



# GAZİANTEP UNIVERSITY JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES

Journal homepage: <http://dergipark.org.tr/tr/pub/jss>



## Araştırma Makalesi • Research Article

### Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası

*Fulfilling The Order Of a Authority In The Context Of Criminal Law And Administrative Law*

Buket DENİZ<sup>a</sup> \*

<sup>a</sup> Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep / TÜRKİYE  
ORCID: 0000-0002-9787-0939

#### MAKALE BİLGİSİ

*Makale Geçmişi:*

Başvuru tarihi: 7 Mayıs 2020

Kabul tarihi: 10 Temmuz 2020

*Anahtar Kelimeler:*

Amirin Emrinin İfası,

Kusurluluk,

Ceza Hukuku,

İdare Hukuku

#### ARTICLE INFO

*Article History:*

Received May 07, 2020

Accepted July 10, 2020

*Keywords:*

Fulfilling The Order Of a Authority,

Culpability,

Criminal Law,

Administrative Law

#### ÖZ

Türk idari teşkilatı, kendi içerisinde hiyerarşik şekilde konumlandırılmış kamu görevlilerinden meydana gelmektedir. Hiyerarşi ilişkisinin bir sonucu olarak, üstün asta emir verme yetkisi bulunmaktadır. Bu noktada, amirinden emir alan bir kamu görevlisinin, emri uygulaması neticesinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı durumlar, suçlar, disiplin yaptırımı gerektiren fiiller ve kabahatler bakımından sorumluluğunun olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Anayasa, Devlet Memurları Kanunu ve çeşitli kanunlarla bu konu hakkında düzenlemeler getirilmiştir. Türk hukukunda genel olarak amirin emrinin ifası, “kusurluluğu kaldırır bir hal” olarak kabul görmektedir. Bunun sonucu olarak, hukuka aykırı emri yerine getiren kamu görevlisinin, çeşitli şartların varlığı halinde, meydana gelen hukuka aykırılık bakımından kusurunun olmadığı kabul edilmekte ve sorumluluğu doğmamaktadır.

#### ABSTRACT

There is a hierarchy principle in the Turkish administrative organization. As a result of the hierarchy relationship, the superior has the power to issue orders to the subordinate. At this point, it is necessary to determine whether the public officer who receives an order from her supervisor is responsible for unlawful situations, crimes, acts requiring disciplinary action and misdemeanors. With the Constitution, the Civil Servants Law and other laws, various regulations were introduced on this issue. In Turkish law, fulfilling the order of a authority is generally accepted as “a situation that removes culpability”. As a result, the public official who fulfills the unlawful order is not liable for the unlawfulness that occurs in the event of various circumstances.

\* Sorumlu yazar/Corresponding author.  
e-posta: buketdeniz@gmail.com

## EXTENDED ABSTRACT

States and public institutions are hierarchically structured due to their complex structures, large organizations and a wide range of public services, thereby facilitating their organization. As a requirement of this hierarchical structure, the supervisor officials have the power to issue orders to the officials. At this point, it is necessary to determine whether the public officer who receives an order from her supervisor is responsible for unlawful situations, crimes, acts requiring disciplinary action and misdemeanors. The results of this situation in terms of criminal law and administrative law constitute the subject of our study.

Fulfilling the order of a authority in the old Turkish Criminal Code was regulated as a reason for legality that public official who fulfill the order of the authority cannot be punished as a result of certain conditions. In the new Turkish Penal Code, it is regulated not as a reason for legality, but as a “annulment of culpability”. In the 1982 Constitution, fulfilling the order of a authority was regulated under the heading “Unlawful Order”. In addition, there are regulations in the Civil Servants Law and other private personnel laws regarding the fulfilling the order of a authority.

Fulfilling the order of a authority affects criminal responsibility. According to the predominant view in the doctrine, it is dealt with under the heading of “situations affecting culpability” which prevents the illegal act to be attributed to the perpetrator.

If there is an illegal act, the culpability of the offender is examined. If there is no defect, the perpetrator is not punished. In order for a person to be punished for unlawfulness or to be held responsible for misdemeanor or disciplinary sanction, it must be able to expect it to act in a manner that does not constitute a violation of law. In criminal law, it is accepted that there are two elements for defect: having defect capability and not having one of the reasons affecting the defect. One of the reasons affecting the culpability in the Turkish Criminal Code is the fulfilling of the order of a authority. Although there are different opinions in terms of legal nature in Turkish law, according to the dominant view, “fulfilling the order of a authority” is accepted as a reason that eliminates the defect in terms of a public official in the presence of certain conditions.

Certain conditions are necessary to ensure that fulfilling the order of a authority is not the responsibility of the person performing the order. These are the existence of an order, that order is a binding order and the order is not illegal or non-criminal. In terms of the last condition, it can be said that an order that constitutes a crime cannot be fulfilled by a public off. However, fulfilling the order of a authority does not lead to the responsibility of the public official who execute the order in some cases. Public official who receive the order cannot fulfill the order if it determine that the order is illegal. It should report this violation to the authority. It is only possible for the person who fulfills the illegal order to get rid of the responsibility, if the authority insists on the order and repeats this order in writing. The defect of the authority who issued the order continues and is responsible for the crime committed.

There are two exceptions in terms of controlling the unlawfulness of the order: The first is when legislation seeks absolute obedience. The second is that the officer does not know that the order is against the law. It is specified in discrete regulations on police and military legislation.

“The fulfilling the order of a authority” can be applied in the Law of Misdemeanors as it eliminates the defect. In the disciplinary law, defect and willpower conditions are sought in order to punish the offender. Unlawful but binding order removes the culpability in terms of disciplinary law. In this regard, the “no penalty without defect principle” in criminal law turns into “the principle of no administrative sanctions without defect” and “the principle of no disciplinary sanction without defect”.

In our study, we will examine the effect of fulfilling the order of a authority in criminal law and administrative law. First of all, we will analyze the situations affecting the culpability in terms of criminal law. Then we will examine the issue of criminal law and its effects on administrative law.

## Giriş

Devlet ve kamu kurumları, karmaşık yapıları, büyük teşkilatları ve çok geniş alanda kamu hizmeti sunmaları nedeniyle hiyerarşik bir şekilde yapılandırılmış ve böylece organizasyonlarının kolaylaştırılması sağlanmıştır. Söz konusu hiyerarşik yapılanmanın bir gereği olarak, üst kademedeki kamu görevlilerinin alt kademedekilere emir verme yetkisi mevcuttur. Bu noktada, emrin uygulanması neticesinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı durumlar, suçlar, disiplin yaptırımını gerektiren fiiller ve kabahatler bakımından doğacak sorumluluğun ne olacağı ve özellikle emri yerine getiren bakımından nasıl bir durum oluşacağı önem taşımaktadır. Söz konusu bu durumun ceza hukuku ve idare hukuku bakımından sonuçları, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Amirin emrinin ifası, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 49/1. maddesinde, *“belirli şartlar sonucunda yetkili merciin emrini yerine getiren kamu personeline ceza verilemeyeceği”* şeklinde “hukuka uygunluk nedeni” olarak düzenlenmişken; 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise 24/2, 3 ve 4. fıkralarda “ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler” başlığı altında, hukuka uygunluk nedeni olarak değil, “kusurluluğu kaldıran hal” olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda da, amirin emrinin ifasına ilişkin durum “Kanunsuz Emir” başlığı ile düzenlenmiştir. Bunun yanında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda ve diğer özel personel kanunlarında amirin emrinin ifasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Bir fiilin hukuka aykırı olması halinde, failin kusurlu olup olmadığı önem taşımaktadır. *“Kusursuz ceza olmaz ilkesi”*, cezalandırma bakımından temel bir ilkedir. Bir kişinin neden olduğu hukuka aykırılık bakımından cezalandırılabilmesi, kabahat ya da disiplin yaptırımını ile sorumlu tutulabilmesi için, kendisinden hukuka aykırılık oluşturmayacak şekilde davranmasını bekleyebilmek gerekmektedir. Bu nedenle bir kişi kural olarak, iradi şekilde gerçekleştirmediği fiil hukuk aykırı olsa bile bu fiilden dolayı hukuken sorumlu tutulmamaktadır. Ceza hukukunda kusurluluğun iki unsurunun olduğu kabul edilmektedir: kusur yeteneğine sahip olmak ve kusurluluğu etkileyen nedenlerden birisi bulunmamak. Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen şekilde kusurluluğu etkileyen nedenlerden biri de “Amirin emrinin ifasıdır (m. 24/2-4)”. Her ne kadar Türk hukukunda hukuki niteliği bakımından farklı görüşler mevcut olsa da baskın görüşe göre, amirin emrinin ifası belirli şartların varlığı halinde kamu personeli bakımından kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul görmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak ceza sorumluluğunu etkileyen sebepler genel olarak ele alınacak ve ceza hukukunda amirin emrinin ifasının hukuki niteliği ve şartları incelenecektir. Daha sonra ise amirin emrinin ifasının kabahatler ve disiplin hukuku bakımından etkisi ele alınacaktır.

## Türk Ceza Hukukunda Cezai Sorumluluğu Etkileyen Haller

Ceza hukukumuz bakımından cezai sorumluluğu etkileyen haller temel olarak, “hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı” ve “kusurluluğu etkileyen haller”dir.

Ceza hukukunda suç kavramı, *“yasal tanıma (tipe) uygun, hukuka aykırı ve kasten yapılmış neticeli ve icrai bir insan davranışı”* olarak tanımlanmaktadır. Hukuka aykırılık ise, *“belirli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık”* olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup>

Ceza hukuku bağlamında suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık, *“işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, fiilin hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde*

<sup>1</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 206, 274.

*bulunması*” anlamına gelir. Hukuka aykırılık, “*tipe uygunluktan sonra suçun yapısında ikinci aşamayı*” oluşturur. İşlenen fiilin tipik, yani kanuni tanıma uygun olduğunun tespitinin ardından bu fiille ilgili olarak hukuka aykırılık bakımından bir değerlendirme yapılır.<sup>2</sup>

Somut olayda hukuka uygunluk nedeni varsa, kişiye yaptırım uygulanması söz konusu olmaz. Bu durumda haksızlık gerçekleşmediği için, soruşturma aşamasında iddianamenin düzenlenmemesi, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi gerekir. Kovuşturma aşamasında ise, beraat kararı verilmelidir (CMK m. 223/2-d).<sup>3</sup> TCK’da sayılan hukuka uygunluk nedenleri “kanun hükmünü yerine getirme”, “meşru müdafaa”, “hakkın kullanılması” ve “ilgilinin rızasıdır”.<sup>4</sup>

Fiilin hukuka aykırı olması halinde, failin kusurluluğunun incelenmesi aşamasına geçilir. “*Kusursuz ceza olmaz ilkesi*”, ceza hukukunun temel ilkelerindedir.<sup>5</sup> Kusur, “*failin hukuka uygun hareket edebilme imkânına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle bu fiilin ona yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir.*” Failin başka türlü hareket etmesine olanak bulunmayan hallerde kusurluluğun bulunmadığı kabul edilir. Cezanın şartı, failin kusurudur ve ceza belirlenirken kusurun kapsam ve ağırlığı esas alınır (TCK 61/1-f).<sup>6</sup> Ceza, kusurun ölçüsünü aşamaz.<sup>7</sup> Kusur, tipikliğin ve hukuka aykırılığın tespitinden sonra işlenen fiille ilgili olarak fail hakkında bulunulan yargıdır. Bir diğer ifade ile kusur, “*kanuni tanıma uygun ve hukuka aykırı fiilden ötürü failin ceza almasını sağlayan şart*”tır.<sup>8</sup>

Kusurluluğun temel koşulu, davranışın iradi olmasıdır.<sup>9</sup> Tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiil nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için, fiilin o kişiye isnat edilebilmesi gerekir. Failin neden olduğu netice bakımından cezalandırılabilmesi için, sübjektif olarak ondan neticeye neden olmayacak şekilde davranmasını bekleyebilmek gerekmektedir. Bu nedenle bir kişi, kural olarak iradi olarak gerçekleştirmediği fiil hukuk aykırı olsa bile, bu fiilden dolayı sorumlu tutulmayacaktır.<sup>10</sup> Kusurluluğun iki unsuru bulunmaktadır: Kusur yeteneğine sahip olmak ve kusurluluğu etkileyen nedenlerden birisi bulunmamak.<sup>11</sup> Dolayısıyla kusurluluğu etkileyen haller, neticenin faile isnat edilebilmesini engelleyebilir.<sup>12</sup>

Kusurluluğu etkileyen nedenler, farklı alt sınırlandırmalara tabi tutulmaktadır. Bu sınıflandırmalar algılama yeteneği-irade yeteneği açısından, kusurluluk üzerindeki etkisi açısından (kusurluluğu tamamen kaldıran, kusurluluğu kısmen kaldıran ve kusurluluğu azaltan nedenler) gibi çeşitli şekillerde olabilmektedir. İrade yeteneğinin iç sebeplerle ve dış sebeplerle etkilenmesi bakımından yapılan ayırmada, irade yeteneğinin haricen etkileyen sebeplere doktrinde “mazeret sebepleri” de denmektedir.<sup>13</sup>

<sup>2</sup> Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 262.

