



Hukuka Aykırı ve Fakat Bağlayıcı Emrin Yerine Getirilmesi

Av. Recep Mete AYTEKİN*

Öz

Hukuk sistemimizde âmir tarafından verilen emirlere kural olarak mutlak itaat aranmamıştır. Bilakis Anayasada, memurun aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetlemesi ve eğer emrin hukuka aykırı olduğu kanaatine varırsa bu durumu âmirine bildirmesi ve emrin yazı ile yenilenmesini istemesi öngörülmüştür. Önemle belirtmek gerekir ki hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası sebebiyle emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulması hâli yalnızca hukuka aykırı emirler için geçerlidir. Yani konusu suç teşkil eden emri yerine getiren memur hiçbir şekilde sorumluluktan kurtulamaz. Her suç hukuka aykırıdır ancak her hukuka aykırı fiil suç teşkil etmez. Hukuka aykırılık, suç teşkil eden fiilleri de kapsayan çok daha geniş bir kümedir.

Anahtar Kelimeler

Hukuka Aykırı Emir, Bağlayıcı Emir, Konusu Suç Teşkil Eden Emir, Kusurluluk, Âmir.

* Eskişehir Barosu, meteaytekin26@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7805-8235.

Gönderim Tarihi: 03.04.2023. Kabul Tarihi: 13.06.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



Fulfilling of an Unlawful but Binding Order

Abstract

As a rule, absolute obedience to the orders given by the superior is not sought in our legal system. On the contrary, it is stipulated in the Constitution that the officer should check the lawfulness of the order he received, and if he thinks that the order is unlawful, he should notify his superior of this situation and request that the order be renewed in writing. It should be noted that the release of the officer from responsibility due to the execution of an unlawful but binding order is only valid for unlawful orders. In other words, the officer who fulfills the order that constitutes a crime cannot escape responsibility in any way. Every crime is against the law, but not every unlawful act constitutes a crime. Unlawfulness is a much broader set that also includes criminal acts.

Keywords

Unlawful Order, Binding Order, Order Concerning the Subject of a Crime, Defectiveness, Supervisor.

GİRİŞ

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur, bu fiilden sorumlu değildir. Anayasa'nın "Kanunsuz Emir" başlıklı 137. maddesindeki düzenlemeye göre emir vermeye yetkili merci tarafından kendisine emir verilen ast/memur öncelikle aldığı emrin, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığını denetleyecektir¹. Ast/memur aldığı emrin hukuka uygun olduğuna kanaat getirirse emri yerine getirir. Gerçekleştirilen fiil hukuka uygun olduğu için bu halde zaten herhangi bir sorumluluk doğmaz². Ast/memur emrin konusunun suç olduğuna kanaat getirirse emri hiçbir şekilde yerine getirmez³. Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur sorumluluktan kurtulamaz. Bu hâlde konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur fail, emri veren âmir ise azmettiren olarak sorumlu olur. Ancak önemle belirtmek gerekir ki emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast/memur tarafından anlaşılabilir seviyede olması gerekir. Emrin konusunun suç teşkil ettiği ast/memur tarafından açıkça anlaşılamiyorsa ve ast /memur emri yerine getirirse bu hâlde emri veren âmir, astı/memuru suçta araç kullanmış olur ve dolaylı fail olarak sorumlu olur. Astın/memurun ise sorumluluğu doğmaz.

Bir diğer ihtimal ise ast/memur tarafından yapılan denetimde, verilen emrin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmesidir. Bu ihtimalde ast/memur, emri yerine getirmez, emrin hukuka aykırı olduğunu emri veren âmire bildirir ve emrin yazı ile yenilenmesini ister. Hukuka aykırı emir âmir tarafından yazı ile yenilenirse ast/memur hukuka aykırı emri yerine getirir ancak hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden sorumlu olmaz. Bu halde emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluk emri verene aittir.

¹ Astın aldığı emrin birinci olarak hukuka uygun olup olmadığı ikinci olarak suç teşkil edip etmediği yönlerinden araştırması gerektiğine ilişkin bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ KANBUR, Mehmet Nihan/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 415.

² ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 498.

³ Bu konuda Türk Ceza Kanununda, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda, Devlet Memurları Kanununda ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda birbirine paralel ve Anayasaya uygun düzenlemeler mevcuttur.

Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bununla birlikte konusu suç teşkil etmediği hâlde hukuka aykırı fakat bağlayıcı olan emri, astın/memurun yerine getirmesi üzerine bu fiilin nedensel bir sonucu olarak bir suç meydana gelmesi durumunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendi uyarınca hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir⁴.

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumsuzluk hâlinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışılmıştır. Bir kısım yazarlar ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesini bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirirken, doktrindeki diğer bir görüş ve 5237 sayılı yeni TCK bu kurumu kusurluluğu etkileyen hâl olarak değerlendirmektedir. Bu konuda Özgenç, “*Bizatihi hukuka aykırı olan emir, ifa zorunluluğu getiren hükümle emir alan açısından hukuka uygun hâle getirilmemektedir.*” şeklinde değerlendirmede bulunarak bağlayıcı emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni değil, fakat kusurluluğu kaldıran bir hâl olduğunu belirtmiştir⁵.

Ayrıca çalışmamızın konusu olan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası kurumu, bir hukuka uygunluk nedeni olan âmirin emrini ifadan⁶ farklı bir kurumdur. Âmirin emri hukuka uygunluk sebebi de TCK m. 24'te düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk sebebi olan âmirin emri kurumunun konusu olan emir, özünde, hukuka uygun bir emirdir. Ancak burada söz konusu olan hukuk düzeni tarafından emir verme yetkisiyle donatılmış olan âmirin, muhtevası da hukuka uygun olarak verdiği emrin yerine getirilmesi sonucunda bir suç vücuda gelirse bu halde emri yerine getiren

⁴ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan / SIRMA GEZER, Özge/ SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem/ ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can: “Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü”, (Ed.) Bahri Öztürk: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 s. 642.

