

HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASI

EXECUTION OF AN UNLAWFUL BINDING ORDER

Dr. Öğretim Üyesi Ramazan ARITÜRK

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ramazanariturk@gmail.com
İstanbul / Türkiye

ORCID: 0000-0003-0898-2128

Özet

Devlet görevlerinin sağlıklı ve etkin bir biçimde yürütülmesi bakımından zorunlu bir araç olan hiyerarşi, kamu görevlileri arasında ast-üst ilişkisinin doğumuna sebebiyet vermekte ve astı üstün emirlerini ifaya mecbur kılmaktadır. Gecikmeksizin ve değiştirmeksizin yerine getirilmesi zorunlu kılınan emir, hukuk düzeninin pek çok alanına sirayet etmekte dolayısıyla çeşitli kanunlarla konuya dair düzenlemeler getirilmekte ve emrin meşruiyeti tartışılmaktadır. Emrin hukuka uygun, hukuka aykırı ve konusunun suç teşkil etmesi ihtimallerinden bahisle emri veren ve emri yerine getiren bakımından sorumluluk hükümleri farklılaşmakta ve tartışmalara sebebiyet vermektedir. İçeriği itibarıyla hukuka uygun emir, görevin ifası olarak adlandırılmaktadır. Ancak kimi durumlarda ortaya çıkan hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin yerine getirilmesi sorumluluk konusunda tartışmalara neden olmaktadır. Bu çalışmada hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin hukuki niteliği etraflıca incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: amir, memur, emir, kanunsuz emir, emrin ifası, kusurluluk

Abstract

The hierarchy, which is a necessary tool for state affairs to conduct a productive and effective way, causes the birth of subordinate-superior relationship between public officials and obliges subordinate to execute superiors' orders. The order, which is obliged to be fulfilled without delay and without change, spreads to many areas of the legal order, so regulations are made on the subject with various laws and the legitimacy of the order is discussed. Liability provisions differ in terms of who gave the order and executed the order on the basis of the possibility that the order is lawful, unlawful and its subject constitutes a crime, and causes controversy. In terms of its content, an order that complies with the law is called the performance of the duty. However, the fulfillment of an unlawful but binding order that arises in some cases causes debates about responsibility. In this study, the legal nature of the illegal but binding order will be examined in detail.

Keywords: supervisor, officer, order, illegal order, order execution, fault

GİRİŞ

İdarenin bütünlüğü ilkesi, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir biçimde sunulması amacı taşıyan¹ ve idare hukukuna hakim olan önemli ilkelerden biridir. İdarenin bütünlüğü açısından önemli bir araç olan hiyerarşi, devletin kamusal hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi bakımından mecburi bir unsur² olarak karşımıza çıkmakta ve kamu görevlileri arasında hiyerarşik bir yapılanmayı zorunlu kılmaktadır. Bu hiyerarşik yapı, kamu görevlileri arasında ast-üst ilişkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde ast üst ilişkisi her idari birim için söz konusu olup³ bu hiyerarşik yapılanmanın bir gereği olarak asttan, kendisine verilen emirleri sorgulamaksızın yerine getirmesi ve üstüne mutlak şekilde itaat etmesini beklemektedir⁴.

Amirin emrinin yerine getirilmesi konusunda iki tip emir söz konusudur. Şekil ve içerik bakımından hukuka uygun olan emir ilk çeşididir. İkincisi ise hukuka aykırı olan emirdir ve kendi içerisinde hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emir ve hukuka aykırı suç teşkil eden emir şeklinde ikiye ayrılır.⁵ TCK 24/1'de de ifade edilen ve görevin ifası olarak adlandırılan hukuka uygun emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukuka uygunluk nedenleri haksızlık yargısına dahil olduğu için söz konusu fiil henüz oluşum aşamasında hukuka uygun olarak doğar. TCK 24/2,3 ve 4'te düzenlenen konular ise hukuka aykırı emre ve bu emirden doğan sorumluluğa ilişkindir ve doktrinde farklı görüşler mevcut olsa da Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesine eklenen "Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle (...) işlenmesi (...) hallerinde kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına karar verilir." hükmünden de anlaşılacağı üzere kusurluluğu kaldıran hallerden birisi olarak kabul edilmektedir.⁶ Yine 1982 Anayasası'nın 137. maddesi "Kanunsuz Emir" başlığını taşımakta olup konuya dair bir düzenleme içermektedir.⁷

¹ Yıldırım, Turan, v.d., *İdare Hukuku*, On İki Levha YAYINCILIK, İstanbul, 2016, Güncellenmiş 6. Baskı, s.31.

² Yıldırım v.d., 2016, s.32.

³ Yıldırım v.d., 2016, s.32.

⁴ Akman, Yağmur Müge "Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2015, s. 1.

⁵ Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2021, Güncellenmiş 14. Baskı, s. 342.

⁶ Savaşçı Temiz, Bilgehan, *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 49.

⁷ Madde 137: *Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*

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

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

Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nun 2. maddesinde⁸ ve Devlet Memurları Kanunu'nun 11. maddesinde⁹ de söz konusu konuya ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Ceza Hukuku'nun temel ilkelerinden birini oluşturan *kusursuz ceza olmaz* ilkesi, kişinin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için fiilin hukuka aykırı olmasının yeterli olmadığı ve kişinin kusurunun bulunmasının da şart olduğu şeklinde anlaşılmalıdır¹⁰. Kişinin kusurunun belirlenmesinde somut olayda başka türlü davranma imkânı bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, kişinin başka türlü davranma imkânı bulunmadığı hallerde kişinin kusurlu sayılmayacağını, dolayısıyla cezalandırılmayacağını hüküm altına almıştır.¹¹

Bu çalışma kapsamında Türk Ceza Kanunu'nda kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenlenen hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası müessesesi incelenecek olup ilk bölümde hukuka aykırı emrin tarihine, ikinci bölümde mukayeseli hukuka, üçüncü bölümde ise genel olarak kusurluluğu kaldıran nedenlere değinildikten sonra aynı maddede düzenlenmiş olan görevin ifası ve hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası kurumları karşılaştırılacak ve konuya dair mevzuatımızdaki düzenlemelere yer verilecektir. İkinci bölümde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının şartları detaylı olarak incelenecek ve nihayet son bölümde sorumluluğa etkisinden bahsedilecektir.¹²

⁸ Madde 2/B: (.....) *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.*

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 vaki olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için,

VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,

VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için,

VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için,

IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için,

X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,

XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,

XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,

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

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.

⁹ Madde 11: (.....) *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.*

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

Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

¹⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Meraklı, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2020, 2. Baskı.

¹¹ Meraklı, 2020, s. 34.

¹² Çalışmanın kimi yerlerinde verilen emrin hukuka uygun (görevin ifası) veya hukuka aykırı olduğuna bakılmaksızın üst mercii tarafından verildiğini ifade edecek şekilde genel bir kullanım olarak “amirin emrini ifa” kavramına başvurulmuştur.

I. HUKUKA AYKIRI EMRİN TARİHİ

A. Genel Olarak

Tarihsel süreç içerisinde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının ceza hukuku konumu pozisyonu dönemin şartlarına göre değişmiştir. Kimi zaman dünyaca takip edilen davalarda dahi sanık konumunda bulunan kişilerin ilk savunması amirlerinin emirlerini yerine getirdikleri ve suçsuz oldukları yönünde olduğu için konu ceza hukuku açısından ehemmiyet arz etmektedir.

Roma hukukunda astın, üstün emri karşısında sorumlu olmadığı kabul edilirken İslam ve Osmanlı hukukunda ise tam aksine astın üstü ile birlikte işlenen suçtan sorumlu olacağı ilkesi benimsenmiştir. Örneğin, Roma'da aile reisinin (*pater familias*) emirleri sonucunda zarara neden olan kişilerin veya daha genel olarak kölelerin ortaya çıkan zarardan sorumlu olmadığı kabul edilmiştir. İslam hukuku ile bağlantılı olarak Osmanlı'da ise ancak hukuka uygun emre itaat yükümlülüğünün olduğu ve hukuka aykırı emri yerine getiren astın doğan zarardan emir veren ile birlikte sorumlu olacağı Hz. Muhammed'in şu sözünden anlaşılmaktadır: "Allah'a isyan olan hususlarda amire itaat yoktur, itaat meşru emredir."¹³ Daha yakın tarihli olan 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda da farklı suç tiplerinde amirin emrini ifa kurumunun düzenlendiği görülmektedir.¹⁴

Amirin emrini ifa konusu özellikle insanlık suçlarına sahne olan dünya savaşları sırasında gündeme gelmiştir. Milyonlarca insanın ölümüne neden olan kanlı ve kitlesel savaşlarda insanlık suçu işleyen pek çok asker, karmaşık ordu sistemlerinin içerisinde tüm sorumluluğu emre verene yüklemiş, her ast bir üstünü sorumlu tutmuş ve bu nedenle işlenen binlerce suçun sorumlusu ortaya çıkarılamamıştır. Her ne kadar 15. yüzyıldan Birinci Dünya Savaşı'na kadar geçen süre içerisinde mahkemeler tarafından aşikâr hukuka aykırılık ölçütü astın sorumluluğunu kabul etmek için yer yer kullanılsa da Birinci Dünya Savaşı'nın başlangıcından İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarına kadar savaş psikolojisinin etkisiyle ve insanları emir komuta düzenine adapte edebilmek amacıyla amirin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Oppenheim "*International Law*" isimli eserinde devletin emirleri doğrultusunda hukuka aykırı fiillerde bulunan ordu mensuplarının, savaş suçlusuz olarak kabul edilemeyeceğini kaleme almıştır. Amirin sorumluluğu yaklaşımı, 1914 tarihinde yayımlanan Büyük Britanya Kara Savaş Kuralları El Kitabı'na da doğrudan Oppenheim kendisi tarafından eklenmiştir.¹⁵

B. Uluslararası Hukukta Hukuka Aykırı Emir: Rusya Ukrayna Savaşı

Uluslararası hukukta emrin yerinde getirilmesi orijinali "*defences*" olan ve hukuka uygunluk nedenleri ile mazaret nedenlerini daha geniş kapsamlı olarak içine alan savunma kavramı altında incelenmektedir.

¹³ Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza YAYINLARI, Konya, 2012, s. 146.

