ASKERİ HİZMETLERİN İFASINDA SUÇ TEŞKİL EDEN EMRİ YERİNE GETİRENİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Dr. Hüseyin AYDIN*

ÖZET

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 24 üncü maddesinde "kanunun hükmü ve amirin emri" başlığı altında yetkili bir merci tarafından verilip de yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getirenin sorumlu tutulmayacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği, yerine getirenin bir emri yerine getirdiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin son fıkrasında ise emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emrin yerine getirilmesinden sadece emri verenin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın "kanunsuz emir" başlıklı 137 nci maddesinde de aynı mahiyette bir hükme yer verilmiş, suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi halinde emri verenle emri yerine getirenin sorumlu olacağı temel ilke olarak belirtildikten sonra askeri hizmetlerin görülmesi, acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunla bu ilkeye istisna getirilebileceği ifade edilmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesine göre ise adli ve askeri bir suç işlemek amacıyla verildiğinin anlaşılması veya verilen emrin sınırının aşılması halleri hariç hizmete ilişkin olmak koşuluyla suç teşkil eden emri yerine getiren sorumlu tutulmayacaktır.

İşbu çalışmada Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler ışığında suç teşkil eden emir ve emri yerine getirenin sorumluluğu üzerinde durulmuş, bu çerçevede özellikle askeri hizmetler açısından konu irdelenerek bir sonuca varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: emir, suç teşkil eden emir, yetkili mercii, askeri hizmet, üst ve amir, hata halleri.

* Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, avkhaydin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5427-9348 (Geliş Tarihi: 14.10.2019 – Kabul Tarihi: 28.11.2019).

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE EXECUTION OF AN ORDER THAT CONSTITUTE CRIME IN THE FULFILLMENT OF MILITARY SERVICES

ABSTRACT

Article 24 of Turkish Criminal Code (TCC) numbered 5237, under the title of "Mandatory Provision and Order of the Supervisor" stated firstly a person who meets an order given by an authorized body as a part of his duty may not be kept responsible from such act then the following regulation enacted as an order constituting an offense should never be fulfilled. The last paragraph of same article also mentioned that in cases where inspection of the order in respect of compliance with the laws is avoided, the person giving the order is responsible from fulfillment of the order. In the article 137 of Constitution, under the title of "unlawful order" a provision which has a same nature is reviewed as in case of unlawful order, the main principal is the person executing the order and the person giving the order, both shall not evade responsibility, but exceptions designated by law relating to the execution of military duties and the protection of public order or public security in urgent situations are reserved. According to article 41 of Military Panel Code, a person who executes the unlawful order does not be responsible under the condition that the execution should be related to service apart from two circumstances as; if giving order in order to commit a legal and military crime is explicitly clear or if crossing the limits of order. This study, in the light of regulations of Constitution and Turkish Criminal Code, elaborates the unlawful order and the responsibility of the person who executes the order and within this scope the issue is concluded by examining especially military services.

Keywords: order, order constituting crime, competent authority, military service, superior and supervisor, instance of mistake.

GİRİŞ

Devletin organlarının ve kamu tüzel kişiliklerin sayısının birden fazla oluşu, sadece görevlerin çokluğu ile değil, her görev için merkezi veya yerel birimlerin ihdas edilmesi zorunluluğu ile izah edilmektedir. Değişik görevler için birden fazla birimin ihdas edildiği durumlarda bu birimlerin ortak bir amaç için hareket etmesi gerekir. Bunun için hiyerarşi olarak adlandırılan ve alt düzeydeki memurların üst düzeydeki memurlara tabi olmalarını sağlayan bir düzene ihtiyaç vardır [1]. Bu düzen, kamu hizmetlerinin ülkenin her yerinde aynı şekil ve şartlarda ve aynı nitelikte yerine getirilmesini sağladığı gibi, keyfi hareketlere kamu hizmeti işlevinin zarar görmemesini de sağlamaktadır [2]. Hiyerarşik düzen kamu idarelerine özgü olup, yasama organında ve idaredeki anlamıyla yargı mercilerinde bulunmaz[3].

Hiyerarşik üstünlük ilişkisi, üst konumdaki mercilerin, daha alt düzeydeki organlar üzerinde haiz oldukları bir takım yetkileri ifade etmektedir. Bu yetkiler, bir bütün olarak hiyerarşik kudret olarak adlandırılır. Hiyerarşik kudret kapsamında üst, astın işlemlerini tamamlanmadan önce inceleme, emir ve direktif verme, işlem tamamlandıktan sonra da değiştirme ve düzeltme ve son olarak iptal etme yetkisini haizdir[4]. Kuşkusuz bu yetkilerin en önemlisi, üstün, astın faaliyetlerini, genel kurallarla veya özel emirlerle sevk ve idare etme yetkisidir. Üstün emretme yetkisine karşılık, astın bu emirlere uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak üstün bu yetkisi ile astın itaat yükümlülüğü sınırsız değildir. İtaat yükümlülüğünün sınırları, en çok tartışılan konulardan biridir[5]. Özellikle suç teşkil bir emrin verilmesi halinde bu tartışma disiplinlerarası karmaşık bir tartışmaya dönüşmektedir. Kamu hizmetleri içinde askeri hizmetler, doğası gereği daha katı hiyerarşiyi gerektirdiğinden, emrin bağlayıcılığı, hukuka aykırı emir ve suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine dair tartışmalar daha da önemli hale gelmektedir.

I. AMİRİN VEYA ÜSTÜN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Herhangi bir emre dayalı olmaksızın icra edilen fiilin suç teşkil etmesi hali ile emri verenin resmi bir sıfatı haiz olmadığı veya hukuken yetkili merci sayılma-

1 **Zanobini, Guido** (1945) İdare Hukuku (Umumi İtibariyle İdari Nizam), 1. Baskı, 1. Cilt, İstanbul, M. Sadık Kağıtçı Matbaası, s. 136.

2 **Giritli, İsmet** (1970) İdare Hukuku, Amme İdaresi Teşkilatı Amme İdaresi Personeli, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 27.

3 **Zanobini**, s. 136; **Giritli,** s. 30.

4 **Giritli**, s. 28.

5 **Zanobini**, s. 137; **Giritli**, s. 28, 39; **Zeynel, T. Kangal** (2012) Askeri Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 144.

dığı hallerde emri veren ile emri yerine getirenin sorumluluğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Birinci halde müstakil faillik, ikinci halde ise iştirak ilişkisi söz konusudur. Ancak yetkili merci tarafından verilen emir üzerine bir fiilin işlenmesi ve bu fiilin suç teşkil etmesi halinde emri veren ile emri yerine getirenin sorumluluğu öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmada iki çözüm önerisi öne çıkmaktadır. Birinci seçeneğe göre memur, amirin emrini yerine getirmek zorunda olduğundan emri yerine getirmek nedeniyle hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. Bu seçenekte suç işleyen kişi, suçun ağırlığına bakılmaksızın her durumda sorumluluktan kurtulabilmektedir İkinci seçeneğe göre, memurun amire itaat yükümlülüğü hukukla sınırlı olduğu için hukukun sınırlarına tecavüz eden emrin yerine getirilmesi memuru sorumluluktan kurtarmaz. Bu durumda ise kamu hizmetlerinin yürütülmesinde bazı aksamaların olabileceği ileri sürülmüştür [6]. Bu iki seçenek dışında sorunun manevi unsur temelinde çözülebileceğine dair görüşler de bulunmaktadır. Buna göre fail işlediği fiilin suç olduğunu bilerek hareket etmiş ise sorumlu olacak, aksi durumda da sorumlu tutulmayacaktır[7].

Kural olarak suç teşkil eden bir emir söz konusu olduğunda emri veren ile emri yerine getirenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Burada kanuni bir emrin icrasında olduğu gibi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Çünkü icra edilen emri meşru kılan bir hukuk kuralı söz konusu değildir. Aksine kanunun yasakladığı ve suç olarak düzenlediği bir emrin varlığı nedeniyle meydana gelen netice kadar amirin ve memurun icra ettiği fiiller de hukuka aykırıdır[8].

Bu hususta iki istisna düşünülebilir. Bunlardan birincisi, fiil objektif olarak suç etmekle birlikte emri yerine getiren meşru bir fiil icra ettiğini düşünerek hareket etmektedir. Bu durumda fail fiili hataya düşmüş olması nedeniyle kastının varlığından ve geniş anlamı ile kusurluluğundan söz edilemeyeceğinden sorumlu tutulamayacaktır. İkinci istisna, emri yerine getirenlerin amirlerine karşı daha sıkı bir itaatle yükümlü olmaları nedeniyle emrin içeriğini kontrol edememesi halidir. Bu halde emrin yerine getirilmesi hususunda yasal bir yükümlülük bulunduğun-

[6] **Taner, Tahir** (1953) Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 399; **Zohrap, Kirkor** (1325), Hukuk-u Ceza, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Yayınevi, s. 186-187, zikreden **Günal, H. Yılmaz** (1967) Yetkili Merciinin Emrini İfa, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, s. 30.

[7] **Zohrap**, s. 30, zikreden; **Günal**, s. 30.

[8] **Günal**, Yetkili Merciinin Emrini İfa, s. 57.

dan, emri yerine getirenin sorumsuzluğunun esası kanun hükmünün icrası olarak kabul edilmektedir[9].

B. HUKUKA AYKIRI VEYA SUÇ TEŞKİL EDEN EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ İLE DÜZENLEMELER

1. Anayasa [10]

Hukuk devleti olmanın zorunlu gereklerinden biri de, kamu hiyerarşisi içinde konumu ve sıfatı ne olursa olsun, hiç kimsenin kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini emretme ve bu nitelikteki bir emri yerine getirme imtiyazına sahip olmamasıdır. Devletin erkleri arasında suç işleme erkininin varlığından söz edilemez. Esasında böyle bir erk, devlet kavramının özüyle de bağdaşmaz [11]. Nitekim bu husus, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine paralel olarak Anayasa'nın 137 nci maddesinde *"kanunsuz emir"* başlığı altında düzenlenmiştir. Düzenlemenin 1 inci fıkrasında hukuka aykırı emri yerine getirenin sorumluluğu, 2 nci fıkrasında suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğu düzenlenmiş, 3 üncü fıkrasında ise sorumluluğa dair istisnalara yer verilmiştir. Her ne kadar maddenin başlığı *"kanunsuz emir"* ise de, hükmün içeriğinden sadece kanunsuz emrin değil, aynı zamanda diğer hukuki düzenlemelere aykırı emrin hangi durumlarda yerine getirileceği ve emri veren ile yerine getirenin sorumluluğunun da düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla hükmün içeriği dikkate alındığında madde başlığının kanunsuz emir değil de, "hukuka aykırı emir" olmasının daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, aldığı emri başta Anayasa olmak üzere kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, emri yerine getirmemekle yükümlü olduğu gibi bu aykırılığı emri verene bildirmekle de yükümlüdür. Ancak üstün emirde ısrar etmesi ve emri yazılı olarak iletmesi halinde emir yerine

---

9 **Günal**, Yetkili Merciinin Emrini İfa, s. 58.

10 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 41. Maddesine göre, *" memurun amire hürmet ve riayeti lazımeden ise ide itaati kanunun tayin ettiği daireye mahsustur. Hilafı kanun olan umurda amire itaat mesuliyetten kurtulmaya medar olmaz".*
1924 Anayasa'sının 94 üncü maddesine göre, *"Kanuna muhalif olan unsurda amire itaat memuru sorumluluktan kurtarmaz"*
1961 Anayasa'sının 125 inci maddesine göre ise *" Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtarmaz".*

11 **Hafızoğulları, Zeki** (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık, s. 237.

getirilir. Bu durumda sorumluluk, emri yerine getirene değil, emri verene ait olur (Anayasa m. 137/1).

Emrin hukuka aykırı olması onun her zaman suç teşkil ettiği anlamına gelmez. Emir, hukuka aykırı olmakla berber suç teşkil etmeyebilir. Emrin suç teşkil ettiğinden söz edilebilmesi için, kanunda suç olarak düzenlenmesi ve yaptırım altına alınması gerekir. Bu şekilde suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez. Emrin yerine getirilmesi halinde yerine getiren de sorumlu olur (Anayasa m. 137/2).