⁵ ÖZGENÇ, s. 499.

⁶ Âmirin hukuka uygun ve bağlayıcı emrinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin bkz. ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016 s. 321.

ast/memur âmirin emri hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak ve beraat edecektir⁷. Oysaki hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Zira âmirin emrini ifa, bir hukuka uygunluk nedeni olmasından mütevellit hukuk düzeni ile barış içinde ve hukuk düzeni tarafından “onay”lanmaktadır. Diğer yandan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ise hukuk düzeni ile barışık değil, fakat çatışma hâlinde olmasına karşılık, hukuk düzeni tarafından yalnızca “hoşgörü”lmektedir⁸.

I. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASINDAN DOLAYI SORUMSUZLUĞUN ŞARTLARI

A. Yerine Getirilmesi Görev Gereği Zorunlu Bir Emir Bulunmalıdır

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifa edilmesi sonucunda emri ifa eden memurun sorumluluktan kurtulabilmesi için ilk şart ortada teknik anlamda bir emir bulunmasıdır. Emrin tanımı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun (TSKİHK) 8. maddesinde yapılmıştır. Buna göre “*Emir: Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir.*”. Emir kavramının tanımında geçmesi sebebiyle Hizmet kavramının anlamına da bakılması gerekmektedir. TSKİHK’nin m. 6’da Hizmet; “*Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, âmir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Her iki kavramın tanımları birbirine çok benzemektedir. Emir, hizmetin somutlaşmış halidir denilebilir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasından sorumsuzluk için bir emir bulunması gereklidir ancak yeterli değildir. Aynı zamanda bu emrin görev ve hizmetin gereği olarak yerine getirilmesi zorunlu olmalıdır⁹. TCK’nin 24/2’inci maddesinde bu şart hüküm altına alınmıştır. Kanunun, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emirden kastı bazı görev ve hizmetlerin, konusu hukuka aykırı emir vermeyi

⁷ DENİZ, Buket, ‘Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Âmirin Emrinin İfası’, *Gaziantep University Journal Of Social Sciences*, 2020, Cilt 19, Sayı 3, s. 941,945.

⁸ AKKURT Ali, ‘Yetkili Âmirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk’, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 55,58.

⁹ AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 664

gerektirebilmesidir¹⁰. Görev ve hizmetin hukuka aykırı emir vermeyi gerektirmediği veya gerektirdiği halde verilen emrin konusunun icra edilen görev ve hizmetle alakalı olmadığı hallerde verilen hukuka aykırı emrin ifa edilmesi, memuru sorumluluktan kurtarmaz¹¹.

Kanun aynı zamanda hukuka aykırı emrin yetkili bir merciden verilmesini de aramıştır. Hukuka aykırı emri yerine getirecek memur bakımından âmîr yani emir verme yetkisini haiz kişi/makam konumunda bulunmayan bir kişi veya merciden gelen hukuka aykırı emrin ifası durumunda, emri ifa eden memur sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin İçişleri Bakanlığı bünyesinde çalışan bir memur, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilen hukuka aykırı bir emri yazılı olarak yenilense dahi yerine getirmeyecektir.

Emir alan ast kural olarak aldığı emrin içerik ve şekil bakımından hukuka uygunluğunu denetlemek zorundadır. Ancak bu denetim pratikte o kadar da kolay gerçekleşmemektedir. Örneğin Cumhuriyet Savcısı tarafından sözlü olarak verilen gözaltı emrini alan kolluk kuvvetleri bu emrin hukuka uygunluğunu (Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan gözaltının şartlarının oluşup oluşmadığı denetimi) pratikte asla denetleyemezler. Zira bu denetimi yapmaya ne bilgileri ne de yetkileri vardır. Şu halde emir alan ast sorumlu tutulamaz. Ancak ast her halde verilen emrin şekil bakımından hukuka uygunluğunu denetlemek zorundadır. Yani emrin yetkili makam tarafından ve şekil şartlarına uygun olarak verilip verilmediğini denetlemek zorundadır¹². Örneğin arama emri gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından yazılı olarak verilmelidir. Gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle sözlü olarak verilen arama emrini alan kolluk kuvvetleri bu emri yerine

¹⁰ ZAFER, s. 380.

¹¹ Aksi yönde bkz. ZAFER s. 380. *Zafer*, görev ve hizmete ilişkin olmayan emrin yazılı olarak yenilenmesi durumunda emri yerine getiren memurun sorumluluktan kurtulacağı görüşündedir. Bu görüşe katılmamaktayız zira gerek Anayasa m.137, gerek TCK m.24, gerekse de Askeri CK m.41 lafzen ve ruhen hukuka aykırı emri yerine getiren memuru koruma amacıyla değil fakat kamu hizmetinin aksamasının önüne geçmek amacıyla getirilmiş normlardır. Anayasa ve kanun koyucu tarafından kamu hizmetiyle ilgisi olmayan bir konuda verilmiş hukuka aykırı emri yerine getiren memuru korumak gibi bir amaç güdülmemiştir. *Zafer*'e, hukuka aykırı emri yerine getiren memura karşı gereğinden fazla koruyucu davrandığı yönünde eleştiri getirilebilir.

¹² DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara,2021, s. 302.

getirmemeli ve emrin yazı ile yenilenmesini emrinde çalıştıkları Cumhuriyet Savcısından istemelidirler.

B. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Ast-Üst (Âmir-Memur) İlişkisi Bulunmalıdır

Anayasa'nın "Kanunsuz Emir" başlıklı 137'inci maddesinde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası nedeniyle sorumluluktan kurtulmanın ön şartı olarak kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olmak aranmıştır. Bu şartın gerçekleşmesi için hukuka aykırı emri veren ve ifa eden kişilerin kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olması gerek şart olmakla birlikte yeterli değildir. Zira TCK'nin 24. maddesinde emri ifa eden kişiden sorumluluğun kalkması için Anayasada aranan kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olmak şartının yanında emrin aynı zamanda yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olmak şartı da aranmıştır. Kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst (âmir-memur) ilişkisinin varlığından söz edebilmek için her iki şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir.