¹⁴ Örneğin, öldürme ve yaralama suçlarıyla ilgili olarak 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 184. maddesinde, "*Bir kimse amir-i mücbirin emriyle bir şahsı katletse, katil cezası amiri hakkında icra olunur. Amir-i mücbir, memuru emrine muhalefet ettiği takdirde itlafına muktedir olan kimse demektir. Bundan maada suretlerde memur olan kimse mazur olmayıp, katil cezası onun hakkında icra kılınır. Ve bu misillü amir-i gayr-i mücbir hakkında dahi muvakkaten kürek cezası hükmolunur*" ifadesine ve m.185'te de "*Bir kimesne amir-i mücbirin emriyle bir şahsı cerh ya da darp ederse, yara ve beresinin derecesine göre bâlâda mezkûr olan cerh ve darp cezaları amiri hakkında icra olunur. Ve eğer amir-i gayr-i mücbir ise, bu cezalar faili hakkında icra olunup bu misillü amir-i gayr-i mücbir olanlar dahi bir haftadan bir seneye kadar hapis olunur. Fakat kat'ya tatil-i uzuv ile emreden kimse herhalde muvakkaten kürek cezasına müstehak olur*" hükmüne yer verilmiştir. Konut dokunulmazlığının düzenlendiği 105. Maddede ise, "*Her bir memur, kavanin-i mülkiye ve askeriyeye ve müesses olan zabtiye nizamının cevaz verdiği hususattan gayri ahvalde ve kavanin ve nizamatin tayin ettiği usulden başka olarak memuriyeti sıfatı ile bir kimsenin hanesine cebren girer ise, altı aydan üç seneye kadar haps olunur. Ve bunun amirinin emri ile yapmış olduğu tebeyyün eder ise, kendisi cezadan ma'fuv tutulup amiri her kim ise bu ceza onun hakkında icra olunur. Ve memurinin gayri dahi her kim olur ise olsun, ya ihafe veyahut cebr ile kimsenin hanesine girer ise, bir haftadan altı aya kadar hapis ile mücazat olunur*" denilmiştir.

¹⁵ Bilke, Efe, "Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 5, 2017, s. 12.

Kitlesele ölümlere yol açan modern silah teknolojisinin savaşlarda kullanıma girmesiyle birlikte savaşlardaki sivillere korumaya yönelik daha insan merkezli bir uluslararası hukuk geliştirilmiş ve bu doğrultuda savaş zamanlarındaki sorumluluk alanı genişletilmiştir. Demokratikleşme dalgaları ile birlikte hukuk dışı bir disiplinin gerekli olduğu alan olarak görülen askerlik mesleğinin de sınırları yasalarla çizilen bir çerçeve içine alınması çabası bu durumu desteklemiştir.¹⁶

Özellikle savaş sırasındaki insanlık suçlarına ilişkin olaylardan kaynaklı olarak uluslararası hukukta emrin yerine getirilmesine ilişkin iki farklı yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki emrin hukuka aykırı olduğunun bilindiği yahut bilinebilecek durumda olduğu hallerde veya açıkça hukuka aykırılığın görüldüğü durumlarda astın üstle birlikte sorumlu tutulabileceğini aksi takdirde sorumluluğunun söz konusu olmayacağını kabul eder. İlk defa Leibzig Yargılamalarında benimsenen bu yaklaşım 1945 yılından sonra pek çok ülkede koşullu sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin kabul edilmesini de beraberinde getirmiştir. Uluslararası hukukta kabul edilen ikinci yaklaşımda ise, İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında Nürnberg yargılamalarında Nazi suçlularının amirin emrini ifa gerekçesine sığınarak yargılamadan kurtulmalarına engel olmak için söz konusu savunma, adaletin gerektirdiği durumlarda yalnızca indirim sebebi olarak kabul edilmiştir. Kaynağı Londra Andlaşması'nın 8. maddesi olan bu yaklaşım, astın da bir muhakeme yeteneğinin olduğu ve hukuka aykırı emirlere itaat etmeme yükümlülüğünün olduğunu benimsemiştir. Nitekim Nürnberg Mahkemesi Şartı'nda da amirin emrini ifa savunmasının ancak bir indirim sebebi olarak kabul edilebileceği ve mutlak sorumluluk esasının bu mahkemedeki yargılamalarda geçerli olduğu ifade edilmiştir.¹⁷ Ancak her iki yaklaşımda da astın emri reddetme imkanının olması ve itaati reddettiğinde daha büyük bir zararla karşılaşma ihtimalinin olmaması gerekir.

Son olarak ve günümüz modern ceza hukuk sistemlerinde kabul edilen anlayış ise Roma Statüsü'nde kendisine yer bulan koşullu sorumluluk ilkesidir. Koşullu sorumluluk, emrin bağlayıcı olması, astın emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması ve aşikâr hukuka aykırılık olması durumunda ancak astın hukuka aykırı emirden sorumlu olmayacağıdır. Ayrıca Nürnberg Yargılamaları'ndan alınan ders neticesinde soykırım ve insanlığa karşı suçlar söz konusu olduğunda amirin emrini ifa savunmasının ileri sürülmesi Roma Statüsü'nün 33.maddesinin 2. fıkrası ile engellenmiştir.¹⁸ Bu bağlamda herhangi bir kimse insanlığa karşı suç veya soykırım suçu işlediğinin farkında olmadığını, bu fiillerinin bu suçları oluşturduğunu bilmediğini iddia edemez. İnsan olmak dolayısıyla bilinebilecek insani haller olarak kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle soykırım ve insanlığa karşı suçlar söz konusu olduğunda mutlak sorumluluk geçerli iken savaş ve saldırı suçları bakımından koşullu sorumluluk kuralı benimsenmiştir.²⁰ Roma Statüsü'nde savunma nedenleri oluşturmaktan kasıtlı olarak kaçınılmış, emrin yerine getirilmesinin savunma oluşturmayacağı değil, cezai sorumluluğu kaldırmayacağı düzenlenmiştir.

¹⁶ Savaşçı Temiz, 2021, s. 196.

¹⁷ Bilke, 2017, s. 25-26.

¹⁸ Roma Statüsü m. 33;

"1. Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçun bir hükümet yahut askeri veya sivil olsun, bir üst makam emrine uyan şahıs tarafından işlenmesi aşağıdaki hususlar haricinde o şahsı cezai sorumluluktan kurtaramayacaktır:

(a) şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni zorunluluk ise

(b) şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde

(c) emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde

2. Bu maddenin amaçları bakımından soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiği kabul edilir."

¹⁹ Hukuka aykırı emrin ifası müessesesine karşı tarihsel süreç içerisinde mahkemelerin geliştirdikleri içtihatları Hagenbach ve Axtell Davaları, McCall v. McDowell Davası, Leipzig Yargılamaları, Dover Castle ve Lloandoverly Castle Davaları, Nürnberg Yargılamaları, Ranko Cesic Davası gibi örnekler üzerinden incelemek için bkz. Bilke, 2017, s. 15-20.

²⁰ Savaşçı Temiz, 2021, s. 221.

Statüde açıkça yazılmayan ancak sorumluluğu kaldıran bir başka neden de savunma tarafından önceden Savcılık makamına bildirim de bulunma ve nedenin Yargılama Dairesi tarafından kabul edilmesidir.²¹

Tüm bu teorik bilgiler ışığında güncel bir gelişme olarak Rusya-Ukrayna Savaşına daha yakından bakmak gerekirse Roma Statüsü'nün 33. Maddesine tekrar geri dönmemiz gerekiyor. Maddede yer alan “*şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise*” ibaresi Rus hükümetinin resmi olarak ilan ettiği bir savaşta görev alan askerlerin sorumluluğunun doğmadığı düşünülebilir. Zira Rus hükümetinin de seçici olarak dikkat ettiği resmi söylemlerde, Ukrayna'ya askeri hareketin herhangi bir dil, din, siyaset yahut felsefi ayırım dolayısıyla olmadığı, bu savaşın ulusal bir güvenlik sorunundan kaynaklandığı şeklindedir. Batı medyasının ve Rusya'nın karşılıklı olarak tarafları Neo-Nazi düşüncesiyle irtibatlandırmasındaki temel saik de uluslararası kamuoyu nezdinde bir ceza sorumluluğu gündeme getirme çabasıdır.²² Mauripol şehrindeki bir tiyatroya Rus güçlerinin saldırısı ile başlayan ve özellikle biyolojik silah kullanımına yönelik yaygın haberler savaş suçu iddialarını güçlendirmektedir. Henüz hukuki bir delil düzeyine yükselmediği için bu konuda bir karara varmak mümkün görünmese de Cenevre Sözleşmelerine de atıfların yer aldığı Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 8. Maddesi uluslararası çatışmalarda Ukrayna'da görülen türden sivilleri hedef alan eylemleri hiç şüphesiz cezalandırmaya dönük hükümler ihtiva etmektedir. Bu hallerde emri yerine getirenlerin bu eylemlerin hukuka aykırı olduğunu bilmediklerine yönelik savunmaları sorumsuzluktan kurtulmaları için yeterli olmayacaktır.²³

II. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak Kusurluluk ve Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

Kusur, kişinin hukuka uygun davranma imkânı olmasına karşılık hukuka aykırı şekilde davranmayı seçmesi ve bu sebeple kınanabilmesi şeklinde tanımlanabilecektir.²⁴ Bu bakımdan kusurluluğun kişi hakkında normatif bir değer hükmü olduğu söylenebilecektir.²⁵ Ceza hukuku anlamında dikkate alınan kusur, hukuki kusur olup ahlâki kusur, ceza hukukunun konusunu oluşturmamaktadır.²⁶

Kusurun varlığından söz edebilmek için hukuka aykırılığın varlığı şarttır. Bu sebeple önce hukuka aykırılık unsuru incelenir. Ancak *kusursuz suç ve ceza olmaz* ilkesi gereği fiilin hukuka aykırılığı kişinin cezalandırılabilmesi için yeterli olmayıp kişinin kusurlu da olması aranmaktadır. Ancak kusur, kişinin ceza sorumluluğu bakımından zorunlu bir şart olup güvenlik tedbiri gibi diğer ceza hukuku yaptırımlarının uygulanması bakımından aranmamaktadır.²⁷

Kişinin işlediği fiil dolayısıyla kınanabilmesi, diğer bir deyişle kişi hakkında kusur yargısında bulunulabilmesi için kişinin fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Kusurun algılama yeteneği ve irade yeteneği olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır.²⁸

²¹ Savaşçı Temiz, 2021, s. 222.

²² İlgili haber için bkz. <https://www.cumhuriyet.com.tr/dunya/ft-rusya-ukraynanin-nazilerden-arindirilmesi-ve-silahsizlanmasi-taleplerinden-vazgecti-1920312> (E.T. 14.04.2022).