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri yerine getirenin sorumluluğuna ilişkin açık bir istisna hükmüne Anayasa'da yer verilmemiştir. Ancak Anayasa, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla istisna getirilebileceğine cevaz vermektedir. Dolayısıyla belirtilen gerekçelerle ve ancak kanunla istisna getirilmesi mümkündür (Anayasa m. 137/3). Anayasa, bu hükümle emrin meşruluğunu araştırma hususunda kanunla bir kısım istisnalar getirilebileceğini ve bu gibi hallerde memurdan mutlak itaat istenebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır[12].

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Açısından Emrin Yerine Getirilmesi

Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü'nün (UCMRS*)"üst makam ve kanunun tanımı"* başlıklı 33 üncü maddesinde suç teşkil eden emri yerine getirenin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. Roma Statüsü, konuyu Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi kapsamına giren suçlar açısından hüküm altına almıştır. Kural olarak Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun emre uyularak işlenmesi halinde, emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz. Emri verenin hükümet veya askeri veya sivil bir makam olması, bu hükmün uygulanması açısından önem değildir (UCMRS, m.33/1).

Emri yerine getirenin sorumluluğu esas olmakla beraber bazı istisnai hallerde emri yerine getiren sorumluluktan kurtulur. Failin bağlı olduğu hükümetin veya amirin emirlerini yerine getirme hususunda kanunen zorunlu olması, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmemesi veya emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde sorumluluk söz konusu değildir. (UCMRS, m. 33/1-

[12] **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 103; **Günal**, Yetkili Merciinin Emrini İfa, s. 39.

a,b,c). Belirtilen hallerin aynı anda bulunmasına gerek yoktur. Herhangi birinin varlığı halinde faile sorumluluk yüklenemez.

Failin emri yerine getirme hususunda kanunen zorunlu olması, emrin bağlayıcılığı ile ilgilidir. Emrin bağlayıcı olup olmadığı emrin verenin ve emri uygulayanın tabi olduğu ulusal hukuka göre tayin edilir. Bu çerçevede emir, biçim ve içerik olarak yasal koşullara uygunsa bağlayıcıdır. Ancak emrin içeriğinin açıkça hukuka aykırı olması halinde emrin bağlayıcılığından söz edilemez. Dolayısıyla burada kastedilen emrin biçimsel bağlayıcılığıdır[13].

Failin emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi mümkündür. Bu durumda hukuka aykırılığın niteliğine göre fail sorumluluktan kurtulabilir. Emirdeki kanunsuzluk hali açık ise, bir başka deyişle hukuka aykırılık basit bir hukuka aykırılığın ötesinde ilk bakışta anlaşılabilecek nitelikte ise failin emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi onu sorumluluktan kurtarmaz. Ancak emirdeki kanunsuzluk hali bu nitelikte değilse, failin emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi onu sorumluluktan kurtarır[14]. Astın görevi, rütbesi, emir veren ile arasında rütbe farkı, savaşın ast üzerindeki psikolojik etkisi gibi hususlar astın emrin kanunsuz olduğunu bilip bilmediğinin tespitinde dikkate alınır[15].

Emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığı hususu, insan haklarına ve savaş hukukunun bilinen ilkelerine göre belirlenir. Mahkeme, açıkça hukuka aykırılığı objektif kriterlere göre belirleyecektir[16].

Roma Statüsü'nde suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin cezai sorumluluğu ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta kanunsuz emirle ilgili düzenlemelerden hareketle bir sonuca varmak mümkündür. Yukarıda ifade edildiği gibi emrin kanunsuz olduğunun bilinmemesi halinde fail sorumluluktan kurtulur. Ancak soykırım veya insanlığa karşı suç niteliğindeki emirlerin kanunsuzluğunun bilinmediği ileri sürülemez. (UCMRS, m. 33/2). Bu doğrultudaki bir savunmanın hukuki bir değeri bulunmamaktadır[17]. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren diğer suçlarda (UCMRS, m. 5/1) yani savaş suçları ve saldırı suçlarında emrin kanunsuz ol-

---

13 **Sözüer, Adem/Erman, R. Barış** (2001) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, İstanbul, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, s. 89.

14 **Sözüer/Erman**, s. 266.

15 **Dönmezer/Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, s. 103.

16 **Sözüer/Erman**, s. 266.

17 **Şen, Ersan** (2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 122.

duğunun bilindiğine dair bir karineye yer verilmemiştir. Bu suçlarda esas alınacak ölçü kanunsuz emirlerle ilgili ölçüdür. Yani savaş ve saldırı suçlarında verilen emir açıkça hukuka aykırı ise emri yerine getiren fail sorumlu tutulabilecek, hukuka aykırılığın bu nitelikte olmadığı hallerde fail sorumluluktan kurtulabilecektir.

3. Türk Ceza Kanunu (TCK)

Bu konu, Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinde *"kanunun hükmü ve amirin emri"* başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre kanunun hükmünü yerine getiren ile yetkili merciden verilip görev gereği yerine getirilmesi zorunlu olan emri yerine getiren hukuken sorumlu tutulamaz. Kural olarak suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri veren de emri yerine getiren de sorumlu olur. Ancak emrin hukuka aykırılığının denetlenmesinin yasaklandığı hallerde sadece emri veren sorumlu olur (TCK m. 24)[18].

TCK'nın 24 üncü maddesinde esasında birbirinden farklı iki durum düzenlenmiştir. Kanunun hükmünün yerine getirilmesinde görev ve yükümlülük kanunda açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla fail, kanun hükmünü yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulmamaktadır. Ancak amirinin emrinin yerine getirilmesinde, failin işlediği fiil kanunda açıkça düzenlenmiş bir fiil değildir. Burada işlenen fiil, yetkili bir merciinin verdiği ve görev gereği yapılması zorunlu olan emirden ibarettir[19]. Ancak emrin doğrudan kanundan kaynaklandığı hallerde kanun hükmünün yerine getirilmesi ile amirin emrinin yerine getirilmesi hali örtüşebilir[20].

Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinde Anayasa'daki düzenlemenin aksine "kanunsuz emirden" değil, "kanunun hükmü ve amirin emrinden" söz edilmektedir. Ancak düzenlemelerin muhtevasına bakıldığında farklı kavramlara rağmen aynı içerikte olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'daki düzenleme, hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirler açısından daha ayrıntılı hükümler içermektedir. Anayasa'da *"üst"* kavramı tercih edilmiş iken Türk Ceza Kanunu'nda *"amir ve "yetkili merci"* kavramı tercih edilmiştir. Anayasa'da emri yerine getiren açsından kamu hizmetlerine herhangi bir sıfat ve

---

18 Yetkili amirinin merinin yerine getirilmesinin hukuki mahiyeti hakkındaki tartışmalar için bkz. **Özen, Mustafa** (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 407, 408.

19 **Özen**, s. 410; **İçel**, **Kayıhan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta Yayınları, s. 320.

20 **Özen**, s. 415.

surette çalışmak şeklinde bir nitelendirme var iken, *"kanunun hükmü ve amirin emri"*ni yerine getiren açısından böyle bir nitelendirme söz konusu değildir. Bununla birlikte emrin yetkili bir merci tarafından verilmesi ve emri yerine getirenin görevi gereği olarak emri uygulama sorumluluğu dikkate alındığında, emri yerine getirenin kamu görevlisi olabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Yine Anayasa'da kuralın istisnası, askeri hizmetlerin görülmesi, acil haller, kamu düzeni ve güvenliği ile sınırlanmış iken Türk Ceza Kanun'unda söz konusu istisna "emrin hukuka uygunluğunun kanun tarafından engellendiği haller" olarak ifade edilmiştir.

Amirin emriyle ilgili düzenlemeler, amirin hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı emirlerini kapsamaktadır. Amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu durumda CMK'nın 223/2-d maddesi uyarınca beraat kararı verilir. Ancak emrin yerine getirilmesinde kusurlu davranılması halinde kusurlu davranış nedeniyle sorumluluk söz konusu olabilir[21]. Konusu suç oluşturmayan ancak yazılı olarak tekrarlandığı için veya emrin meşruluğunun araştırılmasının mümkün olmaması nedeniyle bağlayıcı olan hukuka aykırı bir emrin yerine getirilmesi kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmektedir[22]. Bu durumda ise fail hakkında CMK'nın 223/3-b maddesi gereğince kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir [23].

Emir, hukuka aykırı olmakla berber aynı zamanda suç teşkil ediyorsa bu nitelikteki emir, hiçbir surette yerine getirilmez. Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde emri veren ile birlikte emri yerine getiren de sorumlu olur (TCK 24/2). Suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği kuralının hiçbir istisnası bulunmamaktadır[24]. Emrin suç teşkil edip etmediği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşerek emri yerine getiren kişi hatasından yararlanır ve sorumlu tutulmaz (TCK 30/3).

---

21 **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 630; **Hakeri, Hakan** (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 309; **Zafer, Hamide** (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 302; **Demirel, Muhammed** (2014) Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları. s. 52; **İçel,** s. 319.

22 **Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 330; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 143, 422. Sorumsuzluğun nedenine ilişkin tartışmalar ve farklı görüşler için bkz. **Demirel**, s. 75 vd.

23 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 633; **Hakeri**, s. 309; **Zafer**, s. 302; **Demirbaş**, s. 278.

24 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 633

4. Diğer Mevzuat Hükümleri

a. Devlet Memurları Kanunu (DMK)

İdare hukukunda memurlar hakkında kabul edilen hiyerarşi sistemine göre astın üstte itaat etmesi esastır. Bu itaat, astın üstün emirlerini geciktirmeksizin ve değiştirmeksizin yerine getirmesi şeklinde tezahür eder[25]. Bir hukuk devletinde yetkili merciin veya amirin verdiği emrin hukuka uygun olduğu varsayılır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve surette çalışmakta olan kimse, verilen emri yerine getirmekle yükümlüdür. Bununla birlikle emrin hukuka aykırı olması halinde emri alan emrin hukuka aykırı olduğunu emri verene bildirmek zorundadır. Ayrıca suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez[26]. Görüldüğü gibi memurun amirine itaat yükümlülüğü kayıtsız ve şartsız değildir. Emri alanın bir ölçüye kadar emrin meşruluğunu inceleme hakkı vardır[27].

657 sayılı Devlet Memurları Kanun'un "sadakat" başlıklı 6 ncı maddesine göre "Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına sadakatla bağlı kalmak ve milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatla uygulamak zorundadırlar" Yine Kanun'un 10 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında amirin maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremeyeceği açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen hükümlerden de anlaşılacağı gibi memurların görevlerinin ifası kapsamında hukuka riayet etmeleri sadakat yükümlülüğünün bir gereği olup kamu hizmetlerinde esas itibariyle hukuka aykırı veya suç teşkil eden bir emrin varlığından veya icrasından söz etmek mümkün değildir.

Kural bu olmakla beraber kamu hizmetlerinin ifasında hukuka aykırı veya suç teşkil eden bir emrin verilmesi mümkündür. Nitekim kanun koyucu bu olasılığı dikkate alarak böyle bir durumda emri alanın ne şekilde davranacağını da düzenlemiştir. Buna göre memurlar, kanun, tüzük ve yönetmeliklere uymakla yükümlü oldukları gibi amirleri tarafından verilen görevleri de yerine getirmekle yükümlüdür (DMK m.11/1). Bununla birlikte memur, amirinin

---

25 **Onar, Sıddık Sami** (1952) İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Maarif Matbaası, s. 28; **Erem, Faruk** (1962) Türk Ceza Hukuku C.1 Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1. Cilt s. 436; **Hafızoğulları, Zeki** (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık., s. 235.

26 **Onar**, s. 819; **Hafızoğulları**, s. 235; **Zanobini**, s. 137.