Anayasa m. 137'nin ve ona paralel bir düzenleme öngören TCK m. 24'ün aradığı şartlar olarak yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir ve kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst (âmir-memur) ilişkisi bulunmalıdır.

C. Hukuka Aykırı Emrin Konusu Suç Teşkil Etmemelidir

Anayasa m. 137/2, TCK m. 24/3, Devlet Memurları Kanunu (DMK) m. 11/3 ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 2/B konusu suç teşkil eden emrin kural olarak yerine getirilmeyeceğini, yerine getiren astın sorumluluktan kurtulamayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu noktada üzerinde durulması gereken nokta emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast tarafından anlaşılmasıdır. Yani konusu suç teşkil eden emri yerine astın kastı aranır. Yerine getirdiği emrin suç teşkil ettiğini bilmeyen astın sorumluluğu doğmaz. Ayrıca emrin konusunun suç teşkil ettiğinin açık ve net bir şekilde anlaşılması gerekmektedir¹³. Örneğin bir savaş uçağı pilotuna

¹³ Nitekim Alman Federal Memurlar Kanunu m. 63/2'ye göre de "... Emredilen davranışın suç veya kabahat niteliği memurlar tarafından bilinebilir ise emir uygulanmamalıdır." (Alman

verilen şehir merkezini bombalaması emrinin suç teşkil ettiği daha ilk anda anlaşılabilir. Bununla birlikte aynı savaş uçağı pilotuna verilen, teröristlerin yoğun olarak kullandığı yolun bulunduğu dağın başını bombalama emrinin suç teşkil edip etmediğini uçağı sevk ve idare etmekle meşgul olan pilotun o esnada araştırabilmesi ve denetleyebilmesi kendisinden beklenemeyeceği gibi verilen emir de hayatın olağan akışına uygun bir emirdir. Bu örnekte terörist zannedilen kaçakçıların bombalama sonucu öldürülmesi neticesinden savaş uçağı pilotu sorumlu tutulamayacaktır.

Konusu suç teşkil eden emrin, hukuka aykırı emirden ayrıldığı bir diğer nokta şudur ki; hukuka aykırı emri alan memurun yapacağına aksine konusu suç teşkil eden emri alan memur, emri verenden emrin yazı ile yenilenmesini istemeyecektir. Konusu suç teşkil eden emri alan memur emri yerine getirmeyeceği gibi bundan başka hiçbir şey de yapmayacaktır.

Konusu suç teşkil etmeyen ancak hukuka aykırı emir için; bir kamu hastanesinde çalışan doktorlara her ay eşit olarak nöbet yazmakla görevli A'ya, başhekim B tarafından C isimli doktora 1 nöbet fazla ve D isimli doktora 1 nöbet eksik yazması yönünde talimat verilmesi hâli örnek olarak verilebilir. Bu örnekte başhekim ve nöbet yazıcısı A arasında Anayasa ve Kanunun aradığı bütün şartlar mevcuttur (Başhekim yetkili mercidir, başhekim ve A arasında kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst ilişkisi mevcuttur.). Başhekim B tarafından verilen emrin konusu suç teşkil etmemekle birlikte adaletsiz ve hukuka aykırı bir emirdir. Bu emri alan nöbet yazıcısı A emrin hukuka aykırı olduğunu başhekim B'ye bildirmeli ve yazı ile yenilenmesini istemelidir. Eğer emir başhekim B tarafından yazı ile yenilirse bu durumda A emri yerine getirir ve fakat sorumlu olmaz. Sorumluluk hukuka aykırı emri veren başhekim B'ye aittir.

Federal Memurlar Kanunu'ndan aktaran ZAFER s.378. Aynı şekilde Türk ACK m. 41/3'e göre emir alan ast, emrin içeriğinin suç teşkil ettiğini bilmiyorsa sorumlu olmaz bkz. Askeri Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22/05/1930, 15.6.1930 tarihli ve 1520 sayılı Resmî Gazete. *Zafer*'e göre; ACK'de öngörölmüş olan bu kuralın, görev ve hizmetin kapsamında kalan ve konusu suç tanımına uyan fiile ilişkin tüm emirler bakımından kabul edilmesi gerekmektedir. ZAFER s. 380.

Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının tek istisnası Askeri Ceza Kanunu'nun (ACK) 41. maddesinin 2. fıkrasıdır. Buna göre; “*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür*¹⁴.” Bu düzenlemeye göre, askeri hizmete ilişkin bir konuda verilen emrin konusunun suç teşkil ettiği emri yerine getiren ast tarafından bilinmiyorsa emri yerine getiren sorumlu olmaz fakat emri veren âmir sorumlu olur. Emrin konusunun suç teşkil ettiğinin ast tarafından bilinmiyor olması şartını yine ACK'nin 41. maddesinin 3. fıkrasının B bendinden çıkarmaktayız. Bu bende göre *âmirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise* emri yerine getiren ast da âmirle birlikte müşterek fail olarak sorumlu olur. Yine aynı Kanun'un 41. maddesinin 3. fıkrasının A bendine göre emri alan ast kendisine verilen emrin sınırlarını aşmış ise bu halde de emri verenle birlikte müşterek fail olarak sorumlu olacaktır¹⁵. Bununla birlikte öğretilerde *Aydın*, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının hiçbir istisnası olmadığını ifade etmiştir¹⁶.

ACK'nin, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine cevaz veren 41.maddesi, Anayasa'nın kanunsuz emri düzenleyen 137. maddesinin 3. fıkrasında kanun koyucuya verilen istisna getirme yetkisine dayanarak yapılmış bir düzenlemedir. Anayasa m. 137/2, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceğini düzenlemekle birlikte m. 137/3 “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” şeklinde olup askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hâllerle sınırlı olmak üzere konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralına kanunla istisna getirilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar Anayasa'nın 137/2 maddesi

¹⁴ Askeri Ceza Kanunu.

