kullanılabileceği koşulları belirleyen hukuki çerçeveye uygun olarak verilmesidir. Konumuz kapsamında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde maddi ve şekli yönünün denetimi ayrı kurallara tabi olduğu için bir emrin hukuka uygunluğunun şekli ve maddi yönü ayrılarak ele alınmıştır. Zira emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ayrılan bölümde ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, Türk hukukunda kanun koyucunun emrin maddi yönden hukuka aykırılığının denetlenmesini engellediği haller bulunmaktadır¹²²⁷. Bu hallerin somut olayda tespiti ve emrin bağlayıcılığının buna göre açıklanabilmesi için emrin hukuka uygunluğunun şekli ve maddi yönünün ayrılarak incelenmesi yerinde olacaktır.

Öte yandan emir bir idari işlem olduğu için emrin hukuka uygunluğu aynı zamanda yetki aşımı, yetkisizlik veya kanuna aykırılık gibi idari işlemin sakatlıklarının bulunmaması anlamına gelir¹²²⁸. Bu doğrultuda emrin hukuka uygunluğunun tespitinde İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2 uyarınca idari işlemlerin sahip olması gereken yetki, şekil, sebep, amaç ve konu unsurlarını taşıyor olması da dikkate alınabilecektir. Zira bu unsurlar bir idari işlemin hukuka uygunluğunu belirlemekte kullanılan kurallar olup¹²²⁹, unsurların varlığı emrin hukuka uygun olmasını ve dolayısıyla bağlayıcılığını sağlar¹²³⁰.

¹²²⁶ Gallo, s. 309.

¹²²⁷ Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hallerin öngörüldüğü İtalyan hukukunda da bu nedenle emrin hukuka uygunluğu maddi ve şekli yönü ayrılarak açıklanmaktadır. Bu yönde bkz. Gallo, s. 309.

¹²²⁸ Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 44.

¹²²⁹ Ulu, s. 78.

¹²³⁰ Demirel, Amirin Emri, s. 137.

a. Emrin Şekli Yönünden Hukuka Uygun Olması

Emrin şekli yönünden hukuka uygunluğu emrin dış özelliklerinin kanuna uygunluğuyla ilgilidir¹²³¹. Şekli yönünden hukuka uygunluk emri verenin o emri verme yetkisinin bulunmasını, emri alanın o emri ifa etme görevinin bulunmasını ve emri verme zamanı, yeri ve yazılı olup olmamasına ilişkin kanuni koşulları kapsamaktadır¹²³². Bu çerçevede konu, emrin yetkili merci tarafından verilmiş olması, emri alan merciin emri ifa görevinin bulunması ve emrin kanunda öngörülen şekli ve içerik koşullarını taşıması olmak üzere üç ana başlık altında ele alınabilir¹²³³.

aa. Emrin Yetkili Mercii Tarafından Verilmiş Olması

Bir emrin şeklen hukuka uygun olabilmesi için öncelikle emri veren merciin o emri vermeye yetkili olması gerekir¹²³⁴. Bu koşul kanun metninde (TCK m. 24/2) yetkili mercii ifadesine yer verilerek açıkça belirlenmiştir¹²³⁵.

aaa. Yetki ve Yetkili Merci Kavramları

Yetki idari işlemin hangi organ veya merci tarafından yapılabileceğini gösteren unsur olup, kanuni idare ilkesi uyarınca idari mercilerin yetkileri mevzuatta hukuk kurallarıyla belirlenerek sınırlandırılmıştır. Mevzuatta belirlenen sınırların dışında yapılan işlemler yetki bakımından hukuka aykırıdır¹²³⁶ ve kanunun gösterdiği yetkiler dışında emir verilmesi emri verenin sorumluluğunu gerektirir¹²³⁷.

Emri veren üst merciin o emri verme yetkisinin bulunup bulunmadığı ilgili mevzuatta yetkinin tanındığı yer, zaman ve konuyla ilgili sınırları belirlenerek

¹²³¹ Bettiol, s. 43; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 92.

¹²³² Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

¹²³³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 86.

¹²³⁴ Zafer, Genel Hükümler, s. 395.

¹²³⁵ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 322; Demirbaş, s. 298.

¹²³⁶ Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 478.

¹²³⁷ Erdoğan, s. 542.

gösterilir¹²³⁸. Bir emrin yetkili merci tarafından verilip verilmediği de her somut olayda yer, zaman ve konuya ilişkin kanuni sınırlarına uyulup uyulmadığına göre tespit edilir. Bu nedenle emri verenin yetkili olup olmadığını somut olayda verilen emre göre tespit etmek gerekir¹²³⁹. Örneğin, Cumhuriyet savcısı için arama emri vermek CMK m. 119 uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tanınmış bir yetki olup, Cumhuriyet savcısı ancak somut olayda gecikmesinde sakınca bulunması koşulunun sağlanması halinde AY m. 20 kapsamında kanunla yetkili kılınmış merci sıfatıyla hareket edebilecektir¹²⁴⁰. Yine benzer bir örnek olarak, üniversite içerisinde suç işlemiş olan bir öğretim görevlisiyle ilgili olarak rektörün yakalama emri düzenlemesi ele alınabilir. Her ne kadar rektör kamusal bir üstünlük ilişkisi içinde üst merci olduğu için genel bir emir verme yetkisine sahip olsa da CMK m. 98 kapsamında yakalama emri verme yetkisinin tanındığı merciler arasında yer almamaktadır¹²⁴¹. Görüldüğü üzere mevzuat uyarınca genel olarak emir verme yetkisinin bulunması, o merciin verdiği her emrin yetki bakımından hukuka uygun olduğunu göstermemektedir¹²⁴². Üst merciin alt merci üzerindeki kamusal gücünün sonucu olarak genel bir emir verme yetkisine sahip olması yetkili merci koşulunun sağlanması için yeterli olmayıp, merciin yetkili olup olmadığının somut olayda verilen emre göre ayrıca tespit edilmesi gerekir¹²⁴³. Bu nedenle bir talebin emir olarak nitelendirilebilmesi için aranan kamusal üstünlük ilişkisi ve emri verenin üst merci olması ile bir merciin yetkili olması farklı iki koşuldur¹²⁴⁴.

bbb. Yer Bakımından Yetki

Yer bakımından yetki bir merciin emir verme yetkisinin tanındığı, diğer bir deyişle konu bakımından yetkisini kullanabileceği coğrafi veya mekansal sınırları ifade eder¹²⁴⁵. Genellikle yer bakımından yetki alanı her kamusal merci için kanunda

¹²³⁸ Yıldırım, “İdari İşlemler”, s. 478.

¹²³⁹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 323; Demirbaş, s. 298.

¹²⁴⁰ Serap Keskin Kızıroğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, ss. 139-168, s. 151.

¹²⁴¹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 323.

¹²⁴² Erem/ Danışman/ Artuk, s. 560.

¹²⁴³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 86; Demirbaş, s. 298; Parlar/ Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 417.

¹²⁴⁴ Merciiin resmi olmasının yeterli olmadığı, merciin yetkili de olması gerektiği hakkında bkz. Erdoğan, s. 132.

¹²⁴⁵ Günday, s. 110.

ayrıca sınırları çizilerek gösterilmiştir¹²⁴⁶. Bu nedenle emri veren merciin emir verme yetkisinin yer bakımından hukuka uygun olup olmadığı kanun veya ilgili diğer mevzuat hükümlerinden tespit edilebilmektedir. Yer bakımından yetki alanına örnek olarak, valinin il sınırları içerisinde, kaymakamın ilçe sınırları içerisinde emir verme yetkisini kullanabileceğini düzenleyen hükümler gösterilebilir¹²⁴⁷. Aynı şekilde 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun¹²⁴⁸ 10. maddesinde jandarmanın yetki alanının il ve ilçe belediye sınırlarının dışında kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerler olarak belirlenmiş olması yer bakımından yetkinin sınırlarına örnektir. Bu doğrultuda örneğin jandarma genel komutanının Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek m. 5 uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tanınan mülki görevler sırasında önleyici amaçla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda almasına yönelik olarak yazılı emir verme yetkisini belediye sınırları içinde kullanması emri hukuka aykırı hale getirecektir¹²⁴⁹.

Mevzuatta açıkça gösterildiği de dikkate alındığında, yer bakımından yetki alanının dışına çıkılması ihtimaline uygulamada pek sık rastlanılmadığı ifade edilebilir¹²⁵⁰. Bununla birlikte mercilerin yer bakımından yetki alanlarının mevzuatta çizilen sınırlarının örtüşmesi veya belirli bir bölgede birden fazla merciin yetkili kılınmış olması söz konusu olabilmektedir. İl İdaresi Kanunu m. 11/A hükmünde yer alan yetki kuralı, yer bakımından yetki alanının örtüştüğü hallere örnek olarak verilebilir. Hükme göre vali il sınırları içerisindeki genel ve özel kolluğun amiri konumunda olup emir verme yetkisi kanunda yer bakımından belirlenmiştir. Cumhuriyet savcıları da görev alanlarında kalan il sınırları içerisinde adli işlerle ilgili olarak kolluğun amiri konumundadır (CMK m. 161, Adli Yargı İlke Derece

¹²⁴⁶ Günal, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 85.

¹²⁴⁷ Örneğin İl İdaresi Kanunu m. 11/A uyarınca “vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir.” hükmü yer bakımından yetki alanı gösterir.

¹²⁴⁸ Kanun No. 2803, Kabul Tarihi: 10/3/1983, Yayımlandığı RG. 12/3/1983, S. 17985.

¹²⁴⁹ Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu Ek Madde 5: “(Ek: 3/7/2005 – 5397/2 md.) Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2803.pdf>

¹²⁵⁰ İdarede az rastlanan türde bir yetkisizlik hali olduğuna ilişkin olarak bkz. Günal, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 85.

Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun¹²⁵¹ m. 16). Bununla birlikte yer bakımından yetki alanları içinde idari önleyici faaliyetlerle ilgili olarak valinin (İl İdaresi Kanunu m. 11/C), adli işlemlerle ilgili olarak Cumhuriyet savcılarının konu bakımından yetki alanları farklı belirlenmiştir.

ccc. Zaman Bakımından Yetki

Üst merciin zaman bakımından yetkisi, emir verme yetkisini kullanabileceği, bu yöndeki kamusal gücü elinde bulundurduğu süreyi ifade etmektedir. İdarede kamusal güç kamu merciine tanınmakta, o mercii işgal eden kişiler tarafından yalnızca görev süresiyle sınırlı olarak kullanılabilir¹²⁵². Bu nedenle emri veren merciin zaman bakımından yetkili olup olmadığını tespitte o mercii işgal eden kişinin görev süresinin başlamış olması ve sona ermemiş olması dikkate alınır¹²⁵³.

Kamu makamları belirli bir konudaki yetkilerini de yetkiyi tanıyan mevzuat yürürlüğe girdiklerinde kazanırlar. Bu nedenle öncelikle bir mercie o emri verme yetkisi tanıyan mevzuatın yürürlükte olması gerekir. İlgili mevzuat henüz yürürlüğe girmeden, yürürlük tarihinden önce, verilmiş emirler bakımından emri veren merciin zaman bakımından yetkili olduğu söylenemez¹²⁵⁴. Bu hususta emri veren merciin yetkili olup olmadığı kanunların yürürlüğüne ilişkin kurallara göre tespit edilir.

Kamu makamlarının görevleri usulüne uygun olarak göreve getirilmeleriyle başlar ve görevin sona ermesi yollarından biriyle sona erer¹²⁵⁵. Bu nedenle öncelikle üst merci konumundaki kişinin görevine atanmış olması gerekli olup, atama işlemi henüz tamamlanmamış ise fiilen göreve başlamış olsa dahi zaman bakımından yetkili merci olarak kabul edilmez. Aynı şekilde atanmış olmasına rağmen henüz göreve

¹²⁵¹ Kanun No. 5235, RG. 7/10/2004, S. 25606.

¹²⁵² Kamu görevlilerinin yetkilerinin kamu görevlisi statüsü içinde bulundukları sürede kullanılabilmesi hususunda bkz. Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 385.

¹²⁵³ Yıldırım, “İdari İşlemler”, s. 478.

¹²⁵⁴ Günel, Yetkili Merciiin Emri İfa, s. 89; Yetkinin dayanağı olan kanunun yürürlükten kalkması durumunda da o kanuna dayanılarak gerçekleştirilen işlemlerde zaman bakımından yetkisizlik söz konusudur. Bkz. Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 388.

¹²⁵⁵ Gözübüyük/ Tan, s. 353-354; Demirel, Amirin Emri, s. 142

başlamamış kişi de yetkili merci olamaz¹²⁵⁶. Görevlerinin usulüne uygun şekilde herhangi bir nedenden dolayı sona ermesiyle birlikte de mercilerin yetkileri sona erer. Bu çerçevede istifa, görevden alınma, görev süresinin sona ermesi veya emekliye ayrılma gibi nedenlerle görevden ayrılan kişilerin emir verme yetkisini kullanması mümkün olmayıp, bu süreçte gerçekleştirilen işlemlerde zaman bakımından yetkisizlik söz konusu olur¹²⁵⁷. Bu durumda genellikle görevden ayrılan kişi üst merci olarak da değerlendirilemeyeceği için bir emrin varlığı için aranan koşullardan üst merciden alt mercie yönlendirilmiş olması da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle yöneltile talepler emir olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak bazı hallerde emri veren merciin görev süresinin sona ermesiyle birlikte idari hiyerarşideki yeri kaybedilmemekte, yalnızca değişebilmektedir. Bir mercideki kişinin başka bir mercie atanması gibi hallerde emri verdiği mercide yetkili olduğu süre sona ermiş olsa da terfi ederek atandığı daha üst bir mercide yine de emri verdiği alt mercie göre üst merci konumunu sürdürmeye devam edebilmektedir. Bu nedenle emri verenin üst merci olması koşulundan ayrı olarak değerlendirilmelidir.

Üst merciin izin, hastalık, geçici görevlendirme gibi nedenlerle geçici bir süreyle görevde bulunmadığı süre içerisinde görevin tanıdığı yetkileri, bu kapsamda emir verme yetkisini de kullanması mümkün değildir. Bu süre içerisinde görevden ayrı kalan merciin yetkileri yerlerinde vekil olarak görevlendirilen kişiler tarafından kullanılır¹²⁵⁸. Bir mercide vekil olarak bulunan kişi de o merciin tüm yetkilerini kullanabileceği için somut olayda emir vermeye yetkili merci olarak kabul edilir¹²⁵⁹. İdare hukukunda vekalet kamu hizmetlerinin aksamaması için üst merciin görevini yapamadığı durumda başka bir kamu görevlisine makamını bırakmasını sağlar. Vekalet ilişkisi söz konusu olduğunda görevi vekaleten alan kamu görevlisinin üst merciin yetkilerini kullanma süresi sınırlı olup, zaman bakımından yetkili merci olunabilecek süreyi belirlemektedir. Bazen bu süre önceden bir azami süreyle belirlenmiş, bazı durumlarda ise belirsiz olabilmektedir. Üst merciin izinli, geçici görevli veya hasta olması halinde vekalet verdiği kamu görevlisi bakımından yetkili

¹²⁵⁶ Günday, s. 110; Gözler/ Kaplan, s. 295.

¹²⁵⁷ Günday, s. 111; Gözler/ Kaplan, s. 291.

¹²⁵⁸ Ulusoy, s. 384; Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 181.

¹²⁵⁹ Bu yönde ayrıca bkz. Erdoğan, s. 133.

merci sıfatı yalnızca izin, geçici görev veya hastalık süresiyle sınırlıdır¹²⁶⁰. İstifa, görevden alınma, emekliye ayrılma gibi nedenlerle üst merciin kalıcı olarak boşaldığı durumlarda, mercie yeni bir kişi getirilene kadar vekil atanır ve vekil yeni kişi göreve getirilene kadarki süre boyunca yetkili merci sıfatını taşır¹²⁶¹. Bu süreçte görev süresi dolan veya görevden ayrılan kişi yerine yenisi atanmadıysa yetkili merciin tespitinde sorun yaşanabilecektir. Bu konuda yargı kararlarında bazen görev süresi dolan kişinin yeniden atanmadıkça göreve devam edemeyeceği, bazen idarede devamlılık ilkesi gereği görev süresi dolan kişinin yenisi atanana kadar göreve devam edebileceği belirtilmektedir¹²⁶².

Askerlikte “amir”in emir verme yetkisi amirlik sıfatının kazanılmasıyla başlar. Amirin göreve atanmış olması amirlik sıfatının kazanılması için yeterli olmayıp, fiilen göreve başlamış olması da aranır. Göreve atanan amirin göreve geliş şeklinin diğer bir ifadeyle asaleten veya vekaleten atanmış olmasının yetkisi bakımından önemi bulunmaz¹²⁶³. TSK İç Hizmet K. m. 34 kapsamında amirlerin vekaleten yetkilendirilmesi halinde de emir verme yetkisine sahip olabilecekleri ve bunun koşulları düzenlenmiştir. TSK İç Hizmet K. m. 411’de ise nöbetçi amirlerin nöbet süresiyle sınırlı olarak kışladaki personele emir verme yetkisine sahip olduğu açıkça düzenlenmiş¹²⁶⁴, emir verme yetkisi zaman bakımından sınırlandırılmıştır.

ddd. Konu Bakımından Yetki

Üst merciin konu bakımından yetkisi, onun görev alanını ifade eder¹²⁶⁵. Merciin neyi emredebileceğini, hangi işlem ve eylemleri talep etme yetkisinin bulunduğunu gösterir. Diğer bir ifadeyle belirli konulardaki kararların hangi merci tarafından alınabileceğini belirler¹²⁶⁶. Üst merciin başka bir merciin (daha üst merci, daha alt merci veya farklı bir hiyerarşik yapıya bağlı çalışan bir merciin) görev alanına giren bir konuda emir veremeyeceğini belirten yetki kuralıdır. Bu doğrultuda

¹²⁶⁰ İdari makamın geçici olarak boşalması halinde vekalet süresine ilişkin bkz. Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 180-181.

¹²⁶¹ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 180.

¹²⁶² Gözübüyük/ Tan, s. 354.

¹²⁶³ Demirağ, s. 114.

¹²⁶⁴ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 80; Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 146.

¹²⁶⁵ Emrin vazifeye aidiyetini ifade ettiği hakkında bkz. Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 86.

¹²⁶⁶ Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 389.

üst merciin, alt merciin yetkisinde olan konulara ilişkin emir vermesi halinde de konu bakımından yetkisizlik söz konusu olur¹²⁶⁷. Zira kamu hukukunda yetki hiyerarşiden üstündür¹²⁶⁸. Bu noktada üst merciin alt merciin belirli bir konuda emir verme yetkisini kullanması için emir vermesi diğer bir ifadeyle “emir vermesini emretmesi”nin mümkün olup olmadığına da değinilmelidir. Belirli bir konuda karar alma yetkisinin alt mercie ait olduğu hallerde üst merci alt merci yerine geçerek karar alamasa da, alt mercie emir vererek ne yönde karar alınmasını istediğini bildirebilir¹²⁶⁹.

Hiyerarşik yapıda her merciin kendisi için tayin edilen görevler kapsamında emir vermesini ifade eden konu bakımından yetki alanı, genellikle mevzuat hükümlerinde düzenlenmekle birlikte, bazı hallerde konuya ilişkin belirgin sınırlar gösterilmemekte veya aynı konuda birden fazla mercie yetki verilebilmektedir¹²⁷⁰. Yetkinin konu bakımından sınırları ve kapsamı kanunda açıkça gösterildiğinde emri veren merciin yetkili olup olmadığı mevzuat hükümlerinden denetlenerek tespit edilecektir. Örneğin, CMK m. 135/1 uyarınca şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimini dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerini değerlendirme kararı verme yetkisi sulh ceza hakimine ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına verilmiştir¹²⁷¹. Bu doğrultuda CMK m. 135/1 kapsamında adli kolluk görevlilerine verilebilecek emrin konu bakımından kapsamı açıkça “*dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerini değerlendirme*” olarak gösterilmiş olduğu için, örneğin “iletişimin engellenmesi” yönünde bir emir verildiğinde, bu konuda yetkili merci olmadığından emir hukuka aykırı olacaktır. Kanunda merciin emir verme yetkisinin konu bakımından kapsamının açıkça gösterilmediği hallerde ise merciin yetkili olup olmadığı emrin o merciin yürüttüğü

¹²⁶⁷ Özay, s. 172; Kalabalık, s. 108; Gözler/ Kaplan, s. 297.

¹²⁶⁸ Bununla birlikte kanunun aksini öngördüğü hallerde alt merci yerine geçilerek işlem yapılması mümkündür. Bkz. Gözler/ Kaplan, s. 117.

¹²⁶⁹ Kalabalık, s. 108.

¹²⁷⁰ Yıldırım, “İdari İşlemler”, s. 480.

¹²⁷¹ CMK m. 135/1: “(1) (Değişik: 21/2/2014–6526/12 md.) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturamada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi (...)32 dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. (Mülga son iki cümle: 24/11/2016-6763/26 md.)”

kamusal faaliyetin amacına uygun olup olmadığına göre değerlendirilir¹²⁷². Bu doğrultuda emri veren merciin yürüttüğü faaliyetin amacına, görev alanına uygun olmayan bir konuya ilişkin ise o emrin yetkili bir merci tarafından verilmiş olduğu kabul edilemez¹²⁷³. Özellikle emrin hiçbir kamusal faaliyet kapsamına girdiğinin kabul edilemeyeceği şahsi menfaatlerin teminine yönelik olması veya emri alan merciin özel hayatına ilişkin olması halinde konu bakımından yetkisizliğin bulunacağı açıktır¹²⁷⁴.

Bazen de emri veren merciin konu bakımından yetki alanı, merciin takdirine bırakılacak şekilde düzenlenmiş olabilmektedir¹²⁷⁵. İdarede merciin takdir yetkisi kanunun icrasında yer, zaman, durumun gereklerini göz önünde bulundurmaya gerektirir, bu yönüyle keyfilikten farklıdır¹²⁷⁶. Kanunda “*acele hallerde*”, “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” şeklinde bir koşula bağlanarak verilen yetkiler, konu bakımından yetki alanının merciin takdirine göre belirleneceğini işaret etmektedir. Burada kanundaki ifadelerle sınırı çizilen görev alanının yetkili merciin kim olduğunu belirlemek için kullanılması gerektiği önemle vurgulanmalıdır. Zira kanun metninde yer, zaman ve konu bakımından yetkili merciin o yetkiyi hangi koşullarda ve sebeple kullanabileceğini işaret eden ifadeler konu bakımından yetki alanını değil, emrin maddi yönünü belirlemeye yöneliktir. Örneğin, CMK m. 135/1’de telekomünikasyonla yapılan iletişimin denetlenmesi için emir verme yetkisi “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*” Cumhuriyet savcısına verilmiş, Cumhuriyet savcısının konu bakımından yetkisi takdiren belirleyeceği bir durumla sınırlandırılmıştır¹²⁷⁷. Diğer bir ifadeyle bu konuda emir verme yetkisinin

¹²⁷² Kanunda yetkilerin hangi konularda kullanılacağına açıkça gösterilmediği halleri (saklı yetki) ifade eden bu hallerde yetki alanı amaca uygun olarak yorumlanarak belirlenir. Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 389.

¹²⁷³ Emrin tesis edilmiş olan hiyerarşik ilişki ve merciin gayesine uygun olması gerektiği hakkında bkz. Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 86.

¹²⁷⁴ Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 86.

¹²⁷⁵ Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 87.

¹²⁷⁶ Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 87.

¹²⁷⁷ Gecikmesinde sakınca bulunan hâl, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 4/5’te: “a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, b) Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini,” şeklinde tanımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/06/20050601-15.htm> (Erişim Tarihi: 12.04.2022)

Cumhuriyet savcısına ait olacağı hal kanunda gösterilen koşula göre tespit edilecektir. Aynı maddede yer alan “*başka suretle delil elde edilememesi*” gibi koşullar ise emrin maddi yönünün sınırlarını belirlemeye yöneliktir¹²⁷⁸. Bu durumda gecikmesinde sakınca olan halin tespiti somut olaydaki özellikler dikkate alınarak yapılmakta ve merciin yetkisinin doğup doğmadığı belirlenmektedir¹²⁷⁹.

Emrin konu bakımından yetki alanının açıkça belirlendiği bir örnek de askeri hiyerarşide “üst” konumundaki kişilerin emir verme yetkilerini düzenleyen TSK İç Hizmet K. m. 23 ve 24’tür¹²⁸⁰. İlgili bölümde değinildiği üzere askeri hiyerarşide amirlerin genel emir verme yetkisi bulunmakta, üstlerin ise yalnızca kanunda belirtilen konularda emir verme yetkileri sınırlı olarak bulunmaktadır¹²⁸¹. Burada üstün verdiği bir emir TSK İç Hizmet K. m. 23 ve 24’te gösterilen konu bakımından yetki alanının dışında ise yetkili merci tarafından verilmiş olmadığı için şeklen hukuka aykırı bir emir söz konusu olur.

bb. Emri Alanın Görevi Kapsamında Olması

Bir emrin bağlayıcı olduğunun söylenebilmesi için emri ifa eden kişinin de yetkisine girmesi aranmaktadır¹²⁸². Buradaki yetki alt merciin görev alanını ifade eder. Bu koşul TCK m. 24/2’de “*emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması*” ifadesinde de ortaya konulmaktadır¹²⁸³. Yetkili merciin emrini ifa kurumunun geniş anlamda bir görevin ifası olarak değerlendirilmesi özellikle bu koşulla bağlantılıdır. Gerçekten bir emri ifa etmiş olmanın emri alan merciin ceza sorumluluğuna etkisinin dayanağı itaatle yükümlü olunan bir görevin varlığıdır¹²⁸⁴. Emir kime verildiyse, o kişiyi o emir doğrultusunda hareket etmek zorunda

¹²⁷⁸ Bu konuda farklı yönde bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 87.

¹²⁷⁹ Yargıtay CGK bir kararında CMK m. 119 ve Arama Yön. m. 4 ile bağlantılı bir değerlendirme yaparak arama tutanağında gecikmesinde sakınca bulunan bir halin gösterilmediği gerekçesiyle kolluğun yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir. (Karar No. 2009/7-160, 17.11.2009.) Karar örneği için bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 140.

¹²⁸⁰ TSK İç Hizmet Kanunu m. 23: “*Fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargah veya askeri kuruma intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir ve kumanda işini üzerine almak ile vazifesi ile mükelleftir.*”, m. 24: “*Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir.*”

¹²⁸¹ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 83-84.

¹²⁸² Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 90.

¹²⁸³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 323.

¹²⁸⁴ Bu doğrultuda emrin ifa edilmesi zorunluluğu ve ifa edilmemesi halinde yaptırım uygulanabilmesinin göreve bağlı olduğu hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 143.

bırakmalıdır¹²⁸⁵. Emrin konusu emri alan merciin kendi idari işlem ve eylemde bulunma yetkisine dahil ise, o emre itaat yükümlülüğü bulunmadığı gibi, bu durumda esasen, yukarıda değinildiği üzere, emri veren üst merci tarafından alt merciin yetki alanına girilmiş olur; emri veren merciin yetkili olduğu da söylenemez¹²⁸⁶.

Emrin emri alanın görevi kapsamına girip girmediği hem emrin niteliğinden hem de emri alan merciin görev alanını belirleyen kurallardan yola çıkılarak belirlenir¹²⁸⁷. İdari mercilerin görevi kanunla düzenlendiği için öncelikle kaynağını kanundan alan bir görev alanı tespit edilmelidir. Örneğin, arama kararını yerine getirmek Cumhuriyet savcısının emrinde olan adli kolluğun görevi kapsamında olduğu için, bir kaymakamın veya zabıt katibinin arama emrine dayanarak arama kararı verilen eve girmesi konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturacaktır¹²⁸⁸. Emrin niteliğinin kamusal faaliyetle bağlantılı olup olmaması da görev alanına girip girmediğini göstermesi bakımından dikkate alınır. Eğer verilen emir kamusal faaliyetle ve amacıyla bağlantılı olmayan, emri alan merciin özel hayatı veya emri veren merciin kişisel menfaatleriyle ilgili ise görev kapsamında olduğu söylenemeyecektir. Ancak bu hususta da emri alan merciin görev aldığı kamusal faaliyetin veya idari yapının gereği olarak verilen emrin özel hayatıyla bağlantısının bulunup bulunmadığı da dikkate alınır. Emri alan merciin özelliğine göre siyasi partiye mensup olmamasının gerekmesi vb. hususlar görevle bağlantılı addedilebilecektir¹²⁸⁹.

cc. Emrin Kanuni Şekil Şartlarını Taşımaları

Emrin verilme şekli de şeklen hukuka uygunluğu kapsamında ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Şekil bir idari işlemin konusunu içeren irade beyanını açıklamak için kullanılan araç olup, beyanın içinde yer aldığı belgeyi, söz

¹²⁸⁵ Metiner/ Koç, s. 573.

¹²⁸⁶ Bu şekilde verilen bir emri yine de ifa eden merciin ifa sonucunda ortaya çıkabilecek sonuçlardan kendisinin sorumlu olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 91.

¹²⁸⁷ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 323.

¹²⁸⁸ Bu yönde örnekler için bkz. Demirbaş, s. 298-299; Yüce, Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I, s. 274.

¹²⁸⁹ Bu gibi durumlarda emrin görevle bağlantılı olup olmadığının, kamusal hizmetin menfaati bulunup bulunmadığının mahkeme tarafından belirleneceğine ilişkin olarak bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 91; DMK m. 7’de yer alan siyasi faaliyet yasağına ilişkin hükme ilişkin örnek için bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 145.

veya eylemleri ifade etmektedir¹²⁹⁰. Bir emrin hukuka uygun olması için şeklen bazı özellikleri taşıyor olmasının kanunda ayrıca arandığı hallerde emrin kanundaki şekle uygun olarak verilmemesi emrin şeklen hukuka aykırılığına yol açar¹²⁹¹. Bu koşul bağlamında “kanun” ifadesi yürürlükteki mevzuatı, geniş anlamda yazılı hukuk kaynaklarını içerecek şekilde anlaşılmalıdır¹²⁹².

Bazı hallerde emrin belirli bir şekilde verileceği kanunda açıkça gösterilmiş olabilmektedir. Emrin verilmesinde kullanılan şekillerden biri emrin yazılı olmasıdır. Kanunda yazınlık koşulunun arandığı hallerde emrin sözlü olarak verilmesi emri şeklen hukuka aykırı hale getireceği için sözlü emir bağlayıcı değildir. Örneğin CMK m. 119 uyarınca arama emrinin yazılı olması zorunlu olup, gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının arama emrini yazılı olarak vermesi bir şekil şartıdır. Bunun yanı sıra kanunda bazı hallerde emrin şeklinin hem yazılı hem de sözlü olabileceğine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, PYSK m. 13/A uyarınca koluk görevlisi “*Kaybolan çocukların bulunması amacıyla, polis, sulh ceza hâkiminin veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki idare amirinin yazılı veya sonradan yazılı hale getirilmek üzere sözlü emri ile kayıp çocuğa ait veya başkasına ait olmakla birlikte kayıp çocuk tarafından kullanılan her türlü banka hesap hareketlerini talep edebilir, telekomünikasyon yoluyla iletişimini denetleyebilir ve sinyal bilgilerini değerlendirebilir.*”. Bu durumda emrin sözlü olarak verilmesi de sonradan yazıya geçirilmesi kaydıyla şeklen hukuka uygundur. Bazı hallerde ise, CMK m. 161/3 kapsamında Cumhuriyet savcısının adli kolluğa emir verme yetkisinde olduğu gibi, emrin şekli yazılı olması kuralına bağlanmakla birlikte acele veya gecikmesinde sakınca olan hallerde istisnaen emrin sözlü olmasının da mümkün olduğu kabul edilmiştir¹²⁹³. Bu gibi acele hallerde ivediliğin takdiri Cumhuriyet savcısına ait olup, kolluk görevlisi emrin yazılı hale getirilmesini beklemeden ifa eder¹²⁹⁴. Bazı hallerde emrin sözlü olarak verilmesi kural olarak benimsenmiş, emrin yazılı olamayacağı veya ayrıca yazılı emrin istenemeyeceği bir istisna olarak

¹²⁹⁰ Gözler/ Kaplan, s. 299.

¹²⁹¹ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 94-95.

¹²⁹² Demirel, Amirin Emri, s. 145.

¹²⁹³ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 95.

¹²⁹⁴ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022, s. 168.

belirtilmiştir. PVSİ m. 2/3 bunun bir örneğidir¹²⁹⁵. Görüldüğü üzere, idari işlemlerin yazılı olması genel ilke olarak kabul edilmekteyse de mevzuatta durumun aciliyeti ve mahiyeti dikkate alınarak yazılı olmayan işlemlerin yapılabilmesine izin veren düzenlemelerle yazılılık kuralının istisnalarına da yer verilmiştir¹²⁹⁶. Kolluk yetkileri kapsamında verilen koruma tedbirlerine ilişkin emirler genellikle acele haller nedeniyle sözlü şeklin benimsendiği işlemlerdendir¹²⁹⁷.

Bu noktada emrin yazılı olma koşulunun aranmadığı hallerde emrin bir davranışla veya işaretle verilmesinin mümkün olup olmadığına da değinmek gerekir. İdari işlemlerde irade açıklamasının sözle, işaret veya eylem vasıtasıyla iletilmesi de mümkün olup, bazı hallerde emirlerin mahiyeti gereği eylem veya işaretle verilmesi gerekmekte, hatta bazı hallerde bu husus kanunda açıkça emrin şekil şartları arasında gösterilebilmektedir. Emirlerin işaretle veya başka yolla verilmesi özellikle askerlik faaliyetlerinde kullanılmakta, düdük, flama, boru gibi işaret araçlarıyla iletilen taleplerin de emir kapsamında olduğu kabul edilmektedir¹²⁹⁸. TSK İç Hizmet K. m. 8’de verilen tanımında emrin sözle, yazıyla veya başka bir yolla verileceği açıkça ifade edilmiştir. Burada askeri hizmetin niteliği gereği emirlerin verileceği şeklin takdiri amirlere bırakılmış olup, emrin önemli olduğunda yazılı olarak verileceği, gerekli olduğunda ast tarafından yazılı olarak not edileceği gibi hususlar ayrıca öngörülmüştür (TSK İç Hizmet Yön. m. 32). Yalnızca kanunda özellikle belirtilen hallerde sözlü bir emri yazıyla teyit etmek zorunlu olabilmektedir¹²⁹⁹. Emrin tanımına ayrılan bölümde de değinildiği üzere, askeri hukukta emrin şekli ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda emirlerin açık, kısa ve kesin olmasının gerektiği, emrin içeriğinin astın yorum ve değerlendirmesine bırakılacak şekilde verilmemesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁰⁰. Aynı doğrultuda mevzuatta açıkça belirtildiği üzere, uzun ve karışık emirlerin açık ve anlaşılır olmasını sağlamak, olası karışıklıkları ve yanlış anlaşılmaları önlemek amacıyla mümkün olduğunda yazılı

¹²⁹⁵ Demirel, Amirin Emri, s. 148; Bununla birlikte PVSİ m. 2/3-VIII’de yer alan arama işlemine yönelik sözlü emre ilişkin hükmün, CMK’nin sonraki kanun olması nedeniyle CMK m. 119 karşısında artık yürürlükte olmadığını ifade etmek gerekir. Bkz. Nur Centel/ Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022, s. 457, dn. 207.

¹²⁹⁶ Yıldırım, “İdari İşlemler”, s. 490; Gözler/ Kaplan, s. 300.

¹²⁹⁷ Gözübüyük/ Tan, s. 369.

¹²⁹⁸ Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 149.

¹²⁹⁹ Bu hususta TSK İç Hizmet K. m. 87’de yer alan ateş etme emrinin yazılı olarak teyit edileceğine ilişkin hükümle ilgili olarak bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 108.

¹³⁰⁰ Bu yönde karar örneği için bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 110, dn. 267.

verilmesi gerekir (TSK İç Hizmet Yön. m. 32). Askeri hukukta emirlerin üniformalı olarak verilmesi de bir şekil şartı olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte kimliğin gösterilmesi kaydıyla üniformasız olarak verilen emirlerin de ifa edilmek zorunda olduğu açıkça mevzuatta düzenlenmiştir (TSK İç Hizmet Yön. m. 28).

Mevzuatta emrin verilmesinde kullanılan vasıta veya usule ilişkin diğer birtakım özellikler de aranabilmektedir. Emrin şeklen hukuka uygun sayılması için aranan ilan, onay gibi bu koşulların da sağlanmış olması gerekir¹³⁰¹. Bu konuda CMK m. 135/1 uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde iletişimin denetlenmesi yönünde emir verme yetkisini kullanan Cumhuriyet savcısının bu emrinin hakim onayına sunulması ve 24 saat içinde onaylanması gerekliliği örnek olarak gösterilebilir¹³⁰². Toplu olarak verilen emirler, idarenin toplu bireysel işlemlerinin tabi olduğu bildirim şekli olan ilan yoluyla açıklanır¹³⁰³. Bu doğrultuda emirlerin yöneltilme, muhatabına duyurulma şeklinin kanunda öngörülen usulde yapılması da şeklen hukuka uygunluğunu sağlayan koşullardan biridir. Emrin verilme usulü de onun şekline, idari işlemin şekil unsuruna dahildir¹³⁰⁴.

b. Emrin Maddi Yönden Hukuka Uygun Olması

Öğretide emrin maddi yönden hukuka uygunluğunun tarifi ve kapsamına ilişkin açıklamalar çeşitlidir. Bir emrin maddi yönden hukuka uygunluğu genel olarak emrin içeriğinin kanunda öngörülen maddi koşulları sağlaması¹³⁰⁵, emrin içerik yönünden denetimi olarak tarif edilmiştir¹³⁰⁶. Diğer bir tarife göre emrin maddi yönden hukuka uygunluğu emrin içerik, konu ve maksat yönünden kanunlara uygun olarak verilmesini ifade eder¹³⁰⁷. Maddi hukuka uygunluk esasen kamu makamının bir emri vermesine yetki veren veya onu yükümlü kılan hukuki ve fiili koşulların

¹³⁰¹ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 95.

¹³⁰² Hakim kararı veya kısa süre içinde vereceği onay bulunmaksızın tedbirin uygulanması mümkün değildir. Bkz. Güçlü Akyürek, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 256-257.

¹³⁰³ Gözübüyük/ Tan, s. 367.

¹³⁰⁴ Gözübüyük/ Tan, s. 368; Gözler/ Kaplan, s. 273-274.

¹³⁰⁵ Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 341.

¹³⁰⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 395-396.

¹³⁰⁷ Soyaslan, Genel Hükümler, s. 385.

varlığı halinde söz konusu olur¹³⁰⁸. Bu doğrultuda emrin maddi yönden hukuka uygunluğunun emrin konusunun veya içeriğinin hukuka uygunluğuyla ilgili olmasından öte, somut olayda kamu makamının o emri verebilmesinin temelindeki meşruiyet zeminini ifade ettiğinin altı çizilmektedir¹³⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, emrin maddi açıdan hukuka uygunluğu, bir kamu makamının o emrin verilmesiyle ulaşmak istediği amaçla fonksiyonel bağlantısının olmasıdır¹³¹⁰. Bir merciin emir verme yetkisinin yer, zaman ve konu bakımından sınırlarını ve kapsamını belirleyen kurallar şeklen hukuka uygunlukla, emir verme yetkisinin somut olayda hangi dayanakla, hangi koşullar altında kullanılabileceğini gösteren kurallar maddi hukuka uygunlukla ilgilidir. Bu çerçevede göreviyle bağlantılı olmayan veya kanunda gösterilen sebeplerden farklı bir sebebe dayanılarak verilen emirler kanuni şekle uygun olsa dahi maddi yönden hukuka aykırıdır¹³¹¹.

Açıklamaların da ortaya koyduğu üzere, emrin maddi yönden hukuka uygunluğu temelde emrin kanunda belirtilen sebebe ve konuya ilişkin olmasını ifade eder¹³¹². Bu doğrultuda idari işlemin sebep ve konu unsurlarının varlığı maddi yönden hukuka uygunluğunun denetiminde dikkate alınabilecektir. Emrin sebep yönünden hukuka uygunluğu idari işlem olan emrin önceden pozitif hukuk kurallarınca belirlenerek sınırları gösterilmiş bir sebebe dayanılarak verilmiş olmasını ifade eder¹³¹³. Emrin verilmesine neden gerek görüldüğünü, emrin hangi maddi ve hukuki olgulara dayandığını gösteren unsurdur¹³¹⁴. Emrin sebep unsuru yönünden hukuka uygunluğuna örnek olarak koruma tedbirlerine ilişkin kararların kanuni koşullarının somut olayda oluşmuş olması gösterilebilir. Bu kapsamda örneğin, tutuklama kararı verilebilmesi için CMK m. 100 uyarınca şüphelinin kaçacağı şüphesini uyandıran olguların varlığı, delilleri gizlemeye yönelik kuvvetli

¹³⁰⁸ Gallo, s. 309; Emrin maddi yönden hukuka uygunluğu o emrin verilebilmesi için kanunda aranan koşulların, diğer bir deyişle kamu makamına o emri verme yetkisi tanıyan kanuni koşulların, somut olayda oluşmuş olmasıdır. Bettiol, s. 50-51; Mantovani, s. 238.

¹³⁰⁹ Gallo, s. 309.

¹³¹⁰ Ramacci, s. 308.

¹³¹¹ Akkurt, s. 66.

¹³¹² Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 89; Demirbaş, s. 299; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 118; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405; TCK m. 24 kapsamında değerlendirilebilecek hukuka aykırılığın içerik yönünden hukuka aykırılık olduğu ve kapsamının sebep, konu ve maksat yönünden hukuka aykırılık olduğu hakkında bkz. Demirkol, s. 439.

¹³¹³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407.

¹³¹⁴ Gözler/ Kaplan, s. 274.

suç şüphesi uyandıran davranışlar vb. nedenlerin dikkate alınmaması¹³¹⁵, CMK m. 98 uyarınca yakalama emri verilebilmesi için aranan, şüphelinin çağrı üzerine gelmemesi koşulunun bulunmaması veya CMK m. 135 uyarınca iletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınmasına ilişkin olarak aranan kuvvetli şüphe sebeplerinin ve başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmaması koşullarının bulunmaması halinde verilen emrin maddi yönden hukuka aykırılığı söz konusu olur. Bu örneklerde koruma tedbiri kararının verilebilmesi için kanunda gösterilen maddi koşulların varlığı, diğer bir ifadeyle mercie tanınan tedbir kararı verme yetkisinin hangi olguların varlığı halinde kullanılabileceğini gösteren koşullar emrin maddi yönden hukuka uygunluğunu belirler.

Emrin kanunda belirtilen konuya ilişkin olması maddi yönden hukuka uygunluğuyla da ilişkilidir. Bu kapsamda emrin konusunun suç oluşturması ya da suç oluşturmadığı halde hukuka aykırı olması da emrin maddi yönden hukuka aykırılığını belirleyen bir özellik olarak tespit edilmektedir¹³¹⁶. Emrin konusunun suç oluşturan veya suç oluşturmeyen bir hukuka aykırılık içermesi halinde emir maddi yönden hukuka aykırı olacaktır. Değindiği üzere, konusu suç oluşturmadağı halde emrin maddi yönüyle hukuka aykırı olmasına örnek olarak belirli bir gazetenin okunması, camiye gidilmesi yönünde emir verilmesi gösterilmektedir¹³¹⁷. Kanaatimizce burada emir amaç unsuru yönünden hukuka aykırı olup, emrin kamusal menfaate hizmet etmeyen şahsi bir amaçla verilmesi mümkün olmadığı için emri veren merciin konu bakımından yetkisinden de söz edilememekte ve emrin şekli yönden hukuka aykırılığı sonucunu da doğurmaktadır. Bu noktada emrin konusunun, emrin hem şeklen hem de maddi yönüyle hukuka uygunluğunun tespitinde dikkate alındığını vurgulamak yerinde olacaktır. Emrin konusunu oluşturan eylem hem yukarıda incelendiği üzere emri veren merciin kanunda gösterilen konu bakımından yetki alanına girip girmediği hem de eylem kanunda gösterilen yetki sınırları içinde olsa da somut olayda gerçekleştirilmesini gerektiren, hukuka uygun kılan sebep ve koşulların bulunup bulunmadığı yönünden dikkate alınır. İlk ihtimalde şeklen ikinci ihtimalde ise maddi yönden hukuka aykırı bir emir söz konusu olur. Bu ayırım özellikle emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu

¹³¹⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 396; Demirbaş, s. 281.

¹³¹⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 458.

¹³¹⁷ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406.

denetleme yetkisini kullanması sırasında önem arz eder. Zira hukukumuzda düzenleniş şekline ayrılan bölümde açıklandığı üzere, emri alan merci emrin şeklen ve maddi yönüyle hukuka aykırılığını denetleyerek, hukuka uygun olduğu takdirde yerine getirmekle yükümlüdür. Bu doğrultuda hukuka uygun emrin bağlayıcılığı koşulu bu bölümde açıklanan şekli ve maddi hukuka uygunluğun varlığı halinde sağlanmış olur. Denetlediği emrin hukuka uygun olduğu konusunda şüphesi olan veya emri denetleme yetkisi kanunen sınırlandırıldığı için emrin hukuka aykırılığını tespit edemeyen kişilerin verilen emri ifa edip etmeyecekleri, emri hangi koşullarda ifa etmeleri halinde sorumlu tutulmayacakları hukuka aykırı emrin bağlayıcı olup olmadığı sorununun ortaya çıkarır. Hukukumuzda hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etki edeceği kabul edilmiş (CMK m. 223/3-b), ceza sorumluluğuna etkisi emrin hukuka aykırı olması ihtimaline rağmen ifa edileceği durumları düzenleyen normlarda ayrı koşullara bağlanmıştır.

2. Hukuka Aykırı Emrin Bağlayıcılığı

a. Hukuka Aykırı Emrin Bağlayıcı Sayıldığı Haller

Emri alan merciin emre itaat etme yükümlülüğünün olup olmadığını anlayabilmesi için kendisine yöneltilen bir emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisi ve hatta yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilir¹³¹⁸. Yetkili merciin verdiği emrin hukuka aykırı olması halinde, emir kural olarak bağlayıcı değildir ve emri alan bu emri yerine getirmemek zorundadır¹³¹⁹. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, bazı hallerde kanun koyucu bir emrin hukuka uygun olduğu kesin olarak tespit edilmemesine rağmen emrin ifa edilmesini zorunlu kılabilmektedir. Bu haller mevzuatımızda “hukuka aykırı bağlayıcı emir” olarak ifade edilmekte (CMK m. 223/3-b), böylece yetkili merciin emrinin bağlayıcı olması koşulu hukuka aykırı emirler bakımından da aranan bir koşul olarak nitelenebilmektedir.

¹³¹⁸ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 323.

¹³¹⁹ AY m. 137 hükmünden kanuna aykırı emrin yerine getirilemeyeceği genel kural olarak anlaşılmaktadır. Demirbaş, s. 300.

Hukuka aykırı bir emir, kamusal iradenin gerçekleştirilmesi niteliğinde olmadığı için, hukuka aykırı bir emrin ifasının zorunlu veya bağlayıcı olmasının temelini açıklamak kolay değildir¹³²⁰. Hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı olduğunu kabul etmek esasen hukukun üstünlüğü ve hukuk devletinin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi, hukuka aykırılığın hukuk tarafından zorunlu kılınması kendi içinde çelişkilidir¹³²¹. Bu bağlamda öğretide, hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı olması, idarenin hiyerarşik düzeninin bozulmaması ve devletin işleyişinin sekteye uğratılmaması amacıyla kanunun bazı durumlarda ve belirli koşullar altında ceza hukukunca korunan menfaatlerin feda edilebilmesine izin vermesiyle açıklanmaktadır¹³²². Hangi menfaatlerin ne ölçüde sınırlandırılabilceği veya feda edilebileceği kanun tarafından belirlenmekte, emir verme yetkisi tanınan merci tarafından takdir edilerek emre konu edilmektedir. İdari hiyerarşik ilişki içerisinde emri alan kişinin feda edilecek menfaati her koşulda değerlendirme ve emrin hukuka uygunluğunu denetleme imkanının bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir¹³²³. Buna imkan tanımak idarenin hiyerarşik düzeninin işleyişini aksatma, işlevselliğini zayıflatma tehlikesi doğurur. Bu nedenle özellikle askeri alanda ve güvenlikle ilgili faaliyetlerde emir alan görevlilerin emre itaat yükümlülüklerinin daha katı olduğu kabul edilmektedir¹³²⁴. Emre itaat yükümlülüğünün katı olduğu bu hallerde emrin denetlenmesi yetki ve yükümlülüğünün sınırlandırılmış olması nedeniyle emri ifa eden kişilerin sorumluluğunun bulunmadığını kabul etmek gerekir. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde verilen emirlerin (*ordine insindacabile*) ifasının ceza sorumluluğuna etkisi İtalyan Ceza Kanunu'nda ayrıca düzenlenilerek denetlenmesi engellenen hukuka aykırı emirlerin ifasından dolayı emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı öngörülmüştür (İtalyan CK m. 51/4)¹³²⁵. Bu konuda İtalyan Anayasa Mahkemesi 1972 yılında verdiği kararında İtalyanCK m. 51/4'te yer verilen denetlenmesi yasaklanan hukuka aykırı emirlerin faili sorumluluktan kurtaracağına ilişkin

¹³²⁰ Hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emrin yerine getirilmesinin hukuki esasını açıklamanın bir sorun oluşturduğu yönünde bkz. İçel/ Evik, s. 103.

¹³²¹ Papadatos, s. 50.

¹³²² Delitala, s. 570; Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 297; Mantovani, s. 245.

¹³²³ Delitala, s. 570.

¹³²⁴ Mantovani, s. 245.

¹³²⁵ İtalyan CK m. 51/4'te "emrin denetlenmesinin mümkün olmadığı hallerde hukuka aykırı emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı" ifade edilmekte, öğretide buradaki hukuka aykırılıktan suç oluşturan emirlerin anlaşılacağı kabul edilmektedir. Bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 52.

hükümün, kanunla düzenlendiğini, hiyerarşik emir ilişkisindeki kamu görevlilerinin özellikle askeri hiyerarşide (emre itaatsizliğin yaptırımının bulunması vb.) itaat yükümlülüğünün öne çıktığı özel kurallara tabi olduğunu belirterek emri verenin her zaman sorumlu olacağını ancak emri ifa eden katı hiyerarşik ilişkide görev yapan kişiler bakımından bir “çıkış yolu” yaratılmasının Anayasa’ya aykırı olmadığını belirtmiştir¹³²⁶.

Türk hukukunda da emrin hukuka uygun olduğu tespit edilmese dahi emri alan merci için bağlayıcı olacağı haller CMK m. 223/3-b’de “hukuka aykırı bağlayıcı emir” kavramıyla ifade edilmiştir. TCK m. 24’ün gerekçesinde de: “*Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları halinde, bu emri “yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirirler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir “emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz” (madde 137, fıkra I).*”¹³²⁷ şeklinde ayrıca açıklanmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucunun emir hukuka aykırı olduğu halde, emri yerine getiren kişinin sorumlu tutulamayacağını öngördüğü hallerden ilki AY m. 137/1 kapsamında düzenlenen emrin hukuka aykırı olduğu konusunda şüpheye düşen merciin durumu emri veren mercie bildirmesi olarak gösterilmektedir¹³²⁸. AY m. 137/1 uyarınca emri alan kişinin emrin hukuka uygun olduğu konusunda şüpheye düştüğünde emri ifa etmeyerek emri veren mercie bildirmesi gerektiği düzenlenmiş¹³²⁹, böylece hukuka uygun olduğu tespit edilmeyen bir emrin itaat yükümlülüğü doğurmadığı gösterilmiştir. Emrin hukuka aykırı olduğu konusundaki kanaat ve şüphenin kendisine bildirilmesi üzerine, emri veren merci verdiği emri yazılı olarak tekrar ederse emri alan kişi artık o emre itaat etmekle yükümlü hale gelir. Emrin hukuka uygunluğu konusunda şüphenin varlığı halinde Anayasa’da öngörülen usulün takip edilmesi sonucunda hukuka aykırı bağlayıcı

¹³²⁶ <http://www.giurcost.org/decisioni/1972/0123s-72.html> (Erişim Tarihi: 02.02.2020), Pulitanò, Diritto Penale, s. 229. İtalyan AYM 1972 tarihli, 123 sayılı kararına ilişkin olarak bkz. Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 602.

¹³²⁷ Yurtcan, Türk Ceza Kanunu, s. 418-419.

¹³²⁸ AY m. 137/1’de hukuka aykırı bağlayıcı emrin yer aldığına ilişkin bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 576.

¹³²⁹ AY m. 137/1’de emrin meşruluğu hakkında tereddüde düşmesi halinde nasıl hareket edileceğinin düzenlenmiş olduğu hakkında bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 328.

emrin ifası söz konusu olur¹³³⁰. Burada yazılı tekrar üzerine hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin nedeni idari mekanizmanın işleyişini bozmamak, hiyerarşik üst merciin kanunu emri alan alt merciden daha doğru yorumlayacağını kabul edilmesi olarak açıklanmaktadır¹³³¹. Bu doğrultuda hukuka uygunluğundan şüphe duyulan emir esasen hukuka aykırı olsa dahi emri veren merciin sorumluluğu altında ifa edilir, emri ifa eden kişi sorumlu olmaz. Ancak emrin hukuka uygunluğunu denetleme imkanına sahip olduğu halde denetlemeksizin veya yazılı olarak tekrarını beklemeksizin ifa etmesi halinde emri ifa eden kişi sorumlu olacaktır¹³³². Bu noktada belirtmek gerekir ki emrin yazılı tekrar yoluyla itaat yükümlülüğü doğurabilmesi yalnızca emrin konusunun ceza normuna aykırı bir eylemi içermemesi, diğer bir ifadeyle konusunun suç oluşturmaması halinde mümkündür (AY n. 137/2, TCK m. 24/3). Görüldüğü üzere, kanun koyucu yalnızca konusu suç oluşturmayan eylemleri içeren emirler bakımından hukuka aykırılık şüphesinin üst mercie bildirilerek giderilmesini öngörmüş, konusunun suç oluşturmaması halinde aynı usul kabul edilmemiş, emri alan merciin ifasından sorumlu olacağı belirtilmiştir¹³³³.

Bazı hallerde emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetki ve yükümlülüğü kanunla sınırlandırılmış olabilmektedir. AY m. 137/3 uyarınca emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri ifa eden kişi AY m. 137/1’de öngörülen süreci işletemeyecek, denetleyemediği emrin hukuka aykırı olması şüphesinin varlığında dahi doğrudan emri veren mercie itaatle yükümlü olacaktır. Bu durumda da emrin hukuka aykırı olması ihtimaline rağmen bağlayıcı olacağı kabul edilmiş, bu nedenle emri ifa eden kişinin sorumlu olmayacağı öngörülmüştür¹³³⁴. Emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki ve yükümlülüğünün sınırlandırılmasının, böylece tamamen denetlenemeyen bir emrin esasen hukuka aykırı olsa da bağlayıcı olmasının nedeni kanunda gösterilen istisnai hallerde askerlik

¹³³⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 394.

¹³³¹ Savaşçı Temiz, s. 144.

¹³³² Öztürk/ Erdem, s. 265.

¹³³³ Yazılı emrin ifasının zorunlu olması hizmet kural ve gereklerinin üst merci tarafından daha iyi bilindiği esasına dayanmakta, emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden sorumlu olan amirler karar almada da yetkili olmaktadır. Konusu suç oluşturan emrin ise hizmetin gereği olduğu düşünülmeyeceğinden emri veren ve yerine getiren görevliler sorumlu olacaktır. Bkz. Yıldırım, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, s. 27-28.

¹³³⁴ Öztürk/ Erdem, s. 265; Esasen bu ihtimalde hukuka aykırı emrin bağlayıcılığı emrin denetlenmesinin kanun tarafından engellenmiş olmasına dayandığı için “hukuka aykırı bağlayıcı emir” ifadesi yerine “kanunen hukuka uygunluğu denetlenemeyen emir” kavramının kullanılmasının daha yerinde olduğu ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. Dursun, s. 241, dn. 99.

faaliyetinin veya kamu düzeni ve güvenliğinin acele müdahaleyi gerektirmesindeki menfaatlerle temellendirilmektedir. Bu konuda, askeri emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi imkanının bulunmayışı askeri ilişkideki mutlak itaat ilkesinin bir gereği olarak açıklanmaktadır¹³³⁵. AY m. 137/3'te de ifade edildiği üzere, askeri faaliyet veya kamu güvenliği ve düzeninin gerektirdiği hallerde kabul edilebilecek denetleme yetkisinin sınırlandırılması mevzuatımızda askeri hukuk ve kolluk hukuku mevzuatı hükümlerinde yer almaktadır¹³³⁶. Bu kapsamda TSK İç Hizmet Kanunu, AsCK ve PVSK hükümlerinde, emri alan kişinin denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasına ilişkin ayrı uygulama koşullarına yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu sayılan menfaatlerin korunması için emrin yalnızca şeklen denetimini yeterli görmüş, maddi yönden hukuka uygunluğun denetimi kapsamında somut olayın emri alan kişi tarafından değerlendirilmesi ve emri veren mercie hukuka aykırılığın bildirilmesi (AY m. 137/1) aşamalarını dışarıda bırakmıştır. Bu nedenle emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde maddi yönden hukuka uygun olmayan bir emir de bağlayıcı olabilmekte, bağlayıcı bir emri ifa eden kişi sorumlu tutulmamaktadır.

Açıklamalardan yola çıkılarak TCK m. 24/4 kapsamında hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı olması için aranan koşullar bir emrin varlığı, emrin kanunda gösterilen hukuka uygunluğun denetlenmesinin sınırlandırıldığı haller kapsamında verilmiş olması ve emrin şeklen hukuka uygun olması olarak sayılabilir. TCK m. 24/4'te yer verilen koşullar emrin maddi yönden hukuka uygunluğunun denetimi kapsamında emrin konusunun suç oluşturması ihtimalinde dahi emrin bağlayıcı olup olmayacağını açıklamadığı için, öğretide emrin konusunun suç oluşturması maddi yönden denetlemenin sınırlandırıldığı hallerin bir sınırı olarak belirlenmekte¹³³⁷, emrin konusunun suç oluşturması halinde ifa edilemeyeceğine ilişkin kuralın (TCK m. 24/3) bu kuraldan sonra gelen denetim yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin hükmün (TCK m. 24/4) istisnası olup olmadığı öğretide tartışılmaktadır¹³³⁸. Bu doğrultuda, TCK m. 24/4 hükmünün uygulanma koşulları açıklanırken, emrin hukuka

¹³³⁵ Öztürk/ Erdem, s. 266.

¹³³⁶ TSK İç Hizmet Kanunu ile PVSK hükümlerinde yer aldığına ilişkin olarak bkz. Öztürk/ Erdem, s. 265.

¹³³⁷ Emrin denetlenmesinin sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde dahi konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceği hakkında bkz. Demirbaş, s. 301; Öztürk/ Erdem, s. 267; Centel/ Zafer/Çakmut, s. 313-314.