27 **Giritli**, s. 28-29; **Erem**, s. 437; **Hafızoğulları**, s. 238

verdiği emrin hukuka uygunluğunu denetleme hakkını haizdir. Zira memur, yalnızca emri icra eden bir makine değil, aynı zamanda idarenin bilinçli bir ortağıdır[28]. Memur, emrin sadece şekle uygun olup olmadığını değil, içeriğinin de hukuka uygun olup olmadığını incelemek zorundadır[29]. Ancak memur, emrin yerindeliğini denetleyemez[30]. Memur, bu çerçevede yapacağı değerlendirme sonucunda emrin Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varırsa emri yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, memur bu emri yapmakla yükümlüdür. Bu durumda hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinden dolayı sorumluluk emir verene ait olup, emri yerine getirene herhangi bir sorumluluk yüklenmez. Emrin yazılı olarak tekrarlanması, emri veren açısından emri hukuka uygun hale getirmez. Bu yöntemin amacı, emrin yazılı olarak tekrarlanmasının istenilmesi suretiyle hukuka aykırı emrin verilmesinden kaçınılmasını sağlanmasıdır. Aksi görüşün kabulü hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmaz[31] (DMK 11/2). Emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde yazılı olarak tekrarlanması, yerine getireni sorumluluktan kurtulamaz (DMK 11/3). Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır (DMK 11/4).

b. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK)

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'ndaki düzenleme, büyük oranda Devlet Memurlar Kanun'undaki düzenlemeyle aynıdır. Buna göre görevi kapsamında emir alan polis, emrin kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı olup olmadığını inceler. Yaptığı inceleme ve değerlendirme sonucunda emri hukuka aykırı görürse emri yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 2 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla emri yazılı olarak yenilerse memur emri yerine getirmek zorundadır. 3 üncü fıkrada belirtilen istisnalarda emrin sözlü olarak tekrarlanması emrin yerine getirilmesi zorunluluğu açısından yeterlidir. Bu durum-

[28] **Erem, Faruk**, (1966) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 586; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 428; **İçel**, s. 324.

[29] **Erem**, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, s. 588; **Zafer**, s. 303.

[30] **Hafızoğulları**, s. 238.

[31] **Demirel**, s. 75.

da, hukuka aykırı emri yerine getiren sorumlu olmaz. Ancak konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler, hukuken sorumlu olurlar (PVSK m.2/2.).

c. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Askeri Ceza Kanunu

Askeri hizmetlerde hiyerarşik ilişki, diğer kamu hizmetleriyle mukayese edildiğinde daha katıdır. İtaat yükümlülüğün kapsamı da geniş tutulmuştur. Bu durum, askeri hizmetlerin doğasından kaynaklanmaktadır[32]. Nitekim 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, astı, üst ve amirlerine mutlak surette itaate zorunlu kılmaktadır. 211 sayılı Kanunu'nun 14/1 maddesine göre ast, amirlerine, kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaatle yükümlüdür. Astın, diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi emrin hukuka uygunluğunu sorgulama ve değerlendirme, hukuka aykırı görmesi halinde yazılı olarak tekrarlanmasını isteme hakkı bulunmamaktadır. 211 sayılı Kanun 14/2 maddesine göre verilen emir hukuka aykırı ise sorumluluk emri verene aittir.

Verilen emrin suç teşkil etmesi durumunda ise emri veren ve yerine getirenin sorumluluğu Askeri Ceza Kanunu'nun iştirak 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 iştirak hükümlerine göre sorumlu olur.

II. SUÇ TEŞKİL EDEN EMİR KAVRAMI VE YERİNE GETİRENİN SORUMLULUĞU

A. BİR EMRİN VARLIĞI

1. Genel Olarak Emir Kavramı

Kavram olarak emir, kamu hizmetlerini sevk ve idare ile yükümlü olan ve niteliği itibariyle bir silsile takip eden üst tarafından asta karşı kanuna uygun olarak kullanılan otorite tezahürüdür[33].Tanımından da anlaşılabileceği gibi emir kavramı, bünyesinde üstünlük, zorunluluk ve bağlılık olmak üzere üç unsuru içermektedir [34].

---

[32] **Kangal**, s. 145.

[33] **Türk Hukuk Kurumu** (1944) Türk Hukuk Lügatı, 1. Baskı, Ankara, Maarif Matbaası, s. 83.

[34] **Galateria, Luigi** (1950) Teoria Giuridica deglli Ordini Amministrativi, 1. Baskı, Milano, s. 55; zikreden **Günal**, s. 59.

Üstünlük ilişkisi, kamu hukuku alanına giren bir bağlılık ilişkisine dayalı olmalıdır. Bu ilişkisi çerçevesinde karar verme konumunda olan amir, belli bir şeyin yapılması veya yapılmaması hususunda bir irade ortaya koyması nedeniyle astları için belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü ortaya çıkar. Bu yükümlülük bir yaptırım ile de güvence altına alınır[35]. Buna karşılık özel hukuk sahasına giren örneğin işçi-işveren ilişkisi veya velayet ilişkisine dayalı emir verme yetkisi bu manada bir üstünlük ilişkisi sayılmaz ve bu çerçevece verilen talimatlar emir olarak nitelendirilemez[36].

Türk Ceza Kanunu'nda emir kavramı, birçok hükümde geçmekle birlikte tanımlanmamıştır. Emir kavramının kapsamına, tehdit, teşvik, tahrik, nasihat, tolerans ve davet dahil değildir. Talep, muhatap tarafından reddedilemez ise emir kavramına dahil kabul edilmelidir. Emir, amirin iradesini açık bir şekilde ortaya koymalı, emredici nitelikte olmalı ve karşısındakine herhangi bir hareket özgürlüğü tanımamalıdır. Emir, emri icra edene doğrudan yöneltilebileceği gibi aracılar vasıtasıyla da yöneltilebilir. Bu durum, emrin niteliğini ve bağlayıcılığını etkilemez[37].

Herhangi bir emrin yerine getirilmesi ceza hukuku açısından kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden değildir. Bunun için emrin meşru olması ve emrin bağlayıcı olması gerekir[38]. Emrin meşru olabilmesi için emri verenin böyle bir emir vermeye yetkili olması, emri alanın böyle bir emri ifaya mecbur olması ve nihayet emir kanunun gösterdiği veya gerektirdiği şekil ve içerik şartlarına uygun olması gerekir[39]. Emirdeki şekil eksikliği emrin yerine getirilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırabilir. Örneğin emrin yazılı olarak verilmesinin gerektiği hallerde emrin sözlü olarak verilmesi gibi.

Emrin yerine getirilmesinin zorunlu olduğundan söz edilebilmesi için emrin doğrudan bir kişiye yönelik olarak verilmesine gerek bulunmamaktadır. Bazen emir genel olarak da verilebilir. Bu çerçevede tamimler, tebliğler de

---

35 **Altavılla, Enrico** (1933) Teoria Soggetiva Del Reato, Ricostruzinone Doğmatico Positivista Del Codice Penale, 1. Baskı, Napoli, s. 294, zikreden **Günal**, s. 60; **Zafer**, s. 304; **Demirbaş**, s. 278; **İçel**, s. 321.

36 **Zafer**, s. 304; **İçel**, s. 321.

37 **Günal**, s. 61; **Hafızoğulları**, s. 237.

38 **Majno** (1977) Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, 1. Baskı, C. 1, Ankara, Yargıtay Yayınları, s. 208; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s. 95; **Hafızoğulları**, s. 237; **Demirbaş**, s. 278.

39 **Majno**, s. 208; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir** (1969) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, s.96; **Zafer**, s. 305; **Soyaslan**, s. 379; **Demirbaş**, s. 278.

yetkili merciden verilen emir sayılır[40]. Emir bir kişiye verilebileceği gibi, bir gruba da verilebilir. Aynı konuda birden çok fazla emir verilmiş ise en son emir dikkate alınır. Farklı düzeyde kişilerin birbirleriyle çelişen emirleri söz konusu ise yüksek amirin emir geçerlidir[41].

2. Askeri Hizmetlerde Emir Kavramı

Askeri hizmetlerde emir kavramı, bazı yönleriyle diğer kamu hizmetlerindeki emir kavramıyla ayrışmaktadır. Esasında emir kavramının özünde anlam kazandırıldığı yer askeri hizmetlerdir. Askeri hizmetlerde bütün işleyiş emir üzerine inşa edilmiştir. Nitekim İç Hizmet Yönetmeliği'nin 30 uncu maddesinde emir "*her türlü askerî vazifelerin ve hizmetlerin nâzımı*" olarak nitelendirilerek bu husus teyit edilmiştir. Bu nedenle askeri emir, askeri olmayan emrin ağırlaştırılmış hali değildir. Askeri emir, farklı özellikleri olan özel bir emir türüdür [42].

Askeri hizmetlerde emir, emir verme yetkisini haiz bir üstün, bir şeyin yapılması veya yapılmamasına yönelik olarak asta yönelttiği icap edilmesi zorunlu talep ve istektir[43]. Emir, İç Hizmet Kanunu'nda da açık bir şekilde tanımlanmıştır. 211 sayılı Türk Silahları Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 8 inci maddesine göre emir, "*Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir*". Kanuni tanımda geçen hizmet kavramı ise, aynı Kanun'un 6 ncı maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre hizmet; *"Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir"*. Genel olarak emir kavramında olduğu gibi, askeri hizmetlerdeki emirde de, emrin kanunlarda veya diğer düzenleyici işlemlerde bir dayanağının bulunması gerekir. Emir, kanun ve nizamları ihlal etmemeli özellikle suç teşkil etmemelidir (İç Hizmet Yönetmeliği m.33.) Emir, bir şeyin yapılmaması yönünde olabileceği gibi, bir şeyin yapılması doğrultusunda da olabilir. Emrin mutlaka yazılı olarak verilmesine gerek yoktur. Sözlü olarak verilen, hatta başka surette örneğin el, kol, göz hareketiyle verilen emriler de emir olarak kabul edilebilir. Ancak anlaşılmasındaki muhtemel yanlışlıkları bertaraf etmek için uzun ve karışık emirle-

40 **Erem**, Ümanist Doktrin, s.436.
41 **Zafer**, s. 305.
42 **Taşkın Rıfat** (1930) Askeri Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, s. 101; **Değirmenci**, s. 87.
43 **Polatcan, İsmet** (1997) Açıklamalı- İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, Melisa Matbaacılık, s. 199.

rin mümkün olması halinde yazılı olarak verilmesi veya ast tarafından not edilmesi veya esasların tekrar edilmesi gerekir (İç Hizmet Yönetmeliği, m. 32).

Kanundaki tanımlar ve ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, geçerli bir emirden söz edilebilmesi için emrin askeri hizmete ilişkin olması, yetkili amir tarafından verilmesi ve kanun ve nizamın gösterdiği şekil ve öze ilişkin koşullara uygun olması gerekir[44]. Bu nitelikte olmayan bir emrin bağlayıcılığından söz etmek mümkün değildir. Kanun, tüzük yönetmelik gibi objektif düzenleyici işlemlerin hükümleri ayrıca emir haline getirilip duyurularak kişiselleştirilmedikçe emir olarak nitelendirilemez[45].

Askeri hizmetlerde emrin ne şekilde ve hangi usullerde verileceği hususunda da bir kısım hükümler bulunmaktadır. Kural olarak emir üniforma ile verilir. Ancak amir üniformasız da olsa ast tarafından tanınıyorsa emrin yerine getirilmesi gerekir. Üniformasız iken emir vermek ihtiyacını gören amir, ast tarafından tanınmadığı durumda kimlik kartı ile kendisini tanıtırsa bu durumda da emrin gereği yerine getirilir (İç Hizmet Kanunu m.19,İç Hizmet Yönetmeliği m.30). Emirler, astın emri tamamen anladığına dair amire kanaat uyandıracak şekilde açık, kısa ve kesin olmalıdır. Gerektiği durumlarda emrin yerine getirileceği süre ve emrin yapılma tarzı da açıkça bildirilir (İç Hizmet Yönetmeliği m.30).

Askeri emir, ancak askerlere verilebilir. Kamu düzeni ve güvenliği için ordunun müdahalesinin yasal olarak gerektiği veya müdahalesinin sivil makamlar tarafından talep edildiği hallerde askeri emirler, orduya mensup olmayanlara da yönelebilir. Ancak bu halde bir askeri emirden değil, bir zabıta emrinden söz etmek mümkündür[46].

B. EMRİN YETKİLİ MERCİİ TARAFINDAN VERİLMESİ

1. Genel olarak Yetkili Mercii Kavramı

Belli bir örgüt yapısı içerisinde görev yapan kişiler arasında mevcut olan astlık-üstlük ilişkisi hiyerarşi olarak ifade edilmektedir. Bu ilişkinin doğal sonucu olarak "üstün yetkileri, buna karşılık "astın yükümlülükleri" bulunmaktadır. Hiyerarşik ilişki, üstün asta emir verme yetkisi temeline dayanır. Bu ilişki içinde olan yer alan şahıslar, "amir" (emreden) veya "memur" (emredi-

44 **Değirmenci**, s. 94; **Demirağ, Fahrettin** (2016) Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık s. 103; **Kangal**, s. 145-148.