<sup>3</sup> Akbulut, 2019, s. 474. Özgenç, 2019, s. 321.

<sup>4</sup> Akbulut, 2019, s. 474.

<sup>5</sup> Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 309.

<sup>6</sup> Hakeri, 2019, s. 381.

<sup>7</sup> Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 310. Apaydın, 2018, s. 51.

<sup>8</sup> Akbulut, 2019, s. 540.

<sup>9</sup> Özen, 2019, s. 591.

<sup>10</sup> Özgenç, 2019, s. 400.

<sup>11</sup> Kusur yeteneği (isnad yeteneği), bir kişinin iyi ile kötüyü, yanlış ile doğruyu ayırt edebilme ve buna göre davranabilme yeteneği anlamına gelir. Kusur yeteneği fail ile ilgili olup kusurlu hareketten daha önceki bir aşamayı ilgilendirmektedir. Kusur yeteneğinin iki unsuru mevcuttur: algılama (anlama) yeteneği ve irade (isteme) yeteneğidir. Özen, 2019, s. 597.

<sup>12</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 374.

<sup>13</sup> Özen, 2019, s. 600, 626, 627.

Mazeret sebepleri olarak sınıflandırılan durumlarda da failin içinde bulunduğu durum nedeniyle, kendisini tehlikeye atması beklenemeyeceği için ceza verilmez. Bu durumlarda, tipe uygun haksızlığı işleyen fail, kanunda da (TCK m.27/2) ifade edildiği şekilde, “mazeret” görülür. Zorunluluk hali, amirin emri, meşru savunmada sınırın mazeret görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılması gibi durumlar bu kapsamda ele alınmaktadır. Mazeret sebepleri ile diğer kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasındaki fark ise; mazeret sebeplerinde kusurun azalmasına yol açan husus faili harekete geçiren dürtü, saiktir. Mazeret sebeplerinde aslında failin haksızlık konusunda karar verme olanağı vardır; ancak haksızlık ve kusur içeriği önemli ölçüde azalmıştır. Failin içinde bulunduğu olağandışı ve istisnai psikolojik durumun baskısı altında hareketi gerçekleştirmesi nedeniyle hareketin kusur içeriğinde azalma olmasıdır. Kusurun bu denli azaldığı hallerde, *hareket hala kusurlu olmasına rağmen cezalandırılmasına gerek bulunmaz*. Ancak CMK m. 223/3’ün getirdiği düzenleme, bu şekilde mazeret sebebi olarak kabul edilen hallerin *de kusuru ortadan kaldıran sebep olarak değerlendirilebileceği* yönündedir.<sup>14</sup>

Hukuka uygunluk sebeplerinin ve kusuru ortadan kaldıran sebeplerin sonuçları cezasızlık olsa da, iki duruma bağlanan sonuçlar birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu olduğu durumlarda fail “haklı” görülerek beraat kararı (CMK m. 223/2) verilirken mazeret sebebinin varlığı durumunda fail “mazeret” görülür ve “kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı” (CMK m. 223/3) kararı verilir.<sup>15</sup> Hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak kusurluluğu etkileyen hallerde, haksızlık devam ettiği için ceza verilmemekle birlikte güvenlik tedbiri uygulanabilir. Kusurluluğu etkileyen nedenlerde fiil haksızlık teşkil ettiği için, buna karşı hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanılması mümkündür. Hukuka uygunluk sebepleri bakımından ise, iştirak hükümlerinin uygulanması, güvenlik tedbirlerinin uygulanması ve haksızlık olmadığı için herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi mümkün değildir.<sup>16</sup>

Kusurluluğu etkileyen haller, TCK’nın öngördüğü sistem çerçevesinde şu şekildedir: “Amirin emrinin ifası (m. 24/2-4)”, “zorunluluk hali (m. 25/2, 92, 99, 147)”, “meşru savunmanın sınırının heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması (m. 27/2)”, “cebir ve tehdit (m. 28)”, “haksız tahrik (m. 29)”, “kusurluluğu etkileyen hata halleri (m. 30/3-4)”, “yaş küçüklüğü (m. 31)”, “sağır ve dilsizlik (m. 33)”, “akıl hastalığı (m. 32)”, “geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu etkisinde olma (m. 34)”. Bu hallerden bir kısmı algılama üzerinde etkili iken bir kısmı irade yeteneği üzerinde etkilidir. Keza bir kısmı, kusuru tamamen ortadan kaldırırken bir kısmı sadece azaltmaktadır. Dolayısıyla kusurlu orantılı ceza ilkesi gereğince fail daha az ceza verilir.<sup>17</sup>

## Amirin Emrinin İfası

### Genel Olarak

Anayasa’nın “Kanunsuz Emir” başlığını taşıyan 137. maddesine 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.*

<sup>14</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 375. Erdem/ Öztürk, 2019, s 332.

<sup>15</sup> Meraklı, 2017, s. 360.

<sup>16</sup> Akbulut, 2019, s. 476.

<sup>17</sup> Koca/ Üzülmüş, 2019, s. 316.

*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.”*

Türk Ceza Kanunu’nda amirin emrinin ifasına ilişkin düzenleme “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı bölümde “Kanunun hükmü ve amirin emri” başlığıyla düzenlenmiştir: “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

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

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

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur”<sup>18</sup>

TCK’da yer alan bu düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir: “...Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması halinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri hukuka aykırı olmasına rağmen, 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 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir *hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur*. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri *hukuka uygun 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 ifade mevcutken yapılan değişiklikle bu durum düzeltilmiştir. Emir, hukuka aykırı olmanın yanı sıra, ayrıca suç da teşkil edebilir. Anayasamız, “konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine ‘hiçbir surette’ izin vermemektedir (madde 137, fıkra 2)”. Bu durumda ‘emri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz’. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, Anayasanın söz konusu hükmüyle paralellik sağlanmıştır.”<sup>19</sup>

Amirin emrinin ifasına dair 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 11’de<sup>20</sup>, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 2’de<sup>21</sup>, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç

<sup>18</sup> Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, TCK’da hem hukuka aykırı emrin hem de konusu suç teşkil eden emrin birlikte düzenlenmesi yerinde değildir. Çünkü konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emir ceza hukukunu ilgilendirmemekte; idare hukukuna dair bir meselenin konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle TCK’da sadece suç teşkil eden emirle ilgili düzenleme yapılması daha yerinde olurdu. Meraklı, 2017, s. 377-378.

<sup>19</sup> Egemenoğlu/ Yılmaz/ Alan Akcan, 2018, s. 149-150.

<sup>20</sup> DMK m. 11: “1)Devlet memurları kanun ve diğer mevzuatta belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. 2)Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, 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 yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. 3)Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. 4)Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”

<sup>21</sup> 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 yenilirse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.”

Hizmet Kanunu (TSKİHK) m. 14'te<sup>22</sup>, 2803 Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu (JTGVeYK) m. 7'de<sup>23</sup>, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ek m. 2'de<sup>24</sup> düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>25</sup>

## Hukuki Niteliği

### Türk hukukunda

Doktrine göre, Eski TCK'daki düzenleme bakımından amirin emrinin ifası, hukuka uygunluk nedenleri içinde kabul edilmekteydi. Yeni TCK'da ise, kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere *kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak* düzenlenmiştir. Ancak bu durum yine de amirin emrinin ifasının hukuki niteliği hakkındaki tartışmaları sonlandırmamıştır.<sup>26</sup>

Amirinin emrinin hukuki niteliği hakkında Türk hukukunda çeşitli görüşler mevcuttur. Öğretide kimi yazarlar hukuka uygun olan ve hukuka aykırı olup ifası kanunen zorunlu olan

PVSK m. 2/3-4: “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 müfretit 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 maksadıyla 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 – Yukarıdaki 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.”

<sup>22</sup> TSKİHK m. 14/1-2: “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.”

<sup>23</sup> JTGVeYK m. 7/1-a'ya göre, “Emniyet ve asayiş ile kamu düzeni sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak” mülki görevdir.

<sup>24</sup> TMK ek m. 2: “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.” TMK ek m. 2 yetkili amirin emrini yerine getirme değil, doğrudan kanundan kaynaklanan silah kullanma yetkisini içermektedir.

<sup>25</sup> Özen, 2019, ss. 629-630.

<sup>26</sup> Özen, 2019, s. 631. Osmanlı Hukuku'nda “görevin ifası” hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ediliyordu. Görev ise kanundan ya da amirin emrinden kaynaklanıyordu. Osmanlı Hukuku'nda emri yerine getirenler hakkındaki şikayetler işleme alınmamıştır. Görevini sınırları içinde yerine getiren kamu görevlisinin fiili suç oluşturuyordu. Örneğin mahkuma suçundan dolayı yüz sopa vuran görevlinin bu görevi ifası mahkumun ölümüne yol açsa da sorumluluk getirmezdi. Ancak yüz birinci sopayı vurması halinde sınırı aşması nedeniyle sorumluluk doğardı. Bu, amirin emriyle gerçekleştirse sorumluluk amirin olurdu. İslam Hukuku'nda itaatın sınırı olarak meşru emirler kabul edilmiştir. 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'nin 41. maddesinde, “Memurun âmirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tâyin ettiği daireye mahsustur. Hilâfi kanun olan umurda amire itaat mes'uliyetten kurtulmağa medar olamaz.” denerek memurun kanuna aykırı emirleri yerine getirmesi bakımından sorumluluğunun olacağı belirtilmiştir. Vatansever Öztürk, 2018, s. 381.

emrin yerine getirilmesi durumlarını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedirler.<sup>27</sup> Diğer bazı yazarlar ise bu iki durumu ayırarak, hukuka uygun emrin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni, hukuka aykırı olup ifası kanunen zorunlu olan emrin yerine getirilmesini ise kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul etmektedirler. Genel anlamda, doktrinde ağırlıklı olarak amirin emrinin ifası kusuru kaldıran neden olarak nitelendirilmektedir. Maddenin gerekçesine bakıldığında, açık ve net şekilde emrin hukuka uygun olması ile hukuka aykırı olması ayırımına ve bu ayırma bağlı olarak değişen hukuki niteliğe vurgu yapılmamıştır. Bu noktada belirtilmelidir ki, amirin emrinin ifası hukuka uygunluk nedeni olarak emrin yerine getirilmesinde sınır aşılırsa TCK m. 27/1<sup>28</sup> uygulanabilecekken kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabul edilirse uygulanamayacaktır.<sup>29</sup>

ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ'a göre amirin emri, emri ifa etmek zorunda olan kişilerin iradesi üzerinde etkili olması nedeniyle mazeret sebebidir. Hukuka aykırı emrin belli koşullar altında yerine getirilmesi halinde emri veren sorumlu olmaya devam ettiğine göre, fiil hukuka aykırı kalmaya devam eder. Dolayısıyla hukuka uygunluk değil kusuru kaldıran mazeret sebebi niteliğindedir. 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanunla CMK m. 233/3-b'de yapılan değişiklikle "kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller" arasına, "yüklenen suçun bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi" de eklenerek amirinin emrinin hukuka uygunluk sebebi değil, mazeret sebebi olması sağlanmaya çalışılmıştır. Böyle bir durumda, hukuka aykırı emri veren amir karşısında, emrin ifasına ilişkin ifade özgürlüğünün mevcut olmadığı normatif olarak kabul edilmekte ve emri ifa edenin sorumluluğuna gidilmemektedir.<sup>30</sup> Ancak, kanun koyucunun ilk fıkrada "ceza verilmez" ifadesi yerine "sorumlu olmaz" ifadesini tercih etmesi, söz konusu kurumun hukuki niteliğinin hukuka uygunluk sebebi değil de, kusuru kaldıran bir sebep olarak kabul edilmesi ile uyumlu değildir. Zira sorumlu olmamak durumu, ceza verilmemek durumundan daha geniştir. Amirin emri artık bir mazeret sebebi olduğuna göre cezasızlık sebebidir.<sup>31</sup>

İdare hukukunda hiyerarşi, belli bir teşkilat yapısı içinde görev yapan kişiler arasında mevcut olan astlık-üstlük ilişkisidir. Bu ilişkinin doğal sonucu olarak, üstün yetkileri, astın da yükümlülükleri mevcuttur. Bunların yerine getirilmesi için üstün emirlerinin değiştirilmeksizin ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesi gerekir. Amirin astına verdiği emrin hukuka uygun olması durumunda emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk arz eder. Örneğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler."