¹³³⁸ Tartışmalarla ilgili olarak bkz. İkinci Bölüm, III, B, 2, b.

uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerin neler olduğu, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin kapsamı ve ne ölçüde sınırlandırıldığı ve denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde sorumsuzluğun bir sınırının bulunup bulunmadığı, konusu suç oluşturan emrin bir sınır olarak kabul edilmesinin yeterli olup olmadığı hususlarının kapsamlı olarak değerlendirilebilmesi amacıyla, emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi ve sınırları devam eden bölümde ayrıca ele alınmıştır.

b. Emri Alanın Emrin Hukuka Uygunluğunu Denetleme Yetkisi ve Sınırları

aa. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin Esası ve Kapsamı

İdarede kamusal faaliyetlerin doğru yürütülmesi için emirlerin tamamının geciktirilmeksizin ve değiştirilmeksizin yerine getirilmesi esastır¹³³⁹. Kural verilen emirlere itaat yükümlülüğü olmakla birlikte, emri alan merciin yetkili merciden verilen emre itaat yükümlülüğünün kanuna itaat yükümlülüğüyle çatıştığı hallerde emri alan merciin kanuna itaat yükümlülüğünün önce geldiği, diğer bir ifadeyle emre yalnızca kanuna uygun olduğu sürece itaat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Böylece emri alan merciin itaat yükümlülüğü emrin hukuka uygunluğu ile sınırlandırılmıştır. Zira çağdaş hukuk düzeninde emri alan kamu görevlisinin her türlü emre körü körüne itaat etmesini beklemek ve bir otomata veya alete indirgemek kabul edilemez¹³⁴⁰. Kamusal hiyerarşide emir verme ve emre itaat etme yetki ve görevleri kanuna uygunlukla bağlıdır. Bu nedenle emri alan kişi emri ifa ederken kanuna uygun olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür¹³⁴¹.

Türk hukukunda emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi ve yükümlülüğü Anayasa ve TCK hükümlerinden çıkarılmaktadır. AY m. 137/1’de emri alanın emrin hukuka aykırılığını görmesi ve bu durumda emri verene bildirmesine ilişkin yükümlülüğün düzenlenmesiyle birlikte emri alan kişinin emrin

¹³³⁹ Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 635.

¹³⁴⁰ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 324; İçel/ Evik, s. 107; İçel, s. 336.

¹³⁴¹ Öztürk/ Erdem, s. 265.

hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği de ortaya konulmuş olmaktadır. Aynı şekilde TCK m. 24/4'te yer alan “*emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller*” ifadesinden¹³⁴² yola çıkılarak, hükmün *a contrario* yorumuyla kanunen engellenmediği sürece emrin denetlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır¹³⁴³.

Hukuka uygunluk denetiminin kapsamına ilişkin olarak öncelikle, AY m. 137/1 uyarınca emrin hukuka uygunluk denetiminin Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelikler çerçevesinde bir değerlendirmeyi içerdiğine değinmek gerekir. 2017 yılında 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte daha önce Anayasa m. 137/1'de sayılan düzenleyici işlemler arasında bulunan “tüzük” kaldırılmıştır. Ancak Anayasa'ya 6771 sayılı Kanun'la eklenen Geçici 21. maddenin F fıkrası uyarınca, anılan Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan tüzükler ayrıca yürürlükten kaldırılmadıkları sürece yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla emrin hukuka uygunluğunun denetiminde 6771 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte halen yürürlükte olan tüzükler de dikkate alınabilecektir¹³⁴⁴. Bu doğrultuda, Türk hukukunda üst merciin verdiği emrin denetimiyle ilgili olarak tespit edilmesi gereken diğer bir husus denetimin emrin hukukiliğiyle ilgili olduğudur¹³⁴⁵. Emri alan kişi tarafından emrin yerindeliğinin denetlenmesi veya yerindelik denetimine varacak bir değerlendirme yapılması kabul edilmemektedir¹³⁴⁶. Buradaki hukukilik denetimi emrin hem şekli hem de maddi yönüyle hukuka uygunluğunu içermektedir. Dolayısıyla hukuka uygun emrin ifasının koşulları kapsamında yukarıda açıklanan emrin şekli ve maddi yönden hukuka uygunluğunu gösteren hususların tamamı -emri verenin yer, konu, zaman bakımından yetkili olması, emri alanın görevi kapsamına girmesi, emrin kanunda gösterilen şekil özelliklerini taşıması ve maddi yönden hukuka aykırılık

¹³⁴² Öğretide denetimin üst tarafından yapılabileceği, astın denetlemesi yerine araştırmasından söz edilebileceğine dikkat çekilerek, TCK m. 24/4'teki denetleme ifadesinin araştırma olarak değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu yönde bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 386.

¹³⁴³ Bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 393-394; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 324.

¹³⁴⁴ Hükmün amacından yola çıkılarak, halen yürürlükte olan bir tüzüğe aykırı olarak verilen bir emrin söz konusu olması halinde emrin ifa edilmeyerek emri veren mercie bildirilmesi ve yazılı tekrarı üzerine ifa edilmesi gerektiği hususunda bkz. Erdoğan, s. 39, dn. 77.

¹³⁴⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 495.

¹³⁴⁶ Emrin hukuka uygunluğunun tespitini, emri alan mercie emrin değer ve liyakatını veya emri veren mercinin saikini araştırma, diğer bir ifadeyle emrin keyfilğini veya haklılığını değerlendirme yetkisine varacak bir genişlikte anlamamak gerekir. Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 119; Hafizoğulları/ Özen, s. 217.

bulunmaması- hukuka uygunluğu denetleme yetki ve yükümlülüğünün kapsamındadır. Bu koşullardan birinin bile eksik olması halinde emir hukuka aykırı olacağı için emri alan açısından kural olarak bağlayıcı değildir, itaat yükümlülüğü doğurmaz. Esasen hukuka aykırı olan bir emre itaat etmeme yetkisi hatta yükümlülüğü bulunur¹³⁴⁷. Bu nedenle denetim yetki ve yükümlülüğünü yerine getirmeyerek hukuka aykırı olan ve dolayısıyla bağlayıcı olmayan bir emri ifa eden kişinin sorumluluğu devam eder¹³⁴⁸. Ancak emri alan kişi, emri denetlemesine rağmen hukuka uygunluğu konusunda yanılmış ise, bu durumda hata hükümlerinin uygulanması söz konusu olur ve emri ifa edenin kusurluluğu bakımından bir değerlendirme yapılır¹³⁴⁹.

Emrin maddi ve şekli yönden hukuka uygunluğunun kapsamına ilişkin olarak önceki bölümde yapılan açıklamaların tekrarına girmeksizin, emri alan kişi tarafından emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğünün ne ölçüde yerine getirilebileceğine ayrıca değinmek yerinde olacaktır. Hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından engellenmediği hallerde emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğünü yerine getirdiğini kabul edebilmek için öncelikle beklenen denetlemenin sınırının belirlenmesi gerekir. Gerçekten, emri alan merciin hiyerarşik olarak kendisinden üst konumda olan bir merciin verdiği emrin içeriği ile ilgili her zaman yeterli bilgiye sahip olması mümkün olmayabilecektir¹³⁵⁰. Örneğin, hakimın verdiği tutuklama kararının esasen tutuklamayı gerektiren koşullar bulunmadığı halde verilmiş olup olmadığının denetlenmesinin ne ölçüde mümkün olduğunun tartışmalı olduğuna dikkat

¹³⁴⁷ Erman, “Compliance with Superior Orders...”, s. 380.

¹³⁴⁸ Bu duruma ilişkin olarak, resmi belge düzenleme usulüne aykırı hareket etmesini içeren emri ifa eden kişinin emri sorgulamamasını konu alan bir olayla ilgili Yargıtay kararı örnek verilebilir: “Sanık ...'ın ... İlçe Nüfus Müdürlüğünde aday memur olarak görev yaptığı, nüfus cüzdanı düzenlenmesi talimatını, müdür bulunmadığı zamanlarda müdür yerine imza atma ve onaylama yetkisi verilen diğer sanık ...'dan aldığını, belgeyi düzenledikten sonra imzalanması için ...'a teslim ettiğini, ...'ın yatalak olduğunu söylediği kişiye imzalattıktan sonra nüfus cüzdanı talep belgesini getirdiğini, amirin emri olarak düşünüp sorgulama işlemi yapmadığını, sahte belge düzenleme kastının olmadığını savunması, diğer sanık ...'ın da sanığın savunmasını doğrulaması ve sanığın aday memur olarak görevli olması, çalışma süresine göre iş ve işlemleri öğrenme aşamasında olması, tecrübesizliğinden dolayı resmi belgeyi düzenlediğinin, iştirak iradesinin bulunmadığının anlaşılması karşısında; suç işleme kastının bulunmadığı bu nedenle suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeyerek beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,” Yar. 11. CD. E. 2017/10548, K. 2019/5836, T. 2.7.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹³⁴⁹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 89; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 323; Hata haline ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm, II, C.

¹³⁵⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 460.

çekilmiştir¹³⁵¹. Bu doğrultuda emri alan kişi bakımından emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla sınırlandırılmadığı hallerde de hiyerarşik ilişkinin tabiatından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu ifade edilebilecektir.

Bu konuda öğretide alt merciden emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin her koşulda yerine getirilmesinin beklenemeyeceği, özellikle yazılı verilen emirler bakımından, emrin yazılı olarak tekrarı istenemeyeceği için, denetim yapmayarak hukuka aykırı bir emri ifa eden kişilerin de sorumlu tutulmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Anılan görüşe göre, emrin hukuka uygun olup olmadığına bakması beklenmeksizin hukuka aykırı bir yazılı emri ifa eden kişinin kusurunun bulunmadığını kabul etmek ya da bu durumu cezanın belirlenmesinde dikkate almak, ancak hukuka aykırı emir sözlü ise yazılı olarak tekrarını isteyebilmesi için denetimin yapılmasını beklemek gerekir¹³⁵². Değindiği üzere, AY m. 137/1’de emrin yazılı veya sözlü olup olmamasına ilişkin bir ayrıma yer verilmemiş olup, madde uyarınca emir yazılı da sözlü de olsa emri veren merci tarafından yazıyla tekrar edildiğinde alt merci için bağlayıcı hale gelecektir¹³⁵³. Emrin hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğü yazılı emirler bakımından da beklenmektedir. Bununla birlikte, gerek sözlü gerekse yazılı verilen emirlerin maddi yönden hukuka uygunluğunun tespit edilebilmesi için emri alan merciden beklenen araştırmanın genişliğini belirlemek önemlidir. Bu konuda, emrin maddi yönden hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin sınırlarını belirlerken, emrin hukuka aykırılığının hem objektif hem de sübjektif yönden tespit edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Objektif olarak kanuna aykırı bir emrin maddi yönden hukuka aykırılığının bilinmesi beklenebilecek, ancak açıkça kanuna aykırı olduğu anlaşılmayan emirler bakımından emri alan merciin emrin hukuka aykırı olduğunu bilip bilmediğine, gerekli bütün araştırmayı yapmasına rağmen bilemeyecek olmasına göre bir değerlendirme yapılacaktır¹³⁵⁴. Esasen bazı ülke mevzuatlarında benzer yaklaşımın benimsendiği görülmekte, emrin denetlenmesinin engellenmediği hallerde de emrin hukuka uygunluğunun denetiminden beklenen sınır, açıkça anlaşılan hukuka aykırılıkların

¹³⁵¹ Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 466.

¹³⁵² Bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 460.

¹³⁵³ Bu yönde bkz. Hafizoğulları/ Özen, s. 218; Bu konuda genel emir, yönerge gibi nesnel işlemlerin tekrar yazılı olarak verilmesine gerek olmadığı, işlemin değiştirilmemesi veya işleme uyulması ihtiarında bulunulmasının yazılı ısrarın varlığı koşulunu sağlayacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Özyay, s. 168-169.

¹³⁵⁴ Bkz. Akkurt, s. 66-67.

tespit edilmesi olarak belirlenmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda emri alan kişinin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğünün ve bundan doğan sorumluluğunun sınırı emrin hukuka aykırılığının açık olup olmamasına göre belirlenmiş¹³⁵⁵, Alman hukukunda da emrin hukuka uygun olduğu konusunda hatasının kaçınılmaz olması ve kendince bilinen koşullara göre emre hukuki yollarla karşı koymasının beklenememesi dikkate alınmıştır¹³⁵⁶. Benzer şekilde İtalyan hukukunda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hallerin dışında da, emrin hukuka aykırılığının açık olması hukuka uygunluk denetiminin bir sınırı olarak gösterilmiştir. Buna göre, ceza normuna aykırılık içermeyen bir emrin hukuka aykırılığını tespit etme ve amire bildirme yükümlülüğü hukuka aykırılığın açıkça anlaşılır olmasına bağlanmıştır¹³⁵⁷.

Öte yandan, emri alan merciin her zaman emri veren merci ile aynı bilgiye sahip olmamasının bazı durumlarda emrin maddi hukuka uygunluğunun denetimi imkanını ortadan kaldıracabileceğine dikkat çekilmelidir¹³⁵⁸. Bu hususu kanaatimizce emrin maddi yönden hukuka uygunluğunu belirleyen unsurları ayırt ederek ele almak yerinde olacaktır. Hükümet Tasarısı’nda da emrin ifasına ilişkin m. 27’nin gerekçesinde “*Anayasa ve kanuni düzenlemeye göre, amirin emrini icra eden kişi, emrin “yetki”, “konu” ve “şekil” açısından kanuna uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür*” ifadesine yer verilerek emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinde dikkate alınacak denetim yükümlülüğünün kapsamına işaret edilmiştir¹³⁵⁹. Esasen bir idari işlem olan emrin maddi yönden hukuka uygunluğu kapsamında, konu ve sebep

¹³⁵⁵ Kanun metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006149818/#LEGISCTA000006149818 (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

¹³⁵⁶ Bu yönde Askerlerin Hukuku Durumu Hakkında Kanun 11. paragrafıyla ilgili olarak bkz. Dursun, s. 207-208.

¹³⁵⁷ “Kamu Görevlilerinin Statüsü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” (No. 3/1957) m. 17: “*Memur amiri tarafından verilen emrin açıkça hukuka aykırı olduğunu düşündüğünde emri veren amire gerekçelerini açıklayarak bildirmek zorundadır. Eğer emir yazılı olarak tekrar edilirse yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak memur, eylem ceza kanunlarınca yasaklanmış ise emri yerine getirmek zorunda değildir.*” <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1957/01/25/057U0003/sg> (Erişim Tarihi: 10.08.2022)

¹³⁵⁸ Erdoğan, s. 155.

¹³⁵⁹ Gerekçe metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf>. Emri alan kişinin kural olarak emrin yetki, konu ve şekil yönünden kanuna uygun olup olmadığının denetlenmesinin beklendiği ifade edilmektedir. Gökmen Avcı, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 52, Aralık 2010, ss. 83-101, s. 96; Gerekçe metninde idari işlemin unsurlarının sırasının dikkate alınmamış olmasının yanı sıra “sebep” unsurunun denetleme dışı bırakılmasının yerinde olmadığı hususu ayrıca vurgulanmıştır. Bkz. Özgenç, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 78.

unsurlarının emri alan merci tarafından her zaman bilinmesi, denetlenmesi mümkün olmayabilmektedir. Bu unsurların hukuka uygunluğunun denetimi emri veren merciin takdirine bağlı olan veya kendi nezdinde olan işlemlere dair bir değerlendirme yapılmasını gerektirebileceği için mahiyeti itibariyle emri veren merci yerine geçilmesi, böylece bir yerindelik denetimi yapılması sonucunu doğurabilecektir. Bir idari işlemin gerçekleştirilme sebebi ve konusu idari işlemi tesis etmeye yetkilendirilen merci tarafından kullanılabilir bir takdir yetkisine dayanabilir. Ayrıca emri alan merciin somut olayda bu unsurlara ilişkin bilgisinin olmasının beklenememesinin yanı sıra, emrin amacı ve sebebinin gizli tutulması gereken bazı bilgileri içermesi de mümkündür. Bununla birlikte, emrin kişisel menfaatlere yönelik olması gibi, kanunda gösterilen bir sebebe dayanmadığının açıkça anlaşıldığı hallerde emrin amaç veya sebep unsurunun eksik olduğu denetlenebilecek ve emrin hukuka aykırılığının tespit edilmesi beklenebilecektir. Örneğin, üst tarafından astına yöneltile pazardan aldığı eşyaları taşıması emrinin¹³⁶⁰ maddi yönden hukuka aykırılığı açıktır. Zira idari işlemler özel hukuk işlemlerinden farklı olarak kişisel menfaatlere değil, kamu yararına dayanır¹³⁶¹. Öte yandan emri alan merciin örneğin, tutuklama tedbirine ilişkin emir yöneltildiğinde, tutuklama işleminin sebebinin oluşturan maddi koşulları, kuvvetli suç şüphesini gösteren delilleri bilmesi veya tutuklama kararında yazılı delilleri öğrenerek şüphe derecesinin varlığını tespit edebilmesi mümkün değildir. Mümkün olmadığı gibi bunların takdiri emri veren mercie ait olduğu için bu yönde bir denetim yetkisinin bulunduğu da söylenemeyecektir¹³⁶². Bu doğrultuda “gecikmesinde sakınca bulunması”, “kuvvetli şüphe sebeplerinin oluşması” gibi emrin verilmesinin dayanağını oluşturan maddi olguların takdirinin emri veren mercie bırakıldığı hallerde emrin maddi yönden hukuka uygun olup olmadığı konusunda emri alan merciin denetleme yükümlülüğünün sınırı tartışılmıştır. Emri veren merciin takdirine bağlı koşulların varlığı halinde emri veren merci tarafından bu koşulların bulunduğu açıkça belirtilmesi halinde, sonradan koşulların bulunmadığı anlaşılrsa dahi emri alan merci bakımından maddi hukuka uygunluk denetiminin yapıldığının kabul edilmesi

¹³⁶⁰ Örnek için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405.

¹³⁶¹ Ulu, s. 96.

¹³⁶² Benzer örnek için ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 151; Erdoğan, s. 155-156; Yine, polis memurunun yakalama emrinin meşruluğunu araştırmasının imkansız ve gereksiz olduğu yönünde bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 460.

gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁶³. Bu noktada emrin maddi koşullarının takdire bırakıldığı bu hallerde dahi takdirin emri veren mercie ait sübjektif bir değerlendirme olmadığı, takdir yetkisinin de kanuni sınırları içerisinde kullanılabilir ve maddi koşulların somut olayda objektif olarak tespitine dayanan bir yetki olduğunun altı çizilmiştir¹³⁶⁴. Dolayısıyla, emri alan merciin hukuka uygunluk denetiminin kanunen sınırlandırılmadığı hallerde de denetlemenin alt merciden beklenebilir olduğu hallerle sınırlı olarak anlaşılması gerektiği, emri veren merciin takdire bırakılan hususlarda emri veren merciin takdir yetkisini kanuna uygun şekilde kullanmış olduğuna yönelik, kanuni koşulların oluştuğuna ilişkin beyanının emri alan kişinin hukuka uygunluk denetimini yapmış olduğunu kabul etmek için gerekli ve yeterli olduğu düşüncesindeyiz.

Emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisinin kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerde hukuka uygunluk denetiminin kapsamı ve sınırları da değişiklik göstermektedir. Emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisinin hangi hallerde sınırlandırılacağı ve bu hallerde hukuka aykırı bir emrin ifa edilmesinin ceza sorumluluğuna etkisi kanun koyucunun bu konuda benimsediği teorik yaklaşıma göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle, Türk hukukunda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hükümlerin açıklanmasından önce, hukuka uygunluğun denetlenmesi yetkisinin düzenlenme şekline ilişkin yaklaşımları içeren çeşitli teoriler ve Türk hukukunda benimsenen teoriler ele alınmıştır.

bb. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisine Yönelik Teorik Yaklaşımlar

Yetkili merciin emrini ifa kurumunun ceza sorumluluğuna etkisini açıklayan teoriler çerçevesinde¹³⁶⁵ emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetlemesinin gerekip gerekmediği, denetimin kapsamı ve sınırlarının nasıl belirleneceği ile ilgili olarak da çeşitli görüşler geliştirilmiştir. Günümüzde bu

¹³⁶³ Bettiol, s. 51.

¹³⁶⁴ Bettiol, s. 52-53.

¹³⁶⁵ Teorilerin doğuşu ve tarihsel gelişimi uluslararası hukukla ilgili başlıkta ayrıntılı olarak ele alınmış olup, bu bölümde hukuka uygunluk denetimi ile ilgili yaklaşımlara yer verilmiştir. Bkz. Birinci Bölüm, I, B ve C.

görüşlerden hangisinin benimsendiği o hukuk düzeninde emrin ifasının ceza sorumluluğuna hangi koşullarda etki ettiğini ve denetim yetkisinin kapsamını ve sınırlarını belirlemektedir.

aaa. Emrin Hukuka Uygunluğunun Denetlenmesine İlişkin Teoriler

Yetkili merciin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etkisiyle ilgili olarak geliştirilen teorilerden biri olan “mutlak itaat teorisi” emrin kamu gücüne, diğer bir deyişle iktidarın iradesine dayanması nedeniyle, emri sorgulamadan veya karşı çıkmadan itaat yükümlülüğü doğurduğunu kabul eder. Emri sorgulamak iktidarın iradesini sorgulamak anlamına geleceği için, bu teori emri alan alt merciin emir hukuka aykırı veya keyfi dahi olsa itaat yükümlülüğü bulunduğunu savunur¹³⁶⁶. Emre her koşulda mutlak surette itaat etmekle yükümlü olan alt merci, bu emrin ifasıyla oluşan suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Burada sorumluluk tamamen emri veren üst mercie ait olup, emri alan alt merci yalnızca emirleri ifayla yükümlü bir vasıttan ibaret olarak görülmektedir¹³⁶⁷. Görüldüğü üzere mutlak itaat teorisinde emrin hukuka uygunluğunun denetimine yer verilmemiş, emri alan merciin emri denetleme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu teoriye getirilen birçok eleştiri modern bir devlette emre körü körüne itaatin kabul edilemeyeceğini, emri veren mercilerin de kanunu yorumlarken veya uygularken hata yapabileceğini, emri alan alt mercilerin yalnızca itaatle yükümlü birer makineye veya otomata indirgenmesinin modern ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmayacağını ileri sürmüştür¹³⁶⁸.

Değindiği üzere, zaman içerisinde emri alan merciin emre her koşulda itaat etmesi ve sorumsuz olması düşüncesi değişmiş, yerini itaat yükümlülüğünün ve emre itaatten doğan sorumluluğun sınırlandırılmasını öngören yaklaşımlara bırakmıştır. Bu doğrultuda hukuka uygun olmayan bir emre itaat yükümlülüğünün bulunmayacağı düşüncesiyle birlikte, emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki

¹³⁶⁶ Bu yönde Nicolini’nin görüşü için bkz. Erdoğan, s. 543.

¹³⁶⁷ Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 101; Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 636-637.

¹³⁶⁸ Günel, Yetkili Merciin Emrini İfa, s. 102-103; Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 638-639; Bu düşünceye karşı, zabıta amirinin bir kişinin dövülerek huzuruna getirilmesi gibi bir emrini yerine getiren memurun sorumlu tutulmamasının doğru olmadığı eleştirisi getirilmiştir. Bkz. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Üçüncü Basım, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 398-399.

ve yükümlülüğünün kapsamını, ceza sorumluluğuna etkisini açıklayan çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Emre itaat yükümlülüğünün esasını açıklayan teorilerden biri “şekli denetim teorisi”dir. Bu teoriye göre, emri alan merci emir şekli yönünden hukuka uygun olduğu sürece o emre itaat yükümlülüğü altındadır. Diğer bir ifadeyle emri alan merci, emri veren merciin emir vermeye yetkili olup olmadığını, kendisinin o emri ifa etme yetkisinin olup olmadığını ve emrin varsa kanuni şekil özelliklerini taşıyıp taşımadığını denetlemek ve yalnızca bu koşulları sağladığı sürece emri ifa etmek zorundadır. Emrin içeriği ile ilgili bir denetimin yapılması gerekmediği, böyle bir denetimin emri alan merciin yetkisinde olduğunun kabul edilmemesi gerektiği, idari yargı organlarının denetimi ile karıştırılmaması gerektiği savunulmaktadır¹³⁶⁹. Bu teori şeklen hukuka uygun bir emrin içeriğinin suç oluşturması halinde dahi itaat yükümlülüğü doğurması, emrin suç oluşturduğunu biliyor olan bir merci dahi o emri ifa etmekle yükümlü tutması nedeniyle eleştirilmiştir¹³⁷⁰.

“İçerik denetimi teorisi”¹³⁷¹ şekli denetim teorisinin aksine emrin yalnızca şeklen hukuka uygun olup olmadığını değil, içerik itibarıyla da hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerektiğini savunur. Bu teoriye göre emri alan merciin o emre itaat yükümlülüğünün doğduğundan söz edebilmek için emrin hem şeklen hem de içerik yönünden hukuka uygun olması gerekir. Bu yönüyle emri iktidarın iradesi olarak kabul eden ve sorgulanamayacağını savunan “mutlak itaat teorisi”nin aksine, emri alan kişinin iktidarın iradesine değil, hukuka uygun hareket etmesi gerektiğini savunur¹³⁷². Teoriye göre, emri alan merci hukuka şeklen ve içerik olarak aykırı olduğunu tespit ettiği bir emre itaat etmemekle yükümlüdür ve itaat etmesi halinde oluşan suçtan kendisi de emri verenle birlikte sorumlu olur. Bu teori de emirlerin hukuka uygun olup olmadığını değerlendiren merciin emri veren merci veya yargı organı yerine emri alan merci olmasının idari işleyişin düzenini bozacağı¹³⁷³, idari hiyerarşide alt kademelere inildikçe emri alan mercilerin emrin içeriğini öğrenme ve hukuka uygunluğu denetleme imkanının azaldığı, emri alan mercie geniş bir denetim

¹³⁶⁹ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 103-104; Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 639-640.

¹³⁷⁰ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 104-105.

¹³⁷¹ Bu teori “Özü (kapsamı) İtibariyle Emrin Kontrolü” teorisi olarak da ifade edilmektedir. Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 641; “Maddi denetim teorisi” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Savaşçı Temiz, s. 116.

¹³⁷² Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 105.

¹³⁷³ Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 399.

yetkisi tanınmasının aynı zamanda geniş bir sorumluluk alanı da yaratacağı ve bu nedenle teoriye bir sınır çizilmesi gerektiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹³⁷⁴.

Emre itaat yükümlülüğüyle ilgili olarak geliştirilen bir diğer teori “İtiraz veya Emrin Tekrarı Teorisi”dir. Bu teoriye göre emri alan merci emrin hukuka aykırılığını denetlemek zorundadır. Bununla birlikte eğer emrin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirirse, emri alan merci bu konudaki şüphesini emri veren mercie bildirerek (veya emre itiraz ederek) emrin hukuka uygunluğunu teyit eder. Emri veren merciin bu bildirim veya itiraz üzerine emrin hukuka uygun olduğunu bildirmesi halinde artık itaat yükümlülüğünün doğduğu kabul edilir; emri ifa eden merci sorumluluktan kurtulur. Bu durumda emri veren merci emrinin hukuka uygun olduğunu yazılı olarak, belgeyle sunduğu için hukuka uygunluk konusunda daha ihtiyatlı davranacağı ileri sürülmektedir¹³⁷⁵. Bu teoriye yönelik olarak getirilen en önemli eleştiri emri verenin emrini hukuka aykırı olması halinde dahi itiraz üzerine yinelemesi ihtimaline ilişkin olmuştur. Bu ihtimalde hukuka aykırı olan bir emrin iki defa emredilmiş olmasının söz konusu olacağı ve emri verenin yazılı ısrarıyla, aslında hukuka aykırı olan bir emrin ifa edilmesi yükümlülüğünün doğduğunun kabul edilmiş olacağının altı çizilmektedir. Bu durumun da kanuna aykırı bir davranışın yetkili idari merciin eliyle kanuna uygun hale getirilmesi, kanunun değiştirilmesi anlamına geleceği ileri sürülmüştür. Diğer yandan bu teori emri alan alt merciin emrin kanuni koşullarını ve hukuka uygunluğunu emri veren üst merciden daha iyi bilmesini ve takdir etmesini gerektireceği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Teori ayrıca emri alan merciin yetkisizlik nedeniyle itiraz ettiği bir emri, emri veren merciin ısrarı üzerine ifa etmekle yükümlü olup olmayacağı konusuna da açıklık getirmemektedir¹³⁷⁶.

Emre itaat yükümlülüğüne ilişkin diğer teorilerden¹³⁷⁷ biri “emrin açıkça hukuka aykırılığı teorisi”dir. Bu teori emri ifa sonucunda oluşacak suçun, diğer bir deyişle emrin konusunu oluşturan davranışın, ağırlığını ve vahametini dikkate alarak itaat yükümlülüğünün sınırını belirler. Teoriye göre “ağır suçlar”ın ortaya çıkacağı

¹³⁷⁴ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 106; Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 641-643.

¹³⁷⁵ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 107-108; Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 643-644.

¹³⁷⁶ Eleştirilerle ilgili olarak bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 108; Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 644.

¹³⁷⁷ Öğretide geliştirilen diğer görüşler için bkz. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 109-110; Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 645; Ayrıca bkz. Savaşçı Temiz, s. 117-118.

emirlerin hukuka aykırılığı açık olduğu için itaat yükümlülüğü yoktur ve ifası halinde emri alanı sorumluluktan kurtarmaz. Hafif suçlar bakımından ise emrin hukuka aykırı olduğu bu denli açık olmayabileceği için emri ifa edenin sorumluluktan kurtulması mümkündür¹³⁷⁸. Bu teori aslında temelini Roma hukukundaki emri ifa kurumuna yaklaşımdan ve vahşet içeren ağır suçlara ilişkin ayırmadan almaktadır¹³⁷⁹. Ancak günümüzde özellikle ağır suç ve hafif suç ayrımının belirsiz olması ve somut olaya göre emri alan merci tarafından tespit edilmesinin güç olması nedeniyle teori eleştirilmiştir¹³⁸⁰. Yine de emrin hukuka açıkça aykırı olup olmadığının emri alan merci tarafından takdir edilecek olması olumsuz eleştiriyi karşılansa da, emrin açıkça hukuka aykırılığının diğer görüşlere nazaran daha iyi bir çözüm sunduğu da ifade edilmiştir¹³⁸¹.

bbb. Türk Hukukunda Benimsenen Teorik Yaklaşım

Türk hukukunda mülga 765 sayılı TCK'nin 49. maddesine ilişkin olarak bir görüş emri alan merciin emri denetleme yetkisinin kapsamı ve sınırlarıyla ilgili olarak şekli denetim teorisinin benimsendiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, maddede emrin yetkili merciden verilmiş olması ve görev gereği ifasının zorunlu olmasının koşul olarak arandığı ve bu iki koşul üzerinden hukuka uygunluğun yalnızca şekli hukuka uygunluk denetimini içerdiği ifade edilmektedir. Buna göre yalnızca emrin yetkili merci tarafından verilmiş olması, ifaya yetkili olması ve şekli kanuni koşulları taşıyor olması yönünden denetim gerçekleştirilecektir¹³⁸². Aksi yöndeki görüşe göre ise mülga TCK m. 49 hükmü, emrin hem şekil hem de içerik yönünden hukuka uygun olduğunun denetlenmesini aramaktadır. Bu görüş kapsamında, kanun metninde yer verilen iki koşulun yanı sıra emrin “*hilafı kanun*” olmasından da söz edildiği için emrin şekil ve içerik yönünden hukuka aykırılığının da incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁸³.

¹³⁷⁸ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 109.

¹³⁷⁹ Roma hukukunda suçlar vahamet içeren suçlara yönelik emirlerle ilgili yaklaşım için bkz. Birinci Bölüm, I, B, 1.

¹³⁸⁰ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 110; Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 646.

¹³⁸¹ Bkz. Erdoğan, s. 545; Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım, s. 399.

¹³⁸² Bu yönde bkz. Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 648.

¹³⁸³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 88.

Anayasa ve 5237 sayılı TCK hükümleri çerçevesinde ele alındığında Türk hukukunda önceki başlıkta açıklanan teori ve yaklaşımlardan birden fazlasının bir arada benimsenmiş olduğu görülmektedir¹³⁸⁴. TCK m. 24'te emrin yetkili merci tarafından verileceği ve görev gereği ifasının zorunlu olacağı ayrıca belirtilerek hiçbir denetim yapılmaksızın emre itaatin ilke olarak benimsenmediği ortaya konulmuştur¹³⁸⁵. Bu noktada öncelikle Türk hukukunda emri alan merciin emri her koşulda, denetlemeksizin ifa etme yükümlülüğünün bulunduğunu savunan “mutlak itaat teorisi”nin kabul edilmediği kolaylıkla tespit edilebilecektir.

Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kapsamı ve sınırlarına ilişkin olarak AY m. 137'de yer verilen ayrıma göre farklı teorilerin uygulandığı sonucuna ulaşılmaktadır. AY m. 137/2 uyarınca emrin konusunun suç oluşturması halinde emri alan kişinin hiçbir zaman itaat yükümlülüğünün bulunamayacağı belirtilmiş ve bu doğrultuda emri alan kişinin emrin konusunu da denetlemesi gerektiği ortaya konulmuş olduğu için, emrin hem şeklen hem de içerik yönüyle denetlemesi gerektiğini savunan “içerik denetimi teorisi”nin benimsendiği ifade edilmektedir¹³⁸⁶. Aynı kuralı tekrar eden mevzuat hükümleri (DMK m. 11/3, PVSK m. 2/2, Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yön. m. 42/2 vb.) doğrultusunda emri alan kişiye konusunun suç oluşturduğunu tespit etme yükümlülüğü yükleyen ve konusu suç oluşturan bir emrin tespiti halinde emrin ifasını bağlayıcı kabul etmeyen yaklaşım kolluk hukukunda da kural olarak benimsenmiştir¹³⁸⁷. Diğer bir ifadeyle içerik (konusu) yönünden ceza hukukuna aykırı olması halinde, verilen emre itaat yükümlülüğünün bulunmadığı ve itaat eden merciin her zaman sorumlu olacağı kabul edilmiştir. AY m. 137/1 uyarınca konusu suç teşkil etmeyen ancak hukuka aykırı olan bir emrin varlığı halinde ise, emri alan kişi hukuka aykırılığı emri verene bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Emri veren merci emrin hukuka uygun olduğunu yazılı olarak geri bildirir ve emrinde ısrar ederse artık emri alan ifa etmekle yükümlüdür. Bu hükümde kanun koyucunun “itiraz veya emrin tekrarı teorisi”ni

¹³⁸⁴ Türk hukukunda emrin şekil ve içerik yönünden denetimi ile itiraz teorilerinin birlikte benimsenerek karma bir yol izlendiği hakkında bkz. Erdoğan, s. 154, 155.

¹³⁸⁵ Mülga TCK m. 49 metnindeki benzer ifadelerle ilgili değerlendirme için bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 119-120.

¹³⁸⁶ Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 647; Aynı yönde Erdoğan, s. 155; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 201.

¹³⁸⁷ Bu hükümlerde de içerik denetimi teorisinin benimsendiği hakkında bkz. Erdoğan, s. 155.

benimsemiş olduğu görülmektedir¹³⁸⁸. Aynı şekilde PYSK m. 2/2 kolluk görevlileri için, DMK m. 11 memurlar için hukuka aykırı emri alan mercinin emri veren mercie başvuracağına ilişkin Anayasa kuralını tekrar etmekte, konusu suç teşkil etmeyen emirler bakımından “itiraz veya emrin tekrarı teorisini” takip etmektedir¹³⁸⁹. Benzer şekilde İl İdaresi Kanunu’nda da il idaresi şube başkanları ve kaymakamlar bakımından aldıkları emirlerin hukuka uygunluğunun denetiminde “itiraz veya emrin tekrarı teorisi” benimsenmiş, emrin hukuka uygunluğunun denetimine ilişkin ayrıntılı hükümler getirilerek itiraz ve emre itaat yükümlülüğünün ne zaman doğacağı ve sorumluluğa etkisi ayrıca düzenlenmiştir¹³⁹⁰.

Belirtildiği üzere, AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4 doğrultusunda Türk hukukunda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı hallerde de yer verilmiştir. Mutlak itaat yükümlülüğünün kabul edildiği bu hallerde emrin hukuka uygunluğunun denetimi yalnızca şekli denetimle sınırlandırılmış, emrin şeklen hukuka uygun olması itaat yükümlülüğü doğurması için yeterli kabul edilmiştir. Bu yaklaşımın emrin denetimine ilişkin teorilerden “şekli denetim teorisine” uygun düştüğü ifade edilebilecektir¹³⁹¹. Ancak belirtmek gerekir ki, bu konuda benimsenen yaklaşımın ortaya konulabilmesi için emrin hukuka uygunluğunu maddi yönden denetleme yükümlülüğünün tamamen kaldırılmış olup olmadığı veya diğer bir ifadeyle, emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin sınırlandırılmasının bazı sınırlarının bulunup bulunmadığı ve bu sınırların hangi ölçütlere göre belirlendiği hususlarının da ayrıca tespit edilmesi gerekir. Kanaatimizce hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde de, hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılan emirlerin ifa edilmesinin ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı öğreti ve içtihat tarafından dikkate alınmakta, bu durum “hukuka açıkça aykırılık teorisi”nin etkisine işaret etmektedir. Teorinin etkisi,

¹³⁸⁸ Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 646; Aynı yönde bkz. Erdoğan, s. 154.

¹³⁸⁹ Erdoğan, s. 154-155; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 201.

¹³⁹⁰ İl İdaresi Kanunu m. 23: “İl idare şube başkanları ve kaymakamlar vali tarafından re’sen verilen emirlerin kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve diğer mevzuat ile Cumhurbaşkanınca alınmış bulunan karar ve tedbirlere uygun olmadığı içtihadında bulundukları takdirde keyfiyeti valiye yazarlar. Vali, emrin mevzuata uygun bulunduğu ısrar ederse yazılı olarak emir verir ve aynı zamanda işi ilgili mercie yazar. Cevap gelinceye kadar valinin verdiği emir kendi sorumluluğu altında uygulanır.”

¹³⁹¹ Asker kişiler bakımından emirlerin maddi yönden denetimi yasaklandığı için şekli denetim teorisinin benimsenebileceği yönünde bkz. Savaşçı Temiz, s. 119.

devam eden bölümde emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı haller çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmiştir.

cc. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması

aaa. Hukuka Uygunluğu Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılmasına İlişkin Genel Açıklamalar

Kanun koyucunun emrin hukuka uygunluğunu denetleme ve hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde emre itaat etmeme yükümlülüğü getirmesi, kamusal faaliyetin kanuniliği ilkesini, idari hiyerarşideki emre itaat ilkesinden üstün tuttuğunu göstermektedir¹³⁹². Zira devlet teşkilatında emri alan mercilerin asıl ve öncelikli yükümlülüğü kanuna uymaktır. Emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin ve görevinin kaldırılması da idarenin işleyişindeki disiplinin ve süratin hizmet ettiği menfaatlerin devreye girdiği hallerde söz konusu olmaktadır. Bazı hallerde idari işleyişin gecikmemesine veya süratli çözüm bulunmasına yönelik kamusal menfaatler dikkate alınarak emrin denetlenmeksizin derhal ifa edilmesi beklenmektedir. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmesi de bu yönüyle devlet faaliyetlerinin aksatılmadan işlemesini sağlamak amacıyla kabul edilmektedir¹³⁹³. Bu doğrultuda, hukuka uygunluğun denetlenmesi yetki ve yükümlülüğünün sınırlandırılması yalnızca kanunla yapılabilmektedir. Hukuk düzeninde emri alan kişinin, o emrin hukuka uygunluğunu denetleme görevinin tek sınırı kanun tarafından bu tür bir denetimin yasaklanmış olmasıdır¹³⁹⁴. Emri alan kamu görevlisinin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisini sınırlayan düzenlemeler yalnızca bu tür durumların varlığına özgü olup, istisnai niteliktedir¹³⁹⁵. Kanunun gösterdiği haller dışında, verilen emrin hukuka uygunluğunu denetlenmeksizin ifa eden kişi hukuka aykırı emri ifadan sorumlu olur¹³⁹⁶.

¹³⁹² Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 296.

¹³⁹³ Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 602.

¹³⁹⁴ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 325.

¹³⁹⁵ Emrin denetiminin engellendiği mutlak itaat hallerinin bir istisna olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 153.

¹³⁹⁶ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 89.

Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerin kapsamı konusunda, öncelikle emrin yalnızca maddi yönden hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenebileceği, şeklen hukuka uygunluğunun denetlenmesinin hiçbir zaman engellenmemeyeceğinin ve emri alan kişinin her zaman emrin şeklen hukuka uygun olduğunu tespit etmesinin beklendiği belirtilmelidir. Bu nedenle denetleme yasağı mutlak değil, nisbi niteliktedir¹³⁹⁷. Bu konuda önceleri askeri ceza hukukundaki emir ilişkisinde emri alanın şeklen hukuka aykırı olan emirleri de derhal sorgulamaksızın itaatle yükümlü olduğu görüşü hakimken, öğretideki ağırlıklı olarak kabul edilen görüş zaman içerisinde değişmiş¹³⁹⁸ ve bugün emrin şekli unsurlarının hukuka uygunluğunu denetlemenin yasaklanmasının mümkün olmadığı, emri alanın her zaman şeklen hukuka uygun bir emrin varlığını tespit etmek zorunda olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmeye başlanmıştır¹³⁹⁹. Dolayısıyla burada esasen hukuka uygunluk denetiminin engellenmesi veya kaldırılması değil, sınırlandırılması söz konusudur. Sınırlama yalnızca hukuka uygunluğun maddi yönüne ilişkin olup, emrin şekli yönden hukuka uygunluğunun her zaman araştırılması, denetlenmesi gerekir¹⁴⁰⁰.

Belirtildiği üzere, emrin şeklen hukuka uygunluğu kapsamında denetlenecek hususlar emri veren merciin emir vermeye yetkili olması, emri alan merciin ifa etmeye yetkili ve görevli olması ve emrin kanunda öngörülen şekle uygun olarak verilmiş olmasıdır¹⁴⁰¹. Emrin maddi yönden hukuka uygunluğu ise o emrin verilebilmesi için varlığı aranan sebep ve olguların, diğer bir deyişle kamu makamına o emri verme yetkisi tanıyan kanuni koşulların somut olayda oluşmuş olmasıdır¹⁴⁰². Diğer bir ifadeyle emrin maddi yönden hukuka uygunluğu, hangi hukuki neticenin hangi koşullarda gerekli görüldüğüne ilişkindir. Bu doğrultuda emrin hukuka uygunluğunun maddi yönden denetlenmesinin engellenmesi, yetkili merci tarafından verilen şeklen hukuka uygun bir emrin ifasıyla ortaya çıkacak neticenin

¹³⁹⁷ Mantovani, s. 245; Denetleme engelinin mutlak olmadığı hakkında bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 87.

¹³⁹⁸ Antolisei, s. 282, dn. 117.

¹³⁹⁹ Antolisei, s. 281; Bu konuda farklı görüşte olan Mantovani şekli hukuka uygunluğun denetiminin de bazı hallerde beklenemeyeceğini ileri sürmekte, şekli denetim emrin icrailiği (*esecutorietà*) ile ilgili olduğunda denetimin her zaman yapılabileceği ancak, emrin varlığı konusundaki değerlendirmenin bazen mümkün olmayacağını belirtmektedir. Bu son duruma örnek olarak hakimin hüküm verme yetkisinin niteliğini gösterir. Mantovani, s. 245.

¹⁴⁰⁰ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 326; Aynı yönde bkz. Demirbaş, s. 300-301.

¹⁴⁰¹ Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 87.

¹⁴⁰² Bettiol, s. 50-51; Mantovani, s. 238.

gerçekleştirilmesinin dayanağını oluşturan sebep ve olguların emri alan kişi tarafından tespit edilerek değerlendirilmeksizin veya yazılı olarak teyit edilmesini beklemeksizin hareket edilmesini gerektirir.

Denetleme yükümlülüğünün sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerine dahil olan bir emir örneği üzerinden açıklamak gerekirse, kolluk amirinin PVSK m. 16/4 uyarınca toplu kuvvet kullanılması sırasında kuvvetin derecesini ve aracı tayin ederek emir verme yetkisi bulunmaktadır. Bu doğrultuda kolluk amirinin PVSK m. 2/3-IX kapsamında kanunsuz gösteri yürüyüşünü dağıtmak amacıyla toplu olarak müdahale eden ekipteki kolluk görevlilerine göstericilere tazyikli su ile müdahale emri verebilmesi mümkündür. Dolayısıyla emrin konusunu oluşturan eylem kolluk amirinin konu bakımından yetkisi dahilindedir. Bununla birlikte kanunsuz gösteri yürüyüşünü dağıtmak amacıyla kullanılmak üzere takdir edilen kuvvetin ve emrin konusunu oluşturan eylemde kullanılacak aracın ölçülü olup olmadığının, somut olayda kullanılacak aracın veya başvurulacak eylemin emrin verilmesi yetkisinin dayanağını oluşturan sebep ve koşullara uygun olup olmadığının değerlendirilmesi emrin maddi yönden denetimini ilgilendirir. Bu doğrultuda, örneğin dağılmakta olan göstericilere oldukça yakın mesafede bulunan kolluk görevlilerine tazyikli su ile müdahale emri verilmesi halinde, kolluk amirinin konu bakımından yetkisi dahilinde olan müdahale etme emrinin içeriğini belirlerken takdir ettiği ölçünün hukuka uygunluk sınırını aşıp aşmadığını, “yürüyüşü dağıtmak veya suçluları yakalamak” amacına uygun olup olmadığını değerlendirmesi emri alan kolluk görevlisinden beklenmemektedir. Kolluk görevlilerinin derhal müdahale etmelerinin kamu güvenliği ve düzeni bakımından önemi göz önünde bulundurularak kanun koyucu tarafından emrin maddi yönden hukuka uygunluk denetimi engellenmiş, PVSK m. 2/3 uyarınca sözlü emre derhal itaat etme yükümlülüğü getirilmiştir. Somut olayda kolluk görevlileri çok yakın mesafede bulunduğu için tazyikli suyla müdahalenin yaralama neticesine yol açması halinde zor kullanma yetkisinde sınırın aşılması veya yaralama suçu bakımından emri veren amirin sorumlu olması gerekecektir¹⁴⁰³.

Türk hukukunda emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğü ve yetkisinin sınırlandırıldığı haller TCK m. 24/4’te ifade edildiği şekilde “*emrin*

¹⁴⁰³ Benzer olay örneğinde emrin hukuka uygun olması ihtimaline ilişkin değerlendirmeler için bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 396.

hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller” olarak gösterilmiştir. TCK m. 24/4’te ifade edilen hukuka uygunluğun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerin kapsamı, AY m. 137/3’te “*askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen haller*” olarak tarif edilmiştir. Benzer şekilde DMK m. 11’de de Anayasa hükmü tekrar edilerek “*acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen hallerde*” istisna olarak emrin hukuka uygunluk denetimi yapılmaksızın ifa edileceği açıkça düzenlenmiştir. Anılan hükümler doğrultusunda mevzuatta bu kapsama uygun şekilde düzenlenen hukuka uygunluk denetiminin engellendiği, diğer bir deyişle emrin maddi yönden hukuka uygunluğu denetlenmeksizin itaat etme yükümlülüğü doğuran hallere yer verilmiştir¹⁴⁰⁴. Bu haller öğretide “mutlak itaat” halleri¹⁴⁰⁵ veya “itaat yükümlülüğünün artırıldığı haller”¹⁴⁰⁶ olarak da adlandırılmaktadır. Gerek Anayasa gerekse TCK metninde atıfta bulunulan hukuka uygunluk denetimi yapılmasının sınırlandırıldığı haller veya mutlak itaat halleri askeri hukuk ve kolluk hukuku mevzuatındaki çeşitli hükümlerde yer almaktadır¹⁴⁰⁷.

bbb. Askeri Mevzuatta Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması

aaaa. Askeri Hukukun Temel Özellikleri

Devlet kendi varlığını ve ülkesinde yaşayanların huzur ve güvenliğini sağlamak amacıyla ordu ve milli savunma düzenine ihtiyaç duyar¹⁴⁰⁸. Bu düzene özgü kurallar askeri hukuk alanını oluşturur. Askeri hukuk kuralları önemli ölçüde milli savunma hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan ordu düzeninin işleyişini sağlamaya ve bu işleyiş için zorunlu olan askeri disiplinin tesisine yöneliktir¹⁴⁰⁹. Milli savunma hizmetinin ve askeri disiplinin bu özelliği nedeniyle askeri alanın

¹⁴⁰⁴ Buradan yola çıkılarak memurlar bakımından emrin hukuka uygunluk denetiminin sadece kanunla ve belli şartlar altında sınırlandırılabilceği hakkında bkz. Savaşçı Temiz, s. 149.

¹⁴⁰⁵ Demirbaş, s. 300; Mevzuatımızda bu hallerin AsCK m. 41 ile PYSK m. 2/3’te düzenlendiğine ilişkin olarak bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 153.

¹⁴⁰⁶ Burada mutlak itaate yaklaşacak şekilde itaat mecburiyetinin artırılmasının söz konusu olduğu hakkında bkz. Günel, “Askeri Münasebetlerde Emir...”, s. 195-196; Aynı yönde bkz. Erem/ Danışman/ Artuk, s. 562; Dursun, s. 239.

¹⁴⁰⁷ Demirbaş, s. 301; Erdoğan, s. 158-159.

¹⁴⁰⁸ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 1.

¹⁴⁰⁹ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 29-30.

kendine özgü kurallarının bulunduğu ve bu nedenle istisnai düzenlemelere yer verildiği Anayasa Mahkemesi tarafından açıkça vurgulanmıştır¹⁴¹⁰.

Askerlik ilişkisinin anılan özellikleri ve amaçları doğrultusunda emre itaatin diğer idari hiyerarşik ilişkilerdeki emre itaatten farklı olduğu ve bu nedenle farklı kuralların benimsenmesi gerektiği genel olarak kabul edilmişse de bu itaatin kapsamı ve sorumluluğa etkisi konusunda farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda askerlikte mutlak surette veya körü körüne itaatin geçerli olduğu ve emri ifa eden askerin mutlak sorumsuz olması gerektiği, emrin ifasının ağır suç veya hafif suç oluşturmaya göre itaat ilkesinin ve sorumluluk durumunun ayrılması gerektiği gibi farklı yaklaşımların benimsendiği görülmektedir. Başka bir yaklaşım askerlerin mutlak itaat yükümlülüğü ve sorumluluğu kuralının yalnızca savaş zamanına özgülenmesi ve barış zamanında mutlak sorumluluğun geçerli olmayacağı düşüncesini ileri sürmüştür. Başka bir görüşe göre ise askeri ilişkilerde de emre yalnızca hukuka uygun olması halinde itaat yükümlülüğünün söz konusu olabileceği, emrin hukuka aykırılığına kanaat getiren askerlerin itaatten kaçınması gerektiği savunulmuştur¹⁴¹¹. Görüldüğü üzere, askerlik ilişkisinde emre itaat yükümlülüğünün hangi esasa dayandırılacağı ve emri ifa eden askerlerin sorumluluklarının nasıl belirleneceği konusu, askerlerin hukuka aykırı olsa dahi her emre itaat etmekle yükümlü olan ve bu nedenle her zaman sorumsuz olan araçlara indirgenmesi ile her emrin hukuka aykırılığının ileri sürülebilmesini sağlayarak itaatsizliğe imkan verilmesi arasında bir orta yol izlenerek ele alınmıştır. Askeri faaliyetin koruduğu kamu güvenliği gibi kamusal menfaatlerin gerektirdiği askeri hiyerarşi ve disiplin ile hukuk devleti olmanın gerektirdiği idari işlemlerde hukuka uygunluk arasında bir dengenin gözetilmesi dikkate alınmıştır. Askeri faaliyetin yöneldiği milli savunma hizmeti kapsamı ve gerekleri kolayca belirlenerek sınırlandırılabilen bir hizmet

¹⁴¹⁰ “Askerlik Anayasa’da yeri olan bir müessesedir. (Anayasa Madde 60) Bu müesseseyi kendi Önem ve Özelliğinin getirdiği zorunluluklar ve sorunlarla birlikte kabul etmek gerekir. Nitekim aynı zamanda askerlik alanını da ilgilendiren kimi konularda, Anayasa, hizmetin gereklerini gözönünde bulundurarak ayrışik hükümler tanımak yoluna gitmiştir. 118., 125., 138. maddelerde olduğu gibi)” AYM, E. 1963/57, K. 1965/65, 27/12/1965, RG. 6.2.1967, S. 12520. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0b54c515-6da8-4a25-9d84-39cd29dc1e62?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 23.01.2020) Aynı yönde AYM, E. 1963/132, K. 1966/29, 28.06.1966, RG. 27.06.1967, S. 12632. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 23.01.2020) Karara ilişkin olarak ayrıca bkz. Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 30.

¹⁴¹¹ Görüşlerle ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Günel, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 123-124; Günel, “Askeri Münasebetlerde Emir...”, s. 172.

olmayıp, mevcut tehlikeye göre değişebilmektedir. Bu nedenle askeri hizmetin gerekleri ve kapsamının amirin emriyle belirlenebilmesi kural olarak kabul edilmiştir¹⁴¹². Bu kuraldan yola çıkılarak, askerlikte amirin gereğini takdir ederek yönelttiği emrine sorgulamaksızın veya denetlemeksizin itaat etmenin öneminin büyük olduğu söylenebilecektir. Emre itaatsizliğin askeri hizmetin aksamasına yol açacağı açıktır¹⁴¹³. Bu doğrultuda askeri hukuk mevzuatında emri alan askerin “*emrin uygun olmadığı, yanlış verildiği, yapılamayacağı ve benzeri şekillerde*” amirini alenen eleştirmesi veya amirine itiraz etmesi “*emri mütalaa etmek*” adı altında disiplinsizlik olarak kabul edilmiş ve yaptırıma bağlanmıştır¹⁴¹⁴.

Askeri hukuk mevzuatında emrin veriliş şekli ve emre itaatle ilgili kurallar diğer kamu görevlilerine yönelik mevzuattakinden sayıca fazla olup, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Askeri ilişkide astın amirlerine mutlak surette itaat etmek zorunda olduğu, aldığı emri vaktinde ve değiştirmeden ifa etmek zorunda olduğu (TSK İç Hizmet K. m. 10, m. 14) ayrı hükümlerde düzenlenmiştir. Bu çerçevede astın almış olduğu emri tartışmadan ve görüş bildirmeden ifa etmesi gerekir¹⁴¹⁵. Hatta astın emri aldıktan sonra kanuna aykırı olduğunu düşünmesi halinde dahi emre itaat yükümlülüğünün bulunduğu, emri ifa ettikten sonra şikayet imkanının bulunduğu kabul edilmiştir (TSK İç Hizmet Yön. m. 33). Emrin veriliş şekli ve askerlikte emir ilişkisinin özellikleri ayrıntılı olarak belirlenmiş; emrin uzun ve karışık olmaması ve ast tarafından not edilmesi veya tekrar edilmesi gerektiği (TSK İç Hizmet Yön. m. 32), verilen emrin ast tarafından anlaşıldığına kanaat getirilmesi, emrin astın anlayacağı ölçüde açık, kısa ve kesin olması gerektiği (TSK İç Hizmet Yön. m. 30) gibi hususlar mevzuatta açıkça düzenlenmiştir. Bu hükümler askeri hukuk alanında emir ilişkisinin önemine, emre itaatin katı kurallara bağlandığına işaret etmektedir. Yine askerlikte emre itaatsizlik oluşturan fiillerin daha geniş çerçevede yaptırıma bağlandığı, AsCK kapsamında suç (AsCK m. 87, 88) veya TSK Disiplin Kanunu

¹⁴¹² Demirağ, s. 665.

¹⁴¹³ Askeri hukukta kısa süreli bir gecikmenin bile büyük zararlara yol açabileceği hakkında bkz. Demirağ, s. 666.

¹⁴¹⁴ TSK Disiplin Kanunu m. 15/1-a, Kanun No. 6413, RG. 26.02.2013, S. 28561.

¹⁴¹⁵ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 111; Askeri hukukta TSK İç Hizmet Kanunu m. 20’de astların aldıkları emirleri değiştirmeksizin ifa etmekle yükümlü oldukları açıkça kurala bağlanmış, ancak somut olayın hal ve koşullarının gerektirmesi halinde veya emrin ifası bir tehlike ya da zarar meydana getirecek ise yeniden emir alma imkanının bulunmaması halinde astın emri değiştirerek yapmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu durumda değiştirilen emrin ifasından emri ifa eden ast sorumlu olur. Erdoğan, s. 162.

kapsamında disiplin suçu (disiplinsizlik) (TSK Disiplin Kanunu m. 19/1-a) olarak çeşitli hükümlere yer verildiği görülmektedir¹⁴¹⁶. Diğer yandan emri veren merciler bakımından da hizmete ilişkin olmayan hususlarda emir vermek TSK Disiplin Kanunu m. 18/1 uyarınca disiplinsizlik, astına suç yapmak için emir vermek AsCK m. 109 uyarınca suç olarak düzenlenmiştir.

bbbb. Askeri Hukukta İtaat Yükümlülüğü

Yukarıda yer verilen mevzuat hükümleri dikkate alındığında, askeri düzende hiyerarşik yapının daha katı kurallarla işlediği; askeri hiyerarşi içerisindeki kademelenmenin ve merciler arası ilişkilerin kanunda daha ayrıntılı olarak belirlenmiş olduğu görülmektedir. Askeri hukuk mevzuatında emir kavramı da ayrıca askeri faaliyetin özellikleri üzerinden tanımlanmış, emrin verilme şekli ayrıntılı olarak kanunda düzenlenmiş, emri verme yetkisi askeri mercilerin kendi iç işleyişindeki konumlarına göre amir ve üst olmak üzere farklı mercilere göre ayrı ayrı tayin edilmiştir. Benzer şekilde askeri hiyerarşi ilişkisinin özellikleri ve gerekleri doğrultusunda emre itaat yükümlülüğü de ayrıca kanunda tarif edilmiştir. TSK İç Hizmet Kanunu m. 14 uyarınca askeri ilişkide emir alan merciin (astın) itaat yükümlülüğünün kapsamı astın “*amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecbur*”¹⁴¹⁷ olduğu şeklinde belirlenmiştir. Yine TSK İç Hizmet Kanunu m. 13’te disiplin kavramının tanımına yer verilirken “*kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat*”ın varlığına atıfta bulunulmuştur¹⁴¹⁸. Bu hükümler askeri hukukta genel bir ilke olarak mutlak itaat yükümlülüğünün kabul edildiğine işaret etmektedir¹⁴¹⁹.

Askeri hiyerarşide benimsenen mutlak itaat yükümlülüğünün sonucu olarak ast amir veya üstünden aldığı bir emri içeriğini sorgulayıp tartışmaksızın derhal yerine

¹⁴¹⁶ Ayrıca bkz. Demirağ, s. 668.