45 **Demirağ**, s. 103.

46 **Taşkın**, Milli Müdafaa Hukuku, s. 102.

len) konumundadır[47]. Bu ilişki nedeniyle ast, ifa ettiği işlemi, yalnızca kanunun kendisine yüklediği bir ödev itibariyle değil, aynı zamanda üstün emri olarak yerine getirir [48].

Emri veren kişinin nitelendirilmesi açısından hukukumuzda bir kavram birliği bulunmamaktadır. Bazen "yetkili bir merci", bazen "amir", bazen "üst" kavramı tercih edilmektedir. Amir, "bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını emreden kimse" dir [49]. Üst ve yetkili mercii kavramları da eş anlamı olarak kullanılmaktadır. Buradaki yetkili merciden kasıt, resmi sıfata haiz kamu hukuku alanındaki kamusal otoritedir. Başka bir hukuki ilişkiye dayalı olarak üst konumunda olan kişiler bu kapsamda değerlendirilmez. Kişinin amir veya üst olması yetkili mercii sayılması için yeterli değildir. Aynı zamanda bu konumda olan kişinin yetkisi dahilinde bir konuda emir vermesi gerekir. Aksi takdirde emir, yetkili mercii tarafından değil, herhangi bir kimse tarafından verilmiş sayılır[50]. Eşit derecede kişiden biri diğerine emir vermiş ise "eşit eşite emir veremez" kuralı gereğince emri yerine getiren kişi, yetkili merciin emrini yerine getirmiş sayılmaz[51]. Emri verenin yetkili mercii sayılması için, sicil amiri olmasına gerek bulunmamaktadır[52].

Emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, emrin yetkili bir merci tarafından verilmesi, yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekir (TCK m.24/2). Merci kavramını resmi merci olarak anlamak gerekir. Hizmet ve aile ilişkisinden kaynaklanan nüfuz ve yetkilere dayalı olarak verilen emriler bu kapsamda değerlendirilmez[53]. Merciin aynı zamanda yetkili olması gerekir. Merciin yetkili olmaması halinde emri yerine getiren sorumluluktan kurtulmaz. Emri veren merciin yetkili olup olmadığı hususu, emri verenin hukuki statüsüne ve tabi olduğu hukuki rejime göre tayin edilir. Son olarak emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması gerekir. Bunun için emrin, öncelikle emri yerine getirecek olanın görevine dahil olması gerekir. Eğer emir amacı, esası ve yerine getirilmesinde kullanılan araçlar

47 **Giritli**, s. 26; **Özgenç, İzzet** (1996) Askeri Hiyerarşide Emirlerin Bağlayıcılığı ve Bunun Hukuki Sonuçları, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı 1996 Yılı Seminerleri, 1. Baskı, Konya, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı, s. 319.

48 **Giritli**, s. 27.

49 Türk Hukuk Lügatı, s. 15.

50 **Dönmezer/Erman**, s. 95; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 631.

51 **Mauro**, s. 390, zikreden **Günal**, s. 67.

52 **Hafızoğulları**, s. 238.

53 **Erem**, Ümanist Doktrin, s. 436.

bakımından emri yerine getirenin görevi dışında kalıyorsa böyle bir emri yerine getiren sorumluluktan kurtulmaz.

Yetkili mercii, tek kişi olabileceği gibi, heyet halinde çalışan bir kişiler topluluğu da olabilir. Bu durumda kişiler topluluğu tarafından verilmiş emir de yetkili merciinin emri sayılır[54]. Bazen emir verme yetkisi birden çok kişiye ait olabilir. Birden çok kişinin emri vermeye yetkili olduğu halde, bunlardan birinin emir vermesi yetkili mercii sayılma açısından yeterlidir.

Hiyerarşik ilişki, sadece aynı idare ve büroda çalışanlarla sınırlı değildir. Bazen değişik büroya veya idarelere mensup memurlar arasında hiyerarşik bir ilişki olabilir. Bu durumda başka büro veya idarede çalışan memurlara emir verme yetkisinin hukuken var olması halinde emir veren yetkili mercii sayılır. Örneğin idari makamların askeri makamlardan yardım istemesi, adli makamların polise emir vermesi gibi[55].

2. Askeri Hizmetlerde Yetkili Mercii Kavramı

Askeri mevzuatımızda yetkili merci kavramı yerine amir ve üst kavramı kullanılmaktadır. İç Hizmet Yönetmeliği'nin 662 nci maddesinde geçen yetkili merci kavramı, askeri hiyerarşi silsilesindeki bir makamı değil de adli mercileri kastetmektedir.

TSK İç Hizmet Kanunu'nun 9 uncu maddesine göre amir, "*Makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir".* Aynı hükme göre amirin altındakilere de maiyet denir. Makam, her amirin Silahlı Kuvvetlerde temsil ettiği mevkidir. Memuriyet ise askeri bir hizmeti ifa ile görevli olma halidir [56].Amirin mutlaka asker olmasına gerek yoktur. Amir vazifesi alan sivil memurlar da maiyetindeki sivil ve askeri personele hizmetin gerektirdiği emirleri verebilir (İç Hizmet Kanunu, 115/1-a).

Bir kişinin askeri hiyerarşi içindeki amirlik sıfatı, aynı teşkilatta kendisine bağlı kişiler açısından söz konusudur[57]. Amirlik sıfatı, bir kadroya atanmak suretiyle kazanılabileceği gibi kadronun herhangi bir nedenle boşalması nedeniyle vekaleten bakılmak suretiyle de kazanılabilir. Ancak bir kişinin amir

54 **Giriodi**, s. 295, zikreden **Günal**, s. 67.
55 **Günal**, s. 68.
56 **Değirmenci**, s. 77; **Demirağ**, s. 106
57 **Demirağ**, s. 107.

sıfatını kazanması için atanması veya vekaletten görevlendirilmesi yeterli değildir. Ayrıca fiilen göreve başlamış olması da gerekir[58].

Üst *"rütbe veya kıdem büyüklüğünü"* gösterir. Ast ise "*üstün rütbece ve kıdemce aşağısında bulunan kimseyi*" ifade eder (İç Hizmet Kanunu m.10). Üst, Askeri Ceza Kanunu'nun 13 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında da rütbe ve kıdem bakımından büyüklük olarak tanımlanmıştır. Buna göre ast ve üst ilişkisi rütbe farkından kaynaklanabileceği gibi aynı rütbede olanlar arasında kıdem farkından kaynaklanabilir. Bu ilişki sadece hizmet esnasında değil, duruma göre hizmetin bitiminde de devamlılık arz eden bir ilişkidir[59].

Amire mutlak itaat, askeri disiplinin bir unsuru olarak sayılmış ve astın amire mutlak itaatle yükümlü olduğu ifade edilmiştir (İç Hizmet Kanunu, m.13-14). Bu nedenle askeri hiyerarşi sıkı biçimde saptanmış ve ast, ilk amirine ve hiyerarşik amirlerine sıkı bir şekilde bağlanmıştır. Bu bağlılık, astın görevini amirlerinin emirlerine uyarak yapması şeklinde tezahür eder[60].

Amir veya üstün emir verme yetkisi, askerlerin sevk ve idaresinde en önemli araçlardan biridir. Denilebilir ki askerlikte emri verme yetkisi olmadan sevk ve idare kabiliyetinden söz etmek mümkün değildir. Bu yetki, kıt'aların sevk ve idaresiyle sınırlı bir yetki değildir. Her amir, emri altındaki askerler üzerinde şahsen bu güce haiz olduğu gibi, bu yetki belli bir alana ilişkin yerel bir yetki de olabilir[61].

Askeri hizmetlerde amirin emir verme yetkisi, diğer kamu hizmetlerindeki amirin emir verme yetkisinden farklı olarak silahlı kuvvetlere özgü özellikler de taşır. İdari makamlardaki emir verme yetkisi ancak makama karşılık gelen bir yetkiye tekabül ederken, askeri emirler kişisel görev esasına dayanır. Askeri hizmetlerde makamın sağladığı yetki, askeri emirler için hukuki görünümden başka bir anlam ifade ermez. Askeri hiyerarşinin şahsileştirilmesi ile askeri düzende iki yeni hiyerarşi söz konusu olmaktadır. Biri emretmek ve kumanda etmek şeklinde tezahür ederken, diğeri derece ve rütbe itibariyle ortaya çıkmaktadır. Birincisinde hiyerarşi, her amirin Silahlı Kuvvetlerde temsil ettiği makam itibariyle hiyerarşidir ki askeri hizmetler makam sahibi amir-

58 **Demirağ**, s. 107.
59 **Değirmenci**, s. 76.
60 **Yüceer, Bila** (1986) Askerlikte Emir Müessesesi, 1. Baskı, Ankara, Nüve Matbaası, s. 13; **Taşkın**, Milli Müdafaa Hukuku, s. 102.; **Demirağ**, s. 106.
61 **Taşkın, Rıfat** (1943) Milli Müdafaa Hukuku ve Devletler Harp Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, s. 84.

lerin emirleri ile yürütülür. İkinci ise rütbe itibariyle üstünlüğü ifade eder. Soyut rütbe ve unvan sıralamasıdır [62].

Askeri mevzuatımızda emri veren kimsenin yetkisinin kapsamı ve emrin bağlayıcılığı açısından ikili bir ayrım yapılmıştır. Emri veren "amir" sıfatını haiz ise mutlak itaat prensibi geçerlidir. Emre veren herhangi bir "üst" ise, mutlak itaat esası ancak kanun ve nizamlarda gösterilen hallerle sınırlıdır. Şu halde ast, emri verenin amir mi, üst mü olduğunu araştıracak, amir ise mutlak itaat edecek, üst ise kanun ve nizamlara göre böyle bir emir vermeye yetkili olmadığını inceleyerek yetkili olduğu sonucuna varırsa yine mutlak itaat edecektir[63]. Görüldüğü gibi üstün emir verme yetkisi, amirin emir verme yetkisine oranla daha sınırlı bir yetkidir. Bu yetki ancak İç Hizmet Kanunu'nun 23 üncü maddesinde düzenlenen isyan ve fesat halleri ile İç Hizmet Kanunu'nun 23 üncü maddesinde düzenlenen disiplinsizlik hallerinde söz konusudur. Daha üst rütbede veya kıdemde olan her subay, daha aşağı rütbede veya kıdemde olan subaylara karşı hizmet dışındaki durumlarından ve hareket tarzlarından dolayı gerektiği durumlarda doğru hareket etmelerini emir ve ihtar etmek hak ve yetkisini haizdir[64].

C. EMRİN SUÇ TEŞKİL ETMESİ HALİ

Suç teşkil eden bir emrin varlığından söz edilebilmesi için yetkili merci tarafından verilmiş bir emrin hukuka aykırı olması yetmez, aynı zamanda emrin suç teşkil etmesi de gerekir. Konusu suç teşkil etmeyen emir, daha çok idare hukukunu ilgilendirmektedir[65].Her suç, hukuka aykırı bir eylemdir. Ancak hukuka aykırı her eylem suç değildir. Hukuk düzeninde hukuka aykırı eylemlerin bir kısmi sadece tazminat sorumluluğu ile bir kısmı disiplin cezasıyla bir kısmı ise kabahatlere özgü idari yaptırımlarla yaptırım altına alınmıştır. Ceza siyaseti gereği bir kısım eylemler de kanun koyucu tarafından suç olarak nitelendirilmiş ve suçlara özgü yaptırımlarla cezalandırılmıştır[66].

Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesine göre bir fiilin suç olarak nitelendirilmesi, o fiilinin kanunda suç olarak düzenlenmesine bağlıdır[67]. Kanundan anlaşılması gereken yalnızca Türk Ceza Kanunu değil, suç ve ceza içeren

---

62 **Taşkın**, s. 85.

63 **Erman, Sahir** (1983) Askeri Ceza Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 131.

64 **Değirmenci**, s. 84; **Taşkın**, s. 88.

65 **Erem**, Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, Cilt II, s. 588.

66 **Taner**, s. 83; **Hafızoğulları**, s. 176.

67 **Taner**, s. 82; **Hafızoğulları**, s. 173.