¹⁵ AKBULUT, s. 666.

¹⁶ Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının hiçbir istisnası olmadığı yönünde bkz. AYDIN, Hüseyin: ‘Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu’ *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 33, s. 41.

istisna kabul etmeyecek şekilde düzenlenmiş¹⁷ gibi görünmekte olsa da m. 137/4 ile birlikte okunduğunda istisna getirilebileceği anlaşılmaktadır.

II. MUTLAK İTAAT ARANMAMASI KURALININ İSTİSNALARI

Anayasa, TCK ve PYSK kural olarak emirlere mutlak itaat aramamakla birlikte, Anayasa m. 137/3; “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” demek suretiyle bu kurala hangi hallerde istisna getirilebileceğini belirtmiş ve istisnaları düzenleme işini kanun koyucuya bırakmıştır. Kanun koyucu ise mutlak itaatin arandığı iki istisna belirlemiştir. Bu iki hâl TCK m. 24/4’te “emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin Kanun tarafından engellendiği durumlar” olarak adlandırılmış ve bu hâllerde emri yerine getiren astın/memurun değil, emri veren âmirin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki mutlak itaat aranan bu iki istisna hâlinde dahi konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmez. Bu iki hâlde mutlak itaat; konusu suç teşkil eden emirler için değil, sadece hukuka aykırı emirler için aranmıştır.

A. Askerler Açısından

TSKİHK m.14; “*Ast; âmir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, âmirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.*” şeklinde bir düzenleme getirerek askerlerden emre karşı mutlak itaat aramıştır. Hatta Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği (TSKİHY) m. 10; “- *Astın, aldığı bir emirden dolayı âmirine mütalâada bulunması kat’îyen yasaktır. Alınan emir hiç bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın ve hiç bir düşünceye kapılmaksızın yapılacaktır. Bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı müstelzimidir.*” şeklinde olup, askerlerin değil verilen emrin hukuka uygunluğunu

¹⁷ GÜNEY, Niyazi / ÖZDEMİR, Kenan / BALO, Yusuf Solmaz: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1.Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2004 s. 113.

denetlemek, verilen emir hakkında mütalaada bulunmayı (düşünmeyi) dahi yasaklamakta ve yine değil emrin yazı ile yenilenmesini istemek emir hakkında mırıldanmayı, emri doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmayı dahi cezaya layık görmektedir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki “*Bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı müstelzimidir.*” şeklindeki hüküm kanunda değil, fakat yönetmelikte yer almaktadır. Bu durum Anayasanın, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38/3’üncü maddesinde düzenlenen “kanunsuz suç olmaz (nullum crimen sine lege)” ilkesine aykırı değildir. Zira disiplin hukukunda kanunsuz suç olmaz ilkesi geçerli değildir. Disiplin suç ve cezalarının Kanunla konulması zorunlu olmadığı gibi disiplin suçu ve disiplin cezası içeren disiplin normlarında kıyas da yasak değildir¹⁸. Bu bağlamda TSKİHY m.33’te, askeri hizmete ilişkin olarak alınan emir, ACK m.41/3-B bendine giren haller hariç olmak üzere yani emrin konusunun suç teşkil ettiğinin emri alan ast tarafından biliniyor olduğu haller hariç olmak üzere, hukuka aykırı olsa bile ast tarafından yerine getirilecek ve sonra şikâyet edilecektir¹⁹. Buna göre alınan emrin hukuka uygunluğu ancak emir yerine getirildikten sonra denetlenebilmektedir.

Bu noktada askerler açısından önem arz eden nokta üst ve âmir kavramlarının iyice anlaşılması gerekliliğidir. TSKİHK m. 9’a göre âmir, makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir. Yine aynı Kanun’un 10. maddesine göre üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Yani örneğin bir teğmen açısından teğmenin bulunduğu bölüğün komutanı olan yüzbaşı âmir iken, yandaki bölüğün komutanı olan yüzbaşı üsttür. Üst ve âmir kavramlarının ayırt edilmesinin önemi hukuka aykırı emrin verilmesi durumunda kendini göstermektedir. Şöyle ki, aynı teğmene bölük komutanı olan yüzbaşı (âmir) tarafından verilen emir, konusu suç teşkil etmediği sürece, hukuka uygunluk denetimi yapılmadan, tabir caizse sorgusuz sualsiz yerine getirileceği halde yan bölüğün komutanı olan yüzbaşı (üst) tarafından

¹⁸ GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt II*, 2.Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009, s.756. Ancak öğretilerde *Akılmaz / Sezginer / Kaya*, kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda da geçerli olduğunu savunmaktadırlar. Bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 687.

¹⁹ DEĞİRMENCİ, Olgun: *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.201.

verilen emir hem konusunun suç teşkil edip etmediği hem de hukuka uygun bir emir olup olmadığı yönlerinden denetlenecek ve ancak hukuka uygun bir emir ise yerine getirilecektir²⁰.

Yukarıda hukuka aykırı ancak konusu suç teşkil etmeyen bir emir örneği olarak verdiğimiz nöbet yazıcısı örneğini TSKİHK'ye tâbi askerler için uyarlamak yerinde olacaktır. Taburdaki askerlere eşit bir şekilde nöbet yazmakla görevli olan A isimli er, tabur komutanı olan Yarbay B tarafından C isimli er'e 1 fazla nöbet, D isimli er'e 1 eksik nöbet yazması şeklinde bir emir verilmiştir. Bu emir hukuka aykırıdır ve fakat konusu suç teşkil etmemektedir. Aynı zamanda nöbet yazıcısı er A ile tabur komutanı Yarbay B arasında Anayasa ve Kanun'un aradığı emrin yetkili merciden verilmesi, görev gereği yapılmasının zorunlu olması ve kamu hukukundan kaynaklanan ast-üst ilişkisi şartlarının tamamı kümülatif olarak mevcuttur. Şu hâlde her ne kadar nöbet yazıcısı er A'ya verilen emir hukuka aykırı da olsa er A bu emrin hukuka uygunluğunu denetleyemez, zira er A, TSKİHK'ye tâbidir ve TSKİHK'nin 14. maddesine göre âmirine mutlak olarak itaat etmesi gerekmektedir. Bu sebeple er A, hukuka aykırı olan bu emrin yazı ile yenilenmesini isteyemez ve bu emri yerine getirmek zorundadır. Burada TCK m. 24/4 anlamında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesi Kanun tarafından yasaklanmıştır. Yine aynı hükme göre emrin yerine getirilmesinden er A sorumlu olmaz fakat emri veren tabur komutanı Yarbay B sorumlu olur. Genel olarak kanunun emrin hukuka uygunluk denetiminin yapılmasını yasakladığı hâllerde sorumluluk emri veren âmire aittir²¹.