¹⁴¹⁷ TSK İç Hizmet Kanunu metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf>

¹⁴¹⁸ TSK İç Hizmet Kanunu metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.4.211.pdf>

¹⁴¹⁹ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 173; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 126-127; Bu hükümler uyarınca askerlikte emre itirazsız itaat zorunluluğunun kabul edildiği hakkında ayrıca bkz. H. Ümit Kardaş/ Mehmet Çingir, **Askeri Ceza Kanunu Şerhi - I. Cilt (Madde 1-65)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014, s. 495.

getirmek zorundadır¹⁴²⁰. Bu doğrultuda mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu askeri hiyerarşideki emirlerin ifası, AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4’te atıfta bulunulan ve emri alan kişinin emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırlandığı istisnai hallerdendir. Zira askerler bakımından emre itaat yükümlülüğünün sonucu da Anayasa ve TCK’de getirilen emrin ifasına ilişkin genel kuraldan farklıdır. Buna göre AsCK m. 41/2’deki “*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.*” ve TSK İç Hizmet Kanunu m. 14/2’deki “*Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.*” hükümleri uyarınca askerlerin aldıkları emirlerin ifasından doğacak sorumluluk kural olarak emri verene yüklenmiştir. Bu kuralın istisnalarına da askeri hukuk mevzuatında yer verilmiş olup, sonraki bölümde istisnalar ayrıca ele alınmıştır.

Öncelikle askeri hukukta mutlak itaat hali olarak belirtilen hallerin, mutlak itaat teorisiyle ilgili olmadığına altı çizilmelidir. Mutlak itaat teorisinde emri alanın emrin hukuka uygunluğunu hiçbir yönüyle denetleme yetkisinin bulunmadığı, emri alan merciin her koşulda sorumsuz olacağı kabul edilmektedir. Burada ise emri alan askerin emri denetleme yetkisi tamamen ortadan kaldırılmış olmayıp, yalnızca içerik denetimi, diğer bir ifadeyle emrin maddi yönden hukuka uygunluğunun denetimi engellenmiştir¹⁴²¹. Emri alan asker her zaman emrin şeklen hukuka uygun olup olmadığını denetlemek ve şeklen hukuka aykırı emre itaat etmemek zorundadır¹⁴²². Askerlikte mutlak itaat ilkesi, astın aldığı her emre itaat etmek zorunda olmasını değil, aldığı emirleri mütalaa etmeksizin ve olumsuz bir düşünceye kapılmaksızın ifa etmesini içermektedir¹⁴²³.

Değindiği üzere, askeri hukukta emri veren merciin amir veya üst olması emir verme yetkisinin kapsamını değiştirmektedir. Bu doğrultuda TSK İç Hizmet K. m. 14 uyarınca emri veren merci “amir” ise, emri alan kişi emir verme yetkisinin olup olmadığını ayrıca araştırmak zorunda olmaksızın mutlak surette itaatle yükümlü olabilecektir de, eğer “üst” tarafından verilen bir emir var ise -üstler yalnızca kanun

¹⁴²⁰ Askeri hizmette gecikmeye yol açılmasına müsaade edilemeyeceği, bu doğrultuda emri mütalaa etmenin disiplinsizlik olarak kabul edildiği hakkında bkz. Demirağ, s. 666.

¹⁴²¹ Asker kişiler bakımından mutlak itaat teorisinin benimsendiğinin kabul edilemeyeceği görüşünde ayrıca bkz. Savaşçı Temiz, s. 119.

¹⁴²² Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 182; Savaşçı Temiz, s. 129.

¹⁴²³ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 70.

ve yönetmeliklerde gösterilen hallerde yetkili olduğu için- emri alan merciin emri veren üstün ayrıca kanun ve yönetmeliklerde gösterilen yetkili merci olup olmadığını da araştırması gerekecektir¹⁴²⁴. Dolayısıyla askeri mevzuat kapsamındaki emre itaat yükümlülüğü ve hukuka uygunluk denetimi emri veren makamın amir veya üst olmasına göre ayrı kurallara tabidir. Bu çerçevede emri alan asker emri veren merciin amir olduğunu tespit ettiğinde mutlak itaat yükümlülüğü doğmuş olacak, emri veren üst ise üstün emir yetkisini düzenleyen hükümlere başvurarak bu kapsamda üstün yetkili olup olmadığını ayrıca denetlemesi gerekecektir¹⁴²⁵. Üst tarafından verilen bir emir söz konusu ise mutlak itaat yükümlülüğünün yetkili olup olmadığının tespitine göre doğacağı ifade edilmektedir¹⁴²⁶. Bu noktada amir tarafından verilen emrin yetki bakımından ayrıca denetlenmesine ihtiyaç duyulmamasının amirin genel emir verme yetkisinden kaynaklandığını, kural olarak emri veren merciin yetkili olmasının şekli denetim kapsamında her zaman denetlenmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Mutlak itaat ilkesinin benimsendiği hallerde dahi emrin şeklen hukuka uygunluğu, diğer bir ifadeyle emri veren merciin yetkili olması, emri alan asker kişinin yetkili olması, emrin kanunda gösterilen şekil özelliklerini taşıması denetlenmek zorundadır¹⁴²⁷.

Askeri hukukta mutlak itaat yükümlülüğünün ve ona bağlı sorumsuzluğun söz konusu olması için emri veren merciin yetkisi dışında, emrin hizmete ilişkin olup olmadığı da ayrıca denetim konusu olacaktır¹⁴²⁸. Askerlikte emri alan kişinin emrin hizmete ilişkin olup olmadığını denetlemesi genellikle emrin şekli hukuka uygunluğu kapsamında ele alınmakta, bu nedenle aşağıda belirtilen mutlak itaat hallerinde, diğer bir deyişle emrin denetiminin sınırlandırıldığı istisna hallerinde dahi denetlenmesinin gerekli ve zorunlu olduğu ifade edilmektedir¹⁴²⁹. Emrin hizmete ilişkin olup olmadığı emri alan merciin görevi kapsamında olup olmadığına ilişkin olduğu için şeklen hukuka uygunluk denetimi kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴³⁰. Bununla birlikte

¹⁴²⁴ Önder, s. 235; İçel, s. 337; Kardaş/ Çıngı, s. 334.

¹⁴²⁵ Demirbaş, s. 301; Bu kapsamda üstün emir verme yetkisinin düzenlendiği TSK İç Hizmet Kanunu m. 23 ve 24 hükümleri dikkate alınabilir. Bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 146.

¹⁴²⁶ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 177.

¹⁴²⁷ Demirel, Amirin Emri, s. 156; Demirbaş, s. 301; Günel, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 661.

¹⁴²⁸ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 177; Günel, “Askeri Münasebetlerde Emir...”, s. 173.

¹⁴²⁹ Dönmezer/ Erman, 1999, s. 94; Savaşçı Temiz, s. 129-130; Duran, Askeri Disiplin Hukuku, s. 206-207.

¹⁴³⁰ Demirel, Amirin Emri, s. 156; Zafer, Genel Hükümler, s. 459.

öğretideki diğer bir görüşe göre, askeri mevzuattaki mutlak itaat hallerinde engellenen hukukilik denetimi emrin hizmete ilişkin olup olmadığının araştırılmasını da kapsamaktadır. Bu görüşe göre mutlak itaat halleri söz konusu olduğunda emri alan merci, amiri tarafından verilen emrin hizmete ilişkin olup olmadığına bakmaksızın yerine getirmekle yükümlüdür¹⁴³¹. Bu kapsamda emrin hizmete ilişkin olup olmadığının tespit edilmesinin emrin içerik yönünden denetlenmesi anlamına geldiği, emri alan askerin hizmete ilişkin olduğunu denetleyerek ona göre ifa etmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁴³². Kanaatimizce emrin hizmete ilişkin olması görevle ilgili olup, emrin hizmete ilişkin olup olmadığı her halde denetlenerek tespit edilmek zorundadır. “Hizmete ilişkin emir” TSK İç Hizmet Kanunu’nda m. 6’da tanımlanmakta, AsCK m. 12’de ise hizmet kavramı, “*Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması hali*” olarak açıklanmaktadır. Bu çerçevede askeri hukukta emrin hizmete ilişkin olup olmadığı, ilgili bölümdeki açıklamalarda yer verilen “hizmete ilişkin emir” kavramının mevzuat ve içtihatla öngörülen tanımı ve kapsamı doğrultusunda somut olayda değerlendirilerek tespit edilmelidir.

Son olarak, askeri hukuk mevzuatında öngörülen mutlak itaat yükümlülüğünün hukuka aykırı emri alan merciin sorumluluğuna etkisiyle ilgili bazı tartışma konularına değinmek yerinde olacaktır. Bu konuda tartışılan ilk husus mutlak itaat hallerine yönelik istisnanın varlığını öngören hükümlerde (AY m. 137/3, TCK m. 24/4) atıfta bulunulan hallerin askeri hukuk mevzuatında karşılığının bulunup bulunmadığıyla ilgilidir. Öğretide ağırlıklı görüş, askeri mevzuattaki mutlak itaat hallerinde AY m. 137/1 hükmünde yer alan, emrin hukuka aykırı olması halinde emri alan merciin emri veren mercie durumu bildirerek emrin yazılı tekrarını alabileceğine ilişkin kuralın uygulanamayacağını, AY m. 137/3 hükmünün konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emrin istisnası olduğunu kabul etmektedir¹⁴³³. Askeri hukuk mevzuatındaki mutlak itaat yükümlülüğünü içeren ve mutlak itaat halinde

¹⁴³¹ Bu yönde bkz. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 344-345; Özgenç, Genel Hükümler, s. 491; Karşı yönde görüş için bkz. Savaşçı Temiz, s. 130.

¹⁴³² Bu konuda ayrıca, mutlak itaat hallerinde emri alan merciin görevi kapsamında olup olmadığını değerlendirirken şekli denetim kapsamında askeri hizmete ilişkin olup olmadığının da denetleneceği belirtilmiştir. Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 151, 156.

¹⁴³³ Bkz. Savaşçı Temiz, s. 132; Erdoğan, s. 158; Duran, Askeri Disiplin Hukuku, s. 207; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 576-577.

emri ifa eden kişilerin sorumlu tutulamayacağını öngören hükümler (TSK İç Hizmet K. m. 14, AsCK m. 41/2) uyarınca askeri mevzuat kapsamında verilen hizmete ilişkin emirler AY m. 137/3 ile TCK m. 24/4'te belirtilen istisnalardandır. Aynı şekilde TSK İç Hizmet Yön. m. 33'te, AsCK m. 41/B'de öngörülen hal hariç, emri alan askerlerin emrin kanun ve nizamlara aykırı olduğu kanaatine varması halinde dahi emri ifaya mecbur oldukları, emrin kanun ve nizama aykırılığını emri ifa ettikten sonra şikayet ederek bildirmesi gerektiğine ilişkin düzenlemenin de bu görüşü destekler nitelikte olduğunun altı çizilmektedir¹⁴³⁴. Zira bu hükümle askerlikte emri alan merciin emrin hukuka aykırı olduğu kanaatine vardığında AY m. 137/1 uyarınca durumu emri veren mercie bildirerek yazılı olarak tekrarını isteme yoluna gitmek yerine emri ifa ettikten sonra şikayet etmesi usulü öngörülmüştür. Bu görüşün yanı sıra öğretime, askeri hukuk mevzuatında emrin hukuka aykırılığı halinde üst merciden yazılı ısrar alınmasına ilişkin bir kurala yer verilmediği, yalnızca TSK İç Hizmet Yön. m. 33'te yer verilen şikayete ilişkin hükmün¹⁴³⁵ bu kapsamda değerlendirilebileceği de ileri sürülmektedir. Bu durumda AY m. 137/3'te atıf yapılan askeri mevzuattaki istisna hallerinin tek örneğinin bu konudaki yönetmelik hükmü olduğu göz önünde bulundurulduğunda, askeri hukukta “kanunlarda” düzenlenen herhangi bir açık hükmün bulunmadığına dikkat çekilmiştir. Bu nedenle askeri hukuk mevzuatında AY m. 137/3'teki atfı karşılayan bir istisna halinin yer almadığı ifade edilmektedir¹⁴³⁶.

Askeri hukukta mutlak itaat hallerinin ceza sorumluluğuna etkisiyle ilgili diğer bir tartışma konusu askeri mevzuattaki mutlak itaat yükümlülüğünün, konusu suç oluşturan emirleri kapsayıp kapsamadığına yöneliktir. Bu konuda öğretime farklı yönde görüş ve açıklamalara yer verilmiştir. Bir görüş, emrin konusunun suç oluşturmaması halinde hizmete ilişkin bir emirden söz edilemeyeceği, hizmete ilişkin

¹⁴³⁴ Anayasa hükmündeki bu istisna nedeniyle askerlerin diğer memurlar gibi hukuka aykırı emre karşı itiraz etme yoluna başvurması mümkün değildir. İtaat ettikten sonra şikayet etme yolu öngörülmüştür. Duran, Askeri Disiplin Hukuku, s. 207.

¹⁴³⁵ TSK İç Hizmet Yön. Madde 33: “Emirlerin, hizmete mütaallik olması (Silâhlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu madde 8 ve 16) ve kanun ve nizamları ihlâl etmemesi şarttır. Ancak, Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder.

Amirin verdiği emir Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren hallere mütaallik ise emir ifa olunmaz ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire malûmat verilir. Bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyet ast'a aittir.”

¹⁴³⁶ Bu yönde bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 150; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 201-202.

olmayan emirlerin mutlak itaat kapsamında ifa edilmeyeceğini belirtmektedir¹⁴³⁷. Değinildiği üzere, öğretideki görüşler tarafından ağırlıklı olarak, konusu suç oluşturan hukuka aykırı emirlerin ifa edilemeyeceğine ilişkin kuralın istisnasının bulunmadığı kabul edilmekte, askeri hukuk mevzuatındaki emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde dahi emrin konusunun suç oluşturmaları halinde ifa edilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁴³⁸. Bu konuda diğer bir görüş ise, AsCK m. 41/2 uyarınca emrin konusunun suç oluşturmaları halinde dahi emri alan astın mutlak surette itaatle yükümlü olduğunu ve AsCK m. 41/3'te gösterilen istisnalar hariç olmak üzere mutlak itaat yükümlülüğünün emrin ifasının suç oluşturmalarını da kapsadığını kabul etmektedir¹⁴³⁹. Bu konuda ayrıca, hizmete ilişkin emrin suç teşkil etmesi halinde astın sorumsuzluğunu düzenleyen AsCK m. 41 hükmünün emrin konusunun suç oluşturmaları halinde dahi ifa edilebileceğine izin verir nitelikte olması nedeniyle, konusu suç olan emrin ifa edilemeyeceğini öngören Anayasa hükmüne aykırı olduğu belirtilmiştir¹⁴⁴⁰. Öğretide, AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4'teki düzenlemelerle askeri hukuktaki mutlak itaat hallerinin konusu suç olan emre itaat yükümlülüğünün bulunmadığı kuralının istisnası olduğu şeklinde anlaşılmaya müsait bir düzenlemenin yaratıldığı eleştirilmiş, her ne kadar maddede konusu suç oluşturan emre ilişkin hükmün mutlak itaat hallerinden önce yer almasının aralarında kural-istisna ilişkisi bulunduğunu düşündürebilecekse de bu yönde yorumlamanın hukuk devletinde kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır¹⁴⁴¹. Bu konuda öğretide ayrıca mutlak itaat halinde emri ifa eden astın sorumsuzluğunun sınırına ilişkin AsCK kuralının “görev ve hizmetin kapsamında kalan ve konusu suç tanımına uyan” eylemleri yönelik emirleri içerecek şekilde anlaşılması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁴⁴².

¹⁴³⁷ Savaşçı Temiz, s. 131; Bir hukuk devletinde suç oluşturan emrin hizmet gereği olarak verildiğini kabul etmenin mümkün olmadığı hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 492.

¹⁴³⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 313; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 578; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 409; Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 150; Hakeri, s. 364.

¹⁴³⁹ Aydın, “Askeri Hizmetlerin İfasında...”, s. 58.

¹⁴⁴⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 492; Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 345; Hakeri, s. 365.

¹⁴⁴¹ Bu doğrultuda AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4 hükümlerinin gözden geçirilmesi önerilmiştir. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408-409.

¹⁴⁴² Bazı görevler konusu suç tanımına uyan eylemlerin emredilmesini gerektirebileceği için emrin ifasından sorumluluğa ilişkin kural bakımından emrin görev ve hizmetin gereği olup olmadığı önemlidir. Zafer, Genel Hükümler, s. 459.

Kanaatimizce, genel olarak mutlak itaat hallerinde emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunun bulunmaması denetleme yetkisi sınırlandırıldığı için somut olayda suç oluşturduğu tespit edilemeyen eylemleri içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Burada, aldığı emir şeklen görevi kapsamında bir eylemi içermesine rağmen, o eylemin gerçekleştirilmesine izin veren kanuni sebep ve koşullara uygun olduğunu (diğer bir ifadeyle eyleminin maddi yönden hukuka uygun olarak ortaya çıkacağını) değerlendiremeyen astın ifa ettiği emrin suç oluşturması halinde ceza sorumluluğunun bulunmadığı düzenlenmektedir. Bununla birlikte buradaki sorumsuzluğun her zaman geçerli olmadığı, astın sorumsuzluğunun sınırlarının da bulunduğu kabul edilmiştir. AsCK m. 41’de mutlak itaat hallerinde emri ifa eden astın sorumsuzluğunun sınırları ayrıca gösterilmiştir.

cccc. Askeri Hukukta Mutlak İtaat Yükümlülüğünün Sınırı

Askeri hukukta emri alan merciin emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetki ve yükümlülüğünün sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde ceza sorumluluğuna ve bunun sınırlarına AsCK m. 41’de yer verilmiştir¹⁴⁴³. Maddenin ikinci fıkrasında *“Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.”* ifadesiyle kural olarak ceza sorumluluğunun emri ifa eden kişiye ait olmadığına, devamında üçüncü fıkrafta ise *“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 müteallik olduğu kendisince malum ise.”* şeklindeki düzenlemeyle emri alan astın mutlak itaat yükümlülüğü dışında kalan ve kendisinin de sorumlu olacağı hallere yer verilmiştir. AsCK m. 41/3’ün A ve B bentlerinde öngörülen haller emri alan merciin emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırılmış olduğu mutlak itaat hallerinde dahi sorumlu olacağı istisnaları belirtmektedir¹⁴⁴⁴. Diğer bir ifadeyle bu bentlerde askerlikteki mutlak itaat yükümlülüğüne bağlı sorumsuzluğun sınırları gösterilmektedir. Emrin maddi yönden denetiminin engellendiği mutlak itaat hallerinde, aldığı emrin maddi yönden hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi

¹⁴⁴³ Demirel, Amirin Emri, s. 153; Bununla birlikte öğretide AsCK m. 41’in yürürlükte olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür: Askeri ceza hukukundaki emirler bakımından emrin ifasına ilişkin AsCK hükümleri yerine TCK m. 24’ün uygulanacağı görüşü için bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 145; Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 37-38, 90; Emrin ifasına ilişkin m. 41/2’de TCK m. 24/4’teki hallerin karşılığının yer aldığı görüşünde bkz. Demirağ, s. 140.

¹⁴⁴⁴ Mutlak itaatin sınırlandırıldığı hallerin AsCK m. 41’de yer aldığı hakkında bkz. Erdoğan, s. 160.

bulunmayan astın ifa ettiği emrin suç oluşturması halinde sorumluluğunun bulunmayacağı kuralı, AsCK m. 41/3'ün A ve B fıkralarındaki iki durumda uygulanmayacak, emri ifa eden ast emri veren amir veya üstle birlikte sorumlu olacaktır. TSK İç Hizmet Yönetmeliği m. 33/2'de yer alan “*Amirin verdiği emir Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümülüne giren hallere mütaallik ise emir ifa olunmaz ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire malûmat verilir. Bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyet ast'a aittir.*”¹⁴⁴⁵ hükmüyle mutlak itaat hallerinde dahi ifa edilmeyecek emirlerin ifasından astın sorumlu olacağının altı çizilmiştir.

Askeri ceza hukukunda mutlak itaat yükümlülüğü altındaki astın emrin ifasından sorumlu olacağı hallerden ilki AsCK m. 41/3-A bendinde emrin sınırlarının aşılması olarak gösterilmiştir. Burada öncelikle sınırın aşılmasına ilişkin düzenlemenin TCK m. 27'den farklı olduğuna dikkat çekilmelidir. TCK m. 27/1'de yer alan hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hükmü hukuka uygunluk nedeninin ölçülülük dışındaki koşullarının somut olayda oluşmuş olması halinde uygulanabilecekken¹⁴⁴⁶, burada emrin suç oluşturması haline ilişkin bir düzenleme getirilmiştir¹⁴⁴⁷. Bu kapsamda, AsCK m. 41'de emrin sınırının aşılması halinde emri ifa eden ve emri veren kişilerin birlikte fail olarak sorumlu tutulacağının öngörülmüş olmasının bu maddedeki emrin hukuka uygun bir emri içermediğini gösterdiği, hukuka uygun bir emrin ifası halinde emri veren kişinin birlikte fail olmasının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir¹⁴⁴⁸. Dolayısıyla astın aldığı bir emir suç oluşturuyorsa, emrin ifası sırasında emrin sınırlarını kasten veya taksirle aşan ast işlediği suçtan dolayı emri verenle birlikte sorumlu olacaktır¹⁴⁴⁹. Burada sınırın kasten veya taksirle aşılmasına bağlı olarak sorumluluğun azalmasına imkan verilmemiş, faile her iki ihtimalde de tam ceza verilmesi öngörülmüştür¹⁴⁵⁰. Konusu suç oluşturmayan bir emrin ifası sırasında sınırı aşan ast, verilen emrin sınırının dışına çıkılması nedeniyle emre itaatsizlik suçundan sorumlu olacak, eğer emrin

¹⁴⁴⁵ <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=5905&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonnetmeliği&mevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 02.02.2021)

¹⁴⁴⁶ Zafer, Genel Hükümler, s. 435.

¹⁴⁴⁷ Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 902.

¹⁴⁴⁸ Aydın, “Askeri Hizmetlerin İfasında...”, s. 59.

¹⁴⁴⁹ Günal, “Askeri Münasebetlerde Emir...”, s. 197; Kardaş/ Çingı, s. 335.

¹⁴⁵⁰ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 180.

sınırını aşarak farklı bir suçun neticesine yol açıtıysa bu suçtan da ayrıca ceza alacaktır¹⁴⁵¹.

Askeri Ceza Kanunu m. 41/3'te emri alan astın suç oluşturan emrin ifasından sorumlu olacağı diğer bir hal olarak astın emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesi gösterilmiştir. Emri alan ast, emir hizmete ilişkin ve şeklen hukuka uygun olduğu sürece içeriğini sorgulamaksızın mutlak itaatle yükümlü olduğu için, emrin suç işlemek amacıyla verildiğinden veya suç oluşturacağından şüphelenmiş olsa dahi emri ifa etmekle yükümlüdür. Emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin kesin olarak bilinmediği hallerde astın aldığı emri ifa etmesi gerekir¹⁴⁵². Bu doğrultuda esasen suç oluşturan bir emrin ifası ast suç işlemek amacıyla verildiğini bilmiyorsa zorunludur ve ifasından sorumlu tutulmayacaktır¹⁴⁵³. Kanun koyucu mutlak itaat halinde dahi ceza sorumluluğunun doğacağı sınırı emri alan kişinin suç işlenmesi amacına yönelik kişisel bir bilgisinin varlığını ölçüt olarak belirlemiş, böylece emri alan kişinin somut olayda emri veren amir veya üstün suç işleme amacına yönelik bilgisinin bulunup bulunmadığına ilişkin subjektif bir değerlendirmeyi esas almıştır¹⁴⁵⁴. Maddede emrin ifasının suç oluşturduğunun anlaşılabilir olması veya açık olması gibi objektif olarak tespit edilmesi gereken bir ölçüt getirilmemiştir¹⁴⁵⁵. Öğretide bir görüş, anılan hükmün açık hukuka aykırılık sisteminin benimsendiğini gösterdiğini ifade etmekteyken¹⁴⁵⁶, bazı görüşler hükmün bu şekilde düzenlenmiş olmasını eleştiriyile karşılamıştır. Zira emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmemesine rağmen veya emri veren merciin suç işleme amacı bulunmasa dahi, verilen emrin konusunun

¹⁴⁵¹ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 180; Günel, "Askeri Münasebetlerde Emir...", s. 197.

¹⁴⁵² Savaşçı Temiz, s. 131; Günel, "...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", s. 664; Ast emrin kanuna uygun olduğunu kabul etmek zorunda olduğu için suç işlemek amacıyla verildiği konusundaki şüphesi cezalandırılması için yeterli değildir. Bkz. Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 181; Ast amirinden aldığı emrin kanuni olduğunu varsaymak zorunda olup, kanuni olmadığı hususunda yalnızca şüpheye düşmüş olması cezalandırılmaması için yeterli değildir. Kardaş/ Çıngı, s. 335.

¹⁴⁵³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 492-493; Bu ifade şekline göre emrin konusu açıkça suç oluştursa dahi emri alan ast suç işlemek için verildiğini bilmiyorsa sorumlu tutulamayacaktır. Bkz. Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 181; Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 903.

¹⁴⁵⁴ Buna "bilinen hukuka aykırılık" sistemi adı verilebileceği hakkında bkz. Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 181; Esasen AsCK m. 41 1872 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin bazı nüanslar içeren bir tercümesi olup, anılan maddede subjektif ölçütün benimsenmiş olması Alman hukukunda da eleştiriyile karşılanmıştır. Anılan madde, 1957 yılında hukuka aykırılığın biliniyor olması veya içinde bulunulan koşullarda açık olması halinde savunma oluşturmayacağı şeklinde değiştirilmiştir. Alman hukukundaki eleştiriler ve değişikliklerle ilgili olarak bkz. Bozbayındır, s. 131-133.

¹⁴⁵⁵ Günel, Yetkili Merciiin Emri İfa, s. 128; Demirel, Amirin Emri, s. 159; Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 181.

¹⁴⁵⁶ AsCK'nın astın sorumluluğuyla ilgili olarak açık hukuka aykırılık sistemini benimsediği görüşü için bkz. Çetinkaya, s. 338-339.

suç oluşturduğu açıkça anlaşılır olabilir. Emrin suç işlemek amacıyla verilmesiyle emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşılır olması aynı durumlar değildir¹⁴⁵⁷. Bu konuda öğretilde, emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşılması gibi objektif bir ölçütün yeterli olması gerektiği, emri alan askerin emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmesini bir koşul olarak aramanın yerinde olmadığı ifade edilmiştir¹⁴⁵⁸. Bu doğrultuda kanun metninde emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşılmasını içerecek şekilde bir değişiklik yapılması gerektiği vurgulanmıştır¹⁴⁵⁹. Öğretilde ayrıca, AsCK m. 41 kapsamında subjektif ölçütün yanı sıra objektif ölçütün de değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre hem emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşıldığı hallerde hem de emri veren amir veya üstün suç işleme amacının bulunduğu emri alan tarafından bilindiği hallerde emrin ifasından sorumlu olunması gerekir¹⁴⁶⁰. Bu doğrultuda suç oluşturduğu açıkça anlaşılan, konusu apaçık suç oluşturan emirlerin mutlak itaat yükümlülüğünün sınırını oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁴⁶¹. Görüldüğü üzere öğreti tarafından emrin açıkça hukuka aykırı olması veya açıkça suç oluşturma şeklindeki objektif ölçüt, kanun metninde yazılı olmasa da, mutlak itaat yükümlülüğünün sınırı olarak kabul edilmekte ve somut olayda aranan bir husus olarak zikredilmektedir. Emrin açıkça suç oluşturma Yargıtay kararlarında da bazı hallerde dikkate alınmaktadır¹⁴⁶². Yargıtay kararlarında emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinip bilinmediği ölçütü ise emri alan astın yaşı, eğitimi, mesleki bilgileri ve hiyerarşik konumu gibi

¹⁴⁵⁷ Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 493.

¹⁴⁵⁸ Demirel, Amirin Emri, s. 160.

¹⁴⁵⁹ Bu konuda kanun değişikliğine gidilerek hizmete ilişkin olmayan emrin suç teşkil ettiğinin açık seçik anlaşılması halinde astın emre itaat etmek zorunda olmadığına öngörülmesi, böylece objektif ölçütün benimsenmesinin gerektiği görüşü için bkz. Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", s. 83; Demirel'e göre de emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin tespiti ve ispatı zor olduğu için yabancı hukuklarda ve uluslararası hukukta yer alan hükümlere uygun bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır. Bu kapsamda yazar "maksadın bilinmesi" yerine "açıkça hukuka aykırılık" koşulunun madde metnine dahil edilmesini önermektedir. Ayrıntılı değerlendirme ve öneri için bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 161-162.

¹⁴⁶⁰ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 182; Günel, "Askeri Münasebetlerde Emir...", s. 198.

¹⁴⁶¹ Bu yönde Savaşçı Temiz, s. 132; Erdoğan, s. 162; Günel, "...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", s. 662; Demirbaş, s. 302; Parlar/ Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, s. 419.

¹⁴⁶² "Bu genel açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde, amir konumunda olan sanığın astı olan acemi er Ali'ye rütbe ve memuriyetinin nüfuz ve yetkisinden cesaret alarak mağdurun koltuk altına kolonya döküp yakması hususunda emir verdiği, konusu açıkça suç teşkil eden bu emir üzerine Ali'nin emrin gereğini yerine getirerek hem rütbe olduğu mağdurun bedenine zarar veren müessir fiil suç kastıyla gerçekleştirdiği" (As. Yar. 1. Daire, 15.11.2000, 2000/724-721 E. K.) Yayınlanmamış karar metni için bkz. Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 151, dn. 243. "olay günü ortaya koydukları davranışlar itibarıyla planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek konusu suç teşkil ettiği açıkça anlaşılan emirler doğrultusunda ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerin(...)" Yar. 16. CD. E. 2019/5507, K. 2019/6582, T. 16.10.2019.

özellikleri çerçevesinde denetlenmekte, suç işlemek amacıyla verildiğini bilebilecek durumda olup olmadıkları dikkate alınmaktadır¹⁴⁶³.

Sonuç olarak, AsCK m. 41/2 uyarınca, emrin hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde emri ifa eden kişinin ortaya çıkan suçtan sorumlu tutulmaması kural olarak kabul edilmiştir. Bu hükümdeki, emri ifa eden astın sorumlu olmayacağı kuralının istisnaları yine aynı maddede (AsCK m. 41/3) emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesi ve emri alan kişinin emrin sınırını aşarak suç işlemesi olmak üzere iki hal olarak gösterilmiştir. Mutlak itaat halleri kapsamında ceza sorumluluğunun emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesi koşuluna bağlanmasının yanı sıra kanunda yer almasa da emrin açıkça suç oluşturup oluşturmadığının da dikkate alındığı görülmekte, “emrin açıkça hukuka aykırılığı teorisinin” öğreti ve içtihadı etki eden bir yaklaşım olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Her ne kadar askeri hukuk mevzuatındaki mevcut hükümlerden açık hukuka aykırılık teorisinin benimsenmiş olduğu çıkarılamasa da, hükümlerin uygulanmasında öğreti ve içtihadın askeri emrin ifasıyla oluşan suçtan dolayı emri alan astın sorumsuzluğunun sınırının belirlenmesinde emrin açıkça suç oluşturması veya açıkça hukuka aykırı olması ölçütlerine başvurduğu tespit edilmektedir. Kanaatimizce emrin açıkça hukuka aykırı olması şeklindeki objektif ölçütün dikkate alınması uluslararası hukuktaki ve diğer ulusal mevzuatlarda benimsenen yaklaşıma daha uygundur¹⁴⁶⁴. Bu doğrultuda askeri ilişkide emri alan mercinin emre mutlak itaat yükümlülüğünden kaynaklanan sorumsuzluğunun sınırı emrin “suç işlemek amacıyla verildiğinin biliniyor olması veya emrin suç oluşturacağının açık olması” olmak

¹⁴⁶³ “Suç tarihinde asteğmen olarak zorunlu askerlik hizmetlerini yapmakta olan, örgütsel irtibatları 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 amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğunu bilebilecek durumda olmadıklarına yönelik kabul ve değerlendirmede isabetsizlik görülmemiştir.” Yar. 16. CD. E. 2019/4899, K. 2019/6635, T. 6.11.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>); “tatbikat yapılacağı gerekçesiyle EDOK Komutanının hürriyetinin tahdit edilmesi eyleminde ambulans şoförlüğü yapmak ve yanında refakat etmekten ibaret fiillerinde, yaşları, mesleki bilgileri, olayın gerçekleştiği yer ve zaman itibarıyla, verilen emirleri hizmete müteallik olmadığını ve bir suç işleme amacıyla verildiğini bilebilecek durumda olmadıklarına ilişkin savunmalarının aksinin ispat edilmediği gibi, suçun manevi unsurunun gerçekleştiğine dair her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan (...)” Yar. 16. C.D. E. 2019/5423, K. 2019/5501, T. 23.9.2019. (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁴⁶⁴ Emrin hukuka açıkça aykırılığını “manifest unlawfulness” ölçütü olarak almanın Türk hukukunda askeri emrin ifasına ilişkin kuralları Roma Statüsü’yle uyumlu hale getireceğine ilişkin olarak bkz. Bozbayındır, s. 133; Ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 161, 162.

üzere iki ölçütü barındıracak şekilde düzenlenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz¹⁴⁶⁵. Zira emrin suç oluşturduğu somut olayın koşulları içerisinde açık olmasa dahi emri alan astın suç işlemek amacıyla verildiğine yönelik şahsi bilgisinin bulunması da mümkündür. Bu durumda emri alan astın emrin suç oluşturduğunun objektif olarak açıkça anlaşılır olmaması nedeniyle, aslında suç işleme amacına hizmet edecek şekilde hareket etmesine rağmen emre itaat yükümlülüğünü ileri sürerek ceza sorumluluğundan kurtulması söz konusu olabilecektir. Her ne kadar emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından biliniyor olduğunun ispatı zor olsa da¹⁴⁶⁶ veya emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin biliniyor olduğu ortaya çıktığında iştirak hükümleri çerçevesinde astın sorumlu tutulabileceği ileri sürülebilecekse de, maddede suç işleme amacının biliniyor olmasının bir ölçüt olarak belirlenmesi emri alan merciin suç işleme amacını biliyor olup olmadığının araştırılması gerektiğini ortaya koyması açısından önemlidir.

ccc. Kolluk Mevzuatında Denetleme Yetkisinin Sınırlandırılması

aaaa. Kolluk Hukukunda İtaat Yükümlülüğü

Kolluk görevlilerinin faaliyetleri sırasında aldıkları emirlere itaat yükümlülüklerine ve emirlerin ifasından sorumluluklarına ilişkin kurala PVSK m. 2/2’de yer verilmiş, maddede AY m. 137’de yer alan genel kural tekrar edilmiştir¹⁴⁶⁷. Madde uyarınca, kolluk faaliyetleri kapsamında bir kolluk görevlisinin üst merciden almış olduğu emri kanuna aykırı bulması halinde üst mercie bildirme yükümlülüğü bulunur. Üst merciin yazılı ısrarı üzerine emre itaat yükümlülüğü doğacaktır¹⁴⁶⁸. Dolayısıyla diğer kamu görevlileri gibi kolluk görevlileri bakımından da kural olarak, aldıkları emrin hukuka uygunluk denetimini yapma yetki ve yükümlülüğü

¹⁴⁶⁵ Bu yönde öneri için karşı. Demirel, Amirin Emri, s. 161-162.

¹⁴⁶⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 161-162.

¹⁴⁶⁷ PVSK m. 2/2: “Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.”

¹⁴⁶⁸ Yazılı yinelenen emir hukuka aykırı olsa da kolluk görevlisi yerine getirmek zorundadır. İçel, s. 337.

vardır¹⁴⁶⁹. Yine AY m. 137/2'ye uygun şekilde emrin konusunun suç oluşturmaması halinde emri ifa etme yükümlülüğünün bulunmayacağı kuralı da PVSK'de tekrar edilmiştir. Bu doğrultuda kolluk faaliyeti içerisinde verilen emirlerde de emrin hukuka hem şekil hem de içerik olarak uygunluğunun, bu kapsamda konusunun suç oluşturup oluşturmadığının denetlenmesi gerektiği kural olarak kabul edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte kolluk faaliyetinin bazı durumlarda acele müdahaleyi gerektirmesi nedeniyle emrin hukuka uygunluk denetiminin ve yazılı tekrar mekanizmasının işletilmesinin yerinde olmadığı da göz önünde bulundurulmuştur. Bu amaçla kanun koyucu zaman içerisinde, kolluk mevzuatında Anayasa hükmünde benimsenen genel kuralın istisnalarına yer vermeye yönelik bazı hükümler getirmiştir. Getirilen ilk düzenleme PVSK'nin 2. maddesinin B bendine eklenen *“Polisin göreceği vazifelerde, selahiyettar amir tarafından verilecek emirlerde Memurin Kanunu'nun 40. maddesi hükmünün cari olmadığı”* hükmü olmuştur. Bu yolla, o dönem yürürlükte olan Memurin Kanunu m. 40'ta yer verilen ve günümüz AY m. 137'nin karşılığı olan 1961 Anayasası m. 125'teki genel kuralı tekrar edecek şekilde, emrin hukuka aykırı olması halinde emri veren mercie bildirerek ısrarı halinde ifa edileceğini, konusu suç oluşturan emirlerin ise bunun dışında kalarak hiçbir zaman ifa edilemeyeceğini düzenleyen hükmün uygulanması engellenmişti¹⁴⁷⁰.

Anılan PVSK m. 2 hükmü 1963 yılında AYM tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararında AYM, PVSK m. 2-B'nin konusu suç olan emrin ifa edilmeyeceğine ilişkin Memurin Kanunu m. 40 hükmünü devre dışı bırakmasının, suç oluşturan emirlere itaat yükümlülüğünün bulunduğu anlamına geleceğini ve bunun 1961 Anayasası'nın 125. maddesine aykırı olduğunu gerekçe göstermiştir¹⁴⁷¹. AYM'nin bu görüşüne karşı olarak gerek öğretide gerekse kararın

¹⁴⁶⁹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96.

¹⁴⁷⁰ Günal, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 129.

¹⁴⁷¹ *“Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendinin ikinci cümlesi, kanuna, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Komisyon raporunda bu hükmün gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir.*

(Polisin Selâhiyetli âmirleri tarafından verilecek emri derhal infaz etmeleri vazifelerinin ehemmiyet ve müstaceliyet noktasından müteazem bulunduğundan Memurin Kanununun 40. maddesinde mevcut ve âmirin vereceği emre müteallik umumi hükümlerin polis vazifelerinde cari olmayacağı kaydolunmuştur. Şu kadar ki polis âmirlerinin vereceği bir emrin sarîh ve fahiş bir surette kanunsuzluğu anlaşılabilir hususlardan olmaması pek tabii olup, maddeye ilâve edilen fıkra ile bu kabil açık surette takdiri mümkün olan kanunsuzluklardan dolayı mahza âmirden emir verilmiş diye tevecüh edecek kanunî mesuliyetlerin polisin mutlak surette beri olacağı kastedilmemiştir).

Adalet Komisyonunun bu gerekçesinden her ne kadar Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendine eklenen ve davacı tarafından iptali istenen hüküm ile konusu suç teşkil eden

muhalefet şerhinde, hükmün iptal edilmesiyle birlikte, 1961 Anayasası m. 125/son'da yer alan ve kamu düzeni ve güvenliğinin gerektirdiği hallerde mutlak itaat yükümlülüğünün söz konusu olabileceği istisnai bazı hallerin düzenlenmesi ihtiyacına karşılık verilemeyeceği eleştirisi konusu yapılmıştır¹⁴⁷². Zira kolluk faaliyetinin yetkili merciin verdiği emrin derhal yerine getirilmesini gerektireceği “Polisin Selâhiyetli âmirleri tarafından verilecek emri derhal infaz etmeleri vazifelerinin ehemmiyet ve müstaceliyet noktasından mültezem bulunduğundan Memurin Kanununun 40. maddesinde mevcut ve âmirin vereceği emre müteallik umumi hükümlerin polis vazifelerinde cari olmayacağı kaydolunmuştur.” şeklinde Adalet Komisyonu Raporu’nda yer alan PVSİ m. 2-B hükmünün gerekçesinde de gösterilmiştir¹⁴⁷³. Bu doğrultuda öğretilerde de PVSİ’nin 2. maddesinin B bendinin

emirlerin polis tarafından yerine getirilmesinin kastedilmediği anlaşılmakta ise de yetkili âmir tarafından verilecek emirlerin yönetmelik, tüzük, veya kanun hükümlerine fahiş surette aykırı olup olmadığının takdiri her zaman kolayca kabil olmayacağı gibi bu hüküm, polisi, Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünden mutlak surette istisna etmiş olduğundan, konusu suç teşkil eden emirlerin dahi infaz edilmesi gerekeceği hakkında bir anlayışa da müsait bulunmaktadır.

Halbuki Anayasa’nın 125. maddesinin ikinci fıkrasıyla konusu suç teşkil eden emirlerin hiç bir suretle, yani âmir, emrini yazılı olarak yenilese dahi, yerine getirilemeyeceği ve yerine getiren memurun âmirin den aldığı yazılı emre dayanmasının kendisini sorumluluktan kurtaramayacağı açıkça belirtilmiştir.” AYM Kararı, 08.07.1963, 204/179, RG. 13.11.1963/11554.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1963-179-nrm.pdf>

(Erişim Tarihi: 20.04.2020)

¹⁴⁷² Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 132; Erdoğan, s. 165-166, dn. 672. “MUHALEFET ŞERHI 1- 2559 sayılı kanunun ikinci maddesi, Memurin Kanununun 40. maddesinin polise ait vazifelerde tatbik edilmeyeceğini göstermekte, fakat 40. maddedeki hükme istisna teşkil edecek başka bir hüküm de ihtiva etmemektedir.

Ortada, polise ait vazifeler bakımından tatbiki mümkün bir hüküm bulunmadığına nazaran Anayasa’ya aykırılık değil hüküm eksikliği bahis konusu olabilir. Bu eksikliğin hukukî neticelerini ele alarak ve bu neticelerin Anayasa’nın maksadına aykırı düştüğü mülâhazasına istinat ederek 2559 sayılı kanundaki hükmü iptal etmek, polise ait vazifelerde de Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünün uygulanması sonucunu doğurur ki asıl bu sonuç Anayasa’ya aykırı düşer.

Filhakika, Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında (Acele hallerde kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumak için kanunun gösterdiği istisnaların saklı bulunduğu) yazılıdır. Yani, Anayasa’da da polis görevlerini ilgilendiren bu konuların istisnai hükümlere tabi tutulması lüzumlu görülmüş ve bunun ayrı bir kanunla düzenlenmesi derpiş edilmiştir.

2- Kamu düzenini ve güvenliğini ilgilendiren konular için istisnai hükümler sevkedecek kanun yürürlüğe girinceye kadar polisin de, Anayasa’nın 125. maddesinin ilk fıkrası hükümlerine tâbi kalacağına ve 2559 sayılı kanunun ikinci maddesindeki istisna hükmüyle meydana gelen kanun boşluğu, Anayasa’nın yürürlüğe girmesinden sonra kapanmış bulunduğu; (Kanunsuz emir) konusunu her cepheden ele alarak düzenliyen Anayasa’nın 125. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra her memurun, bu arada polisin, Anayasa’nın 8. maddesi gereğince Memurin Kanununun 40. maddesi hükmünü değil Anayasa’nın 125. maddesi hükmünü tatbikle mükellef bulunmasına nazaran 40. madde hükmünün yürürlükte kaldığı düşünülemez. Binaenaleyh, polis memurlarının bu maddeye tâbi kalmaları neticesini doğuracak olan iptal kararına bu sebeple de iştirak olunamamaktadır.”

<https://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/83661af4-a21e-4a04-b338-59ca329a98a2?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 20.04.2020)

¹⁴⁷³ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 130; Adalet Komisyonu Raporundaki gerekçe metni için bkz. AYM Kararı, 08.07.1963, 204/179, R.G. 13.11.1963/11554. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1963-179-nrm.pdf> (Erişim Tarihi: 20.04.2020)

iptal edilmesinin kamu düzeni ve güvenliğinin acil müdahaleyi gerektirdiği hallerde kolluğun görevini zamanında ve etkili şekilde yerine getirmesini imkansız hale getirdiği ileri sürülmüş¹⁴⁷⁴, o dönem yürürlükte olan 1961 Anayasası m. 125/son'da öngörülen acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunmasına hizmet edecek istisnai hallere yer verilmesini engellediği için maddenin iptal edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁷⁵.

İptal edilen hükümden sonra, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine her koşulda izin verilmesinin kolluğun faaliyetlerini işlevsiz hale getirebileceğinin anlaşılmasıyla birlikte bazı istisnai hallerde kolluk faaliyetinde mutlak itaat yükümlülüğü getirilmesine ihtiyaç duyulmuş, PVSK'nin 2. maddesine kolluk görevlilerinin aldıkları emirlere bazı hallerde mutlak itaat yükümlülüklerinin bulunduğunu kabul eden yeni bir hüküm eklenmiştir¹⁴⁷⁶. PVSK m. 2'ye 1965 yılında eklenen üçüncü fıkrayla çeşitli kolluk faaliyetleri on üç bent halinde sayılmış¹⁴⁷⁷, bu hallerde emri alan merciin emrin hukuka aykırılığını tespit ettiğinde emri veren mercie bildirmek ve yazılı olarak emri tekrar ettirmek yükümlülüğü bulunmaksızın ifa edileceği öngörülmüştür. Kolluk görevlilerinin verilen sözlü emri yazılı hale getirilmesini beklemeden ifa etmesinin öngörüldüğü diğer bir hüküm de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 6/8'de düzenlenmiştir¹⁴⁷⁸.

¹⁴⁷⁴ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 95.

¹⁴⁷⁵ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 132-133.

¹⁴⁷⁶ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 95; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 133.

¹⁴⁷⁷ PVSK m. 2/2 –B: “Aşağıda yazılı hallerde: I – Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II – Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III – Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV – Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V – Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara,bina veya tesislere,meskün veya gayrimeskün yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII – Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabıtanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için, Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.”

¹⁴⁷⁸ Emrin daha sonra yazılı hale getirilmesi gerekmekeyse de, emir sözlü olarak verildiğinde gereğinin yerine getirilmesi zorunludur. Akbulut, s. 665. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yön. m. 6/8: “Suç işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması ihtimalinin bulunması veya hemen kimliğini belirleme imkânının bulunmaması nedeniyle başkaları

Mevzuatta yer verilen bu hallerde kolluk mevzuatında da kabul edilen genel kural olan emrin yazılı tekrarı usulünün istisnalarına yer verilmiş, böylece AY m. 137/3'te atıfta bulunulan hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinin kolluk mevzuatındaki karşılığı gösterilmiştir. Bununla birlikte, PVSK m. 2/3'te on üç bentte sayılan ve emre mutlak itaat yükümlülüğünü gerektiren hallere ilişkin düzenleme, mutlak itaatın sınırını göstermediği, emrin konusunun suç oluşturduğunun açıkça anlaşıldığı veya emri alan tarafından bilindiği hallerde de geçerli olup olmayacağına ilişkin bir açıklık içermediği için eleştirilmiştir¹⁴⁷⁹. Bu konudaki yaklaşımlar ve PVSK'de yer verilen mutlak itaat hallerinin kapsamı ve sınırları aşağıda ayrı başlık altında ele alınmıştır.

bbbb. Kolluk Hukukunda Mutlak İtaat Yükümlülüğünün Sınırları

Kolluk hukuku mevzuatında mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu PVSK m. 2/3'te gösterilmiş, bu hükümde bentler halinde sıralanan bazı durumlarda *“yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği, bu emirlerin yazılı olarak verilmesinin istenilemeyeceği ve bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluğun emri verene ait olacağı”* öngörülmüştür. Bu sınırlı sayıdaki durumlar AY m. 137/3'te belirtilen kamu güvenliğinin gerektirdiği istisna hallerinden olup, AY m. 137/1'in uygulamasının engellenmesi sonucunu doğurur. Bununla birlikte maddede sayılan mutlak itaat hallerinin konusu suç oluşturan emrin ifa edilemeyeceğine ilişkin AY m. 137/2'deki kuralın istisnası olup olmadığı, diğer bir deyişle PVSK m. 2/3'te sayılan hallerde sözlü emrin derhal yerine getirileceğine ve sorumsuzluğa ilişkin istisnanın konusu suç oluşturan emirleri kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Zira maddede on üç bent halinde sayılan istisna halleri, konusu suç oluşturan emirlerin yerine getirilmeyeceğine ilişkin hükümden

tarafından yakalanıp kolluk görevlilerine teslim edilen veya bu hâllerde kolluk görevlilerince yakalanan ya da haklarında tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma imkânı bulunmaması sebebiyle kolluk görevlilerince yakalanan kişi ve olay hakkında Cumhuriyet savcısına hemen bilgi verilerek, emri doğrultusunda işlem yapılır. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen sözlü emir, en kısa zamanda yazılı hâle dönüştürülerek mümkün olması hâlinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilir; aksi hâlde ilgili kolluk görevlilerince alınmasına hazır edilir. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hâle getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirir.” <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=8197&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>

¹⁴⁷⁹ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 133.

sonra gelmekte, istisnalara ilişkin olarak konusu suç oluşturan emrin verilmesi ihtimali ayrıca düzenlenmemektedir. Bu nedenle madde metni sayılan istisna hallerinde konusu suç oluşturan emirlerin dahi mutlak itaat kapsamında ifa edilebileceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir¹⁴⁸⁰. Yine madde metni, emrin konusunun açıkça suç oluşturma veya emri veren merciin suç işleme kastıyla hareket ettiğinin bilinmesi ihtimallerine ilişkin bir açıklama veya kural içermemektedir¹⁴⁸¹.

Öğretide PVSK m. 2/3'te yer alan mutlak itaat hallerinin yalnızca AY m. 137/1 kapsamında kalan konusu suç oluşturmayan hukuka aykırı emirler bakımından geçerli olacağını, fıkra da sayılan istisnai durumlar içerisinde verilmiş olsa bile konusu suç oluşturan emirlerin mutlak itaat yükümlülüğü doğurmayacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸². Bu kapsamda AY m. 137/2'de yer alan ve PVSK'deki mutlak itaat hallerinden önceki fıkra da tekrarlanan konusu suç oluşturan emirlerin ifa edilemeyeceğine ilişkin genel kuralın PVSK m. 2/3 bakımından da uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir¹⁴⁸³. Diğer bir görüşe göre ise askeri hukuk mevzuatında olduğu gibi kolluk mevzuatında da, yazılı tekrarı istenmeksizin emre mutlak surette itaatin gerektiği haller, içerik denetiminin engellendiği ve bu doğrultuda emrin konusunun suç oluşturup oluşturmadığının da denetlenmeksizin ifasının gerektiği hallerdir. Bu nedenle PVSK m. 2/3'te sayılan on üç hal kapsamında kalan bir somut olayda üst merciden verilen emri alan kolluk görevlisinin emrin konusunu denetlemeksizin ifa etme yükümlülüğü doğar ve emrin ifasından doğan suçtan sorumlu tutulamaz¹⁴⁸⁴. Bu durumda emri alan kolluk görevlisinin emrin suç oluşturduğunu bilmesi veya emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşılması halinin sorumsuzluğun sınırını oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁴⁸⁵.

Kolluk görevlilerinin mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilen on üç bent halinde sayılan durumlarda mutlak itaat yükümlülüğünün sonucu emrin maddi yönden denetlenmesinin engellenmesidir. Emrin şeklen denetimi yine

¹⁴⁸⁰ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96

¹⁴⁸¹ Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 133.

¹⁴⁸² Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 158-159; Demirbaş, s. 303; Zafer, Genel Hükümler, s. 458; Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 314; İçel, s. 337; Demirel, Amirin Emri, s. 169.

¹⁴⁸³ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96; Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 133.

¹⁴⁸⁴ Bu halde emri ifa eden kolluk görevlisi bakımından mazeret nedeninin söz konusu olacağı hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 170.

¹⁴⁸⁵ Erdoğan, s. 214-215.

yapılmak zorundadır, şeklen hukuka aykırı bir emrin verildiğinin tespit edilmesi halinde emri alan kolluk görevlisi emri ifa etmemekle yükümlüdür¹⁴⁸⁶. Emri veren merciin yetkili olduğunun ve emrin görevi kapsamına girdiğinin her zaman denetlenmesi gerekir¹⁴⁸⁷. Burada yukarıda açıklandığı üzere maddi yönden denetimin engellenmiş olmasının emrin konusunun suç oluşturmasını kapsamadığı, konusu suç oluşturan emirlerin ifa edilemeyeceğine ilişkin kuralın istisnasının bulunamayacağı ileri sürülmektedir¹⁴⁸⁸. Bu doğrultuda, PVSK m. 2/3'teki mutlak itaat kuralının sınırı bu görüşe göre emrin konusunun suç oluşturması olarak belirlenebilir. Yukarıda değinildiği üzere, mutlak itaat hallerinde emrin içerik denetimi engellendiği için emrin konusunun suç oluşturduğunun denetlenemeyeceğini kabul eden görüşe göre ise, mutlak itaat yükümlülüğünün sınırını emrin açıkça suç oluşturması veya emri alan kolluk görevlisinin emrin suç oluşturduğunu bilmesi oluşturur¹⁴⁸⁹.

Kolluk mevzuatında mutlak itaat hallerinde sorumsuzluğun sınırlarına ilişkin olarak ayrıca, PVSK m. 2/3'te AsCK m. 41'deki gibi emrin suç işlemek amacıyla verilmiş olduğunun biliniyor olması biçiminde bir sınıra yer verilmediği için, emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunun sınırlarını göstermeyen bu hükmün mutlak sorumsuzluk ilkesinin yansıması olarak görüldüğüne dikkat çekilmiştir¹⁴⁹⁰. Bu hususta farklı bir yaklaşımla, her ne kadar fıkradaki ifadeden emrin konusunun suç oluşturması, hatta suç oluşturduğunun bilinmesi halinde dahi emre mutlak itaat yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna ulaşmak mümkün olsa da, bu yorum şeklinin Anayasa'ya aykırı olacağı, bu nedenle kolluk görevlileri bakımından mutlak sorumsuzluk sağlayan bir kural olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁴⁹¹.

Sonuç olarak, PVSK m. 2/3 kapsamında öngörülen mutlak itaat hallerinde emre itaat yükümlülüğünün sınırlarının açıkça düzenlenmesinin gerektiği ifade edilmelidir. Bu kapsamda emrin konusunun açıkça hukuka aykırı olması, açıkça suç oluşturması veya suç oluşturduğunun kolluk görevlisi tarafından biliniyor olması gibi ölçütlere yer verilmesi önerilebilir. Bu noktada kolluk görevlilerine yöneltilen zor veya silah kullanılmasına yönelik emirler bakımından yetkili merciin emrini ifanın

¹⁴⁸⁶ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96.

¹⁴⁸⁷ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 132.

¹⁴⁸⁸ Bu yönde Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96; Demirbaş, s. 301; Savaşçı Temiz, s. 137.

¹⁴⁸⁹ Erdoğan, s. 214.

¹⁴⁹⁰ Dursun, s. 242, dn. 103.

¹⁴⁹¹ Erdoğan, s. 215.

ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin olarak, BM tarafından hazırlanan ve 1990 yılında kabul edilen “*Kolluk Görevlileri Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılmasına Dair Temel İlkeler*”in 24 ila 26. maddelerinde yer alan düzenlemelere değinmek yerinde olacaktır¹⁴⁹². Temel İlkeler metninin 26. maddesinde kolluk görevlilerinin, aldıkları kişilerin ölümüne veya ağır şekilde yaralanmalarına yol açan zor veya ateşli silah kullanma emrinin açıkça hukuka aykırı olduğunu biliyor olmaları ve emre itaat etmeyi reddetmek için makul imkanlarının bulunması halinde emrin ifasının bir savunma olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Maddenin devamında emri veren üst merciin her halde sorumlu olacağı ayrıca belirtilmiştir¹⁴⁹³. Kanaatimizce BM Temel İlkeler metnindeki kuraldakine benzer şekilde, emrin hukuka aykırılığının açık olması gibi objektif koşula yer vererek mutlak itaat yükümlülüğünü sınırlandıran bir düzenlemeye mevzuatımızda yer verilmesi önemlidir. Mevzuatımızdaki düzenlemelere ilişkin değerlendirmelerin genişletilmesi ve bu bölümde mutlak itaat hallerinin sınırlandırılmasına yönelik olarak önerilen ölçütlerin daha iyi açıklanabilmesi amacıyla çalışmanın devam eden bölümünde hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının sınırlarının belirlenmesi konusu ayrıca ele alınmıştır.

c. Hukuka Aykırı Emrin Bağlayıcılığının Sınırlarının Belirlenmesi

Gerek Türk hukukundaki düzenlemelerde gerekse çalışmanın birinci bölümünde ele alınan çeşitli ülke mevzuatlarında ve uluslararası hukuk kaynaklarında hukuka aykırı bir emrin bağlayıcı sayıldığı ve bu nedenle hukuka aykırı emri ifa eden kişinin sorumluluğunun bulunmadığını öngören düzenlemeler, hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisini bazı koşullara bağlamıştır. Diğer bir ifadeyle hukuka aykırı bir emir her koşulda bağlayıcı sayılmamakta, bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının ele alındığı bu bölümde, mevzuatımızda hukuka aykırı bağlayıcı

¹⁴⁹² Metnin tamamı için bkz. Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/useofforceandfirearms.aspx> ; Ayrıca bkz. Öznur Sevdiren, “Yargıtay Kararları Işığında Suçüstü Halinde Şüphelinin Yakalanmasını Sağlamak Amacıyla Silah Kullanma Yetkisi (PVSK m. 16/7)”, **TBB Dergisi**, Sayı: 153, 2021, ss. 65-106, s. 72,74.

¹⁴⁹³ Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/useofforceandfirearms.aspx> (Erişim Tarihi: 02.12.2021)

emrin ifasından dolayı sorumsuzluğa ilişkin hükümlerin içerdiği sınırların ve sınırları belirleyen koşulların kapsamlı şekilde değerlendirilebilmesi amacıyla, hukuka aykırı emrin ifasını ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak kabul eden diğer ülke mevzuatlarında ve uluslararası hukukta hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının hangi ölçütler ve koşullar çerçevesinde belirlendiği incelenerek, bu kapsamda emrin açıkça hukuka aykırı olması ile bazı suç tipleri bakımından hukuka aykırı emrin hiçbir zaman bağlayıcı sayılmayacağı olmak üzere, çalışmada yer verilen örneklerde öne çıkan iki düzenleme şekli ayrıca ele alınmıştır.

aa. Emrin Açıkça Hukuka Aykırı Olması

Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine ilişkin teoriler bahsinde de değinildiği üzere, hukuka uygunluğu denetleme yetki ve yükümlülüğünü çeşitli ölçütlere göre sınırlandıran teoriler geliştirilmiştir. Bu teorilerden biri de emrin konusunun açıkça hukuka aykırı olmasını ölçüt olarak kabul etmiş, emrin hukuka uygunluk denetiminin sınırını konusunun hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılan veya bariz olan emirler olarak belirlemiştir¹⁴⁹⁴. Bu düşünce çalışmanın ilk bölümünde yer verilen düşünsel gelişim sürecinin bir ürünü olarak mutlak itaat anlayışına karşı geliştirilmiş olup, tarihsel gelişim süreci içerisinde de birçok hukuk düzeni tarafından benimsenmiştir. Bugün birçok ülke mevzuatında ve uluslararası hukuk kaynağında da emrin açıkça hukuka aykırı olması halinde emri ifa edenin sorumlu tutulacağı, emrin bağlayıcılığının veya emre mutlak itaati gerektiren hallerin -diğer bir deyişle hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerin- sınırını oluşturacağı kabul edilmiştir. Hukuk devletinde emrin hukuka aykırı olduğu halde bağlayıcı sayılmasının gerektiği hallerin sınırsız olamayacağı kabul edilmektedir. Bu konuda hukuka aykırı emrin bağlayıcı sayıldığı hallerde ceza sorumluluğuna etkisinin sınırını belirleyen ölçütler konusunda çeşitli yaklaşım ve düzenlemelere yer verilmiş ise de ağırlıklı olarak kullanılan ölçüt emrin açıkça hukuka aykırı olmasıdır¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹⁴ Objektif veya “açık hukuka aykırılık” sistemi hakkında bkz. Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 181.