özel kanunlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir[68]. Dolayısıyla kanunda açıkça suç olarak düzenlenen bir fiilin suç olduğundan ve dolayısıyla böyle fiilin işlenmesinin emredilmesi halinde suç teşkil eden bir emirden söz etmek mümkündür. Bu çerçevede kabahat içeren bir emrin ifası suç teşkil eden bir emrin ifası olarak değerlendirilemez. 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden farklı olarak 5237 sayılı TCK'da kabahatler suç olmaktan çıkarılmış ve 2005 yılında yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu ile müstakil olarak düzenleme konusu yapılmıştır. Kabahatler Kanunu'nun 2 nci maddesinde kabahat, kanunun karşılığında idari yaptırım öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kabahati, suç olarak değerlendirmek mümkün değildir[69]. Kabahatler Kanunu'nun 12 nci maddesinde TCK'daki hukuka uygunluk nedenlerine ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere yapılan atıf, diğer açık düzenlemeler karşısında kabahatlerin suç sayılmasını gerektirmez. Ancak yapılan atıf nedeniyle TCK'nın 24 üncü maddesinin 3 üncü ve 4 üncü fıkraları kabahatler için de uygulanabilecektir. Buna göre konusu kabahat teşkil eden bir emir, hiçbir surette yerine getirilemez, aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Kabahat teşkil eden emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur[70]. Ancak buradaki sorumluluk veya sorumsuzluk ceza hukuku anlamında olmayıp idari anlamda bir sorumluluk ve sorumsuzluk halidir[71].

III. EMRİ YERİNE GETİRENİN SORUMLULUĞU

A. GENEL OLARAK

Suç teşkil bir emrin yerine getirildiği durumlarda, sorumluluk kapsamında tartışılması gereken husus, emri veren ile emri yerine getirenin sorumluluğudur. Emri verenin sorumluluğu hususu, ceza hukuku açısından özellik arz etmez. Emir veren, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen iştirak kuralları çerçevesinde azmettiren sıfatıyla sorumlu olur. Bu husus, daha çok emri yerine getirenin sorumluluğu açısından özellik arz etmektedir.

Kural olarak suç teşkil eden emri yerine getiren, işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulur. Genel kural bu olmakla beraber Anayasa, kanun koyucuya bu kurala istisna getirme yetkisi tanımıştır. Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3

68 **Demirel**, s. 64.
69 **Demirel**, s. 66.
70 **Dursun**, s. 244-245.
71 **Demirel**, s. 68.

üncü fıkrasına göre, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunla istisna getirilebilir.

Türk Ceza Kanunu'nda suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğu hususunda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir (TCK m.24/3). Yine Devlet Memurlar Kanunu'nun 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla bu kurala kanunla istisna getirilebilecektir. Her iki maddenin yazım tekniğine bakıldığında, açık bir istisna hükmünden söz etmek mümkün değildir. Bu konuda istisnanın var olup olmadığının tespiti için diğer kanun hükümlerine bakıp, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenip engellenmediğine veya kurala açıkça istisna getirilip getirilmediğine bakmak gerekir. Emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmesi veya açık bir istisna hükmünün getirilmesi ancak kanunla mümkün olabilir. Diğer mevzuat hükümleri ile örneğin cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle böyle bir sınırlamanın getirilmesi mümkün değildir.

B. EMRİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETLENMESİ

Bir emrin verilmesi halinde emrin muhatabının emri verenin yetkisini, emrin meşruluğunu ve yerine getirme zorunluluğunun bulunup bulunmadığını denetleme yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda doktrinde mutlak itaat teorisi, şekli kontrol teorisi, içerik itibariyle kontrol teorisi ve nihayet emrin tekrarı teorisi gibi teoriler ileri sürülmüştür[72]. Ancak doktrinde hakim olan görüş, emri alanın belirtilen hususları araştırma yükümlülüğü olduğu yönündedir[73]. Dolayısıyla kural olarak kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse üstünden aldığı emri, anayasa, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı olup olmadığını denetleme yetkisini haizdir. Zira Anayasa'nın 137 nci maddesinin 1 inci fıkrasında astın verilen emri daha üst normlara aykırı görmesinden söz edilmektedir. Astın böyle bir sonuca varabilmesi, öncelikle herhangi bir sonuca varmasına olanak sağlayacak bir denetleme yetkisini haiz olmasını gerektirmektedir ki bu yetki, bahsi geçen hüküm bağlamında anayasal olarak mevcuttur. Esasında Devlet Memurları

---

72 Bu konudaki teoriler için bkz. **Günal, Yılmaz** (1973) "Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", AÜSBFD, C. 20, S. 2.

73 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 634; **Soyaslan, Doğan** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 378.

Kanunu'nun 6 ncı maddesi hükmü dikkate alındığında, emrin hukuka uygunluğunu denetleme hususunu, devlet memurları için sadece bir hak olarak değil, aynı zamanda sadakat yükümlülüğü kapsamında bir zorunluluk olarak da görülmelidir. Dolayısıyla her ast, üstünden aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetleme hakkını ve yükümlüğünü haizdir[74]. Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi bazı hallerde mümkün ise de, suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Suç teşkil eden emri yerine getiren, emri veren gibi işlediği suçtan dolayı sorumlu olur.

C. EMRİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETLENMESİNİN YASAKLANDIĞI HALLER

Bazı alanlarda emrin meşruluğunu araştırma yetkisinin tanınmasının, derhal itaat yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda bağlayıcı gayri meşru emirden söz edilmektedir. Bununla birlikte gayrimeşruluğun "suçluluğu aşikâr emir"e varmaması gerekir[75].

Yukarıda ifade edildiği gibi, suç teşkil eden emrin yerin getirilmesi hususunda yerine getirenin emri veren gibi sorumlu tutulacağı hususu, genel bir ilke olarak hukuk düzenimizde yerini almıştır. Bu hususta bazı hallerde kanun koyucuya istisna getirme yetkisi tanınmış, Türk Ceza Kanunu'nda da emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla yasaklandığı hallerde emri yerine getirenin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmiştir. Mevzuatımızın tetkikinde Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtilen yetkiye dayalı olarak suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu tutulmayacağına dair açık bir istisna hükmüne rastlanılmamıştır[76]. Aşağıda değinileceği gibi Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesindeki hükmü de bir istisna hükmü olarak değerlendirmek mümkün değildir.

Ancak özellikle askeri hizmetlerin görülmesi sırasında emir alan tarafından emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla sınırlandığı haller söz konusu olabilir. Bu durumda yani emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla sınırlandığı hallerde, suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğunu ayrıca değerlendirmek gerekecektir. Elbette ki hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olması demek, suç işlenmesine kanunun bir kılıf bulunması anlamına gelmemelidir[77]. Nitekim askerlik hizmetleri

---

74 **Dönmezer/Erman**, s. 101; **Zanobini**, s. 138; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 632.
75 **Erem**, Ümanist Doktrin, s. 589; **Günal**, s. 96.
76 **Hafızoğulları**, s. 237.
77 **Hafızoğulları**, s. 237.

açısından emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin tümüyle sınırlandığını söylemek de mümkün değildir. Askerlik hizmetinde ast, ceza hukuku açısından bizzat sorumlu olabileceği durumlarda emrin muhtevasını inceleme hak ve yükümlülüğünü haizdir. Ast, emrin yetkili bir kişi tarafından verilip verilmediğini ve emrin hizmete ilişkin olup olmadığını tetkik etme hakkını haizidir. Emrin, yetkili kişi tarafından verilip verilmediği, askeri emir vermeye yetkili olanların makam, rütbe ve dış görünüşlerine göre kolayca anlaşılabilir. Ancak emrin hizmete ilişkin olup olmadığını tayin etmek hizmet kavramının kapsamı dikkate alındığında bazı hallerde güçlük arz edebilir. Bu konuda bir tereddüt hasıl olduğunda üstün hüküm ve takdiri üstün tutulur[78].

D. ASKERİ HİZMETLERDE SUÇ TEŞKİL EDEN EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

Askeri hizmet ve disiplin, astın kayıtsız şartsız itaat ve bağlılığı üzerine inşa edilmiştir[79].Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 10 uncu maddesine göre astın, aldığı bir emirden dolayı amirine emirle ilgili mütalâada bulunması veya düşüncesini ifade etmesi yasaktır. Alınan emir hiç bir kayıt ve şarta bağlanmaksızın ve hiç bir düşünceye kapılmaksızın yerine getirilir. Hatta emirle ilgili düşünce ifade etmek bir yana, bir emri alırken veya aldıktan sonra mırıldanmak, doğru bulmadığını sezdirecek hal ve harekette bulunmak cezayı gerektirir. Hükümden de anlaşılacağı gibi, askeri mevzuatımız asta, kural olarak hükmün muhtevasının hukuka uygunluğunu araştırma yetkisi vermemiştir[80]. Bununla birlikte mutlak itaat, astın her şeye itaat etmesi anlamına gelmemektedir. Mutlak itaatten kasıt, astın kanun ve nizamlardan doğan görevleri ile amirinden aldığı hukuka uygun emirleri, mütalaa beyan etmeden ve herhangi bir olumsuz düşünceye kapılmadan her şart ve koşulda yerine getirmesidir[81].

Bizatihi emrin hukuka uygunluğunu denetlemekle ilgili olmamakla beraber, bazı koşulların varlığı halinde astın üstün emrini değiştirme veya yerine getirmeme hakkı da bulunmaktadır. Her askeri emrin içinde *"clausula rebus sic stantibüs"* yani *"o andaki ahval ve şeraitin müsaadesizliği"* kaydı bulunmaktadır. Dolayısıyla emrin verildiği hal ve koşulların değişmesi halinde emri alana bir kısım inisiyatiflerin tanınması gerekmektedir[82]. Nitekim İç Hizmet Kanunu'na göre

78 **Taşkın**, Milli Müdafaa Hukuku, s. 106.
79 **Taşkın**, Milli Müdafaa Hukuku, s. 103.
80 **Erman**, Askeri Ceza Hukuku, s. 105.
81 **Değirmenci, Olgun** (2014) Askeri Ceza Ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 613.
82 **Taşkın**, s. 103.

eğer koşullar ve içinde bulunan durum emri yapılamayacak bir hale koymuşsa veyahut emir verilirken bilinmeyen sebepler daha sonra ortaya çıkmışsa veya emrin yapılması büyük bir tehlikeye ve ağır bir zararı da sebebiyet verecekse ve bahsi geçen durumlar karşısında amirden yeni bir emir alınmasına koşullar ve zaman da uygun değilse; ast sorumluluğu üzerine alarak emri yeni koşulların gerektirdiği ölçüde değiştirerek yerine getirebilir. Bu durumda emrin yapılamadığı veya değiştirilerek yapıldığı veya kısmen yapıldığı hususunda emri veren amir bilgilendirilir (İç Hizmet Kanunu m. 20).

Emir ve emrin yerine getirilmesi hususunda ayrıntılı ve açık düzenlemelere yer veren Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliğinde suç teşkil eden emirle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu husus, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kural olarak, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir suç teşkil ederse emri yerine getiren sorumlu tutulmaz. Sadece suç işlenmesi hususunda emri veren sorumlu olur (Askeri Ceza Kanunu m.41/2).

Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin halen yürürlükte olup olmadığı hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide Askeri Ceza Kanunu'nun Ek m.8 ve m.10 hükümleri ve TCK 5 inci maddesi hükmü dikkate alındığında, Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesi hükmünün zımnen ilga edildiği ve TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümlerinin geçerli olacağı yönünde görüşler olduğu gibi, TCK 24/4 maddesi hükmü dikkate alındığında Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesi hükmünün tamamlayıcı hüküm olarak varlığını sürdürdüğü ve ayrıca esasında 41 inci madde hükmünün Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3 üncü fıkrası bağlamında bir istisna hükmü olarak mer'i olduğunun kabulü gerekeceği yönünde de görüşler bulunmaktadır[83].

Kanaatimizce Anayasa'nın 137 nci maddesinde suç teşkil eden emrin ifasında yerine getirenin sorumlu tutulamayacağına yönelik askeri hizmetlere ilişkin istisna getirilebileceğine dair hüküm ile Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği durumlarda sadece emri verenin sorumlu tutulabileceğine ilişkin hüküm birlikte dikkate alındığında, Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin Anayasa'ya ve Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Esasında 41 inci madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suç teşkil eden emri yerine getirenin ancak bu emrin suç olduğu-

[83] Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Dursun**, s. 230-231; **Demirel**, s. 95-107.

nu bilmemesi bir başka deyişle hataya düşmesi halinde sorumlu olmayacağını öngörmektedir ki bu durum 24 üncü maddenin yanı sıra TCK'daki hata hallerine ilişkin hükümlerle de uyumluluk arz etmektedir.