²³ Bu konuda güncel tartışmalar için bkz. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60997092> (E.T. 06.04.2022).

²⁴ Koca / Üzülmüş, 2021, s. 311.

²⁵ Biz kusurluluğu haksızlık yargısının dışında, haksızlığın bir unsuru olarak değil ayrı bir kınanabilirlik yargısı içerisinde inceleyen görüşü benimsiyoruz. Kusurluluğu haksızlık yargısının içerisinde suçun manevi unsuru olarak kabul eden farklı bir yaklaşım için bkz: Centel, Nur / Hamide, Zafer / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta YAYINCILIK, İstanbul, 2020, 11. Baskı, s. 359 vd.

²⁶ Koca / Üzülmüş, 2021, s. 313.

²⁷ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2021, 17. Baskı, s. 445.

²⁸ Meraklı, 2020, s. 367 vd.

1. Kusurluluğu Kaldıran Nedenlerin Suça Etkisi

Kusurluluğu etkileyen haller, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olup bu sebeplerden bazıları kusurluluğu tamamen kaldırmaktayken bazıları ise azaltmaktadır. Kusurluluğun tamamen ortadan kalktığı hallerde kişiye ceza verilmezken azaldığı hallerde kişiye daha az ceza verilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, zorunluluk hali, meşru savunmanın sınırının korku, heyecan ve telaş nedeniyle aşılması, cebir ve tehdit dolayısıyla irade yeteneğinin etkilenmesi, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı, kusurluluğu etkileyen hata halleri, geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma halleri kanunumuzda kusurluluğu etkileyen haller olarak düzenlenmiştir. Bu hallerde hareketin haksızlık içeriğinde bir azalma meydana gelmediği ve hukuka aykırı niteliğini devam ettirdiği ancak failin kusurunun ya tamamen ortadan kalktığı ya da oldukça azaldığından söz edilecektir.²⁹

Yukarıda değinildiği üzere kişinin kusurlu sayılabilmesi için gerekli olan şartlardan biri de irade yeteneğidir. Bu bakımdan failin başka türlü davranma imkânı bulunmadığı hallerde iradi hareket etmediği kabul edilecek ve fail, kusurlu sayılmayacaktır. Dolayısıyla irade özgürlüğünün bulunmadığı yerde kusurluluğun da bulunmadığı ve failin kusurlu sayılabilmesi için irade serbestisinin olması gerektiği kabul edilmektedir³⁰. Kusurluluğu kaldıran nedenler, failin iradiliğini yok eden nedenlerdir ve bu nedenlerin mevcut olduğu durumlarda failin fiili işlemekten başka bir seçeneği bulunmamaktadır.³¹

2. Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Farkları

Hukuka aykırılık, suçun unsurlarından birini oluşturmakta ve tüm hukuk düzeni bakımından fiil hakkındaki değersizlik yargısını ifade etmektedir. Bu aşamada fiilin işlenmesinde herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunup bulunmadığı, başka bir deyişle fiili hukuka uygun hale getiren bir sebebin mevcut olup olmadığı araştırılmaktadır. Herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması halinde tipik fiilin hukuka aykırılığı anlaşılacaktır. Hukuka aykırılık, tipik fiilin hukuk düzeni ile arasındaki çelişkiyi ifade etmektedir. Hukuk düzeninin tekliği ilkesi gereğince hukuka aykırılık teşkil eden bir fiilin tüm hukuk düzenine aykırı olduğu kabul edilecektir³².

Hukuka aykırılık değerlendirmesi, kusurluluk değerlendirmesinden farklı bir inceleme olup objektif nitelik taşımakta iken kusurluluk incelemesi fiil ile fail arasındaki manevi bağı oluşturmakta ve sübjektif nitelik taşımaktadır³³. Bu sebeple hukuka aykırı bir fiilin kusurlu olmayacağı söylenebilecektir. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiil kasıtlı olsa dahi hukuka aykırılığı giderilmiş olacak ve hukuka uygun hale gelecektir. Kusurluluğu kaldıran nedenlerde ise fail, kanunda sayılan nedenlerin varlığı sebebiyle kusurlu addedilemeyecektir.

Hukuka aykırılık unsurunun kusurluluktan önce gelmesi sebebiyle hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyeti halinde fiil hukuka uygun hale geleceğinden kusurluluk incelemesi yapılamayacaktır. Ancak kusurluluğu kaldıran hallerin bulunması halinde fiil, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarını ihtiva etmeye devam etmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri, tüm hukuk düzeninden kaynaklanabilirken kusurluluğu kaldıran nedenler açısından bu şekilde bir kabulden söz edilemez. Kusurluluğu etkileyen nedenler, ceza hukukuna özgü bir kurumdur³⁴.

²⁹ Özgenç, 2021, s. 456.

³⁰ Zafer, Hamide, "Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı –Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, S. 2, s. 157.

³¹ Koca / Üzülmüş, 2021, s. 316.

³² Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet YAYINEVİ, Ankara, 2012, 14. Baskı, s. 243.

³³ Özgenç, 2021, s. 303 vd.

³⁴ Keçelioğlu, Elvan, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, 2010, s. 304.

Bir fiilin hukukun bir alanında hukuka uygun kabul edilirken başka bir alanında hukuka aykırı kabul edilmesi hukukun teklifi ilkesi bakımından mümkün gözükmemektedir³⁵. Başka bir ifadeyle ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk nedeninin varlığı ile hukuka uygun hale gelen bir fiil neticesinde özel hukukta tazminata hükmedilemeyecektir. Zira hukuka uygunluk nedeni, fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getirmiştir. Kusurluluğu kaldıran nedenlerin mevcudiyeti halinde ise fiilin haksızlık teşkil etmesi nedeniyle hukuka aykırı niteliği devam etmektedir. Bu bakımdan kişi, her ne kadar ceza hukuku anlamında kusurlu kabul edilememesi sebebiyle cezalandırılmasa da özel hukuk bakımından sorumluluğu söz konusu olabilecektir.³⁶ Hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki diğer bir fark ise ceza muhakemesi hukuku bağlamında ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fail hakkında beraate hükmedilirken kusurluluğu kaldıran nedenlerin bulunması halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir³⁷.

B. Görevin İfası ve Hukuka Aykırı Ancak Bağlayıcı Emrin Farkları

Görevin ifası ve hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin ifası, Türk Ceza Kanunu'nda aynı madde altında düzenlenmektedir. 24. maddenin ilk fıkrası görevin ifası kurumu ile ilgili düzenleme içermekte iken 2., 3. ve 4. fıkralarında hukuka aykırı ancak bağlayıcı emir düzenlenmektedir. Kanunumuzda görevin ifası, bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmişken hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin ifası kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmektedir.

Görevin ifası, TCK 24/1 hükmünde "Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez." şeklinde ifade edilmektedir ve amirin emrinin yerine getirilmesi ile önemli bir farklılık arz etmemektedir. Zira her ikisi de dayanağını kanundan almaktadır ve bu nedenle hukuka uygunluk nedenidir. Ancak burada geçen kanun kelimesi, yazılı hukuk kurallarının bütünü olarak anlaşılmalıdır³⁸. Bu bakımdan söz konusu madde, yalnızca şekli anlamda kanun hükmü olarak yorumlanmamalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kanun hükmünün kanunun öngördüğü şekilde yerine getirilmesidir.³⁹ Kişinin böyle bir davranışta bulunmak bakımından kanun tarafından yetkilendirilmiş olması, maddede belirtilen cezasızlık sebebinin gerekçesini oluşturmaktadır.

³⁵ Hakeri, 2012, s. 243-244.

³⁶ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2021, s. 285.

³⁷ Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet YAYINEVİ, Ankara, 2021, s. 487.

³⁸ Yetkili mercii tarafından verilmiş olan hukuka uygun emirler bakımından hukuka uygun emir ve kanun hükmünün yerine getirilmesi arasında esaslı bir fark bulunmadığı gerekçesiyle hukuka uygun emirlerin yerine getirilmesinin TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrası bağlamında hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebileceği görüşü için bkz. Koca / Üzülmüş, 2021, s. 276.

³⁹ **Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2006/4717, K. 2007/7842, 30.10.2007**, "Sanığın arkadaşı tanık Eyüp ile Ümraniye İlçe Jandarma Karakol Komutanlığı Yeni Doğan Karakolu Sorumluluk Bölgesinde, olay gecesini saat 01 ile 05 arasında, önleyici yaya kolluk devriyesi görevini yaparken, İl Jandarma Komutanlığı Muhabere Merkezi Telsizinden 34VL1219 plakalı beyaz renkli Uno marka hususi otonun çalıntı olduğu, çeşitli yerlerde kapkaç olayına karıştığı, aracın muntika dahilinde görüldüğünde yakalanarak gerekli yasal işlemlerin yapılmasının anons edildiği, maktulün yanında tanık Başar ile saat 02.45 sıralarında sevk ve idaresindeki 34 VL1219 plakalı beyaz renkli Uno marka arabanın, Mimar Sinan Bulvarında nöbet tutan sanık ve tanık Eyüp tarafından görülmesi üzerine tanık Eyüp'ün defalarca düdük çalarak ve el işareti ile dur ihtarında bulunduğu, maktulün arabayı sanığın üzerine sürerek kaçmaya çalıştığı sanık ve arkadaşının dur ihtarına devam ettiği, sanığın havaya 1 el uyarı ateşi yaptığı, uyarıya rağmen kaçan araca, durmasını temin için tekerleğini hedef alarak arkasından 1 el ateş ettiği, aracın bagajından giren merminin maktule isabetle ölümünü tevlit ettiği, araç içinde yapılan kontrolde yağmaya maruz kalan mağdurelerin çantaları ve özel eşyalarının bulunduğu arabanın düz kontak yapılarak çalındığının anlaşıldığı olayda, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununun 11,25/a,2559 Sayılı PVSK 16, 211 Sayılı Yasanın 80/a, 87/1-c ve yönetmeliğin 39. Maddelerinin verdiği yetkiye istinaden silah kullanan sanığın 5237 sayılı Yasanın 24. Maddesine göre kanunun hükmünü yerine getirdiği anlaşılmalı ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 2537 sayılı Yasanın 27/1, 85, 62. Maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi hukuka aykırıdır."