¹⁴⁹⁵ Papadatos, s. 142; Emrin açıkça hukuka aykırılığı ile ilgili olarak sübjektif ve objektif yaklaşımların benimsendiği çeşitli ülke mevzuatları için ayrıca bkz. Erman, “Compliance with Superior Orders...”, s. 401-402.

Yabancı ülke mevzuatlarına bakıldığında emrin açıkça hukuka aykırı olmasına bazı ülke mevzuatlarında emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine genel sınır getiren bir koşul olarak yer verildiği görülmektedir. Fransız hukukunda, FransızCK m. 122-4'ün ikinci cümlesinde “*Meşru bir makam tarafından emredilen bir eylemi yerine getiren kişinin, eylem açıkça hukuka aykırı olmadığı sürece ceza sorumluluğu bulunmaz.*” şeklindeki hükümle birlikte emrin konusunu oluşturan eylemin hukuka açıkça aykırı olmaması emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin bir koşulu olarak gösterilmiştir¹⁴⁹⁶. Bu hüküm doğrultusunda emri alan kişi emrin hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılır değilse emri ifa etmekle oluşan suçtan sorumlu tutulamayacak, hukuka aykırı emrin ifası hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Dolayısıyla öncelikle emri alan kişinin içinde bulunduğu koşullarda aldığı emrin ifasının suç oluşturacağının açıkça anlaşılır olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Fransız hukukunda bu konuda değerlendirmenin nasıl yapılacağı hem öğreti hem de içtihatla ele alınarak sübjektif ve objektif ölçütler çerçevesinde açıklanmıştır. Emrin hukuka aykırılığının açık olup olmadığının emrin konusunu oluşturan eylemin ağırlığı ve vahametine bakılarak tespit edilmesi objektif ölçütü, emri alan kişinin sosyal ve kültürel konumu gibi özelliklerinin dikkate alınmasının sübjektif ölçütü içeren yaklaşımlar olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁹⁷. Mahkemelerin içtihadında her iki yaklaşıma yer verilen kararlar bulunmaktaysa da ağırlıklı olarak sübjektif yaklaşımla hukuka aykırılığın açık olup olmadığının değerlendirildiği ve emri veren makamdan ziyade emri alan kişi bakımından daha lehe bir bakış açısı sağlandığı ifade edilmektedir¹⁴⁹⁸. Fransız hukuku öğretisinde, öncelikle ortalama bir vatandaş tarafından yapılması beklenen hukuka aykırılık değerlendirmesinin soyut olarak ele alındığı, sonrasında somut olaydaki failin şahsının, hiyerarşik derecesinin ve zihni yetkinliğinin dikkate alındığı somut bir değerlendirmeyi birlikte uyguladığı da belirtilmektedir¹⁴⁹⁹. Bu konuda Fransız Yargıtayı, Korsika sahilindeki izinsiz yapılan kulübelerde faaliyet gösteren yerlerin valinin emriyle yıkılmasının sonucunda oluşan mala zarar verme eylemlerini incelediği bir kararında, valinin her ne kadar izinsiz yapıların yıkılması emrini verme yetkisi bulunsa da emrin konusunun çevredeki mala ve kişilere zarar verme tehlikesi oluşturacak şekilde gerçekleştirilmesini içermesi

¹⁴⁹⁶ Fransız Ceza Kanunu metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006417216 (Erişim Tarihi: 09.02.2021)

¹⁴⁹⁷ Pradel, s. 306.

¹⁴⁹⁸ Salvage, parag. 115.

¹⁴⁹⁹ Çetinkaya, s. 330-331.

halinde emrin hukuka açıkça aykırı hale geleceğini ifade etmiştir¹⁵⁰⁰. Mahkeme bu doğrultuda, valinin sahildeki izinsiz kulübelerin gizlice ateşe verilmesi emrini ifa eden jandarma görevlileri bakımından emrin ifası hukuka uygunluk sebebinin dikkate alınamayacağına, bu durumda emrin açıkça hukuka aykırı olduğuna, bu tür bir emrin hukuka uygun olduğunun düşünülmesinin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁵⁰¹. Burada emrin hukuka aykırılığının açık olduğunun tespitinde emrin konusunu oluşturan eylemin olağan usulden farklı yöntemler içermesi, gizli yürütülmesi, olağan kamu gücünün gereklerine başvurulmamış olması gibi hususlar dikkate alınmıştır¹⁵⁰².

Emrin hukuka aykırılığının açık olmaması İspanyol hukukunda da emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin koşullarından biri olarak öngörülmüş, emrin hukuka aykırı olduğu açıkça anlaşılmaktaysa emri ifa eden kişinin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Ancak hukuka aykırılık açıkça anlaşılır değilse, daha sonradan hukuka aykırı olduğu anlaşılrsa dahi emri ifa eden sorumlu tutulmayacaktır. Bu bağlamda emrin açıkça hukuka aykırılığı emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin genel bir sınırı olarak ifade edilmektedir¹⁵⁰³. Hukuka aykırı bir emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmasının esası, verilen her emrin hukuka uygunluğunun sorgulanmasına her koşulda izin verilmesinin mümkün olmamasıyla açıklanmakta, bunun sınırı da emrin hukuka açıkça aykırı olması olarak belirlenmektedir¹⁵⁰⁴. Alman hukukunda da Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun'da emrin hukuka aykırılığının açık olması halinde emri ifa eden kişinin sorumlu tutulacağı¹⁵⁰⁵, Askeri Personelin Hukuki Statüleri Hakkında

¹⁵⁰⁰ Cour de Cassation crim. 13.10.2004, no. 03-81763 00-86.727 00-86.726 01-83.943 01-83.945 01-83.944 (C. S. Enderlin) https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2004-10-13_0381763&FromId=DZ_OASIS_000197 (Erişim Tarihi: 11.11.2020)

¹⁵⁰¹ Pin, s. 196; Mayaud, s. 498; Doaré, s. 161; Cour de Cassation crim. 13.10.2004, no. 03-81763 00-86.727 00-86.726 01-83.943 01-83.945 01-83.944 (C. S. Enderlin) https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2004-10-13_0381763&FromId=DZ_OASIS_000197 (Erişim Tarihi: 11.11.2020)

¹⁵⁰² Elisabeth Fortis, "Le commandement de l'autorité légitime : c. pén., art. 122-4, al. 2", **RSC**, 2005, s. 66.

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1hcnQuIDEyMi00IMKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhemNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHcp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNIwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUE NIPUZhbHNIwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNIwqdzJGJxPcKncyRzZWYyZmMYWJlbD3Cp3Mkc2VhemNoQ2xhc3M9&id=RSC%2FCHRON%2F2005%2F0017 (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

¹⁵⁰³ Gómez- Jara Díez/ Chiesa, s. 511, 515.

¹⁵⁰⁴ Gómez- Jara Díez/ Chiesa, s. 511.

¹⁵⁰⁵ Wirth, s. 153.

Kanun'da ifasının suç teşkil edeceği emirlere itaat edilmeyeceği, emri alan askerin emrin ifası suretiyle suç işleneceğini bilmesi veya kendince bilinen koşullara göre bunun açık olması halinde sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir¹⁵⁰⁶.

İtalyan hukukunda emrin hukuka açıkça aykırı olması emrin maddi yönden hukuka uygunluğunun denetiminin kanunen sınırlandırıldığı hallerin sınırı olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰⁷. Bu noktada İtalyan hukukunda diğer ülke düzenlemelerinden farklı olarak emrin ifasında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği emirlere (*ordine insindacabile*) ilişkin özel bir düzenlemeye yer verildiğinin tekrar altını çizmek gerekir. Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisinin düzenlendiği İtalyan CK m. 51'de emrin hukuka uygun olması ihtimalinin yanı sıra emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin mümkün olmadığı hallerde ifa edilen hukuka aykırı emirlerin ceza sorumluluğuna etkisi de düzenlenmektedir. Dolayısıyla emrin açıkça hukuka aykırılığı İtalyan hukukunda emrin hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerde sorumsuzluğun sınırını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda emrin maddi yönden hukuka aykırılığının denetlenmesi kanunen engellenmiş ise ve emir açıkça suç oluşturmamaktaysa maddi yönden hukuka aykırı bir emir bağlayıcıdır¹⁵⁰⁸. Emrin açıkça suç oluşturması halinde itaat yükümlülüğünün bulunmayacağına ilişkin sınır esasen İtalyan askeri ceza kanununda yer verilen bir hükümle öngörülmüştür. 1978 tarihli 382 sayılı Askeri Disipline İlişkin İlke Kuralları Kanunu'nda askerlerin aldıkları emirlerin “*açıkça devlet kurumlarına karşı isyan teşkil etmesi veya ifasının suç oluşturduğunun aşikar olması*” halinde itaat etmeme yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiştir¹⁵⁰⁹. Burada emrin ilk bakışta dahi suç oluşturduğunun anlaşılabildiği durumlarda (ör. silahsız ve yalnızca sözle saldıran bir gösteri grubuna ateş açılması emri) emri alan kişinin, hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi kaldırılmış olsa bile, emri ifa etmeme

¹⁵⁰⁶ Dursun, s. 208-209.

¹⁵⁰⁷ İtalyan hukukunda emrin açıkça suç oluşturmasının (*manifesta criminalità*) “emrin denetlenemeyeceği hallerin sınırı” (*limite all'insindacabilità dell'ordine*) olduğu hususunda bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 88-89, 93.

¹⁵⁰⁸ Antolisei, s. 282.

¹⁵⁰⁹ Bu düzenlemenin de yine yorum yoluyla (*a majori ad minus*) asker olmayan kişiler bakımından da uygulanabileceği söylenmiş, hukukun genel ilkesi niteliği taşıdığı için askeri ceza hukuku dışında da uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir Pulitanò, “Esercizio Di Un Diritto e Adempimento Di Un Dovere”, s. 329; İtalyan hukuku öğretisinde anılan Kanun hükmünde getirilen açıkça suç oluşturan emir ölçütünün kıyasen ceza genel hukukunun bir parçası olarak değerlendirilebileceğini ileri süren görüşler ve eleştirisi için bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 93.

yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir¹⁵¹⁰. Diğer bir ifadeyle ifasının suç oluşturacağı açıkça anlaşılan hukuka aykırı emir hiçbir koşulda bağlayıcı sayılmamaktadır. İtalyan hukukunda “suç oluşturduğu açıkça anlaşılan emir” kavramının kanuni tanımı bulunmadığı için kapsamı tartışmalıdır¹⁵¹¹. Ağırlıklı görüşe göre emrin suç olduğunun açıkça anlaşılıp anlaşılmaması somut olaydan tespit edilecek bir durum olup, sübjektif ve objektif olmak üzere iki ayrı yaklaşımla belirlenebilmektedir. Objektif yaklaşıma göre emrin suç oluşturup oluşturmadığının açıkça anlaşılır nitelikte olmasında ölçüt olarak ortalama bir kişinin kavrayışı esas alınırken, sübjektif ölçütte emri alan kişinin bilgi ve kavrayış seviyesi esas alınır¹⁵¹². Bu konuda emri alan kişinin mesleki konumunun, askeri hiyerarşideki kademesinin gerektirdiği bilgi ve tecrübe seviyesinin sosyal statüsünün de dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmiştir¹⁵¹³.

Benzer şekilde Roma Statüsü’nde de emrin hukuka aykırılığının açık olması koşuluna yer verilmiş, verilen emirlerin savaş suçları kapsamında sayılan eylemlere yönelik olduğunun açık olması halinde emri ifa eden kişilerin sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁵¹⁴. Her ne kadar somut olayda ortaya çıkabileceği ihtimaller sınırlı olsa da, savaş suçları bakımından emrin hukuka aykırı olduğunun açık olmaması ihtimali Roma Statüsü’nde dikkate alınmış, bazı savaş hukuku ihlallerine ilişkin eylemlerde somut olayda emri alan astın makul ve samimi olarak emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi halinde sorumlu tutulmamasına imkan verilmiştir¹⁵¹⁵. Bu doğrultuda Roma Statüsü’ne taraf olunduğu takdirde Türk hukukundaki mevcut hükümlerin Statü’yle uyumlu olmaması sorunu ile karşılaşılacağı ifade edilmektedir¹⁵¹⁶. Zira

¹⁵¹⁰ Grosso/ Pelisero/ Petrini/ Pisa, s. 297.

¹⁵¹¹ İtalyan hukukunda emrin açıkça suç oluşturmamasından ceza hukukuna aykırılığın bariz olduğu, başkaca bir araştırma yapmaya ihtiyaç olmaksızın anlaşılabilir olması olarak tarif edildiği hakkında bkz. Provolo, Esecuzione Dell’Ordine, s. 89.

¹⁵¹² Canestrari/ Cornacchia/ De Simone, s. 603; Pulitanò, “Esercizio Di Un Diritto e Adempimento Di Un Dovere”, s. 329.

¹⁵¹³ Erman, “Compliance with Superior Orders...”, s. 403-404.

¹⁵¹⁴ Birinci Bölüm’de ele alındığı üzere Roma Statüsü emrin ifasının koşulları arasında emrin açıkça suç oluşturmamasına bir koşul olarak yer vermiş, soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından verilen emirlerin her zaman açıkça suç oluşturduğunu kabul ederek açıkça suç oluşturma koşulunu savaş suçları ve bazı görüşlere göre ayrıca saldırı suçu bakımından geçerli hale getirmiştir. Bkz. Birinci Bölüm, II, B, 5, a.

¹⁵¹⁵ Bu konuda bombalanması emredilen koordinatların sivil tesis olduğunu bilemeyerek askeri tesis olduğunu düşünerek emri ifa eden askerin durumu örnek verilebilir. Tezcan /Erdem/ Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 434.

¹⁵¹⁶ Emrin ifasını hiçbir koşulda cezasızlık nedeni olarak kabul etmeyen ulusal mevzuat hükümleri Roma Statüsü’ndeki kurala göre daha katı olduğu için tamamlayıcılık ilkesi uyarınca sorun oluşturmayacakken, yalnızca hukuka aykırılığın bilinmesini ölçüt olarak cezasızlık nedeni olarak

AsCK m. 41’de yalnızca emrin suç oluşturduğunun bilinmesi sübjektif koşuluna yer verilmiştir¹⁵¹⁷. AsCK hükmünde Roma Statüsü’ndeki kuralı yansıtacak bir değişikliğe gidilmesi, emrin hukuka açıkça aykırı olması halinde de emri ifa eden kişinin sorumlu tutulacağına yer verilmesi önerilmektedir¹⁵¹⁸.

Türk hukukundaki mutlak itaat yükümlülüğü halleri ve mutlak itaat yükümlülüğünün sınırlarına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, Türk hukukunda emrin konusunun açıkça hukuka aykırı olması veya açıkça suç oluşturmasına ilişkin bir kurala mevzuatta yer verilmediği, ancak gerek öğretide gerekse yargı kararlarında emrin konusunun suç oluşturduğunun açıkça anlaşılabilir olmasının mutlak itaat yükümlülüğüyle bağlantılı olarak değerlendirmeye alındığı tespit edilmektedir. Bu kapsamda öğretide, emri alan astın emrin içeriğini denetleme yetkisi kanunen engellenmiş olsa bile ifasının suç oluşturacağının açıkça anlaşıldığı emirlere itaat etmesinin beklenemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁵¹⁹. Burada emrin açıkça kanuna aykırı olması ile kanuna aykırılığın yalnızca emri alan kişi tarafından yapılacak bir denetimle anlaşılabilir olması farklı iki ihtimal olarak ele alınmalıdır¹⁵²⁰. Emre mutlak itaati, açıkça suç oluşturacak bir davranışı dahi gerçekleştirme yükümlülüğü olarak anlamak mümkün olmamalıdır¹⁵²¹. Bu nedenle emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde emri ifa eden kişinin sorumsuzluğunun bir sınırının olması gerektiği düşüncesi kabul edilmiştir. Aksi halde devlete karşı isyana dahi itaat etmek gerektiği kabul edilecektir¹⁵²². Bu yaklaşım çerçevesinde emrin hukuka açıkça aykırılığının, özellikle hukuka uygunluk denetiminin şekli denetimle sınırlandırıldığı hallerde itaat yükümlülüğünün sınırını belirleyen bir ölçüt olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmelidir¹⁵²³.

kabul eden düzenlemeler Statü karşısında eksiklik taşımaktadır. Helmut Kreiker, “Devletlerarası Ceza Hukukunun Ulusal Ceza Hukuk Düzenlerince İktibas Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Durum Tespiti ve Eleştirisel Değerlendirme”, Çev. Faruk Turhan, in **Uluslararası Ceza Divanı**, (Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), İstanbul: Arıkan, 2007, ss. 335-357, s. 356-357.

¹⁵¹⁷ Önok, s. 62; Erdoğan, s. 211, 212.

¹⁵¹⁸ Bkz. Bozbayındır, s. 133; En azından savaş suçları bakımından emrin hukuka aykırılığının açık olmasına yer verilmesi gerektiği hakkında bkz. Önok, s. 62.

¹⁵¹⁹ Erdoğan, s. 197, 198.

¹⁵²⁰ Hakkı Demirel, “Emrin İcrası Suretiyle İşlenilen Suçlar”, **AÜHFD**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, 1950, ss. 116-121, s. 117.

¹⁵²¹ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 125

¹⁵²² Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 125-126.

¹⁵²³ Günal, “...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 648; Bu konuda objektif ölçütün benimsenmesi ve emrin suç teşkil ettiğinin açık seçik anlaşılması halinde emri alan astın emre itaat

Türk Ceza Kanunu m. 24/4'te hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı emirleri alan kişiler, emrin hukuka aykırılığını denetleme imkanları bulunmadığı için, hukuka aykırılık “açık” olmadığı sürece, emri ifa etmeleri kaçınılmazdır¹⁵²⁴. Emrin hukuka aykırılığının açık olmadığı durumlarda, emrin maddi yönden hukuka aykırılığının denetlenmesi imkanı kaldırılmış olduğu için, emri alan kişinin bunu bilmesi beklenemez ve sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak AsCK uyarınca, emri alan ast, konusunun suç oluşturduğu açıkça anlaşılamayan bir emrin suç işlenmesi amacıyla verildiğini biliyor ise artık konusu açıkça suç oluşturmaya da emri ifa eden sorumlu olur¹⁵²⁵. Bu konuda bir görüş emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesinin beklendiği istisnai hallerde emrin açıkça suç oluşturduğunun bilinmesinin de beklenebileceğini, bir emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilen kişinin açıkça suç oluşturan bir emrin suç işlemek amacıyla verildiğini bilmediğini kabul etmenin zor olduğunu belirtmiştir¹⁵²⁶. Diğer bir görüş ise AsCK m. 41/B'de yer alan düzenlemede emrin “suç işlemek amacıyla verildiğinin” bilinmesi ölçütünün, emrin ifasının “suç oluşturacağının” bilinmesinden farklı olduğuna dikkat çekmektedir¹⁵²⁷. Gerçekten suç işlemek amacıyla verilmese dahi, bir emrin suç oluşturacağının emri veren merci tarafından öngörülememiş olması mümkündür. Bu durumda emri alan merciin aldığı emrin hukuka aykırı olduğunu ve ifasının suç oluşturacağını tespit etmiş olması halinde doğrudan emri veren merciin suç işlemek amacıyla emri verdiği sonucuna ulaşamayacaktır¹⁵²⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre, emrin suç oluşturacağının bilinmesi, emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesini de kapsayan ancak ondan daha geniş bir durumu ifade eder¹⁵²⁹. Kanaatimizce emrin açıkça suç oluşturma, emrin ifasının hukuka aykırı olduğunun bilinmesinin beklenebilir olması olarak anlaşılmalıdır¹⁵³⁰. Diğer bir ifadeyle, emrin hukuka uygunluğu denetlenmeksizin dahi ifasının suç oluşturacağı

edemeyeceği öngörülecek şekilde kanun değişikliğine gidilmesi gerektiği yönünde bkz. Özgenç, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 83.

¹⁵²⁴ Demirel, Amirin Emri, s. 153.

¹⁵²⁵ Demirel, Amirin Emri, s. 163.

¹⁵²⁶ Günel, “Askeri Münasebetlerde Emir...”, s. 198.

¹⁵²⁷ Demirel, Amirin Emri, s. 163.

¹⁵²⁸ Emrin suç teşkil ettiğinin açık seçik anlaşılması o emrin suç işlemek amacıyla verildiğini göstermemektedir. Bkz. Özgenç, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, s. 83.

¹⁵²⁹ Görüş için bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 163.

¹⁵³⁰ Zira emri alan astın denetim imkanı olmasa dahi emrin suç oluşturduğunu yine de biliyor olması mümkündür. Bkz. Dursun, s. 240.

anlaşılan emirler olarak tarif edilebilir. Açıkça anlaşılır olması bir olgunun üzerinde ayrıca düşünülmesini gerektirmeksizin herkes tarafından anlaşılmasını karşılamaktadır¹⁵³¹.

Belirtmek gerekir ki Yargıtay içtihadında da emrin konusunun suç oluşturduğunun açıkça anlaşılır olması dikkate alınmaktadır. Örneğin, Yargıtay bir kararında kanunsuz emir üzerine verildiğini bilmesine rağmen emrin gereğini yerine getiren sanıkların durumuyla ilgili olarak ayrıca “*emir ve eylemin suç teşkil ettiği açıkça belli olmasına rağmen, zarar tehlikesi bakımından illi bir değer taşıdığına kuşku bulunmayan eylemlerinin, işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak (TCK madde 39/2-c) suretiyle Anayasayı ihlal suçuna yardım etmek kapsamında kaldığını*” belirterek emrin açıkça suç oluşturmasını da dikkate almıştır¹⁵³². Benzer şekilde bir diğer kararda “*Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri olarak görev yapan katılan ...'nın silah tehdidi ile kaçırılıp hürriyetinin sınırlanması eylemine ilişkin olarak, olay günü ortaya koydukları davranışlar itibariyle planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek konusu suç teşkil ettiği açıkça anlaşılan emirler doğrultusunda ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini*” irade birliği içinde gerçekleştirdikleri belirtilerek, sanıkların müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklarına ilişkin değerlendirmede emrin konusunun suç oluşturduğunun açıkça anlaşılmasına da değinilmiştir¹⁵³³. Yargıtay’ın bu yönde benzer kararlarında emrin açıkça suç oluşturmasının sanıkların iştirak iradelerinin varlığıyla bağlantılı şekilde dikkate aldığı görülmektedir¹⁵³⁴. Anılan kararlara konu olan eylemleri gerçekleştiren

¹⁵³¹ Açıklık (*manifest*) kavramının tarifi için bkz. Bozbayındır, s. 133, dn. 629.

¹⁵³² Yar. 16. CD. E. 2019/6996, K. 2020/1726, T. 5.3.2020, (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁵³³ Yar. 16. CD. E. 2019/5507, K. 2019/6582, T. 16.10.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁵³⁴ “(...)emir ve eylemin suç teşkil ettiği açıkça belli olmasına rağmen, zarar tehlikesi bakımından illi bir değer taşıdığına kuşku bulunmayan eylemlerinin, işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak (TCK madde 39/2-c) suretiyle Anayasayı ihlal suçuna yardım etmek kapsamında kaldığının kabulüyle(...)” Yar. 16. CD. E. 2019/4899, K. 2019/6635, T. 6.11.2019; “(...)Sanıkların mensup oldukları örgütün yönetimi tarafından planlanıp, örgütsel faaliyet kapsamında icra edilen anayasayı ihlal suçuna ilişkin olarak olay günü ortaya koydukları davranışlar itibariyle planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek konusu suç teşkil ettiği açıkça anlaşılan emirler doğrultusunda ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştiren, sanıklar ..., ..., ..., ...'ın suçun icrasında üstlendikleri rolleri, her birinin suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel katkıları da göz önünde bulundurulduğunda fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduklarının kabulüyle “müşterek fail” olarak, TCK'nın 37. maddesi delaletiyle 309. maddesinden mahkumiyetlerine dair verilen hükümlerde; Sanıklar ..., ..., ..., ...'nın

askerler bakımından esasen emre mutlak itaat yükümlülüğü, diğer bir deyişle emrin maddi yönden denetiminin sınırlandırılması (TCK m. 24/4) söz konusu olup, Yargıtay mutlak itaat yükümlülüğündeki askerlerin aldıkları emri ifadan dolayı sorumsuzluklarının sınırını “konusu suç oluşturan emir” yerine “konusunun suç teşkil ettiği açıkça anlaşılan emirler” olarak belirlemiştir. Yargıtay’ın bir diğer kararında ise emrin kanuna aykırı olduğunun açıkça anlaşılmasına ve mahiyeti itibariyle suç oluşturacağının objektif olarak anlaşılmasına dikkat çekerek emri ifa eden askerlerin işledikleri suçlar bakımından kaçınılmaz hatanın söz konusu olmayacağını değerlendirdiği görülmektedir¹⁵³⁵.

Emrin suç oluşturduğunun açık olup olmadığının somut olayda nasıl belirleneceği ayrı bir tartışma konusu olup, bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda öğretide emrin açıkça hukuka aykırı olması emrin hukuka aykırılığının “*olağan koşullarda normal bir kişi tarafından bilinebilecek durumda olması*” olarak tarif edilmiştir¹⁵³⁶. Burada emrin suç oluşturduğunun açık olmasını herhangi birine göre değil, emri alan kişiye göre değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir. Verilen emrin suç oluşturduğu yalnızca emri alan kişinin bilebileceği veya somut olayda özel olarak bilgisinin bulunduğu bir husus da olabilecek, bu durumda da emrin suç olduğunu bilen kişinin emri ifa etmesi halinde sorumluluğuna gidilecektir¹⁵³⁷.

müşterek fail sıfatıyla hürriyetten yoksun bırakma suçunu icra ettiklerine ilişkin kararda; Bir isabetsizlik bulunmadığından (...)” Yar. 16. CD. E. 2019/5423, K. 2019/5501, T. 23.9.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>); “(...)örgütsel irtibatı saptanamamakla birlikte, konumu, rütbesi ve mesleki tecrübesi itibariyle gelen emir mesaj muhtevasının açıkça suç teşkil etmesi nedeniyle yerine getirilmesinin cezai sorumluluk doğuracağını bilebilecek durumda olan sanığın, hukuki anlamda tek bir fiil olarak ortaya konan kalkışma ile eş zamanlı olarak, iştirak iradesi gereğince bulunduğu mahal ve konumuna uygun, amaca hizmet eden ve katkı sunan doğrudan ika ettiği icrai hareketleri ile müsnet suça TCK’nın 37. maddesi kapsamında fail olarak iştirak ettiğinin kabulünde hukuki isabetsizlik bulunmadığından(...)” Yar. 16. CD. E. 2019/407, K. 2019/5672, T. 10.9.2019. (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹⁵³⁵ “Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, mahiyeti itibariyle de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan Sıkıyönetim Direktifi” konulu emrin gereğini icra yönünden, bilgi düzeyi olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında TCK’nın 30/4 maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı da gözetilerek tüm unsurları itibariyle oluşan müsnet suçtan cezalandırılmalarında eleştiri dışında hukuka aykırılık yoktur.” Yar. 16. CD. E. 2017/1443, K. 2017/4758, T. 14.07.2017. (<https://www.kazanci.com.tr>)

¹⁵³⁶ Demirel, Amirin Emri, s. 162.

¹⁵³⁷ Özel durumu nedeniyle somut olayda suç işleme amacı olduğunu bilen kişinin emri ifa etmesi örneği için bkz. Günal, “Askeri Münasebetlerde Emir...”, s. 174.

bb. Bazı Suçların Kapsam Dışı Bırakılması

Bazı ülke mevzuatlarında ve uluslararası hukuk metinlerinde, emrin açıkça hukuka aykırı olduğunun anlaşılması veya hukuka aykırılığın biliniyor olması gibi objektif ve sübjektif ölçütlerin yanı sıra, verilen emrin belirli bazı suç tiplerine uyan eylemleri konu edinmesi de hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasından dolayı sorumsuzluğun bir sınırı olarak öngörülmüştür. Bu yolla, bazı suçların işlenmesine yönelik emirlerin hukuka aykırı olduğunun emri alan kişi tarafından bilinmiyor olduğunun kabul edilemeyeceği ve emri ifa eden kişinin ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden oluşturmayacağı kural haline getirilmektedir.

Emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin hükümlerin dışında bırakılan suçlar Roma Statüsü'nde ve Statü'ye taraf ülke mevzuatlarında soykırım ve insanlığa karşı suçlar olarak belirlenmiştir. Anılan suçlar bakımından yetkili merciin emrini ifa etmiş olmanın ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği kabul edilerek, emrin ifasının uygulama kapsamı dışında bırakılmıştır. Örneğin, Fransız hukukunda FransızCK m. 213-4'te insanlığa karşı suçlar bakımından yetkili merciin hukuka uygun bir emrinin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı, emrin açıkça hukuka aykırı olmasının ayrıca tespit edilmeksizin emirleri ifa eden kişilerin sorumlu tutulacağı belirtilmiştir¹⁵³⁸. Benzer bir hükme FransızCK m. 462-8'de savaş suçları bakımından yer verilmiş, savaş suçlarında emrin ifa edilmiş olmasının sorumluluğu kaldıran bir neden olamayacağı ancak verilen emrin savaş suçuna yönelik olduğunu bilmeyen veya hukuka aykırılığın açık olmadığı hallerde emri ifa edenin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmiştir¹⁵³⁹. Kanada'da ise benzer bir ölçüt emrin açıkça hukuka aykırı olması koşuluyla bağlantılı olarak kaleme alınmıştır. Kanada Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlar Kanunu'nda emrin ifasının savunma oluşturabilmesi için emrin hukuka aykırılığının bilinmiyor olması ve emrin açıkça hukuka aykırı olmaması koşullarının arandığı belirtildikten sonra, soykırım ve insanlığa karşı suçların her koşulda hukuka açıkça aykırı emir olarak kabul edileceği

¹⁵³⁸ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006417550 (Erişim Tarihi: 22.11.2020); Danti-Juan, parag. 37.

¹⁵³⁹ Fransız Ceza Kanunu metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000022681938/#LEGIARTI000022686470 (Erişim Tarihi: 22.11.2020)

belirtilmiştir¹⁵⁴⁰. Benzer şekilde Alman hukukunda Uluslararası Hukuka Karşı Suçlar Hakkında Kanun'un (*Völkerstrafgesetzbuch*) 3. Bölümünde¹⁵⁴¹, Avustralya hukukunda Avustralya Ceza Kanunu'nda ve Uluslararası Ceza Mahkemesi (Bağılantılı Değişiklikler) Kanunu 2002 (*International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002*) emrin ifasının soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından ileri sürülemeyeceği yalnızca savaş suçlarında belli koşullar altında uygulanabileceği düzenlenmiştir¹⁵⁴².

Türk hukukunda yetkili merciin emrinin ifasının bazı suçlar bakımından ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu yukarıda da açıklandığı üzere emrin ifasına ilişkin kuralları genel hükümler arasında düzenlemiş, özel hükümlerde yetkili merciin emrini ifanın belirli suç tipleri bakımından uygulama alanını özel olarak düzenlememiştir. TCK m. 24/3 uyarınca hukuka uygunluğun denetlenebildiği hallerde bu eylemlere yönelik emirlerin konusu suç oluşturan emir olmaları nedeniyle emirleri ifa edenler sorumlu tutulacaktır¹⁵⁴³. Bununla birlikte mutlak itaat hallerinde emrin içerik yönünden denetimi engellenmiş olduğu için, verilen emrin soykırım veya insanlığa karşı suç kapsamında kalıp kalmadığının somut olayda emri alan kişi tarafından denetlenmeyerek yerine getirilmesi dikkat alınabilecek bir ihtimaldir. Bu ihtimalde AsCK m. 41 hükmü mutlak itaatle yükümlü olan askerin aldığı emrin konusunu oluşturan eylemin soykırım veya insanlığa karşı suç işlemek amacıyla verildiğini bilmiyor olması veya verilen emrin konusunu oluşturan eylemin sınırlarını aşarak soykırım veya insanlığa karşı suç işlemesi ihtimalleri haricinde sorumlu tutulmamasına imkan vermektedir¹⁵⁴⁴. Mevzuatta mutlak itaat hallerinde emrin ifasının soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından geçerli olmayacağına yönelik ayrıca bir sınır getirilmediği ve AsCK m. 41'in yukarıda ele alınan koşulları

¹⁵⁴⁰ Bu yönde bkz. Roach, s. 121.

¹⁵⁴¹ Kanunun İngilizce tercüme metni için bkz. <https://www.iuscomp.org/wordpress/wp-content/uploads/2014/03/voestgb.pdf> (Erişim Tarihi: 21.11.2020)

¹⁵⁴² İngilizce Kanun metni için bkz. Criminal Code Act 1995, No. 12, 1995, Compilation No. 134, 20.07.2020 –Vol.I. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00245> (Erişim Tarihi: 11.01.2021) ; Kanun İngilizce metni için bkz. International Criminal Court (Consequential Amendments) Act 2002, No. 42, 2002. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2004A00993> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

¹⁵⁴³ Bu yönüyle TCK m. 24/3 hükmünün mutlak sorumluluk yaklaşımını benimsediği ve soykırım ile insanlığa karşı suçlar bakımından uygulanmasının evleviyetle mümkün olmadığı hakkında bkz. Bozbayındır, s. 130.

¹⁵⁴⁴ AsCK m. 41'in soykırım ve insanlığa karşı suçlar bakımından istisnaya yer vermemesi nedeniyle bu suçlar bakımından uygulanmaya müsait olduğu hakkında ayrıca bkz. Erdoğan, s. 212.

çerçevesinde emrin konusunun açıkça hukuka aykırı olmasına ilişkin objektif ölçüt yer almadığı için, yalnızca emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesine yönelik sübjektif ölçüte göre değerlendirme yapılacaktır. Bu konuda her ne kadar soykırım ve insanlığa karşı suçların niteliği ve gerçekleşme şekli somut olayda emri alan astın suç işleme amacına yönelik olduğunu bilmemesi ihtimalini inandırıcı kılmasa da, hükmün teorik olarak buna imkan veriyor olması eleştirilmiştir¹⁵⁴⁵.

Gerçekten soykırım ve insanlığa karşı suçların işlenmesine yönelik eylemleri hukuka uygun hale getiren nedenlerin söz konusu olması mümkün görülmemektedir¹⁵⁴⁶. Bununla birlikte hukuka aykırı bağlayıcı emrin kusurluluğa etki eden bir neden olarak kabul edilmesi halinde, emrin ifasıyla meydana gelen soykırım suçu veya insanlığa karşı suçlar bakımından eylem hukuka aykırı olsa da emri ifa eden kişinin sorumlu tutulamayacağını belirtmek mümkündür. Bu doğrultuda, her ne kadar anılan suçlar bakımından yetkili merciin emrini ifanın uygulama alanı bulabileceğini öngörmek güç olsa da Roma Statüsü'yle uyum sağlamaya imkan verecek şekilde değişiklik yapılabileceği ifade edilebilir. Esasen önceki bölümde ele alınan, emrin hukuka açıkça aykırılığının emri alanın sorumsuzluğunu sınırlayan genel bir koşul olarak öngörülmesi ve maddenin uygulama alanındaki tüm suçlar bakımından genel bir ölçüt olarak kabul edilmesinin de bu konuda çözüm üreteceğine dikkat çekilmelidir. Zira insanlığa karşı suç ve soykırım suçları da somut olayda açıkça hukuka aykırı olan emir niteliği taşıyacağı için hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde de emri ifa eden kişinin sorumluluk alanına dahil olacaktır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki Roma Statüsü'nde anılan suçların hukuka aykırılığının her zaman açık olduğuna yönelik karinenin dahi aksinin ileri sürülebilir, ispat edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Zira soykırım ve insanlığa karşı suçlar geniş çaplı hareketlar ve operasyonlarla gerçekleştirilse de bazı askerlerin hareketin yalnızca küçük bir kısmında görev almış olduğu dikkate alınarak, kendi eyleminin genel eylemle bağlantısını kurmasının, nihai amacı bilmesinin her zaman kendisinden beklenmesinin mümkün ve adil olmayacağı da göz önünde bulundurulmaktadır¹⁵⁴⁷. Bu doğrultuda, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) yargı yetkisi kabul edilmiş

¹⁵⁴⁵ Önok, s. 62.

¹⁵⁴⁶ Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 73, 88.

¹⁵⁴⁷ Bu yönde bkz. Bantekas/ Nash, s. 61.

olmasa da ulusal mahkemelerin yargı yetkisini tamamlayıcı nitelikte olması nedeniyle bazı hallerde UCM'nin yargı yetkisini kullanması mümkün olabildiği için, ulusal mevzuatın gözden geçirilerek uyumlu hale getirilmesi önem arz edebilecektir¹⁵⁴⁸. Roma Statüsü'nde emrin ifasının savaş ve saldırı suçları bakımından sorumluluğa etki edebileceğinin kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, emrin ifasının bu suçlar bakımından uygulama alanının Statü'yle uyumlu şekilde belirlenebileceğinin altı çizilmelidir¹⁵⁴⁹.

II. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFA İLE İLGİLİ ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

Yetkili merciin emrini ifa bazı durumlarda diğer ceza hukuku kurumlarıyla bağlantılı olacak şekilde ortaya çıkabilmekte, bu durumda somut olayda yetkili merciin emrini ifaya ilişkin hükümlerin nasıl uygulanması gerektiği, emri veren ve emri ifa eden kişilerin sorumluluğuna etkisinin nasıl yorumlanacağı özellik arz etmektedir. Çalışmanın son bölümünde, yetkili merciin emrini ifa kurumunun uygulanma koşullarına ve ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin kuralların, somut olayda diğer kurumlarla bağlantılı olarak nasıl uygulanabileceğine yönelik değerlendirmelere yer verilmiştir.

¹⁵⁴⁸ Yusuf Aksar, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk - II**, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021, s. 280; Türk hukukundaki emrin ifası hükümlerinin uygulama alanının Roma Statüsü'nden daha dar olmasına rağmen, yasal açıklık getirmesi bakımından AsCK'de değişiklik yapılmasının yerinde olacağı yönünde bkz. Bozbayındır, s. 133-134.

¹⁵⁴⁹ Bu hususta saldırı ve savaş suçlarına TCK veya AsCK'de yer verilmemiş olduğuna dikkat çekilmelidir. Bu durumun saldırı ve savaş suçları bakımından UCM'nin tamamlayıcı yargı yetkisinin uygulanmasını güçleştirdiği, bu nedenle en azından askeri ceza kanunlarının gözden geçirilmesinin bir zorunluluk olduğu hakkında bkz. Aksar, s. 284.

A. Yetkili Merciiin Emrini İfanın Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerle İlişkisi

1. Kanun Hükmünü İcra İle İlişkisi

a. Emrin İfası Sırasında Kanun Hükmünden Kaynaklanan Bir Yetkinin Kullanılması

Yetkili merciin emrini ifa ile kanun hükmünü icra kurumlarının bir araya geldiği durumlardan ilki kamu görevlilerinin görevleri kapsamında aldıkları bir emri ifa ederken kanun hükmünde tanınan yetkileri kullanmalarıdır. Ceza muhakemesi işlemlerine yönelik emirlerin ifası sırasında kullanılacak yetkileri düzenleyen hükümler bu kapsamda olup, PVSK m. 4/A-1-c uyarınca kolluk görevlilerinin yakalama emri veya zorla getirme kararının yerine getirilmesi sırasında kişileri ve araçları durdurma yetkisini, PVSK m. 16/7-c uyarınca tutuklama, göz altına alma, zorla getirme kararı, yakalama emrini ifa sırasında silah kullanma yetkisini düzenleyen hükümler bu duruma örnek gösterilebilir¹⁵⁵⁰. Bu gibi durumlarda emri alan kişi yalnızca emrin konusunu oluşturan eylemi değil, aynı zamanda kanun hükmünde yetkili kılındığı eylemleri de gerçekleştirebilecektir.

Emrin ifası sırasında kullanılabilecek yetkiler arasında özellikle zor ve silah kullanma yetkisi öne çıkmaktadır. Bazı kamu görevlerinin niteliği gereği, ifasıyla yükümlü olan kişilere kuvvete başvurma, zor ve silah kullanma yetkileri tanınmıştır. Zor ve silah kullanma yetkisinin tanındığı kişiler kolluk, jandarma, sahil güvenlik görevlileri, bekçiler, köy korucuları, özel güvenlik görevlileri gibi farklı sahalarda görevli kişiler olabilmekte¹⁵⁵¹, bu kişilere tanınan zor ve silah kullanma yetkileri mevzuatta yer alan çeşitli hükümlerde dağınık olarak gösterilmektedir¹⁵⁵².

¹⁵⁵⁰ PVSK metninin tamamı için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf>

¹⁵⁵¹ Avcı, “Zor Kullanma Yetkisi...”, s. 84-85; Hakeri, s. 276.

¹⁵⁵² Bu kapsamda CMK m. 168, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 24, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/6, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 22 gibi düzenlemeler sayılabilir. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 289-290; M. Bedri Eryılmaz/ Ayhan Bozlak, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 83, 2009, ss. 223-277, s. 231-138; Çetinkaya, s. 252; Sevdiren, s. 79-80.

Zor ve silah kullanma yetkisi genellikle kamu görevlilerinin görevlerinin gereğini yerine getirirken ve kanun hükmünde gösterilen koşullar çerçevesinde doğrudan kullanabilecekleri, görevle bağlantılı olarak kanun tarafından tanınan bir yetki olarak düzenlenmiş olup, bu çerçevede zor ve silah kullanma yetkisinin kullanılması TCK m. 24/1’de düzenlenen kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında yer almaktadır¹⁵⁵³. CMK m. 168’de düzenlenen “*Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder*” hükmü, PVSK m. 16/1’de yer alan “*Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.*” ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m. 11’de yer alan “*Jandarma, kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir*” hükümleri örnek olarak gösterilebilir¹⁵⁵⁴. Bu hükümler çerçevesinde yetkili mercilerin emirlerinin yerine getirilmesi sırasında buna engel olunmasını önlemek amacıyla men etme, zorlama, önlem alma yetkileri kanun hükmünde genel olarak tanınmıştır. Bu durumda zor kullanma yetkisi emrin ifası sırasında ve emrin ifası amacıyla kullanılacak bir yetki olup, kaynağı kanun hükmüdür. Örneğin CMK m. 93 uyarınca, yakalanan kişinin nakli için görevlendirilen kolluk görevlisi yakalanan kişinin nakil sırasında kelepçelenmesi konusunda yetkilidir. Bu hüküm doğrultusunda nakil emrini alan kolluk görevlisi kanun hükmündeki koşullara uygun olduğu sürece kelepçe takmak gibi zor kullanma kapsamında kabul edilen bir eylemi gerçekleştirmek konusunda takdir yetkisini kullanır¹⁵⁵⁵, bu durum kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni teşkil eder. Silah kullanma yetkisi de yetkili merciin verdiği belirli emirlerin ifası sırasında kullanılacak bir yetki olarak ayrıca

¹⁵⁵³ Avcı, “Zor Kullanma Yetkisi...”, s. 92.

¹⁵⁵⁴ Madde metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf> ; Aynı konuda 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m. 11, 2629 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu m. 5, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu m. 24 de farklı alanlarda zor kullanma yetkisine ilişkin genel düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 324-326, dn. 432, 435, 436; Zor kullanma yetkisi tanıyan diğer kanun hükümleri için ayrıca bkz. Eryılmaz/ Bozlak, s. 233 vd.

¹⁵⁵⁵ Kelepçe takmanın mevzuatta çeşitli hükümlerde maddi güç kullanmanın bir çeşidi olarak düzenlendiği hakkında bkz. Eryılmaz/ Bozlak, s. 241; Yakalamanın icrasında kural olarak kelepçe kullanılmamaktaysa da CMK m. 93’te belirtilen hallerde kelepçe takmak kolluk görevlisinin takdirine bırakılmıştır. Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, s. 871.

düzenlenmiştir. AY m. 17/4 uyarınca “*meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması (...) veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri*” yaşama hakkının korunma alanı dışında bırakılmıştır¹⁵⁵⁶. Bu doğrultuda kanunda gösterilen kişilerin yakalama ve tutuklama kararının veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında ölüme yol açacak şekilde dahi silah kullanma yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenlemeyle yetkili merciin emrinin ifası kişilerin yaşam hakkının elinden alınmasına imkan veren nedenler arasında sayılmakta¹⁵⁵⁷, yaşam hakkı ile emrin ifası karşı karşıya gelebilmektedir. Yine kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinin düzenlendiği PYSK m. 16’nın 7. fıkrasının c bendinde “*Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde*”¹⁵⁵⁸ silah kullanılabileceğinin belirtilmesi bu duruma örnektir. Benzer düzenlemelere zor kullanma yetkisiyle ilgili olarak da yer verilmiştir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 28/6. maddesinde “*Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilebileceği*” belirtilmiş, böylece karar veya yazılı emir üzerine yapılacak üst ve eşya aramalarının icrasında zor kullanma yetkisinin bulunduğu tekrar edilmiştir¹⁵⁵⁹. Aynı Yönetmeliğin 30/7. maddesinde ise konut, işyeri ve eklentilerinde yapılan aramalar sırasında aramaya karşı çıkılması halinde güç kullanılabileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁶ Anayasa hükmünün içeriğine yönelik değerlendirme ve eleştiriler için bkz. Çetinkaya, s. 253.

¹⁵⁵⁷ Anayasa hükmündeki düzenleme AİHS’te yer alan yaşam hakkına ilişkin düzenlemeden farklı olarak “*olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması*”nı da yaşam hakkının sınırı olarak belirlemiştir. Bkz. Sevdiren, s. 75.

¹⁵⁵⁸ Madde metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2559&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>

¹⁵⁵⁹ Madde metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=8203&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeliği&mevzuatTertip=5>

¹⁵⁶⁰ “*Aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracaklardır.*

Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir.” Madde metninin tamamı için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=8203&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeliği&mevzuatTertip=5>

Anılan hükümlerde görüldüğü üzere, bu hallerde yetkili merciin verdiği bir emrin ifa edilmesi sırasında emrin konusunu oluşturan eylemin gerçekleştirilmesi amacıyla farklı eylemlere de izin verilmiş olmaktadır. Örneğin yakalama emri kişinin hareket özgürlüğünü kısıtlamayı, arama kararı konuta girilmesini içermekteyken, zor kullanma yetkisi kapsamında bu emirlerin ifası sırasında cebir, yaralama, mala zarar verme eylemlerine de belirli koşullarla izin verilmiş olmaktadır. Bu durumda kolluk görevlilerinin silah veya zor kullanma yetkisiyle emrin ifasının somut olayda bir araya geldiği durumlarda, hukuka uygun bir emrin ifası sırasında zor veya silah kullanılması halinde ortaya çıkan tipik eylemin hukuka uygunluğunun hangi hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sorusunu yanıtlamak gerekir.

Kanun hükmünde zor ve silah kullanma yetkisi kişilere görevinin gereğini yerine getirebilmesi için tanınan ve belirli koşullar altında kullanabileceği yetkiler olarak gösterilmiş olup, kanun hükmü zor ve silah kullanılmasına yönelik bir emir içermemektedir¹⁵⁶¹. Burada zor ve silah kullanılması kişinin görevi kapsamında kendisine yetkili merci tarafından yöneltilen bir emre itaat yükümlülüğünü yerine getirdiği sırada ve yalnızca bu amaçla izin verilen eylemlerdir. İlgili hükümlerde yetkili merciin vermiş olduğu yakalama, tutuklama, gözaltı, zorla getirme kararının varlığı zor ve silah kullanma yetkisini doğuran koşullardan biri olarak -kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninin uygulanma koşullarından biri olarak- sayılmıştır. Yetkili merciin emrinin zor veya silah kullanılmasına yönelik olması aranmamakta, kolluk görevlisi kanunda sayılan emirlerden birinin varlığı halinde doğrudan kanundan kaynaklanan yetkiyi kullanabilmektedir. Önemli olan hukuka uygun şekilde verilmiş bir emrin bulunmasıdır. Hukuka aykırı bir yakalama emri veya tutuklama kararı itaat yükümlülüğü doğurmayacağı için hukuka aykırı emri alan kamu görevlisinin bu yönde bir görevi bulunmayacak, görevle bağlantılı olması gerektiği için kanunda öngörülen silah kullanma yetkisi de doğmamış olacaktır. Örneğin PVSK m. 16/7-c’de kolluğun silah kullanma yetkisinin suçüstü hali dışında, yalnızca yakalama, gözaltına alma gibi bazı emirlerin ifası sırasında yakalama amacıyla kullanılabileceği ve bu emirler kapsamında kim oldukları bilinen, adli merciler tarafından aranmakta olan kişilere yönelik olarak yalnızca yakalama

¹⁵⁶¹ Kanunun kolluğa silah kullanma emri vermediği hakkında bkz. Çetinkaya, s. 254.

amacını sağlayacak şekilde kullanılabileceği gösterilerek yetkinin sınırları çizilmiştir. Maddede yer almayan, örneğin, hakkında kesin hüküm verilmiş olan bir hükümlünün yakalanması gibi bir emrin verilmesi halinde PVSİ m. 16/7-c’de yer alan koşul sağlanmadığı için kolluk görevlisi bakımından kanun hükmünü icra etmesi, kanun hükmünde gösterilen yetkinin doğması mümkün olmayacaktır¹⁵⁶². Ancak bu yönde bir emrin varlığı olmasa da hükümlünün kaçması halinde yukarıda alıntılanan AY m. 17/4 hükmü ve 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun m. 1-B kapsamında silah kullanılması yetkisinin bulunduğu ifade edilebilir¹⁵⁶³. Yine benzer şekilde beden muayenesi için karar verilmiş olduğu halde karara uyarak beden muayenesine gitmekten kaçınan kişiye karşı zor veya silah kullanılması özel olarak kanunda düzenlenmediği için bu madde kapsamında değerlendirilemeyecek, bununla birlikte yetkili merciin emrinin ifasına yönelik bir direniş ve engel söz konusu olduğu için PVSİ m. 16/1 uyarınca zor kullanılması mümkün olabilecektir¹⁵⁶⁴. PVSİ m. 16/7-c kapsamındaki haller bakımından silah kullanma yetkisinin hangi koşullarla hukuka uygun olacağı m. 16/8’de özel olarak gösterilmiş, önce dur ihtarı yapıldıktan sonra uyarı ateşi açılması ve en son olarak öldürücü olmayan bölgelere ateş edilebileceği ayrıca belirtilmiştir¹⁵⁶⁵. Sonuç olarak, PVSİ m. 16/7-c’de yer verilen silah kullanma yetkisi kolluk görevlisi tarafından silah kullanılmasına yönelik ayrıca bir emrin verilmesi aranmaksızın kullanılabildiği için, diğer bir ifadeyle yetki doğrudan kanun hükmünden kaynaklandığı için kanun

¹⁵⁶² Eleştirisi için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 295.

¹⁵⁶³ 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun m. 1-B: “(A) bendindeki yetkiler saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olup da haklarında tevkif veya yakalama müzakeresi çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayiş tek başına veya toplu olarak fiilen tehdit ve ihlal ettikleri anlaşılanlardan, teslim olmaları için İçişleri Bakanlığınca tesbit edilen tarihte başlamak üzere 10 günden az ve 30 günden çok olmamak şartıyla verilecek mühlet ile ad, san ve eylemleri de belirtilerek sanık veya hükümlünün dolaştığı bölgelerde mutad vasıtalarla ve uygun görülen yayın organlarıyla radyo ve televizyonla da ilan edilenlerin belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, zabıtaya veya herhangi bir resmi mercie teslim olmaları hallerinde.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.1481.pdf>; Çetinkaya, s. 259, dn. 215; Hapis cezasına mahkum olan kişinin yakalanması sırasında, kolluk görevlileri tarafından kaçan kişinin yakalanması için silah kullanma yetkisine dayanılarak silah kullanılabileceği hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 327.

¹⁵⁶⁴ Bu durumda TCK m. 24/2 ile PVSİ m. 16/1 hükümleri bir arada uygulanmalıdır. Eryılmaz/Boztrak, s. 240.

¹⁵⁶⁵ Kolluğun silah kullanma yetkisini düzenleyen çeşitli mevzuat hükümlerinde farklı koşullara yer verilmiş olmakla birlikte ilgili hükümlerden genel olarak silah kullanma yetkisinin kullanılmasında ihtarın yapılması, son çare olarak başvurulması ve ölçülülüğün gözetilmesi koşullarının arandığı ifade edilmektedir. Bunların dışında her hükmün kolluk türüne veya silah kullanılacak koşullara göre özel koşullara yer verdiği tespit edilmektedir. Çetinkaya, s. 255; Kolluğun zor kullanma yetkisinin koşul ve aşamaları hakkında ayrıca bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 291-296; Feridun Yenisey, **Kolluk Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015, s. 187-191, 199-201.

hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamındadır¹⁵⁶⁶. Yetkinin kaynağı doğrudan kanun hükmü olup, yakalama emri gibi yetkili merciin bir emrinin varlığı kanun hükmünün uygulanma koşullarından biridir. Burada hem emrin ifası hem de kanun hükmü aynı göreve yöneliktir.

Yargıtay'ın bu konuda mülga 765 sayılı TCK'nın yürürlük döneminde vermiş olduğu kararında ise kanun hükmünü icra ile yetkili merciin emrini ifa hükümlerinin uygulanmasında farklı yaklaşım sergilediği görülmektedir. 1987 yılında verdiği bir kararında Yargıtay 1. Ceza Dairesi “(...)Komiser muavini Murtaza'nın komutasındaki Bekçi İlyas ve Polis Memurları Fevzi ve Mahmut'dan oluşan güvenlik ekibi hırsızlık suçundan sanık ve firari maktul Tahsin'i yakalamak üzere görevlendirilmişlerdir. Bu itibarla emri yerine getirmekle yükümlüdürler. Yasaya uygun olarak verilen bu emri yerine getirdikleri sırada kendi yetkileri sınırı içinde, yasal şekillere uygun olarak yapılan fiil ve hareketlerini meşru saymak gerekir.”¹⁵⁶⁷ biçiminde ifade ettiği değerlendirmeye yakalama emrinin gereğini yerine getiren kolluk görevlilerinin bu esnada silah kullanmalarını hukuka uygun emrin ifası kapsamında kabul etmiş, silah kullanma yetkisini emrin ifasının bir parçası olarak tarif etmiştir. Kararda maktulün dur emrine uymayarak kaçmaya devam etmesi üzerine silahla ateş edilmesi ve ölümüne yol açılması şeklinde gelişen olayda Yargıtay silah kullanma yetkisini emrin ifası ile açıklamışsa da neticede meşru savunmanın söz konusu olduğuna karar vermiştir. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, karara konu olayda verilen emrin yalnızca yakalamaya yönelik olduğu, bu esnada silah kullanılmasına yönelik olarak verilen bir emir söz konusu olmadığı için emrin yerine getirilmesinin gerekçe olarak kabul edilmesinin yerinde olmadığı ifade edilmelidir¹⁵⁶⁸. Yargıtay'ın güncel tarihli kararında ise bir yakalama emrinin ifası sırasında silah kullanılması hali TCK m. 24/1 kapsamında değerlendirilmiştir¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁶ Kaçan şüphelinin yakalanması emrinin verilmiş olmasının yakalama amacıyla silah kullanılmasının emredildiği anlamına gelmediği, silah kullanılmasına ilişkin ayrıca emrin varlığının aranması gerektiği hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 336-337.

¹⁵⁶⁷ Yar. 1. Ceza Dairesi, 18.11.1987, 4125/4031, YKD. Şubat 1988, 273 vd. Karar metni için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 332, dn. 445.

¹⁵⁶⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 336-337.

¹⁵⁶⁹ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; maktul ... hakkında Karasu ilçesinde meydana gelen çok sayıda hırsızlık olaylarının şüphelisi olarak Karasu Sulh Ceza Hakimliği'nin kararıyla yakalama emri çıkarıldığı, maktulün yakalama emri uyarınca İstanbul'da yakalanarak Karasu ilçesine getirildiği, kolluk nezaretinde sorguya sevk edilerek sulh ceza hakimliği duruşma salonunda bekletildiği sırada nezaret eden polis memurunu itekleyip yarananmasına da sebebiyet vererek duruşma salonunun penceresinden atlayıp kaçtığı, sanığın ise olay günü izinli olmasına rağmen emniyet müdürlüğünde

Bir emrin ifası sırasında kanun hükmünden kaynaklanan bir yetki olarak zor ve silah kullanılabilmesinin yanı sıra somut olayda zor ve silah kullanma yönünde bir emrin yöneltilmesi de mümkündür. Bu durumda emrin konusunu zor veya silah kullanılması eylemleri oluşturacağı, zor ve silah kullanmak emri alan kişi açısından bir yükümlülük olarak ortaya çıkacağı için yetkili merciin emrini ifa kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, TSK İç Hizmet Kanunu m. 87/IV ve V uyarınca askeri birliğe görev veren komutan ve amirlerin ateş etme emri verme yetkileri bulunmaktadır. Bu hükümler doğrultusunda somut olayda ateş etme emri alan bir askerin ateş ederek gerçekleştirdiği tipik eylem yetkili merciin emrini ifa kapsamındadır. Burada askerin silahla ateş etmesi görevinin bir parçası olup amirin bu yöndeki emrinden kaynaklanmaktadır¹⁵⁷⁰. Her ne kadar emri alan asker bakımından somut olayın koşulları ve gerekliliği doğrultusunda silah kullanma yetkisi bulunsa da (TSK İç Hizmet K. m. 87) somut olayda ateşli silahla müdahale etmek ateş etme emri ile kendisine bildirildiğinde artık somut olayın koşullarını ve gerekliliğini takdir yetkisi amire ait olmakta, emri alan askerin görevini ifa amacıyla başvurmamasının gerekli olup olmadığını takdir edeceği bir yetkisinden söz edilememektedir. Bu doğrultuda TSK İç Hizmet K. m. 87/VI’de yer alan “*Her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutulmak kaydıyla bu madde hükümlerine göre silahını kullanan askere ve silah kullanma emrini veren birlik komutanına sorumluluk yüklenemez*” şeklindeki hükümle, anılan Kanun hükümlerinde gösterilen koşullara uygun olarak kullanılan silah kullanma yetkisinin hukuka uygun olduğu belirtilmekte¹⁵⁷¹, kanundan kaynaklanan yetkisiyle silah kullanan asker ile kanundan kaynaklanan silah kullanılması emri verme yetkisini kullanan amir bakımından

düzenlenen seminere katılmak üzere emniyet binasında bulunduğu, maktulün kaçtığı haberinin emniyete ulaşması üzerine kolluk amirinin emriyle gruplar halinde yakalama çalışmaları başlatıldığı, amiri tarafından kendisine emir verilen sanığın yanında bulunan iki memur ile birlikte maktulün kaçtığı istikamette araştırma yaptıkları sırada, maktulü otluk ve çalılık alanda gördükleri ‘dur’ ihtarında bulunmalarına rağmen maktulün kaçmaya devam ettiği, sanık ve arkadaşlarının ikaz amaçlı havaya ateş ettikleri ancak maktulün ihtar ve ateş etmelerine kayıtsız kalarak kaçmaya devam ettiği bunun üzerine sanığın maktulü yakalamak amacıyla vücudunun alt kısmını hedef alarak peşpeşe iki el ateş ettiği (...) anlaşılmaktadır. Sanığın 2559 sayılı Yasanın 16. maddesi kapsamında maktulü yakalamak amacıyla ve yakalayacak ölçüde silah kullanma yetkisi bulunduğu, başka türlü yakalanamayan maktulün yaralayarak yakalanmasının sağlanması durumunda eylemin TCK’nin 24/1 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği kuşkusuzdur.”. Yar. 1. CD., 2020/1279 E., 2021/6088 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

¹⁵⁷⁰ Her ne kadar düzenlemelerde silah kullanılmasının olayın koşullarına göre ast tarafından takdir edilerek de kullanılacağı belirtilmiş olsa da kural olarak ateş etmenin bilhassa bu konuda emir verilmiş olmasına bağlı olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 100.