Askeri hizmetler açısından emrin hukuka yabancı olması, ona bağlılık kuvvetini ortadan kaldırmaz[84]. Bununla birlikte bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle emrin hizmete ilişkin olması gerekir. O nedenle ast, amirinden veya kanun ve nizamlara göre emir vermeye yetkili olduğu hallerde üsten verilen emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştıracak ve eğer emir hizmete ilişkin değilse yerine getirmekten kaçınabilecektir. Emir, kanun ve nizamda düzenlenen askeri bir görevle ilgili ise veya önceden yazılı olarak belirlenmiş askeri bir görevle ilgili olmamakla beraber genel olarak askerliğin amaç ve menfaatlerine uygun bir emir niteliğinde ise bu talep hizmete ilişkin sayılır[85].

Görüldüğü gibi, askeri mevzuatımız açısından mutlak itaat prensibi sınırsız bir şekilde tanınmış değildir. Ast, emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırma hak ve yükümlüğünü haizdir. Bu araştırma, öncelikle emrin şekle uygunluğuna ilişkin olmalıdır. Çünkü hizmete ilişkin bir emrin şekil itibariyle kanuna uygun olması zorunludur. Dolayısıyla askeri mevzuata göre ast, emrin muhtevasının hukuka uygunluğunu araştırmaktan men edilmekle birlikte şekli olarak hukuka uygunluğunu araştırmaktan men edilmiş değildir. Eğer ast, emrin şekli olarak kanuna uygunluğunu araştırmaz ve emri yerine getirirse emri veren gibi sorumlu tutulacaktır[86]. Askerler, gerçek bir emrin yerine getirilmesi hususunda ne kadar sıkı bir bağ ile emre bağlı ise, hizmete ilişkin olmayan ve yetkili mercii tarafından verilmeyen emirlere de o kadar bağlı değillerdir. Herhangi bir yetkiye dayanmayan emirlerde emir verme yetkisinin gaspından, hizmete ilişkin olmayan emirlerde ise emir verme yetkisinin kötüye kullanılmasından söz edilir[87].

Askeri Ceza Kanunu'nun uygulanması açısından hizmet, *"gerek malüm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir"*. Burada yer alan "malum ve muayyen olan" ibaresi, kanunlarda ve nizamlarda yapılması yazılı olan hususları ifade eder[88]. Bu hizmet tarifi, TSK İç Hizmet Kanunu'ndaki hizmet kavramının tarifinden daha geniştir.

---

84 **Taşkın**, s. 105.
85 **Değirmenci**, s. 96.
86 **Erman**, Askeri Ceza Hukuku, s. 132; **Taşkın**, s. 105.
87 **Taşkın**, s. 105
88 **Taşkın**, s. 45.

Çünkü TSK İç Hizmet Kanunu'nda hizmet, *"Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir"* şeklinde tanımlanmıştır (TSK İç Hizmet Kanunu, m. 6).

Hükümden de anlaşılacağı gibi, hizmet iki kaynaktan doğabilir. Bu kaynaklarından ilki kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergeler gibi objektif düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin asker kişiler tarafından bilindiği farz edilir ve düzenlemenin mahiyetine göre yapılıp yapılmaması askeri vazife olarak değerlendirilir, ihlali ise sorumluluk gerektirir. Hizmetin diğer kaynağı ise amirin emridir. Amir, objektif düzenleyici işlemlerle düzenlenmemiş alanlarda emir verme yetkisini haizdir. Ancak bu nitelikte emrin hizmete ilişkin olması ve suç teşkil etmemesi gerekir[89].

Askeri hizmet, sadece eğitim, nöbet ve tatbikatlar gibi harp sanatının öğrenilmesi ve savunmasıyla sınırlı olarak değil, askerlerin beden ve ruh sağlığı ve bu bağlamda sosyal hayatını da içine alacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Bu kapsamda disipline ilişkin emirler ile istihbarata karşı koymaya yönelik olarak verilen emirler de askeri hizmet kapsamında kabul edilmektedir[90].

Emrin hizmete ilişkin olması durumunda suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu olmayacağına dair kuralın iki istisnası bulunmaktadır (Askeri Ceza Kanunu m.41/2)[91]. İki halde de, emir hizmete ilişkin olsa bile, emir suç teşkil ediyorsa emri yerine getiren sorumlu tutulur. Bunlardan birincisi madunun yani astın verilen emrin hudutlarını aşması, ikincisi ise amirin emrinin adli ve askeri bir suç kastını ihtiva eden bir fiile ilişkin olduğunun madun tarafından bilinmesi halidir. Bu iki istisna hükmü birbirinden bağımsız-

---

89 **Demirağ**, s. 102.

90 **Demirağ**, s. 102.

91 Benzer bir hüküm 30.05.2005 tarihli Alman Askerlerin Hukuki Durumu Hakkında Kanun'unda yer almaktadır. Kanunu'nun İtaat başlıklı 11 nci paragrafında askerlerin amirine itaat etmesinin zorunlu olduğu, onun emirlerini özenli, eksiksiz ve derhal ifa etmesi gerektiği ifade edildikten sonra insan onurunu ihlal eden ve hizmete ilişkin olmayan emirlerin ifasının zorunlu olmadığı, böyle bir emrin verilmesi halinde askerin emrin ifasından kaçınması mümkün değilse ve hukuki yollardan karşı koyması beklenemez ise sorumluluktan kurtulacağı ifade edilmiştir. Aynı şekilde emrin ifası halinde bir suçun işlenmesi söz konusu ise emre itaat edilmeyeceği, buna rağmen emre itaat edilmesi halinde askerin suçun işleneceğini bilmesi ve kendince bilinen koşullara göre bu durumun bariz olması halinde kusurlu sayılacağı düzenlenmiştir.
İtalyan Askeri Disiplin Hakkında Prensip Normları Kanunu'nun 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrasına göre açıkça devlet kurumlarına yönelik olan ve ifası her hâlükârda açıkça suç teşkil eden bir emir verilen askerin bu emri ifa etmemekle yükümlü olduğu gibi derhal amirlerini de bilgilendirmekle yükümlüdür.
Dursun, Selman; *Türk ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman Ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi,* C.XVIII, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 2, 207-208, s. 223.

dır. Birinin gerçekleşmesi halinde emri yerine getiren sorumlu tutulur ve müşterek fail olarak cezalandırılır. Askeri Ceza Kanun'unun 92 nci maddesinde tahrik nedeniyle madununun cezasında indirim öngören düzenleme, bu hallerde uygulanmaz[92].

1. Astın verilen emrin hudutlarını aşmış olması

Burada öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus, astın hudutlarını aşarak yerine getirdiği emrin suç teşkil eden emir olup olmadığıdır. Hükümde geçen emir suç teşkil eden emirdir. Zira emrin hududunun aşılarak suç işlenmesi halinde astın müşterek fail olarak cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için suçun kanuni tanımında yer alan fiilin birlikte işlenmiş olması gerekir (TCK m.37/1). Amirin verdiği emrin hukuka uygun bir emir olması halinde astın emrin hudutlarını aşarak suç işlemesi durumunda amirin sorumluluğu düşünülemeyeceği için müşterek faillik de söz konusu olamaz.

Bu hüküm, sınırının aşılmasının düzenlediği TCK 27 nci maddesindeki düzenlemeden de farklıdır. Çünkü TCK 27 nci maddenin uygulanabilmesi için öncelikle emrin hukuka uygun olması dolayısıyla suç teşkil etmemesi gerekir. 27 nci maddenin uygulanması açısından işlenen fiil yönüyle hukuka uygunluk nedenlerinin "orantılılık" dışındaki bütün koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir[93]. Buna mukabil Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesi açısından emrin bizatihi kendisi suç teşkil etmekte, ayrıca fail suç teşkil eden emrin sınırlarını da aşarak ayrıca suç işlemektedir.

477 sayılı Disiplin Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunu'nun 48 inci maddesine göre *"Kast veya ihmal ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası verilir"*. Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının a bendindeki emir, 477 sayılı Kanun'un 48 nci maddesindeki emir değildir. Emir, yukarıda ifade edildiği gibi astın suç teşkil ettiğini bildiği emirdir. Buna karşılık 477 sayılı Kanun'un 48 inci maddesinde düzenlenen ve hududun aşılması halinde astın cezalandırılacağı öngörülen emir, suç teşkil etmeyen veya astın suç teşkil ettiğini bilmediği emirdir. 477 sayılı Kanun'un 48 inci maddesi kapsamındaki emrin hudutlarının aşılması halinde ast, suç teşkil

[92] Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 5 inci paragrafının 2 nci fıkrasına göre astın kusuru, emrin ifası sırasında bulunduğu özel durum dikkate alındığında az ise cezası indirilebileceği gibi cünhalarda kaldırılabilir. **Dursun**, s. 208.

[93] **Demirel**, s. 188.

eden bir fiil işlememiş ise sadece itaatsizlik suçundan cezalandırılır. Ancak ast konusu suç teşkil eden bir emir aldıktan sonra bunun sınırını aşmak suretiyle suç işlemiş ise, hem işlediği suçtan hem de sınırı aşması hasebiyle itaatsizlik suçundan cezalandırılır[94].

2. Emrin askeri ve adli bir suçun işlenmesi maksadına yönelik olduğunun madun tarafından bilinmesi [95]

Askeri hizmete ilişkin olup da suç teşkil eden bir emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulabilmesi için emri yerine getirenin emrin suç teşkil ettiğini bilmemesi gerekir. Madun, verilen emrin bir suça ilişkin olduğunu bilmesi durumunda suç teşkil eden emri yerine getirmekten dolayı sorumlu tutulur (ACK 41/2-B). Suçun askeri veya adli bir suça ilişkin olması, sonuca etkili değildir. Her iki durumda da madun sorumlu tutulur. Madunun sorumlu tutulabilmesi için emrin kapsamının bir suçun işlenmesi amacına matuf olduğunu bilmesi yeterlidir. Kanun koyucu burada sübjektif bir unsur benimsemiştir. Emrin bizatihi kendisinin suç teşkil etmesi önemli değildir. Önemli olan verilen emrin suç işlemek maksadıyla verildiğinin ast tarafından bilinmesidir[96]. Hükümde geçen "kendisince malum olması" ifadesi, bir duruma işaret etmektedir. Bu durum, astın emrin amacını ve söz konusu amacın bir suç işlemeye yönelik olduğunu biliyor olmasıdır. Burada bilmek doğrudan bilmeyi ifade eder. Mevcut düzenleme ışığında maksadın muhtemel görülmesi, öngörülebilir ve tahmin edilebilir olması bilmek olarak nitelendirilemez[97]. Astın, bu maksattan haberdar olması, kendi gayretlerinin sonucu olabileceği gibi, üçüncü kişilerin veya harici diğer nedenlerin sonucu da olabilir.

Suç teşkil eden emri verenin sorumluluğu hususunda Askeri Ceza Kanunu'nda özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bir amirin, maduna suç teşkil bir eden emir vermesi başlı başına suç olarak düzenlenmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 109 uncu maddesine göre maduna suç yapmak için emir veren amir veya üst, iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Suçun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesi halinde emri veren amir veya üstün cezası o suça tekabül eden cezanın iki katına kadar arttırılabilir. Görüldüğü gibi askeri

---

94 **Günal, H. Yılmaz** (1967) "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", AÜSBFD, C. 22 S. 4, s. 197.

95 Bu hükmün 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra mülga olduğu yönünde öğretide görüşler bulunmaktadır. Bu konuda bkz. **Değirmenci**, s. 90; **Kangal**, s. 145.

96 **Demirel**, s. 159.

97 **Erman**, Askeri Ceza Hukuku, s. 183.

personel açısından suç teşkil eden emrin verilmesi, azmettirmenin sorumluluğundan daha ağır bir şekilde yaptırım altına alınmıştır[98].