Görevin ifası kurumunun bir hukuka uygunluk nedeni oluşturması sebebiyle her ne kadar kişinin davranışı tipte yer alan maddi unsurlara sahip bir fiil olsa da bu fiilin hukuka aykırılığında bahsedilememesi sebebiyle haksız olduğundan da söz edilemeyecektir.⁴⁰

İlgili maddenin diğer fıkralarında düzenlenen hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin ifasına yönelik hükümler ise emri veren amir ile emri yerine getiren ast arasındaki hiyerarşik ilişkiye bağlı olarak itaat yükümlüğünün emrin içeriğine bağlı olarak doğurduğu sorumluluğu açıklamaktadır. Hukuka aykırı bir emirden dolayı sorumluluk doğacağı açıktır ancak önemli olan sorumluluğun emri ifa edene mi yoksa emri verene mi ait olduğunun belirlenmesidir. Bu konuda doktrinde daha az destek bulan görüş hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak değil mazeret nedeni olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Mazeret nedeni, irade yeteneğinin haricen etkilendiği durumlarda söz konusu olmaktadır.⁴¹ Bu görüşe göre ne itaat yükümlülüğü ne de emrin bağlayıcılığı fiilin haksızlık içeriğini azaltmadığı gibi emri verenin kusurunu da tamamen ortadan kaldırmaz. Ancak içerisinde bulunduğu hiyerarşik ilişki nedeniyle astın emre karşı gelmesini beklemek de adil değildir. Astın hukuka aykırı emre karşı irade özgürlüğü mutlak olarak ortadan kalkmış değildir ancak büyük ölçüde sınırlanmış vaziyettedir. Bu nedenle söz konusu fiilden dolayı mazur görülmalıdır. Ast, icra ettiği hukuka aykırı ancak bağlayıcı emirden dolayı kusuru büyük ölçüde azaldığı için mazur görülse de fiilin haksızlık içeriği ortadan kalkmadığı için üçüncü kişiler açısından meşru savunma hakkı her zaman için söz konusudur. Bu durumda ast kendisine gösterilecek böyle bir savunmaya katlanmakla yükümlüdür.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise devlet işlerinin gecikmesinin yerine getirilmesi için gerekli olan hiyerarşik itaat ilişkisi bağlayıcı olmak şartıyla emri alan astın ifa sırasında irade özgürlüğünün olmadığı normatif olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle emri alan kişinin kusursuzluğu söz konusu olmakta ancak fiilin haksızlık içeriği ve hukuka aykırılığı devam etmektedir. Emri veren üstün sorumluluğunun devam etmesi, hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin ifasının hukuka aykırılığı değil kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edilmesinin en önemli sonucudur. TCK 24. madde gerekçesinde de konuyla ilgili “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.” ifadeleri yer almaktadır. Nitekim Anayasa madde 137/1’de yer alan “(...) *bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz*” ifadesi ile TCK 24/2’deki “*yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” ifadesi birbiriyle paralel nitelikte olup uyum arz etmektedir ve hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni değil kusurluluğu kaldıran bir sorumsuzluk nedeni olduğunu ortaya koymaktadır. Keza yukarıda yer vermiş olduğumuz CMK 223/2-d’nin “*yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi*” durumunda “*kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının*” verileceğine yönelik amir hükmü de bu durumu kesinleştirmektedir.

Esasında benzer bir ayırım Alman ceza hukuku öğretisinde de mevcuttur. Emrin niteliğine bakılarak söz konusu fiil ve onun sebebi olan emir hukuka aykırılık unsuru kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluk kapsamında bir mazeret nedeni olarak değerlendirilmektedir. Bir diğer deyişle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi kusurluluk kapsamına sokularak mazeret nedeni şeklinde tanımlanmaktadır. İtalyan ceza hukuku öğretisinde de hukuka uygunluk nedeni olan hukuka uygun ve bağlayıcı emrin yerine getirilmesi konusunda tereddüt yoktur. Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirler konusunda ise emrin denetlenebilir olup olmaması yani bağlayıcılığı astın sorumluluğunu gündeme getirecektir. Astın sorumlu olmayacağını kusurluluk kapsamında ele alan İtalyan hukukçulara göre ast, üste karşı itaat yükümlülüğü dolayısı ile güçlü bir ruhi baskı altında olduğu için bu fiili gerçekleştirilmektedir ve bu nedenle kusurlu değildir.

⁴⁰ Özgenç, 2021, s. 320.

⁴¹ Koca / Üzülmez, 2021, s. 318.

İtalyan hukuk öğretisinde ayrıca suç olduğu bariz olan emirleri gerçekleştirmenin astın sorumluluğunu gündeme getireceği de ifade edilmiştir.⁴² Görüldüğü üzere mukayeseli hukukta Alman ve İtalyan ceza hukuku sistemlerinde de Roma Statüsü'ndeki koşullu sorumluluk anlayışına uygun düzenlemelere gidilmiştir.

III. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASININ ŞARTLARI

A. Bir Emrin Bulunması

Emir kavramının tanımı TCK'da yapılmamış olmakla birlikte emir, hiyerarşik yapı içerisinde emir verme yetkisine sahip üst tarafından asta yöneltilmiş ve bir hareketin yapılmasını veya yapılmamasını içeren irade beyanı olarak tanımlanabilecektir⁴³. Burada emri verme yetkisine sahip amirin üstünlüğü, fiili bir üstünlük olmaktan ziyade hukuktan kaynaklanan bir üstünlüktür. Aksi taktirde amirin emrinin yerine getirilmesi kurumundan bahsedilemeyecektir⁴⁴. TSK İç Hizmet Kanunu'nun 8. maddesi ise emir kavramını "*hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesi*" şeklinde tanımlamaktadır.

Meşru bir emrin varlığı, kamu hukuku anlamında bir ast-üst ilişkisinden kaynaklanmasına bağlıdır⁴⁵. Diğer bir ifadeyle özel hukuk alanında amir tarafından verilen emirler, kusurluluğu etkilemeyecektir.

Emir, genel bir emir olabileceği gibi özel bir emir de olabilecektir. Ayrıca emrin başka bir şahıs aracılığıyla emri yerine getirecek olana iletilmesi de mümkündür. Bu bakımdan emri yerine getirecek memura bizzat yöneltilmiş olması zorunlu değildir. Emrin verilmesinin belli bir şekilde bağlanmadığı hallerde yazılı verilmesi mümkün olduğu gibi sözlü de verilebilecektir⁴⁶.

B. Emrin Bağlayıcı Olması

1. Emrin Yetkili Amir Tarafından Verilmiş Olması

Emrin, emri vermeye yetkili bir merci tarafından verilmesi, diğer bir ifadeyle meşru olması gerekmektedir. Emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulması ancak emrin meşru olması halinde mümkündür⁴⁷. Her ne kadar emri vermeye yetkili kişinin amir olduğu ve bu hakka hukuktan kaynaklanan üstünlüğü sebebiyle sahip olduğu kabul edilse de her amirin her konuda emir verme yetkisi bulunmadığı unutulmamalıdır⁴⁸. Amirin kendi görev alanına dair konularda emir vermesi ve bu emrin yerine getirilmesi memurun görevi dahilinde bulunmalıdır. Aksi taktirde, memurun söz konusu emrin yerine getirilmesi bakımından sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmelidir. Amirin o emir bakımından yetkili olup olmadığı her somut olay bakımından incelenmeli⁴⁹ ve amir yer, zaman, konu bakımından yetkili olmalıdır.

Verilen bir emir, aynı amir tarafından ikinci bir emirle değiştirilebilir veya farklı yetkili mercilerden aynı kapsamda birbirleriyle çatışan emirler verilebilir.

⁴² Hukuka aykırı emrin ifası kurumu hakkında Alman ve İtalyan Kanunlarının sistematik yorumları ve daha ayrıntılı mevzuat incelemeleri için bkz. Dursun, Selman, "Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırılması Olarak İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, 2014, s. 209 ve 223.

⁴³ Özer, Cumhuriyet, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Emrin Yerine Getirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Isparta, 2002, s. 42.

⁴⁴ Günel, Y., *Yetkili Mercinin Emrini İfa*, Siyasal Bilgiler Fakültesi YAYINLARI, Ankara, 1967, s. 59.

⁴⁵ Özgenç, 2021, 321; Özer, 2002, s. 41; Savaşçı Temiz, 2021, s. 67.

⁴⁶ Özer, 2002, s. 44; Savaşçı Temiz, 2021, s. 65 vd.

⁴⁷ Özbek, V. Ö / Doğan, K / Bacaksız, P., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2020, 11. Baskı, s. 397; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, 2021, s. 578.

⁴⁸ Centel / Zafer / Çakmut, 2020, s. 315; Özer, 2002, s. 46. Örneğin, tutuklama kararı ancak hâkim tarafından verilebilir. Her ne kadar CMK uyarınca kolluk amirinin gecikmesinde sakınca bulunan ve Cumhuriyet savcısına ulaşamayan hallerde yazılı arama kararı vermeye yetkili olduğu kabul edilse de tutuklama kararı vermeye yetkili olmadığı söylenebilecektir.

⁴⁹ Savaşçı Temiz, 2021, s. 67 vd.

Birbirleriyle çatışmadığı durumlarda emri alan tüm emirleri yerine getirir. Ancak bir çatışma söz konusu ise burada “emir uyuşmazlığı” var demektir. Bu durumda şayet ikinci emir, aynı amir tarafından verilmiş ise ilk emir ölü bir emir haline gelir ve hükmünü kaybeder. Bu durumda ast, ikinci emre rağmen ilk emri yerine getirirse konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırılık durumunda dahi sorumsuz olmayacak ve doğacak sonuçlara katlanacaktır. Yani sorumluluk amire değil asta ait olacaktır. Farklı merciler tarafından aynı kişilere yönelmiş emirler arasında bir çatışma söz konusu olduğunda ise sorun daha farklı çözüme kavuşturulur. Bu durumlarda farklı kanunlarda aksine bir düzenleme mevcut değilse en yüksek yetkili amirin emri yerine getirilir. TSK İç Hizmet Kanunu’nun 22. Maddesinde bu duruma yönelik örnek bir düzenleme mevcuttur. Söz konusu hükme göre, ast, ikinci emri veren yüksek dereceli amire ilk emri bildirir ve ikinci amir emrinde ısrar ederse bu emir yerine getirilir. Birinci amir de durumdan haberdar edilir. Ancak somut olayın şartları ikinci yüksek dereceli amiri ilk emirden haberdar etmeye müsait değilse bu durumda sorumluluk asta ait olmak üzere vaziyete uygun olan emir yerine getirilir. Aynı seviyede olan amirler tarafından verilen emirler arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ise aynı emri vermeye yetkili amir tek olacağı için ast, yalnızca yetkili amir tarafından verilen emri yerine getirir.⁵⁰

a. Yer Bakımından Yetki

Yer itibarıyla yetki ile yetkinin coğrafi alan olarak geçerli olduğu yerler ifade edilmektedir. Her amirin yetki alanı mevzuatla belirlenmiş olup bu alanın aşılması halinde meşru bir emrin varlığından söz edilemeyecektir.⁵¹

b. Konu Bakımından Yetki

Konu bakımından yetki, doktrinde “emrin vazifeye aidiyeti” şeklinde tanımlanmaktadır⁵². Bu bakımdan her merciin kendi içerisinde bir amaca sahip olduğu ve verilen emirlerin bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan memurun kendisine verilen her emre mutlak itaate mecbur olmadığı söylenmelidir. Nitekim memur, görevle ilgisi olmayan, örneğin amirin özel hayatını ilgilendiren konularda, emri yerine getirmek mecburiyetinde değildir. Amire yasa ile takdir yetkisinin tanındığı hallerde ise bu yetkinin keyfi şekilde kullanılmaması ve kamu yararının gözetilerek emir verilmesi gerekmektedir⁵³.

c. Zaman Bakımından Yetki

Zaman bakımından yetki ile idari makamların konu yönünden sahip oldukları yetkiyi kullanabilecekleri süre ifade edilmektedir⁵⁴. Amir, emir verme yetkisini görev süresi içerisinde ve görev süresinin sona erme anına kadar kullanabilecektir. Bu bakımdan amirin emekli olması, izinli ya da raporlu olması gibi hallerde amirin emri yerine getirilmemelidir⁵⁵.