<sup>27</sup> DEMİRBAŞ, genel olarak amirin emrinin ifasını, TCK m. 24'te yer alan "görevin ifası" kurumu çatısı altında incelenmekte ve hukuka uygunluk nedeni niteliği olarak ele almaktadır. Demirbaş, 2019, s. 279. Keza ERDEM/ ÖZTÜRK de amirin emrinin ifasını hukuka uygunluk nedenleri arasında saymıştır. Erdem/ Öztürk, 2019, s. 238.

<sup>28</sup> TCK m. 27/1: "Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur."

<sup>29</sup> Akbulut, 2019, s. 579. Dursun, 2014, s. 234. ÖZEN, bu anlamda TCK m. 27/1'in eksik ve hatalı olduğunu belirtmektedir. Buna göre, özel kanun gereği, silah kullanma konusunda yetkili amirin emrini ifa eden kişinin, bu yetkisini kullanırken sınırı kast olmaksızın aşması halinde neye ve hangi maddeye göre cezai sorumluluğunun olacağı belirsizdir. Bu tarz durumlarda emir hukuka uygunsuz ve sınır kast olmaksızın aşıldıysa TCK m. 27/1 uygulanabilir. Ancak, öğretide kabul edilen görüşe göre, emir hukuka aykırıysa ve ast bu emri kanunen uygulamak zorundaysa ya da emir yazılı olarak verildiği için yerine getirilmek zorundaysa ve sınır kast olmaksızın aşılsa TCK m. 27/1 uygulanamaz. ÖZEN'e göre TCK m. 27/1'in kusurluluğu kaldıran nedenlerin orantınının esas alındığı bütün düzenlemelerinde uygulanması yönünde bir değişiklik yapılmalıdır. Özen, 2019, s. 631. Apaydın, 2018, s. 52.

<sup>30</sup> CMK 223/3-b: "Samk hakkında...Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi...Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir."

<sup>31</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, ss.393-394. Özgenç, 2019, s. 443, 392.



Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin varlığı durumunda kolluk görevlilerinin arama yapması görevin yerine getirilmesi anlamına gelir ve hukuka uygundur. Amirin emrinin hukuka aykırı olduğu durumlarda ise, emrin sırf emir olduğu için yerine getirilmesi, onu yerine getiren bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. Fiil hukuka aykırılık özelliğini devam ettirse de, yerine getirene ceza verilmesi ceza hukukuna egemen olan kusur ilkesine aykırı olur. Bu nedenle emri yerine getirenin kusurluluğu etkilenir. Ancak üstün kusurluluğu etkilenmez ve sorumluluğu devam eder.<sup>32</sup> KOCA/ ÜZÜLMEZ'e göre de, "kanunsuz emrin" hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü, bir hukuk devletinde mümkün değildir. Bu nedenle de zarar gören kimseler varsa şartların mevcudiyeti halinde tazminat hakkı varlığını korur.<sup>33</sup>

### Karşılaştırmalı hukukta

Alman hukukunda emrin icrasının hukuki niteliği ile ilgili olarak genel anlamda ikili bir ayrımın bulunduğu söylenebilir. Hukuka aykırı olmayan bağlayıcı emir bakımından Alman öğretisinin büyük çoğunluğu, hukuka uygunluk niteliğinde olduğu görüşündedir. Hukuka aykırı bağlayıcı emir bakımından ise, hukuka uygunluk nedeni mi yoksa mazeret sebebi mi olduğuna ilişkin tartışma mevcuttur. Ancak ağırlıklı görüş, hukuka aykırı ancak bağlayıcı olan emrin ifasının mazeret sebebi olduğu yönündedir.<sup>34</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri ile mazeret sebepleri arasında ayrıma gidilmeyen İtalyan Ceza Hukuku'nda ise, emrin yerine getirilmesi bir cezasızlık nedeni olarak belirlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'na göre, maddi olarak hukuka aykırı olmasına rağmen bağlayıcı nitelikteki emirleri yerine getiren kişiye ceza verilmez. Bu durumda emrin kaynağı olan üstün cezai sorumluluğu bulunur. Ancak emir açık bir şekilde suç niteliği taşıyorsa veya şekli olarak hukuka aykırı nitelikteyse astın bu emri icradan kaçınması gerekir.<sup>35</sup>

### Koşulları

Amirin emrinin ifası halinde, emri yerine getiren bakımından sorumluluğun doğmaması için bazı koşullar öngörülmüştür. Bunlar, bir emrin varlığı, söz konusu bu emrin bağlayıcı bir emir olması ve emrin hukuka aykırı olmaması ya da suç teşkil etmemesidir. Son koşul bakımından denebilir ki, suç teşkil eden bir emir, kamu personeli tarafından yerine getirilemez. Ancak hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, bazı durumlarda yine emri yerine getiren kamu personelinin sorumluluğuna yol açmamaktadır.

<sup>32</sup> Hakeri, 2019, s. 401. Özgenç, 2019, s. 441. Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 342.

<sup>33</sup> Hakeri, 2019, s. 400. benzer görüş için bkz. Özgenç, 2019, s. 443. Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 341.

<sup>34</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 394. Alman ve İtalyan Hukuku bakımından daha ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, S. (2014). "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Sa. 2. Alman Ceza Kanunu incelendiğinde amirin emrinin ifası ile ilgili doğrudan bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Hukuka aykırı emrin ifasına ilişkin düzenlemeler Alman Federal Memur Kanunu'nda yapılmıştır. Bu Kanun'un 56. maddesinin 2. fıkrasına göre bir memur hukuka aykırı olduğunu düşündüğü emri amirine bildirmelidir. Ancak amir emrinde ısrar ederse memur bu emri uygulamaktan sorumlu tutulmaz. Bu durumun iki istisnası mevcuttur. İlki, emrin konusunun suç ya da kabahat olması, ikincisi ise bu emirde belirtilen eylemin suç veya kabahat oluşturduğunun memur bakımından bilinebilir olması ya da kendisine emredilen eylemin insan onuruna aykırı olmasıdır. Askerler bakımından Alman Askerlik Kanunu m. 11'de ve Alman Askeri Ceza Kanunu m. 5/1'de düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelere göre suç oluşturan emir uygulanmaz. Buna rağmen asta kusur isnad edilebilmesi, astın emrin yerine getirilmesinin suç teşkil edeceğini bilmesi veya bu durumun astın içinde bulunduğu şartlar altında açık olmasına bağlıdır. Alman Askeri Ceza Kanunu m. 5/2'de astın içinde bulunduğu koşullar göz önünde tutulduğunda kusurunun düşük olduğu söylenebiliyorsa cezasında Alman Ceza Kanunu m. 49 uyarınca indirim yapılabilir; işlediği eylem cünha niteliği taşıyorsa, bu durumda ceza verilmeyebileceği düzenlenmiştir. Meraklı, 2017, s. 377.

<sup>35</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 394.

## Bir emrin varlığı

Devletin emir verme temeline dayanan hiyerarşik yapılanması içerisinde, amirler (emreden) ve memurlar (emredilen) mevcuttur.<sup>36</sup> Emir, “*üstün asta belli bir şeyin yapılması ya da yapılmaması amacıyla yönelttiği irade açıklamasıdır*”. Emrin verilmiş şekli, yazılı ya da sözlü olmasının herhangi bir farkı yoktur. Bir bildirim emir olup olmadığı sadece içeriği ya da bildirim usulünden ziyade, kaynağı ve muhatabına göre belirlenmektedir. Bir emrin varlığından söz edebilmek için öncelikle hukuken bir *hiyerarşik astlık-üstlük ilişkisi* olmalıdır. Söz konusu bu astlık-üstlük ilişkisi doktrinde kamu hukuku kapsamı bakımından aranmakta olup özel hukuktan kaynaklanan astlık-üstlük ilişkisi bakımından verilen emirler, bu hüküm kapsamında değerlendirilmeyecektir.<sup>37</sup>

Emir “genel” olabileceği gibi, “özel” de olabilir. Bir kamu personeline doğrudan verilen emir *özel bir emir* iken, bir bakan ya da genel müdürün yayınladığı genelge bir *genel emirdir*. Bu emirler arasında bağlayıcılık anlamında bir fark yoktur. Ancak emir, amirin açık bir şekilde iradesini belirtmeli, emredici nitelikte olmalı ve asta bir davranış serbestisi tanınmamış olmalıdır.<sup>38</sup>

TCK m. 24/2’de yer alan “*yetkili merci*” ve “*emri yerine getiren görevli*” ifadelerini incelemek gerekirse, Anayasa m. 137/1’de yer alan “*kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışan kimse*” ifadesi ve Anayasa’nın “İdare” bölümünde m.128/1 de yer alan düzenlemeyi birlikte değerlendirmek gerekir: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” Anayasa’ya göre kamu hizmeti görevlisi, “*genel idare esaslarına göre, kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü olan ve Devlet, KİT’ler ve diğer kamu tüzel kişilerinde çalışan memurlar ve diğer kamu görevlileridir*”. Memurlar, “*mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen kişilerdir*” (DMK m. 4/A). Diğer kamu görevlileri ise, “*memurlar dışında idare ile kamu hukuku ilişkisi içinde bulunan ve kamu hizmetinin yürütülmesi bakımından asli bir görevde çalışan kişilerdir*”. Buna göre, memurlar dışında kalan ve 657 sayılı DMK 1. maddesinde sayılan hâkimler, savcılar ve askerler gibi özel personel kanunları ve düzenleri bulunan görevliler diğer kamu görevlileri kapsamında kabul edilir. Burada değinilmesi gereken bir husus da TCK’nın “Tanımlar” kenar başlığını taşıyan 6/1-c bendinde, kamu görevlisinin tanımı bakımından tek kriter olarak “*gördüğü işin bir kamusal faaliyet olması*”nı belirlemiş olmasıdır. TCK bağlamında kamu görevlisi daha geniş bir kapsam içermekte iken, Anayasa’nın “kanunsuz emir” düzenlemesi göz önünde tutulduğunda, amirin emrini ifa zorunluluğu kapsamında değerlendirilecek kişilerin, bu denli geniş kapsamda olduğu kabul edilmemektedir.<sup>39</sup>

Emri veren ile emri yerine getirecek olan kişi arasında yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine göre bir hiyerarşik ilişki bulunmuyorsa, verilen emrin konusunun hukuka aykırı olup olmadığını araştırmaya gerek olmayacaktır. Bu durumda

<sup>36</sup> Koca/ Üzülmüş, 2019, s. 340. Her ne kadar tanım içerisinde “memur” kavramı kullanılsa da, biz çalışmamız bakımından, daha geniş bir kavram olan “kamu görevlileri” kavramını kullanmayı tercih ettik.

<sup>37</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, ss.393-394. Bu bakımdan yetkili amir bir kamu görevlisi örneğin belediye başkanı, emri yerine getiren de örneğin bir işçi olabilir. ÖZEN’e göre, bu durumda yine TCK m. 24 amirin emrinin ifası hükümleri uygulanmalıdır. Önemli olan emrin dayanağının kamu hukuku ilişkisi olmasıdır. Özen, 2019, s. 647.

<sup>38</sup> Akkurt, Haziran 2013, s. 59.