E. EMRİN SUÇ TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ HUSUSUNDA HATA

1. Genel Olarak

Konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata halleri söz konusu olabilir. Hata, kelime anlamı itibariyle kişinin düşüncesi ile gerçeğin birbirine uymaması halidir[99]. Hata, gerçeğin yanlış biçimde tasavvuru veya bilinmesi sebebiyle iradenin oluşum sürecine etki eden bir husus olup, söz konusu etki nedeniyle irade bozulmuş olarak doğar[100]. Failin tasavvurunun konusu, dış dünyaya ait bir şeye ilişkin olabileceği gibi kurallar alanına ilişkinde de olabilir. Dış dünyaya ait bir şeyin olduğundan farklı bir biçimde algılanması halinde unsur yanılgısından (tipiklik hatası, emrin koşullarına ilişkin hata), kurallar alanına ait gerçekliğin farklı biçimde değerlendirilmesi halinde ise yasak hatasından veya haksızlık hatasında bahsedilir. Kısaca unsur hatası bir algılama hatası olduğu halde; yasak hatası bir değerlendirme hatasıdır[101].

Haksızlık hatasında emri yerine getiren işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği bilincinde değildir. Buna mukabil emrin koşullarında hatada ise emrin yerine getirilmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için gerekli olan tüm koşulların gerçekleştiği düşünülmektedir[102]. İlk halde TCK'nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası söz konusudur. İkinci halde ise emrin yerine getirilmesinde ceza sorumluluğunu kaldıran sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiği düşünülmektedir. Bu durum ise, TCK'nın 30/3 maddesinde yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerinin maddi şartlarında hata çerçevesinde değerlendirilecektir[103].

2. Ceza Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerin Maddi Şartlarında Hata

Ast veya memur, aldığı emrin hukuka uygunluğunu denetledikten sonra emrin meşru olduğu ve suç teşkil etmediği sonucuna vararak emri yerine getirmiş olabilir. Burada emrin meşruluğunu sağlayan koşullardan birinde hataya düşülmesi söz konusudur. Bu durum, ceza sorumluluğu kaldıran ne-

---

98 **Değirmenci**, s. 92.
99 **Önder**, Ceza Hukuku Dersler, s. 325.
100 **Toroslu**, Ceza Hukuku, s. 217.
101 **Soyaslan**, s. 458, **Toroslu**, s. 217, 12. **Güngör, Devrim** (2007) Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 23, 24.
102 **Demirel**, s. 179.
103 Bu durumun TCK 301/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 253.

denlerin maddi koşullarında hata olarak nitelendirilmektedir[104]. Ceza sorumluluğunu kaldıran hallerinin maddi şartlarında hatanın, kast kapsamında mı, yoksa kusur kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır[105]. Kusur kapsamında sayılması halinde hata hali, TCK'nın 30 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, kastı ortadan kaldıran bir neden sayılması halinde ise TCK'nın 30 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına değerlendirilecektir. TCK'nın 30/3. maddesinde; "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere dair koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır." denilerek, hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller birlikte düzenlenmiştir. TCK'nın 30/3 maddesinin 3 üncü fıkrası, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin hatanın kaçınılmaz olmasına münhasırdır. Hatanın kaçınılabilir olmasına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Bu hususstaki hukuki boşluğun, TCK'nın 30 uncu maddesinin 1 inci fıkrasındaki düzenlemenin kıyasen uygulanması ile doldurulması mümkündür[106].

Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin maddi şartlarında hata halinde fail, fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincindedir. Fakat somut olayda ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin şartlarının gerçekleştiğini düşünmektedir[107]. Buradaki hata kastın bilme unsuru kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu hususstaki yanlış bilgi, yani maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki kanaat kastı ortadan kaldırır. Ancak failin düştüğü hata konusunda taksiri varsa ve suçun taksirli de hali kanunda düzenlenmiş ise fail bu suçtan sorumlu tutulur[108]. Örneğin üniformasız amirin verdiği emri onu tanımaması nedeniyle yerine getirmeyen ast ile "askeri karakolu, nöbetçiyi ve devriyeyi dinlemeyen" asker kişiyi onların bu sıfatını bilmediği durumda hatası nedeniyle emre itaatsizliğe ısrar suçundan sorumlu tutmak mümkün değildir[109].

Kanuna açıkça aykırı olan ve suç teşkil ettiği hususunda objektif olarak şüphe bulunmayan hallerde hatadan söz etmek mümkün değildir. Örneğin bir darbe girişimi sırasında emniyet müdürlüğünün bombalanmasına ilişkin verilen bir em-

104 **Demirel**, s. 182.
105 Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Demirel**, s. 182-186.
106 **Göktürk, Neslihan** (2014) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, S. 26, s. 21.
107 **Koca/Üzülmez**, s. 290.
108 **Koca/Üzülmez**, s. 290.
109 **Kangal**, s. 117.

rin hukuka aykırılığında objektif olarak bir şüphe bulunmadığından bu konudaki hata iddiası hukuken dinlenmez. Ancak hukuka aykırı olup olmadığı objektif olarak derhal anlaşılmayan, az çok incelemeye ihtiyaç gösterilen durumlarda meseleyi sübjektif noktadan yani amir ile memur arasındaki ilişkiler bakımından da irdelemek gerekir. Amir ile memur arasındaki ilişki bakımından konu irdelendiğinde, emri alanın kişiliği, ruh hali, hiyerarşik olarak itaat yükümlülüğü, amirin öteden beri verdiği emirlerin kanuna uygun olacağı hususundaki zan ve telakkisi nedeniyle ve emrin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle emir yerine getirilmiş olabilir. Böyle durumlarda hatanın varlığı tartışılabilir [110]. Özellikle askeri hizmetlerdeki itaat yükümlülüğünün kapsamı ve hizmetin niteliği de dikkate alındığında hata hallerinin görece olarak fazla olabileceğini söylemek mümkündür.

Doğal olarak memurun veya astın emrin hukuka uygunluğunu araştırması ve değerlendirmesi, yargı organlarının yapacağı araştırma ve değerlendirme ile aynı şekil ve mahiyette değildir. Böyle bir beklenti gerçekçi olmaktan uzaktır. Fakat verilen emrin bir suça ilişkin olduğu hususunda hiçbir tereddüt yoksa verilen emir açık bir şekilde suç teşkil ediyorsa emri alanın yanılmış olmasına hukuken değer atfedilemez. Örneğin bir subay, kışlanın önünde gezinen vatandaşlara ateş açılması emrini verse, emri yerine getiren aldandığını ve hataya düştüğünü iddia edemez[111].

Yargıtay'a göre failin hataya düşüp düşmediği konusunda bilgi düzeyi, tecrübesi, rütbesi ve konumu ile olayın özellikleri dikkate alınacaktır. Yargıtay belirtilen ölçütleri uyguladığı bir davada " *…"Sıkıyönetim Direktifi konulu emir ve eklerindeki "Atama Listesinin" 364. sırasında TRT İstanbul Müdürü olarak ismi yer alan Hava Harp Okulu Öğrenci Alay Komutanı Kurmay Albay Hüseyin Ergezen'in doğrudan emir ve talimatı gereğince Yalova Meydan Komutanlığında tatbiki eğitim kampında bulunan Harbiyelileri çok ivedi olarak içtima alanında toplayıp önceden hazırlanan listede isimleri bulunanlarla birlikte tam teçhizatlı olarak ve kasalarca mühimmatı da yanlarına alarak kendilerine verilen konusu suç oluşturan emir ve direktifler doğrultusunda darbe kalkışmasına destek vermek amacıyla 15 Temmuz 2016 günü saat 23.45-00.07 sıralarında kamptan ayrıldıkları, 16.07.2016 tarihinde saat 03.00 sıralarında Fatih Sultan Mehmet Köprüsü Kavacık mevkiine ulaştığında trafiğin durma noktasına geldiği, araçların çevresine sivil vatandaşların toplanarak tepki gösterdikleri, yola devam etme imkanı kalmayan sanıkların bu tepkilere duyar-*

[110] **Taner**, s. 401; **Demirel**, s. 179.
[111] **Dönmezer/Erman**, C. 2, s. 102.

sız kalarak sabaha kadar araçlar içerisinde bekledikleri, aynı gün saat 08.00 sıralarında polis ekiplerince gözaltına alındıkları anlaşılan sanıkların … sübuta eren eylemlerinin Anayasanın 122. Maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan, mahiyeti itibariyle de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan "Sıkıyönetim Direktifi" konusu yasa dışı emrin gereğini icra yönünden bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi somut olgular nazara alındığında hizmete müteallik olmayıp suç oluşturduğu açıkça anlaşılan Anayasanın 137/2, TCK'nın 24/3 ve 211 sayılı Kanunun 41/2-3 maddelerindeki "konusu suç teşkil eden emir hiçbir şekilde yerine getirilemez, yerine getiren kimse de sorumluluktan kurtulamaz" şeklindeki düzenleme değerlendirildiğinde; emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından yasaklanmadığı, hukuka uygunluk veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılmadığı anlaşılan olayda, sanıkların TCK'nın 30/1-4 maddesi bağlamında bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı" sonucuna varmıştır[112].

3. Haksızlık Hatası

Haksızlık hatasında fail, işlediği fiilin toplumsal düzeni korumayı amaçlayan sosyal veya hukuksal kurallara aykırı düştüğü bilincinde değildir[113]. Haksızlık yanılgısı, doğrudan haksızlık yanılgısı (hukuki hata) ve dolaylı haksızlık yanılgısı olarak ikiye ayrılır[114]. Failin, fiilinin suç teşkil edip etmediğini bilmemesinin, haksızlık hatası açısından bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü TCK 30/4 maddesi hükmü, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının bir istisnası olarak görülmemektedir[115]. Bununla birlikte fiilin haksızlığı konusunda değer yargısını etkileyen kaçınılmaz hukuki hata bu kapsamda değerlendirilebilir[116]. Dolaylı haksızlık yanılgısı, failin üstün değerlere hizmet ettiği düşüncesiyle normun koruduğu değerlere zarar vermeme arzusunun olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Fail, eyleminin suç teşkil ettiğini bilse bile olayın oluş özellikleri itibariyle eylemini bir haksızlık olarak algılamaz[117]. Başka bir anlatımla fail, hukuk düzeninde mevcut bulunmayan bir hukuka uygunluk nedeni var saymaktadır ve hukuki sınırda ya-

[112] Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 21.01.2019 tarihli E. 2018/2519, K. 2019/323 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır)
[113] **Sözüer, Adem** (1995) "Hukuki Hata", Yargıtay Dergisi, C.21 S.4. s. 382; **Koca/Üzülmez**, s. 354.
[114] **Zafer**, s. 382; **Koca/Üzülmez**, s. 355.
[115] **Zafer**, s. 382; **Demirel**, s. 179.
[116] **Zafer**, s. 382.
[117] **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 901

nılgıya düşmektedir[118]. Her iki durumda da failin işlediği fiilin hukuka aykırı olmadığı zannıyla hareket etmesi ve hatasının kaçınılmaz nitelikte olması durumunda fail hatasından yararlanır[119]. Failinin fiilini, ahlaki, dini ve siyasi görüşleri itibariyle haklı sayması ve hatta eylemi işlemek hususunda kendini vicdani olarak yükümlü hissetmesi haksızlık yanılgısında dikkate alınmaz. Burada önemli olan failin toplumsal ve normatif olarak cezalandırılmasını anlamsız kılan bir nedenin varlığıdır[120]. Failin suç işlerken içinde bulunduğu şartlar, bilgi düzeyi, eğitimi, sosyal ve kültürel koşullar, hatanın kaçınılmaz olup olmadığı hususunda dikkate alınır[121]. Fail her türlü dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen hataya düşmekten kurtulamamış ise hatanın kaçınılmaz olduğunun kabulü gerekir[122]. Failin haksızlık içeriği konusunda hataya düşmesi resmi makamların kararına veya açıklamalarına dayanıyorsa kaçınılmaz bir hatanın varlığından söz edilebilir[123].