¹⁵⁷¹ Kangal, Askeri Ceza Hukuku, s. 122.

kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedenine atıfta bulunmaktadır. Amirin verdiği silah kullanma emri bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı takdirde emri alan asker bakımından hukuka aykırı emrin ifası söz konusu olacak, bu durumda emrin ifasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekecektir¹⁵⁷².

Ateş etme emrini konu alan bir olayla ilgili olarak Yargıtay 2002 yılında verdiği bir kararında “devriye görevini yürütürken, asker firarisi olan maktulü yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp, onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra yakalanana doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan sanığın TCK 49/1 (YTCK 24/1) maddesi anlamında kanunun hükümlerini icra etmek suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arz ettiği”ni¹⁵⁷³ ifade etmiştir. Bu kararda işaret edildiği üzere ateş etme emrini veren kişi bakımından kanun hükmünün icrası söz konusu olurken, emri ifa eden kişi bakımından yetkili merciin emrini ifa kapsamında değerlendirme yapılması gerekecektir. Aynı değerlendirme PYSK m. 16/5 uyarınca toplu kuvvet olarak müdahalenin yapıldığı anlarda kullanılacak kuvvetin derecesi ve müdahale araçlarının amir tarafından belirleneceği durumlarda da yapılabilecektir¹⁵⁷⁴. Anılan madde kapsamında toplu olarak müdahale edilen bir olayda zor kullanma yetkisi amirin verdiği emrin ifasına dayanır ve emre itaat yükümlülüğünün bir gereği olarak ortaya çıkar. Kanun koyucu toplu müdahalelerde zor kullanma yetkisinin amirin takdirine göre kullanılmasını, sorumlu amirin yetkisinin esas olduğunu kabul etmiştir¹⁵⁷⁵. Bu durumda örneğin yetkili kolluk amirinin toplu bir eylem sırasında “basıncı suyla müdahale edilmesi” veya “göstericilerin kelepçelenerek

¹⁵⁷² Ateş edilmemesi gereken bir kişiye ateş edilmesi emrini yerine getiren astın sorumluluğu belirlenirken AsCK m. 41/2 hükmüyle TCK m. 24/4 hükmünün birlikte ele alınması ve emri denetleme yetkisi bulunmayan astın hukuka aykırı ateş etme emrinin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi ve emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde sorumlu tutulamayacağı yönünde değerlendirme için bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 103.

¹⁵⁷³ Yar. 1. Ceza Dairesi 12.12.2002, 3659/4665. Karar metni için bkz. Hakeri, s. 278-279; Eryılmaz/Bozlak, s. 251-252.

¹⁵⁷⁴ Kolluğun zor kullanma yetkisine belirli kademeleri takip ederek başvurulması, buna göre bedeni kuvvetin yetersiz kalması halinde maddi güç (kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gaz, fiziki engeller vb.) maddi gücün yetersiz kalması halinde silah kullanılması gerekmektedir. Bunlar takdir yetkisinin amir tarafından kullanıldığı hallerde de geçerlidir. Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 292-296, 299; Ayrıca bkz. Çetinkaya, s. 258.

¹⁵⁷⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 299.

alıkonulmaları” gibi emirlerinin ifası sırasında uygulanan maddi gücün derecesini takdir etme yetkisi amire ait olduğu için zor kullanma eylemini gerçekleştiren kolluk görevlileri bakımından emrin ifası hukuka uygunluk nedeni, emri veren amir bakımından kanun hükmünün icrası söz konusu olacaktır. Bu durumda amirin zor kullanma yetkisinin doğmamasına rağmen toplu halde zor kullanılmasına ilişkin emir vermesi halinde, emrin konusunun suç teşkil etmesi nedeniyle hem amirin hem de emri ifa edenlerin sorumlu tutulacağı ifade edilebilecektir¹⁵⁷⁶. Aynı doğrultuda emri veren kolluk amirinin kullanılmasını emrettiği zorun derecesinin ve aracın ölçülü olmaması halinde sınırın aşılmasından emri yerine getiren kolluk görevlisinin sorumlu tutulmayacağı belirtilmelidir¹⁵⁷⁷. Belli bir olayda ve belli ölçüde zor kullanılması emrinin veya ateş etme emrinin verildiği hallerde gerçekleştirilen eylem zor kullanma yetkisinin sınırının aşılması suçu (TCK m. 256) bakımından yetkili merciin emrini ifanın koşulları dikkate alınarak değerlendirilecektir¹⁵⁷⁸.

b. Emrin İfasının Kanun Hükmünden Kaynaklanan Görevle Çatışması

Yetkili merciin emrinin ifası ile kanun hükmünün icrası kurumlarının ilişkili olduğu hallerden bir diğeri kamu görevlisinin aldığı emrin konusunu oluşturan eylemin somut olayda kanundan doğan bir diğer görev veya yetkisiyle çatışması halidir. Kanunun yüklediği görevi ile bir arada ifa edilmesi mümkün olmayan bir emrin verilmesi halinde emri alan kamu görevlisi bakımından çatışan görevlerden hangisinin gereğini yerine getireceği, kanun hükmü karşısında emre itaat yükümlülüğünün devam edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkar. Örneğin, olay yerini terk etmesi emri verilen kolluk görevlisinin bu emri ifa ettiği sırada olay yerinde bir suçüstü hali meydana gelirse, kolluk görevlisinin aynı zamanda CMK m. 90 kapsamında yakalama yapma yetkisi söz konusu olacaktır¹⁵⁷⁹. Görev yerinden ayrılma emri alan kolluk görevlisinin emre itaat etmeyerek olay yerinde kalıp yakalama yapmaya devam etmesi halinde, kolluk görevlisinin eylemi görevi kötüye

¹⁵⁷⁶ Bkz. Eryılmaz/Bozlak, s. 230.

¹⁵⁷⁷ Bkz. Savaş/ Mollamahmutoğlu, s. 896.

¹⁵⁷⁸ Avcı, “Zor Kullanma Yetkisi...”, s. 84.

¹⁵⁷⁹ TCK m. 262 kapsamında benzer örnek için bkz. Özgür Taşdemir, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK md. 262)”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, ss. 3061-3081, s. 3076.

kullanma suçu (TCK m. 257) veya amirin usulüne göre verdiği emri yerine getirmemek disiplin suçu (7068 Sayılı Kanun m. 8/(5)-ç-4) kapsamında ele alınabilecektir. Bu durumda, kanun hükmünden kaynaklanan görev ve yetki ile emirle yöneltilen görevden hangisinin yerine getirilmesinin gerektiği, emrin ifasının veya kanun hükmünü icranın suça etkisi sorununun çözülmesi gerekir. Aynı sorun, emrin konusunun üstlenilen kamu görevinin terkini içermesi halinde emrin gereğinin yapılmayarak görevin sürdürülmesi, göreve ait yetkilerin kullanılmaya devam edilmesi¹⁵⁸⁰ nedeniyle TCK m. 262 bakımından da söz konusu olabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, kamu görevini terk etmesi yönünde hukuka uygun bir emir alan kamu görevlisinin kanundan kaynaklanan diğer yetkilerini kullanabilmesi halen mümkün ise kanunun tanıdığı bir yetkinin kullanılması, TCK m. 262 kapsamında kamu görevini usulsüz olarak yerine getirmeye teşebbüs oluşturmayacağı¹⁵⁸¹ gibi, somut olayda kamu görevinin terki emrine rağmen görevin sürdürülmesi suçunu da oluşturmayabilecektir. Bunun için terki emredilen kamu görevine tanınan, kamu görevinin üstlenilmesine bağlı olarak tanınan yetkiler dışında kalan kanuni görev veya yetkilerin kullanılmış olması gerekir. Bu ihtimalde kanundan kaynaklanan görev ve yetkilerinin kullanılması, terki emredilen göreve devam edilmesine veya görevin sonlandırılması emrini yerine getirmemesine yol açmaktaysa kamu görevlisinin içinde bulunduğu görev ihtilafının çözülmesi gerekir. Zira bu durumda kanundan kaynaklanan yetkilerin emrin gereğine uygun şekilde kullanılmasının gerektiği ileri sürülebileceği gibi, emrin yerine getirilmesinden önce kanunda yüklenen görevin yerine getirilmesi gerektiği de savunulabilecektir. Bu konuda, mevcut emrin kanunun daha üstün bir menfaati koruyan hükmüyle çatışması nedeniyle kanundan kaynaklanan yetkinin kullanılmasının kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilebilir¹⁵⁸².

¹⁵⁸⁰ Bu madde kapsamında terk emri, geçici veya sürekli olarak kamu görevinden alınmayı içermekte, görevi sürdürmeye devam etmek terk edilmesi bildirilen görev yerini terk etmeyerek göreve ilişkin yetkileri kullanmaya devam etmeyi içermektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Ali Hakan Evik, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi”, in **Özel Ceza Hukuku, Cilt: IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 341-364, s. 355.

¹⁵⁸¹ Evik, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi”, s. 360.

¹⁵⁸² Bu yönde bkz. Taşdemir, s. 3076.

Bu konuda diğer bir örnek, kolluk görevlisinin tanıklık yapmak üzere görevlendirilmesi¹⁵⁸³ haliyle ilgili olarak verilebilir. Kolluk görevlisinin tanıklık görevinin gereği olarak duruşmada hazır bulunacağı saatte kolluk amiri tarafından verilen bir emrin gereğini ifa etmek zorunda kalması ihtimalinde kolluk görevlisinin karşı karşıya gelen görevlerinden hangisini yerine getireceği sorunu ortaya çıkar. Bu durumda yargı mercilerinin görevine üstünlük tanındığını kabul eden bir görüş ileri sürüldüğü gibi, diğer bir görüş tarafından kolluğun görevinin de eşit derecede bağlayıcı olduğu, kolluk görevlisinin bu durumda kolluk amirinden tanıklık görevi için izin alması gerektiği ve duruşmada beyanda bulunmadan önce aldığı emrin gereğini yerine getirmekle yükümlü olduğu için tanıklık davetinin gereğini yerine getirememesi nedeniyle emrin ifası hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı ifade edilmiştir¹⁵⁸⁴. Diğer bir görüşe göre, kamu görevlisi henüz tanık olarak dinlenilmeden önce emri almış ise emri yerine getirerek tanıklık görevini yerine getirmeyecektir. Ancak bu durumda CMK m. 44 uyarınca zorla getirilmesine karar verilecek olan kamu görevlisinin tanıklık yapmak üzere gelmemesini haklı gösterecek sebep olarak almış olduğu emri gerekçe gösterebilecek ve aleyhine hükmedilen giderler kaldırılacaktır. Eğer kamu görevlisi emri aldığı sırada tanık olarak dinlenilmek üzere duruşma salonuna girmiş ise, hakimnin izni olmadan duruşma salonundan ayrılamayacağı için (CMK m. 53/1) artık emri yerine getirmek üzere tanıklık görevini yerine getirmemesi mümkün olmayacaktır¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸³ Bu noktada tanıklık yapmak üzere görevlendirilmenin bir emrin değil görevin ifası olarak kabul edileceğinin altı çizilmelidir. "Olayda; Tüzük'ün anılan maddesinde sözü edilen " amirinin emrini yapmamak" fiilinin oluşabilmesi için, verilen emrin göreve ilişkin olması gerektiği açık olduğundan, ... Ağır Ceza Mahkemesi'nin E:... ve E:... sayılı dosyalarındaki duruşmalara tanık olarak çağrılan davacının duruşmalara icabet etmemesi fiilinin " amirin emrini yapmamak" olarak değerlendirilemeyeceği; öte yandan, her ne kadar ... Ağır Ceza Mahkemesinin 12/11/2010 tarihli yazısı ile; davacının duruşmalarda hazır edilmesi için müteaddit kereler müzekkere yazılmasına rağmen duruşmalarda hazır edilmediğinden, müzekkerenin gereğini yerine getirmeyen yetkili ve sorumlunun tespit edilerek hakkında görevi ihmal veya görevi kötüye kullanmak suçlarından yasal gereğinin yapılması için ... Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmuş ise de, aynı Mahkemenin ... tarihli yazısında; davacının, E:... ve E:... sayılı dosyalar için 25/03/2011 tarihinde yapılan duruşmada hazır bulunarak tanık olarak ifade verdiği, daha önceki duruşmalara neden gelmediğinin sorulduğu, görev yoğunluğundan dolayı gelemediği anlaşıldığından mazeretinin yerinde bulunduğu ve önceki duruşmalara gelmemesinin keyfi olmadığının anlaşıldığı hususlarının belirtildiği dikkate alındığında, duruşmalara katılması için yapılan tebligatların görevle ilgili bir emir gibi kabul edilerek amirin emrine uymadığından bahisle disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir." Danıştay 5. Daire, 2016/17499 E. , 2020/1288 K. 18.02.2020 T. (<https://karararama.danistay.gov.tr>)

¹⁵⁸⁴ Günel, Yetkili Mercinin Emrini İfa, s. 82-83.

¹⁵⁸⁵ Bu yönde bkz. Savaşçı Temiz, s. 92.

Kanaatimizce, görevlerin kaynağının kanun veya yetkili merciin emri olması arasında öncelik yönünden fark bulunmadığı ve eşit derecede bağlayıcı oldukları için görev ihtilafının somut olaydaki koşullara göre çözülmesi gerekir. Kanundan ve emirden doğan görevlerin birlikte ifa edilmesi mümkün değilse, somut olayda kanun hükmünün veya amirin emrinin hizmet ettiği kamusal menfaatin ağırlığı dikkate alınabilecektir. Ayrıca, daha önce doğan görevin veya acil müdahaleyi gerektiren hallere ilişkin görevin önce yerine getirilmesi, çatışan görevlerden birinin başka bir kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi mümkünse görevin başkasına verilerek yerine getirilmesi yoluyla da çözüm sağlanabilecektir.

2. Meşru Savunma İle İlişkisi

Meşru savunma, kişinin maruz kaldığı haksız bir saldırıya karşı kendini veya bir başkasını korumak amacıyla gerçekleştirdiği tipik eylemlerin suç oluşturmalarını engelleyen bir hukuka uygunluk nedeni olarak TCK m. 25/1’de düzenlenmiştir. Meşru savunma sırasında gerçekleştirilen eylemlerin tipik olmalarına rağmen hukuka uygun hale geldiğinin kabul edilmesi, saldırı ve savunmaya ilişkin bazı koşulların varlığına bağlanmıştır¹⁵⁸⁶. Bu koşullar; halen var olan bir saldırının bulunması, saldırının haksız olması, saldırının bir hakka yönelmiş olması, savunmada zorunluluk bulunması, saldırı ile savunmanın eş zamanlı, orantılı olması ve savunmanın saldıran kişiye yöneltilmiş olması olarak sayılabilir¹⁵⁸⁷. Meşru savunma ile yetkili merciin emrini ifa kanunda farklı koşullar çerçevesinde düzenlenen farklı kurumlar olsa da somut olayda emrin ifası ile meşru savunma bir araya gelebilmekte, iki kurumun ilişkili olduğu bazı durumlar ortaya çıkabilmektedir.

Yetkili merciin emrinin ifası sırasında emri ifa eden kamu görevlisinin saldırı altında kalması halinde, saldırıya karşı kendisini veya bir üçüncü kişiyi savunmaya yönelik eylemlerinin meşru savunma kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda ilk olarak, kamu görevlisinin maruz kaldığı saldırının emrin ifasına karşı, emrin ifasını engellemek amacıyla gerçekleştirilmesi ihtimali ele alınabilir. Bu ihtimalde kamu görevlisinin verilen emir gereği yerine getirmekle

¹⁵⁸⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 315.

¹⁵⁸⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 398-405.

yükümlü olduğu eylemin engellenmesi için yapılan saldırı kamu görevlisine direnilmesi, görevin yapılmasının engellenmesi mahiyetinde olabilecektir¹⁵⁸⁸. Bu nedenle kamu görevlisinin emri ifa ederken karşılaştığı direnç “bir hakka yönelik saldırı” olarak ortaya çıkmadığı sürece, direnci bertaraf etmek için zor kullanması aynı zamanda bir savunma olarak değerlendirilemeyecektir. Örneğin, kolluk görevlisinin arama emrinin gereğini yerine getirmek amacıyla girmeye çalıştığı konuttaki şüphelinin konuta girilmesini engelleyecek şekilde konutu kilitlemesi kolluk görevlisine ait bir hakka yöneltmiş bir saldırı oluşturmadığı için kolluk görevlisinin direncin kırılmasına yönelik eylemleri saldırının varlığı ve saldırının bir hakka yönelmiş olması koşullarının bulunmaması nedeniyle meşru savunma kapsamında ele alınamayacaktır. Kolluk görevlisi bu durumda görevini yerine getirmek amacıyla zor kullanma yetkisine başvurabilecektir (PVSK m. 16/1, Adli ve Önleme Aramaları Yön. m. 30/7). TCK m. 25/1’de meşru savunmada saldırının bir hakka yönelmiş olması yeterli görülmüş ve hak bakımından bir sınırlama yapılmamışsa da, saldırının “*gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş*” olması arandığı için bireysel menfaatleri koruyan haklar anlaşılmalıdır. Kamu görevlisinin görevini yerine getirmesindeki kamusal menfaat saldırıya uğrayan hak olarak nitelendirilemeyecektir¹⁵⁸⁹. Bununla birlikte diğer bir örnekte, yakalama emrinin gereği olarak şüphelinin bulunduğu adrese giden kolluk görevlisine karşı şüphelinin yakalanmamak amacıyla bıçakla saldırarak direnç göstermesi aynı zamanda kolluk görevlisinin vücut bütünlüğü veya yaşam hakkı üzerinde bir saldırı oluşturacağı için, kolluk görevlisinin emrin ifası sırasında karşılaştığı direnç aynı zamanda saldırı niteliği de taşıyacaktır. Bu durumda kolluk görevlisi bakımından hem emrin ifası sırasında başvurulabilecek bir zor kullanma yetkisinin kullanılması nedeniyle kanun hükmünü icra, hem de kendisine ait bir hakka yönelik saldırıya karşı koyması nedeniyle meşru savunma hukuka uygunluk nedenlerinin koşulları bir arada bulunur¹⁵⁹⁰. Meşru savunmanın görevin ifası sırasında saldırıyla karşılaşılan

¹⁵⁸⁸ Bu bağlamda örneğin görevini yerine getiren kamu görevlisine yönelik cebir veya tehdit içeren eylemler görevi yaptırmamak için direnme suçu kapsamında değerlendirilebilecek olup, cebir veya tehdidin görevin yapılmasını engellemeye elverişli olması yeterlidir. Bkz. Zeynel Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme”, in **Özel Ceza Hukuku Cilt: IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 385-444, s. 402, 407-408.

¹⁵⁸⁹ Meşru savunma kapsamında bireysel hakların korunduğu, devlete veya diğer tüzel kişilere ait hakların veya toplumsal menfaatlerin korunmasının yalnızca bireysel hukuki menfaatler söz konusu olduğunda meşru savunma kapsamında değerlendirilebileceği hakkında bkz. Fahri Gökçen Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **CHD**, Sayı: 12, Nisan 2010, ss. 219-253, s. 231.

¹⁵⁹⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 299; Polis meşru savunma koşulları altında silah kullanması halinde kanun hükmünü icra etmiş olur. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 387.

hallerde uygulanabileceği PVSK'da ayrıca düzenlenmiş (PVSK m. 16/6), meşru savunma hükmüne ayrıca atıfta bulunularak saldırıyla karşılaşması halinde zor kullanma yetkisinin koşullarıyla bağlı olmaksızın meşru savunmadan yararlanabileceği ayrıca belirtilmiştir¹⁵⁹¹. Yine kolluk faaliyetleri kapsamında üçüncü kişi lehine meşru savunmanın da söz konusu olması mümkündür. Özellikle rehine alma olaylarında başvurulmuş ve kolluk amirinin verdiği öldürücü atış emri üzerine saldırganın öldürülmesine yönelik olarak ateş edilmesinde üçüncü kişi lehine meşru savunmanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda PVSK m. 16 çerçevesinde kolluk hukukundaki özel düzenleme dikkate alınacaktır¹⁵⁹².

Bu başlık altında değerlendirilebilecek diğer bir husus yetkili merciin emrinin ifasının üçüncü kişiler bakımından bir saldırı oluşturması, diğer bir ifadeyle emrin ifası sırasında eyleme muhatap olan üçüncü kişilerin saldırıya maruz kalması ihtimalidir. Bu ihtimalin oluşabilmesi için emrin ifasının hukuka aykırı olması gereklidir. Zira TCK m. 25/1 uyarınca meşru savunmanın söz konusu olabilmesi için saldırının varlığı veya bir hakka yönelik olması yeterli olmayıp aynı zamanda saldırının haksız olması aranır. Hukuka uygun bir emrin ifası hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı için emrin konusunu oluşturan eylem her ne kadar yöneldiği üçüncü kişilerin bir hakkına saldırı içerse de hukuka uygundur. Hukuka uygun bir eylemin gerçekleştirilmesi haksız bir saldırı olarak nitelendirilemeyeceği için, hukuka uygun emrin ifasına karşı meşru savunmadan yararlanmak mümkün olamayacaktır¹⁵⁹³. Yukarıdaki örnek üzerinden açıklamak gerekirse, hukuka uygun bir yakalama emrinin ifası sırasında zorla tutularak hareket hürriyeti sınırlandırılmaya çalışılan şüphelinin kendisini bu eyleme karşı savunmak amacıyla kuvvet kullanması, haksız bir saldırı bulunmadığı için meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyecektir. Emrin hukuka aykırı olduğu hallerde veya hukuka uygun bir emrin dışına çıkılarak hareket edildiği hallerde ise bağlayıcı olmayan emrin hukuka uygun kıldığı bir eylem söz konusu olmadığı veya hukuka uygun alanın dışına çıkıldığı için kamu görevlisinin eylemleri “haksız saldırı” koşulu kapsamında

¹⁵⁹¹ PVSK m. 16/6: “Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.2559.pdf> ; Kanun hükmünü icra ile meşru savunmanın bir arada bulunması halinde meşru savunmanın uygulanacağı hususunda ayrıca bkz. Özen, s. 683.

¹⁵⁹² Yenisey, s. 197-198.

¹⁵⁹³ Taner, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, s. 246.

ele alınabilecektir. Bu durumda emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin koşulları oluşmadığı için yetkili merciin emrini ifa hükümleri uygulama alanı bulamayacak, diğer koşullarının da varlığı halinde emrin muhatabı olan kişiler bakımından meşru savunma hükmü uygulanabilecektir¹⁵⁹⁴. Bu ihtimalde hukuka aykırı bir emre itaat yükümlülüğü bulunmadığı için görevin varlığından söz edilemeyeceği ve emrin ifasına karşı koyan kişilerin eylemlerinin görevi yaptırmamak için direnme suçu (TCK m. 265) kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmelidir¹⁵⁹⁵. Bu noktada ayrıca, bir emrin maddi yönden hukuka aykırı olup olmadığının denetlenemediği mutlak itaat hallerinde emrin konusunun hukuka aykırı olduğunun bilinmemesi nedeniyle hukuka aykırı emrin ifa edilmesi sonucunda emri ifa eden kamu görevlisinin sorumlu olmayacağına ilişkin hükmün (TCK m. 24/4) etkisine ayrıca değinmek yerinde olacaktır. İlgili bölümde açıklandığı üzere mutlak itaat halleri olarak adlandırılan istisnai hallerde emri alan kişinin maddi yönden hukuka aykırı olduğunu araştırmaksızın emre itaat etme yükümlülüğü bulunur. Kanaatimizce mutlak itaat hallerinde hukuka aykırı bir emrin ifası o eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği, emri ifa etmiş olmak failin kusurluluğuna etki edeceği için hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası hukuka aykırı olma niteliğini korumakta, haksız bir saldırı olarak nitelenebilmektedir. Üçüncü kişilerin karşı koyma haklarının söz konusu olmadığını kabul edebilmek için eylemin yalnızca şeklen değil içerik yönünden de hukuka uygun olması gerekir¹⁵⁹⁶. Bu doğrultuda hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmadığı için, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasına karşı, diğer koşulların da bulunması halinde, meşru savunma hükmünün uygulanması mümkündür¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁴ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 167; Bağlayıcı olmayan hukuka aykırı emrin ifasına karşı meşru savunmadan emrin kanuna aykırı olduğunu bilmeyen kişi de yararlanır. Erem/ Danışman/ Artuk, s. 565.

¹⁵⁹⁵ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 168; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 1133; Görevi yaptırmamak için direnme suçunda kural olarak meşru savunmanın mümkün olmadığı yönünde bkz. Kangal, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme”, s. 419; Karşl. Erdoğan, s. 235.

¹⁵⁹⁶ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 168.

¹⁵⁹⁷ Bu yönde ayrıca bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 39-40.

3. Zorunluluk Hali İle İlişkisi

Emrin ifasının zorunluluk haliyle bir araya gelebileceği ihtimallerden ilki emrin ifasının emri ifa eden kişiyi ağır ve muhakkak bir tehlikeye maruz bırakması durumudur. Kamu güvenliğine, askeri disiplin ve işleyişin gereklerine yönelik bazı kamu görevlerinin yerine getirilmesi sırasında verilen emirlerin konusu emri ifa eden kişileri tehlikeye maruz bırakan davranışları içerebilmektedir. Emri ifa etmenin ifa eden kamu görevlisi bakımından ağır ve muhakkak bir tehlike yaratması halinde emri ifa etmekten kaçınmanın mümkün olup olmadığı, bu bağlamda görevi kötüye kullanma veya emre itaatsizlikte ısrar suçları bakımından zorunluluk halinin ileri sürülüp sürülemeyeceğinin ele alınması önem arz etmektedir.

Zorunluluk halinin TCK m. 25/2’de yer verilmeyen ancak öğreti tarafından kabul edilen bir koşulu da failin tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunmamasıdır¹⁵⁹⁸. Bu koşul kapsamında somut olayda ağır ve muhakkak bir tehlikeye maruz kalan kişinin kanun veya sözleşme uyarınca hukuken tehlikeye göğüs germe, tehlikeyi bertaraf etme yükümlülüğünün bulunması halinde, kişinin tehlikeden kaçınmak için suç oluşturan eylemi gerçekleştirmesi zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁵⁹⁹. Bu durum özellikle kamu görevinin niteliği gereği tehlikeye göğüs germe veya tehlike altında müdahale ve hareket etme yükümlülüğü bulunan kişiler bakımından somut olayda zorunluluk halinin varlığının ayrıca değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Askerler, kolluk, jandarma görevlilerinin milli güvenlik veya kamu düzenini sağlamaya yönelik tehlike içeren eylemlerle görevli olmaları sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Askeri Ceza Kanunu m. 46’da yer verilen “*vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez*” hükmü bu durumu vurgulamaktadır¹⁶⁰⁰. Askerler kendilerini tehlikeye atmakla hukuken görevlendirilmiş oldukları için mevcut tehlikeden kurtulmak bir mazeret

¹⁵⁹⁸ Bekar, s. 104; Bu koşulun aranmaması gerektiği görüşünde bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 45; Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 351.

¹⁵⁹⁹ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 127, 134; Demirbaş, s. 307; Zafer, Genel Hükümler, s. 413; Artuk/Gükcen/Alşahin/Çakır, s. 587.

¹⁶⁰⁰ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1968, s. 141 <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/69396>; Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 134; Bu hükmün askerlerin görevin ifası sırasına karşılaştıkları tehlikelerden kaçınmak zorunluluğuyla işlenen suçlar bakımından TCK m. 25/2’nin uygulanamayacağını gösterdiği hakkında bkz. Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 62.

oluşturmayacaktır¹⁶⁰¹. Dolayısıyla örneğin, askeri bir müdahale kapsamında çatışmaya silahla müdahale etme emrini alan asker bakımından çatışma ortamının kendi yaşam hakkına veya vücut bütünlüğüne yönelik ağır ve muhakkak tehlike yaratacak olması nedeniyle emrin ifasından kaçınması zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün kaynağı kanun veya sözleşmeden doğabileceği gibi bağlayıcı bir emirden de kaynaklanabilir¹⁶⁰². Bu durumda tehlikeden kaçınmak amacıyla emrin ifa edilmemesi halinde emre itaatsizlik suçu söz konusu olabileceği için, tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün bulunmaması bir koşul olarak benimsendiğinde onun sınırını da belirlemek önemlidir¹⁶⁰³. Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü içeren kamu görevlerini üstlenen kişiler bakımından görevlerinin kapsamında olmayan veya görevleri kapsamında olsa da her ağırlıktaki tehlikeye maruz kalmaları ve her hukuki menfaatin feda edilebilir olması beklenemez. Bu doğrultuda, tehlikenin büyüklüğü nedeniyle bertaraf etmesinin mümkün olmayacağı bir durumda bu kişilerin zorunluluk halinden yararlanabilmesi gerekir¹⁶⁰⁴. Kanaatimizce de tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün tehlikenin yöneldiği menfaatin ağırlığı da göz önünde bulundurularak sınırının çizilmesi gerekir. Öğretide bu konuda, zorunluluk halinin varlığı için tehlikeye göğüs germe koşulunun aranmaması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre, görevleri sırasında ağır ve muhakkak tehlikeye karşılaşan asker, kolluk görevlileri gibi kişilerin bu tehlikeden korunmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğuyla görevlerini yerine getirmemeleri halinde zorunluluk halinin uygulanması gerekir¹⁶⁰⁵.

Yetkili merciin emrini ifa ile zorunluluk halinin bir arada ortaya çıktığı diğer bir durum olarak emri alan kişinin emri ifa ettiği sırada harici bir ağır ve muhakkak tehlike ile karşılaşması ele alınabilir. Bu durumda emir veya görev tehlikeye maruz kalınmasını gerektirmemekte, ancak somut olayda hukuka uygun bir emri ifa eden kişi emri ifa ederken ortaya çıkan bir tehlikeyle karşılaşmaktadır. Hukuka uygun bir emri ifa sırasında emri alan kamu görevlisinin maruz kaldığı ağır ve muhakkak bir

¹⁶⁰¹ Bununla birlikte AsCK kapsamında bazı suçların (AsCK m. 123/1-C) işlenmesi sırasında zorunluluk halinin ortaya çıkabileceği ayrıca öngörülmüş, hukuka uygunluk nedeni oluşturabileceği kabul edilmiştir. Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 186.

¹⁶⁰² Toroslu, s. 138-139.

¹⁶⁰³ Aynı yönde bkz. Gökpınar, s. 208.

¹⁶⁰⁴ Bu yönde örnekler için bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 413; Ayrıca bkz. Gökpınar, s. 209.

¹⁶⁰⁵ Bu yönde bkz. Koca/ Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 351; Demirel, Amirin Emri, s. 45.

tehlikeden kaçınmak için emre itaat yükümlülüğünü yerine getirememesi söz konusu olabilir¹⁶⁰⁶. Örneğin, emri yerine getiren kamu görevlisinin bu esnada içinde bulunduğu ortamda hastalığının tetiklenmesi, sağlığı için ağır tehlike oluşması vb. hallerde ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı koşulunun sağlanması mümkün olabilecektir¹⁶⁰⁷.

4. Cebir ve Tehdit İle İlişkisi

Yetkili merciin emrini ifa ile kusurluluğu etkileyen hallerden biri olan cebir ve tehdit (TCK m. 28) arasındaki ilişki kapsamında ele alınabilecek ilk husus, emri alan merciin emri ifa etmeye zorlanmasına yönelik olarak veya emri ifa ettiği sırada cebir ya da tehdide maruz bırakılması ihtimalidir. Bu durumda emri alan merciin, maruz kaldığı tehdit veya cebrin etkisiyle emrin gereğini yerine getirememesiyle ya da emri ifaya zorlanmasıyla ortaya çıkan suç bakımından sorumlu olup olmayacağı TCK m. 28 kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bu bahiste ilk olarak, askeri suçlar bakımından cebir veya tehdidin ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak dikkate alınıp alınamayacağı konusuna ilişkin görüşlere değinmek yerinde olacaktır. Öğretide, askerlere işlettirilmek istenen suçun askeri hizmetin veya görevin ihlalini içermesi halinde askerlerin ikrah veya tehdit altında bulunduklarını ileri sürerek ceza sorumluluğundan kurtulamayacağı, ikrah veya tehdide ilişkin hükmün askeri suçlar bakımından uygulanamayacağı belirtilmektedir. Bu konuda, AsCK m. 46'da yer alan "*hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez*" hükmünün dikkate alınacağı, tehlikeden korkulması halinde de askerlerin ceza sorumluluğunun tam olduğunun kabul edildiği vurgulanmıştır¹⁶⁰⁸. Diğer bir görüş ise, AsCK m. 46'nın askerlerin kişisel korkusu için uygulanabileceğini, üçüncü bir kişi tarafından yöneltilecek haksızlık beyanlarına dayalı korkunun bu kapsamda yer almadığını ve her somut olayda tehdidin koşullarına

¹⁶⁰⁶ Burada maruz kalınan tehlikenin ciddi ve öngörülemez nitelikte olması gerektiğinin, emrin ifasından kaynaklanan olağan tehlikelerin zorunluluk hali kapsamında kalmayacağını altı çizilmektedir. Bkz. Erman, "Compliance with Superior Orders...", s. 394.

¹⁶⁰⁷ Zorunluluk halinde tehlikenin kaynakları doğa olayları, hayvanların hareketleri olabileceği gibi insan psikolojisi veya biyolojisinin gereksinimleri de olabilmektedir. Demirbaş, s. 322; Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 239.

¹⁶⁰⁸ Erman, Askeri Ceza Hukuku, s. 202.

bakılarak değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmektedir¹⁶⁰⁹. Kanaatimizce AsCK m. 46'da yer verilen hüküm askerlik görevinin içerdiği tehlikelere karşı kişisel korkunun gerekçe olarak ileri sürülemeyeceğine yönelik olup, askerlik görevinin tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünü içerdiğini belirtmektedir¹⁶¹⁰. Bu nedenle askerlik hizmeti ve görevinin icrasının gerektirdiği tehlikelerin dışında bir üçüncü kişi tarafından maruz bırakıldığı ve karşı koyamayacağı bir tehdit karşısında hareket etmek zorunda kalan askerler bakımından TCK m. 28'in uygulanabileceği düşüncesindeyiz.

Yetkili merciin emrinin ifası ile cebir veya tehdidin bir arada ortaya çıkabileceği ihtimallerden biri emri alan kişinin hukuka aykırı bir emrin ifasına zorlanmaya yönelik olarak cebir veya tehdide maruz bırakılmasıdır. Bu ihtimalle ilgili olarak öncelikle, TCK m. 28 kapsamında cebir ve tehdidin kişinin suç işlemesini sağlamaya, suç oluşturan bir eyleme zorlanmasına yönelik olması gerektiği için¹⁶¹¹, emri alan kişinin hukuka uygun bir emrin ifasına zorlanacak şekilde cebir ve tehdide maruz bırakılmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmelidir. Zira hukuka uygun bir emri alan merciin emre itaat etme yükümlülüğü bulunmakta, tehdit veya cebir sonucu gerçekleştirmesi beklenen eylem hukuka uygun bir emrin ifası olacağı için suç oluşturmamaktadır. Hukuka uygun bir emrin ifasıyla ilgili olarak tehdit ya da cebri uygulayan üst merciin de bir suç bakımından TCK m. 28 uyarınca dolaylı fail sıfatını taşıması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle TCK m. 28 yalnızca somut olayda emri veren merciin cebir veya tehdide başvurarak emri alan alt merciin emre itaat yükümlülüğü bulunmamasına rağmen verilen emri ifaya mecbur bırakması ve bu yolla hukuka aykırı emrin ifası sonucunda oluşacak suçu işlemesine neden olunması halinde söz konusu olabilecektir. Örneğin, tutuklulara ateş açılmasını emreden kolluk amirinin bu emri hukuka aykırı olduğu için emri alan kolluk görevlisinin bu emre itaat yükümlülüğü bulunmamakta, emrin ifası esasen kasten öldürme suçunu oluşturmaktadır. Ancak emri veren kolluk amiri somut olayda kolluk görevlisini emri ifaya mecbur bırakmak için tehdide

¹⁶⁰⁹ Değirmenci, Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 198.

¹⁶¹⁰ Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün sınırıyla ilgili olarak zorunluluk haliyle bağlantısı hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, II, A, 4.; Bu konuda ayrıca AsCK m. 46 hükmünün askerlerin mağdur konumunu taşıyacağı tehlike eşliğinin diğer kişilerden daha yüksek olduğunu içeren bir düzenleme olduğu, bu şekilde anlaşılabilir uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Gökpinar, s. 210.

¹⁶¹¹ TCK m. 28'e göre karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı muhakkak ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu "suç işleyen kimseye" ceza verilmeyecektir. Zafer, Genel Hükümler, s. 463, 464.

başvurduğunda artık emrin ifası değil tehdide ilişkin hüküm uygulama alanı bulur¹⁶¹². Bu nedenle verilen örnek olayda hukuka aykırı bir emri ifaya mecbur bırakılacak şekilde tehdide maruz kalan kolluk görevlisinin ceza sorumluluğu TCK m. 28'in koşullarının oluşup oluşmadığı ayrıca tespit edilerek belirlenecektir. TCK m. 28 uyarınca, emri alan merci üzerinde uygulanan tehdidin kusurluluğu kaldırdığının kabul edilebilmesi için, tehdidin yöneltildiği menfaat ile tehdide maruz kalan kişinin işlediği suçla korunan menfaat arasında orantının bulunması¹⁶¹³, tehdidin yöneldiği menfaat üzerinde ağır ve muhakkak bir zarar tehlikesini içermesi, tehditle zorlanılan suçu işlemeyen kurtulmanın mümkün olmaması ve tehdide bilerek sebebiyet verilmemiş olması koşullarının varlığı aranır¹⁶¹⁴. Bu koşulları sağlayacak şekilde uygulanan tehdide boyun eğmek zorunda kalarak hukuka aykırı emrin konusunu oluşturan eylemi gerçekleştiren kişi ortaya çıkan suçtan sorumlu olmayacak, tehdidi uygulayan kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır¹⁶¹⁵. Örneğin, okul müdürü tarafından okulda işlenen bir suçun yetkili mercilere bildirmemesi emrinin verilmesi hukuka aykırı bir emir olduğu için emri alan kamu görevlisi bakımından itaat yükümlülüğü doğurmayacaktır. Ancak bu durumda suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine veya geç bildirilmesine yönelik cebir veya tehdide başvurulması halinde bildirimde bulunmayan kişinin ceza sorumluluğu bulunmayacaktır¹⁶¹⁶.

Emrin ifasında cebir veya tehdidin etkisinin ele alınabileceği diğer bir ihtimal, hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesinin engellenmesi amacıyla karşı koyamayacağı tehdit veya cebre maruz bırakılan alt merciin hukuka uygun emri ifa edememesidir. Bu durumda hukuka uygun emre itaat yükümlülüğünü yerine getirmeyen alt merciin maruz kaldığı tehdit veya cebrin TCK m. 28'de yer alan koşullara uygun olduğu sürece, görevi kötüye kullanma veya emre itaatsizlikte ısrar suçları bakımından sorumlu tutulmasını engellediği, emri ifa etmesini engelleyecek

¹⁶¹² Burada konusu açıkça suç teşkil ettiği için hukuken bir emrin varlığından da söz edilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 49, 50.

¹⁶¹³ Zafer, Genel Hükümler, s. 464.

¹⁶¹⁴ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 2019, s. 313; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 591-592.

¹⁶¹⁵ Özyüksel, s. 210.

¹⁶¹⁶ Ümit Kocasakal, **Suçu Bildirmeme Suçları (TCK m. 278-279-280)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017, s. 156.

şekilde cebir ve tehdit kullanan kişininse dolaylı fail olacağı ileri sürülebilecektir¹⁶¹⁷. Bu ihtimalde cebir veya tehdidi uygulayarak emrin ifa edilmesini engelleyen kişinin kamu görevlisi olup olmadığı ayrıca dikkate alınmalıdır. Zira emre itaatsizlikte ısrar suçu veya görevi kötüye kullanma suçlarının özgü suç niteliği taşıması nedeniyle¹⁶¹⁸, yalnızca suç tanımında gösterilen özellikleri taşıyan kişilerin fail olması mümkündür¹⁶¹⁹. Bu bakımdan, yapılacak değerlendirme dolaylı failin özel faillik sıfatını taşımasının gerekli olup olmadığı konusundaki görüşlere göre değişiklik gösterecektir. TCK m. 40/2’de özgü suçlara yalnızca azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak etmenin mümkün olduğu ayrıca düzenlenmiş, özel faillik niteliğine sahip olmayan kişilerin özgü suçlarda fail sıfatı taşıyamayacağı kabul edilmiştir¹⁶²⁰. Bu doğrultuda TCK m. 28 kapsamında dolaylı failliğin özgü suçlar bakımından söz konusu olup olmayacağı konusunda öğretide bir görüş özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin dolaylı fail olamayacağını ve araç olarak kullanan kişilerin de faile özgü niteliklere sahip olması gerektiğini kabul etmekte, diğer bir görüş özel faillik niteliği taşımayan kişilerin de TCK m. 28 kapsamında dolaylı fail olabileceğini, bu konuda TCK m. 28’in TCK m. 40/2’nin istisnası olduğunu ileri sürmektedir¹⁶²¹. Kanaatimizce, emrin ifası sırasında, emri veren merci dışında kalan ve özel faillik niteliğini taşımayan kişilerin hukuka uygun emrin yerine getirilmesini engelleyecek şekilde TCK m. 28 kapsamında tehdide veya cebre başvurusu halinde, hukuka uygun emre itaat yükümlülüğünün yerine getirilmemesiyle ortaya çıkan görevi kötüye kullanma suçu veya emre itaatsizlikte ısrar suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları gerekir. Zira bir iştirak şekli olmayan dolaylı faillik bakımından özgü suçlara iştiraki düzenleyen TCK m. 40/2’nin uygulanmasının yerinde olmadığı¹⁶²², TCK m. 28’de düzenlenen dolaylı faillik şekline ilişkin koşulların özgü suça ilişkin ayrı bir düzenleme barındırmadığı sürece özgü suçlar

¹⁶¹⁷ Emre itaat yükümlülüğü doğan askerin cebir ve tehdit sonucu emre itaat etmemesi halinde, cebir tehdidi uygulayan kişinin emre itaatsizlik suçunun dolaylı faili olacağı hakkında bkz. Duran, “...Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu”, s. 705.

¹⁶¹⁸ Görevi kötüye kullanma suçunun yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecek özgü suç olduğu ve kapsamı hakkında bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 1227; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 1118; Memiş Kartal, s. 1381; Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 99; Emre itaatsizlikte ısrar suçunun özgü suç niteliği ve kapsamı hakkında bkz. Duran, “...Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu”, s. 679.

¹⁶¹⁹ Zafer, Genel Hükümler, s. 201.

¹⁶²⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 570.

¹⁶²¹ Görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Meral Ekici Şahin, “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8; Sayı: 109-110, Yıl: 2013, ss. 7-25, s. 12-13; Özyüksel, s. 265-269; Zafer, Genel Hükümler, s. 570.

¹⁶²² Ekici Şahin, s. 13; Özyüksel, s. 269.

bakımından da uygulanabileceği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda, emre itaatsizlikte ısrar suçu bakımından hukuka uygun emri alan askerin emri ifa etmesini cebir veya tehdit yoluyla engelleyen kişilerin asker veya sivil olmasının önemli olmadığı, örneğin emri alan askerin eşinin veya yakınlarının engellemesi halinde emre itaatsizlik suçunun dolaylı failinin emri alan askerin eşi veya yakınları olacağı ifade edilebilecektir¹⁶²³. Aynı doğrultuda görevi kötüye kullanma suçu bakımından da, kamu görevlisi sıfatını taşımayan cebir veya tehdidi uygulayan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği kabul edilebilecektir¹⁶²⁴.

Emrin ifası ile cebir ve tehdidin bağlantılı olarak ele alındığı diğer bir konu, emri veren üst merciin alt merci üzerindeki hiyerarşik otoritesi ve nüfuzunun bir tehdit olarak ortaya çıktığının kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu hususta öğretilde, emrin ifası sırasında emri veren merci ile emri alan merci arasındaki ast-üst ilişkisinin düzeyi veya seviyesine bakarak tehdit karinesine yönelik bir değerlendirmenin yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, bazı hallerde somut olayda emri veren merciin emri alan kişi üzerindeki nüfuzu ve gücünün etkisiyle, emri alan merciin emrin hukuka aykırı olduğunu bildirmesinin beklenemeyeceği ve emrin hukuka aykırı olduğunu söyleyemeyeceği de dikkate alınmalı, bu durumda hukuka aykırı emri bildirme yükümlülüğünü (AY m. 137/1) yerine getiremeyen ast bakımından, TCK m. 28 kapsamında tehdit hükmünün koşullarının oluşmasına göre hareket edilmelidir¹⁶²⁵. Kanaatimizce, hükmün uygulanabilmesi için hiyerarşik üstünlüğün yarattığı baskının irade üzerindeki etkisini başlı başına bir tehdit karinesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Emri veren merciin hiyerarşik üstünlüğünün kamu gücüne dayanması nedeniyle hukuk devletinde cebri gücünün tehdit olarak kabul edilmesi mümkün olmamalıdır. Bu nedenle TCK m. 28'in uygulanabilmesi için emri veren merciin hiyerarşik otoritesinin hukuki sınırları dışına çıkarak tehdit oluşturacak bir beyanda veya davranışta bulunması gerekir. Emri veren merciin, sahip olduğu kamu gücü ve otoritesinden yararlanarak emri alan alt merci üzerinde hukuka aykırı bir emre itiraz etmesini engelleyecek ölçüde tehdit uygulaması halinde, tehdit altında hukuka aykırı emri ifa eden kişi bakımından -TCK m. 28'nin

¹⁶²³ Bu yönde görüş ve örnek için bkz. Duran, "...Emre İtaatsizlikte İsrar Suçu", s. 705.

¹⁶²⁴ Evik, Görevi Kötüye Kullanma, s. 194.

¹⁶²⁵ Görüş için bkz. Özen, s. 671.

diğer koşullarının da varlığı halinde- emrin ifasıyla oluşacak suçtan sorumlu olmayacağı kabul edilebilecektir.

5. Hata İle İlişkisi

a. Hukuki Hata

Hata failin bilgisi ile gerçeğin örtüşmemesi, diğer bir ifadeyle gerçeğin fail tarafından bilinmemesi veya eksik bilinmesi halinde söz konusu olur¹⁶²⁶. Hatanın bir hukuk normunun varlığına veya yorumlanmasına ilişkin olması halinde hukuki hatadan söz edilir¹⁶²⁷. Öğretide “yasak hatası”, “haksızlık yanılığı” veya “kural üzerinde hata” olarak da adlandırılan¹⁶²⁸ hukuki hatada fail esasen eyleminin maddi unsurlarını, dış dünyada gerçekleşme koşullarını bilmekte ancak eylemi gerçekleştirmesinin haksızlık oluşturduğunu bilmemektedir¹⁶²⁹. Failin eylemini yasaklayan normu bilmemesi veya doğru yorumlayamadığı için kapsamı dışında kaldığını düşünmesi hali “doğrudan haksızlık yanılığı”; failin eylemi yasaklayan normu bilmesine veya normun kapsamında kaldığını doğru yorumlamasına rağmen eylemini hukuka uygun hale getiren bir nedenin var olduğu konusunda yanılması hali ise “dolaylı haksızlık yanılığı” olarak ifade edilmektedir¹⁶³⁰. Hukuki hata esasen bir eylemin hukuk düzenince kabul edilip edilmediğiyle ilgili hatadır¹⁶³¹.

¹⁶²⁶ Centel/Zafer/Çakmut, s. 430.

¹⁶²⁷ Sesim Soyer Güleç, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı (M. 30/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, ss. 59-91, s. 61. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 426.

¹⁶²⁸ Öğretide kullanılan terimler için bkz. Soyer Güleç, s. 68.

¹⁶²⁹ Demirbaş, s. 427.

¹⁶³⁰ Soyer Güleç, s. 74; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 368-369; Hukuka uygunluk nedeninin varlığında, diğer bir deyişle izin normunda hataya düşmektedir. Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, 2014, ss. 129-188, s. 141, 167; Göktürk, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılmanın Hukuki Niteliği”, s. 28; Haksızlık yanılığının diğer görünüm biçimleriyle ilgili olarak ayrıca bkz. Neslihan Göktürk, **Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 115 vd.; İzin yanılığının yasak yanılığıyla aynı hükümlere tabi olacağı hakkında bkz. Ragıp Barış Erman, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 278.

¹⁶³¹ Devrim Güngör, “Kural Üzerinde Hata”, **TBB Dergisi**, Sayı: 68, 2007, ss. 135-160, s. 159.

Hukuki hatanın ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği TCK'nin 4. maddesinde yer alan “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” hükmüyle kural olarak kabul edilmiştir. Ancak bu kuralın mutlak şekilde uygulanmasının yaratacağı sorunlara ilişkin eleştiriler dikkate alınarak TCK m. 30/4'te failin eylemin haksızlığına ilişkin hatasının kaçınılmaz olması halinde ceza sorumluluğunun bulunmayacağı ayrıca düzenlenmiştir¹⁶³². Buna göre failin eylemini bilip isteyerek gerçekleştirmesine rağmen haksızlık oluşturmadığı konusunda kaçınılmaz bir hatasının bulunduğu kabul edilebiliyorsa, kusurluluğu bulunmadığı için faile ceza verilmeyecektir. TCK m. 4 uyarınca ceza kanunlarının bilinmesi zorunluluğu, bir emrin ifasıyla ortaya çıkacak eylemin suç oluşturup oluşturmadığının da biliniyor olmasını gerektirir¹⁶³³. Bu nedenle emri ifa eden kişinin bu konuda hukuki hataya düştüğünü ileri sürmesi kural olarak mümkün olmayacaktır¹⁶³⁴. Bununla birlikte somut olayda hatanın kaçınılmaz olduğu bazı hallerde emri ifa eden kişinin yetkili merciin emrinin ifası sonucunda işlenen suçla ilgili olarak ceza sorumluluğunun bulunmadığının kabul edilip edilemeyeceğini TCK m. 30/4 çerçevesinde ayrıca değerlendirmek gerekir.

Yetkili merciin emrinin hukuka aykırı olması halinde, emri alan merci emrin konusunun –ifa ederek gerçekleştireceği eylemin- suç olarak düzenlendiğini bilmiyor ya da haksızlık oluşturmayacağına inanıyor ise yanılması hukuki hata niteliğindedir. Örneğin, bir memurun amirinden üçüncü kişilere ait kişisel verileri edinerek kendisine iletmesi yönünde aldığı emrin suç oluşturduğunu düşünmemesi, kendisinin de benzer hareketleri bilgisayarında yaptığını, talep edilen kişisel verilere erişimin olağan olduğunu düşünerek eylemin haksızlık oluşturmadığı inancıyla emri ifa etmesi haksızlık yanılması kapsamında ele alınabilir¹⁶³⁵. Yargıtay kararına konu olan bir olay bu durumun diğer bir örneği olarak gösterilebilir. Kararda Yargıtay: “*Askeri darbeye teşebbüs suçunu işleyen terör örgütüne mensubiyeti tespit edilemediği, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle er olarak görev yapmakta iken, bir suç işlemek kastı olmaksızın, üstlerinden aldıkları emrin hukuka uygun olduğu zannı ile tatbikat yapma veya terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesi ile olay gecesi*

¹⁶³² Centel/Zafer/Çakmut, s. 436; Artuk/ Gökçen/Alşahin/ Çakır, s. 659; Soyer Güleç, s. 64.

¹⁶³³ Bir emrin suç oluşturduğunu bilmemenin Ceza Kanununu bilmemek olduğu, emri yerine getiren kişinin bu bilgisizliğinden dolayı mazur görülemeyeceği hakkında bkz. Savaşçı Temiz, s. 179.

¹⁶³⁴ Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 96.

¹⁶³⁵ Örnek için bkz. Özen, s. 676.

silahlanarak, zırhlı araçlarla bağlı bulunduğu kışladan ayrıldıktan sonra gecikmeli de olsa darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinin gerçekleştirildiğini fark etmeleri üzerine, üstleri tarafından verilen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik ateş etme emrine uymadıkları, amirlerin ısrarlı kanunsuz emirleri karşısında hal ve koşullara göre başka şekilde davranma olanağının bulunmadığı düşüncesi sonucunda, olay mahallinde kalarak silahla havaya ateş etmenin bir haksızlık oluşturmayacağı sonucuna varan faillerin dolaylı haksızlık (izin) yanılığı"içinde bulundukları, bir başka deyimle hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki varlığında hataya düştükleri"ni kabul etmiştir¹⁶³⁶. Yer verilen örneklerde emri alan merciin hatası TCK m. 30/4 uyarınca hatanın kaçınılmaz olup olmadığı çerçevesinde değerlendirilerek sonuca ulaşılacaktır.

Hukuki hata kapsamında ayrıca, emri alan kişinin TCK m. 24'ün uygulama alanını yanlış yorumlaması ve olaydaki eyleminin yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanına dahil olduğunu zannetmesi nedeniyle dolaylı haksızlık yanılığının söz konusu olup olmayacağına da değinilmelidir. Burada emri alan kişi eyleminin hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı konusunda, diğer bir ifadeyle emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hataya düşer¹⁶³⁷. Emri alan kişi hatası nedeniyle emri ifasının TCK m. 24 kapsamında yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin sınırları dahilinde kaldığını düşünmekte, eylemi haksızlık oluşturmadığı inancıyla gerçekleştirmektedir. Esasen emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını gösteren normlara, bu kapsamda emrin zaman, yer veya kişi bakımından kanuni sınırlarına ilişkin hataya düşülmesi halinde de dolaylı haksızlık hatasının söz konusu olduğu ifade edilebilecektir¹⁶³⁸. Bununla birlikte emri ifa eden kişinin hatasının hukuki hata kapsamında ele alınabilmesi için hatasının kanun normlarının içeriğine ve yorumuna ilişkin olması gerektiğinin, eğer hatası emrin yer, zaman ve kişi bakımından hukuka uygun sayıldığı kanuni sınırların somut olayda oluştuğuna ilişkin ise hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulunda

¹⁶³⁶ Yar. 16. CD. E. 2019/9560, K. 2020/2034, T. 18.3.2020 (<https://www.lexpera.com.tr>).

¹⁶³⁷ Çetinkaya, s. 348-349; Failin hukuken tanınan bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki sınırında hataya düşmesi de izin yanılığı veya dolaylı haksızlık yanılığı kapsamındadır. Bkz. Göktürk, Haksızlık Yanılığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 125.

¹⁶³⁸ Bkz. Çetinkaya, s. 348.

hata (m. 30/3) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir¹⁶³⁹. Failin hatası somut olayın gereklilikleri nedeniyle emrin ifa edilmesinin haksızlık oluşturmayaacağına yönelik yanlış bir kanaate dayanıyorsa burada emrin ifasının koşullarının gerçekleşmesiyle ilgili fiili bir hata değil, emrin haksızlık oluşturmayaacak şekilde ifa edildiğine ilişkin hukuki hata (m. 30/4) söz konusu olur. Zira burada fail eylemini emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin kapsamında gerçekleştirmiş olacağı inancıyla hareket etmektedir. Örneğin, askeri hiyerarşiye dayanan mutlak itaat halinin söz konusu olduğu olaylarda verilen konusu suç oluşturan emrin bağlayıcı olduğuna ilişkin hata, Yargıtay kararında hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata, diğer bir ifadeyle dolaylı haksızlık yanılması kapsamında ele alınmıştır. Buna göre: *“bb- Sanığın, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, esasen 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 yanılması kusuru tamamen ortadan kaldıracağından TCK m. 30/4 maddesi delaletiyle, 5271 Sayılı CMK'nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.”*¹⁶⁴⁰.

Bu bölümde, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde (AY m. 137/3, TCK m. 24/4) emrin ifasının suç oluşturmayaacağına bilinmemesinin hukuki hata yönünden ayrıca ele alınması yerinde olacaktır. Değindiği üzere, emrin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi yükümlülüğü gereği, aldığı emri denetleyerek suç oluşturmayağını tespit eden kişinin o emre itaat etmeme yükümlülüğü bulunur ve bu konuda kişinin emrin suç oluşturmayağını bilmemesi yukarıdaki ihtimaller çerçevesinde haksızlık yanılması kapsamında ele alınabilir¹⁶⁴¹. Emrin hukuka aykırılığını denetleme yetkisi ve yükümlülüğünün kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerde ise verilen emri içerik yönünden hukuka uygunluğu denetlenmeksizin ifa etmek zorunludur. Öğretide bu

¹⁶³⁹ Bu nedenle kolluğun arama kararını farklı bir konutta gerçekleştirmesi gibi, bir emrin uygulanabileceği yerin ve sınırların somut olayda hatalı algılanması halinde fiili hata söz konusu olacaktır. Karşl. Çetinkaya, s. 349.