<sup>39</sup> Akkurt, Haziran 2013, s. 61-62. Belirtmek gerekir ki, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez (Anayasa m. 138). Amirin emrinin ifasına ilişkin sonuçlar, hâkim ve savcılar bakımından sadece idari görevlerini yerine getirirken söz konusu olabilir.

genel kurala göre hareket edilir. Emri veren, emri verme hususunda yetkili kişi değilse, emri ifa eden kişi emir konusunda görevli olsa bile TCK m. 24 kapsamında değerlendirilmez. Ya da emri ifa eden kişi emir konusu hakkında görevli değilse, TCK m. 24 uygulama alanı bulmaz. ÖZEN'e göre, emrin hukuka uygun olması, emrin konusunun "mevzuata" uygun olmasından ziyade, "hukuka" uygun olması anlamında olup emrin konusunun mevzuata aykırı olması ise hukuka aykırılığa karine teşkil etmektedir.<sup>40</sup>

Emrin, hiyerarşik astlık-üstlük ilişkisinde amir ile kamu personeli arasında bir idari işlem olduğu göz önünde tutulursa, idare hukuku anlamında hukuka uygun bir idari işlemin tüm unsurlarını taşıması gereklidir. Bu unsurlar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2'ye bakıldığında yetki, sebep, şekil, konu, usul ve amaç olarak ifade edilebilir. Bu unsurların birinin eksikliği durumunda hukuka uygun bir emrin varlığından bahsedilemez.<sup>41</sup>

Bazı durumlarda, kanun hükmünü icra ile amirin emrinin ifası iç içe geçmektedir. Bu iki durumun iç içe geçtiği düzenlemelerin başında PVSK gelmektedir. Yargıtay zaman zaman PVSK m. 16'da düzenlenen kolluğun zor ve silah kullanma yetkisine ilişkin düzenlemenin icrasını, amirin emrinin ifası kapsamında değerlendirmiştir. Kolluğun silah kullanması doktrinde bazen amirin emrinin ifası, bazen de kanun hükmünü icra kapsamında ele alınmıştır. Ancak kanun hükmünü icra ile amirin emrini ifa farklı kurumlardır ve farklı sonuçları bulunmaktadır. Zira amirin emrinin ifası kusurluluğu kaldıran bir sebepken kanun hükmünün icrası hukuka uygunluk nedenidir.<sup>42</sup>

Emri yerine getirmekle yükümlü kimseye birden çok amirin farklı ve birbiriyle çelişen emirler vermesi halinde, kamu personeli hiyerarşik anlamda daha yüksek olan üstün verdiği emri yerine getirmelidir. Yetkili merci tarafından verilen emir, sonradan değiştirilir ya da açıkça değiştirilmese de ilk emri ortadan kaldıran ya da değiştiren yeni bir emir verilirse, bu durumda kamu personeli bakımından bağlayıcı olan, amirin son iradesidir. Eğer ilk emrin icrasına başlanmışsa bırakılarak yeni emir uygulanmalıdır.<sup>43</sup>

Burada değinilmesi gereken bir ihtimal de, amirin verdiği emri yerine getirmeyen kamu personeli, işlenen suç bakımından taksir ve kastına göre sorumlu olabilir. Kastın varlığı halinde iştirakin genel hükümleri dikkate alınır. Emri yerine getirmemeye bağlı olarak maddi bir zarara neden olunduysa, idarenin tam yargı davası ile zararların giderilmesi sağlanabilir. Bu durumda idare, emri ifa etmeyen kamu personelinin kişisel kusuru bulunması nedeniyle kendisine rücu edebilir.<sup>44</sup>

### **Emrin bağlayıcı olması**

Emrin bağlayıcı olması koşulu, "şekli" ve "maddi" olmak üzere iki unsur taşımaktadır:

#### **Şekli olarak**

Şekli anlamda meşruiyet, "*emri verenin yetkili olması, emri alanın da emri yerine getirmeye yetkili ve görevli olması ve emrin kanunun öngördüğü şekil şartlarını taşıması*" anlamına gelir.<sup>45</sup> Şekil şartları genellikle emrin dış kanunilik unsurları ile ilgilidir. Emrin şekil

<sup>40</sup> Özen, 2019, s. 634.

<sup>41</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 395. Hakeri, 2019, s. 401.

<sup>42</sup> Özen, 2019, s. 649-650.

<sup>43</sup> Akkurt, Haziran 2013, s. 63.

<sup>44</sup> Özen, 2019, s. 652.

<sup>45</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 395. Söz konusu bu duruma örnek olarak, Yargıtay CGK, E. 2005/10-15, K. 2005/29, T. 15.3.2005: "*Öncelikle; yukarıda ayrıntıları ile belirtildiği gibi arama kararı ya da emri yazılı olmalıdır. Oysa sanığın üzeri Emniyet Amir vekilinin sözlü emri ile aranmıştır. PVSK.nun 2. maddesinde belirtilen haller dışında ( VIII bent hariç ) yetkili kişinin sözlü emir verebilme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasanın 20.*

şartlarından bahsedebilmek için ise öncelikle hukuken mevcut bir emrin olması gerekir. Hukuken mevcut bulunmayan bir emir asla icra edilemez.<sup>46</sup>

Emrin kanunun öngördüğü şekil şartlarını taşıması gerekir. Şekil yönünden emrin yazılı ya da sözlü olması aranıyor olabilir. Bu durumda yazılı verilmesi gereken emrin sözlü verilmesi hukuka aykırıdır. İlgili kanun, amirin sözlü emirlerini yerine getirmeyi düzenlediyse ya da yazılı emri özel olarak şart koşmadıysa, sözlü emir de şekli açıdan hukuka uygundur.<sup>47</sup>

Yetkili amir, o konuda emir verme yetkisine sahip olan mercidir. Örneğin tutuklama emrini ancak hâkim verebilir. Emri alan kamu personelinin, emri veren amirinin yetkili olup olmadığını araştırması gerekmektedir.<sup>48</sup> Amir, yer, konu ve zaman bakımından yetkili olmalıdır.<sup>49</sup>

*maddesinde 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra "arama" ve "el koyma" tedbirlerinde "yazılılık" temel ilke olarak kabul edilmiştir. Sözü geçen hükmün eski ve yeni düzenlemesi karşılaştırıldığında ilke, belirgin bir şekilde açığa çıkmaktadır: Maddenin eski düzenlemesinde "kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin, üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz" denilmiştir. Maddenin yeni düzenlemesi ise, "... Kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, ... veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz..." şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Görüldüğü gibi; arama kararı verme yetkisi yönünden her iki hükümde de benzerlik olup, yetki "hakime" verilmiştir. Oysa "gecikmesinde sakınca bulunan" hallere ilişkin olarak "arama emri" verme yetkisi eski hükümde "kanunla yetkili kılınan merciin emri" şeklinde belirtilmiş iken, değişiklikten sonra "kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri" şekline dönüştürülmüştür. Nitekim Anayasanın belirlediği bu ilkelere uygun şekilde değiştirilen PVSK.nun 9. maddesinde Anayasanın 200. maddesi adeta aynen tekrar edilerek, polis'in "... 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. " Savaşçı Temiz, B. (2018). Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 123.*

<sup>46</sup> Demirbaş, 2019, s. 281.

<sup>47</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, ss. 396-397.

<sup>48</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 396. "Sanığın üzerindeki esrarı atmak veya saklamak biçimindeki kabul edilebilecek davranışlarda bulunmak suretiyle kuşku uyandırması, olayın Pazar yeri gibi kalabalık bir ortamda gelişmesi nedeniyle delillerin yok edilmesi olasılığının yüksek olması karşısında CMUK'un 97. Maddesinde belirtilen "gecikmesinde sakınca bulunan halin" somut olayda gerçekleştiği kabul edilmelidir. Aynı yasa maddesi uyarınca, emniyet amir vekilinin de arama kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Yazılı olması gereken bu emrin sözlü verilmesi biçimsel bir eksiklik sayılabilecekse de el koyma işlemi üzerine aynı gün bu işlem hakim tarafından onaylanmış bulunmakla mevcut eksiklik bir ölçüde giderilmeye çalışılmıştır. Sanık da suçlamayı kabul etmiş, düzenlenen tutanaklara karşı bir diyeceğinin olmadığını bildirmiştir. Kolluk görevlilerinin ise başlangıçtan itibaren elde ettikleri tüm bilgiler Cumhuriyet Savcılığına ulaştırıp arama konusunda hakim kararı alınması konusunda girişimde buldukları, bu suretle hukuka uygun işlem yapma gayreti içinde oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle somut olaydaki arama işleminin, esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın hakları ihlal ettiğinden söz edilemez. Bu nedenle sanığın üzerindeki arama işlemi ve sonucunda elde edilen kanıtların hükümde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 15.03.2005, 15/29, Ünver, Y. Hakeri, H. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 433'dan aktaran Savaşçı Temiz, 2018, s. 114.

<sup>49</sup> Hakeri, 2019, s. 401. Amirin yetkisi bakımından özellikle amirin konu bakımından yanılma ihtimali çok olasıdır. Amirin yetkili olup olmadığı her emre ve somut olaya göre ayrı ayrı irdelenmelidir. Kanun bakımından amirin hangi emirleri verebileceği ve kamu personelinin hangilerine itaat edeceği yazılmamış olabilir. Böyle bir durumda verilen emirden hareketle emrin amacına göre emri verenin yetkili olup olmadığı belirlenmelidir. Hiyerarşik ilişkinin varlığı nedeniyle, amirin verdiği her emre itaat mecburiyeti yoktur. Akkurt, Haziran 2013, s. 62.

Emri alanın emri yerine getirmeye yetkili ve görevli olması ve aynı zamanda, emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekir. Ancak kamu personeli, emrin kendi yetkisi çerçevesine girip girmediğini araştırmalıdır.<sup>50</sup> Hukuken yetkili olmayan ancak bulunduğu makam veya başka nedenlerle güç sahibi olan bir kişi, yetkili bir kişiye emir verirse, mevzuat bakımından emir vermeye yetkili bir kişinin emri söz konusu olmadığı için bu tür eylemlerin yerine getirilmesi halinde, emri yerine getiren kişi işlenen suçtan ya da hukuka aykırılıktan sorumlu olur. Emri veren kişi, azmettirmenin koşulları mevcutsa ona göre sorumlu olur. Bu koşullar mevcut değilse ve TCK m. 28’de düzenlenen cebir veya tehdidin koşulları gerçekleşmişse, ona göre sorumlu olacaktır. Bu durumda emri yerine getiren kişi, işlenen suç veya hukuka aykırılıktan sorumlu olmaz. TCK m. 24/2’ de “yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadeye göre emir, emri ifa edecek kişinin görev alanı dışındaysa görev gereği yerine getirme zorunluluğundan bahsedilemeyeceği için, emrin yazılı olarak yinelenmesi halinde bile emrin ifası halinde sorumluluktan kurtulamaz.<sup>51</sup>

### ***Maddi olarak***

Maddi anlamda meşruiyet, “emrin içerik olarak kanunun gösterdiği şartlara uygun olması” demektir. Örneğin, tutuklama kararı ancak hâkim tarafından (şekli olarak) ve kanundaki tutuklama şartları (CMK m. 100) göz önünde tutularak verilmişse (maddi olarak) meşrudur. Emrin şekli anlamda meşruluğu yeterli değildir; içerik bakımından da meşruluğu gerekir. Emir, kanunun belirttiği neden ve konuya ilişkin bir irade açıklaması niteliğinde olmalıdır.<sup>52</sup>

### **Emrin hukuka aykırı ya da suç olmaması**

#### ***Hukuka aykırı emir***

Konusu suç oluşturmayan ancak hukuka aykırı olan emir bakımından, emrin hukuka aykırılığı şekil ve içerik bakımından olabilir. Örneğin tutuklama kararının hâkim yerine savcı tarafından verilmesi halinde şekil açısından bir hukuka aykırılık vardır. Ya da amirin “şu gazeteleri oku”, “camiye/kiliseye git” şeklindeki emri içerik bakımından hukuka aykırıdır. Ancak emrin hukuka aykırılığı her somut olaya ve amir ile kamu personeli arasındaki ilişkiye göre değişir. Özellikle mevzuatta hangi emirlerin amir tarafından verileceği belirtilmemişse hukuka aykırılığın tespiti zorlaşır. Öğretide bir görüşe göre emri alan, “emrin kanuna aykırı olup olmadığını araştırmak” ve “emrin suç olup olmadığını araştırmak” şeklinde iki tür yükümlülük altındadır.<sup>53</sup> Bir diğer görüşe göre ise, Anayasa ve TCK’daki düzenlemelerin lafzına göre emri yerine getirecek kişi, emrin hukuka aykırı olup olmadığını araştırma zorunluluğu içinde değildir. Zira Anayasa’da yalnızca “aykırı görürse” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda emir açıkça hukuka aykırı değilse ve kamu personeli, kendi bilgi, tecrübe ve/veya kanaatine göre de hukuka aykırı olmadığını düşünerek emri uygularsa, emrin uygulanmasından yine emri veren sorumlu olur. Ancak bu hususta TCK ve madde metninde açık bir ifade mevcut değildir.<sup>54</sup>

Her ne kadar Anayasa m. 137’nin başlığı “kanunsuz emir” olsa da bunu “hukuka aykırı emir” olarak anlamak gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü madde metninde sadece kanun

<sup>50</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 396. Hakeri, 2019, s. 401.

<sup>51</sup> Özen, 2019, s. 653. 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.”

<sup>52</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 397.

<sup>53</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 398.