Yargıtay 16.Ceza Dairesi konuyu değerlendirdiği bir kararında [124] verilen emrin objektif olarak suç teşkil edip etmediği hususunda olayın özellikleri, sanığın bilgi düzeyi, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular üzerinde durmuştur. Bu ölçütlere göre yapılacak değerlendirme sonucunda failin emrin objektif olarak suç teşkil ettiğini anlayabileceği durumlarda kaçınılmaz bir hatanın varlığından söz edilemez. Söz konusu kararda Yargıtay *"Sıkıyönetim Direktifi" konulu emir ve eklerini aldıktan sonra bağlı bulunan Jandarma Komando Alay Komutanlığına dijital ortamda, Erzurum'da bulunan Dumlu Jandarma Özel Haraket Tabur Komutanlığına ise faks ile gönderilmesi talimatı veren ve gönderten, bölge komutanlığı dışında bulunan özel harekat taburu ve askeri personelden izinli olanlar dahil tüm tabur personelini çok ivedi kaydıyla aramak suretiyle birliğe çağırtarak getiren, Bölge Komutanlığı nezdinde bulunan tüm personeli hücum yeleği ve teçhizatlı olarak harekete geçmeye hazır halde bulunduran, Erzurum Garnizon komutanının söz konusu sıkıyönetim direktifi konulu emirden haberdar olması üzerine saat 23:00'dan sonra bağlı birlik komutanlarını arayarak söz konusu emre uyulmaması, emir ve komutanın halen kendisinde olduğu ve herhangi bir yasadışı harekete kalkışılmaması gerektiği yönünde emir veren ve Tümgeneralin de sanığı ikna etmeye*

118 **Göktürk**, s. 22.
119 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 901.
120 **Zafer**, s. 384.
121 **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 901; **Zafer**, s. 382; **Demirel**, s. 181.
122 **Zafer**, s. 380.
123 **Zafer**, s. 384.
124 Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 14.07.2017 tarih ve E.2017/1443, K.2017/4758 sayılı kararı, <www.kazanci.com> s.e.t. 02.09.2019.

çalışmasına rağmen emre uymayı reddedip; "Siz Jandarma Genel Komutanlığı emrine atandınız." diyerek pasif göreve çekildiğini, bu sebeple kendisine emir veremeyeceğini söyleyen sanık Jandarma Bölge Komutanlığı'nda Kurmay Başkanı olarak görev yapan Kurmay Albay sanığın, izin tarihlerini ve asıl yetkili komutan bulunmadığı sırada suç tarihinden bir gün önce düzenlenen nöbet değişikliği formu ile nöbetini ısrarları sonucu değiştiren, sıkıyönetim direktifi konulu yazıyı haber merkezi personeli tanık uzman çavuştan teslim aldıktan sonra diğer sanığı arayarak O'nun emri doğrultusunda araç gönderip evinden aldırıp, kışla dışında olan personelle de iletişime geçerek kışlaya çağırılmalarını temin eden, darbenin aktif olarak yaşandığı saatlerde silahlı ve tam teçhizatlı şekilde sanığın odasında olan, sanığın bertaraf edilmesi girişimine ilk karşı koyacak biçimde emir ve talimatlarına uyarak hareket eden, teknik özellikleri, indirilmesi, dahil olunması ve kullanılması itibariyle münhasıran FETÖ/PDY örgüt mensuplarınca kullanıldığı tespit edilen BYLOCK iletişim sistemini yoğun olarak kullandığı anlaşılan Jandarma Bölge Komutanlığı'nda Kurmay Binbaşı olarak görev yapan sanığın, Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, mahiyeti itibariyle de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan "Sıkıyönetim Direktifi" konulu emrin gereğini icra yönünden, bilgi düzeyi olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında TCK'nın 30/4 maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı" sonucuna varmıştır.

SONUÇ

Suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluğu hususunda esas itibariyle iki görüşün varlığından söz edilebilir. Bir görüşe göre emri yerine getiren, amirin emrini yerine getirmek zorunda olduğundan hiçbir şekilde sorumlu tutulamaz. İkinci görüşe göre ise, memurun amire itaat yükümlülüğü hukuk kurallarıyla sınırlandığından her türlü emre riayet, emri yerine getireni sorumluluktan kurtarmaz. Her iki görüşün de bir kısım sakıncaları bulunduğundan kanun koyucu tarafından karma bir çözümün tercih edildiğini söylemek mümkündür.

Kural olarak suç teşkil eden bir emir söz konusu olduğunda, emri veren ile emri yerine getirenin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Emri yerine getirenin sorumluluğu hususunda iki istisna düşünülebilir. Bunlardan birincisi, fiil objektif olarak suç etmekle birlikte emri yerine getiren meşru bir fiil icra ettiğini düşüne-

rek hareket etmesidir. Bu durumda fiili hata nedeniyle failin kastından ve geniş anlamı ile kusurluluğundan söz edilemeyeceğinden sorumlu tutulamaz. İkinci istisna, emri yerine getirenlerin amirlerine karşı daha sıkı bir itaatle yükümlü olmaları nedeniyle emrin içeriğini kontrol edememesi halidir. Bu halde suç teşkil etse bile, emrin yerine getirilmesi hususunda yasal bir yükümlülük bulunduğundan, emri yerine getirene sorumluluk yüklenmez.

Mevcut hukuki düzenlemeler açısından bakıldığında suç teşkil eden emri yerine getirenin, sorumlu olacağının genel bir ilke olarak kabul edildiği görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 137 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kanunla istisna getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nda ise emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir. (TCK m.24/3). Yine Devlet Memurlar Kanunu'nun 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına göre, acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması amacıyla kurala kanunla istisna getirilebilecektir. Her üç maddenin yazım tekniğine bakıldığında, açık bir istisna hükmünden söz etmek mümkün değildir. Burada da istisnanın var olup olmadığının tespiti için diğer kanun hükümlerine bakıp, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenip engellenmediğine veya kurala açıkça istisna getirilip getirilmediğine bakmak gerekecektir. Ancak kanunlarda bu nitelikte bir istisna hükmüne yer verilmemiştir.

Askeri hizmetler açısından suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi konusunda bir kısım nüansların varlığından söz edilebilir. Çünkü askeri hizmetlerde hiyerarşik bağlılık ve astın üstte itaat yükümlülüğü daha katı bir şekilde düzenlenmiştir. Kural olarak, hizmete ilişkin hususlarda verilen emir suç teşkil ederse emri yerine getiren sorumlu tutulmaz. Sadece suç işlenmesi hususunda emri veren sorumlu olur. Bununla birlikte bu hükmün uygulanabilmesi için öncelikle emrin hizmete ilişkin olması gerekir. O nedenle ast, amirinden veya kanun ve nizamlara göre emir vermeye yetkili olduğu hallerde üstünden aldığı emrin hizmete ilişkin olup olmadığını araştırmalı ve eğer emir hizmete ilişkin değilse yerine getirmekten kaçınmalıdır. Aksi takdirde sorumlu olur.

Emrin hizmete ilişkin olması durumunda suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumlu olmayacağına dair kuralın iki istisna bulunmaktadır (Askeri Ceza Kanunu m.41/2). İki halde de, emir hizmete ilişkin olsa bile, emir suç teşkil edi-

yorsa emri yerine getiren de sorumlu tutulur. Bunlardan birinci madunun yani astın verilen emrin hudutlarını aşması, ikinci ise amirin emrinin adli ve askeri bir suç kastını ihtiva eden bir fiile ilişkin olduğunun madun tarafından bilinmesi halidir. Bu hallerde emri yerine getiren sorumlu tutulur ve emri verenle birlikte müşterek fail olarak cezalandırılır.

İlk bakışta Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin, Türk Ceza Kanunun genel hükümlerine aykırılığı nedeniyle halen yürürlükte olmadığı ileri sürülebilir. Ancak hükmün içeriği tetkik edildiğinde TCK'nın genel hükümlerine herhangi bir aykırılığın olmadığı görülecektir. Kanaatimizce Anayasa'nın 137 nci maddesinde suç teşkil eden emrin ifasında askeri hizmetlere ilişkin istisna getirilebileceğine dair hüküm ile Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği durumlarda sadece emri verenin sorumlu tutulabileceğine ilişkin hüküm dikkate alındığında Askeri Ceza Kanunu'nun 41 inci maddesinin, Türk Ceza Kanunu'nun 24 üncü maddesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Esasında 41 inci madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, suç teşkil eden emri yerine getirenin ancak bu emrin suç olduğunu bilmemesi bir başka deyişle hataya düşmesi halinde sorumlu tutulamayacağını öngörmektedir ki bu durum TCK'daki hata hallerine ilişkin hükümlerle de uyumluluk arz etmektedir.

Suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi hususunda emri yerine getiren hataya düşmüş olabilir. Öncelikle şu hususu ifade etmek gerekir ki kanunda açıkça aykırı olan ve suç teşkil ettiği hususunda objektif olarak şüphe bulunmayan hallerde hatadan söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte hukuka aykırı olup olmadığı objektif olarak derhal anlaşılmayan az çok incelemeye ihtiyaç gösterilen durumlarda meseleyi sübjektif noktadan yani amir ile memur arasındaki ilişkiler bakımından da irdelemek gerekir. Amir ile memur arasındaki ilişki bakımından konu irdelendiğinde emri alanın kişiliği, ruh hali, hiyerarşik olarak itaat yükümlülüğü, amirin öteden beri verdiği emirlerin kanuna uygun olacağı hususundaki zan ve telakkisi nedeniyle memur, emrin hukuka aykırılığı hususunda hiçbir şüphe duymamış ve emrin hukuka uygun olduğu düşüncesiyle yerine getirmiş olabilir. Böyle durumlarda hatanın varlığından söz edilebilir. Özellikle askeri hizmetlerdeki itaat yükümlülüğünün kapsamı ve hizmetin niteliği de dikkate alındığında hata hallerinin diğer kamu hizmetlerine oranla görece olarak fazla olabileceğini söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

Değirmenci, Olgun (2014) Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Demirağ, Fahrettin (2016) Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Demirbaş, Timur (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İzmir, Seçkin Yayınevi.

Demirel, Muhammed (2014) Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir (1969) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Umumi Kısım, 4. Baskı, 2. Cilt, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası.

Erem, Faruk (1962) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Ajans Türk Matbaası.

Erem, Faruk (1966) Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erman, Sahir (1983) Askeri Ceza Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Giritli, İsmet (1970) İdare Hukuku, Amme İdaresi Teşkilatı Amme İdaresi Personeli, 4. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Göktürk, Neslihan (2014) Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, S. 26, s. 7-30.

Günal, H.Yılmaz (1965) "Amirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", AÜSBFD, C. 20, S. 2.

Günal, H.Yılmaz (1967) Yetkili Merciinin Emrini İfa, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını.

Günal, H.Yılmaz (1967) "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", AÜSBFD, C. 22 S. 4.

Güngör, Devrim (2007) Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Hafızoğulları, Zeki (2008) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, US-A Yayıncılık.

Hakeri, Hakan, (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

İçel, Kayıhan (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul, Beta Yayınları.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Majno (1977) Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, 1. Baskı, C.1, Ankara, Yargıtay Yayınları.

Özen, Mustafa (2017) Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Özgenç, İzzet (1996) Askeri Hiyerarşide Emirlerin Bağlayıcılığı ve Bunun Hukuki Sonuçları, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı 1996 Yılı Seminerleri, 1. Baskı, Konya, Personel Okulu ve Eğitim Merkez Komutanlığı Yayını, s. 105 vd.

Onar, Sıddık Sami (1952) İdare Hukuku'nun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul, Maarif Matbaası.

Polatcan, İsmet (1997) Açıklamalı- İçtihatlı Askeri Ceza Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, Melisa Matbaacılık.

Soyaslan, Doğan (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Sözüer, Adem/Erman, R. Barış (2001) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, İstanbul, Adalet Yüksek Okulu 20.Yıl Armağanı.

Sözüer, Adem (1995) "Hukuki Hata", Yargıtay Dergisi, C.21 S.4.

Şen, Ersan (2009) Uluslararası Ceza Mahkemesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.

Taner, Tahir (1953) Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Taşkın, Rıfat (1943) Milli Müdafaa Hukuku ve Devletler Harp Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Hukuk İlmini Yayma Kurumu.

Türk Hukuk Kurumu (1944) Türk Hukuk Lügatı, 1. Baskı, Ankara, Maarif Matbaası.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara, Adalet Yayınevi.

Yüceer, Bila (1986) Askerlikte Emir Müessesesi, 1. Baskı, Ankara, Nüve Matbaası.

Zafer, Hamide (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Zanobini, Guido (1945) İdare Hukuku (Umumi İtibariyle İdari Nizam), 1. Baskı, 1. Cilt, İstanbul, M. Sadık Kağıtçı Matbaası.

Zeynep, T. Kangal (2012) Askeri Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.