2. Emrin Ast Tarafından Yerine Getirilmesinin Zorunlu Olması

Emrin yetkili amir tarafından verilmesi yeterli olmayıp verilen emrin memur tarafından yerine getirilmesinin de zorunlu olması gerekmektedir. Memurun yerine getirmiş olduğu emir bakımdan sorumluluktan kurtulabilmesi, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emrin varlığı şartına bağlıdır.⁵⁶ Bu bakımdan memur, emrin kendi görev alanına girip girmediğini araştırmalıdır. Bu durum memur bakımından hem bir hak hem de bir görev olma özelliği taşımaktadır.⁵⁷

⁵⁰ Savaşçı Temiz, 2021, s. 95-100.

⁵¹ Özer, 2002, s. 48.

⁵² Centel / Zafer / Çakmut, 2020, s. 312.

⁵³ Akman, 2015, s. 136.

⁵⁴ Akman, 2015, s. 138.

⁵⁵ Özer, 2002, s. 49.

⁵⁶ Demirel, Muhammed, *Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2014.

⁵⁷ Özer, 2002, s. 50.

Memur, bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁵⁸ TCK'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasında "yerine getirilmesi görev gereği zorunlu" ifadesi kullanılarak bu şartın mevcudiyetinin zorunlu kılındığı söylenebilecektir.⁵⁹

C. Emrin Hukuka Aykırı Olup Olmadığı Yönünde Araştırılması

Kural olarak amir tarafından verilmiş olan emrin şekli veya maddi olarak hukuka aykırı olmaması ve konusunun suç teşkil etmemesi gerekmektedir.⁶⁰ Bu bakımdan memura emrin hukuka aykırı olup olmadığını ve konusunun suç teşkil edip etmediğini araştırma yönünde iki yükümlülük yüklenmiştir.⁶¹ Memurun bu yönde bir denetleme yapmaksızın emri yerine getirmesi halinde sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmelidir.⁶² Emrin hukuka uygunluğunun nasıl denetleneceği hususunda mutlak itaat teorisi, şekli kontrol teorisi, içerik itibarıyla kontrol teorisi, emrin tekrarı teorisi gibi farklı teoriler geliştirilmiştir.⁶³ Üstün emrini ifa istisnaları olan bir müessese olduğu için her bir istisna için farklı bir teori gündeme gelebilecektir.

Emir, hem şekil hem içerik bakımından hukuka uygun olmalıdır. Örneğin, tutuklama kararının hakim değil savcı tarafından verilmesi anlamında emrin şekli anlamda hukuka aykırılığından bahsedilecektir. Amirin görev dışında özel hayata ilişkin emirleri ise emrin içerik yönünden hukuka aykırı olmasına sebebiyet verecektir.⁶⁴

⁵⁸ **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005 tarih ve 10-15/29 sayılı Kararı** "Sanığın üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçiminde kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle kuşku uyandırması nedeniyle delillerin yok edilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CMUK'nun 97. Maddesinde belirtilen gecikmesinde sakınca bulunan halin somut olayda gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Öte yandan aynı yasa maddesi uyarınca emniyet amiri vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı verilmesi gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilirse de, el koyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hâkim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceği olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgileri C. Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hâkim kararı alınması için girişimde buldukları, bu surette hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, somut olaydaki arama işleminin esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarını ihlal ettiğinden söz edilemez."

⁵⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, 2020, s. 397.

⁶⁰ **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/10-15, K. 2005/29, T. 15.3.2005:** "Öncelikle; yukarıda ayrıntıları ile belirtildiği gibi arama kararı ya da emri yazılı olmalıdır. Oysa sanığın üzeri Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile aranmıştır. PVSK.nun 2. maddesinde belirtilen haller dışında (VIII bent hariç) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasanın 20. maddesinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra "arama" ve "el koyma" tedbirlerinde "yazılılık" temel ilke olarak kabul edilmiştir. (...).Nitekim Anayasanın belirlediği bu ilkelere uygun şekilde değiştirilen PVSK.nun 9. maddesinde Anayasanın 200. maddesi adeta aynen tekrar edilerek, polisin "... kamu düzeninin, genel sağlık, ... veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması... amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle; ... kişilerin üstlerini, araçlarını, ... ve eşyasını..." arayabileceği belirtilmiştir. Öncelikle; yukarıda ayrıntıları ile belirtildiği gibi arama kararı ya da emri yazılı olmalıdır. Oysa sanığın üzeri Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile aranmıştır. PVSK.nun 2. maddesinde belirtilen haller dışında (VIII bent hariç) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmamaktadır."

⁶¹ Centel / Zafer / Çakmut, 2020, s. 314.

⁶² Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, 2021, s. 496.

⁶³ Bu teoriler hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, Olgun, "Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa", *TAAD*, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 465-466.

⁶⁴ Örneğin, amirin "camiye/kiliseye git", "şu kitabı oku" şeklindeki emirleri içerik bakımından hukuka aykırılık teşkil etmektedir (Özbek / Doğan / Bacaksız, 2020, s. 400).

Burada değinilmesi gereken önemli bir nokta, her ne kadar söz konusu hüküm Anayasa'da "kanunsuz emir" başlığı ile düzenlenmişse de emrin sadece kanunun hükümlerine değil, yönetmelik, tüzük ve Anayasa metnine de uygunluğu aranmalıdır.⁶⁵

1. Emrin Hukuka Uygunluğunun Denetlenme Yetkisinin Sınırlandırılması

Her ne kadar Anayasa'nın 137. maddesinin üçüncü fıkrasına uyumlu şekilde TCK'nın 24. maddesinin son fıkrasında "Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur"⁶⁶ denilerek istisnai olarak memurun emrin içerik bakımından hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi kanun ile kısıtlanabileceği kabul edilse de emrin şekil yönünden hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi hukuk düzeni tarafından engellenemez⁶⁷. Mutlak itaat prensibinin gerekli olduğu askeri ceza hukukunda ve bazı hallerde kolluk güçlerinin emrin içerik yönünden hukuka uygunluğunu denetleme yükümlülüğü kanun tarafından engellenmiştir⁶⁸. Bu hallerde memur, emrin hukuka aykırılığını fark etse dahi emri yerine getirmek zorundadır ve sorumluluk, emri verene ait olacaktır.⁶⁹

a. Askeri Mevzuat

Kanunun emrin içerik yönünden hukuka uygunluğunu denetleme yetkisini kısıtladığı hallerden biri hiyerarşik ilişkinin en fazla hissedildiği askeri mevzuatta yer almaktadır. Mevzuata bakıldığında askerlere, memurlara kıyasla daha sınırlı bir denetleme yetkisi verdiği söylenebilecektir⁷⁰. TSK İç Hizmet Kanunu'nun 14. maddesinde "Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur." şeklinde hüküm yer almaktadır.

⁶⁵ 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16/B maddesine göre Anayasa'nın 137'nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" şeklinde değiştirilmiştir.

⁶⁶ Söz konusu hüküm 765 sayılı TCK'da bulunmamaktaydı.

⁶⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız, 2020, s. 401; Özer, 2002, s. 53.

⁶⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, 2021, s. 496.

⁶⁹ Koca / Üzülmez, 2021, s. 275 vd.

⁷⁰ Günel, 1967, s. 124; Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, 2021, s. 579.

Bu hüküm bakımından astın askeri hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmaksızın amirinden aldığı her emre mutlak itaat mecburiyetinde olduğu, üstünden aldığı emirler bakımından ise böyle bir emri vermeye yetkili olup olmadığını denetledikten sonra emre itaate mecbur olduğu söylenebilecektir⁷¹. Söz konusu hüküm dikkate alındığında askeri mevzuatta mutlak itaatin benimsendiği söylenebilir de mutlak itaat için amirin vermiş olduğu her emrin yeterli olmayacağı ve yukarıda da belirtildiği üzere emrin şeklen hukuka uygunluğunun her zaman denetlenebileceği söylenebilir.⁷²

Askeri Ceza Kanunu'nun *İştirak* başlıklı 41. maddesinin ikinci fıkrası "*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.*" şeklinde bir düzenleme içermektedir. Bu hükme göre, amirin hizmete ilişkin konularda asta konusu suç teşkil eden bir emir vermesi mümkün kabul edilmektedir. Bu durumda astın bu emre mutlak itaate mecbur olduğu, dolayısıyla sorumluluğun emri verene ait olduğu kabul edilmektedir. Ancak kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere astın sorumlu olmaması için verilen emrin askeri hizmete ilişkin olması gerekmektedir. Ast, verilen emrin bu içeriğini araştırmalıdır.⁷³ Askeri Ceza Kanunu'nun 41. maddesinin üçüncü fıkrasında ise böyle bir durumda astın sorumluluğuna ancak emrin hizmete dair bir konuda olmaması, emrin adli ya da askeri bir suç işlemek amacıyla verildiğinin bilinmesi⁷⁴ yahut astın kendisine verilen emrin sınırlarını aşması halinde⁷⁵ gidilebileceği belirtilmiştir.