<sup>54</sup> Özen, 2019, s. 635.

hükümlerine aykırılığı değil; yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Anayasa hükümlerine aykırılığın da göz önünde tutulacağı belirtilmiştir.<sup>55</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, Anayasa m. 137 değerlendirilirken lafzi yorum yapılmamalı, anlamı, özü ve amacına göre yorumlanmalıdır. Emrin konusu, hukuka uygun olup olmamasına göre değerlendirilmelidir. Emrin konusunun yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı ise karine olarak hukuka da aykırıdır. Ancak bu karinenin aksi ispatlanabilir. Bu bakımdan Anayasa m. 137 başlık ve içerik olarak “hukuka aykırı emir” olarak düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Keza TCK m. 24’teki düzenleme bakımından, emrin konusunun yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı olması şeklinde değil, hukuka aykırı olması şeklinde anlaşılıp uygulanması gerekir.<sup>56</sup>

Daha önce de ifade edildiği gibi, amirin astına vereceği emir idare hukuku anlamında bir idari işlemdir. İdari fonksiyonların yerine getirilmesi için gerçekleştirilen idari işlemler, icrai nitelikte oldukları için hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar; hukuka aykırılıkları bir mahkeme kararı ile tespit edilmediği sürece *hukuka uygun* kabul edilirler. Ancak Anayasa m. 125/1 gereğince “idarenin her türlü işlem ve eylemleri yargısal denetime açıktır” ve dolayısıyla idari işlem olan emrin de hukuka uygunluğu denetlenebilir. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi, İYUK m. 2’de belirtilen unsurlar bakımından yapılır. Bu unsurlar yukarıda da belirtildiği üzere yetki, şekil, sebep, konu, usul ve amaçtır. Bu unsurlara kısaca değinilecek olunursa, *yetki unsuru* “idari işlemi hangi idari makam, görevli veya organın yapacağını gösteren unsurdur”. Yetkinin yer, zaman ve konu boyutları mevcuttur. *Şekil unsuru* “idari işlemlerin yapılmasında uyulması gereken şekil ve usul kurallarıdır”. *Sebep unsuru*, “idari işlemin yapılmasına yol açan hukuki işlem ya da maddi olaydır”. *Konu unsuru* bakımından idari işlemin ortaya çıkardığı hukuki sonuç olup verilen bir emrin konusu imkânsız ve gayri meşru olmamalı, uygulama sınırları objektif biçimde çizilebilir olmalıdır. *Usul unsuru*, idari işlemin yapılması bakımından mevzuatın gösterdiği yoldur. *Amaç unsuru* ise işlemin kamu yararına yönelik olmasıdır. Sayılan bu unsurlar birlikte dikkate alınmalıdır. Herhangi bir unsurda sakatlık veya eksiklik bulunduğu halde, emrin hukuka aykırılığından bahsedilebilir.<sup>57</sup>

Yukarıda da ifade edildiği üzere amirin emri hukuka uygunsu ve personel tarafından hukuka uygun şekilde ifa edilirse ortada hukuka uygun bir işlem, hareket ve/veya netice söz konusu olur. Emir hukuka uygun olur ancak emir verilen personel tarafından hukuka uygun şekilde yerine getirilmez ise, işlenen suçtan emri hukuka aykırı şekilde yerine getiren kamu personeli sorumlu olur.<sup>58</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ’e göre, “*hukuka uygun emrin yerine getirilmesi hali ile TCK m. 24/1’deki kanun hükmünün yerine getirilmesi arasında esaslı bir fark yoktur*”. *Zira her ikisinin de dayanağını esasen kanunla verilen bir görevin ifası oluşturmaktadır*”.<sup>59</sup>

İkinci ihtimalde amirin emri hukuka aykırıdır. Bu durumda emri alan kamu personeli, emrin hukuka aykırı olduğunu belirlerse emri yerine getiremez. Bu aykırılığı emri verene bildirmelidir. Hukuka aykırı emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi, ancak üstün emrinde ısrar etmesi ve bu emri yazılı olarak yinelemesi durumunda mümkündür. Dolayısıyla bu durum, emri yerine getiren bakımından kusurluluğu kaldıran hal kabul edilecektir. Emri veren amirin ise kusurluluk durumu devam eder ve işlenen suçtan sorumlu olur.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 398.

<sup>56</sup> Özen, 2019, s. 632.

<sup>57</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 399. Yıldırım/ Melikşah/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, 2016, s. 435 vd.

<sup>58</sup> Özen, 2019, s. 632.

<sup>59</sup> Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 340.

<sup>60</sup> Özen, 2019, s. 633. Hakeri, 2019, s. 403. ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ’a göre, bu halde emri verenin sorumlu olup olmayacağı hususunda TCK’da ve Anayasa’da bir açıklık bulunmadığı için belirsizlik söz konusudur. Ancak

Emrin hukuka aykırılığının denetlenmesi bakımından iki istisnanın varlığı kabul edilir: Kamu personelinin emrin kanuna aykırı olduğunu bilmemesi ve mevzuatın mutlak itaat aradığı durumlar.

### ***Emrin hukuka aykırı olduğunun bilinmemesi***

Emri yerine getiren, emrin hukuka uygun olduğunu düşünür ancak bu düşüncesinde hatalı olursa, hataya ilişkin kurallar uygulanacaktır. Kusurluluğu etkileyen sebeplerin koşullarında hata bakımından düzenleme TCK m. 30/3'te yer almaktadır: “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” Söz konusu düzenleme, sadece kaçınılmaz hataya sonuç bağlamıştır. Buradaki hata, failin kusurluluğu etkileyen maddi şartların birinin gerçekleştiğini düşündürecek kaçınılmaz bir hata içinde olduğu durumlarda söz konusu olur. Buna göre emri uygulayan, kusurluluğu etkileyen nedenlerin şartlarının gerçekleşmediği halde gerçekleştiğini sanıyor ve bu düşüncesi kaçınılmaz ise bu hatasından yararlanır. Bu durumda failin kusurunun ortadan kalktığı kabul edilecek ve failin ceza sorumluluğu yoluna gidilmeyecektir. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında düşülen hata kaçınılabılır ise kişi cezalandırılacak, kusurluluğu ortadan kaldıran ya da azaltan nedenin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Diğer bir deyişle, ceza verilmemesi yoluna gidilmeyecek, cezada kusurluluğu azaltan nedenle ilgili olarak ceza indiriminde başvurulmayacaktır. Ancak kaçınılabılır hata cezanın tespitinde göz önünde tutulur ve cezada alt sınıra kadar indirim yapılabilir.<sup>61</sup>

Eğer emir açıkça suç teşkil ediyorsa hatanın önemi yoktur; suç oluşturan emrin icrasında yanılma olamaz. Normalde meşru, ancak somut olay bakımından suç oluşturan emirler bakımından ise esaslı hata mevcutsa emri yerine getiren sorumlu olmayacaktır. Örneğin, bir polise amiri bir evi araması için emir verdiğinde; polis, amirinin gereken izni hâkimden aldığını zannederek evi araması durumunda, esaslı fiili hata varsa konut dokunulmazlığının ihlali suçundan sorumlu tutulmayacaktır.<sup>62</sup>

Öte yandan, somut olayda kusuru etkileyen sebeplerin koşulları objektif olarak gerçekleşmiş olmasına karşın, fail bu koşulların kendisi üzerinde yarattığı etki olmaksızın hareket etmişse artık TCK m. 30/3 uygulanmaz. Böyle bir etki altında hareket etmeyen fail, hataya düşüğünü ileri süremeyecektir.<sup>63</sup>

---

emrin bu şekilde yerine getirilmesi, emri hukuka uygun kılmayacağından emri verenin sorumluluğunun esasen devam ettiği, bu nedenle de bu konuda yasal düzenlemeye gereksinim duyulmamış olduğu söylenebilir de, 765 s. TCK m. 49/son'da olduğu gibi konuya ilişkin açık bir düzenleme ihtiyacı vardır. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 399.

<sup>61</sup> Akbulut, 2019, s. 614. Kaçınılabılır hataya bir sonuç bağlanmaması eleştirilmektedir. Meraklı, 2017, s. 424. “*Hata (yanılma); genel olarak kişinin tasavvuru zihinden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymaması anlamına gelen bir kavramdır. Hata kural olarak iradenin oluşum sürecine etki eder ve gerçeğin yanlış biçimde tasavvuru veya bilinmesi nedeniyle irade bozulmuş olarak doğar. Failin tasavvurunun konusu dış dünyaya ait bir şeye ilişkin olabileceği gibi, normatif dünyaya (kurallar alanına) dair de olabilir. Dış dünyayla ilgili şey olduğundan farklı bir biçimde algılanması halinde unsur yanılğısından (tipiklik hatası), normatif dünyaya ait gerçekliğin farklı biçimde değerlendirilmesi halinde ise yasak hatasından bahsedilir. Kısaca unsur hatası bir algılama hatası olduğu halde; yasak hatası bir değerlendirme hatasıdır. Hata, kastı ortadan kaldıran veya kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere ikiye ayrılır. Suçun maddi unsurlarında (TCK 30/1), suçun nitelikli hallerinde (TCK 30/2), hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında (TCK 30/1-3) hata halleri kastı kaldırır. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata (TCK 30/3) ile haksızlık yanılğısı (yasak hatası) (TCK 30/4) kusurluluğu etkileyen hata şekilleridir. Kastı kaldıran hata türüne hukuka uygunluk nedenlerinin sınırındaki yanılğıyı da eklemek gerekmektedir. (TCK 27/1)” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/3, K. 2017/3, 24/4/2017.*

<sup>62</sup> Demirbaş, 2019, s. 282.

<sup>63</sup> Meraklı, 2017, s. 424.

### ***Mevzuatın mutlak itaat aradığı durumlar***

Emrin hukuka aykırı olup olmadığının sorgulanmasının yasaklandığı özel düzenlemelerin varlığı durumunda, hukuka aykırı emri ifa eden kamu personeli, işlenen suç bakımından sorumlu tutulmaz. Emri veren amir ise, sorumlu olur. Burada dikkat edilmesi gereken husus, emrin konusunun suç teşkil etmeyip emrin yerine getirilmesinin suça yol açmasıdır. Zira mevzuat gereği emrin sorgulanmaması gereken durumlarda dahi, emrin konusunun doğrudan suç teşkil etmemesi gerekir.<sup>64</sup>

Anayasa m. 137/3 ile polis ve askeri mevzuata ilişkin ayrıık düzenlemeler saklı tutulmuştur. Aynı durum TCK m. 24/4'te de mevcuttur. Buna göre, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yine emri yerine getiren değil emri veren sorumlu olacaktır.<sup>65</sup> Bazı durumlarda kanun, emrin içerik yönünden kanuna aykırı olup olmadığının araştırılmadan yerine getirilmesini ister. Bu durumlarda emri alan kişi şekli koşulları araştırmak zorunda ise de içeriğini araştırmakla yükümlü olmayıp aksine mutlak itaat yükümlülüğü altındadır. Ancak kamu görevlisi, mutlak itaatle kanunen yükümlü olduğu durumlarda dahi, emrin şeklen hukuka uygun olup olmadığını incelemek zorundadır. Çünkü *şeklen sakat bir emir, hukuki anlamda bir emir değildir*. Mutlak itaat, özellikle asker ve polis kişileri bakımından söz konusudur. Bu husus hakkında 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 14 ve Polis ve Salahiyet Kanunu m. 2 önemlidir.<sup>66</sup>

#### ***-Askerler Bakımından***

Silahlı Kuvvetler, “hiyerarşik ilişkinin en fazla hissedildiği” kurumlardandır. Bu durum “mutlak itaat mecburiyeti” olarak 211 sayılı Kanunu'nun 14. maddesinin ilk fıkrasında görülmektedir: “*Ast; ... amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast, muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar, değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğan mesuliyetler emri verene aittir.*” İç Hizmet Kanunu'nun bu düzenlemesine göre, ast amirin emrine, hizmetle ilişkisinin olup olmadığını, hizmet için gerekli olup olmadığını araştırmaksızın itaat etmek mecburiyetindedir.<sup>67</sup> Askeri Ceza Kanunu'nun 41/2'de de: “*Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.*” denmektedir. Buna göre astın mutlak itaatle yükümlü kılındığı durumlar hizmete müteallik hallerle sınırlandırılmıştır.<sup>68</sup> Askeri Yargıtay, hizmete ilişkin emri sadece kanun ve nizamlarda yazılı olan hususlarla sınırlı olarak kabul edip hizmeti dar yorumlamış; hukuka aykırı olan hususların hizmete ilişkin olamayacağı görüşünü savunmuştur.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> Özen, 2019, s. 633, s. 641. Demirbaş, 2019, s. 283.

<sup>65</sup> Hakeri, 2019, s. 403.

<sup>66</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 400. Özgenç, 2019, s. 445. Akkurt, Haziran 2013, s. 65.

<sup>67</sup> Özgenç, 2019, s. 444. DURSUN'a göre belirli meslek grupları açısından emrin denetlenebilir olmaması ancak dikkatli bir araştırmayla suç oluşturduğu anlaşılabilir olan emirlerle sınırlı bir mazur görmeyi haklılaştırabilir. Dursun, 2014, s. 242.

<sup>68</sup> ÖZGENÇ'e göre suç teşkil eden emri yerine getiren bakımından mazeret sebebi sayılmalıdır ve kusurlu kabul edilmemelidir. Ancak bu konuda tek ölçüt, emrin “hizmete müteallik hususlarda” verilmiş olmasıdır. Şayet böyle değilse ast, konusu suç teşkil eden bu emri yerine getiremez. Yazar, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsüne iştirak eden üstler tarafından söz konusu teşebbüs bağlamında verilen emirlerin, TBMM'nin ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin ortadan kaldırılmasını engellemeye teşebbüs suçu (TCK m. 311, 312) suçlarının işlenmesi zımında verilen emirlerin yerine getirilmesinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Özgenç, 2019, s. 446. Aksi görüş için bkz. Dursun, 2014, s. 237.