15 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye'de teşebbüs edilen başarısız askeri darbe girişiminden, konunun daha iyi anlaşılması açısından, burada bahsetmekte fayda görüyoruz. 15 Temmuz 2016 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki bir hizip, emir-komuta zinciri dışında Anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak yıkmaya teşebbüs etmiştir²². Girişilen bu fiil TCK'nin 309. maddesinde suç olarak düzenlenmiş

²⁰ Verilen hukuka aykırı emrin askeri hizmete ilişkin olması durumunda emri veren üstün aynı zamanda amir olması gerekmediğine ilişkin bkz. ERMAN, Sahir: *Askeri Ceza Hukuku*, 1.Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s.178.

²¹ AKBULUT, s. 665

²² Sözü edilen hizibin Fetullahçı Terör Örgütüne mensup askerler olduğuna ilişkin bkz: Yargıtay, 16. CD., T.02.06.2020, E.2019/11123, K.2020/2279: "15 Temmuz 2016 günü,

bulunan Anayasayı İhlal²³ suçuna vücut vermekte olup, bu teşebbüsün gerçekleşebilmesi için âmir sıfatını haiz komutanlarca, onların maiyeti sıfatını haiz astlarına verdikleri emirlerin konusu suçtur. Konusu suç teşkil eden emirler ancak askeri hizmete ilişkin olduklarında yerine getirilebilirler²⁴. Anayasal düzeni cebir şiddet kullanarak yıkmaya teşebbüs etmek fiili askeri hizmete ilişkin bir fiil ve bu fiili ihtiva eden emir de askeri hizmete ilişkin bir emir olmadığı için 15 Temmuz 2016 tarihinde âmirleri tarafından darbe teşebbüsünde araç olarak kullanılan askerlerden, aldıkları emirleri yerine getirenler kanaatimizce sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

Askerlerle ilgili son olarak belirtmek gerekir ki ACK m. 41'e göre; askeri hizmete ilişkin olarak verilen ve konusu suç teşkil eden emir, eğer emrin konusunun suç teşkil ettiği ast tarafından bilinmiyorsa yerine getirilmek zorundadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu düzenleme Anayasa m. 137/3'te izin verilen kanunla istisna getirme yetkisine dayanarak yapılmış bir düzenlemedir. Kanaatimizce askeri hizmete ilişkin emirlerle sınırlı olsa da konusu suç teşkil eden bir emrin hukuk düzenince hoş görülmesi yerinde olmamıştır. Ayrıca söz konusu hüküm uygulanırken hangi emirlerin askeri hizmete ilişkin olduğu konusunda askeri hizmetin kapsamının dar yorumlanması gerektiği ve askeri âmirler tarafından verilen her emrin askeri hizmete

Türkiye Cumhuriyeti Devletin Anayasal düzeninin değiştirilmesi amacıyla, Türk Silahlı Kuvvetlerine sızmış Fetullahçı silahlı terör örgütü mensubu olan ve/veya bu örgütsel faaliyeti destekleyen 8.000'in üzerinde askeri personel tarafından savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74'ü tank olmak üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000'e yakın hafif silahın kullanılarak; Cumhurbaşkanına suikasta teşebbüs edilmiş, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı Külliyesi başta olmak üzere birçok stratejik merkez bombalanmış, Başbakanın konvoyuna silahlı saldırı gerçekleştirilmiş, kalkışmaya karşı koyan güvenlik görevlileri ile sokaklara çıkan sivillere devletin silahlı kuvvetlerine ait bu uçak, helikopter, tank ve silahlarla saldırılarak 4'ü asker, 63'ü polis ve 183'ü sivil olmak üzere toplam 250'den fazla kişi şehit edilmiş, 23'ü asker, 154'ü polis ve 2.558'i sivil olmak üzere toplam 2735 kişi de yaralanmıştır."

²³ "Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar." Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004. 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

²⁴ "1- Askeri cürümlerde ve kabahatlerde iştirak halinde, Türk Ceza Kanununun 64 üncüden 67 nciye kadar olan maddeler hükmü tatbik olunur. 2 - Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. 3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir : A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendince malum ise." Askeri Ceza Kanunu.

ilişkin sayılmaması gerektiğini mütalaa etmekteyiz. Kaldı ki Anayasa m.137'ye göre emri alan ast emrin hukuka uygun olup olmadığını ve suç teşkil edip etmediğini denetlemek durumundadır. Asker şahıs aldığı emri üç husus bakımından denetleyecektir. Bunlardan ilki emrin, askeri hizmete ilişkin olup olmadığı, ikincisi emrin hukuka uygun olup olmadığı, eğer hukuka aykırı bir emir ise son olarak emrin konusunun suç teşkil edip etmediği hususlarıdır. Asker şahıs yaptığı denetleme sonucunda emrin askeri hizmete ilişkin olduğuna ve konusunun suç teşkil etmediğine kani olursa emri yerine getirecek ve sorumlu olmayacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki hukuk eğitimi almamış bir asker şahıs yaptığı denetim sonucunda aslında konusu suç teşkil eden bir emrin konusunun suç teşkil etmediği kanaatine varabilir. Bu durumda da emri alan ast emri yerine getirecek ve sorumlu olmayacaktır. Zira ACK m.41/3-B uyarınca emri alan ast eğer emrin konusunun suç teşkil ettiğini biliyorsa müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Keza ACK m.41/3-A'ya göre askeri hizmete ilişkin, hukuka aykırı fakat konusu suç teşkil etmeyen emri alan ast emri yerine getirirken kendisine verilen emrin sınırlarını aşarsa yine müşterek fail olarak sorumlu olacaktır.