⁷¹ Demirbaş, 2021, s. 300-301. Askeri Yargıtay'ın bu konuya dair çelişkili kararları mevcuttur. Bazı kararlarında astın aldığı emri, kanuna uygun bulmasa dahi yerine getireceğine dair hükmün Ceza Hukuku alanında uygulanamayacağını kabul etmektedir. Örneğin **Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 22.02.2001, 18/21** kararında "*Her ne kadar İç Hizmet Kanununun 14 ve İç Hizmet Yönetmeliğinin 33. maddesi ile 'astın aldığı emri kanuna ve nizamaya uygun bulmasa bile bu emri yapması ve ondan sonra şikâyet etmesi' hükmü altına alınmış ise de, bu hükmün ceza hukuku alanında uygulama imkânı yoktur. Çünkü ceza hukukunda esas olan, ceza kanunlarının tayin ettiği suç tipine uygun fiilin mevcut olup olmadığıdır. Başka bir tabirle emrin biçimi ne olursa olsun astların uyma mecburiyeti olduğuna ilişkin idari kanun ve yönetmeliklerdeki hükümlerin Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesi ile ilişkisi düşünülemeyeceği gibi, kanuna ve emirlere aykırı olan bir istek emir niteliğini kazanamayacağı cihetle İç Hizmet Kanununun 14 ve Yönetmeliğinin 33. maddelerinin ceza hukuku yönünden değer ifade etmesi de iddia edilemez.*" şeklinde karar vermiştir. Askeri Yargıtay, bazı kararlarında astın hukuka aykırı emri yazılı şekilde isteyemeyeceği ve bu emri icra etmemesi halinde Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan itaatsizlik suçunun oluşacağını kabul etmesine rağmen bazı kararlarında ise tersi görüşü savunmuştur. Örneğin **Askeri Yargıtay 1. Dairesi, 01.05.2002, E. 2002/423, K. 2002/420** kararında "*Yasa veya diğer nizamlarla düzenlenmiş hususlarda, yasa ve nizamla aykırı olarak verilen emrin yerine getirilmesi, askerliğin kuralları gereği zorunlu olsa dahi, yerine getirilmemesinin Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesinde düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar*" suçunu oluşturmayacağı Askeri Yargıtay'ın Yerleşik İçtihatları ile benimsenmiştir. Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması ile, bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin suç teşkil etmesi ayrı sonuçlardır. Ast kanuna aykırı dahi olsa emri yerine getirecektir. Ancak yerine getirmediği takdirde eylemi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacaktır, ama bu eylemi askerliğin disiplin kurallarını ihlal ettiğinden disiplin tecavüzü teşkil edecek ve amiri tarafından disiplin cezası ile cezalandırılabilir." şeklinde hüküm vermiştir.

⁷² Günal, 1967, s. 124.

⁷³ Aydın, Hüseyin "Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu", *YBHD*, Y. 5, S. 2020/1, s. 67-68.

⁷⁴ **Askeri Yargıtay 4. Dairesi, 18.01.1972, 4/21** kararında "*227 SK.nun 10. maddesiyle yasaklanmış olmasına rağmen sinema parası namı altında aylıkLiranın erat harçlıklarından kesilmesine dair Tb. K.lığından verilen ve zikredilen mahiyeti itibariyle suç maksadı güttüğü aşık olan ...kanuna muhalefetle muallle olduğu kendilerince de bilinen emri uygulamaktan imtina etmeleri ve durumu en kısa yoldan bir derece yukarı amire duyurmaları gereken Bölük Komutanlarının emrin verildiğitarihinden, kaldırıldığıtarihine kadar bu emri uyguladıkları sübuta erdiklerine göre sanıkların Askeri Ceza Kanunu 41/3-B md.si delaletiyle memuriyet nüfuzunu suiistimal suçlarından dolayı faili müşterek olarak cezalandırılmalarında kanuna aykırı bir cihet görülmemiştir.*" şeklinde karara varmış ve suç işlemek maksadının aşık olduğu hallerde emri yerine getirenin de sorumluluktan kurtulamayacağına hükmetmiştir.

⁷⁵ Yargıtay bu konuda, "*...emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arzettiği düşünülmeden sanık hakkında TCK'nun 49/1 maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi yasaya aykırıdır.*" şeklinde bir karar vermiştir (**Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2002/3659, K. 2002/4665, T. 12.12.2002**).

Bu düzenlemenin konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceğine ve yerine getirilmesi halinde hem emri verenin hem emri yerine getirenin sorumlu olacağına dair hüküm içeren Anayasa metnine aykırı olduğu kabul edilmelidir⁷⁶.

b. Kolluk Mevzuatı

Hiyerarşik ilişki silahlı kuvvetler kadar sıkı olmadığı kolluk kuvvetleri bakımından PVSK'nın 2. maddesi Anayasa'nın 137. maddesindeki hükme paralellik taşımakta ve kolluk memurunun emri içerik ve şekil yönünden denetlemesi gerektiği, hukuka aykırılık görmesi halinde emri yerine getirmeyerek amirine hukuka aykırılığı bildirmesi, amirin emrini yazı ile yenilemesi halinde yerine getirmesi gerekmektedir. Konusu suç teşkil eden emirler ise hiçbir zaman yerine getirilmeyecektir. Ancak kolluk kuvvetlerinin kendilerine verilen emrin hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi kanunla kısıtlanabilmektedir. Örneğin polis memuru, infazı gereken bir arama kararında, aramayı gerektiren makul şüphenin oluşup oluşmadığını inceleme yetkisine sahip değildir⁷⁷. PVSK'nın 2. maddesinde on üç bent halinde sayılan durumlarda polis memurunun yetkili amir tarafından verilmiş sözlü emirleri hukuka aykırı görse dahi yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu hallerde de konusu suç teşkil eden emirler yerine getirilemeyecek, getirilmesi halinde emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilecektir⁷⁸. Bu hallerde emrin yazılı şekilde verilmesi istenemeyecektir. Bu durum Anayasa'nın 137. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen istisna hallerinden birisini teşkil etmektedir.

D. YAZILI BİLDİRİM VE ISRAR

Ast, yukarıda örnekleri verilen ve kendisine mutlak itaat yükümlülüğü yükleyen istisnai haller dışında verilen emre ilişkin hukuka uygunluk araştırması yapmakla mükelleftir. Ancak bu istisnai hallerde dahi mutlak itaat emrin içeriğine yöneliktir. Şekli olarak hukuka aykırı bir emir sıradan bir irade açıklaması hükmündedir ve mutlak itaat gerektiren durumlarda dahi şekle aykırılık nedeniyle emrin yerine getirilmesinden kaçınılabilir. Kaynağını Anayasa'nın 137. Maddesinden alan bu denetleme yükümlülüğü astın kusurlu olarak değerlendirilmemesi için zorunludur.

Astın bu denetim sonucunda hukuka aykırı olarak gördüğü bir emri üstüne bildirmesi gerekir. Bu bildirim sonrasında Anayasaya göre “(...) üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.” Hükümden de anlaşılacağı üzere hukuka aykırı emri ast, üstüne bildirdikten sonra emri veren amir emrini tekrar eder ve yazı ile yenilerse ast, sorumluluk emri verene ait olmak üzere bu emri yerine getirmekle yükümlüdür.

IV. SORUMLULUK HALLERİ

A. Hukuka Uygun Emirlerin Yerine Getirilmesi Halinde Sorumluluk

Hukuka uygun olarak yetkili mercii tarafından verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emirlerin ifası halinde emri verenin ve emri yerine getirenin sorumsuzluğundan söz edilecektir.

⁷⁶ Askeri Ceza Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı hükümler içerdiği kabul edilen 41. maddesinin 2. ve 3. fıkralarının Askeri Ceza Kanunu Ek madde 8 ve Ek madde 9 ile zımnen ilga edildiği ve bu tür emirlerin yerine getirilmesi halinde TCK'nın 24. maddesinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu kabulün sorunu çözmeye yetersiz kalacağı ve Askeri Ceza Kanunu'ndaki hükmün mutlaka değiştirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Koca / Üzülmöz, 2021, s. 345.

⁷⁷ Akman, 2015, s. 172. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Koç, Emin “Kolluk Kuvvetlerinin Silah Kullanma Yetkisi”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002.

⁷⁸ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, 2021, s 495-496; Deniz, Buket “Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 19(3), 2020, s. 948.

Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi halinde, emrin dayanağını kanundan almasından bahisle hukuka uygunluk nedeninin var olduğu kabul edilmekte ve emri veren ve emri yerine getirenin sorumsuzluğundan bahsedilmektedir zira emrin hukuka uygun olması hem ast hem üst için hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir⁷⁹. Dolayısıyla hukuka uygun emrin yerine getirilmesi halinde, kanunla verilen görevin ifası söz konusu olacaktır⁸⁰. Örneğin, icra memurunun İcra İflas Kanunu'nun verdiği yetkiye dayanarak haciz işlemi yapmak maksadıyla başkasının konutuna girmesi halinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmayacaktır zira görevin ifası dolayısıyla fiil hukuka uygun hale gelmektedir⁸¹.

B. Hukuka Aykırı Emirlerin Yerine Getirilmesi Halinde Sorumluluk

Hukuka aykırı emirler, konusunun suç teşkil edip etmediğine göre ikiye ayrılmaktadır. Her iki halde farklı sorumluluk hükümlerinden söz edilecektir.

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

Emrin mevzuata, diğer bir ifadeyle Anayasa, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik metinlerine aykırı olması ancak suç teşkil etmemesi halinde hukuka aykırı emirden bahsedilecektir⁸². Bu tür emirlerin yerine getirilmesi halinde TCK'nın 24/2 ve CMK 223 uyarınca emri yerine getirenin sorumsuz olacağı kabul edilmiştir.

Emrin sadece hukuka aykırı olması halinde memura bu aykırılığı amirine bildirme hakkı tanınmıştır. Amirin emrini yazı ile yenilemesi halinde artık memurun bu emri yerine getirmesi zorunludur. Bu halde emrin hukuka uygun hale geldiği söylenemeyecektir zira emri verenin sorumluluğu devam etmektedir⁸³. Askeri mevzuat içerisinde TSK İç Hizmet Yönetmeliği 33. maddede bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. 33. maddeye göre *"Emirlerin, hizmete mütaallik olması (Silâhlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu madde 8 ve 16) ve kanun ve nizamları ihlâl etmemesi şarttır. Ancak, Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder. Amirin verdiği emir Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren hallere mütaallik ise emir ifa olunmaz ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire malûmat verilir. Bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyet ast'a aittir."*

Emri yerine getiren bakımından ise bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusu olmaktadır. Burada her ne kadar hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesi gerekse de içinde bulunduğu hiyerarşik ilişki, emre bağlayıcı bir nitelik⁸⁴ kazandırmakta ve emri yerine getirenin kusurluluğuna etki etmektedir zira bu halde memurun irade hürriyetinin olmadığı kabul edilmelidir⁸⁵. Bu nedenle hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin niteliği hukuka uygunluk sebebi değil kusurluluğu ortadan kaldıran bir nedendir.

Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi bakımından değinilmesi gereken diğer bir nokta, memurun emrin hukuka aykırılığı konusunda hataya düşmesidir. Bu durum, Anayasa'nın 137. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı kuralının istisnalarından birini oluşturmaktadır. Yargıtay, hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi halinde hatanın iki şekilde olabileceğini kabul etmektedir.

⁷⁹ Bilke, 2017, s. 6; Akkurt, Ali, "Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2013, s. 9.

⁸⁰ Bu ikisini farklı başlıklar altına ele alan bir yaklaşım için bkz. Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, 2021, s. 490 vd.

⁸¹ Koca / Üzülmöz, 2021, s. 278.

⁸² Özbek / Doğan / Bacaksız, 2020, s. 400.

⁸³ Özgenç, 2021, s. 320.

⁸⁴ Dursun, 2014, s. 233.

⁸⁵ Değirmenci, 2012, s. 475; Koca / Üzülmöz, 2021, s. 344.

İlk ihtimal, memurun emredilen fiilin haksızlık teşkil ettiği bilincinde olmaması, ikinci ihtimal ise emrin yerine getirilmesinde hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiğini düşünmesidir⁸⁶.

Memurun kendisine verilen emrin şekil ve içerik yönünden hukuka uygunluğunu denetleme hak ve yükümlülüğünün bulunduğu daha önce de belirtilmişti. Ancak emrin hukuka aykırılığı konusunda haklı görülebilecek bir hatanın mevcut olması halinde istisna hükmü uygulanacaktır⁸⁷. Hukuki hata halinde kişi, fiilin suç olmadığını düşünmektedir. Failin işlemiş olduğu fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklandığını bilmesine karşılık olayda bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu zannetmesi halinde de hukuki hatadan söz edilecektir. Yargıtay bu konuda nasıl bir değerlendirme yapılacağını bir kararında şu şekilde belirtmiştir: “Astın konusu suç oluşturan emri haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerek bu emri yerine getirmesi somut olay çerçevesinde, astın bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alınarak TCK 30/4 maddesi bağlamında değerlendirilmelidir. Keza astın emrin askeri hizmet alanında verildiği, amirin yetkili olduğu ve zorunluluk teşkil ettiği hususlarında yanılığa düşerek, konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesi halinde yapılan değerlendirme neticesinde TCK'nın 30/1 maddesi gereğince kasten hareket etmediği neticesine varılabilir.”⁸⁸ Ancak Yargıtay, 15 Temmuz darbe girişimi ile ilgili verdiği bir kararında “Anayasa'nın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, niteliği itibarıyla de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan “Sıkıyönetim Direktifi” konulu emrin, yerine getirilmesi bakımından sanıkların bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında, TCK'nın m. 30/4 maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkân bulunmadığını” ifade etmiştir⁸⁹.

TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrası, kaçınılmaz hatayı düzenlemekte ve haksızlık yanılığı halinde failin işlediği fiile hukuk düzeni tarafından izin verildiğini dolayısıyla astın fiil icra ederken hukuka aykırı olmadığını düşünmesi söz konusu olmaktadır⁹⁰. Bu bakımdan memurun kendisine verilen emrin hukuka aykırılığı bakımından kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrası uygulanacak ve memur cezalandırılmayacaktır⁹¹.

⁸⁶ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2018/7103 K. 2019/1953, T. 21.3.2019 kararında, “Kanunun hükmü/kanunsuz emir, amirin emrinin ifası ve hata (TCK madde 30) savunmaları yönünden; Ayrıntıları ilgili bölümde açıklandığı üzere, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (1982 Anayasasının 137/2, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24/3. maddeleri) Askeri hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. Ancak amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise, maduna da faili müşterek cezası verilir. (1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 41/3-B maddesi)

Sanıkların sübutu kabul edilen eylemlerinin, Anayasayı ihlal ve Cumhurbaşkanına suikast suçlarını teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Bir kısmı doğrudan planlama, hazırlık ve koordinasyon görevini de ifa eden, tamamı suçun icra hareketlerini müşterek fail olarak gerçekleştiren sanıkların, en son Çiğli hava üssünde hükümeti düşürüp yönetime el koyacakları, bu kapsamda Cumhurbaşkanına suikast görevinin de kendileri tarafından icra edileceği hususunda bilgilendirildikleri somut olay yönünden, eylemlerinin suç teşkil ettiğini bilmediklerine dair savunmalarının reddedilmesinde ve TCK'nın 30. maddesinin tatbik şartlarının bulunmadığının kabul edilmesinde hukuki isabetsizlik yoktur.” şeklinde bir karara hükmetmiştir.

⁸⁷ Hata konusunda detaylı bilgi için bkz. Hakeri, 2012, s. 379 v.d.

⁸⁸ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2018/2519, K. 2019/323, T. 21.01.2019.

⁸⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1443, K. 2017/4758, T. 14.07.2017.

⁹⁰ Savaşçı Temiz, 2021, s. 178 vd.

⁹¹ Demirel, bu görüşü kabul etmemekte olup memurun göreve ilişkin konularda verilmiş emirler bakımından hataya düşmesinin kabul edilmeyeceği görüşünü savunmaktadır (Demirel, 2014, s. 181).

Emrin açıkça suç teşkil ettiği durumlarda ise kaçınılmaz hatadan söz edilemeyecektir.⁹² Ayrıca memurun kendisine verilen emrin hukuka uygunluğunu denetlemeksizin yerine getirmesi ve bunun sonucunda hataya düşmesi halinde de kişinin kusurlu olduğu ve kaçınılmaz hatanın bulunmadığı kabul edilecektir⁹³.

Emrin yerine getirilmesine ilişkin hukuki hata ve fiili hata birbirinden ayırt edilmelidir. Fiili hata halinde kişi, suç sayılan fiili bilmesine karşın ceza hukuku bakımından suç kabul edilen fiilden başka bir fiili gerçekleştirdiğini düşünmektedir. Fiili hatanın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması için esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir⁹⁴. Memurun hataya düşmesinde taksiri varsa ve suçun taksirli hali de kanunda cezalandırılıyorsa failin taksirli sorumluluğuna gidilecektir. Fiili hata halinde ise TCK 30/3'ün uygulanması söz konusu olacaktır⁹⁵.

2. Konusu Suç Teşkil Eden Emir Bakımından Sorumluluk

Gerek Anayasa'da bulunan hüküm gerekse TCK'daki düzenlemeler dikkate alındığında konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği kabul edilmektedir. Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin sorumluluktan kurtulamayacağı yine ilgili düzenlemeler ile hüküm altına alınmıştır. Bu halde emri yerine getirenin fail emri verenin ise azmettiren olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir⁹⁶. Örneğin, ÖSYM Başkanlığı'nda çalışan bir personele amiri tarafından verilen ve gizli bilgileri ifşa etmesine yönelik olan emrin personel tarafından yerine getirilmesi halinde hem amir hem personel, ceza hukuku anlamında sorumlu olacaktır. Hukuk devleti ilkesi gereğince devletin bir yandan suç işlemeyi yasaklarken diğer yandan bunun hukuka uygun olacağını söylemesi mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla konusu suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilmemesi kuralının mutlak bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir.

Hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi bakımından üçüncü kişilerin de itaat yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi bir durumda TCK m. 265'te düzenlenen kamu görevlisine görevi yaptırmamak için direnme suçu söz konusu olabilir. Hatta belirli şartlar dahilinde memura kanunun emrinin yerine getirilmesi için zor kullanma yetkisi dahi tanınmıştır. Hukuka aykırı ve fakat konusu suç teşkil etmeyen emirlerin ifasının bir mazaret nedeni olarak değil de bizim katıldığımız üzere kusurluluğu kaldırarak bir hal olarak kabul edilmesi halinde bu fiillere üçüncü kişilerin de itaat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak burada üçüncü kişilerin CMK 141-144 kapsamındaki tazminat hakları saklıdır. Bir örnek vermek gerekirse, üçüncü kişiler, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı bir tutuklama emrinin icrasına katılmak mecburiyeti altındadır. Emrin hukuka aykırı olması kolluk görevlileri bakımından emrin itiraz halinde yazı ile tekrar edilmesi durumunda sorumsuzluk nedeni iken üçüncü kişiler bakımından tazminatı gündeme getirmektedir.

⁹² Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2018/7103 K. 2019/1953, T. 21.3.2019, "Ayrıntıları ilgili bölümde açıklandığı üzere, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (1982 Anayasasınının 137/2, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24/3. maddeleri) Askeri hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. Ancak amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise, maduna da faili müşterek cezası verilir. (1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 41/3-B maddesi) Sanıkların sübutu kabul edilen eylemlerinin, Anayasayı ihlal ve Cumhurbaşkanına suikast suçlarını teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Bir kısmı doğrudan planlama, hazırlık ve koordinasyon görevini de ifa eden, tamamı suçun icra hareketlerini müşterek fail olarak gerçekleştiren sanıkların, en son Çiğli hava üssünde hükümeti düşürüp yönetime el koyacakları, bu kapsamda Cumhurbaşkanına suikast görevinin de kendileri tarafından icra edileceği hususunda bilgilendirildikleri somut olay yönünden, eylemlerinin suç teşkil ettiğini bilmediklerine dair savunmalarının reddedilmesinde ve TCK'nın 30. maddesinin tatbik şartlarının bulunmadığının kabul edilmesinde hukuki isabetsizlik yoktur."

⁹³ Demirel, 2014, s. 180.

⁹⁴ Akman, 2015, s. 250.

⁹⁵ Savaşçı Temiz, 2021, s. 223.

⁹⁶ Savaşçı Temiz, 2021, s. 145 vd.