<sup>69</sup> “*AsCK uygulamasında hizmeti kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması açıkça gösterilmiş olan hükümlerle gene kanunlarda ve nizamlarda yapılması veya yapılmaması yetkililerin takdirine bırakıldığı ahvalde, yetkililerin bu takdirlerine dayanarak yapılmasını veya yapılmamasını istediği husustur, şeklinde tanımlamak mümkün olacaktır. Emir hizmetin ifadesi olup, hizmet de kanunlarda ve nizamlarda yazılı hususlardan ibaret*



DEMİRBAŞ'a göre, İç Hizmet Kanunu m. 14, amirin verdiği emre mutlak surette itaat etmek zorundayken, üstün verdiği emre, kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde itaat zorunluluğu vardır. Emri alan ast, emrin içerik bakımından kanuna uygun olup olmadığını araştıramaz. Ancak mutlak itaatin söz konusu olduğu durumlarda dahi ast, emrin şekle uygun olup olmadığını araştırmalıdır. Ayrıca ast, emri verenin “amir mi yoksa üst mü” olduğunu inceleyecektir. Şayet amir ise mutlak itaat söz konusu olacak; üst ise kanun ve nizamlara göre böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığı araştırılacak, yetkili olduğu kanaatine varılırsa emre yine mutlak itaat edecektir. İç Hizmet Kanunu'na göre, amir, “*makam ve memuriyet yönünden emretmek yetkisine sahip kimse iken (m. 9); üst, rütbe ve kıdem büyüklüğünü ifade eder (m. 10).*”<sup>70</sup> ÖZGENÇ ise, “*böyle bir ayırmda bulunmaksızın maiyet veya astın, amir veya üstünün verdiği emre hizmetle ilişkisinin olup olmadığını ve hizmetin gereği olup olmadığını araştırmaksızın bu emre itaat zorunluluğu olduğunu*” ifade etmiştir.<sup>71</sup>

Anayasa m. 137/4 gereğince, “*askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunda gösterilen durumlar ile ilgili olarak hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinde, emri yerine getirecek kişinin, emrin hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi halinde, emri yerine getirmek için amirinden yazılı olarak yinelenmesini isteme yükümlülüğü bulunmamaktadır*”. Burada, emrin, “*askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunda gösterilen durumlar ile ilgili*” olmasına dikkat edilmelidir. ÖZEN'e göre emri alanın tespit etmesi gereken ilk şey emrin bu durumlarla ilgili olup olmadığıdır. Emrin konusu bu durumlarla ilgili değilse, ana kural geçerli olacak ve emrin yazılı olarak yenilenmesi gerekecektir.<sup>72</sup> Askeri Yargıtay'ın “hukuka aykırı emrin yerine getirilmemesinin emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacağını” kabul ettiği kararları mevcuttur.<sup>73</sup>

Askeri Ceza Kanunu m. 41/3'de, iki durumda emri yerine getiren astın da ceza sorumluluğu kabul edilmiştir. İlki astın kendisine verilen emrin sınırını aşmış olması (m. 41/3, A), ikincisi ise amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını içeren bir fiile ilişkin olduğunun bilinmesi (ACK m. 41/B). Dolayısıyla konusu açıkça suç oluşturan bir emir varsa yerine getirilmemelidir; getirilirse yerine getiren ve emri veren sorumlu olur. DEMİRBAŞ'a göre, bu durumda esaslı fiili hata varsa astın sorumluluğu olmayabilir. Zira askeri mevzuat, emrin içerik bakımından kanuna uygunluğunu araştırma yetkisi tanımamış ve mutlak itaati öngörmüştür. Dolayısıyla ast aldığı emri tereddüdü bulursa dahi, derhal yerine getirmekle yükümlüdür ve bu durumda sorumlu tutulmayabilir. Yargıtay da bu yönde bir sonuca varmıştır: “*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.*

*olduğuna göre, kanuna aykırı bir istek emir niteliğinde değildir. Bu itibarla sicil yönetmeliğine aykırı olarak 3 ay beraber çalışmadığı astına sicil vermesi hususunda verilen emre uymayan sanığın hareketi, emre itaatsizlikte ısrar suçuna sebebiyet vermez.*”, (As. Yrg. Drl. Krl., 24.12.1975, 72/70)'dan aktaran Akman, 2015, s. 101.

<sup>70</sup> Demirbaş, 2019, s. 283-284. Yetkilendirilen veya amire vekâlet eden kişi, emir verme yetkisine sahip olur ve amir sayılır. Ancak ast yönünden hüküm ifade etmesi için, vekâlet durumunun ast birlik ve personele bildirilmiş olması gerekir (İç Hizmet Kanunu m. 34/4,5). Demirağ, 2018, s. 101.

<sup>71</sup> Özgenç, 2019, s. 445.

<sup>72</sup> Özen, 2019, s. 638.

<sup>73</sup> Askeri Yargıtay 1. Daire, 01.05.2002, E. 2002/423, K.2002/420, “*Yasa ve diğer nizamlarda düzenlenmiş hususlarda, yasa ve nizamlara aykırı olarak verilen emrin yerine getirilmesi, askerliğin kuralları gereği zorunlu olsa dahi, yerine getirilmemesinin AsCK'nın 87. Maddesine düzenlenen emre itaatsizlik suçunu oluşturmayacağı Askeri Yargıtay'ın yerleşik İçtihatları ile benimsenmiştir. Kanuna aykırı emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması ile bu zorunluluğun yerine getirilmemesinin suç teşkil etmesi ayrı sonuçlardır. Ast kanuna aykırı olsa dahi emri yerine getirecektir. Ancak yerine getirmediği takdirde eylemi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturmayacaktır, ama bu eylemi askerliğin disiplin kurallarını ihlal ettiğinden disiplin tecavüzü teşkil edecek ve amiri tarafından disiplin cezası ile cezalandırılabilir.*” Savaşçı Temiz, 2018, s. 191.

*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.”<sup>74</sup>*

Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 15 Temmuz 2016 tarihinde anayasal düzene karşı gerçekleştirilen silahlı darbe teşebbüsü ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, “Anayasa'nın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, niteliği itibariyle 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” belirtmiştir.<sup>75</sup>

Ancak emrin hizmet gereği olarak verilmediği ve ayrıca bir suç teşkil ettiği açıkça anlaşılmasına rağmen astın, emrin suç işleme maksadıyla verilmiş olduğunu bilmeme ihtimali de vardır. Bir emrin suç oluşturduğu açıkça anlaşılabilir ancak emri veren amir veya üst, suç işlemek maksadı gütmüyor olabilir ya da bu amacın güdüldüğü ast tarafından bilinmeyebilir. ÖZGENÇ'e göre, verilen emrin suç oluşturduğunun açıkça anlaşılmasından, bu emri verenin suç işleme amacı taşıdığı sonucu, zorunlu olarak çıkarılmaz. Astın cezai sorumluluğuna gidebilmek için astın suç işleme maksadını doğrudan bilmesi gerekir; *maksadın muhtemel görülmesi ya da öngörülebilir, tahmin edilebilir olması bilmek olarak değerlendirilmez.*<sup>76</sup>

#### **-Polisler Bakımından**

Polis teşkilatı, hiyerarşinin sertliği bakımından askerlerden sonra ikinci sırada gelmektedir. Polis memurunun amirinin verdiği emrin hukuka uygunluğunu incelemesi PVSK m. 2/3 ile sınırlandırılmıştır. PVSK m. 2/2'de, “Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı

<sup>74</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 21.01.2019, E. 2018/2519, K. 2019/323, (www.yargitay.gov.tr)'dan aktaran Demirbaş, 2019, s. 284. Özgenç, 2019, s. 129. Aynı şekilde cebir veya tehdit (TCK m. 28) ile zorunluluk haline (TCK m. 25/2) ilişkin hükümler de saklıdır. Dursun, 2014, s. 239.

<sup>75</sup> “Verilen emrin suç teşkil etmesi durumunda ise emri veren ve yerine getirenin sorumluluğu aynı Kanununun İştirak başlıklı 41/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre amirin emri suç teşkil ediyorsa ve ast, amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadı ihtiva eden bir fiile müteallik olduğunu biliyorsa hem emri veren hem de emri yerine getiren sonuçtan iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Astın cezai sorumluluğu, ancak emrin hizmete müteallik olmaması, suç işlemek maksadıyla verilmesi ve bu maksadın ast tarafından bilinmesi halinde söz konusu olabilecektir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2017/1443, K. 2017/4758, Karar Tarihi: 14.07.2017, [https://legalbank.net/belge/y-16-cd-e-2017-1443-k-2017-4758-t-14-07-2017-anayasayi-ihlal-sucu-darbe-tesebbusunun-anayasal-duzeni/3042721/amirin+emri+ifa,\(18.04.2020\).](https://legalbank.net/belge/y-16-cd-e-2017-1443-k-2017-4758-t-14-07-2017-anayasayi-ihlal-sucu-darbe-tesebbusunun-anayasal-duzeni/3042721/amirin+emri+ifa,(18.04.2020).) “Ayrıntıları ilgili bölümde açıkladığı 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 müteallik 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 müteallik 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.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2018/7103 K. 2019/1953, T. 21.3.2019, [https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/16-ceza-dairesi-e-2018-7103-k-2019-1953-t-21-3-2019,\(19.04.2020\).](https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/16-ceza-dairesi-e-2018-7103-k-2019-1953-t-21-3-2019,(19.04.2020).)

<sup>76</sup> Özgenç, 2019, s. 448.

kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yinelerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulmaz” şeklinde genel bir düzenleme mevcutken; PVSK m. 2/3’te sayılan durumlarda, polisin sözlü emirleri yerine getirme zorunluluğu belirtilmiş ve PVSK m. 2/son’da bu emirler bakımından mutlak itaat zorunluluğu bulunduğu ifade edilmiştir. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğan sorumluluk emri verene aittir. Ancak bu hallerde dahi, suç teşkil eden emir kesinlikle yerine getirilmez. Bu durumda emri veren azmettiren, emri uygulayan ise fail olarak sorumlu olur.<sup>77</sup>

PVSK m. 16’da polisin silah kullanma yetkisi bakımından da amirin emrine ihtiyaç yoktur, gerekli şartlar oluştuğunda ve polis silah kullandığında kanun hükmünün yerine getirilmesi söz konusudur.<sup>78</sup>

<sup>77</sup> Erdem/ Öztürk, 2019, s. 242.

<sup>78</sup> PVSK m. 16: “Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir. İkinci fıkrada yer alan; a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü, b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder. Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir. Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir. Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur. Polis; a) Meşru savunma hakkının kullanılmasında, b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde, c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde, silah kullanmaya yetkilidir. Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir. Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

“Sanığın arkadaşı tanık Eyüp ile Ümraniye İlçe Jandarma Karakol Komutanlığı Yeni Doğan Karakolu Sorumluluk Bölgesinde, olay gecesı saat 01 ile 05 arasında, önleyici yaya kolluk devriyesi görevini yaparken, İl Jandarma Komutanlığı Muhabere Merkezi Telsizinden 34VL1219 plakalı beyaz renkli Uno marka hususi otunun çalınıtı olduğu, çeşitli yerlerde kapkaç olayına karıştığı, aracın muntıka 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 ateşı yaptığı, uyarıya rağmen kaçan araca, durmasını temin için tekerleğini hedef alarak arkasından 1 el ateş ettiği, aracın bagajından giren merminin maktule isabetle ölümünü tevliit 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 hükmünün yerine getirdiği anlaşılmakla ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 2537 sayılı Yasanın 27/1, 85, 62. Maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi hukuka aykırıdır.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2006/4717, K. 2007/7842, 30.10.2007, Metiner, Haydar, Koç, Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel

### **Konusu suç teşkil eden emir**

“Konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez (TCK m. 24/3)”. *Mutlak itaat gerektiği hallerde bile*, kural olarak suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi, *emri yerine getirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*.<sup>79</sup> Şayet konusu suç teşkil eden emir yerine getirilirse, emri ifa eden *fail* olarak, emri veren ise *azmettiren* olarak sorumlu tutulacaktır.<sup>80</sup>

Emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde, kişinin bu emri yerine getirmesi, içinde bulunduğu hiyerarşik yapı, emir-komuta zinciri, ast-üst ilişkisi nedeniyle mazur görülmemiştir. Bu durumda suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin, hiyerarşik yapı nedeniyle bu emrin yerine getirilmesine ilişkin iradesinin tümüyle bertaraf olduğu ve hatta zayıflamış olduğu dahi kabul edilmemektedir. Emreden kişi ise, sadece azmettiren olarak emredilenin işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Ancak emreden kişinin, hiyerarşik ilişkinin yanı sıra, şahsi nüfuz kullanmak suretiyle konusu suç teşkil eden bir emri rahatlıkla ifa ettirebileceği de göz önünde tutulmalıdır. Bu hallerde emredilenin suç teşkil eden emri yerine getirmesinde etkili olan faktör hiyerarşik ilişki değil, amirin görevini kötüye kullanmak suretiyle uyguladığı şahsi nüfuzdur.<sup>81</sup> Konusu suç olan emri alan, cebir ya da tehdit ile emri yerine getirmek zorunda kalmış ise bu durumda TCK m. 28 hükmünün uygulanması düşünülebilir.<sup>82</sup>

Amirin emri bir suç teşkil etmediği hallerde, emrin ifasında sınır aşılmış olabilir. Örneğin, silahlı bir şahıs suç işlerken suçun işlenmesini durdurmak amacıyla verilen silah kullanma emrinde sınır aşılabılır. Bu gibi durumlarda ÖZEN’e göre, sınırın aşılmasında taksir derecesinde kusur varsa TCK m. 27/1 uygulanabilmelidir. Ancak öğretilde TCK m. 27/1’in sadece hukuka uygunluk nedenlerinde uygulanabileceği görüşü baskındır.<sup>83</sup>

## **İdare Hukuku Bakımından Amirin Emrinin İfası**

### **Kabahatler Bakımından**

2005 yılında yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 2. maddesine göre kabahat, “*kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıklardır*”. Aynı Kanun’un 16. maddesine göre kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar, “*idari para cezası*” ve “*idari tedbirlerden*” oluşmaktadır. İdari tedbirler, “*mülkiyetin kamuya geçirilmesi*” ve “*ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler*”dir.