ACK m. 41 ve TSKİHK m. 14 birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuç şudur: Askerlere, âmirleri tarafından verilen emirler askeri hizmete ilişkin emirler ve askeri hizmete ilişkin olmayan emirler olarak ikiye ayrılmaktadır. Askeri hizmete ilişkin olan emirler, konusunun suç teşkil ettiği ast tarafından bilinmiyorsa (ACK m.41/3-B), konusu suç teşkil etse bile yerine getirilecektir. Şu halde askeri hizmete ilişkin ve hukuka aykırı emirler evleviyetle yerine getirilecektir. Ancak hukuka aykırı emri yerine getirirken emrin sınırlarını aşan ast müşterek fail olarak sorumlu olacaktır (ACK m.41/3-A). Askeri hizmete ilişkin olmayan emirlerden ise sadece hukuka aykırı olanlar yazı ile yenilenmesi istenmeden yerine getirilecek, konusu suç teşkil edenler ise yerine getirilmeyecektir. ACK m. 41, konusu suç olan emrin yerine getirilmesi durumunda sadece emri yerine getiren astı korumuş, emri veren âmirin ise sorumluluktan kurtulmayacağını hüküm altına almıştır.

B. Polisler Açısından

PVSK m. 2/4'e göre; m. 2/3'te²⁵ tahdidi olarak sayılan 13 halde yetkili âmir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir. Bu hallerden biri söz konusu olduğunda verilen hukuka aykırı emir emri alan polis tarafından hukuka uygunluk denetimi yapılmaksızın yerine getirilir. PVSK m. 2/3'te sayılan 13 halde, hukuka aykırı emri yerine getiren polis ceza hukuku anlamında sorumlu olmaz. Ancak hukuka aykırı emri verenin sorumluluğu devam etmektedir.

PVSK'de yapılan bu düzenleme Anayasa m. 137/3'te öngörülen, hukuka aykırı emrin yazı ile yenilenmesinin isteneceği kuralına Kanunla istisna getirilebileceği yetkisine dayanarak yapılmış bir düzenlemedir.

Belirtmek gerekir ki PVSK m. 2/3'te sayılan hallerden biri veya birkaçı mevcut olsa dahi konusu suç teşkil eden emir yine de yerine getirilmez²⁶. Zira Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrasında; verilecek sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği belirtilmekle birlikte konusu suç teşkil eden emirlerle ilgili bir hüküm

²⁵ PVSK m. 2/3'te tahdidi olarak sayılan 13 hal şunlardır: "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, meskûn veya gayrimeskûn yerlere vaki olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için, IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için, X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII – Yukarıdaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için". Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559 Kabul Tarihi: 4/7/1934, 14.07.1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralının tek istisnası ACK'nin 41/2. maddesidir. Aksi yönde bkz. AYDIN, s. 41.

öngörülmemiştir. Anayasa m.137/3'te askeri hizmetlerin görülmesi acele hâllerde hukuka aykırı ya da konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilebileceğine ilişkin olarak kanun koyucuya inisiyatif tanınmıştır. Ancak kanun koyucu söz konusu inisiyatifi sadece askeri hizmetlerin görülmesine ilişkin olarak kullanmayı tercih etmiş ve konusu suç teşkil eden bir emrin, yalnızca askeri hizmetlere ilişkinse yerine getirileceğini ACK m. 41'de öngörmüştür. Kanun koyucu PVSİK m.2/3'te öngörülen 13 hâlde polise, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirileceği yetkisini vermek isteseydi, bunu ACK'nin 41. maddesinde yaptığı gibi açıkça düzenlerdi. Bu sebeple Polisler bakımından, tahdidi olarak sayılan 13 hâlde (Anayasa m. 137/3'te “*acele hâller*” olarak bahsedilen) yalnızca hukuka aykırı emirler yazı ile yenileme istemeden yerine getirilecek ancak konusu suç teşkil eden emirler yerine getirilmeyecektir.

III. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMRİN İFASINDAN SORUMSUZLUK HÂLİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası halinde emri ifa eden kişinin sorumsuzluk hâlinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. 765 sayılı TCK döneminde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası hâli hukuka uygunluk nedeni olarak görülmekteydi. 765 sayılı TCK m. 49; “*Kanunun bir hükmünü veya salâhiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî olan bir emri icra suretile... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.*” şeklinde düzenlenmişti ve yetkili merciden verilen emir kanun hükmü ile bir tutulmakta ve hukuka uygun kabul edilmekteydi²⁷. 765 sayılı TCK döneminde mahkemeler yetkili merciden verilen emri yerine getiren kişiler hakkında beraat hükmü vermektedirler. Yani bu dönemde hukuka aykırı emir diye bir kavram söz konusu değildi. Emrin konusu suç teşkil ediyorsa emir yerine getirilmezdi ancak emrin konusu suç teşkil etmediği sürece emir hukuka uygun kabul edilmekteydi. Hukuka aykırılık ve suç kavramlarının farklarının tam olarak oturmadığı ve hukuka aykırılık kavramının suç kavramından ibaret ve aynı

²⁷ Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni olduğu yönünde bkz. DEMİRBAŞ, s.303; TAN, Mehmet: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1.Cilt*, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.795; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 214.

sayıldığı bir zamanda 765 sayılı TCK'nin kabul edilip kanunlaştığı, söz konusu hükümden çıkarılabilmektedir.