¹⁶⁴⁰ Yar. 16. CD. E. 2019/9560, K. 2020/2034, T. 18.3.2020 (<https://www.lexpera.com.tr>)

¹⁶⁴¹ Emrin konusunun suç teşkil edip etmediğine ilişkin hatanın niteleme/ yorum hatası olduğu yönünde bkz. Zafer, Genel Hükümler, s. 457.

hususla, denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı hallerde emri ifa eden kişinin sorumlu olmayacağına ilişkin hükmün fiili hatanın bir görünüm şekli olduğu da ileri sürülmüştür¹⁶⁴². Bu durumda emrin konusu açıkça suç oluşturmamaktaysa ve emri alan kişi hukuka uygun olduğu düşüncesiyle hareket ettiyse fiili bir hatadan söz edilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁶⁴³. Öğretide diğer bir görüş tarafından ise, hukuka uygunluk denetiminin sınırlandırıldığı hallerde emrin ifasının haksızlık yanılığıyla bağlantılı olduğu, burada emrin ifasının suç oluşturacağı konusundaki yanılının kaçınılmaz olduğunun kabul edildiği ileri sürülmektedir¹⁶⁴⁴. Gerçekten, emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi emre itaat yükümlülüğünün yerine getirilmesine, emre itaat yükümlülüğü de emrin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesine dayandığı için, hukuka aykırı emrin ifasına ilişkin kuralların temeli hukuka uygunluğun bilinip bilinmemesiyle ve hata kurumuyla bağlantılıdır. Hukuki niteliğe ilişkin değerlendirmeler kapsamında belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, denetleme yetkisinin sınırlandırıldığı mutlak itaat hallerinde, emri alan kişi emri maddi yönüyle denetleyemediği için suç oluşturduğunu bilmesinin de her zaman beklenemeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla mutlak itaat hallerinde emrin ifasından sorumsuzluğu düzenleyen hükümlerde emir denetlenmeksizin dahi sorumsuz olunacağı kabul edilmiş olmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu, emri maddi yönden denetleme yetkisi kanun tarafından engellenen kişilerin gerçekleştirecekleri eylemin suç oluşturacağını, eylemin hukuka aykırı olarak ortaya çıkacağını bilmeden hareket etmelerinde kusurluluğun bulunmayacağını normatif olarak kabul etmiş¹⁶⁴⁵, hatadan ayrı bir kurum olarak düzenlemiştir.

Değildiği üzere, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin sınırlandırıldığı haller kapsamında AsCK'de, astın eylemin suç oluşturacağını bilmesi halinde ceza sorumluluğunun bulunduğu ayrıca belirtilmiştir. Emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin emri alan ast tarafından somut olayda biliniyor olması dışında, suç oluşturduğunun bilmesinin her zaman beklenmediği anlaşılmaktadır. Yargıtay içtihadında da askeri emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin emri alan askerler tarafından bilindiği tespit edildiğinde (örneğin, suç işlemek amacıyla

¹⁶⁴² Görüş için bkz. Erdoğan, s. 222.

¹⁶⁴³ Savaşçı Temiz, s. 183.

¹⁶⁴⁴ Bkz. Provolo, Esecuzione Dell'Ordine, s. 125; Gökpinar, s. 89.

¹⁶⁴⁵ Burada emrin hukuka uygunluğu konusundaki denetleme yetkisi sınırlandırıldığı için astın emrin hukuka uygun olup olmadığı konusundaki bilinç durumuna, bu konuda hataya düşüp düşmediğine ayrıca bakılmaksızın sorumsuz olduğu kabul edilmiştir. Dursun, s. 240.

kurulan örgütün üyesi olduğunun anlaşılması, suç işlenilmesine kalkışıldığının medyadan duyulmuş olması), hukuka aykırı emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı dikkate alınarak değerlendirme yapılmıştır¹⁶⁴⁶. Emrin suç işlemek amacıyla verildiğinin ast tarafından bilindiğinin değerlendirilmediği kararlarda ise, emrin konusunun açıkça suç oluşturması dikkate alınarak, emrin ifasının suç oluşturacağı konusundaki hatanın ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı hususu emrin ifasında hukuki hatanın kaçınılmaz olup olmadığı çerçevesinde tespit edilmiştir. Yargıtay içtihadında, emri alan kişinin emrin suç işlemek amacıyla verildiğini veya suç işlemeye yönelik olduğunu bildiğinin anlaşıldığı olaylarda suça iştirak iradesinin bulunduğu tespit edilmekte, emrin suç oluşturduğunun anlaşılmasının beklendiği hallerde ise bu husustaki hukuki hata ayrıca ele alınarak somut olayda kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilmektedir. Örneğin, askerler bakımından mutlak itaat halleri kapsamında verilen emrin hukuka aykırılığının açık olduğu, suç oluşturacağının objektif olarak anlaşıldığı bir olayda Yargıtay emrin hukuka aykırılığı konusunda hatanın kaçınılmaz olup olmadığını TCK m. 30/4 kapsamında incelemiştir¹⁶⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, emrin açıkça hukuka aykırılığı mevzuatta

¹⁶⁴⁶ “Ayrıca sanık ... birliğinde er statüsünde zorunlu askerlik hizmetini yapmakta ise de, olay gecesini askeri hiyerarşi çerçevesinde amirleri tarafından verilen kanunsuz emir doğrultusunda başlangıçta Anayasal Düzene Karşı suç işleneceğini bilmeksizin, gerçekleştirebilecek terör olaylarına müdahale bahanesi ile diğer askerler ile birlikte ... binasının işgali ve taksim meydanını kontrol etme görevini icra etmek üzere kışladan ayrıldıkları, görev yerlerine intikal ederken karşılaşıldığı vatandaşlardan ve medya organlarından askeri darbeye kalkışıldığına vakıf olarak amiri tarafından “askeri hizmete müteallik hususlarda verilen emrin,” bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum” olan ast, işlemekte olduğu haksızlığı hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunmadığını öğrenmesine rağmen, darbecilere direnen halka ve güvenlik görevlilerine eteş edilmesi emrini yerine getirmesi nedeniyle, işlenen suçlardan amirleri gibi sorumlu olacaklarından yerel mahkemenin kabulünde isabetsizlik görülmediği” Yar. 16. CD. E. 2019/9560, K. 2020/2034, T. 18.3.2020 (<https://www.lexpera.com.tr>); Ayrıca bkz. “Eylemleriyle örgütsel faaliyet kapsamında işlenen anayasayı ihlal suçuna ilişkin planlama, hazırlık ve icra organizasyonundan haberdar olmak suretiyle darbeye teşebbüs suçunu sevk ve idare edenler tarafından verilen emirleri/görevleri kabullenerek ülke çapındaki icra hareketleriyle illi bir değer taşıyan icra hareketlerini gerçekleştiren, görev paylaşımı bağlamında ve icra hareketleri kapsamında gerekli hazırlıkları yapan sanıkların suçun icrasında üstlendikleri rolleri, her birinin suçun icrasına ilişkin etkin, fonksiyonel katkıları da göz önünde bulundurulduğunda fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduklarının kabulüyle “müşterek fail” olarak TCK’nın 37. maddesi delaletiyle aynı Kanunun 309. maddesinden mahkumiyetlerine dair kabul ve uygulamada, özellikle sübutu kabul edilen eylemlerinin, Anayasayı ihlal suçunu teşkil ettiğinde kuşku bulunmamasına, suçun icra hareketlerini müşterek fail olarak gerçekleştiren sanıkların, hükümeti düşürüp yönetime el koymayı amaçlayan suç organizasyonu içinde yer aldıklarının anlaşılmasına nazaran eylemlerinin suç teşkil etmediği ve/veya suç teşkil ettiğini bilmediklerine dair savunmalarının reddedilmesinde ve konumları, rütbeleri ve mesleki tecrübeleri itibarıyla TCK’nın 24/1-4, 30 ve 36. maddelerinin tatbik şartlarının bulunmadığının kabulünde,(...)” Yar. 16. CD. E. 2019/6757, K. 2019/8452, T. 23.12.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹⁶⁴⁷ “Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, mahiyeti itibarıyla de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan Sıkıyönetim Direktifi” konulu emrin gereğini icra yönünden, bilgi düzeyi olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında TCK’nın 30/4

mutlak itaat hallerinde ceza sorumsuzluğunun bir sınırı olarak gösterildiğinde, emrin hukuka aykırılığının açıkça anlaşıldığı bu gibi hallerde hukuka aykırılığın açıkça anlaşılır olması hatanın kaçınılmaz olduğunu da göstereceği için hata hükümleri çerçevesinde ayrıca tespit etmeye gerek bulunmayacak, emrin açıkça suç oluşturduğunun tespiti sorumluluk için yeterli olabilecektir.

Yukarıda yer verilen hukuki hata hallerinde emri alan kişinin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı emrin ifasının haksızlık oluşturmayacağına ilişkin hatasının kaçınılmaz olup olmadığı tespit edilerek belirlenir. Kaçınılmaz hata, kişinin yeterli özeni göstermesine rağmen kaçınmadığı hata olarak ifade edilmektedir¹⁶⁴⁸. Bu doğrultuda hukuk normunun bilinebilir olmaması halinde hatanın kaçınılmaz olduğu kolayca ifade edilebilir¹⁶⁴⁹. Hukuk normunun objektif olarak bilinebilir olması halinde ise failin somut olayda bilmemesinin kaçınılmaz olup olmaması kendisinden beklenen özeni gösterip göstermediği, bilmemesini haklı kılan bir nedenin bulunup bulunmadığına göre tespit edilir¹⁶⁵⁰. Burada failin yaşı, mesleği, eğitim seviyesi, sosyo-ekonomik veya kültürel yaşam koşulları, bilgisini kullanmasının ne ölçüde beklenebilir olduğu, kişisel yetenekleri dikkate alınarak değerlendirme yapılır¹⁶⁵¹. Dolayısıyla failin mesleği veya eğitimi gereği belirli bir alandaki hukuk normlarını bilmesinin beklendiği hallerde hukuki hatanın kaçınılmaz olduğunu kabul etmek güçtür. Yetkili merciin emrini ifa ilişkisinde hem emri veren merci hem de emri alan kişi bakımından emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğünün kural olarak bulunması, bu kişilerden görev alanlarını düzenleyen hukuk normlarını bilmelerinin beklendiğini gösterir¹⁶⁵². Bununla birlikte emri alan kamu görevlisinin mesleki bilgisini kullanmasının her somut olayda kendisinden ne ölçüde beklenebilir olduğu da dikkate alınarak hatanın kaçınılmaz olup olmadığı belirlenmelidir. Bu konuda Yargıtay, asker olan faillerin askeri hiyerarşideki rütbe ve konumlarını dikkate almakta, askeri hiyerarşinin en altında yer

maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı da gözetilerek tüm unsurları itibariyle oluşan müstesna suçtan cezalandırılmalarında eleştiri dışında hukuka aykırılık yoktur.” Yar. 16. CD. E. 2017/1443, K. 2017/4758, T. 14.07.2017. (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹⁶⁴⁸ Centel/Zafer/Çakmut, s. 436.

¹⁶⁴⁹ Resmi Gazete'nin dağıtılmaması, kanun metninin kendi içinde çelişkili olması veya uygulamada tutarsızlık olması gibi nedenler örnek verilebilir. Güngör, s. 156.

¹⁶⁵⁰ Burada failin hataya düşmekte kusurlu olduğunu gösteren farklı ihtimallerle ilgili olarak bkz. Güngör, s. 157.

¹⁶⁵¹ Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma...”, s. 146-147.

¹⁶⁵² Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 149.

alan erlerle üst rütbeli personelin “ast” konumlarının farklı olduğunu kabul etmekte, işlenen suçun özelliğine ve somut olayda suçun olağanüstü koşullarda gerçekleşmesine de hatanın kaçınılmazlığının belirlenmesinde bir ölçüt olarak başvurmuştur¹⁶⁵³. Örneğin Yargıtay yukarıda yer verilen kararında, askerlerin somut olayın koşullarında havaya ateş etmelerinin haksızlık oluşturmayacağını düşünerek emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin hukuki varlığında hataya düşmelerini haksızlık yanılığı kapsamında ele almış, hatanın kaçınılmaz olup olmadığını askerlerin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları, somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmiştir¹⁶⁵⁴.

b. Fiili Hata

Fiili hatada fail eyleminin suç oluşturduğunu, hukuk düzenince yasaklandığını bilmektedir. Failin hatası, normda yasaklanan eylemin somut olayda gerçekleşme koşullarına ilişkindir. Bu yönüyle, failin gerçekleştirdiği eylemle ilgili hukuki değerlendirmeye değil, somut olaydaki fiili koşulların algılanmasına ve

¹⁶⁵³ “Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı tespit edilirken, olağan dönemlerde de aranan, failin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları gibi kriterlerin, siyasi tarihi itibarıyla darbe geleneğinin demokrasi kültüründen daha baskın olduğu ülkede suç tarihi itibarıyla yaşanan kalkışmanın olağanüstü şartları nazara alınarak değerlendirilmesi, mevcut irade ve bilgisini, eylemin haksızlığını algılama, davranışlarını bu algılama doğrultusunda yönlendirme ve böylece haksızlığı tercih etmeme bakımından kendisinden beklenebilen tercih ve tutum noktasında kullanıp kullanmadığı ex ante bir değerlendirme ile belirlenmeli” Yar. 16. CD. E. 2019/9560, K. 2020/2034, T. 18.3.2020 (<https://www.lexpera.com.tr>).

¹⁶⁵⁴ “Askeri darbeye teşebbüs suçunu işleyen terör örgütüne mensubiyeti tespit edilemediği, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle er olarak görev yapmakta iken, bir suç işlemek kastı olmaksızın, üstlerinden aldıkları emrin hukuka uygun olduğu zannı ile tatbikat yapma veya terör saldırısına müdahale edileceği gerekçesi ile olay gecesini silahlanarak, zırhlı araçlarla bağlı bulunduğu kışladan ayrıldıktan sonra gecikmeli de olsa darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinin gerçekleştirildiğini fark etmeleri üzerine, üstleri tarafından verilen halka ve güvenlik görevlilerine yönelik ateş etme emrine uymadıkları, amirlerin ısrarlı kanunsuz emirleri karşısında hal ve koşullara göre başka şekilde davranma olanağının bulunmadığı düşüncesi sonucunda, olay mahallinde kalarak silahla havaya ateş etmenin bir haksızlık oluşturmayacağı sonucuna varan faillerin dolaylı haksızlık (izin) yanılığı” içinde bulundukları, bir başka deyimle hukuka uygunluk nedenlerinin hukuki varlığında hataya düştükleri, bu hatanın ex ante bir değerlendirme ile faillerin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, yaşı, rütbe ve görevi, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kaçınılmaz olduğu, suça ilişkin tipik hareketi gerçekleştirmiş olmalarına rağmen faillerin kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran nedenler gerçekleştiğinden TCK’nın 30/4. maddesi yollamasıyla CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken oluşa uymayan ve yetersiz gerekçelerle atılı tüm suçlardan mahkumiyetlerine karar verilmesi(…)” Yar. 16. CD. E. 2019/9560, K. 2020/2034, T. 18.3.2020. (<https://www.lexpera.com.tr>)

değerlendirilmesine ilişkin bir yanlışlığı söz konusu olur¹⁶⁵⁵. Failin suç oluşturan eylemi gerçekleştirdiği somut olayın koşullarına ilişkin yanlış algısı veya değerlendirmesi hareket, netice, maddi konu veya mağdur gibi suçun maddi unsurlarına ilişkin olabileceği gibi (TCK m. 30/1) cezayı artıran veya azaltan nitelikli hallere (TCK m. 30/2) ilişkin de olabilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (TCK m. 30/3) da fiili hata kapsamında olup, failin bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut olayda oluşmadığı halde oluştuğunu veya esasen oluştuğu halde oluşmadığını zannetmesinden ileri gelir¹⁶⁵⁶.

Yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının neler olduğunu bilmekle birlikte somut olayda koşulların oluştuğu konusunda hataya düşen kişinin eyleminde hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata (m. 30/3) söz konusu olur. Yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları emrin varlığı ve emrin bağlayıcı olmasıdır. Bu doğrultuda bölük komutanın verdiği bir emrin hizmete ilişkin olduğunu zanneden askeri personelin, emri veren amirin görev süresinin sona ermiş olması nedeniyle esasen yetkili olmadığını bilmeyen memurun içinde bulunduğu durum yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata haline örnek gösterilebilir¹⁶⁵⁷. TCK m. 30/3'te emrin ifasının maddi koşullarında hatanın varlığı halinde emri alan kişinin hatasının kaçınılmaz olup olmadığına göre değerlendirme yapılacağı belirtilmiştir¹⁶⁵⁸. Burada hatanın kaçınılmazlığı failin kusursuz olmasını ifade edecek şekilde anlaşılır¹⁶⁵⁹. Dolayısıyla failin taksir derecesinde dahi kusurunun olmaması gerekmekte, taksir derecesinde kusurun bulunması halinde hukuka uygunluk

¹⁶⁵⁵ Demirbaş, s. 458.

¹⁶⁵⁶ Önder, s. 225.

¹⁶⁵⁷ Emrin askeri hizmet alanında verildiğine, emri veren amirin yetkili olduğuna ve zorunluluk teşkil ettiğine ilişkin hatanın emrin ifasının maddi koşullarında hata kapsamında olduğu hakkında ayrıca bkz. Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 482.

¹⁶⁵⁸ Öğretide hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın varlığı halinde TCK m. 30 kapsamında hangi hükmün uygulanacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulları bakımından yapılan değerlendirmeler de benimsenen görüşe göre değişiklik göstermektedir. Bazı yazarlara göre maddi koşulların kast kapsamında olduğundan bahisle m. 30/1 kapsamında ele alarak hatanın esaslı olup olmadığı belirlenerek çözülmeli, bazı yazarlara göre m. 30/4 kapsamında hatanın kaçınılmaz olup olmadığına bakılarak değerlendirilmelidir. Bkz. Mahmutoğlu/ Karadeniz, s. 481, dn. 84; Hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı açıklayan teoriler ve çözümleriyle ilgili olarak bkz. Göktürk, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", s. 9-13; Ayrıca bkz. Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 301 vd.; Cem Şenol, "5237 Sayılı TCK'ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 149, Ocak 2019, ss. 60-69, s. 63-64.

¹⁶⁵⁹ Demirbaş, s. 463-464.

nedeninden yararlanılması mümkün olmamaktadır¹⁶⁶⁰. Katıldığımız görüş doğrultusunda, maddede kaçınılmaz hata olarak ifade edilen bu durumda emri alan kişinin hatası esaslı ise¹⁶⁶¹ kasten hareket ettiği kabul edilemeyecektir¹⁶⁶². Bu doğrultuda örneğin kolluk amiri tarafından aldatıcı nitelikte düzenlenmiş sahte bir arama emrini alan kolluk görevlisinin emrin varlığı koşulunun somut olayda oluşmuş olduğuna ilişkin hatasının esaslı hata olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır¹⁶⁶³. Benzer şekilde, A hakkında verilen hukuka uygun bir yakalama emrini yerine getiren kolluk görevlisinin B'yi A zannederek yakalaması halinde de fiili hata söz konusu olur¹⁶⁶⁴. Aynı hata hali hukuka uygun bir arama kararında yazan adresi yanlış okuduğu için yanlış adresteki konuta giren kolluk görevlisinin işlediği konut dokunulmazlığını ihlal suçu bakımından da dikkate alınacaktır. Verilen örneklerde somut olayın fiili koşullarını doğru algılamadığı için emri ifa eden kişinin gerçekleştirdiği eylem bakımından hukuka uygun bir emrin varlığından söz edilemeyecektir. Burada hukuka uygun emrin konusunu oluşturan eylem yalnızca belirli bir kişiye veya konuya ilişkin olup, hukuka uygunluk nedeni yalnızca bu eylem bakımından uygulanabilir. Dolayısıyla kolluk görevlilerinin verilen emri ifa ederken somut olayın koşullarını doğru algılamadıkları için hatalı şahısta veya mekanda gerçekleştirdikleri eylemlere yönelik hukuka uygun bir emir bulunmadığı halde somut olayda bulunduğunu düşünmeleri hukuka uygunluk nedeninin maddi koşulunda fiili hata niteliğinde olup¹⁶⁶⁵, hatanın esaslı olup olmadığına göre sonuç bağlanır¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁶⁰ Bu durumda TCK m. 30/1 hükmünden hareketle failin yanlıgisının taksirli olması halinde suçun taksirli halinden sorumlu tutulacağı hakkında bkz. Demirbaş, s. 293-294.

¹⁶⁶¹ TCK m. 30/3'te kaçınılmaz hata olarak ifade edilen durum esaslı fiili hatanın bulunmaması olarak anlaşılmakta, fail yanılmamış olsaydı fiilinin suç teşkil etmeyeceği halleri içermektedir. Bkz. Demirbaş, s. 293.

¹⁶⁶² Bu doğrultuda hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın TCK m. 30/1'deki suçun maddi unsurlarına ilişkin hatada olduğu gibi failin kasten hareket etmediği anlamına geldiği şeklinde yorumlanması gerekir. Bu yönde bkz. Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 653; Demirbaş, s. 294; Demirel, Amirin Emri, s. 183.

¹⁶⁶³ Burada hata nedeniyle kastın bulunmadığından söz edileceği hususunda bkz. Günel, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 150.

¹⁶⁶⁴ Kolluğun örneğin isim benzerliğinden dolayı, tutuklama müzekkeresindeki kişiden farklı birini yakalaması ihtimalinde esasen doğru kişiyi yakalamış olsaydı eylemi suç oluşturmayacağı için failin sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 27-28; Aynı yönde bkz. Erdoğan, s. 227-228.

¹⁶⁶⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut, s. 315.

¹⁶⁶⁶ Emrin kişinin kimliğinde hataya düşülerek ifa edilmesi halinde emrin ifasının maddi koşullarında hatanın söz konusu olacağı ve bu durumda hatanın esaslı olması nedeniyle emri ifa eden kişinin sorumlu olmayacağı hakkında ayrıca bkz. Erdoğan, s. 227-228.

Yargıtay kararlarında da emrin ifasında hatanın anılan iki türünün sınırlarının belirlenmesine yönelik açıklamalara yer verilmiştir. Yargıtay’a göre konusu suç oluşturan emrin haksızlık oluşturduğuna ilişkin hata haliyle, emrin “*askeri hizmet alanında verilip verilmediği, amirin yetkili olup olmadığı, zorunlu olup olmadığı*” gibi koşullarda hataya düşülerek konusu suç oluşturan emri ifa etme hali farklı değerlendirilir. İlk hal TCK m. 30/4, ikinci hal ise m. 30/1 kapsamında ele alınmaktadır¹⁶⁶⁷. Yargıtay’ın bir kararında “*Sanığın, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, bu fiili müşahhas olayda hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir maddi sebebin varlığı hususunda kaçınılmaz bir yanlışlığa 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 yanlışlığa 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,” karar verileceği belirtilmiştir*¹⁶⁶⁸, yine diğer bir kararda emri alan kişilerin emrin hizmete ilişkin olmadığını ve suç işlemek amacıyla verildiğini bilebilecek durumda olmamaları somut olayda gerçekleşen durumla faillerin algıladıkları gerçekliğin örtüşmemesine dayandırılarak TCK m. 30/3 kapsamında ele alınmıştır¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁷ Kararlar için bkz. Demirbaş, s. 432. Aynı yönde bkz. Yar. 16. CD. 2017/1443 E., 2017/4758 K., 14.07.2017 T.; Yine bu hususta Yargıtay kararında ifade edildiği üzere: “(...) konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata hali ile 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.” Yar. 16. CD. E. 2019/6996, K. 2020/1726, T. 5.3.2020 (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹⁶⁶⁸ Yar. 16. CD. E. 2019/9560, K. 2020/2034, T. 18.3.2020 (<https://www.kazanci.com.tr>).

¹⁶⁶⁹ “Sanıklar ... ve ...’ın suç tarihinde ambulans ve araç şoförü olarak zorunlu askerlik hizmetlerini yapmakta olan erlerden olduğu, hadise gecesi üstleri tarafından araçların kullanılması yönünde emir aldıkları, bu emir doğrultusunda, darbeye teşebbüs suçunun icrai hareketlerinden sayılan hürriyeti tahdit fiilinin 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 kabulüyle 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;(...)” Yar. 16. CD. E. 2019/5507, K. 2019/6582, T. 16.10.2019 (<https://www.kazanci.com.tr>).

B. Emrin İfasında Sınırın Aşılması

1. Sınırın Aşılması Kavramı

Sınırın aşılması bir hukuka uygunluk nedeninin izin verdiği eylemin bu iznin sınırları dışına çıkılarak gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olur¹⁶⁷⁰. Hukuka uygunluk nedeninin sınırları dahilinde gerçekleştirilen tipik eylem hukuka uygun hale gelirken, eylemin bu sınırın dışına çıkan kısmı hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz¹⁶⁷¹.

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması kasten, taksirle veya mücbir sebebin etkisiyle gerçekleşmiş olabilir¹⁶⁷². Failin hukuka uygunluk nedeninin sınırını aşarak eyleme devam ettiğini bilip istiyor olması halinde sınırın kasten aşılması, sınırı aştığını bilmediği halde gerekli dikkat ve özeni göstermediği için aşması halinde taksiri, gerekli dikkat ve özeni gösterdiği halde öngörülmesi veya önlenmesi mümkün olmayan bir nedenin etkisiyle sınırı aşması halinde ise mücbir sebebin etkisi söz konusudur¹⁶⁷³. Türk hukukunda hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının aşılması TCK m. 27’de düzenlenmiş olup, madde uyarınca sınırın kasten aşılması halinde failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması kabul edilmemiş ve sınırın kasten aşılması m. 27/1 dışında bırakılmıştır. Sınırın taksirle aşılması halinde ise fail yalnızca eylemin taksirli hali cezalandırılmakta ise ceza alacak, ancak bu durumda TCK m. 27/1 uyarınca cezada indirimle gidilecektir. Sınırın mücbir sebep veya kanunun ifadesiyle “*mazur görülebilecek bir heyecan, korku ya da telaş nedeniyle*” aşılması hali TCK m. 27/2’de yalnızca meşru savunma hukuka uygunluk nedenini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir¹⁶⁷⁴. TCK m. 27/1’in uygulanması için gereken koşullar failin sınırı aşma kastının bulunmaması, ilgili hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut olayda oluşmuş olması ve hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının

¹⁶⁷⁰ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305-306.

¹⁶⁷¹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 561.

¹⁶⁷² Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 137.

¹⁶⁷³ Zafer, Genel Hükümler, s. 436.

¹⁶⁷⁴ Bu düzenleme uyarınca meşru savunma dışında kalan hukuka uygunluk nedenleri bakımından sınırın mücbir sebeple aşılması ceza sorumluluğuna etki etmeyecek, meşru savunma bakımından sınırın bu fıkra kapsamında aşılması halinde failin kusurluluğunun bulunmaması nedeniyle cezaya hükmedilmeyecektir. TCK m. 27/2 kusurluluğu kaldıran hallerden biridir. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 352; Mazeret nedeni olarak kabul eden görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 383.

ölçüsünün aşılmış olması olarak sayılabilir¹⁶⁷⁵. Sınırın aşılmasına ilişkin hükmün uygulanabilmesi için öncelikle sınırı aşılma hukuka uygunluk nedeninin somut olayda oluşmuş olması¹⁶⁷⁶, diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedeninin ölçülülük dışındaki koşullarının gerçekleşmesi gerekir¹⁶⁷⁷. Sınırın aşılması her hukuka uygunluk nedeni bakımından kanuni koşulları ve somut olayda gerçekleştirilme şekli dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmelidir¹⁶⁷⁸.

Yetkili merciin verdiği emri alan kişinin emrin sınırları içerisinde hareket etmesi gerekir. Ancak bazı hallerde emrin gereğini yerine getirirken emrin sınırlarının dışına çıkılması, emrin ifasında sınırın aşılması söz konusu olabilmektedir. 765 sayılı mülga TCK m. 50’de emrin sınırının aşılması hali “49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyyet makamının veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler” ile ilgili olarak açıkça kaleme alınmış, sınırın aşılması halinde maddede öngörülen şekilde cezada indirim yapılacağı düzenlenmişti¹⁶⁷⁹. 5237 sayılı TCK’de yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni bakımından sınırın aşılması halinde tüm hukuka uygunluk nedenlerini kapsayan TCK m. 27/1 uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁸⁰.

2. Emrin İfasında Sınırın Kasten Aşılması

a. Sınırın Kasten Aşılmasının Kapsamı ve Sonuçları

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, bir hukuka uygunluk nedeni olarak hukuka uygun emrin ifasında, emri alan kişinin emrin konusunu oluşturan eylemin sınırlarını kasten aşması halinde TCK m. 27/1’de öngörülen indirimden yararlanamayacağı, kasten gerçekleştirdiği sınırı aşan eylemleri bakımından sorumlu

¹⁶⁷⁵ Mahmut Koca/ İlhan Üzülmmez, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, *EÜHFD*, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, ss. 39-53, s. 48-49.

¹⁶⁷⁶ Önder, s. 265.

¹⁶⁷⁷ Zafer, Genel Hükümler, s. 435.

¹⁶⁷⁸ Koca/Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 308.

¹⁶⁷⁹ Önder, s. 265; Mülga TCK m. 50’de cezada indirimin gösterildiği ancak sınırın ne şekilde aşılabacağı konusunda açık düzenlemenin yer almadığı hususunda bkz. Koca/Üzülmmez, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, s. 39.

¹⁶⁸⁰ TCK m. 27/1 hükmünün yalnızca hukuka uygunluk nedenlerini kapsadığı, bu doğrultuda hukuka uygun bir emrin ifası söz konusu olduğunda uygulanabileceği hakkında bkz. Demirel, Amirin Emri, s. 187.

olacağı açıktır. Bu doğrultuda emrin ifasında sınırın ne zaman kasten aşılmış olacağının belirlenmesi, sınırı kasten aşması halinde emri ifa eden kişinin sorumluluk durumunun tespit edilmesi gerekir.

İlgili bölümde açıklandığı üzere, emrin konusunu yetkili merciin talep ettiği belirli bir eylem oluşturur. Bu eylemin emrin gösterdiği sınırlar içerisinde gerçekleştirilmesi halinde eylem hukuka uygun kabul edilir. Emri alan kişinin emrin konusunu oluşturan eylemin dışına çıkarak eylemlerine devam etmesi, emrin konusunu oluşturan eylemin yanı sıra farklı bir eylemi de gerçekleştirmesi halinde emrin sınırı aşılmış olur. Burada failin emrin konusunu oluşturan eylemin dışına çıktığını, somut olayda gerçekleştirdiği hareketin emrin konusunun dışında kalan bir neticeye yol açacağını bilmesi ve istemesi halinde emrin ifasında sınırın doğrudan kastla aşılması söz konusu olur. Örneğin, CMK m. 119’da yer verilen koşullara uygun bir arama emrinin gereğini yerine getiren kolluk görevlisinin emre konu olan konuta girmesi ve arama yaparken masada gördüğü bilgisayara fırsattan istifade ederek elkoyması halinde, kolluk görevlisinin eylemi arama emrinin konusunu oluşturan eylem konuta girilerek aranılmasını kapsadığı için konut dokunulmazlığını ihlal ve haksız arama suçları bakımından hukuka uygun olacak¹⁶⁸¹, buna karşılık bilgisayara elkonulması eylemi arama emrinin konusunu oluşturmadağı için bilgisayarı alması emrin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında yer almayacaktır. Bu durumda kolluk görevlisinin bilgisayarı alma eyleminden dolayı hırsızlık veya yağma suçları bakımından sorumluluğu söz konusu olabilecek, aynı şekilde, örneğin aldığı bilgisayar veya eşyalarda özel hayata ilişkin bilgi ve içeriklerin bulunması ihtimalinde TCK m. 134 kapsamında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu da¹⁶⁸² söz konusu olabilecektir. Örnekte görüldüğü üzere, failin bilgisayarı alması eylemiyle hukuka uygun emrin konusunu oluşturan davranışın sınırları dışına kasten çıkıldığı için hukuka uygunluk nedeninin sınırının kasten aşılması söz konusudur¹⁶⁸³. Fail

¹⁶⁸¹ Hukuka uygun bir arama kararı veya emrine dayanılarak yapılan aramanın haksız arama suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı hakkında bkz. Akyürek, “...Haksız Arama Suçu”, s. 35.

¹⁶⁸² Aramanın hukuka uygun olması eylemin TCK m. 116 veya m. 120 kapsamında hukuka uygun olmasını sağlamaktaysa da devamında aramanın amacı dışına çıkıldığı için, arama yapan görevlinin özel hayata ilişkin bilgi içeren eşyaları kendine saklaması TCK m. 134/1 veya ifşa edilmesi TCK m. 134/2 kapsamında suç oluşturmaktadır. Bkz. Akyürek, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu, s. 284-285.

¹⁶⁸³ Benzer bir örnek olarak yakalama emrini ifa eden kolluk görevlisinin düşmanı olan ilgili kişinin yakalanması sırasında fırsat bilerek yakaladığı kişiyi öldürmesi verilebilir. Örnek için bkz. Günel, Yetkili Mercii Emrini İfa, s. 164-165.

emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını bildiği ve bu sınırları aşacak şekilde eylemine devam etmeyi bilip istediği için sınırın aşılmasında fail esasen hukuka aykırı olduğunu bildiği bir eylemi kasten gerçekleştirmiş, diğer bir deyişle kasten suç işlemiş olmaktadır¹⁶⁸⁴. Fail bu durumda kasten işlediği suçtan sorumlu olur, TCK m. 27/1 uygulanamaz¹⁶⁸⁵.

Emrin ifası sırasında emri alan kişinin sınırı olası kastla aşması halinde de yine TCK m. 27/1'in uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁶⁸⁶. Örneğin, toplu müdahale sırasında kolluk görevlilerinin gösteri grubunu dağıtmak amacıyla tazyikli suyla müdahale emri almaları halinde (PYSK m. 16/5), tazyikli suyu göstericilere fazla yakın mesafede olmasına rağmen doğrudan üzerlerine yönelterek kullanan kolluk görevlisinin hareketi sonucunda meydana gelen yaralanma neticesi bakımından, hareketiyle olası bir yaralanma neticesini göze almış olduğu ve bu nedenle eyleminin olası kastla gerçekleştirilmiş olduğu söylenebildiği sürece fail emrin ifasının sınırlarını kasten aşmış olduğu için TCK m. 27/1 uyarınca indirimin uygulanması yine mümkün olmayacaktır. Burada PYSK m. 16/5 uyarınca toplu şekilde müdahalenin bulunması halinde kullanılacak kuvvetin ölçüsünü belirleyerek emir veren kolluk amiri tarafından belirlenen ölçünün ast tarafından aşılması söz konusudur¹⁶⁸⁷. Bu noktada emrin ifasında sınırın aşılmasının söz konusu olması için somut olayda bir emrin varlığının gerektiğini de ayrıca belirtmek, kanun hükmünün icrası kapsamında kalan görevlerin ifası sırasında sınırın aşılmasının bir emrin ifasında sınırın aşılması olarak nitelendirilemeyeceğini, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması olacağını vurgulamak gerekir. Bununla birlikte somut olayda aynı eylemin birden fazla hukuka uygunluk nedeninin sınırının aşılması suretiyle gerçekleştirilmesi mümkün olabilmektedir¹⁶⁸⁸.

¹⁶⁸⁴ Bu doğrultuda kasten sınırın aşılmasında esasen bir aşmanın söz konusu olmadığı, kasten gerçekleştirilen bir eylemden söz edileceği ifade edilmektedir. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 352.

¹⁶⁸⁵ Zafer, Genel Hükümler, s. 436.

¹⁶⁸⁶ Somut olayda gerek doğrudan gerekse olası kastın söz konusu olabileceği hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 496-497; Özen, s. 614.

¹⁶⁸⁷ Demirel, Amirin Emri, s. 187-188.

¹⁶⁸⁸ Yargıtay kararı örneği için bkz. Arif Naci Sucuoğlu, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK 27. Madde)", **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Ekim 2018, ss. 135-167, s. 149, dn. 58.

b. Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Kasten Aşılması

Kamu görevlilerinin sahip oldukları zor kullanma yetkisi kapsamında gerçekleştirebilecekleri eylemler sırasında yetkilerinin sınırını kasten aşmaları halinde uygulanacak özel hüküm olarak TCK m. 256'da düzenlenen “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçuna yer verilmiştir¹⁶⁸⁹. Zor kullanmaya yönelik hukuka uygun bir emir alan kamu görevlisinin emri ifa sırasında zor kullanma yetkisini kasten aşması halinde TCK m. 256 hükmü uygulama alanı bulacağı için konunun ayrıca ele alınması önem arz eder.

Bazı kamu görevlilerinin görevleri gereği gerek kanundan gerekse bir emirden kaynaklanan zor kullanma yetkileri bulunabilmektedir¹⁶⁹⁰. Zor kullanmaya yönelik bir eylemi gerçekleştirme emri alan kamu görevlisinin emrin izin verdiği zor kullanma yetkisinin sınırlarının dışına kasten çıkması halinde emrin sınırını kasten aşmış olacağı için yukarıda değinildiği üzere TCK m. 27/1 uyarınca işlediği suçtan sorumlu olması gerekir¹⁶⁹¹. Bu durumda genel hükümler uyarınca, emrin tanıdığı zor kullanma yetkisinin sınırını aşan kamu görevlisinin eylemi hangi suç tipi kapsamına girmekteyse ilgili suçun düzenlendiği hükmün uygulanması sonucuna ulaşılır¹⁶⁹². Bununla birlikte kanun koyucu TCK m. 256'da zor kullanma yetkisinin sınırı aşılarak gerçekleştirilen kuvvet kullanma eylemleri bakımından ayrı bir suç tipine yer vermiş, sınırı kasten aşan kamu görevlisinin kasten yaralama suçunu düzenleyen hükümler gereğince sorumlu olacağını öngörmüştür¹⁶⁹³. TCK m. 256 öğretide gerek ceza hukukunun genel hükümleri çerçevesinde TCK m. 27/1'in uygulanmasıyla

¹⁶⁸⁹ TCK m. 256: “(1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

¹⁶⁹⁰ Avcı, “Zor Kullanma Yetkisi...”, s. 84.

¹⁶⁹¹ Bu konuya örnek olarak verilebilecek bir Yargıtay kararında “kendisine komutanı tarafından, darp ve hakaret suçunu sanığı bulunan maktulü yakalayıp getirmesi için emir verilen sanık jandarma erinin, maktulü götürmek isteyince maktül balkondan atlayıp kaçmak üzere iken, sanık jandarma erinin bir el ateş ederek onu kalçasından vurup öldürdüğü olayda, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinin 270. maddesinde yazılı silah kullanmayı gerektiren halin bulunmadığına” karar vererek kastı aşan adam öldürmeden sorumlu tutmuştur. (Yar. 1. CD. 27.01.1976, 3574-261) Karar için bkz. Parlar/ Hatipoğlu, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, s. 29.

¹⁶⁹² Erdoğan, s. 244.

¹⁶⁹³ Bu hüküm esasen bir hukuka uygunluk nedeni olan görevin ifası kapsamında yer alan zor kullanma yetkisinin sınırının aşılmasını cezalandırmaktadır. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 1010; Bu suçun maddi unsurunu yetkili memurun görevini yerine getirirken veya amirin emrini icra ederken yetkisini aşması oluşturmaktadır. Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 743.

ulaşılacak sonucun ayrıca bir suç tipinde düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı, gerekse suç tipinin kaleme alınış şekli ve uygulamada yaratacağı sorunlar nedeniyle eleştirilmiştir¹⁶⁹⁴. Bu nedenle bu başlıkta TCK m. 256'daki düzenlemenin emrin ifasında sınırın kasten aşılması halinde nasıl uygulanacağına ilişkin açıklamalarla birlikte öğretilerdeki bazı eleştirilere de yer verilmiştir.

Öncelikle zor kullanma emrinin sınırının kasten aşılmasının her zaman yaralama neticesine yol açan bir eylemi ortaya çıkarmayacağı, emri ifa eden kişinin zor kullanma eyleminin sınırını aşarak hakaret, tehdit, cebir suçlarının işlenmesinin¹⁶⁹⁵ veya zor kullanmanın suç tipinde yer alan cebir unsurunu oluşturduğu cinsel istismar, cebir suretiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suç tiplerinin gerçekleştirmesinin de mümkün olabileceğine¹⁶⁹⁶ değinmek gerekir. Bununla birlikte, her ne kadar tipik eylem “görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanmak” olarak tanımlanmış olsa da zor kullanma emri alan kişinin emrin konusunu oluşturan zor veya kuvvetin sınırını kasten aşarak mağdurun cinsel bütünlüğüne, yaşamına yönelik zarara yol açması halinde meydana gelen netice bakımından m. 256'nın uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁶⁹⁷. Görevinin gerektirdiği ölçüyü aşma kastıyla icra ettiği eylemin neticesi TCK m. 256'da yer verildiği şekilde her zaman yaralama olmayabileceği için maddede yalnızca kasten yaralama suçuna atıfta bulunulmasının uygulamada karışıklığa yol açacak nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹⁸. Maddeye yöneltelen eleştiriler kapsamında TCK m. 256'daki hükmün TCK m. 27/1 ile çeliştiği, TCK m. 27/1 uyarınca hukuka uygunluk nedeni olan emrin ifasında sınırı aşan kişinin sınırın aşılmasıyla gerçekleştirdiği eylem hangi suçu oluşturuyorsa o suç kapsamında sorumlu olması gerektiği ileri

¹⁶⁹⁴ Eleştiriler için ayrıca bkz. Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1009-1010; Çetinkaya, s. 277-280; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 744.

¹⁶⁹⁵ Bu nedenle maddenin bu suçları da kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği hususunda bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 744.

¹⁶⁹⁶ Kamu görevlisinin kullandığı zor kullanma eyleminin suçun basit halindeki cebir olarak ortaya çıkabileceği suç tiplerinin yanı sıra, bazı suçlar bakımından cebir nitelikli hal kapsamında ortaya çıkması da mümkündür. Çetinkaya, s. 277.

¹⁶⁹⁷ Çetinkaya, s. 277; Maddede zor kullanmanın mahiyeti kasten yaralama suçuna atıfla tarif edildiği için zor kullanılmasını vücuda acı veren, sağlığı ya da algılama yeteneğini bozan eylemler olarak anlamak gerekir. Koca/ Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 1011.

¹⁶⁹⁸ Bu kapsamda ölçüyü aşacak şekilde kullanılan kuvvetin bileşik suçlarda unsur veya ağırlaştırıcı neden olan cebir olarak ortaya çıkması halinde bileşik suç hükmünün kasten yaralama hükmü ile bir arada nasıl uygulanacağını belirsiz olduğunun, TCK m. 256'nın içtima bakımından sorun yarattığının da altı çizilmiştir. Bkz. Çetinkaya, s. 277.

sürülmektedir¹⁶⁹⁹. Bu doğrultuda, örneğin PVSK m. 16/5 uyarınca toplu kuvvetle müdahale edilen bir gösteri yürüyüşünde, kolluk amirinin vermiş olduğu göstericilerin uzaklaştırılması amacıyla copla müdahale edilmesine yönelik bir emri ifa eden kolluk görevlisinin, bölgeden uzaklaştırılmış olan göstericilerin baş bölgesine vurarak müdahaleye devam etmesi halinde zor kullanma emrinin sınırları kasten aşmış olacağı için kolluk görevlisi hakkında TCK m. 256'nın uygulanması gerekir. Zira kamu görevlisinin gereksiz olduğu halde kuvvete başvurmuş olması sonucunda gerçekleşen yaralamalar da bu madde kapsamında olacaktır¹⁷⁰⁰. Ancak vurulan darbelerin etkisiyle ölümün meydana gelmesi halinde TCK m. 256 uyarınca kasten yaralama suçuna ilişkin hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır¹⁷⁰¹. Kolluk görevlisinin emrin gerektirdiği kuvvetin ölçüsünü kasten aşarak kuvvet uyguladığı bu olaydaki eylem TCK m. 256 bakımından tipik olsa da failin kastının (veya olası kastının) öldürme neticesine yönelik olduğu söylenebildiği takdirde kasten öldürme suçu bakımından değerlendirilmesi gerekecektir. Bu doğrultuda emrin gerektirdiği kuvvetin ölçüsü kasten aşılarak işlenen suçun yaralama dışında bir suç olması halinde TCK m. 256'nın uygulanması mümkün olmayacak, fail TCK m. 27/1'deki genel hükme uygun olarak kasten işlediği suçtan sorumlu tutulacaktır¹⁷⁰².

Zor kullanma emrini alan kolluk görevlisinin emrin içerdiği kuvvetin ölçüsünü aşması, farklı bir kuvvet vasıtasına başvurması veya kuvvet kullanmanın yöneldiği amaca ulaşılmasına rağmen kuvvet kullanmaya devam etmesi hallerinde emrin sınırının aşılması söz konusudur¹⁷⁰³. PVSK m. 16/2 kapsamında, kolluk görevlilerinin kullanacağı kuvvet kademeli olarak artan ölçüde kullanılmak koşuluyla bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni sınırları içinde silah olarak gösterilmiştir. Bu doğrultuda örneğin kolluk amiri tarafından bir kişinin yakalanması amacıyla ateş edilmesi emrinin verilmesi halinde kişiyi öldürmeye yönelik olarak silah kullanan kolluk görevlisi kasten sınırı aşmış olmasından, içinde bulunduğu koşullarda gerekli dikkat ve özeni göstermediği için yakalama amacıyla ateş etme emrini ifa ederken ölüme yol açması halinde taksirle sınırı aşmış olmasından

¹⁶⁹⁹ Sucuoğlu, s. 148.

¹⁷⁰⁰ Soyaslan, Özel Hükümler, s. 744.

¹⁷⁰¹ Eylemin öldürme kastıyla işlenmesi halinde TCK m. 81 hükmünün, eğer yaralama kastıyla işlenerek ölüm neticesinin meydana gelmesi söz konusu ise TCK m. 256'nın göndermesiyle TCK m. 87/4 uygulanacaktır. Bkz. Necati Meran, **Zimmet-Rüşvet-İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 422.

¹⁷⁰² Savaşçı Temiz, s. 165.

¹⁷⁰³ Bkz. Eryılmaz/ Bozlak, s. 229; Sınırın aşılması örnekleri için ayrıca bkz. Erdoğan, s. 240.

sorumlu tutulacaktır¹⁷⁰⁴. Zor kullanma yetkisinin sınırını taksirle aşan kişi taksirle yaralamadan sorumlu olacak, ancak verilecek ceza TCK m. 27/1 uyarınca indirilecektir¹⁷⁰⁵. Bu noktada yetkili mercilerin somut olayda zor kullanma yetkisinin sınırlarını gösteren açıklıkta emir vermemiş olmalarının da zor kullanma yetkisinin sınırının aşılmasında etkili olduğuna değinmek gerekir. Bu konuda AİHM emri veren mercilerin düzenlenen operasyon kapsamında kullanılacak kuvvetin sınırlarına ve yönetime ilişkin kuvvetin derecesine dayalı bir ayırım yapmamalarının, açık ve net emir vermemelerinin somut olayda yaşam hakkı ihlalinin ortaya çıkmasına yol açtığını vurgulamıştır¹⁷⁰⁶. Ayrıca AİHM ve AYM bireysel başvuru kararlarında zor ve silah kullanmaya başvurulmuş müdahalelerde vuku bulan yaşam hakkı ihlalleri bakımından, yalnızca zor kullanma eylemlerini gerçekleştiren kolluk veya askeri personelin eylemlerinin değil, bu kişilere yönelik yeterli talimatın veya eğitimin verilip verilmediğinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁴ Ayrıca bkz. Erdoğan, s. 243.

¹⁷⁰⁵ Ali Kemal Yıldız, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, **Ceza Özel Hukuku, Cilt: IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 168-169; Meran, s. 422.

¹⁷⁰⁶ “AİHM bu çerçevede, sözü edilen operasyonun düzenlenmesi emrini veren polis amirlerinin öldürücü veya olmayan yöntemler arasında bir ayırım yapmadıklarını not etmektedir. Polis amirlerinin açık talimatlar vermemeleri, polis memurlarının etrafı sarılı evde bulunanların hayatlarını riske atmaksızın aranan tehlikeli kimselerin yakalanmasında izleyecekleri yöntemi uygulamalarını yetersiz kılmıştır. Bununla birlikte, sözü edilen operasyon sırasında polisler göz yaşartıcı gaz bombası veya etkisiz hale getirici maddeler kullanmamış, yalnızca ateşli silahlara başvurmuştur.” Hamiyet Kaplan ve Diğerleri/ Türkiye, Başvuru No. 37649/97, 13 Eylül 2005, Kararın özet çevirisi için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-121516"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) (Erişim Tarihi: 03.12.2021); “109. Hükümet, görüşünde polis memurlarının büyük bir stres ve psikolojik baskı altında olmasından dolayı ölümcül bir güç kullandığını ileri sürmüştür (bk. yukarıdaki 98. paragraf). Mahkeme polisin yaşam hakkını korunması konusunda çok önemli bir rol oynadığının farkındadır. Bu nedenle polisler tüm değişkenleri değerlendirebilme kabiliyetine sahip olup operasyonlarını dikkatlice organize etmelidir. Mahkemeye göre, Hükümetler insan hakları ve polislik mesleğine ilişkin uluslararası standartlara uyulması amacıyla polis kuvvetlerine etkili bir eğitim sağlanmasını güvence altına almalıdır. Ek olarak, birçok uluslararası belgede de belirtildiği gibi (bk. diğerleri arasında, Avrupa Konseyi tarafından benimsenen İlke kararı, yukarıdaki 88. paragraf), polisler ateşli silahları kullanabileceği şartlar ve yöntemlere ilişkin olarak net ve açık talimat almalıdırlar. 110. Mahkeme, Gazi olaylarının neredeyse iki gün sürdüğünü ve Ümraniye olaylarının ise Gazi olaylarından bir gün sonra gerçekleştiğini gözlemlemektedir. Dava dosyasına göre, polis memurlarının iki olayda da eylemlerini gerçekleştirirken büyük bir özerklik göstermiş ve panik ve baskı altındayken eğer düzgün eğitim ve talimatları almış olsalardı yapmayacakları girişimlerde bulunmuşlardır. Dolayısıyla, Mahkeme Hükümetin bu iddiasını kabul edemez bulmuştur. Mahkeme ayrıca, net ve merkezi bir komuta sisteminin olmamasının polis memurlarının kalabalığa direk olarak ateş açma riskini arttıran bir eksiklik olduğunu tespit etmiştir.” Şimşek ve Diğerleri/ Türkiye, Başvuru No. 35072/97 ve 37194/97, 26 Ekim 2005, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-206434"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{) (Erişim Tarihi: 03.12.2021); Bu konuda ayrıca bkz. Erdoğan, s. 253.

¹⁷⁰⁷ “65. Öte yandan kamu görevlilerinin güç kullanımına ilişkin eylemlerinin bu konuda değerlendirmesi yapılırken sadece fiilen gücü kullanan görevlilerin eylemlerinin değil, söz konusu eylemlerin planlanması ve kontrolü dâhil olayın bütün aşamalarının dikkate alınması gerekmektedir (Cemil Danişman, § (...) 68. Bu nedenle doğrudan silah kullanımı sonucu meydana gelen olaylarda güç kullanımının, Anayasa’nın 17. maddesine göre başka bir çarenin kalmadığı “ zorunlu bir durumda” ve “ölçülü ” bir gerçekleştiğinin soruşturma makamlarınca resen ortaya konulması

Zor kullanmaya yönelik emrin ifasında sınırın taksirle aşılması halinde emri ifa eden kişinin sorumluluğu konusunda öğretide, TCK m. 256'da yalnızca sınırın kasten aşılması ihtimaline yer verildiği, emrin sınırının taksirle aşılması halinde TCK m. 27/1 uyarınca eylemin taksirli hali suç oluşturmaktaysa taksirinden sorumlu tutulmasının da mümkün olduğu vurgulanarak TCK m. 256'daki yalnızca kasten yaralamaya atıfta bulunan düzenlemenin değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda düzenlemenin mevcut haliyle sınırın taksirle aşılması halinde dahi faili kasten yaralamadan sorumlu tutmaya elverişli olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰⁸. Zor kullanma emrinin ifasında sınırın taksirle aşılması sonucunda yaralamaya yol açılması halinde TCK m. 256 uygulanmayacak, failin TCK m. 27/1 uyarınca yaralama suçunun taksirli halinden ve indirim uygulanmak suretiyle sorumlu tutulması gerekecektir¹⁷⁰⁹.

3. Emrin İfasında Sınırın Taksirle Aşılması

Hukuka uygunluk nedeninin sınırının taksirle aşılması halinde TCK m. 27/1 kapsamında değerlendirme yapılır. Failin hukuka uygunluk sınırını aşan eylemine yönelik taksirinin bulunup bulunmamasında, hukuka uygunluk nedenine ilişkin hükümlerin orantının aşılmamasına yönelik olarak kendisine yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması dikkate alınır¹⁷¹⁰. Her hukuka uygunluk nedeni bakımından sınırı aşmada taksirin bulunup bulunmadığı somut olayın ve hukuka uygunluk nedeninin koşullarına göre belirlenir¹⁷¹¹.

gerekmektedir. Bu çerçevede kolluk görevlilerinin eylemlerinin yanında kendilerine uygun talimatın verilip verilmediğinin, gaz fişegi atışı için kullanılan silahlar konusunda bu kişilerin yeterli eğitim alıp almadıklarının ve olası riskleri önlemek adına tedbir almakta ihmalleri bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekmektedir (Turan Uytun ve Kevzer Uytun, § 60. Benzer AİHM kararı için bkz. Ataykaya/Türkiye, B. No: 50275/08, 22/7/2014, § 46)." AYM İkinci Bölüm, Özlem Kır Başvurusu, Esas No. 2014/5097, Karar Tarihi: 28.09.2016. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/anayasa-mahkemesi/k-2014-5097-t-28-9-2016-1> (Erişim Tarihi: 03.12.2021)

¹⁷⁰⁸ Savaşçı Temiz, s. 166; Düzenlemenin kast karinesi yarattığı ve hukuka aykırı olduğuna yönelik eleştiriler için bkz. Hafızoğulları/Özen, s. 238-239; Zor kullanma yetkisini aşan failin kastının varlığını karine olarak kabul eden m. 256 uyarınca failin sınırı aşmada taksiri olsa dahi kastı nedeniyle cezalandırılacağı görüşü için bkz. Sucuoğlu, s. 163.

¹⁷⁰⁹ Meran, s. 422; Çetinkaya, s. 276-277.

¹⁷¹⁰ Zafer, Genel Hükümler, s. 437.

¹⁷¹¹ Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 140-141.

Yetkili merciin emrini ifa bakımından sınırın taksirle aşılmasından söz edilebilmesi için öncelikle emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut olayda oluşmuş olması, emri alan kişinin hukuka uygun bir eyleme başlamış olması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, emri ifa eden kişi taksirle sınırı aşmasaydı hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilecek konumda olmalıdır¹⁷¹². Bu doğrultuda emri alan kişinin öncelikle somut olayda bir emrin varlığını, emrin hukuka uygun olduğunu, görevi gereği emri ifa etmesinin zorunlu olduğunu belirlemesi ve hukuka uygunluk nedeninin izin verdiği eyleme başlaması gerekir. Emri alan kişinin hukuka uygun emrin ifasının maddi koşullarının bulunmadığı bir olayda veya maddi koşullar çerçevesinde izin verilen, diğer bir deyişle emrin konusunu oluşturan, eylemin dışında bir eylemi gerçekleştirmesi halinde hukuka uygunluk nedeni oluşmamış olacağı, diğer bir deyişle failin eylemi emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırları içine girmemiş olacağı için sınırının aşılmasından da söz edilemeyecektir. Emrin ifasında sınırın taksirle aşılmasından söz edilebilmesi için hukuka uygun emrin konusunu oluşturan eylemin gerçekleştirilmesiyle birlikte bu eylemin somut olaydaki sınırlarının dışına çıkılarak emrin ifasının izin verdiği yetkilerin aşılması gereklidir. Fail hukuka uygunluk nedeni içinde başladığı eyleminin sonuçlarını öngöremediği ve istemediği hallerde sınırı taksirle aşmış olur¹⁷¹³.

Emri alan kişinin emrin konusunu oluşturan ve yerine getirme yetkisiyle birlikte yükümlülüğünün de bulunduğu eylemden farklı bir eyleme başlaması çeşitli nedenlere dayanabilir. Eğer emri alan kişi aldığı emrin konusunu anlamadığı veya olduğundan farklı bir eylemi içerdiğini zannettiği için yanılmışsa emri ifanın maddi koşullarında hata¹⁷¹⁴, eğer emrin konusunu doğru anlamasına rağmen bilerek farklı bir eylemi gerçekleştirmişse sınırın kasten aşılması söz konusu olur. Örneğin bir kişiyi yakalama emrini alan kolluk görevlisinin o kişiyi dövmesi halinde hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı için sınırın aşılması da söz konusu olamayacaktır. Zira burada sınırın aşılması emrin amacındadır ve amaçta sınırın aşılması o eylemi hukuka uygunluk nedeninin dışına çıkarır¹⁷¹⁵. Benzer şekilde CMK m. 119 uyarınca hukuka uygun bir arama emrini alan kolluk görevlisinin aramanın yapılacağı adresi

¹⁷¹² Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 164.

¹⁷¹³ Zafer, Genel Hükümler, s. 437.

¹⁷¹⁴ Bu durumda emri ifa eden kişinin içinde bulunduğu durum fiili hata hükümlerine göre değerlendirilir. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 164.

¹⁷¹⁵ Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 141; Sınırın aşılması amaçta değil, vasıtada olmalıdır. Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa, s. 164.

yanlış okuduğu için arama emrinin konusundan farklı bir konuta girmesi eylemi¹⁷¹⁶ emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin izin verdiği eylem olmadığı, fail hukuka uygun bir emrin ifasına hiç başlamadığı için olayda sınırın aşılması da söz konusu olmayacaktır. Bu olayda, önceki bölümde ele alındığı üzere, emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hatanın değerlendirilmesi mümkün olup, sorun emri doğru okumayan kişinin hatasının esaslı olup olmadığına göre çözülebilir¹⁷¹⁷. Ancak emri alan kişinin emrin konusunu oluşturan eylemi ve sınırlarını doğru anlamasına rağmen somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getiremediği için, hukuka uygun eyleminin sınırının dışına çıkacağını öngörmeyerek eylemin sınırlarının içinde kalmayı başaramaması halinde emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin sınırının taksirle aşılmasından söz edilmelidir. Aynı örnek üzerinden açıklamak gerekirse, CMK m. 119 uyarınca Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile işyerinde arama yapılmasına yönelik emir alan kolluk görevlisinin işyerinde aramayı tamamladıktan sonra konut olduğuna dikkat etmeksizin işyerinin bitişiğindeki konutta da aramaya devam etmesi halinde arama emrinin konusunu oluşturan eylemin verilen emirle çizilen sınırları taksirle aşılmış olur¹⁷¹⁸.

C. Kışkırtıcı Ajanlık Faaliyetinin Emrin İfası İle İlişkisi

1. Kışkırtıcı Ajan Kavramı ve Kışkırtıcı Ajanın Ceza Sorumluluğunu Emrin İfası İle Açıklayan Yaklaşım

Kışkırtıcı ajan (Tahrikçi Ajan, Ajan Provokatör) genel olarak, suçun faillerinin ortaya çıkarılmasını veya cezalandırılabilmesini sağlamak amacıyla, bu kişileri devlet organlarının himayesiyle ya da kontrolü altında suça yönlendirerek suçun işlenmesine katılan kişi olarak tarif edilebilir¹⁷¹⁹. Kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesine

¹⁷¹⁶ Kolluk görevlisinin arama yapılacak yerden başka yerde arama yapmasının sınırın taksirle aşılması örneği olduğu yönünde değerlendirme için bkz. Özen, s. 615.