Hükümleri, I. Cilt, Madde 1-36, Yorum Basın Yayın, Mart 2008, Ankara, s. 278’den aktaran Savaşçı Temiz, 2018, s. 166.

<sup>79</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 401.

<sup>80</sup> Koca/ Üzülmöz, 2019, s. 342. Yargıtay CGK, E. 2005/10-15, K. 2005/29, T. 15.3.2005: *Askeri Yargıtay, 4. Daire, 18.01.1972, 4/21: “Hizmete müteallik hususlarda verilen ve suç teşkil eden emirlerin amiri mesul kılacağı kanuni bir prensip olmakla beraber suç maksadını güttüğü bilinen bir emri uygulamanın astı da sorumlu kılacağı Askeri Ceza Kanunu 41/3-B maddesinde açıklanmış ve Anayasanın 137. maddesinde de, hizmet gerekleri dikkate alınarak, askeri mevzuatta yer alan emirle ilgili hüküm istisna yolu ile mahfuz tutulmuş olduğuna, 227 SK.nun 10. maddesiyle yasaklanmış olmasına rağmen sinema parası namı altında aylık...Liranın erat harçlıklarından kesilmesine dair Tb. K.lığından verilen ve zikredilen mahiyeti itibarıyla suç maksadı güttüğü aşikar olan... kanuna muhalefetle mualllel olduğu kendilerince de bilinen emri uygulamaktan imtina etmeleri ve durumu en kısa yoldan bir derece yukarı amire duyurmaları gereken Bölük Komutanlarının emrin verildiği...tarihinden, kaldırıldığı... tarihine kadar bu emri uyguladıkları sübute erdiklerine göre sanıkların Ask. CK. 41/3-B md.si delaletiyle memuriyet nüfuzunu suiistimal suçlarından dolayı faili müşterek olarak cezalandırılmalarında kanuna aykırı bir cihet görülmemiştir.”* Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler, Madde 1-36, I. Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 640’dan aktaran Savaşçı Temiz, 2018, s.153.

<sup>81</sup> Özgenç, 2019, s. 444.

<sup>82</sup> Özbek/ Doğan/ Bacaksız, 2019, s. 401.

<sup>83</sup> Özen, 2019, s. 645.

Kabahatler ve suçlar arasındaki ayırım, doktrinde farklı sebeplere dayandırılrsa da, Türk hukukundaki ağırlıklı görüş, kabahatler ve suçlar arasında nicelik farklı olduğu, her iki fiilin de haksızlık teşkil ettiğini, ancak kabahatlerin haksızlık içeriğinin suçlara göre daha az olduğu yönündedir.<sup>84</sup>

Kabahatler idare hukuku içinde incelenmekte olsa da kabahatler hukuku, idare hukuku ve ceza hukukunun ortak alanıdır. Kabahatler, her ne kadar bir suç olmasa da, kabahatler bakımından haksızlığın oluşması için aranan unsurlar, sorumluluğun şartları, iştirak, içtima gibi sorunlar, yaptırımın belirlenmesinde esas alınacak ölçütler açısından ceza hukuku esasları dikkate alınmaktadır.<sup>85</sup>

Kabahatler açısından da kanuni tanıma uygun (tipik) ve hukuka aykırı fiil işleyen kınanabilir. Ancak bunun için de kabahati işleyen failin kusurlu olması, kınanabilir olması gereklidir. Bu bakımdan ceza hukukundaki “kusursuz ceza olmaz ilkesi”, kabahatler bakımından “kusursuz idari yaptırım olmaz ilkesi”ne dönüşmektedir.<sup>86</sup>

5327 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “Kast veya Taksir” başlıklı 9. maddesine göre “*Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir.*” Madde gerekçesi şu şekildedir: “Suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilirler. Ancak, kanunda açıkça belirtilmiş olması halinde, taksirle işlenen fiil de istisna olarak suç oluşturabilir. Buna karşılık, Tasarıda benimsenen sisteme göre, *kabahat türünden haksızlıklar kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilirler. Ancak sadece kasten veya taksirle işlenebilen fiilin kabahat oluşturabileceği konusunda kanunda hüküm bulunabilir.* Fakat, Tasarının sisteminde, kabahatler açısından da idari ceza sorumluluğunun kabulü yani idari para cezasına karar verilebilmesi için, *fiili işleyen gerçek kişinin en azından taksire dayalı kusurunun varlığı gerekir.* Başka bir deyişle, kabahatler bakımından objektif sorumluluk kabul edilmemiştir.”<sup>87</sup>

765 sayılı mülga TCK’nın sistemine göre, *failin cezalandırılabilmesi için, kabahat teşkil eden fiilin gerçekleşmiş olması yeterli sayılmış; kabahat türünden bir suçun işlenmesi açısından failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğinin araştırılmasına gerek görülmemiştir* (765 s. TCK m. 42/f). Bu durum, kabahat türünden bir suç işleyen kişi aleyhine olan bir durum ortaya çıkarmakta ve objektif sorumluluk düzeninin benimsendiği “19. yüzyıl ceza anlayışının bir ürünü” olarak kabul edilmekteydi.<sup>88</sup>

Kusuru etkileyen nedenler bakımından, kabahatler açısından da idari para cezasının uygulanmayacağı bir yaş sınırı belirlenmiş (*15 yaşını doldurmamış çocuklar hakkında idari para cezası uygulanamaz*), TCK m. 32/1’in karşılığı olacak şekilde akıl hastalığına sahip bulunan kabahat faillerine idari para cezasının uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır (Kabahatler Kanunu m. 11). Bunun yanında Kabahatler Kanunu m. 12’de Ceza Kanunu’ndaki “kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin” kabahatler açısından da uygulanacağını belirtmiştir: “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.*” Buna göre Ceza Kanunu’nda yer verilen kusurluluğu azaltan nedenlerin kabahatler hukukunda uygulanamayacağı anlamı çıkarılır. Ancak yine de Kabahatler Kanunu

<sup>84</sup> Akbulut, 2019, s. 80.

<sup>85</sup> Akbulut, 2019, s. 40, 42, 579.

<sup>86</sup> Akbulut, 2019, s. 543.

<sup>87</sup> Özgenç, 2019, s. 304.

<sup>88</sup> Özgenç, 2019, s. 304.

m. 17/2’de idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahat bakımından failin kusuru da göz önünde tutulacağı belirtildiği için idari para cezasında indirim neden olabilirler.<sup>89</sup>

Kabahatler Kanunu’nun 12. maddesinin gerekçesinde şu açıklamalar yapılmıştır: “Madde metninde, Türk Ceza Kanunu’nun hukuka uygunluk nedenleriyle kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerine ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ancak, Tasarıda aksine hüküm bulunan haller saklı tutulmuştur. Türk Ceza Kanununun... kusurluluğu etkileyen nedenlere ilişkin hükümler ise, kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran nedenler olarak iki gruba ayrılabilir. Maddenin düzenlemesine göre, hukuka uygunluk nedenleri ile zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisinde olma, *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi* gibi kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde, idari para cezasına karar verilemeyecektir. Ancak, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile ilgili olarak Tasarıda ayrı hükümlere yer verilmiş olması dolayısıyla, Türk Ceza Kanununun bu hallere özgü hükümleri kabahatler açısından uygulanamayacaktır. Keza, Türk Ceza Kanununun örneğin haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin hükümleri kabahatler açısından uygulanamayacaktır.”<sup>90</sup>

Amirin emrinin ifasına ilişkin Kabahatler Kanunu’nda ayrı bir düzenleme olmadığı için m. 12’de yapılan atıf gereği TCK’da konuyla ilgili hükümler olan m. 24/2-4 esas alınacaktır. Buna göre, amirin hukuka uygun emrinin ifası TCK m. 24/2 gereği, *belirli bir kabahat tipine uygun bir hareket teşkil etse de, kabahatin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden kabahat oluşmayacaktır*. Hukuka aykırı emirleri bakımından TCK m. 24/3 gereği, *konusu kabahat teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği, aksi takdirde emri verenle birlikte yerine getireninin sorumlu olacağı* sonucuna varılır. Burada, Anayasa m. 137’deki düzenleme bakımından, 2. fıkrada “suç” ibaresinin kullanılması bakımından yalnızca suç oluşturan emirlerin ifa edilmeyeceği, “suç oluşturmeyen diğer fiillerin” ise 1. fıkraya dâhil olduğu kabul edilerek yazılı tekrarı halinde ifa edileceği ve ifa edenin sorumluluğu doğmayacağı görüşü de mevcuttur. Buna karşı olarak ise Anayasa m. 137’deki “suç” kavramına, “kabahat” kavramının da dâhil olacağı, 2. fıkradaki “suç” kavramının adli suçların yanında “idari suçları (kabahatleri)” da kapsadığı, Anayasa Mahkemesi’nin de çeşitli kararlarında AY m. 38’de düzenlenen “suç ve cezalara ilişkin esaslar” maddesini kabahatler açısından da yorumladığı ileri sürülmektedir.<sup>91</sup>

Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği hallerde işlenen kabahatten sadece *emri veren* sorumlu tutulacak, *emri ifa eden ise mazeret nedeninden yararlanacaktır*.<sup>92</sup>

Öte yandan 5362 sayılı Kabahatler Kanununun “Hata” başlıklı 10. maddesine göre, “*Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır.*”

## Disiplin Hukuku Bakımından

<sup>89</sup> Akbulut, 2019, s. 543.

<sup>90</sup> Özgenç, 2019, s. 462. Işıklar, 2019, s. 286.

<sup>91</sup> “Anayasa’nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, “Ceza sorumluluğu şahsidir.” hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.” Anayasa Mahkemesi, 26.12.2013, 43/168; benzer diğer kararlar: 29.11.2012, 106/190; 15.03.2012, 2011/105-2012/38; 11.06.2009, 2007/115-2009/80, Dursun, 2014, s. 245.

<sup>92</sup> Dursun, 2014, s. 245-246.