5237 sayılı TCK ise hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin hukuki niteliğinde değişikliğe gitmiştir. Şöyle ki, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir 5237 sayılı TCK'nin birinci kitap, ikinci kısmının “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı ikinci bölümünde 24. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu bölümde hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen haller üst başlık olarak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nin 24. maddesi içindeki birinci ve ikinci fıkralarda düzenlenen hâllerin hukuki nitelikleri aynı değildir. 1. fıkra; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” şeklinde olup hukuka uygunluk nedenidir. Zira hukuk düzeni bir bütün olup bir norm ile hele de bir kanun ile emredilen bir fiil hukuka uygun kabul edilir. 2. fıkra; “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir ve bu hükmün hukuki niteliği kusurluluğu etkileyen hâldir. Nitekim *Özbek ve diğerleri* kanun metninde “*ceza verilmez*” terimi yerine “*sorumlu olmaz*” teriminin tercih edilmiş olması sebebiyle bağlayıcı emrin yerine getirilmesi kurumunu bir hukuka uygunluk nedeni olarak değil, kusurluluğu ortadan kaldıran hâl olarak değerlendirmektedirler²⁸. 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ilk defa kanunlaştığında TCK m. 24/2’de düzenlenen sorumsuzluk hâlinin hukuki niteliği hakkında net bir fikir edinmek zordu. Ancak henüz hem 5237 sayılı yeni TCK hem de 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmeden önce, 25.05.2005 tarihli, 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 30. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun üçüncü kitap, ikinci kısım, birinci bölümde “Duruşmanın Sona Ermesi ve Hüküm” başlıklı 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendi değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikle birlikte yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi hâlinde ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceği hüküm altına

²⁸ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAĞSIZ, Pınar: *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)*, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 245.

alınmıştır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendindeki düzenlemedeki “*yüklenen suçun... işlenmesi*” ibaresinden anlaşılması gereken odur ki hukuka aykırı emri yerine getiren memur emri yerine getirmek için işlediği fiilin illi sonucu olarak bir suçun vücuda gelmesine sebebiyet verirse ve bu suç sebebiyle ceza kovuşturmasına uğrarsa söz konusu memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğidir. Zira Anayasa, TCK ve DMK'nin birbirine paralel düzenlemelerinden bilmekteyiz ki konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memur sorumluluktan kurtulamaz. Ancak yetkili merci tarafından verilen hukuka aykırı emri yerine getirmesinin sonucu olarak suç işleyen ast/memur hakkında kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir²⁹. Anayasa koyucu ve kanun koyucu, konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast/memuru korumamış ve fakat hukuka aykırı ve bağlayıcı emri yerine getiren ast/memuru koruduğu gibi bu emri yerine getiren ve bunun sonucunda suç olarak düzenlenmiş bir fiili işlemiş olan ast/memuru da korumuştur. Bu noktada belirtmek gerekir ki hukuka aykırı emri yerine getiren ast/memur bu emri yerine getirmesi sonucunda bir suça vücut vereceğini bilmiyorsa kast manevi unsuru yoktur³⁰. Vücut verilen suçun taksirli hâli de kanunda düzenlenmemiş ise söz konusu

²⁹ *Karakehya*'ya göre kanun koyucu bağlayıcı emrin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni olarak görseydi, bu şekilde ayrıca düzenlemezdî ve CMK m. 223/2'ye göre değerlendirme yapılmasına imkân tanırdı. Aynı yönde açıklamalar için bkz. KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Baskı, Nisan Kitabevi Ankara, 2022, s. 577. Bağlayıcı emrin ifasının kusurluluğu kaldıran hâl olduğu yönünde bkz. KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 328; ZAFER, s.378; KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1.Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 163 (*Genel Hükümler*); HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, 18 Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s. 284; ÖZGENÇ, s.497; AKBULUT s. 663; VOLKAN DÜLGER Murat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1.Baskı, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 608; HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22 Baskı, Adalet Yayınları Ankara, 2019, s. 400; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s.415; ARTUK Mehmet Emin / GÖKÇEN Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007, s. 636.

³⁰ Bu duruma örnek olarak 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşmekte olan darbe girişiminden haberleri olmayan askeri okul öğrencilerinin komutanları tarafından, darbe girişiminde kullanılmak üzere, ama “tatbikat var” denilerek otobüslere bindirilip 15 Temmuz Şehitler (Boğaziçi) Köprüsüne götürülmeleri verilebilir. Askeri öğrenciler Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na tâbi olup anılan Kanun'un 14. maddesi gereği hukuka aykırı emrin sözlü halıyla dahi bağlıdırlar. Ancak konusu suç teşkil eden emir her halükarda yerine getirilmeyecektir. Bu örnekte emrin ifa edilmesi suça vücut verecek olmakla birlikte somut emir

ast/memur hakkında beraat kararı verilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde bahsedilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı hukuka aykırı emri yerine getiren astın/memurun kasten hareket ettiği hâller için geçerlidir.

Bilindiği üzere hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı hâlinde beraat kararı verilmesi gerekmektedir, bununla birlikte kusurluluğu etkileyen bir hâlin varlığı hâlinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Böylece hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi hâlinin hukuki niteliği hakkındaki tartışmaya kanun koyucu son noktayı koymuş ve 765 sayılı TCK'nin 80 yıldır hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiği söz konusu hâlin bir kusurluluğu etkileyen neden olduğunu kabul etmiştir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni değil, fakat kusurluluğu etkileyen hâl kabul edilmesinin tek sonucu ceza mahkemesinin ne karar (beraat kararı/ceza verilmesine yer olmadığı kararı) vereceği noktasında önem arz etmemektedir. Bu kabulün ayrıca özel hukuk tazminat sorumluluğu anlamında da sonuçları vardır. Şöyle ki, hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği senaryoda işlenen fiil hukuk düzeni tarafından “onaylanmakta” olup hukuk düzeniyle barış içindedir. Bu hâlde fiil nedeniyle tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. Ancak hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifasının kusurluluğu etkileyen hâl kabul edildiği senaryoda işlenen fiil hukuk düzeni tarafından onaylanmamakta ve fakat sadece “hoşgörülme”dir. Bu sebeple her ne kadar ceza hukuku anlamında sorumluluk doğmasa bile, fiil nedeniyle tazminat sorumluluğu devam edecektir. Bunun yanında bağlayıcı emrin ifasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edersek ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmadığı için emri veren âmiri de sorumlu tutamayız³¹. Oysaki bağlayıcı emrin ifasını, emri yerine