Konusu suç teşkil eden emir ve yasakların yerine getirilmesi ise hiçbir zaman kamu görevi kapsamında olamayacağı için kamu görevlileri bu nitelikteki emirleri yerine getiremez ve buna aykırı hareket ederek suç teşkil eden emri yerine getiren kamu görevlilerine karşı da üçüncü kişilerin direnme hakları vardır.⁹⁷ Kamu görevlisinin emrin suç teşkil etmediği konusunda hataya düşmesi halinde dahi üçüncü kişi bu yanılmadan sorumlu olmayacağı için direnme hakkı var olmaya devam eder. Ancak üçüncü kişi direnme hakkını kanuni sınırları içerisinde kullanmalıdır.⁹⁸ Anayasa'nın 137. maddesinin 3. fıkrasında ve TCK'nın 24. maddesinin son fıkrasında yer verilen ve emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmiş olduğu istisna hükümleri, konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği kuralından sonra yer almaları nedeniyle o fıkralar bakımından da istisna getirdikleri şeklinde bir yorumlamaya sebep olabilecektir.⁹⁹ Bu durum, kanun yapma tekniğinden kaynaklanan bir problem olup konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından bir istisna olma özelliği taşımadıkları kabul edilmelidir. Ancak konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi cebir yahut tehdit altında gerçekleşmişse bu durumda TCK madde 28 hükmüne gidilebilecektir.¹⁰⁰

SONUÇ

Devletin kamusal görevlerinin etkin şekilde kullanılabilmesi ve idarenin bütünlüğünün sağlanabilmesi bakımından önemli bir araç olan hiyerarşi, kamu görevlileri arasında bir ast-üst ilişkisi yaratmakta ve bu ilişki içerisinde bazı kamu görevlileri emir verme yetkisi ile donatılırken bazı kamu görevlileri ise bu emirleri yerine getirme sorumluluğuna sahip olmaktadır. Nitekim bu ilişki bağlamında "amirin emrini ifa" kurumu oluşmuş ve emir kavramının hukuk düzeninde yaratmış olduğu etkiler incelenmiştir.

Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi tartışması hukukta çok eski bir tarihe sahiptir. Her ne kadar Roma'da veya Osmanlı-İslam hukukunda farklı düzenlemeler karşımıza çıksa da hukuka aykırı emrin ifası ve bu emirden ast ve üstün sorumluluğu konusu en çok insanlık suçlarına sahne olan dünya savaşları sırasında ve sonrasında gündeme gelmiştir. Savaş yıllarında askeri hiyerarşiyi tahkim etmek amacıyla astın her türlü emirden sorumsuzluğu anlayışı genel olarak kabul görse de bilhassa İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra çok ağır suçlar işleyen belirli kimselerin cezasız kalmalarının önüne geçmek amacıyla astın suç teşkil eden emirden sorumsuzluğu anlayışı terkedilmiştir. Ve bugün pek çok modern hukuk sistemi artık Roma Statüsü'nde kendisine yer bulan koşullu sorumluluk anlayışını kabul etmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun hükümleri ve sistematığı de buna uygun bir şekilde hazırlanmıştır.

Mevzuattaki düzenlemelerin incelenmesi sonucunda amirin vermiş olduğu emir bakımından üç ihtimalin bulunduğu söylenebilecektir. İlk ihtimal, emrin hukuka uygun olmasıdır. Bu halde emir kanundan kaynaklandığı için emri verenin ve emri yerine getirenin sorumsuzluğundan söz edilecektir. Bu durum hukuk düzeninin çelişmezliği ilkesinin bir sonucudur.

İkinci ihtimal, emrin hukuka aykırı olması ancak konusunun suç teşkil etmemesidir. Bu ihtimalde karşımıza Anayasa'daki düzenleme çıkmaktadır.

⁹⁷ Savaşçı Temiz, 2021, 172 vd.

⁹⁸ **Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E. 2001/38346, K. 2002/2442, T. 13,2,2002**, "Sanığın, Valiliğin emrine aykırı olarak yayladaki hayvanlarını olatmak için il dışından başka il nüfusuna kayıtlı ve ikamet eden çobanları çalıştırması eylemi nedeniyle mahkumiyetine karar verilmiş isede TCK'nun 526/1 maddesinin uygulanması için alınan önlemin hukuka ve kanuna aykırı olmaması gerekli olup Anayasamızın 49. maddesinde çalışma hakkı düzenlenerek devlete bu hakkı koruyucu ve kolaylaştırıcı önlemler alma yükümlülüğü getirilmiş bulunması nazara alındığında Valilikçe alınan önlemin hukuka uygun olmadığı dolayısıyla münnet suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden mahkumiyet hükmü kurulması...."

⁹⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, 2020, s. 402.

¹⁰⁰ Artuk / Gökcen / Alşahin / Çakır, 2021, s. 580.

Her ne kadar Anayasa'daki düzenleniş şekli "kanunsuz emir" başlığını taşıyor olsa da emrin yalnız kanunlara değil Anayasa metnine, yönetmelik ve cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırılığı halinde de hukuka uygun olmadığından söz edilecektir. Hukuka uygunluk denetimi yapmakla yükümlü olan ast, bu denetimi hem şekil hem de esasa ilişkin olarak yapacaktır. Esas yönünden hukuka aykırılık hallerinde denetlenmesi hukuken engellenmeyen emirlerin ifası durumunda denetim daha özel bir önem taşımakta olup hukuka aykırılığın bariz olup olmamasına göre emri yerine getirenin sorumluluğunu saptamak güçleşmektedir. İtalyan hukukuna paralel bir şekilde mevzuatta emri yerine getirenin sorumluluk halini kesinleştirmek için hukuka aykırılığın bariz olması durumunda emri yerine getirenin kusursuzluğundan bahsedilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme yapılması şarttır. Ancak esas yönünden denetimin yasaklandığı veya hukuka aykırılığın anlaşılabilmesi için özel bir denetimin gerektiği haller mazeret nedeni kapsamına alınmalıdır. Esas yönünden hukuka uygunluk denetimi kimi kanunlarda istisna olarak yasaklansa da şekil denetimi yasaklanamaz. Zira şekle uygun olmayan bir irade açıklaması emir niteliği taşımamaktadır. Denetimin yasaklanmadığı her halde, memur almış olduğu emrin hukuka aykırılığını amirine bildirmek yükümlülüğü altındadır. Ancak amirin emrinde ısrar etmesi ve bu emri yazı ile yinelemesi halinde artık memurun kusurundan ve dolayısıyla cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Emri yerine getiren açısından hukuka aykırı ancak bağlayıcı emrin ifasının "emri yerine getirmekle" sınırlı olan davranışı dolayısıyla kusurluluk yargısının değil hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğunu iddia eden görüşe, tarihte sadece aldıkları emri uyguladıkları gerekçesini ortaya atarak masumiyet iddiasında bulunanların yaptıkları savunmalara hukuki alan açabileceği düşüncesiyle katılmamaktayız. Aynı görüşte, madde gerekçesinde ifade edilen sorumsuzluk nedenleri şeklinde bir hukuki kurumun ceza hukukunda bulunmadığını, bununla kastedilenin hukuka aykırılığı veya kusuru kaldıran haller olarak çok daha geniş bir durum olduğu ifade edilmektedir. Düzenlemenin lafzından böyle bir sonuç çıksa da biz sorumsuzluk haliyle haksızlık içeriği taşıyan fiilden failin sorumlu tutulamamasının kastedildiğini düşünüyoruz. Zira olumsuz örnekleri kenarda bırakırsak çoğu durumda kusuru bulunmayan ve yalnızca verilen emri yerine getirenler açısından cezai bir sonuç doğmasa da fillerin haksızlık içerikleri değişmemektedir. Son ihtimal ise emrin konusunun suç teşkil etmesidir. Burada hem Anayasa hem Türk Ceza Kanunu'nun birbirine paralel hükümler içerdiği söylenebilecektir. Nitekim her iki düzenlemede de konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği ve böyle bir emrin yerine getirilmesi halinde memurun sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir. Hukuka uygunluk denetiminin yasaklanması konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirlerle ilgilidir. Her ne kadar Askeri Ceza Kanunu'nun 41. maddesinin Anayasa'nın bu hükmüne aykırı bir istisna ihtiva ettiği görülse de yine Askeri Ceza Kanunu'nun ek 8 ve 10. maddeleri ile ilgili hükmün zımnen ilga edilerek Anayasa'daki düzenlemeye uygun hale getirildiği ve askeri personele de TCK'nın 24. maddesinin uygulanacağı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Akkurt, Ali, " Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2013, ss. 55-75.
- Akman, Yağmur Müge "Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", Yüksek Lisans Tezi, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Ankara, 2015.
- Artuk, M. Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, M. Emin / Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet YAYINEVİ, Ankara, 2021.
- Avcı, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Mimoza YAYINLARI, Konya, 2012.
- Aydın, Hüseyin "Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu", *YBHD*, Y. 5, S. 2020/1, ss. 33-70.
- Bilke, Efe, "Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 5, 2017, ss. 1-27.

Centel, Nur / Hamide, Zafer / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta YAYINCILIK, İstanbul, 2020, 11. Baskı.

Değirmenci, Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, *TAAD*, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012, ss. 455-484.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2021.

Demirel, Muhammed, *Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2014.

Deniz, Buket, “Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 19(3), 2020, ss. 941-966.

Dursun, Selman, “Türk Ceza Hukukunda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, 2014, ss. 203-252.

Günel, Y, *Yetkili Mercinin Emrini İfa*, Siyasal Bilgiler Fakültesi YAYINLARI, Ankara, 1967.

Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet YAYINEVİ, Ankara, 2012, 14. Baskı.

Keçelioğlu, Elvan, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, 2010, ss. 299-321.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2021, Güncellenmiş 14. Baskı.

Koç, Emin “Kolluk Kuvvetlerinin Silah Kullanma Yetkisi”, Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü*, İstanbul, 2002.

Meraklı, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2020, 2. Baskı.

Özbek, V. Ö / Doğan, K / Bacaksız, P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2020, 11. Baskı.

Özer, Cumhur, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Emrin Yerine Getirilmesi”, Yüksek Lisans Tezi, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Isparta, 2002.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin YAYINCILIK, Ankara, 2021, 17. Baskı.

Savaşçı Temiz, Bilgehan, *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Yıldırım, Turan, v.d., *İdare Hukuku*, On İki Levha YAYINCILIK, İstanbul, 2016, Güncellenmiş 6. Baskı.

Zafer, Hamide, “Türk Ceza Hukukunda Kusur Kavramı –Normatif Teorinin Öne Çıkışı- Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun Ayrılmazlığı”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, S. 2, ss. 151-194.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://www.cumhuriyet.com.tr/dunya/ft-rusya-ukraynanin-nazilerden-arindirilmesi-ve-silah-sizlanmasi-taleplerinden-vazgecti-1920312> (E.T. 14.04.2022).

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-60997092> (E.T. 06.04.2022).