¹⁷¹⁷ Emri alan kişinin yer, zaman ve kişi bakımından hataya düşmesi halinde sınırın taksirle aşılmasının söz konusu olmayacağı hakkında bkz. Çetinkaya, s. 349.

¹⁷¹⁸ Örnek için bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 495; ayrıca bkz. Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 308.

¹⁷¹⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 543; Toroslu/ Toroslu, s. 344; Öğretideki farklı tanımlar ve genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. Fatih Halil Kaplan, **Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı ve Ajan Provokatör**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 92-92.

katılması geniş anlamda suça iştirakin tüm biçimlerini içerecek şekilde anlaşılmakta; kişiye suç işleme kararı aldirmayı, suç işleme kararı almış olan kişinin kararının kuvvetlendirilerek teşvik edilmesini veya suçun işlenmesi için maddi yardım sağlanmasını kapsamaktadır¹⁷²⁰. Ancak kışkırtıcı ajan suçun işlenmesini istemekteyse de esasen suçun işlenmesinde yararı bulunmamakta, suçun dışında kalan başka bir maddi veya manevi yararı elde etmek amacıyla faili suçun işlenmesine sevk etmektedir¹⁷²¹. Bu doğrultuda kışkırtıcı ajanın ayırt edici özelliğinin kişileri suça yönlendirirken onların cezalandırılmasını sağlamayı amaçlaması olduğu ifade edilebilir¹⁷²². Bu yönüyle kışkırtıcı ajanlık kavramı diğer tipik iştirak şekillerinden ayrılmaktadır¹⁷²³.

Suçların soruşturulmasında kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamına giren eylemlerin gerçekleştirilmesine izin verilmesinin demokrasinin gerekleri ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı halen tartışılan bir konu olmakla birlikte¹⁷²⁴, demokratik hukuk devletlerinde de bugün kışkırtıcı ajanlık faaliyetleri kapsamına giren bazı eylemlere başvurulduğu¹⁷²⁵, özellikle delil elde etmenin ve failleri ortaya çıkarmanın güç olduğu örgütlü suçluluk, uyuşturucu madde ticareti, kaçakçılık gibi suçluluk türleriyle mücadelede sıklıkla kullanılan bir yöntem olduğu bilinmektedir¹⁷²⁶. Bu kapsamda bazı suçların soruşturulmasında kullanılan ve muhbir, güvenilir kişi, bilgi veren (informant), gizli soruşturmacı adıyla anılan çeşitli

¹⁷²⁰ Ozan Ercan Taşkın, **Kışkırtıcı Ajan**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011, s. 22; Veli Özer Özbek, **Organize Suçluluklar Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 22; Öğretide bir görüş ise ajan ile kışkırtıcı ajan kavramlarının farklı olduğunun altını çizerek, suç işlemeye kararlı ve hazır olan kişileri suça yönlendiren kişileri ajan, suç işleme kararı aldırarak nitelikte yönlendiren kişileri ise kışkırtıcı ajan olarak tarif etmektedir. Bkz. Turhan Tufan Yüce, “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ile İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak-Haziran 1988, s. 13. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261563> (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

¹⁷²¹ Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 497.

¹⁷²² Taşkın, s. 43; Kışkırtıcı ajan tanımlarında ortak noktanın “*kışkırtıcının suçun işlenmesinde doğrudan bir fayda beklememesi*” olduğu hakkında bkz. Veli Özer Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, **CHKD**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 135-155, s. 143.

¹⁷²³ Kışkırtıcı ajan ya baştan itibaren zarara yol açmayacak bir suça veya zarar meydana gelmeden önlenerek bir suça yönlendirmektedir. Önder Tozman, “Kışkırtıcı Ajanın (Ajan Provokatör) Ceza Sorumluluğu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 9, Nisan 2009, ss. 169-189, s. 171; Ajan provokatörün suça iştirak iradesi ile hareket etmediği, nihai amacının suçun faillerini yakalatmak olduğunun ispatlanması ve suçun işlenmesini engelleyici bir tutum sergilemesinin onu teşvik edenden ayırt edilebilmesi için önemli olduğu hakkında bkz. Vesile Sonay Evik, **Suç İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 207.

¹⁷²⁴ Önder, s. 440; Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmadığı hakkında bkz. Faruk Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, **AÜHFD**, Cilt: 32, Sayı: 1-4, 1975, ss. 5-15, s. 15.

¹⁷²⁵ Bkz. Taşkın, s. 33; Kaplan, s. 94.

¹⁷²⁶ Kaplan, s. 95; Centel/Zafer/Çakmut, s. 514; Tozman, s. 169.

kurumlar genel tanımları itibariyle kışkırtıcı ajanlık kavramını doğrudan karşılamasa da¹⁷²⁷, uygulamada kışkırtıcı ajanlık faaliyetleri kapsamında kalan eylemlere başvuruları söz konusu olabilmektedir¹⁷²⁸. Yine bazı ülke mevzuatlarında kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerinin uyuşturucu madde ticareti, çocuk pornografisi, terörizm gibi bazı suçluluk türleriyle mücadelede kullanılmasına ilişkin kanuni düzenlemelere yer verildiği görülmektedir¹⁷²⁹. Bu doğrultuda çalışmamız kapsamında, suçların soruşturulması sürecinde çeşitli adlar altında görevlendirilen kolluk görevlilerinin görevleri sırasında kışkırtıcı ajanlık kavramının tanımına dahil olan eylemleri gerçekleştirmeleri halinde ceza sorumluluklarının bulunup bulunmayacağı konusunun yetkili merciin emrinin ifası çerçevesinde değerlendirilmesine ayrıca yer verilmiştir. Kışkırtıcı ajanlığın devlet makamlarının eliyle, emri altında ve soruşturma sırasında gerçekleştirilen bir kurum olarak tanımlanması emrin ifası ile ilişkisinin belirlenmesinin önemini artırmakta, bazı ülkelerde özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesi yeni bir inceleme alanı ve bakış açısı sunmaktadır.

Kışkırtıcı ajanlık faaliyetinin kişileri suçun işlenmesine yönlendirmeye yönelik olması, esasen suça iştirak kapsamında kalan eylemleri içermesi nedeniyle kışkırtıcı ajanın yönlendirdiği suçun işlenmesinden dolayı ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı kışkırtıcı ajanlık kurumunun ortaya çıktığı ilk dönemlerden beri tartışılan bir konu olmuştur¹⁷³⁰. Kışkırtıcı ajanın ceza sorumluluğu konusunda, ceza sorumluluğunun bulunması gerektiğini ve ceza sorumluluğunun bulunmaması gerektiğini savunan farklı yönde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kışkırtıcı ajan olarak hareket eden kişinin ceza sorumluluğunun bulunmaması gerektiğini kabul eden görüşler gerekçelerini kastın bulunmaması, hukuka uygunluk nedeninin varlığı, işlenemez suç veya gönüllü vazgeçmenin varlığı gibi çeşitli kurumlara dayandırarak

¹⁷²⁷ Anılan kavramların içeriği ve farklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Taşkın, s. 33 -39; İbrahim Akar, “Tahrikçi Ajan”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, ss. 132-148, s. 135-139; Terimlerin kışkırtıcı ajanlığı kapsayacak şekilde kullanılmalarına ilişkin yargı kararı örnekleri için bkz. Kaplan, s. 107-108.

¹⁷²⁸ Uygulamada sıklıkla başvurulmuş ve gizli görevli tedbirinin kabulüyle birlikte kışkırtıcı ajan (ajan provokatör) kurumunun yeniden gündeme taşındığı hakkında bkz. Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, s. 142.

¹⁷²⁹ Bu yönde “yasal model” oluşturma yolunu seçen ülkelerle ilgili olarak bkz. Taşkın, s. 194 (dn. 453), 195.

¹⁷³⁰ Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadele*, s. 41.

açıklamışlardır¹⁷³¹. Ceza sorumluluğunun bulunmadığını ileri süren görüşlerden biri de kışkırtıcı ajanın eyleminin görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında hukuka uygun bir eylem olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre, işlendiğinden şüphelenilen bir suçun açığa çıkarılmasını sağlamak amacıyla hareket eden kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamına giren eylemlerinin bir kanun hükmünün veya yetkili merciin emrinin ifası kapsamında gerçekleştirilmesi halinde görevin ifası hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur¹⁷³².

Kışkırtıcı ajanın ceza sorumluluğunu görevin ifası hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde açıklayan görüşler kapsamında ele alınan ilk husus kışkırtıcı ajanın kamu görevlisi olması gerektiğidir¹⁷³³. Kışkırtıcı ajanın eylemlerinin görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında açıklanabilmesi için bu eylemleri gerçekleştirme yetkisi veren bir görevin bulunması gerekir. Kamu görevlisi olmayan kişilere, bir suçun işlenmesi şüphesinin varlığı halinde failin suç işlemeye kışkırtılarak yakalanmasını sağlamak gibi kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan eylemleri gerçekleştirme yetkisi tanıyan bir kanun hükmü bulunmadığı için, konu yalnızca kamu görevlilerinin kanuni yetki ve görevleri bakımından ele alınabilecektir¹⁷³⁴. Her ne kadar genel tanımı itibariyle kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamındaki eylemlerin herkes tarafından gerçekleştirilmesi mümkünse de, kışkırtıcı ajanlığın niteliği ve soruşturma sırasında suçun ortaya çıkarılması amacına hizmet ettiği göz önünde bulundurularak kışkırtıcı ajanlık kurumunun yalnızca soruşturma mercilerinin görevlendirdiği kişilere özgülenerek tanımlanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷³⁵. Görevin ifası hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak

¹⁷³¹ Taşkın, s. 194; Çalışmanın sınırlarını aşmamak amacıyla bu bölümde yer verilmeyen öğretilerdeki farklı görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 10; Dönmezer/ Erman, Cilt: II, 1999, s. 498 – 501; Önder, s. 439-440; Akar, s. 140-144; Muhammed Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 36, Nisan 2018, ss. 101-159, s. 123 vd.

¹⁷³² Bu yönde “*tahrikçinin bir zabıta memuru olması halinde cezalandırılmayacağı teorisi*” hakkında bkz. Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 499; Burada kışkırtıcı ajanın üstlendiği görev nedeniyle eyleminin hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 12.

¹⁷³³ Eylemin hukuka uygunluğu kışkırtıcı ajanın kolluk görevlisi olması halinde cezalandırılmayacağına ilişkin görüş olarak ifade edilmektedir. Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 499.

¹⁷³⁴ Kişilerin memur gibi yetkili sayıldığı, suçüstü halinde yakalama yapma yetkisi gibi, hallere benzer bir hükmün yakalamak için kışkırtmaya izin vermek bakımından düzenlenmediği için görevin ifasının yalnızca kamu görevlisi olan kışkırtıcı ajan bakımından söz konusu olacağı hakkında bkz. Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 13.

¹⁷³⁵ Bu yönde tanım için bkz. Kaplan, s. 94; Bu doğrultuda öğretilde kışkırtıcı ajanın kendisine yarar sağlama amacıyla suça yönlendiren ve ele veren kişi olarak tanımlayan görüşlerin isabetli olmadığı,

tartışılan ikinci husus kişilerin suça yönlendirilmesinin suçun önlenmesi veya soruşturulması kapsamında bir görev olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu konuda, yetkili ve görevli kamu görevlilerinin suçun soruşturulması ve suçla mücadele görevleri kapsamında suç faillerinin yakalanması amacıyla onları suça yönlendirmelerinin ceza sorumluluğunu kaldırdığının kabul edilebilmesi için kişilerin suç işleyeceği şüphesinin bulunması ve suçun hazırlığına karışmamış olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁷³⁶. Bu konuda diğer bir görüş ise, kışkırtıcı ajanlık faaliyetinin kolluğun bir görevi olarak kabul edilemeyeceğini, bu kapsamda kolluk görevlilerinin suç işletmek veya suça katılmak gibi görevlerinin bulunduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını, suça katılan her eylemin nedensellikte payı bulunduğu için kışkırtıcı ajanın suça katkısının da suçun oluşmasında etkili olduğunu ileri sürmektedir¹⁷³⁷. Kolluk görevlilerinin görevinin işlenmiş olan suçların aydınlatılması olduğu, işleneceğinden şüphe edilen suçların gerçekleşmesini sağlamanın görev olarak kabul edilemeyeceği¹⁷³⁸, kışkırtıcı ajanın kişileri bir suçun işlenmesine yönlendirmeye veya katılmaya yönelik bir emri alması halinde verilen emir meşru olmadığı için yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin de söz konusu olamayacağının altı çizilmiştir¹⁷³⁹.

Öğretideki açıklamalar doğrultusunda, kışkırtıcı ajanlık faaliyetinde bulunan kolluk görevlilerinin bu eylemlerinin görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikle kışkırtıcı ajanlık faaliyetini suçların soruşturulması kapsamında bir görev olarak tanımlayan kanuni düzenlemelerin bulunmasının gerektiği ortaya konulmuş olmaktadır. Bu konuda kolluğun suçun meydana çıkarılması amacıyla gerçekleştirdiği eylemlerin hukuka uygun sayılacağını düzenleyen bir izin normu bulunmadığı sürece kolluğun suçun soruşturulmasına ve aydınlatılmasına yönelik olarak gerçekleştirdiği kışkırtıcı ajanlık

yalnızca kamu görevlilerini ve tehlikenin önlenmesi gibi bir amacı esas alan bir kurum olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 118, 119.

¹⁷³⁶ Önder, s. 440; Öğretide bir görüş de görevin kapsamına göre ayırım yaparak açıklama getirmektedir. Bu görüşe göre kolluk görevlisi esasen işlendiğinden şüphelendiği bir suçu açığa çıkarmak amacıyla suçun işlenmesini sağlamaya yönelik eylemler gerçekleştirmekteyse bu durumda eylemleri görevin ifası kapsamında hukuka uygundur. Ancak herhangi bir suç şüphesi bulunmadığı halde yalnızca terfi almak veya ödül almak amacıyla suçun işlenmesini sağlamakta daha sonra işlenmesini sağladığı suçtan dolayı faili yakalamaktaysa, bu durumda hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu kabul edilemeyecektir. Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 499-500.

¹⁷³⁷ Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 13.

¹⁷³⁸ Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 500.

¹⁷³⁹ Bu durumun emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin genel koşullarının dikkate alınarak çözüleceği hakkında bkz. Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 13.

faaliyetlerinin görevin ifası kapsamında hukuka uygun olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹⁷⁴⁰.

Bazı ülke mevzuatlarında kışkırtıcı ajanlık tanımına dahil olan bazı eylemler suçların soruşturulması kapsamında izin verilen eylemler olarak ayrıca düzenlenmekte, soruşturma mercilerinin görev ve yetkileri kapsamında tanımlanmaktadır. İsviçre, Danimarka, Fransa gibi çeşitli ülke mevzuatlarında kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerinin uyuşturucu madde ticareti, çocuk pornografisi, terörizm gibi bazı suçluluk türleriyle mücadelede kullanılmasına ilişkin kanuni düzenlemelere zaman içinde yer verilmeye başlanmış, böylece kışkırtıcı ajanlığın hem tanımına hem de ceza sorumluluğuna açıklık getirilmesi amaçlanmıştır¹⁷⁴¹. Örneğin, kanuni düzenleme oluşturma yolunu seçen ülkelerden biri olan Fransa’da, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’nun uyuşturucu maddelerin el değiştirmesine yönelik suçların soruşturulması ve kovuşturmasında uygulanabilecek özel usullere ayrılan bölümündeki m. 706-32’de, örgüt içine sızılarak yürütülen operasyonlara ilişkin hükümler¹⁷⁴² saklı kalmak kaydıyla ve yalnızca Ceza Kanunu’nun uyuşturucu madde teklifi, temini ve ticaretine ilişkin hükümlerinde (m. 222-37 ve m. 222-39) düzenlenen suçların ortaya çıkarılması, faillerinin tespiti amaçlarıyla sınırlı olacak şekilde, adli kolluğun Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakiminin izniyle maddede sayılan bazı eylemleri gerçekleştirebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, adli kolluk görevlileri maddede gösterilen koşullarda, uyuşturucu madde temin etmek ve uyuşturucu maddenin temin edilmesi amacıyla, bu suçlara katılan kişilere hukuki, finansal vasıtaları ve ulaşım araçlarını, telekomünikasyon, muhafaza ve konaklama vasıtalarını sağlamak eylemlerini cezai sorumlulukları bulunmaksızın gerçekleştirebilecektir. Maddenin son fıkrasında, bu yönde izin verilen eylemlerin suç işlenmesine azmettirme oluşturmayaacağı ayrıca vurgulanarak sınırları çizilmiştir¹⁷⁴³. İtalya’da da kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerinin cezalandırılmamasının

¹⁷⁴⁰ Yazara göre bu yönde bir norm hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı için kışkırtıcı ajanlık kurumuna yer verilmemelidir. bkz. Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 15.

¹⁷⁴¹ Bu yönde “yasal model” oluşturma yolunu seçen ülkelerle ilgili olarak bkz. Taşkın, s. 194 (dn. 453), 195.

¹⁷⁴² Örgüt içine sızarak gerçekleştirilen gizli operasyonlarla ilgili usule (*l’infiltration*) yer verilen m. 706-81 ila m. 706-87 için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167520/#LEGISCTA000006167520 (Erişim Tarihi: 15.01.2022)

¹⁷⁴³ Madde metni için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006577642/ (Erişim Tarihi: 15.01.2022)

temellerini açıklayan görüşlerin yetersiz kaldığı kanaatiyle, kışkırtıcı ajanlığın bazı suç türleri bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir¹⁷⁴⁴. Bu doğrultuda, 146 sayılı Kanun'un 9. maddesinde "gizli operasyonlar" (*operazioni sotto copertura*) başlığı altında sayılan suçlarla ilgili olarak, kanunda gösterilen birimler tarafından yürütülen operasyonlarda gizli görevli kullanılmasına ilişkin kapsayıcı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede, sayılan birimlerde görev yapan adli kolluk görevlilerinin yürütülen operasyonlar sırasında yetkileri çerçevesinde ve yalnızca maddede sınırlı olarak sayılan suçlarla ilgili delil elde etmek maksadıyla; uyuşturucu veya uyarıcı madde, para, silah veya diğer araçları temin etmek, almak, başkasına vermek, kaynağını gizlemek, kamu hizmeti yürüten bir memurun istediği veya hukuka aykırı bir uzlaşma karşılığında talep edilen parayı ya da sair menfaati sağlamak gibi kışkırtıcı ajanlık tanımına giren bazı eylemleri gerçekleştirmeleri halinde, İtalyanCK m. 51 hükmü saklı kalmak kaydıyla, cezalandırılmayacakları belirtilmiştir¹⁷⁴⁵. Oluşturulan özel kanuni düzenlemelerle birlikte İtalyan hukukunda kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamına giren bazı eylemler hukuk düzeni tarafından açıkça tanımlanarak hukuki dayanağa oturtulmuş ve kolluk görevlilerinin suça katılmayı içeren bazı eylemlerinin ilgili kanunlarda gösterilen belirli suç tipleriyle sınırlı olarak hukuka uygun sayılacağı açıkça kabul edilmiş olmaktadır¹⁷⁴⁶. Bu hükümler çerçevesinde İtalyan hukuku öğretisi ve içtihadında, özel kanunlarda düzenlenen kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerinin görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin özel bir görünümünü oluşturduğu genel kabul görmekteyken,

¹⁷⁴⁴ Taşkın, s. 194; İtalyan hukukunda ilk olarak 1990 yılında yürürlüğe giren 309 sayılı Kanun'un 97. ve 98. maddeleriyle uyuşturucu madde elde edilmesi eylemleri bakımından, daha sonra 1998 yılında çıkarılan 269 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle pornografik içeriklerin elde edilmesi, 2001 yılında çıkarılan 438 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle terörizm amaçlı eylemlerin gerçekleştirilmesi ve 2003 yılında çıkarılan 228 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle insan ticareti suçlarıyla mücadele kapsamında gerçekleştirilen eylemler bakımından gizli görevli kullanımı sırasında kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerine ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Maurizio Arena, **Le Cause Di Giustificazione – Strategie Difensive e Casistica Giurisprudenziale**, Matelica: Halley, 2008, s. 142; Mazzon, s. 373; 2006 yılında çıkarılan 146 sayılı Kanun'la birlikte, anılan kanuni düzenlemelerin önemli bir kısmı yürürlükten kaldırılmış, içerikleri 146 sayılı Kanun'un 9. maddesinde "gizli operasyonlar" (*operazioni sotto copertura*) başlığı altında sayılan suçlarla ilgili olarak kanunda gösterilen birimler tarafından yürütülen operasyonlarda gizli görevli kullanılmasına ilişkin kapsayıcı bir düzenlemede birleştirilmiştir. Cadoppi, Alberto / Canestrari, Stefano / Manna, Adelmo / Papa, Michele, **Trattato Di Diritto Penale, Parte Generale Vol. II: Il Reato**, Walters Kluwer - UTET Giuridica, 2013, s. 354; 146 sayılı Kanun'un güncel İtalyanca metni için bkz. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2006;146~art10> (Erişim Tarihi: 04.10.2021).

¹⁷⁴⁵ 09.01.2019 tarihinde çıkarılan ve kamu idaresine karşı işlenen suçlarla mücadele kapsamındaki tedbirlere ilişkin 3 sayılı Kanun'la, 146 sayılı Kanun'un 9. maddesinde değişikliğe gidilerek maddede sayılarak izin verilen eylemlerin kapsamı kamu idaresine karşı işlenen bazı suçları da içerecek şekilde genişletilmiştir. 146 sayılı Kanun'un güncel İtalyanca metni için bkz. <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2006;146~art10> (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

¹⁷⁴⁶ Taşkın, s. 197.

bunların kapsamı dışında gerçekleşen kışkırtıcı ajanlık eylemleri bakımından görüşler değişmektedir¹⁷⁴⁷. Özel kanunlarda yer alan düzenlemelerle kışkırtıcı ajanlık tanımına giren eylemlere izin verildiği hallerde ilgili kanun hükümlerinin sınırları içinde kalındığı sürece -örneğin kolluğun kanunda tarif edilen özel birime bağlı olarak görevlendirilmiş olması, yalnızca kanunda sayılan suç tipleriyle ilgili ve yalnızca delil elde etmeye yönelik olması gibi koşullar sağlandığı sürece- kolluk görevlisinin suça katılmaya yönelik eylemi hukuka uygun sayılmaktadır. Bu durumda ilgili özel kanundaki hukuka uygunluk nedeni failin cezalandırılmamasının dayanağını oluşturur. Örneğin, uyuşturucu madde ticaretiyle mücadeleyle ilişkin 309 sayılı Kanun kapsamında görevlendirilmiş bir kolluk görevlisinin uyuşturucu madde satın alma teklifinde bulunması esasen İtalyanCK m. 51'deki görevin ifası genel hükmü uyarınca konusu suç oluşturan bir emir olabileceksen, ilgili özel kanun hükmü nedeniyle hukuka uygun sayılmış olmaktadır¹⁷⁴⁸.

İtalyan hukukunda özel kanunlardaki düzenlemeler dışında kalan hallerde kolluk tarafından kışkırtıcı ajanlık eylemlerine başvurulması halinde ise öğretide kastın bulunmaması, işlenemez suç, teşebbüs vb. genel kurumlar çerçevesinde çözümlere yer veren çeşitli görüşlerin yanı sıra, İtalyanCK m. 51'de yer verilen görevin ifası hukuka uygunluk nedenine ilişkin genel hükmün uygulanması gerektiğini ileri süren görüş de bulunmaktadır¹⁷⁴⁹. Bu görüş çerçevesinde, özel kanunda atıfta bulunulan görevin ifası hukuka uygunluk nedeni genel hükmünün (İtalyanCK m. 51) kapsamı ve koşulları dikkate alınarak kışkırtıcı ajanlık faaliyetinin ne ölçüde görevin ifası genel hukuka uygunluk nedeni kapsamına dahil edilebileceği sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır. Bu soruya cevaben İtalyan hukuku öğretisi ve içtihadı özel kanunlarda kışkırtıcı ajanlık faaliyetine izin verilen kolluk görevlilerinin

¹⁷⁴⁷ Bkz. Manna, s. 320.

¹⁷⁴⁸ Ramacci, s. 310; 309 sayılı Kanun'un 97. maddesinde delil elde etmek amacıyla hareket eden özel olarak görevlendirilmiş kolluk görevlisinin uyuşturucu maddeyi satın alması eyleminin cezalandırılmayacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun'un İtalyanca metni için bkz. <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1990/10/31/090G0363/sg> (Erişim Tarihi: 04.10.2021)

¹⁷⁴⁹ Görüşler için bkz. Cadoppi/ Canestrari/ Manna/ Papa, s. 355-357; Görevin ifası hukuka uygunluk nedeniyle bağlantılı açıklayan görüş kapsamında, özel kanuni düzenlemelerde yer verilen "İtalyanCK m. 51 hükmü saklı kalmak kaydıyla" özel olarak görevlendirilmiş kolluk görevlilerinin ilgili kanunda gösterilen eylemlerden sorumlu olmayacaklarını ifade eden atıf nedeniyle m. 51'deki genel hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda, kolluk görevlilerinin gerçekleştirdiği ve kışkırtıcı ajanlık kapsamında kalan bütün eylemlerinin esasen ya suçların soruşturulması kapsamında delil elde etmek amacıyla gerekli eylemlerde bulunma görevinin (İtalyan CMK m. 55) bir parçası olduğu ya da aynı doğrultuda hiyerarşik üst merci tarafından verilen bir emrin ifasına dayandığı vurgulanmaktadır. Emrin ifası ile açıklanmasına ilişkin olarak bkz. Arena, s. 321; Ramacci, s. 310.

faaliyetleri dışında kalan hallerde, üst merciin verdiği ve kışkırtıcı ajanlık kapsamında kalan bir emrin ifasının eylemi hukuka uygun kılmaya yeterli olmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Zira yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin genel koşulları çerçevesinde, kışkırtıcı ajanlığın temelini ve meşruluğunun kolluk görevlisinin bu yönde üst merciden aldığı şeklen ve içerik yönünden hukuka uygun bir emre dayanması gerekir. Ne var ki kışkırtıcı ajanlık faaliyetine -diğer bir ifadeyle bir suçun işlenmesine katılmaya- yönelik bir emrin içerik yönünden hukuka uygunluğu, her ne kadar suçun ortaya çıkarılması gibi toplumsal faydaya hizmet eden bir amacı içermekteyse de, sorunlu görülmekte; amacın tek başına emrin konusunu meşru hale getiremeyeceği vurgulanmaktadır¹⁷⁵⁰. Bu doğrultuda İtalyan hukuku içtihadında görevin ifasına ilişkin genel hukuka uygunluk nedenini düzenleyen İtalyanCK m. 51 hükmünün yalnızca adli kolluğun İtalyanCMK m. 55’te düzenlenen genel görevleri kapsamındaki “*hukuka aykırı faaliyetlerin denetlenmesi, gözlemlenmesi ve kontrol altına alınmasıyla*” sınırlı eylemler bakımından uygulanabileceği, bu sınırın dışına çıkarak suçun işlenmesine katılmaya veya işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik kışkırtıcı ajanlık eylemlerininse yalnızca ilgili özel kanun hükümlerinde izin verildiği hallerde özel hukuka uygunluk nedeninin koşulları dahilinde hukuka uygun sayılabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁵¹.

2. Türk Hukukundaki Durum

Hukumumuzda kışkırtıcı ajanlık faaliyetleri kapsamında sayılan bazı eylemlere başvurma zorunluluğu öğreti ve içtihat tarafından kabul görmekteyse de, kurumun hukuki altyapısı ve dayanaklarının belirsiz olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁵². 765 sayılı TCK’de kışkırtıcı ajanlık faaliyetine veya kışkırtıcı ajan olarak hareket eden kişinin ceza sorumluluğuna ilişkin hüküm bulunmamakla birlikte, görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında açıklanabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüş; bu dönemde verilen bir Yargıtay kararında da suç faillerini ortaya çıkarmak amacıyla

¹⁷⁵⁰ Mazzon, s. 371.

¹⁷⁵¹ Bu hususta İtalyan Yargıtayı 2000 yılında verdiği bir kararda uyuşturucuyla mücadele kapsamında (309 sayılı Kanun’da düzenlenen kışkırtıcı ajanlık hükmünün kapsamına dahil edilmeyen) kolluğa yardım eden üçüncü kişinin somut olaydaki eyleminin yalnızca işlenmekte olan suçun gözlemlenmesi, denetlenmesi ve kontrol altına alınmasından ibaret olmayıp bu sınırı aşarak eyleme yönlendirme şeklinde katılmayı da içerdiği için şüpheli olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Mazzon, s. 371-372; İtalyan içtihadındaki bu daraltıcı yaklaşıma yönelik öğretideki eleştiriler için bkz. Cadoppi/ Canestrari/ Manna/ Papa, s. 354.

¹⁷⁵² Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 543; Gökpınar, s. 252.

suçun işlenmesine katılan kolluk görevlisinin bu eyleminin görevinin gereği olarak gerçekleştirildiğine dayanılarak beraat kararı verilmiştir¹⁷⁵³. Ancak 5237 sayılı TCK döneminde benzer kararlara rastlanmadığı, kışkırtıcı ajanlık faaliyetinin söz konusu olduğu olayların görevin ifası hukuka uygunluk nedeniyle bağlantılı olarak açıklanmadığı ifade edilmektedir¹⁷⁵⁴. 5237 sayılı TCK’de ve özel kanunlarda suçların soruşturulması kapsamında kışkırtıcı ajanlık kavramını ve faaliyet alanını tanımlayan özel bir norma yer verilmemektedir. Dolayısıyla hukukumuzda kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerinin kapsamında kalan eylemlerin neler olduğu veya bu kapsamda kalan eylemlerden dolayı ceza sorumluluğunun bulunup bulunmayacağı mevzuattaki özel bir normdan çıkarılmamaktadır. Bununla birlikte öğretide kışkırtıcı ajanlık kavramının çeşitli tanımlarına yer verilmiş, verilen tanım ve koşullar çerçevesinde kurumun sınırları çizilmeye çalışılmıştır¹⁷⁵⁵. Kışkırtıcı ajanlık faaliyetinin tanımında kışkırtıcı ajanların soruşturma mercilerinin emri veya izniyle hareket ettiğine de yer verilmiş olmasından yola çıkılarak, mevzuatımızda suçların soruşturulması kapsamında kışkırtıcı ajanlık faaliyetine dahil olan bazı eylemlerin yetkili merciin emri üzerine gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığı, bu eylemleri gerçekleştiren kişilerin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi önem arz etmektedir.

İlk olarak, hukukumuzda kolluğun suçun işlenmesini önleme ve suçun soruşturulmasını sağlamaya yönelik genel görev ve yetkileri kapsamına kışkırtıcı

¹⁷⁵³ İlgili Yargıtay kararı (Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi 1969/134 E., 1973/20 K., 22.06.1973) için bkz. Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, s. 13; Karardaki yaklaşımın eleştirisi için ayrıca bkz. Erem/ Danışman Artuk, s. 426.

¹⁷⁵⁴ Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 124, dn. 80.

¹⁷⁵⁵ Akar, s. 146; Kışkırtıcı ajanlığın uygulanması için aranan koşullar Alman Anayasası ve Alman Federal Mahkemesinin verdiği kararlar doğrultusunda –Kovuşturma mercilerinin izni veya emri ile hareket edilmiş olması, -Son derece tehlikeli ve zor aydınlatılabilir suçluluk türlerinin aydınlatılmasıyla sınırlı olarak başvurulması, - Suç şüphesi veya yenilenmiş bir suç işleme hazırlığının varlığı - yalnızca delillerin emniyet altına alınmış olmasının amaçlanması eylemin tamamlanmasına yönelik kastın bulunmaması olarak sayılmıştır. Bkz. Özbek, Organize Suçlulukla Mücadele, s. 42; Önder’e göre kolluk memurlarının suç soruşturması kapsamında kışkırtıcı ajanlık faaliyetinde bulunması mümkünse de, kışkırtılan kişilerin suç işleme şüphesi altında olması ve kışkırtıcı ajanın suçun hazırlığına karışmamış olması gerekir. Önder, s. 440; Gizli görevlilerin ceza almamaları için suçun hazırlanmasına karışmamış olmaları ve suç işleme iradesi bulunmayan kişileri yönlendirmemiş olmaları gerektiği hakkında bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 514; Kaplan’a göre; “*Ajan provokatör kendisini görevlendiren soruşturma makamlarının emir ve talimatları doğrultusunda hareket eder. 2- Ajan provokatör olarak görevlendirilen kişi suçun sonucunun gerçekleşmesini ve suçtan doğan yararı (fail bakımından) aslında istememektedir, istiyor görünmektedir.3- Ajan provokatörün amacı suçun gerçekleşmesinden doğan yararın dışındaki başka bir yarardır. Bu yarar ödül, terfi, suçun ve suçlunun ortaya çıkarılması vb. bir yarar olabilir. 4. Ajan provokatör suçun işlenişine azmettirme(m. 38) ya da yardım etme(m. 39) şeklinde iştirak etmektedir.*” Kaplan, s. 93.

ajanlık faaliyetinin dahil olup olmadığı değerlendirilebilir. PYSK m. 2 uyarınca kolluğun temel görevi suçun işlenmesini önlemek ve suçun işlenmesinden sonra ilgili kanunlarda gösterilen gerekli muhakeme işlemlerini yürütmektir. Maddede kolluğun suçun işlenmesinden önceki süreçte görevinin suçun işlenmesini önlemek olduğu belirtildiği için, kolluğun henüz suç işlenmeden önce ileride işleneceği şüphesi bulursa dahi o suçun işlenmesini sağlamaya yönelik eylemlerde bulunmasının “görevi” kapsamında sayılamayacağı ifade edilmektedir¹⁷⁵⁶. Bu konuda, kolluk görevlisinin kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan, suçun işlenmesine katkıda bulunmaya yönelik eylemler ile suçla bozulan toplum düzenini koruma görevinin esasında çelişkili olduğunun altı çizilmiştir. Kolluğun suça katılma veya kışkırtma eylemlerinin suçun soruşturulması amacıyla gerçekleştirilmesinin kolluğun göreviyle çatışmayacağına ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme de bulunmadığı sürece kanun hükmünü icra veya emrin ifası hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir¹⁷⁵⁷. Eylemlerin ihlal ettiği hukuki menfaatler arasındaki çatışma nedeniyle PYSK kapsamında düzenlenen kolluğun genel görevine dahil yetkileri arasında sayılamayacağı için, kışkırtıcı ajanlık faaliyetinde bulunarak suç işlemeye yönlendiren kolluk görevlisinin kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün olmayacaktır¹⁷⁵⁸.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan soruşturma işlemleri kapsamında kolluk görevlilerinin yetkili merciin emri doğrultusunda kışkırtıcı ajanlık faaliyetinde bulunmalarının mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. CMK’de bazı suçların soruşturulmasında diğer önlemlerin yeterli olmaması halinde başvurulabilecek bir yöntem olarak “gizli soruşturmacı” kullanılması tedbirine yer verilmiştir¹⁷⁵⁹. CMK m. 139’da yer alan gizli soruşturmacı kullanılması tedbiri, kamu görevlilerinin maddede belirtilen suçların soruşturulması kapsamında “faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri

¹⁷⁵⁶ Kolluğun kanunda sayılan görevleri arasında işlenmeyecek olan bir suçu işletmeye yer verilmediği vurgulanmıştır. Dönmezer/Erman, Cilt: II, 1999, s. 501, dn. 268.

¹⁷⁵⁷ Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 126-127.

¹⁷⁵⁸ Kolluğun suçun işlenmesini önlemenin aksine işlenmesini sağlamaya yönelik eyleminin kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında yer alamayacağı hakkında ayrıca bkz. Akar, s. 142.

¹⁷⁵⁹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 514.

toplamakla” görevlendirilmelerini içermektir¹⁷⁶⁰. Maddede yer alan görev kapsamı dikkate alındığında gizli soruşturmacı adı altında düzenlenen kurumun yukarıda açıklanan kışkırtıcı ajan kavramının tanımını doğrudan karşılamadığı görülmektedir¹⁷⁶¹. Gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajandan farklı olarak faili izleyerek delil toplamaktan ibaret pasif bir rol üstlenir¹⁷⁶². Bununla birlikte kışkırtıcı ajanlık mevzuatta tanımlanmış bağımsız bir kurum olmadığı için somut olayda bazı hallerde gizli soruşturmacının kışkırtıcı ajan olarak hareket etmesi söz konusu olabilmektedir¹⁷⁶³. Somut olayda gizli soruşturmacının araştırma ve delil toplama faaliyetinin dışına çıkarak kişileri suça yönlendirmesi kışkırtıcı ajanlık faaliyeti niteliği taşıyacaktır. CMK m. 139/5’te gizli soruşturmacının faaliyetleri kapsamında suç işleyemeyeceğinin açıkça düzenlendiği dikkate alındığında, kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan “suç işlemeye yönlendirme” eylemlerine gizli soruşturmacı kullanılması tedbiri kapsamında izin verildiğini kabul etmek mümkün olmayacak, bu nedenle CMK m. 139 kapsamında kışkırtıcı ajanlık kurumuna başvurulması hukuka uygun olmayacaktır¹⁷⁶⁴. Bu doğrultuda gizli soruşturmacının hareketlerinin diğer bir ifadeyle görevinin sınırlarını kışkırtıcı ajanlık faaliyeti oluşturmaktadır¹⁷⁶⁵. Dolayısıyla, gizli soruşturmacının görevi sırasında örneğin örgütün suçu işlemeye başlamasını sağlama veya eylemin gerçekleşmesi için failleri icraya yönlendirmeye yönelik eylemleri görevin sınırının dışında kalacak¹⁷⁶⁶, bu yönde aldığı emirler de hukuka aykırı emir niteliğinde olacağı için itaat yükümlülüğü

¹⁷⁶⁰ Gizli soruşturmacı, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 4’te “ç) *Gizli soruşturmacı: Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi*” olarak tanımlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/02/20070214-11.htm> (Erişim Tarihi: 04.11.2021); Bununla birlikte 6763 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda CMK m. 139/7-a-1 hükmünde uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarında “*örgüt kapsamında işlenip işlenmediğine bakılmaksızın*” gizli soruşturmacı görevlendirileceği kabul edilmiştir. Yenisey/ Nuhoğlu, s. 503.

¹⁷⁶¹ Centel/Zafer/Çakmut, s. 514; Suçun işlenmesine katılmayan gizli soruşturmacı ile yönlendirmesiyle suçun işlenmesine yol açabilen kışkırtıcı ajanın aynı statüde olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı hakkında bkz. Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 239.

¹⁷⁶² Centel/ Zafer, s. 514.

¹⁷⁶³ Bkz. Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, s. 145; Centel/ Zafer, s. 514.

¹⁷⁶⁴ Bu yönde bkz. Kaplan, s. 91.

¹⁷⁶⁵ Özdem Özaydın, “Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırlarını Aşması ve AİHM’in konuya Yaklaşımı”, **CHD**, Sayı: 47, Aralık 2021, ss. 493-524, s. 502.

¹⁷⁶⁶ Delil elde etme amacına hizmet etmeyen davranışların görevin ifası hukuka uygunluk nedeni dışında kalacağı hakkında bkz. Gökpınar, s. 253.

bulunmadığı halde kışkırtıcı ajanlık kapsamındaki eylemlere yönelik emirleri yerine getiren gizli soruşturmacının emrin ifası hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün olmayacaktır.

Yetkili merciin emrini ifa kapsamında değerlendirilebilecek diğer bir husus CMK m. 160 vd. hükümleri uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturmada görevlendirilen kolluk görevlilerine kışkırtıcı ajanlık olarak nitelendirilebilecek bazı eylemleri gerçekleştirmek yönünde emir verilmesi ihtimalidir. Uygulamada, CMK m. 160 vd. uyarınca tanınan genel yetkileri kapsamında, Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve delil elde edilmesi amacıyla emrindeki kolluk görevlilerini gizli olarak araştırma yapmak üzere görevlendirmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁶⁷. Bu konuda kolluğun kimliğini gizleyerek araştırma yapmasını engelleyen bir hüküm olmadığı, CMK m. 156, 160, 161 hükümlerine uygun olarak yapılabileceği ifade edilmekle birlikte¹⁷⁶⁸, uygulamanın yasal dayanakları ve koşullarının belirsiz olduğuna da dikkat çekilmiştir¹⁷⁶⁹. Yargıtay kararlarında, CMK m. 139’da yer alan suçların dışında kalan suçların soruşturulmasında Cumhuriyet savcısının emrindeki kolluğu “*gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi*”¹⁷⁷⁰ olarak görevlendirebileceği belirtilmektedir¹⁷⁷¹. Bununla birlikte kararlarda Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda gizli görevli olarak faaliyette bulunduğu bu hallerde dahi kolluk görevlisinin kışkırtıcı ajan olarak hareket etmesinin mümkün olmayacağı, failde bulunmayan bir suç işleme kastı oluşturarak suça azmettiremeyeceği, suçun işlenmesinde aktif rol üstlenmesinin mümkün olamayacağı ayrıca vurgulanmıştır¹⁷⁷². Böylece CMK m. 160’a göre Cumhuriyet savcısının genel yetki ve görevi kapsamında görevlendirilen “gizli

¹⁷⁶⁷ Bu konuda Yargıtay kolluğun genel yetkileri kapsamında kalacak şekilde “gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi” olarak kolluğun görevlendirilebileceğini kabul etmektedir. Akar, s. 136; Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, s. 144; Ahmet Gökçen/ Murat Balcı/ M. Emin Alşahin/ Kerim Çakır, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022, s. 540.

¹⁷⁶⁸ Bkz. Centel/ Zafer, s. 516.

¹⁷⁶⁹ Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, s. 144.

¹⁷⁷⁰ Bir suçun işlenmesine senaryo doğrultusunda ve bunun yaşama geçirilmesi şeklinde eşlik eden görevli tanımını karşılayan “aktör görevli” ifadesinin kullanılması yönünde görüş için bkz. Gökpınar, s. 256.

¹⁷⁷¹ Bu yönde bkz. Yar. 4. CD. 16.06.2021, 2020/17907 E., 2021/19765 K.; Yar. 18. CD. 11.06.2020, 2020/625 E. , 2020/7048 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

¹⁷⁷² Bu doğrultuda Cumhuriyet savcısı tarafından gizli olarak soruşturma işlemi yapmak üzere görevlendirilen kolluk görevlisinin suçun soruşturulması faaliyeti sırasında kışkırtıcı ajan olarak hareket ederek suçun icra hareketlerinin yapılmasını sağlaması halinde iştirak hükümleri uyarınca sorumlu olması gerektiği, icra hareketlerinin tamamlanmasını kendi çabasıyla engellemesi halinde iştirakte gönüllü vazgeçme hükmünün uygulanabileceği ifade edilmektedir. İlgili Yargıtay kararları için bkz. Centel/Zafer/Çakmut, s. 515, dn. 92, 94.

soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin” görevin ifası hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için gerekli koşullar Yargıtay kararlarında ortaya konulmaktadır¹⁷⁷³. Belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu yöndeki kararlarında kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamına kolluk görevlilerinin alıcı olarak hareket ettiği halleri dahil etmemektedir¹⁷⁷⁴. Ancak gizli görev yapan kolluk görevlilerinin alıcı kılığında uyuşturucu madde satın almaları eylemi, yukarıda verilen tanım dikkate alındığında esasen somut olayda kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalabilmektedir¹⁷⁷⁵. Yargıtay her ne kadar kolluk görevlilerinin kimliklerini gizleyerek alıcı kılığında hareket etmesinin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için bu yönde CMK m. 160 kapsamında verilen bir emrin varlığını koşul olarak aramakta, faaliyetin kışkırtıcı ajanlığı kapsayamayacağını vurgulayarak kışkırtıcı ajanlığı suç işleme kararı aldırarak kişinin suça azmettirilmesiyle bağlantılı olarak açıklamakta ve bu yolla, gizli görev yapan kolluk görevlisinin faaliyetinin ve elde edilen delillerin hukuka uygunluk sınırını çizmeye çalışmaktaysa da¹⁷⁷⁶, esasen kışkırtıcı ajanlık mevzuatta bağımsız bir kurum olmadığı ve sınırları kanunen gösterilmediği için gizli olarak soruşturma yapan kolluk görevlilerinin almış oldukları “alıcı kılığında hareket

¹⁷⁷³ Kararlar için bkz. Centel/ Zafer, s. 120, dn. 89; Öğretide de Cumhuriyet savcısının emirleri ve emri ifa eden kolluk görevlilerinin eylemlerinin failin eylemine eşlik etmekle, ihmal edilebilir bir nedensellik sağlayacak nitelikte ve suçun işlenmesinde doğrudan etkisinin olmaması gerektiği gibi çeşitli ölçütlerle hukuka uygunluk nedeni olabileceği sınırlar belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Gökpınar, s. 260-261.

¹⁷⁷⁴ Alıcı kılığına girerek uyuşturucu madde satın alan kolluk görevlilerinin hukuki nitelemesine ilişkin farklı öğreti görüşleri ile Yargıtay’ın ve AİHM’in yaklaşımına ilişkin olarak bkz. Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 103-111.

¹⁷⁷⁵ Bu görüşte bkz. Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 113.

¹⁷⁷⁶ “Dairemizce YCGK kararları, AİHM kararları ve CMK’daki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde CMK’nın 139. maddesi dışında kalan suçlar yönünden adli kolluk görevlisinin kimliğini gizlemesi halinde rolü ‘gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi’ olarak kabul edilmektedir. Bu kişinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmaktadır. 1- Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket edemez. Önceden failde bulunmayan suç işleme kastı yaratılarak, fail suç işlemeye azmettirilmemelidir. (...)2- CMK’nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan bir görevlendirmenin bulunması gerekir. CMK’nın 160 ve 161. maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısının gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi görevini, yazılı veya acele hallerde sözlü olarak vermesi gerekir. Cumhuriyet Savcısının yazılı veya sözlü emri olmadan yine CMK’nın 161/2. maddesi uyarınca adli kolluk görevlisinin Cumhuriyet Savcısına bilgi vermeden kimliğini gizleyerek adli işlem yapması hukuka aykırı olup elde ettiği delil de hukuka aykırı olduğundan, bu şekilde elde edilen CMK’nın 216/3. maddesi gereği hükme esas alınamaz. Kimliğin gizlenerek adli işlem ifası olağan bir işlem olmayıp ikincil bir tedbirdir. Bu tedbirin gerekliliği ve orantılılığının mutlaka Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi gerekir. AİHM Hun-Türkiye davasında bu konuya şöyle temas etmiştir. ‘AİHS sınırları belirlendiğinde ve güvence altına alındığında gizli ajanla müdahaleye tolerans gösterebilir.’ (...)3- Kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanılıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenilmeli, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerinin anlatımlarına karşı savunma yapma imkanı sağlanmalıdır.” Yar. CGK. 02.06.2021, 2018/338 E., 2021/246 K., Aynı yönde bkz. Yar. 4. CD. 16.06.2021, 2020/17907 E., 2021/19765 K.; Yar. 18. CD. 11.06.2020, 2020/625 E. , 2020/7048 K. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

etmelerini” içeren hangi emirlerin kısırtıcı ajanlık kapsamında kalan eylemlere yöneldiğini belirlemekte yetersiz kalabilecektir. Dolayısıyla uygulamada Cumhuriyet savcısının CMK m. 160 uyarınca kolluk görevlilerine uyuşturucu madde veya rüşvet alıcısı kılığında gizlenerek hareket etmesi için verdiği emrin TCK m. 24 kapsamında hukuka uygun bir emir olup olmadığının denetlenmesi ve emre itaat yükümlülüğünün hangi koşulda doğacağının ve sınırlarının belirlenmesi güçleşmektedir. Yargıtay’ın da ifade ettiği üzere “*Kimliğin gizlenerek adli işlem ifası olağan bir işlem olmayıp ikincil bir tedbirdir. Bu tedbirin gerekliliği ve orantılılığının mutlaka Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi gerekir. AİHM Hun-Türkiye davasında bu konuya şöyle temas etmiştir. 'AİHS sınırları belirlendiğinde ve güvence altına alındığında gizli ajanla müdahaleye tolerans gösterebilir'.*”¹⁷⁷⁷ Bu doğrultuda uygulamada sıklıkla başvuru uyuşturucu madde ticareti, fuhuş veya rüşvet gibi suçlarda suçüstü yakalama yapmak amacıyla kolluk görevlilerinin alıcı kılığına girerek hareket etmeleri eylemlerine yönelik emir ve görevlerin hukuki temelini oluşturulması gerektiği vurgulanmaktadır¹⁷⁷⁸.

Sonuç olarak, kısırtıcı ajanlık faaliyetine izin veren bir norma yer verilmediği dikkate alındığında hukukumuzda kısırtıcı ajanın kişileri suçun işlenmesine yönlendirmeye yönelik eylemlerinin hukuka uygunluk dayanağını bir kanun normundan aldığı kabul edilemeyecek, bu nedenle kanun tarafından izin verilmeyen bu eylemlere yönelik olarak emir verme yetkisinin bulunduğu da söz edilemeyecektir. Bu durumda kolluk görevlilerine gerek CMK m. 139 gerekse CMK m. 160 vd. kapsamında, suçun soruşturulması sırasında failerin yakalanması amacıyla suçun icrasına başlanmasına veya suç işleme kararı alınmasının sağlanmasına yönelik olarak verilen emirlerin yetkili merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmayacağı açıktır. Zira burada suçun işlenmesine yönlendirme emri hukuka aykırı olacağı için emrin ifasıyla oluşan suç bakımından kolluk görevlisinin ceza sorumluluğu bulunacaktır. Yine bu konuda AY m. 137/3 ve TCK m. 24/4’te öngörülen mutlak itaat halleri kapsamında sayılacak açık bir düzenleme de yer almadığı için kısırtıcı ajanlık faaliyetlerini “*acele hallerde kamu düzeni veya güvenliğinin gerekli kılması*” nedeniyle istisnaen

¹⁷⁷⁷ Yar. CGK. 02.06.2021, 2018/338 E., 2021/246 K., (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>)

¹⁷⁷⁸ Hukukumuzda kabul edilen bu şekilde ajan kullanımının hukuki altyapısının oluşturulması gerektiği hakkında bkz. Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, s. 144.

başvurulan emrin maddi yönden denetiminin kaldırıldığı haller arasında saymak da mümkün olmayacaktır. Zira mutlak itaat hallerinin kanunla düzenleneceği açıkça belirtilmiş olup, kamu görevlilerinin gizli görevli olarak görev yapmasına ilişkin kanuni düzenlemelerde bu yönde herhangi bir hükme yer verilmemiştir¹⁷⁷⁹. Dolayısıyla kışkırtıcı ajanlık faaliyetinde bulunmaya yönelik olarak verilen emrin konusu kişileri suça yönlendirme eylemini içerdiği ve bu yönde emir verme yetkisi tanıyan bir norm bulunmadığı için eylem TCK m. 24 kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir¹⁷⁸⁰.

Kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan, kişiyi suça yönlendirmeye yönelik eylemler esasen suça iştirak şekilleri olup, kanunda soruşturma faaliyetleri ve tedbirleri kapsamında düzenlenmediği sürece uygulamada kullanıldığı hallerde eylem hukuka aykırı olacağı için kışkırtıcı ajanın azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir¹⁷⁸¹. Bununla birlikte iştirakte gönüllü vazgeçme kapsamında kalan eylemler bakımından genel hükümlerin (TCK m. 36, 41) uygulanması mümkün olacağı için somut olayın koşulları elverdiği ölçüde kışkırtıcı ajan da herhangi bir şerik gibi sorumluluktan kurtulabilecektir. Esasen kışkırtıcı ajanlık faaliyeti bir kolluk tedbiri veya görevi olarak düzenlenmemiş olduğu için herhangi bir azmettirmeden veya diğer iştirak şekline farklı değerlendirilememektedir¹⁷⁸². Bu konuda CMK m. 160 vd. uyarınca başvuru alan gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi uygulaması kapsamında kolluk görevlilerinin alıcı kılıfına girerek suçüstü halinde yakalama yapmaya yönelik eylemlerde bulunması ayrıca ele alınmalıdır. Bu bölümde yer verilen Yargıtay kararlarının da ortaya koyduğu üzere, Türk hukukunda kışkırtıcı ajanlık faaliyetleri kapsamında izin verilemeyen eylemlerle suçların soruşturulması kapsamında izin verilebilecek eylemlerin sınırları içtihat yoluyla çizilmeye çalışılmakta, bu konuda AİHM

¹⁷⁷⁹ Görüş için bkz. Özbek, Organize Suçlulukla Mücadele, s. 201.

¹⁷⁸⁰ Hukuka uygunluk nedeni oluşturmayaacağı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Akar, s. 143.

¹⁷⁸¹ Hukuk devletinde kışkırtıcı ajandan faydalanılmasının mümkün olmaması gerektiği, kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçmenin söz konusu olduğu haller haricinde sorumlu olması gerektiği yönünde bkz. Akar, s. 145, 147; Kışkırtıcı ajanlığa başvurulmasının belirli suçluluk türleriyle mücadelede bir yöntem olarak kabul edilebileceği ancak bunun için kanuni düzenlemenin bulunması gerektiği, kanuni dayanağı bulunmaksızın kışkırtıcı ajanlık faaliyetine başvurulması halinde iştirak hükümlerinin uygulanacağı görüşü için bkz. Kaplan, s. 103, 110-111; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 773.

¹⁷⁸² Kanuni dayanağı bulunmadığı sürece kışkırtıcı ajanın iştirak eden olarak sorumlu tutulması gerektiği hakkında bkz. Kaplan, s. 103; Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 139.

içtihadındaki yaklaşım dikkate alınmaktadır¹⁷⁸³. AİHM gizli soruşturmacının pasif kalarak hareket etmesi gerektiğini, pasif kalmayarak hareket ettiği, örneğin kişiyi telefonla arayarak yasaklı madde temin etmesini sağlaması gibi eylemlerin varlığı halinde kışkırtmanın söz konusu olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini, kışkırtma sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁸⁴. Bununla birlikte hangi eylemlerin pasif kalındığı anlamına geleceği, uyuşturucu madde ticareti veya fuhuş ya da rüşvet gibi suçlarda hangi eylemlerin aktif şekilde suça katılmak olarak kabul edileceği kararlarda açıkça ortaya konulmamıştır. Yalnızca kendisine uyuşturucu madde satılmasını istemesi dahi kolluk görevlisinin suça yönlendirmesi olarak aktif bir davranış olarak kabul edilebilmektedir¹⁷⁸⁵. Bu nedenle soruşturma kapsamında uyuşturucu madde satışı yaptığından şüphelenilen kişilerin yakalanabilmesi amacıyla kolluk görevlisi olduğunu gizleyerek uyuşturucu madde alıcısı olarak davranması yönünde emir alan kolluk görevlisinin bu emrin pasif bir eylemi içerdiğini ve hukuka uygun olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Zira alıcı kılığında gizli soruşturma yapan kolluk görevlileri yalnızca yetkili merciin bu yönde kendilerini görevlendirmesiyle hareket edebilecek, bu nedenle eylemlerinin öncelikle yetkili merciin emrini ifa kurumu kapsamında ele alınması gerekecektir. Ceza muhakemesinde kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan eylemlere başvurulmasının yerinde ve gerekli olup olmadığına ilişkin görüş ve tartışmalar çalışmamızın sınırlarını aşacağı için bu yöndeki tartışmalara girmeksizin, eğer soruşturmada görevlendirilen kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajanlığın tanımında yer alan bazı eylemlerine izin verilecekse veya kolluk görevlisinin alıcı kılığında hareket ettiği haller bakımından “kışkırtıcı

¹⁷⁸³ “AİHM de verdiği kararlarda gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi yöntemine başvuru halinde, yapılan başvuruları AİHM’nin 6. maddesi kapsamında ele almaktadır. YCGK kararı, AİHM kararları ve CMK’daki düzenlemeler uyarınca, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmalıdır: a. Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemeli. ‘...Her ne kadar organize suçlardaki artış uygun önlemler alınmasını gerektirse de adil yargılamadan vazgeçilmemelidir. Bu nedenle amaca ulaşmak uğruna adil yargılama hakkı feda edilerek polisin kışkırtması sonucu elde edilen delilin kullanılması meşru değildir..., ...Somut olayda polis memurlarının faili suça kışkırttığı ve olayda onların müdahalesi olmadan da suçun işlenmiş olacağına dair hiçbir bulgu öne sürülmediğinden polis memurlarının hareketlerinin onların gizli ajanlığının ötesine geçtiğinin ve adil yargılama hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir... (Teixeria de Castro/Portekiz davası, Başvuru No:44/1997/828/1034)” Yar. CGK, 2018/323 E., 2021/330 K., 01.07.2021 T.; Benzer yönde bkz. Yar. CGK, 2018/338 E., 2021/246 K., 02.06.2021 T.

¹⁷⁸⁴ Bu yönde Burak Hun/Türkiye ve Sepil/Türkiye kararları için bkz. Özaydın, s. 512-513; Ayrıca bkz. Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 110-111.

¹⁷⁸⁵ Bu yönde bkz. Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti...”, s. 114.

ajan gibi hareket edilmemesi” görevin hukuka uygunluğunun sınırı olarak kabul edilecekse bu sınırların kanunda gösterilmesinin yerinde olacağı ifade edilmelidir¹⁷⁸⁶. Zira kışkırtıcı ajanlık kurumunun içeriği mevzuatta tanımlı olmayıp, öğreti ve içtihatla yer verilen tanımlar kolluk görevlisinin aldığı emrin hukuka uygun olup olmadığını ve somut olayda sınırın dışına çıkıp çıkmadığını denetlemesinde yetersiz kalabilecektir.

Kışkırtıcı ajanlık devlet eliyle ve suçların soruşturulması kapsamında başvurulmuş bir kurum olarak tanımlandığı sürece, gizli soruşturma yapan kolluk görevlisinin kışkırtıcı ajan olarak hareket ettiği hallerde sorumluluğuyla ilgili olarak öncelikle soruşturma merciinin bu yöndeki emrinin ifasının neden bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmadığının tespiti gerekir¹⁷⁸⁷. Zira bu yönde verilen emir hukuka uygunsa alıcı kılığında uyuşturucu madde satın alma talebinde bulunan kolluk görevlisinin eylemi yetkili merciin emrini ifa etmesi nedeniyle hukuka uygun kabul edilecektir. Eğer emir hukuka aykırı ise bu konuda emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi kanunen sınırlandırılmış olmayan kolluk görevlisinin hukuka aykırı emre itaat yükümlülüğü bulunmayacak, buna rağmen emre itaat etmesi halinde suça yönlendirme veya azmettirmeden sorumlu olabilecektir¹⁷⁸⁸. Dolayısıyla kolluk görevlisinin alıcı kılığında hareket ettiği hallerde verilen emrin hangi eylemleri içerecek şekilde verildiğinde hukuka uygun olduğunu belirlemede, diğer bir ifadeyle kolluk görevlilerinin aldıkları görevin konusunun suç veya suça yönlendirmek olup olmadığını denetlemelerinde kullanılacak sınırları gösteren bir normun varlığının yararlı olacağı ifade edilmelidir. Bu doğrultuda, önceki başlıkta ele alınan İtalyan ve Fransız hukukundaki örneklerde de yer verildiği şekilde, kolluk görevlilerinin soruşturma faaliyetlerinde gizlenerek görev yürütmelerine yönelik emirlerin (örneğin uyuşturucu maddenin teslim alınması, satış teklifinin kabul edilmesi, kolluk görevlisinin teklifte bulunmaksızın irtibata geçmesi vb.) hangi eylemleri

¹⁷⁸⁶ Bu yönteme başvurulmasını hukuken doğru bulmamakla birlikte, başvurulması isteniyorsa açıkça düzenlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Gökpınar, s. 259.