Disiplin hukukunda manevi unsur, kamu personelinin bilerek ve isteyerek disiplin yaptırımı gerektiren bir fiil gerçekleştirmesidir.<sup>93</sup> Disiplin hukukunda da failin cezalandırılabilmesi için kusur ve iradilik şartları aranmaktadır.<sup>94</sup> Bu bakımdan esasen idare hukukuna ilişkin bir kavram olan emrin, disiplin hukuku bakımından da önemi mevcuttur. Anayasa'nın "Kanunsuz Emir" başlıklı 137. maddesi, konusu hukuka aykırılık teşkil eden ancak itiraz etmesi üzerine amirinden aldığı yazılı yineleme doğrultusunda bu emri yerine getirenin disiplin yaptırımı gerektiren bir fiil işlemesine engel olmaktadır. Keza DMK m. 11'de, yazılı şekilde tekrar edilen hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden kamu personelinin sorumlu tutulmayacağı düzenlenmiştir. Doktrindeki ağırlıklı ve bizim katılmadığımız görüşe göre, emri ifa eden kamu personelinin sorumluluğu olmadığı kabul edilmekle birlikte, bu hükümler kamu personeli yönünden hukuka uygunluk sebebi sayılmıştır. Buna göre, emrin ifası disiplin yaptırımı gerektiren bir fiil söz konusu olduğunda en öncelikli ve önemli hukuka uygunluk sebebi olarak görülmektedir.<sup>95</sup>

Hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi sonucunda zaten hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır. Hukuka aykırı emri yerine getiren kamu personeli ise belirli şartlarda kusurlu olmayacaktır. Hukuka aykırı ancak bağlayıcı emir, disiplin hukuku bakımından da kusurluluğu kaldırmaktadır. Örneğin Jandarmanın geçici trafik noktası oluşturarak trafik denetimi yapması bakımından, söz konusu kontrol noktasının jandarmanın sorumluluk bölgesinde olmaması nedeniyle emir hukuka aykırı olabilir. Ancak yazılı emirle ısrar edilmesi halinde, bu emrin ifasından ötürü artık emri yerine getiren kusurlu görülmez ve herhangi bir disiplin sorumluluğu da söz konusu olmaz. Öte yandan fiiliyata geçerek yapılan araç araması halinde, yer yönünden yetkisizlik nedeniyle suç meydana gelebilir. Bu durumda suç oluşturan arama emrinin ifası bakımından, astın sorumluluğu kalkmaz.<sup>96</sup> Ya da bir komutan astına para vererek kendisine bir şey aldırıldığında, bu durum suç teşkil etmese de hizmete ilişkin olmadığı

<sup>93</sup> "... polis memuru olarak görev yapan davacının, görev sırasında saygısızlık içeren sözleri söylediği hususu sabit olduğundan, dava konusu disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle açtığı dava reddedilmiştir... Olayda, aracın muhafaza altında olduğu, çevresinin korunduğu, kamera ile kayıt altında tutulduğu, aracın kilitli olduğu, dolayısıyla gecikmesinde sakınca bulunan hallerin söz konusu olmadığı, davacı tarafından amirinden savcı görüşme tutanağının istenilmesinin yasal prosedürün tamamlanmasına yönelik olduğu, amirin emri, savcı görüşme tutanağı olmadan yerine getirilmiş olsaydı, Türk Ceza Kanununun yukarıda anılan kuralları uyarınca suç teşkil edeceği ve suçu işleyen Anayasanın 137. maddesi gereğince sorumluluktan kurtulamayacağı, ayrıca amir savcıdan yazılı görüşme tutanağını getirinceye kadar davacının aracın başında beklediği ve yazı gelince de otoyolu incelediği anlaşıldığından, davacıya isnat edilen fiilin tüm unsurlarıyla oluşmadığı sonucuna varılmış olup dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemektedir." Danıştay 5. Ceza Dairesi, E. 2016/16659, K. 2018/11624, T. 14.3.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=5d-2016-16659.htm&kw=`disiplin`+`amirin+emri`#fm>, (19.04.2020).

<sup>94</sup> Küçük, 2019, s. 46, 365. Disiplin yaptırımı gerektiren bir fiilin manevi unsuru, bazı Danıştay kararlarında açık olarak belirtilmiştir: "Disiplin hukukunda; failin, ihmali, kusurlu, kasıtlı ve hukuka aykırı davranışı ile disiplin mevzuatında yer alan düzenlemeyi ihlal etmesi halinde disiplin suçunun oluşacağı kabul edilmektedir. Failin; davranışının ihmale, kusura veya kasta dayanması disiplin suçunun manevi unsurunu (ihmal, kusur, kasıt) oluşturmaktadır. Disiplin suçunda kastın varlığından söz edebilmek için; eylemin suç oluşturduğunun bilinmesi ve istenilerek neticeye yönelik harekete geçilmesi gerekmektedir. Bilme; düşünme ve öngörme yetisine sahip olmayı zorunlu kılmaktadır. Failin, kasten hareket ettiğinin kabul edilebilmesi için, suç tipinin yasal tanımında yer alan tüm unsurları öngörmüş olması yani onları önceden bilmiş olması gerekmektedir. Öte yandan, herhangi bir hareketin düşünülüp öngörülmesi hareketin istenildiği anlamına gelmemektedir. Kastın varlığı için bilmenin yanı sıra bilinen bu hareketin (ve neticenin) istenilmesi gerekmektedir. Ancak, gerçekleştirilen eylem bir icrai suç niteliğinde ise yani neticenin ortaya çıkması failin aktif bir davranışına bağlı ise (müessir fiil gibi) hareketin bilerek icrası, neticenin istendiği dolayısıyla işlenen suçun da kasta dayalı olduğu sonucunu doğuracaktır." Danıştay 12. Dairesi, E. 2008/539, K. 2010/1039, 23.02.2010'dan aktaran Kuş, Mayıs 2011, s. 49.

<sup>95</sup> Aslan/ Altındağ, 2018, s. 36.

<sup>96</sup> Işıklar, 2019, s. 440.

için hukuka aykırı kabul edilmektedir ve komutanın disiplin sorumluluğu doğmaktadır.<sup>97</sup> Burada emrin ifasından doğacak disiplin sorumluluğu, emri ifa eden astın değil, emri veren komutanın olacaktır. Burada dikkat edilmelidir ki, emri alan -emrin suç teşkil etmemesi şartıyla- suç işlememek bakımından tereddüte düşer ve pasif durumda kalırsa, bazı durumlarda emri yerine getirmediği için disiplin sorumluluğu doğabilir. Örneğin tutuklanan bir kişinin üstünü arama emrini yerine getirmeyen polis bu duruma örnek teşkil edebilir.<sup>98</sup>

## Sonuç

Anayasa'nın 137. maddesinde "kanunsuz emir" başlığı altında amirin emrinin ifası düzenlenmiştir. Buna göre kamu hizmetlerinde çalışan kamu personeli, almış olduğu emri hukuka aykırı bulursa bu durumu amirine bildirecek ve emri yerine getirmeyecektir. Ancak amir, emrinde ısrar eder ve yazılı olarak yinelerse emri icra edecektir ki; bu durumda sorumluluk emri verene aittir. Bu durumda emri ifa edenin kusurluluğu bulunmadığı için hakkında cezaya hükmedilmez. Hukuka aykırı emrin uygulanmamasına ilişkin olarak, askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hâllerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla istisna getirilebilecektir. Ancak emir, suç teşkil etmesi durumunda yerine getirilmeyecektir.

TCK m. 24/2'de amirin emrinin ifasına ilişkin olarak "yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz." denmiştir. Yine Anayasa hükümleri ile paralel olarak aynı maddenin 3. ve 4. fıkralarına göre, konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

Ceza hukuku bakımından amirin emrinin ifasının hukuki niteliği, doktrinde farklı görüşlerle açıklansa da genel olarak, amirin hukuka uygun emrini yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni, hukuka aykırı emirlerinin yerine getirilmesi halinde ise belirli koşullarda emri yerine getiren bakımından kusuru ortadan kaldıran neden olarak ifade edilmektedir. Yeni TCK'da da amirin hukuka aykırı emrinin ifası, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, kusurluluğu kaldıran neden olarak düzenlenmiştir. Burada ifade edilmelidir ki, doktrinde yaygın şekilde ifade edilen amirin hukuka uygun emirlerinin yerine getirilmesi durumunda hukuka uygunluk nedeni meydana geleceği görüşüne katılmamaktayız. Zira TCK kapsamında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri, esasen hukuka uygun olmayan ancak kanun koyucunun belirlediği durumlarda ve şartlarda hukuka uygun kabul edilen durumları düzenler. Örneğin adam öldürmek fiili, normal şartlarda hukuka aykırı iken, TCK'da meşru müdafaa çerçevesinde belirlenen şartların bulunması halinde, bu fiil artık kanun koyucu tarafından hukuka uygun kılınmaktadır. Ancak amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi bakımından hukuka aykırı bir fiilin, hukuka uygun hale getirilmesi şeklinde bir durum gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla bu durum hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmemelidir.

<sup>97</sup> "Nöbetçi çavuşluğu görevini ifa ettiği sırada içki aldırarak üzere astlarını mahalle bakkalına yollayan sanığın fiili; memuriyet görevini kötüye kullanmak değil, 477 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinde yazılı 'astlarına hizmetle ilgisi olmayan emir vermek' suçunu teşkil eder." (As.Yrg.4.D., 26.11.1968, 6/4), Koç, Cihan, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2009, s. 53'dan aktaran Değirmenci, Temmuz 2012, s. 476.

<sup>98</sup> Işıklar, 2019, s. 411. DMK m. 125'te "Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak" uyarına cezasını gerektiren bir fiil olarak tanımlanmıştır.



Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, hukuka aykırı emrin, TCK bağlamında düzenlenmesine gerek yoktur. Zira hukuka aykırı emrin uygulanması sonucu bir suç değil, hukuka aykırılık meydana gelir. TCK ise suç teşkil eden eylemler bakımından düzenleme getirmektedir. Bu bakımdan, hukuka aykırı emri düzenleyen hükmün, TCK kapsamından çıkarılması yerinde olacaktır.

Emri alan kamu görevlisinin, “emrin kanuna aykırı olup olmadığını araştırmak” ve “emrin suç olup olmadığını araştırmak” şeklinde iki tür yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Bir görüşe göre, Anayasa ve TCK’daki düzenlemelerin lafzına göre emri yerine getirecek kişi, emrin hukuka aykırı olup olmadığını araştırma zorunluluğu içinde değildir. Zira Anayasa’da yalnızca “aykırı görürse” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda emir açıkça hukuka aykırı değilse ve kamu personeli, kendi bilgi, tecrübe ve/veya kanaatine göre de hukuka aykırı olmadığını düşünerek emri uygularsa, emrin uygulanmasından yine emri veren sorumlu olur. Ancak bu hususta TCK ve madde metninde açık bir ifade mevcut değildir. Kanımızca, kanun koyucunun kamu görevlisinin emrin içeriğine ve şekline dair yapması gereken araştırmanın kapsamına dair bir açıklık getirmesi yerinde olacaktır.

Emrin hukuka aykırılığının denetlenmesi bakımından iki istisnanın varlığı kabul edilmektedir: “kamu personelinin emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi” ve “mevzuatın mutlak itaat aradığı durumlar”. Ancak emrin suç teşkil etmesi halinde bu iki istisnanın varlığının devam edip etmediği konusunda doktrin ve yargı kararlarında çeşitli görüş farklılıkları olduğu gözlemlenmektedir. Kanımızca, emrin suç teşkil etmesi halinde, bu iki istisna durumunda emri ifa eden kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu hakkında bir açıklık getirilmesi, hukuk devleti ve eşitlik ilkesi bakımından önem taşımaktadır.

İfası kabahat teşkil eden hukuka aykırı emirler bakımından ise Kabahatler Kanunu’nun Ceza Kanunu’na yaptığı atıf nedeniyle, suçlarla ilgili açıklamalar kabahatler açısından da geçerli olacaktır. Disiplin hukukunda da failin cezalandırılabilmesi için kusur ve iradilik şartları aranmaktadır. TCK’da yer alan kusurluluğu etkileyen hallerin, disiplin hukukunda uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Hem kabahat teşkil eden bir emir mevcut olduğunda, hem de disiplin yaptırımı gerektiren bir fiil meydana getiren emirler bakımından, yine kamu görevlisinin söz konusu hukuka aykırılığı amirine bildirmesi ve emrin yazılı şekilde tekrar edilmesi durumunda emri ifa etmesi gerekmektedir. Aksi durumda, emri ifa eden kamu görevlisi hakkında idari yaptırım ya da disiplin yaptırımı uygulanabilir.

### Kaynakça

- Akbulut, B. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akkurt, A. (Haziran 2013). “Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1.
- Akman, Y. M. (2015). *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Apaydın, C. (2018). *Ceza Hukukunda Kusurluluk*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aslan, Z. ve Altındağ, H. (2018). *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Değirmenci, O. (Temmuz 2012). “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, *TAAD*, Yıl:3, Sayı:10.

- Demirağ, F. (2018). *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Demirbaş, T. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dursun, S. (2014). “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, Sa. 2.
- Egemenoğlu, A. Yılmaz, E. ve Alan Akcan, E. (2018). *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 1. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erdem, M. R. ve Öztürk, B. (2019). *Ceza Hukuku Ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Işıklar, C. (2019). *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Koca, M.ve Üzülmez, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Basım, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Kuş, M. (Mayıs 2011). “Disiplin Suçlarında Kusurluluk”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 57.
- Küçük, Çolpan Mücahit, (2019). *657 Sayılı Kanun Kapsamında Disiplin Cezaları ve Ceza Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Genel İlkelerinin Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Meraklı, S. (2017). *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Savaşçı Temiz, B. (2018). *Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Özbek, V. Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2019). *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özen, M. (2019). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Vatansever Öztürk, M. (2018). “Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *ERÜHFD*, C. XIII, S.2.
- Yıldırım, T. Melikşah, Y. Kaman, N. Özdemir, E. Üstün, G. ve Okay Tekinsoy, Ö. (2016). *İdare Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.