olan “otobüse binin” emrinden emrin konusunun suç teşkil ettiği anlaşılamamakta, ayrıca askeri öğrencilerin okulda telefon kullanmaları yasak olduğu için öğrenciler gerçekleşmekte olan darbe girişiminden habersizdirler. Şu halde öğrenciler kendilerinin darbe girişiminde araç olarak kullanılacaklarını bilmeden otobüse bindikleri için kusurları olmadığı için CMK m. 223/3-b uyarınca haklarında ceza verilmesine yer olmadığına değil, fakat kastları olmadığı için CMK m. 223/2-c uyarınca beraat kararı verilmesi gerekmektedir.

³¹ DEĞİRMENCİ, s.199.

getiren ast/memur açısından kusurluluğu kaldıran bir hâl olarak kabul edersek hukuka aykırı emri veren âmiri dolaylı fail olarak sorumlu tutabiliriz.

SONUÇ

Sonuç olarak hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirmek, hukuka uygunluk nedeni olan âmirin emrinden farklı olarak kusurluluğu kaldıran bir hâldir. Hukuka aykırı emir ve bu emrin muhtevası hukuka aykırı olmaya devam etmektedir. Yalnızca hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast/memur kınanamaz (kusurlu değildir).

Konusu suç teşkil eden emir ise Anayasa m. 137/3'ün kanun koyucuya tanıdığı inisiyatifle, sadece askeri hizmete ilişkin emir söz konusu olduğunda yerine getirilecektir³². Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceğinin bu hâl dışında bir istisnası yoktur.

Kural olarak hukuk sistemimizde emir alan ast/memurdan mutlak itaat beklenmemiştir. Ancak bu durumun iki istisnası mevcuttur. Bunlardan ilki TSKİHK m. 14'te öngörüldüğü üzere, askerlerden askeri hizmetlere ilişkin emirlerde mutlak itaat beklendiği durumdur. Öyle ki TSKİHY'nde emir alan askerin değil emrin hukuka uygunluğunu denetlemesi, emri aldıktan sonra mırıldanması, emri doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunması dahi yasaklanmıştır. Askerlerden beklenen mutlak itaat bu seviyededir.

Mutlak itaat aranmaması kuralının ikinci istisnası ise PVSK m. 2'de tahdidi olarak sayılan 13 hâlde verilen emirlerin, hukuka aykırı bile olsa yazı ile yenilenme istenmeden yerine getirilmesi gerektiğinin öngörüldüğü durumdur. Yalnız polislerle ilişkin olan bu ikinci istisnanın, askerlere ilişkin olan birinci istisnadan ayrıldığı nokta verilen emrin konusunun suç teşkil ettiği hâldir. ACK m. 41 uyarınca verilen emrin, askeri hizmete ilişkin olması şartıyla, konusunun suç teşkil etmesi, yerine

³² "1- Askeri cürümlerde ve kabahatlerde iştirak halinde, Türk Ceza Kanununun 64 üncüden 67 nciye kadar olan maddeler hükmü tatbik olunur. 2 - Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. 3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir : A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendince malum ise." Askeri Ceza Kanunu.

getirilmesine engel değildir. Ancak konusu suç teşkil eden emri veren âmir dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır³³. Oysaki PVSK'nin öngördüğü mutlak itaat istisnası, yalnızca hukuka aykırı emirler için öngörülmüştür. PVSK m. 2'de tahdidi olarak sayılan 13 hâlden bir veya birkaçı mevcut olsa bile bu hâlde verilen ve konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmeyecektir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri, hukuka uygunluk nedeni olan âmirin emri ile karıştırmamak gerekir. Âmirin emri bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği için bu hâlde emri yerine getiren ast/memur hakkında beraat kararı verilecektir. Zira bu hâlde verilen emir hukuka uygun olduğu gibi, ast/memur tarafından gerçekleştirilen fiil de hukuk düzeni ile barış içinde ve hukuk düzeni tarafından onaylanmaktadır. Oysaki çalışmamızın konusu olan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi durumunda ast/memur hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Zira bu hâlde âmir tarafından verilen emir hukuka aykırı olduğu gibi, ast/memur tarafından gerçekleştirilen fiil de hukuk düzeni tarafından onaylanmamakta, bununla birlikte fiil, hukuk düzeni tarafından yalnızca “hoşgörülme”dir. Yani hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getirilmesi, öğretide farklı görüşler mevcut olmakla birlikte, emri yerine getiren ast/memur açısından kusurluluğu kaldıran hâl niteliğindedir.

³³ KARAKEHYA: *Genel Hükümler*, s. 232

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AKKURT, Ali: “Yetkili Âmirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 1, Sayı 1, s. 55-75.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- AYDIN, Hüseyin: “Askeri Hizmetlerin İfasında Suç Teşkil Eden Emri Yerine Getirenin Cezai Sorumluluğu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt 1, Sayı 1 s. 33-70.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DENİZ, Buket: “Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Âmirin Emrinin İfası”, *Gaziantep University Journal Of Social Sciences*, 2020, Cilt 19, Sayı 3, s. 941-966.
- DÜLGER, M. Volkan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ERMAN, Sahir: *Askeri Ceza Hukuku*, 1.Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Cilt II*, 2. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2009.
- GÜNEY, Niyazi / ÖZDEMİR, Kenan / BALO, Yusuf Solmaz: *Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara, 2004.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler/Temel Bilgiler*, 18. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Genel Hükümler).
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Ankara, 2022 (Muhakeme Hukuku).
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Genel Hukuku (Temel Bilgiler)*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihan / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TAN, Mehmet: *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler 1.Cilt*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ZAFER, Hamide: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.