¹⁷⁸⁷ Ajan provokatör, gizli soruşturmacı, x muhbir kullanma gibi faaliyetlerin görevin ifası çerçevesinde ele alınarak hukuka uygun olup olmadığının ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda kanunun izin verdiği çerçevede görevin ifası hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacağının altı çizilmektedir. Bkz. Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, s. 268-269.

¹⁷⁸⁸ Bu konuda, TCK m. 40/1 veya m. 24 kapsamına yetkili merciin emri ya da izniyle suça iştirak eden kamu görevlilerinin cezalandırılmayacağına yönelik bir hüküm eklenmesi yönünde öneriler için bkz. Gökpınar, s. 259.

içerebileceği, hangi suçlar bakımından başvurulabileceği ve emrin hiçbir zaman suça yönlendirme veya kışkırtma niteliği taşıyamayacağı gibi hususların açıkça belirtilmesi yöntemi tercih edilebilecektir.



SONUÇ

Yetkili merciin emrini ifa, aldığı bir emri ifa eden kişinin o emri ifa ederek yol açtığı neticelerden hukuken sorumlu tutulup tutulamayacağı sorununu düzenleyen kuralları içeren bir kurumdur. Çalışmamız kapsamında yetkili merciin emrini ifa kurumunun Türk ceza hukukunda düzenleniş şeklinin ve içerdiği kuralların açıklanarak değerlendirilebilmesi amacıyla, kurumun tarihsel süreçte ortaya çıkışı, bugünkü kuralların geliştirilmesindeki altyapıyı oluşturan düşünceler, uluslararası hukuk kaynaklarında ve çeşitli ülkelerde benimsenen kurallar, Türk ceza hukuku mevzuatında ve öğretisinde kurumun düzenleniş şekli ve yorumuna ilişkin tartışmalar ve mevzuatta yer alan kuralların uygulanmasına yönelik değerlendirmeler ele alınmıştır. Çalışmanın, giriş bölümünde ortaya konulan temel konusu ve amaçları çerçevesinde Türk ceza hukukunda yetkili merciin emrini ifa kurumuna ilişkin olarak çeşitli sonuçlara ulaşılmıştır.

Kurumun tarihsel süreçte ortaya çıkışına bakıldığında, kişilerin itaatle yükümlü oldukları bir otoriteden aldıkları emri ifa etmiş olmalarının o emri ifadan doğan zarardan sorumlu tutulmalarını engelleyen bir neden olması gerektiği düşüncesinin Roma hukukunun ilk dönemlerinden itibaren var olduğu görülmektedir. Bununla birlikte yetkili merciin emrini ifa eden kişinin sorumlu tutulmayacağı kuralının benimsendiği ilk örneklerinde dahi bu sorumsuzluğun bir sınırının olması gerektiği düşüncesinin de bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sınır Roma hukukunda efendinin hırsızlık veya öldürme gibi bazı suçlar bakımından ve genel olarak vahşet içeren suçlara yönelik emirleri, İslam hukukunda şeriata uygun olmayan emirleri, Kanonik hukukta ahlak ve din kurallarına uygun olan emirler, Cermen hukukunda yine kanuna ve kamusal yarara uygun olan emirler gibi farklı ölçütlerle belirlenmiştir. Tarihsel gelişim sürecine paralel olarak, emrin ifası kurumunun düşünsel gelişiminin de itaat yükümlülüğünü mutlak şekilde kabul eden ve itaat yükümlülüğünün sınırlandırılması gerektiğini ileri süren iki ayrı düşünce çerçevesinde şekillendiği görülmektedir. Mutlak itaati ve mutlak sorumsuzluğu ilke olarak benimseyen otoriter yaklaşımlara karşılık olarak liberalizmin ve hukuk devleti anlayışının gelişmesiyle birlikte, emri veren otoritenin de üstünde kanunların

bulunduğu ve yalnızca hukuka uygun emirlere itaat yükümlülüğü bulunduğu düşüncesi yerleşmeye başlamış, günümüzde emre itaat yükümlülüğünün mutlak olmadığını kabul eden ve emre itaat yükümlülüğünün sınırlarını belirlemeye çalışan yaklaşımların yolu açılmıştır.

Uluslararası hukuktaki seyrine bakıldığında, emrin ifasının emri ifa edenler bakımından her zaman bir cezasızlık nedeni olabileceğini veya hiçbir koşulda cezasızlık nedeni oluşturmayacağını kabul eden mutlak sorumsuzluk (*respondeat superior*) ve mutlak sorumluluk ilkeleriyle birlikte, emri ifa edenlerin belirli koşullar altında sorumsuzluğunu kaldırabileceğini öngören koşullu (sınırlı) sorumluluk anlayışının uygulamadan doğan ihtiyaca cevap vermek amacıyla bir orta yol olarak geliştirildiği görülmektedir. Emrin ifasının hiçbir koşulda cezasızlık nedeni olamayacağını kabul eden mutlak sorumluluk anlayışı Nürnberg Mahkemesi Statüsü'nü esas alarak oluşturulan diğer ad hoc mahkemelerde (YUCM, RUCM, Sierra Leone) de benimsenmeye devam edilmiştir. UCM ise Roma Statüsü'nde yeniden savaş suçlarıyla sınırlı olarak koşullu sorumluluk ilkesini benimseyen bir düzenleme getirmiştir. Bu konuda Kıta Avrupası ülkelerinde ilgili mevzuat hükümlerinde açıkça yer verilerek emrin ifasına ilişkin düzenleme getirilmekteyken, Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimseyen ülkelerde uygulanan kuralların ve ölçütlerin daha ziyade içtihat yoluyla geliştirildiği görülmektedir. Ele alınan ülkelerin çoğunda Roma Statüsü'yle uyumlu olacak şekilde, emri ifa eden kişinin emir hukuka açıkça aykırı olmadığı ve emrin hukuka aykırı olduğunu bilmediği sürece sorumlu tutulmayacağı kuralı benimsenmiştir.

Türk hukukunda yetkili merciin emrini ifa kurumu başta Anayasa m. 137 ve TCK m. 24 olmak üzere çeşitli mevzuat hükümlerinde düzenlenmekte, askeri hukuk, disiplin hukuku, kolluk hukuku gibi farklı alanlara özgü kurallar içermektedir. Anılan düzenlemeler çerçevesinde yetkili merciin emrinin ifası, kamusal astlık-üstlük ilişkisinde emir alan kişilerin emre itaat yükümlülüğünün bulunduğu hallerde emri ifa etmiş olmalarının sorumluluklarına etkisini ilgilendiren bir kurumdur. Yetkili merciin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etkisi TCK m. 24 kapsamında düzenlenmiş olup, koşulları ve hukuki niteliği konusunda öğretide farklı yönde birçok görüş ileri sürülmüştür. TCK m. 24 kapsamında kurumun düzenlenme şekli ve uygulanma koşullarına ilişkin olarak, maddede hukuka uygun emri ve hukuka

aykırı emri ifa eden kişilerin ceza sorumluluklarına ilişkin kuralların bir arada düzenlenmiş olduğu tespit edilmiştir. Bu doğrultuda koşullar maddede yer alan iki ihtimali de içerecek şekilde bir emrin varlığı ve emrin bağlayıcılığı olmak üzere iki koşul çerçevesinde ele alınmış, hukuka uygun emrin bağlayıcılığı ile hukuka aykırı emrin bağlayıcılığı ayrı alt başlıklarda incelenerek değerlendirilmiştir. Zira Türk hukukunda emrin bağlayıcılığı kural olarak emrin hukuka uygun olmasına dayanmaktaysa da kanunda ayrıca öngörülen hallerde emrin hukuka aykırı olması halinde de söz konusu olabilmektedir. CMK m. 233/3-b bendinde bu haller “hukuka aykırı bağlayıcı emir” kavramıyla ifade edilmiştir.

Hukuk devletinde emre itaat yükümlülüğünün doğduğunun, emrin görev gereği zorunlu olduğunun kabul edilebilmesi için emrin hukuka uygun olması gerekmekte, bu nedenle emri alan kişinin emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Esasen tarihsel gelişim sürecine ilişkin açıklamaların da ortaya koyduğu üzere, emri alan kişilerin emri ifadan sorumlu tutulmaları gerektiği düşüncesi temelinin emrin hukuka uygun veya aykırı olduğunu bilebilecek iradi bireyler olduklarının, yalnızca idarenin birer icra vasıtası veya bir otomat olmadıklarının kabul edilmesinde bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi gereği emri alan kişilerin emri veren mercie değil hukuka itaat ödevleri önce gelir, bu doğrultuda emrin hukuka uygunluğunu denetleme ve emir hukuka aykırı ise itaat etmeme yükümlülükleri bulunur. Buna göre, hukuka uygun bir emrin bağlayıcılığı emrin hem şekil hem de maddi yönden hukuka uygun olmasına bağlıdır. Emrin şeklen hukuka uygunluğu kapsamında emri veren merciin ve emri ifa eden kişinin yetkili olması, emrin kanunda öngörülen şekil kuralına uygun olması gerekir. Maddi yönden hukuka uygunluk ise emrin dayandığı sebep ve hukuki dayanakların oluşup oluşmadığı ile belirlenir. Emrin hukuka uygun olduğunu denetleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunan bir kamu görevlisi emrin hukuka uygun olmadığını tespit ettiğinde emri ifa etmemekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, emrin hukuka uygun olduğunun veya hukuka aykırı olduğunun emri alan kişi tarafından denetlenerek tespit edilmiş olduğu hallerde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisine ilişkin kural açıktır. Emir hukuka uygun ise emrin ifası itaat yükümlülüğü nedeniyle bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur, hukuka aykırı ise itaat yükümlülüğü bulunmadığı için hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmamakta, emrin ifasıyla işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Bununla birlikte emrin hukuka uygun olup olmadığı

konusunda şüphenin bulunması halinde emri alan kişinin itaat etmesi halinde sorumlu olup olmayacağı ayrıca çözüm üretilmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türk hukukunda yer alan düzenlemeler bu yaklaşımla değerlendirildiğinde, kanaatimizce TCK m. 24/2’de görev gereği zorunlu olan emrin ifasını düzenleyen hukuka uygunluk nedenine yer verilmiş olduğu, emri denetleme yetkisi ve yükümlülüğü kapsamında hukuka uygun olduğunu tespit ederek ifa eden kişinin eyleminin suç oluşturmayaacağı kabul edildiği görülmektedir. Hukuka uygunluğu denetleme yetkisi ve yükümlülüğü bulunan kişi emrin hukuka aykırı olduğunu tespit ettiğinde yerine getirmemek zorundadır. Ancak kanun koyucu bazen idari faaliyetin devamlılığı ve hiyerarşik düzenin işleyişinin bozulmaması amacıyla, bazı hallerde ise kamu güvenliği ve düzeninin acil müdahaleyi gerektirmesi nedeniyle emri alan kişilerin emrin hukuka uygun olduğunu tespit etmelerinin beklenmeyeceğini öngörmüştür. Kanaatimizce bu hallerde emri alan mercilerin emrin hukuka uygun olduğunu, emre itaat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını bilmeleri beklenemediği için emrin hukuka aykırı olması ihtimaline rağmen itaat edilmesi gerekeceği dikkate alınarak emri ifa eden mercilerin sorumsuz olacakları kabul edilmiştir. Hukuka aykırı emrin “bağlayıcılığı” bu halleri ilgilendirmektedir. Bu haller AY m. 137/1’de ve AY m. 137/3 ile TCK m. 24’te öngörülmüştür. Buna göre emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi bulunan kamu görevlileri, aldıkları emrin ceza normu dışında kalan normlara aykırılığa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiklerinde, idari işlemin hukuka aykırılığı konusundaki kendi kanaatlerine göre hareket etmekle yetkili olmadıkları ve emrin hukuka aykırılığı konusunda amirin kanaatine üstünlük tanındığı için emrin hukuka aykırılığını amire bildirmekle ve emrin tekrar edilmesi üzerine ifa etmekle yükümlüdürler. Anayasa’da emrin konusunun suç oluşturmadağı hallerde emri denetleme yetkisi bulunan kamu görevlisinin emrin hukuka aykırı olduğu konusunda şüpheyne düşmesi ihtimali yalnızca emrin konusunun idare hukuku, disiplin hukuku normlarına aykırılığına ilişkin olarak öngörülmüş ve itaat yükümlülüğünün doğması koşulları ayrıca düzenlenmiştir (AY m. 137/1). Emrin hukuka aykırılığının bir ceza normunun ihlaline dayanması ihtimalinde ise, emri alan kişinin ceza kanunlarını bilmesi ve emrin ifası halinde bir suçun oluşacağını bilmesi kural olarak her zaman bekleneyeğı için emre itaat etmeme yükümlülüğünün bulunduğu, bu doğrultuda emrin ifasıyla

oluşacak suçtan dolayı sorumluluğun her zaman bulunacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla ceza sorumluluğu bakımından, emrin hukuka uygunluğunun denetlenemediği hallerde, emri alan kamu görevlisi emri maddi yönden ceza normuna aykırı olduğunu tespit ederek ifa etmekten kaçınmakla yükümlüdür. Ceza normunu ihlal etmeyen hukuka aykırılıklar bakımından AY m. 137/1 uyarınca emrin hukuka aykırılığı konusundaki şüpheyi düşen kişinin emri veren mercie bildirerek tekrar edilmesi halinde sorumluluk amire ait olacak şekilde ifa edecektir. Anılan kuralın daha ziyade idari, disiplin sorumluluğuna yönelik sonuç doğurduğu sonucuna ulaşılmış, ceza sorumluluğuna etki edeceğinin kabul edilebilmesi için emrin “konusunun suç oluşturmaya” ilişkin TCK ve AY hükümlerinin yeniden düzenlenmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Anayasa m. 137/3 ile TCK m. 24/4’te yer alan, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla sınırlandırıldığı hallerde ise kanun koyucu emrin hukuka uygun olduğu kesin olarak tespit edilmemesine, bu konuda şüphenin bulunmasına rağmen emirlere itaat edilmek zorunda olunacağını öngörmüştür. Hukukumuzda bu haller, askeri hukuk ve kolluk hukuku mevzuatında yer almakta, AsCK m. 14, m. 41 ile PYSK m. 2/2 hükümleri emrin denetlenmesi yetkisinin sınırlandırıldığı halleri öngörmektedir. AsCK askeri emirlerin tamamı bakımından genel bir katı itaat yükümlülüğü öngörmekte iken, PYSK m. 2’de yer alan sınırlı sayıdaki halde emrin denetlenmeksizin, diğer bir ifadeyle hukuka uygunluğu konusundaki şüphenin yazılı emirle giderilmesi imkanı bulunmaksızın ifa edileceği öngörülmüştür. Mutlak itaat halleri olarak adlandırılan bu hükümler çerçevesinde verilen emrin maddi yönden hukuka uygun olup olmadığı, bu kapsamda emrin verilmesinin maddi dayanaklarının bulunup bulunmadığının denetlenmesi beklenmeden ifa edilmesi gerekir. Bu durumda emri alan kişinin hukuka aykırılığı emri veren mercie ileterek yazılı tekrar alması ve şüpheyi gidermesi mümkün olmayacağı gibi, ifasının suç oluşturacağını da bilmesi denetleme yetkisinin tam olduğu hallerdeki ölçüde kendisinden beklenemeyecektir. Burada kanaatimizce aldığı emrin hukuka uygun olduğunu denetleme yetkisi ve yükümlülüğü sınırlandırılan kişinin emrin hukuka aykırılığını bilmeden, eyleminin hukuka uygun olduğunu düşünerek hareket etmesinden dolayı kusurluluğunun bulunmadığı kabul edilmekte ve bu hallerde emrin ifası kusurluluğu kaldıran neden oluşturmaktadır. Eylemin hukuka aykırılığı failin bilgisinden bağımsız olarak objektif olarak devam ettiği için, emri ifa eden kişi hukuka aykırı

olduğunu bildiği, kanunun deyimiyle “suç işlemek amacıyla verildiğini bildiği” hallerde sorumlu tutulabilmektedir. Çalışma kapsamında, suç işlemek amacını bilmeye dayanan sübjektif ölçütün öğreti ve yargı kararlarında emrin “hukuka açıkça aykırı olması” veya “açıkça suç oluşturması” şeklinde objektif ölçütlerle birlikte değerlendirildiği tespit edilmiş, bu tespit doğrultusunda hukuka aykırı emrin bağlayıcı sayıldığı hallerin sınırını belirlemede kullanılan bazı ölçütler ayrıca ele alınmış, bu kapsamda hukuka aykırılığı açık olan emirler ile ağır menfaat ihlallerini konu alan bazı suç tiplerinin kanunda ayrıca gösterilerek sınırların belirlendiği ulusal ve uluslararası düzenlemelerden örnekler incelenmiştir. Yapılan inceleme sonucunda Roma Statüsü’nde de yer verilen yaklaşımın Fransa, Almanya, İspanya, Avustralya, Birleşik Krallık ve Kanada gibi birçok ülke mevzuatında takip edildiği, böylece emrin ifasının insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu bakımından ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak ileri sürülemeyeceği kuralının, diğer suçlar bakımından emrin açıkça hukuka aykırı olması veya suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesi ölçütlerinin ulusal mevzuatlarda da yer aldığı ifade edilmelidir. Yine Fransa, İtalya, İspanya gibi ülkelerde genel hükümlerde yer alan emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi bakımından kimi mevzuat hükümlerinde kimi öğretide kabul edilen bir sınır olarak emrin açıkça hukuka aykırı olmasının veya açıkça suç oluşturmasının yer aldığı tespit edilmiştir. Türk hukukunda da öğreti ve içtihatla emrin açıkça suç oluşturmasının sorumsuzluğun sınırını belirlemede bir ölçüt olarak kullanılmasının ve bazı görüşler tarafından “konusu suç oluşturan emre” ilişkin kuralın mutlak itaat hallerinin sınırını oluşturacak şekilde yorumlanmasının esasen mutlak itaat hallerinde ceza sorumsuzluğunun sınırlandırılması ihtiyacının bir sonucu olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Bu doğrultuda emrin hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğünün kanun tarafından sınırlandırıldığı hallerde ceza sorumsuzluğunun sınırını belirleme ihtiyacının emri ifa eden kişinin emir açıkça hukuka aykırı olmadığı veya emrin hukuka aykırı olduğunu bilmediği sürece sorumlu tutulamayacağına yönelik bir düzenlemeye mevzuatta yer verilerek karşılanabileceği düşüncesindeyiz. Yine yetkili merciin emrinin ifasının insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları bakımından ceza sorumluluğuna etki etmeyeceği veya bu suçların işlenmesine yönelik emirlerin açıkça hukuka aykırı olduğunu düzenleyen bir hükme yer verilmesiyle birlikte Roma Statüsü’yle uyum sağlanacağı ifade edilmelidir.

Çalışmada yetkili merciin emrinin ifasıyla ilgili olarak özellik arz eden bazı durumlar ayrıca ele alınarak yetkili merciin emrini ifaya ilişkin hükümlerin uygulanma alanının somutlaştırılmasına ve emrin ifasının ortaya çıkış şekline ilişkin çeşitli ihtimallerin değerlendirilmesine de yer verilmiştir. Bu konuda, hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıktığı hallerde emrin ifasının muhataplarının meşru savunmadan yararlanamayacağı, ancak kusurluluğu kaldıran hal olarak ortaya çıkan emrin denetlenmeksizin ifa edildiği mutlak itaat hallerinde emrin ifasıyla yol açılan saldırıya karşı meşru savunmanın mümkün olduğu; yine hukuka uygun bir emrin ifası sırasında bireysel menfaatlerine yönelik saldırıyla karşılaşan kamu görevlilerinin meşru savunmadan yararlanabileceği, yalnızca emrin ifa edilmesine karşı direnç göstermekten ibaret olan saldırı niteliği taşımayan eylemlere karşı zor kullanma yetkisine başvurulabileceği ifade edilmelidir. Kamu görevlisinin emri veren merciin hiyerarşik otoritesi ve nüfuzunun etkisi altında emri ifa etmek zorunda kalmasının başlı başına bir tehdit veya cebir olarak kabul edilemeyeceği, ancak TCK m. 28’de yer alan koşulları sağladığı sürece emri veren merci tarafından gerçekleştirilen tehdit ve cebrin emrin ifasıyla işlenen suç bakımından ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak dikkate alınabileceği, ancak bunun için tehdit ve cebrin hukuka aykırı bir emrin ifasına yönelik olması gerektiği tespit edilmiştir. Yine zorunluluk halinin de emrin ifası sırasında söz konusu olabileceği, tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü bulunan kamu görevlileri bakımından emrin ağır ve muhakkak bir tehlikeye maruz bırakması halinde zorunluluk haline ilişkin hükmün uygulanmasının mümkün olabileceği ancak tehlikeye göğüs germe yükümlülüğünün sınırının korunan menfaatin ağırlığına göre belirlenmesi gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

Yetkili merciin emrini ifa eden kişilerin emrin ifasıyla oluşacak suç bakımından hukuki veya fiili bir hataya düşmesi ihtimalleri ayrıca ele alınmıştır. Emrin hukuka uygun olduğu, emrin ifasıyla gerçekleştirilecek eylemin hukuka uygunluk nedeni içerisinde gerçekleştiği veya haksızlık oluşturmayacağı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin emri ifa ederek işlediği suç bakımından haksızlık yanılığı söz konusu olabilecektir. Aynı şekilde emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hatanın bulunması halinde hatanın esaslı olup olmadığına bakılarak değerlendirme yapılması gerektiği, emri ifa eden kişinin hataya düşmesinde taksirinin bulunması halinde ortaya çıkan taksirli suçtan sorumlu

tutulacağı ifade edilmelidir. Bu bölümde ayrıca ceza muhakemesinde başvuru soruşturma işlemleri kapsamında yetkili merci tarafından verilen emirlerin kışkırtıcı ajanlık faaliyetlerine yönelik eylemleri içermesi ihtimalinde emrin ifasının ceza sorumluluğuna etkisi ele alınmıştır. Türk hukukunda suçların soruşturulması sırasında kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajanlık faaliyeti kapsamında kalan eylemleri gerçekleştirmelerine açıkça izin veren bir norm yer almamakla birlikte, “gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi” adı altında uyuşturucu madde alıcısı, fuhuş veya rüşvet suçlarında müşteri kılığında hareket ederek suçun ortaya çıkarılması eylemlerine başvurulmaktadır. Kolluk görevlilerinin alıcı kılığına girerek şüphelileri suç üstü yakalamaya yönelik olarak gerçekleştirdikleri eylemlerin kapsam ve amaçlarının açıkça öngörülerek, hangi koşullarda izin verileceğini gösteren bir hükme mevzuatta yer verilmesinin bu eylemlere yönelik emirlerin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde yararlı olacağı, bu konuda Fransa ve İtalya mevzuatındaki örneklerin dikkate alınabileceği sonuçlarına ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

Abrahamsson, Marcus, **The Defense Of Superior Orders: Article 33 Of The ICC Statute – A Departure From Customary International Law?**, Graduate Thesis Master of Laws Program, Lund University, 2018.

Akar, İbrahim, “Tahrikçi Ajan”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, ss. 132-148.

Akbulut, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Akdağ, Hale, **Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Akgündüz, Ahmet, **Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 6, 1986.

Akkurt, Ali, “Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, **Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, Haziran 2013, ss. 55-75. <https://jurix.com.tr/article/4283> (Erişim Tarihi: 11.12.2020)

Aksar, Yusuf, **Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk - II**, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 15. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2022.

Akyürek, Güçlü, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 120. Maddesindeki Haksız Arama Suçu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012/2, ss. 29-39. (“...Haksız Arama Suçu”)

Akyürek, Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134)**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Ambos, Kai, “Defences in International Criminal Law”, in **Research Handbook on International Criminal Law**, Ed. Bertram S. Brown, Cheltenham et al., Elgar, 2011. (“Defences...”)

Ambos, Kai, “General Principals of Criminal Law in the Rome Statute”, **Criminal Law Forum**, Vol. 10, ss. 1-32, 1999. https://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/General_Principles.pdf (Erişim Tarihi: 03.12.2020) (“General Principals...”)

Ansermet, Lydia, “Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense: Schuldtheorie Mistake of Law Doctrine as an Article 33(1)(c) Panacea”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 47, 2014, ss. 1425-1463.

Antolisei, Francesco, **Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano: Giuffrè, 2003.

Arena, Maurizio, **Le Cause Di Giustificazione – Strategie Difensive e Casistica Giurisprudenziale**, Matelica: Halley, 2008.

Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Ashworth, Andrew J., “United Kingdom”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 532-562. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

Avcı, Gökmen, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 52, Aralık 2010, ss. 83-101. (“Zor Kullanma Yetkisi...”)

Avcı, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi**, Konya: Atlas Akademi, 2018.

Aydın, Hüseyin, “Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu”, **YBHD**, Sayı: 2020/1, Yıl: 5, ss. 33-70. <https://dergipark.org.tr/tr/download/issue-full-file/52529> (Erişim Tarihi: 05.06.2021) (“Askeri Hizmetlerin İfasında...”)

Aydın, Hüseyin, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2010/1, Yıl: 68, ss. 109-128. (“...Kamu Görevlisi Kavramı”)

Aydın, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.

Bacaksız, Pınar, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, **CHD**, Sayı: 21, Yıl: 8, Nisan 2013, ss. 119-138.

Bantekas, Ilias / Nash, Susan, **International Criminal Law**, 3rd Edition, London-NewYork: Routledge Cavendish, 2007.

Bantekas, Ilias, “The Iraqi Special Tribunal for Crimes against Humanity”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 54, No. 1, 2005, ss. 237-253. <https://www.jstor.org/stable/3663365> (Erişim Tarihi: 01.12.2020) (“The Iraqi Special Tribunal...”)

Bantekas, Ilias, **International Criminal Law**, Portland-Oregon: Hart Publishing, 2010.

Bayraktar, Köksal, “Kamu İdaresinin Güvenilirliği ve İşleyişine Karşı Suçların Genel Özellikleri”, in **Özel Ceza Hukuku, Cilt: IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 2-16. (“Kamu İdaresinin Güvenilirliği...”)

Bayraktar, Köksal, **Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü**, İstanbul: Formül Matbaası, 1977.

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

Bektur, Sevgi, “Amirin Emrine Uyuma Zorunluluğunun Kapsamı”, **Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, 2020, ss. 11-36. <https://dergipark.org.tr/en/pub/suamyod/issue/56648/749755> (Erişim Tarihi: 03.06.2021)

Belgesay, Mustafa Reşit, **Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 1015, 1963. <http://www.muhammedbalci.com/kitaplika/104.pdf> (Erişim Tarihi: 01.01.2020)

Bettioli, Giuseppe, **L'Ordine Dell'Autorità Nel Diritto Penale**, Milano: Società Editrice “Vita e Pensiero”, 1934.

Bilke, Efe, “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: I, Sayı: 5, Yıl: 2017, ss. 1-27. <https://dergipark.org.tr/en/pub/andhd/issue/56718/792101> (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

Bohrer, Ziv, “England and the Superior Orders Defence - Choosing the Middle Path”, **Oxford University Commonwealth Law Journal**, 12/2, 2012, ss. 273-294. <https://doi.org/10.5235/14729342.12.2.273> (Erişim Tarihi: 12.11.2020) (“England and the Superior Orders Defence...”)

Bohrer, Ziv, “The Superior Orders Defence: A Principal-Agent Analysis”, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 41, No. 1, 2012, ss. 1-74. <https://georgia-international-journal.scholasticahq.com/article/3537-the-superior-orders-defense-a-principal-agent-analysis> (Erişim Tarihi: 11.12.2020) (“The Superior Orders Defence...”)

Bozbayındır, Ali Emrah, **Turkey and the International Criminal Court**, Köln: Nomos, 2012.

Bronitt, Simon, “Australia”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 49-96. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

Cadoppi, Alberto / Canestrari, Stefano / Manna, Adelmo / Papa, Michele, **Trattato Di Diritto Penale, Parte Generale Vol. II: Il Reato**, Walters Kluwer - UTET Giuridica, 2013.

Cadoppi, Alberto/ Veneziani, Paolo, **Elementi Di Diritto Penale Parte Generale**, CEDAM, Walters Kluwer, 2018.

Canestrari, Stefano / Cornacchia, Luigi / De Simone, Giulio, **Manuale di Diritto Penale Parte Generale**, Il Mulino, 2017.

Cascione, Cosimo, “Legittimità dell’ordine e causa di giustificazione (art. 51 Cod. pen.): echi moderni da un processo antico”,

http://www.iurisprudencia.it/public/sentenze/635809781148125000_art.%2051%20c.p.%20e%20diritto%20romano.pdf (Erişim Tarihi: 10.10.2019)

Centel, Nur / Zafer, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenilenmiş ve Güzden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.

Centel, Nur / Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.

Cryer, Robert, “A Special Court for Sierra Leone?”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 50, April 2001, ss. 435- 446. <https://www.cambridge.org/core/terms> , <https://doi.org/10.1093/iclq/50.2.435> (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

Cryer, Robert, “International Criminal Law”, in **International Law**, Ed. Malcolm D. Evans, 5th Edition, Oxford University Press, UK, 2018, ss. 743-774.

Daniel, Aubrey M. III, “The Defense of Superior Orders”, **The Army Lawyer - Jag Corps Professional Bulletin**, 27-50-18-03, 2018, ss. 39-53.

Danti-Juan, Michel, “Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale”, **Dalloz**, 2015.

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=ENCY%2FPEN%2FRUB000227%2F201507%2FPLAN013&ctxt=0_YSR0MD1iYWlvbm5ldHRlcyBpbmRlbGxpZ2VudGVzZwqd4JHNmPXNpbXBsZS1zZWYyY2g%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCp3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BlPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RlPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWYyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&scrll=ENCY%2FPEN%2FRUB000227%2F201507%2FPLAN019 (Erişim Tarihi: 10.11.2020)

Darcy, Shane, “Defences to International Crimes”, in **Handbook of International Criminal Law**, Ed. William A. Schabas/ Nadia Bernaz, Routledge, 2011, ss. 231-245. <http://hdl.handle.net/10379/2147> (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

De Francesco, Giovannangelo, **Diritto Penale - I Fondamenti**, Torino: Giapichelli Editore, 2011.

Değirmenci, Olgun, “Askeri Ceza Hukukunda Amire veya Üste Hakaret Suçu (AsCK m. 85)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 2, Yıl: 2012, ss. 71-115.

Değirmenci, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Sayı: 110, 2014, ss. 129-188. (“Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı...”)

Değirmenci, Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, **TAAD**, Sayı: 10, Yıl: 3, 2012, ss. 455-484. (“...Amirin Emrini İfa”)

Değirmenci, Olgun, “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 120, 2012, ss. 57-96. <https://legal.com.tr/Book/cdM3JTckVUejnAtxYS0T6A/620a827d4c0649d998eda1abd7829d73?s=olgun+degirmenci+uluslararasi> (Erişim Tarihi: 02.11.2020) (“Uluslararası Ceza Hukukunda...”)

Değirmenci, Olgun, **Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Delitala, Giacomo, “Adempimento di un Dovere”, in **Enciclopedia del Diritto: I**, Giuffrè Editore, 1958.

Demirağ, Fahrettin, **Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Demirel, Hakkı, “Emrin İcrası Suretiyle İşlenilen Suçlar”, **AÜHFD**, Cilt: 7, Sayı: 1-2, 1950, ss. 116-121.

Demirel, Muhammed, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, **CHD**, Sayı: 36, Nisan 2018, ss. 101-159. (“Uyuşturucu Madde Ticareti...”)

Demirel, Muhammed, **Amirin Emri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Demirkol, Neslihan, “Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 2, 2021, ss. 419-470.

Demren Dönmez, Burcu, “Türk Ceza Kanunu’nda Kamu Görevlisi Kavramı”, **TBB Dergisi**, Sayı: 94, 2011, ss. 95-130.

Dingwall, Gavin, “Circumstance, Choice and the Denial of a Superior Orders Defence in International and Comparative Criminal Justice”, **Journal of International and Comparative Law**, 3 (2), ss. 375-409. <https://www.dora.dmu.ac.uk/handle/2086/13126?show=full> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

Dinstein, Yoram, **The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law**, Oxford University Press Incorporated, 2012. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/1141988?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 10.12.2020)

Doaré, Ronan, “Ordre Légal, Ordre Illégal”, **Inflexions**, 2013/3, No. 24, ss. 153-162. <https://www.cairn.info/revue-inflexions-2013-3-page-153.htm> (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

Donay, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007.

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II**, 14. Bası, İstanbul: Der Yayınları, 2019. (Cilt: II, 2019)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: II**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999. (Cilt: II, 1999)

Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999.

Duman, İlker Hasan, “Kanunsuz Emir”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 49-50, Ocak-Nisan 1987, ss. 45-50.

Duran, Gökhan Yaşar, “Askeri Ceza Kanununda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, **CHD**, Sayı: 41, Yıl: 14, Aralık 2021, ss. 655-721. (“...Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”)

Duran, Gökhan Yaşar, **Askeri Disiplin Hukuku**, İstanbul: On İki Levha Yayınevi, 2012.

Dursun, Selman / Bozbayındır, Ali Emrah, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFM**, Cilt: IXXIII, Sayı: 1, 2015, ss. 63-90.

Dursun, Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Sayı: 2, 2014, ss. 203-252.

Dülger, Murat Volkan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme”, **CHD**, Sayı: 24, Nisan 2014, ss. 121-180.

Eden, Paul, “Criminal Liability and the Defence of Superior Orders”, **South African Law Journal**, Vol. 108, November 1991, ss. 640-655.

Ekici Şahin, Meral, “Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8; Sayı: 109-110, Yıl: 2013, ss. 7-25.

Ekinci, Ekrem Buğra, **Osmanlı Hukuku: Adalet ve Mülk**, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2012.

Emiroğlu, Haluk, “Roma Hukukunun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 3, 2002, ss. 85-96. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629046> (Erişim Tarihi: 01.04.2021)

Erdoğan, Yağmur Müge, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Erdoğan, Ahmet, “Kanunun Bir Hükmünü veya Yetkili Bir Mercinin Emrini İcra Sırasında İşlenen Suçlar”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 4, Yıl: 42, Ankara: Yeni Cezaevi Matbaası, 1951, ss. 538-557.

Erem, Faruk / Danışman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.

Erem, Faruk, “Ceza Hukukunda “Hakkın Kullanılması””, **AÜHFD**, Cilt: 1, Sayı: 41, 1990, ss. 5-17. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/629637> (Erişim Tarihi: 05.05.2021)

Erem, Faruk, “Kışkırtıcı Ajan”, **AÜHFD**, Cilt: 32, Sayı: 1-4, 1975, ss. 5-15.

Erman, Ragıp Barış, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2006.

Erman, Sahir, “Compliance with Superior Orders Under Domestic Criminal Law and Under the Law of War”, **Military Law and Law of War Review**, Vol. 10, No. 1, 1971, ss. 371-416. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlwr10&div=27&g_sent=1&casa_token=&collection=journals (Erişim Tarihi: 09.02.2021). (“Compliance with Superior Orders...”)

Erman, Sahir, **Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1970. (Askeri Ceza Hukuku)

Eryılmaz, M. Bedri / Bozlak, Ayhan, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 83, 2009, ss. 223-277.

Eser, Albin, “Justification and Excuse”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 24, 1976, ss. 621-637, <https://freidok.uni-freiburg.de/fedora/objects/freidok:3765/datastreams/FILE1/content> (Erişim Tarihi: 09.12.2021).

Evik, Ali Hakan, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi”, in **Özel Ceza Hukuku**, Cilt: IX, **Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 341-364.

Evik, Vesile Sonay, **Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK m. 257)**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019. (Görevi Kötüye Kullanma)

Evik, Vesile Sonay, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Falchi, Giuseppino Ferruccio, **Diritto Penale Romano, Vol. I**, Padova, 1937.

Fiore, Carlo / Fiore, Stefano, **Diritto Penale Parte Generale**, UTET, Wolters-Kluwer, 2016.

Fortis, Elisabeth, “Le Commandement De L'autorité Légitime : c. pén., art. 122-4, al. 2”, **RSC**, 2005, https://www.dalloz.fr/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1hcnQuIDEyMi00IMKneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYlBhZz0

[yMMKncyRpe2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWYyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhemNoQ2xhc3M9&id=RSC%2FCHRON%2F2005%2F0017](https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955) (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

Gaeta, Paola, “Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law”, **EJIL**, 10, 1999, ss. 172-191.

Gallo, Marcello, **Diritto Penale Italiano, Appunti Di Parte Generale, Volume I**, Torino: G. Giapichelli Editore, 2014.

Gómez- Jara Díez, Carlos / Chiesa, Luis E., “Spain”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 488-530. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

Gökcan, Hasan Tahsin, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, **CHKD**, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, ss. 147-160.

Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat/ Alşahin, M. Emin/ Çakır, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Gökpinar, Mahmut, **Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Göktürk, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği”, **CHD**, Sayı: 26, Aralık 2014, ss. 7-30.

Göktürk, Neslihan, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncelleştirilmiş 22. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, Haziran 2020.

Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, **İdare Hukuku Cilt I – Genel Esaslar**, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlariyle Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt I**, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1960.

Grady, Kate, “International Crimes in the Courts of England and Wales”, **Criminal Law Review**, 10, 2014, ss. 693-722. <https://eprints.soas.ac.uk/18841/> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

Green, L.C., “Superior Orders and Command Responsibility”, **The Canadian Book of International Law**, 27, 1989, ss. 167-202.

Griggs, Christopher, “Obedience to Superior Orders as a Defence in Common Law Jurisdictions”, **Recueils de la Societe Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre**, Vol. 20, 2015, ss. 345-366.

Grosso, Carlo Federico / Pelissero, Marco / Petrini, Davide / Pisa, Paolo, **Manuale Di Diritto Penale Parte Generale**, Milano: Giuffrè Editore, 2013.

Güller, Nimet/ Zafer, Hamide, **Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı**, European Initiative for Democracy and Human Rights, Information & Ratification Campaign on the ICC in Russia, Turkey and Central Asian Countries, Gustav-Stresemann-Institut, 2006.

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

Günel, Yılmaz, “Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 20/02, 1965, ss. 635-669. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3163/43980> (“...Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”)

Günel, Yılmaz, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, 22/04, 1967, ss. 169-207. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/37166> (“Askeri Münasebetlerde Emir...”)

Günel, Yılmaz, “Harp Suçluları Bakımından Yetkili Mercinin Emrini İfade Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, Sayı: 21- 01, Ocak 1966, ss. 183-191. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/379/4034.pdf> (Erişim Tarihi: 23.12.2019) (“Harp Suçluları Bakımından...”)

Günel, Yılmaz, **Yetkili Mercinin Emrini İfa**, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayın No. 224-206, 1967.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1999.

Güneysu, Gökhan, **Uluslararası Hukukta Amirin Emri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Güngör, Devrim, “Kural Üzerinde Hata”, **TBB Dergisi**, Sayı: 68, 2007, ss. 135-160.

Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tıpkı Basım 13. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2021.

Hafizoğulları, Zeki, “Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/ Inesigibilità)”, **AÜHFD**, Cilt: 57, Sayı: 3, Yıl: 2008, ss. 337-369.

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Handbook On The Special Tribunal For Lebanon, International Center for Transnational Justice Prosecutions Program, 10.04.2008.

<https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Lebanon-STL-Handbook-2008-English.pdf> (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

Harris, Lachlan, “The International Criminal Court and the Superior Orders Defence”, **University of Tasmania Law Review**, Vol. 22, No. 2, 2003, ss. 200-213.

Heller, Kevin Jon, “The Rome Statute of International Criminal Court”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 593-634. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

Hinek, Silva, “The Superior Orders Defence: Embraced At Last?”, **The New Zealand Postgraduate Law E-Journal**, Issue: 2, 2005.

Hobbes, Thomas, **Elementa Philosophica De Cive - Yurttaşlık Felsefesinin Temelleri**, Çev. Deniz Zarakolu, İstanbul: Belge Yayınları, 2007.

İçel, Kayıhan / Evik, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta, 2007.

İçel, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2021.

Insko, James B., “Defense of Superior Orders Before Military Commissions”, **Duke Journal of Comparative and International Law**, Vol. 13, 2003, ss. 389-418.

Kalabalık, Halil, **İdare Hukuku Dersleri Cilt-1**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Kaman, Nur, “Kamu Görevlileri”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Kangal, Zeynel, “Görevi Yaptırmamak İçin Direnme”, in **Özel Ceza Hukuku, Cilt: IX, Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 385-444.

Kangal, Zeynel, **Askeri Ceza Hukuku**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

Kangal, Zeynel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.

Kangal, Zeynel, **Kabahatler Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.

Kaplan, Fatih Halil, “Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı ve Ajan Provokatör”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2014.

Kardaş, H. Ümit / Çingı, Mehmet, **Askeri Ceza Kanunu Şerhi - I. Cilt (Madde 1-65)**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014.

Katoğlu, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.

Keçelioğlu, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, **TBB Dergisi**, Sayı: 87, 2010, ss. 299-321.

Kelsen, Hans, “Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals”, **California Law Review**, Vol. 31, No. 5, 1943, ss. 530-571. <https://www.jstor.org/stable/3477207> (Erişim Tarihi: 02.12.2020)

Keskin Kızıroğlu, Serap, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 58, Sayı: 1, 2009, ss. 139-168.

Keskin Kızıroğlu, Serap, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.

Knoops, Geert-Jan Alexander, **Defenses in Contemporary International Criminal Law**, Second Edition, BRILL, 2008. ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/gsutr/detail.action?docID=468088>. (Erişim Tarihi: 12.02.2021)

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması”, **EÜHFD**, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 2007, ss. 39-53.

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Kocasakal, Ümit, “Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Sayı: 1, Yıl: 1, Ocak 2002, ss. 130-162.

Kocasakal, Ümit, **Suç Bildirmeme Suçları (TCK m. 278-279-280)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.

Köşürgeli, Barış, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde Amirin Emri ve Kavramın Tarihi Gelişimi”, **TAAD**, Sayı: 30, Yıl: 7, Nisan 2017, ss. 451-473.

Kreiker, Helmut, “Devletlerarası Ceza Hukukunun Ulusal Ceza Hukuk Düzenlerince İktibas Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Durum Tespiti ve Eleştirisel Değerlendirme”, Çev. Faruk Turhan, in **Uluslararası Ceza Divanı**, Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, İstanbul: Arıkan, 2007, ss. 335-357.

Kudo, Koji, **Command Responsibility and Defence of Superior Orders**, PhD Thesis, University of Leicester, 2007.

Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhuğlu, Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.

Kunter, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1949.

Küçüktaşdemir, Özgür, **Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir (TCK m. 28)**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.

Liang, Jessica, “Defending the Emergence of the Superior Orders Defense in the Contemporary Context”, **Goettingen Journal of International Law**, 2/3, 2010, ss. 871-892.

Lippman, Matthew R., “Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense”, **Penn State International Law Review**, Vol. 20, No. 1, Article 14, 2001, ss. 153-251.

Lütem, İlhan, “Some Controversial Aspects of War Crimes”, **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, Cilt: 2, Sayı: 3, 2011, ss. 146-169, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iaufdi/issue/715/7581> (Erişim Tarihi: 15.11. 2020)

Mahmutoğlu, Fatih Selami / Karadeniz, Serra, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul: Beta Yayın Dağıtım, 2017.

Manna, Adelmo, **Corso Di Diritto Penale Parte Generale**, CEDAM, Wolters-Kluwer, 2017.

Mantovani, Ferrando, **Diritto Penale Parte Generale**, 10. Edizione, CEDAM, Wolters-Kluwer, 2017.

Maogoto, Jackson Nyamuya, “The Superior Orders Defence: A Game of Musical Chairs and the Jury is Still Out”, **Flinders Journal of Law Reform**, 10, 2007. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1079378 (Erişim Tarihi: 6.12.2020)

Mayaud, Yves, **Droit Pénal Général**, 5^e Edition, Paris: PUF, 2015.

Mazzon, Riccardo, **Le Cause di Giustificazione**, Padova: CEDAM, 2006.

McCoubrey, Hilaire, “From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 50, No. 2, April 2001, ss. 386-394.

Memiş Kartal, Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, ss. 1373-1395.

Meraklı, Serkan, “Mazeret Sebeplerinin TCK Bakımından Değerlendirilmesi”, **CHD**, Sayı: 12, Yıl: 5, Nisan 2010, ss. 261-302.

Meran, Necati, **Zimmet-Rüşvet-İrtikap-Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.

Merle, Roger / Vitu, André, **Traité De Droit Criminel, Tome I**, Sixième Edition, Paris: Editions Cujas, 1984.

Metiner, Haydar / Koç, E. Ahsen, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Hükümleri, I. Cilt, Madde 1-36**, Ankara: Yorum Basın Yayın, 2008.

Mettraux, Guénael, “The 2005 Revision of the Statute of the Iraqi Special Tribunal”, **Journal of International Criminal Justice**, Vol. 5, 2007, ss. 287-293. https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jicj5&id=293&men_tab=srchresults (Erişim Tarihi: 12.12.2020)

Minow, Martha, “Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence”, **McGill Law Journal**, Vol. 52, 2007.

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

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukuku**, Birinci Cilt, İstanbul: Arkadaş Matbaası, 1942.

Oosterveld, Valerie, “Canada and The Development of International Criminal Law-What Role or the Future?”, in Canada in **International Law at 150 and Beyond**, Paper No. 16-March 2018, Centre for International Governance Innovation, Canada, 2018. <https://www.cigionline.org/publications/canada-and-development-international-criminal-law-what-role-future> (Erişim Tarihi: 03.12.2020)

Osiel, Mark J., “Obeying Orders Atrocity, Military Discipline and the Law of War”, **California Law Review**, Vol. 86, No. 5, October 1998, ss. 939-1129.

Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Önok, R. Murat, “Uluslararası Ceza Divanı’nı Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor”, **Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu**, http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf (Erişim Tarihi: 14.10.2021)

Örsten Esirgen, Seda, “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, ss. 2306-2329.

Özay, İl Han, **İkinci Bine Kavuşurken Günışığında Yönetim**, İstanbul: Alfa Yayınları, 1994.

Özaydın, Özdem, “Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırını Aşması ve AIHM’in Konuya Yaklaşımı”, **CHD**, Sayı: 47, Aralık 2021, ss. 493-524.

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021. (Genel Hükümler)

Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021. (Özel Hükümler)

Özbek, Veli Özer, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, **CHKD**, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 135-155.

Özbek, Veli Özer, **Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003. (Organize Suçlulukla Mücadele)

Özbek, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi Cilt: 1**, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006. (TCK İzmir Şerhi)

Özen, Muharrem / Tozman, Önder, “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 42, Sayı: 4, Aralık 2009, ss. 25-57.

Özen, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Özgenç, İzzet, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı: 1-2, 1999, ss. 70-85. <http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ocak1999.pdf>

Özgenç, İzzet, **İrtikap, Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.

Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 17. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021. (Genel Hükümler)

Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Özyüksel, Özgün, **Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.

Padovani, Tullio, **Diritto Penale**, IX Edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2017.

Palazzo, Francesco, **Corso Di Diritto Penale Parte Generale**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

Papadatos, Pierre A., **Le Problème de l'Ordre Reçu en Droit Pénal**, Genève: Librairie Droz, 1964.

Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, **Açıklamalı – Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, (1-75. Maddeler) 1. Cilt**, Üçüncü Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010. (Türk Ceza Kanunu Yorumu)

Parlar, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer, **Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.

Pazarcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ankara: Turhan Yayınevi, 2020.

Pin, Xavier, **Droit Pénal Général**, 5^e Edition, Paris: Dalloz, 2012.

Pradel, Jean, **Droit Pénal Général**, 20^e Edition, Paris: Editions Cujas, 2014.

Provolo, Debora, “L’Ordine Criminoso Nei Recenti Progetti Di Riforma Del Codice Penale Italiano e Nella Disciplina Internazionale Penale”, **Convegno "Diritto E Forze Armate. Nuovi Impegni"**, Padova, 30 Novembre 2000, s. 5. https://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/20060807153148.pdf (Erişim Tarihi: 03.03.2021)

Provolo, Debora, **Esecuzione Dell’Ordine Del Superiore e Responsabilit  Penale**, Padova, 2009 (pubblicato online). <http://attiemodellidipoliziagiudiziaria.eu/files/scriminanti-esimenti-nelle-FFAA.pdf> (Erişim Tarihi: 10.04.2019) (Esecuzione Dell’Ordine)

Pulitan , Domenico, “Esercizio Di Un Diritto e Adempimento Di Un Dovere”, **Digesto**, Torino: UTET, 1990, ss. 320-331.

Pulitan , Domenico, **Diritto Penale**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

Ramacci, Fabrizio, **Corso Di Diritto Penale**, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.

Roach, Kent, “Canada”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 97-136. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 01.01.2021)

Rogers, A.P.V., “The United Kingdom Manual of the Law of Armed Conflict”, in **National Military Manuals on the Law of Armed Conflict**, Ed. Nobuo Hayashi, FICHL Publication Series, 2nd Edition, Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010, ss. 89-96.

Salvage, Philippe, “Chapitre 4. L’ l ment Injuste”, in **Droit Pénal Général** (sous la direction de Salvage Philippe Fontaine), Presses Universitaires de Grenoble, “Droit en +”, 2016, ss. 61-75.

Sato, Hiromi, “The Defense of Superior Orders in International Law: Some Implications for the Codification of International Criminal Law”, **International Criminal Law Review**, 9, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, ss. 117-137.

Satzger, Helmut, “German Criminal Law and the Rome Statute - A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law”, **International Criminal Law Review**, Vol. 2, No. 3, 2002, ss. 261-282.

Savaş, Vural / Mollamahmutoğlu, Sadık, **Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.

Savaşcı Temiz, Bilgehan, **Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Selęuk, Sami, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/ Görevlerin  atışması ve Yargıtay Kararları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 45, Mayıs 2010, ss. 87-104.

Sevdiren, Öznur, “Yargıtay Kararları Işığında Suçüstü Halinde Şüphelinin Yakalanmasını Sağlamak Amacıyla Silah Kullanma Yetkisi (PVSK m. 16/7)”, **TBB Dergisi**, Sayı: 153, 2021, ss. 65-106.

Shaw, Malcolm N., **International Law**, Eighth Edition, Cambridge University Press, UK, 2017.

Smith, J.C., **Justification and Excuse in the Criminal Law**, The Hamlyn Lectures, London: Stevens and Sons, 1989. https://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Justification_and_Excuse_in_the_Criminal_Law.pdf. (Erişim Tarihi: 05.12.2020)

Solis, Gary D., “Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums”, **American University International Law Review**, Vol. 15, No. 2, 1999, ss. 481-526.

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020. (Genel Hükümler)

Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020. (Özel Hükümler)

Soyer Güleç, Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2008, ss. 59-91.

Söğütlü Erişgin, Özlem, **Roma Kamu Hukukuna Giriş**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.

St. Augustine, **Contra Faustum Manichaeum**, Book XXII. <http://www.gnosis.org/library/contf2.htm> (Erişim Tarihi: 12.12.2020)

Sucuoğlu, Arif Naci, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (TCK 27. Madde)”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Ekim 2018, ss. 135-167.

Şahbaz, İbrahim, **Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt (Madde 1-75)**, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.

Şen, Ersan, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, **Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar Sempozyumu**, İstanbul: TCHD Yayınları No. 10, 2008, ss. 73-122.

Şen, Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.

Şen, Ersan, **Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Şenol, Cem, “5237 Sayılı TCK’ya Göre Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Maddi Koşullarında Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 149, Ocak 2019, ss. 60-69.

Tahiroğlu, Bülent / Erdoğan, Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yayınları, 2011.

Tahiroğlu, Bülent, **Roma Hukukunda Furtum**, İstanbul: İÜHF Yayınları No: 458, 1975.

Taner, Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma”, **CHD**, Sayı: 12, Nisan 2010, ss. 219-253.

Taner, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, Üçüncü Basım, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953.

Tarrant, Stella, “Building Bridges in Australian Criminal Law: Codification and the Common Law”, **Monash University Law Review**, Vol. 39, No. 3, 2013, ss. 838-863.

Taşdemir, Özgür, “Kamu Görevinin Usulsüz Olarak Üstlenilmesi (TCK md. 262)”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1, Nisan 2020, ss. 3061-3081.

Taşkın, Ozan Ercan, **Kışkırtıcı Ajan**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, R. Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.

Toroslu, Nevzat / Ersoy, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, in **Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler Görüşler, Raporlar**, Ed. Teoman Ergül, TBB Yayınları, 2004, ss. 1-20.

Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Toroslu, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1968. <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/69396> (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

Tozman, Önder, “Kışkırtıcı Ajanın (Ajan Provokatör) Cezai Sorumluluğu”, **CHD**, Sayı: 9, Nisan 2009, ss. 169-189.

Triggs, Gillian, “Implementation of the Rome Statute for the International Criminal Court: A Quiet Revolution in Australian Law”, **Sydney Law Review**, Vol. 25, No. 4, December 2003, ss. 507-534.

Ulu, Güher, “İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 38, Yıl: 19, Yaz 2020/2, ss. 74-102.

Ulusoy, Ali, **Yeni Türk İdare Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

Uruşak, Uğur, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Ünver, Yener, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, Sayı: 1, Eylül 2006, ss. 37-73.

Üzülmez, İlhan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVI, Sayı: 1, Yıl: 2012, ss. 191-216.

Van Sliedregt, Elies, **Individual Criminal Responsibility in International Law**, Oxford University Press, 2012.

Van Verseveld, A., **Mistake of Law: Excusing Perpetrators of International Crimes**, University of Amsterdam, UvA-DARE (Digital Academic Repository), 2011. <https://dare.uva.nl/search?field1=keyword;value1=verseveld;docsPerPage=1;startDoc=2> (Erişim Tarihi: 30.11.2020)

Vatansever Öztürk, Müge, “Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **ERÜHFD**, Cilt: XIII, Sayı: 2, 2018.

Vermeulen, Ben, “Grotius on Conscience and Military Orders”, **Grotiana**, 6, ss. 3-20.

Wallerstein, Shlomit, “Why English Law Should Not Incorporate The Defence of Superior Orders”, **Criminal Law Review**, Thomson Reuters Ltd., 2010, ss. 109-126. https://www.academia.edu/881367/Why_English_Law_Should_Not_Incorporate_the_Defence_of_Superior_Orders (Erişim Tarihi: 20.11.2020)

Weigend, Thomas, “Germany”, in **The Handbook of Comparative Criminal Law**, Ed. Kevin Jon Heller/ Markus Dubber, Stanford University Press, 2010, ss. 252-287. ProQuest Ebook Central, <https://search.proquest.com/legacydocview/EBC/683244?accountid=15955>. (Erişim Tarihi: 11.01.2021)

Wetzel, Jan Erik / Mitri, Yvonne, “The Special Tribunal for Lebanon: A Court “Off the Shelf” for a Divided Country”, **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Vol. 7, 2008, ss. 81-114. [http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/3047/1/Wetzel&Mitri_Special_Tribunal_Lebanon_LPICT_7\(2008\).pdf](http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/3047/1/Wetzel&Mitri_Special_Tribunal_Lebanon_LPICT_7(2008).pdf) (Erişim Tarihi: 01.12.2020)

Wilner, Alan M., “Superior Orders as a Defense to Violations of International Criminal Law”, **Maryland Law Review**, Vol. 26, Issue: 2, 1966, ss. 127- 142.

Wirth, Steffen, “Germany’s New International Crimes Code: Bringing a Case to Court”, **Journal of International Criminal Justice**, 1, 1, Oxford University Press, 2003, ss. 151-168.

Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Yenisey, Feridun, **Kolluk Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

Yeo, Stanley, “Mistakenly Obeying Unlawful Superior Orders”, **Bond Law Review**, Vol. 5, Issue: 1, 1993, Article 1.

Yıldırım, Turan, “İdari İşlemler”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yıldırım, Turan, “Türkiye’nin İdari Teşkilatı”, in **İdare Hukuku**, Ed. Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yıldız, Ali Kemal, “Zor Kullanma Yetkisine İlişkin Sınırın Aşılması”, in **Ceza Özel Hukuku**, Cilt: IX, **Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Yıldız, Ali Kemal, **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, Açıklamalar – Değerlendirmeler Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul Barosu Yayınları, 2007/12, İstanbul, 2007.

Yokuş Sevik, Handan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, **DÜHFD**, Cilt: 23, Sayı: 39, Yıl: 2018, ss. 257-316.

Yurtcan, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler) Cilt: 1, 2. Bası**, Ankara: TBB Yayınları, 2015. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/528.pdf> (Erişim Tarihi: 13.04.2021) (Türk Ceza Kanunu)

Yurtcan, Erdener, **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 2. Bası, Ankara: TBB Yayınları No: 317, 2016. (Kabahatler Kanunu)

Yüce, Turhan Tufan, “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ile İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak-Haziran 1988. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261563> (Erişim Tarihi: 21.01.2021)

Yüce, Turhan Tufan, **Ceza Hukuku Dersleri Cilt: I**, Manisa: Şafak Basım Yayınevi, 1982.

Yüce, Turhan Tufan, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 1985.

Zafer, Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı –Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2009/2, İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları, ss. 151-194. (“Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı...”)

Zafer, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 8. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021. (Genel Hükümler)

Zahar, Alexander / Sluiter, Göran, **International Criminal Law**, New York: Oxford University Press, 2008.

İnternet Kaynakları

“Case No. 6 -The Jaluit Atoll Case”, in Law Reports of Trials of War Criminals, Selected by the United Nations War Crime Commision, English Edition, Vol. I, Londra, 1947, ss. 71-80, https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-1.pdf (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

“German War Trials: Judgment In Case of Commander Carl Neumann”, The American Journal of International Law, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), ss. 704-708. <http://www.jstor.org/stable/2187593> (Erişim Tarihi: 01.03.2018)

“German War Trials: Judgment in Case of Lieutenants Dithmar and Boldt”, The American Journal of International Law, Vol. 16, No. 4 (Oct., 1922), ss. 708-724. www.jstor.org/stable/2187594 (Erişim Tarihi: 27.04.2018)

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

<http://www.giurcost.org>

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.dalloz.fr/documentation>

<https://www.gazzettaufficiale.it>

<https://www.icisleri.gov.tr>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.legifrance.gouv.fr/codes>

<https://www.legislation.gov.au>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.normattiva.it>

<https://www.ohchr.org>

<https://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www2.tbmm.gov.tr>

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>

<https://www.legislationline.org>

<https://www.stl-tsl.org>

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar>

<https://legal.un.org>

<https://treaties.un.org>

<https://laws-lois.justice.gc.ca>

<https://karararama.danistay.gov.tr>



ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Melike Ezgi Yetimoğlu
Tez Başlığı : Türk Ceza Hukukunda Yetkili Mercinin Emrini İfa (TCK m. 24)
Savunma Tarihi : 20 / 12 / 2022
Danışman : Prof. Dr. Ümit Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Ümit Kocasakal

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu

Prof. Dr. Vesile Sonay Evik

Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal

Doç. Dr. Güçlü Akyürek

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü