

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN ALMAN VE İTALYAN CEZA HUKUKU'YLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

Selman DURSUN*

ÖZET

Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi

Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifasının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Hukuka uygun emirlerin ifasının hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, hukuka aykırı emirlerin ifasının niteliği, özellikle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir kavramı tartışmalıdır. Bu çalışmada tartışmalara ışık tutmak amacıyla öncelikle hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramının kapsamlı bir şekilde değerlendirildiği Alman Ceza Hukuku'ndaki durum incelenmiştir. Sonrasında kanuni düzenlemelerin benzerliği sebebiyle kısaca İtalyan Ceza Hukuku'na değinilmiştir. Yapılan karşılaştırma sonucunda Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifasının hukuki niteliğine dair tespitlerde bulunulmuş, hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifasının mazeret nedeni niteliği taşıdığı savunulmuş, ancak bu konudaki düzenlemelerin emrin hukuka aykırılığının bilinmesi veya bariz olması açısından sorunlu olduğuna işaret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yetkili merciin emrini ifa, amirin emrini ifa, emrin ifası, hukuka uygunluk nedeni, mazeret nedeni, kusuru etkileyen neden

A COMPARATIVE STUDY WITH GERMAN AND ITALIAN PENAL LAW ON THE LEGAL NATURE OF EXECUTION OF ORDER IN TURKISH PENAL LAW

ABSTRACT

In Turkish Penal Law, different views are put forward on the legal nature of execution of order. Although the execution of lawful orders is generally accepted as a ground for justification, the legal nature of unlawful orders, especially the concept of unlawful but binding orders is controversial. In this study, firstly in order to shed light on the discussions, the situation in the German Penal Law, where the concept of unlawful binding orders is in detail analyzed, was examined. Following this, because of the similarity of the legal regulations, the Italian Penal Law was briefly mentioned.

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

As a result of the comparison some points about legal nature of the execution of order in Turkish Penal Law were made. It was defended that carrying out the unlawful but binding order has the nature of a ground for excuse. However it was also pointed out that the current legal regulations on this topic are problematical in terms of fulfilling knowingly the unlawful orders or obeying the manifestly illegal orders.

Keywords: *Execution of orders of a competent authority, carrying out of superior's order, execution of order, grounds of justification and excuse or of affecting of culpability.*

GİRİŞ

Toplumsal yaşamda çeşitli gerekçelerle kişiler arasında değişik düzeylerde hiyerarşik ilişkiler tesis edilmiş olabilir. Özellikle kurumsal yapılarda, aileden devlete kadar uzanan organizasyon yelpazesinde, düzenin sağlanması açısından bu tür bir ilişki biçiminin varlığı çoğu zaman zorunlu bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda sözü edilen durumun hukuk kuralları tarafından tanzim edilmesi de kaçınılmaz olup, en önemlisi devlet organizasyonuna dair olmak üzere konuyla ilgili birçok düzenleme bulunmaktadır. Kamu hukukunda ve bunun içerisinde bilhassa sivil veya askeri idari hiyerarşiye, kamu personel rejimine yönelik kuralların yanı sıra, özel hukukta da adam çalıştırmanın sorumluluğu, işveren - işçi ilişkisi, tüzel kişiler ve şirketlerdeki yönetim yapısı gibi benzer nitelikte münasebetleri öngören hükümler mevcuttur. İlgili yapının niteliğine ve genel olarak hukuk düzeninin özelliğine göre de hiyerarşiye dair kuralların katılığı farklılık arz edecektir.

Söz konusu yapısal ilişkinin gereklerinden biri olarak, belirli kişilere emir verme yetkisi tanınmış, diğer kişilere de bu emirler doğrultusunda davranma yükümlülüğü yüklenmiş olabilir. Burada sorun, emrin ifası kapsamında hukuki sorumluluk doğurabilecek bir fiil işlendiğinde, sorumluluğun kime ait olacağı ve özellikle emre uygun hareket etme yükümü altındaki kişinin durumudur. Bu noktada özel hukuk ve idare hukuku sorumluluğunda emri vereni öne çıkaran, meseleyi bütüncül de ele alabilen sorumluluk kuralları geçerli iken, emir üzerine işlenen fiilin bir suç tipine ilişkin olması bağlamında ceza hukuku sorumluluğu, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi başta olmak üzere bu alana özgü ilke ve kurallar gereği farklılık taşımaktadır. Bu nedenle emrin ifası dolayısıyla işlenen suçlardaki sorumluluk, gerek milli gerekse milletlerarası ceza hukuku açısından son derece problemli bir konudur.

Türk Ceza Hukukunda emrin ifası, ceza sorumluluğunu etkileyen bir kurum olarak hem mülga hem de yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda

düzenlenmiş olup¹, diğer kanunlarda da tamamlayıcı hükümler bulunmaktadır. Emrin ifasının hukuki niteliği, emrin niteliğiyle de bağlantılı olarak genellikle suçun hukuka aykırılık unsuru içerisinde bir hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluk alanında bir mazeret nedeni² olarak değerlendirilebilmekte, bazı hallerde ceza sorumluluğu bakımından oldukça farklı sonuçlara

¹ Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifası, gerek mülga gerekse yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun ilgili madde (mülga 765 sayılı Kanun m.49 ve 5237 sayılı Kanun m.24) metinlerindeki ifadeden hareketle genellikle "yetkili merciin emrini" ifa olarak anıldığı gibi, yürürlükteki 24. maddenin başlığına atıfla "amirin emrini" yerine getirme şeklinde de adlandırılabilir. İncelememizde, hem kısa olması hem de merciin daha çok tüzel kişileri, amirin ise gerçek kişileri çağrıştırması itibariyle genel bir adlandırma olarak emrin ifası deyimini tercih edilmiştir.

² İncelememizde sık sık değinilecek olan mazeret nedeni kavramı, Türk Ceza Hukuku doktrininde daha önce bazı yazarlar tarafından farklı anlamlarda kullanılmış olsa da (Taner, 441-442; Erem/Danışman/Artuk, 549 vd.; Yüce, 253-254) özellikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü sonrasında esasen Alman Ceza Hukuku'ndaki anlamında kusurluluk konusuyla bağlantılı olarak öne çıkmaya başlayan, nispeten yeni terimdir. Alman doktrinindeki hâkim görüşlerden hareketle ve TCK hükümleri de dikkate alınarak, ancak çalışmanın kapsamını aşmamak için kısaca ifade etmek gerekirse; işlenen suç dolayısıyla failin kusurlu kabul edilerek cezalandırılabilmesi için, (normatif kusur/luluk öğretisinde) genel olarak, kusur yeteneği, haksızlık bilinci ve beklenebilirlik (hukuka veya hukuk normlarının emir ve yasaklarına uygun davranmanın beklenebilirliği) şeklinde üç temel unsurdan söz edilebilir (kusur tipikliği). Bunlardan kusur yeteneği ve haksızlık bilinci kusurluluğun/kusurun kurucu unsurları olup, bunların yokluğu (kusur yeteneğinin olmaması ve haksızlık bilincine mani olan hata halleri) kusurluluğu/kusuru engelleyen (kaldıran) nedenler olarak tasnif edilmektedir. Buna karşılık mazeret nedenleri beklenebilirliği önleyen veya çok zorlaştıran olağanüstü durumları, başka bir deyişle beklenebilir olmamayı (beklenemezliği) ifade etmektedir. Burada kusur yeteneği ve haksızlık bilincinin varlığına, dolayısıyla kusurluluğun ve içerik itibariyle belli ölçüde kusurun mevcudiyetine rağmen, söz konusu kusur, sıradışı şartların oluşturduğu ve norma uygun davranmanın beklenebilirliğini devre dışı bırakan önemli bir *motivasyon (güdülenme) baskısı* ve bu şartlar altında işlenen fiilin *haksızlık içeriğinin azalması* (çifte azalma) sebebiyle cezanın önleme amacıyla da ilişkili olarak cezaya liyakat sınırının altında kaldığı için kinamadan vazgeçilen, mazeret görülen bir niceliktedir. Bu yönüyle mazeret nedenleri, kusurluluğu/kusuru engelleyen nedenlerden ayrılarak kusuru azaltan nedenlere yaklaşmakta, ancak haksızlığın azalmasına da dayandığı için onlardan farklılık arz etmektedir. Kusurluluk, kusur, kusur tipikliği ve mazeret nedeni kavramları hakkında bkz. *Welzel*, § 19, I-II, § 23; *Jescheck/Weigend*, § 42, I, 1, § 43, II-II; *Jakobs*, § 17/2, 43-45, 53-56; *Schmidhäuser*, 10/1-2, 11/1-6; *Wessels/Beulke*, kn. 432-433; *Ebert*, 96, 106; *Gropp*, § 7/1-2, 64; *Kühl*, § 12/1-12; *Krey/Esser*, kn. 748; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 7/27-28, § 10/96-103; *Kindhäuser*, § 21/11-13; *Heinrich*, kn. 562-563; *Frister*, § 7/12; *Bringewat*, kn. 531-535; *Murmann*, § 16/9-11; *Kasiske*, 7/149; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/108-111; *Paeffgen*, NK, Vor § 32/239-255. Karş. *Sözür*, 231 ve normatif kusur/luluk anlayışı bağlamında beklenemezlik hususunda *Hafizogulları*, 337 vd. Belirtmek gerekir ki kusurluluğu/kusuru engelleyen neden - mazeret nedeni ayrımını benimsemeyen veya bu ayrıma karşı olan görüşler de mevcuttur. Bkz. *Blei*, § 48, § 60; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 23/2; *Roxin*, § 19/56-57; *Hirsch*, LK, Vor § 32/193-194; *Rönnau*, LK, Vor § 32/323; *Schlehofer*, MK, Vor § 32/248-253. Hâkim kusur/luluk öğretisinin eleştirisi ve fiil sorumluluğu, fiil sorumluluğunu engelleyen nedenler hakkında *Maurach/Zipf*, § 30/30 vd., § 32, § 33. Ayrıca bkz. *Özbek ve Diğerleri*, 360-361; *Meraklı*, 261 vd.; *Dülger*, 122 vd.

varılabilmektedir. Bu hususta emrin hukuka aykırı olması durumu ve bilhassa Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemeyle (m.223/f.3) mevzuatımıza da terim olarak girmiş olan "hukuka aykırı bağlayıcı emir" kavramı, emrin ifasının hukuki niteliğine dair tartışmaları derinleştirmektedir. İşbu incelemenin konusunu ve kapsamını da esasen bu tartışmalar oluşturmakta olup, bunun dışında emrin ifasının koşulları ve ilgili diğer hususlar ayrıntılı olarak ele alınmayacak, gerektiğinde değinilecektir.

Aşağıda öncelikle emrin ifasının hukuki niteliğiyle ilgili oldukça kapsamlı ve birbirine zıt analizlerin yapıldığı, hukuka aykırı bağlayıcı emir deyiminin de kavramsal olarak kaynağı olduğu düşünülen Alman Ceza Hukuku'ndaki durum incelenecektir. Devamında ise, her ne kadar doğrudan kaynaklardan yararlanma imkânı olmasa da emrin ifasına dair Türk Ceza Kanunu düzenlemesiyle büyük bir benzerlik arz etmesi itibariyle karşılaştırma açısından önem taşıyan İtalyan Ceza Hukuku'ndaki vaziyete kısaca değinilecektir. Nihayet karşılaştırmalı hukuktan edinilen perspektif çerçevesinde Türk Ceza Hukuku'na dair değerlendirmeler yapılacaktır. Çalışma, yapılan tespitlerin özetlendiği ve önerilerin yer aldığı sonuç bölümü ve Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifasının hukuki niteliğini toplu bir biçimde gösteren bir tabloyla sona erecektir.

I. ALMAN CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Alman Ceza Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu m.24'te olduğu gibi emrin ifasına dair genel bir hüküm bulunmamaktadır. Konuyla ilgili hükümler esas olarak kamu görevlileri ve askerlerle ilgili gerek federal gerekse eyalet düzeyindeki mevzuatta yer almaktadır. Polisler bakımından ise eyalet bazındaki düzenlemelerde bazı örnekler mevcuttur. Aşağıda öncelikle, bu hususta öne çıkan federal düzenlemelere, özellikle emrin hukuka aykırılığını içeren maddeler dikkate alınarak kısaca değinilecek, ardından ise öğretideki değerlendirmelere yer verilecektir.

A. Kanuni Hükümler

İncelenen konuyla ilgili düzenlemelerin başında 05.02.2009 tarihli **Federal Memurlar Kanunu**'nun (Bundesbeamtenengesetz, BBG) 63. paragrafı gelmektedir. Söz konusu paragraf, memurların hizmet fiillerinin hukuka uygunluğundan tam bir kişisel sorumluluk taşıdıklarını belirttikten sonra (f.1), hizmete ilişkin emirlerin hukuka uygunluğu aleyhine kuşkusu olan memurların bunu derhal veya doğrudan amirlerine tasdik ettirmeleri gerektiği, emrin

tasdikine rağmen hukuka uygunluğa dair kuşkuları devam ediyorsa sonraki üst amire başvurmaları gerektiği, bu şekildeki çifte ve talep halinde yazılı olan tasdikten sonra memurların emri ifa etmek zorunda oldukları ve şahsi sorumluluktan kurtulacakları düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün, emredilen davranış *insan onurunu* ihlal ediyorsa ya da *cezalandırılabilir (suç)* veya *düzene aykırı (kabahat)* ise ve suç veya kabahat niteliği memurlar tarafından *bilinebilir* (erkennbar) ise uygulanmayacağı da açıkça ifade edilmiştir (f.2). Ayrıca gecikmede sakınca olduğu ve üst amirin kararı zamanında alınmadığı için amirin emri derhal ifayı talep etmesi durumunda da emir tasdiki hariç diğer hükümlerin geçerli olduğu öngörülmüştür (f.3)³.

Benzer bir düzenleme 17.05.2005 tarihli **Seferberlik Hizmetini Reddedenlerin Sivil Hizmeti Hakkında Kanun**'un (Sivil Hizmet Kanunu, Zivildienstgesetz – ZDG) hizmet emirlerine ilişkin 30. paragrafında yer almaktadır. Hizmet verenlerin genel olarak emre itaat mecburiyeti vurgulandıktan (f.1) sonra, emrin hukuka uygunluğuna dair şüpheye karşı emrin tasdiki halinde itaat zorunluluğu olduğu, ancak emrin *hizmet amaçla* verilmemesi veya *insan onurunu* ihlal etmesi veya ifası halinde bir *suç* veya *kabahat* işlenecek olması hallerinin bunun dışında kaldığı (f.2) belirtilmiştir. Hizmet verenin hizmet emrini ifa dolayısıyla, emrin ifasının *cezalandırılabilir* veya *düzene aykırı* olması ve cezalandırılabilirliği veya düzene aykırılığı *bilmesi* veya *kendince bilinen koşullara göre* (nach den ihm bekannnten Umständen) bunun *bariz* (offensichtlich) olması dışında şahsi sorumluluğunun olmadığı ayrıca düzenlenmiştir (f.3).

Bunun dışında 30.05.2005 tarihli **Askerlerin Hukuki Durumu Hakkında Kanun**'un (Askerler Kanunu, Soldatengesetz – SG) itaat başlıklı 11. paragrafında, askerin amirine itaat etmek zorunda olduğu, onun emirlerini elinden geldiğince eksiksiz, özenli ve derhal ifa etmesi gerektiği vurgulandıktan sonra, *insan onurunu* ihlal eden veya *hizmet amaçla* yönelik olmayan bir emri ifa etmemenin itaatsizlik olmadığı, hataen böyle bir emri alma halinde askerin, ancak eğer hatadan kaçınması mümkün değilse ve kendince bilinen koşullara göre emre hukuki yollarla karşı koyması beklenemezse sorumluluktan kurtulacağı (f.1) hükmü yer almaktadır. Keza ifası halinde bir *suçun* işlenmesi söz konusu olan emre itaat edilmeyeceği, buna rağmen emre itaat edilmesi halinde astın sadece, bu şekilde bir suçun

³ Aynı içerikte hükümler, 17.06.2008 tarihli **Eyaletlerdeki Memurların Statüsel Haklarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun** (Memurların Statüsü Kanunu, Beamtenstatusgesetz - BeamtStG) § 36'da da yer almaktadır.

işleneceğini *bilmesi* veya *kendince bilinen koşullara göre* bunun *bariz* olması halinde *kusurlu* sayılacağı düzenlenmiştir (f.2).

Aynı yönde hükümler, 16.03.1976 tarihli **Hapis Cezalarının ve Hürriyeti Bağlayıcı İyileştirme ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un (Ceza İnfaz Kanunu, Strafvollzugsgesetz – StVollzG) emir üzerine hareket etme başlıklı 97. paragrafı ile 10.03.1961 tarihli **Federal Kolluk Memurlarının Kamu Gücünü Kullanırken Doğrudan Zor Kullanımı Hakkında Kanun**'un (UZwG) aynı başlığı taşıyan 7. paragrafında hemen hemen aynı ifadelerle; infaz hizmetlileri ile kolluk memurlarının, amirinin veya yetkili diğer bir kimsenin emri üzerine doğrudan zor kullanmakla yükümlü oldukları açıklanmış, ancak emrin *insan onurunu* ihlal etmesi veya *hizmetsele amaca* yönelik olmaması halleri bunun dışında tutulmuştur (f.1). Yine ifası halinde bir *suçun* işlenebileceği emirlerin yerine getirilemeyeceği, buna rağmen emrin ifa edilmesi durumunda ise hizmetli veya memura ancak, bu yolla bir suçun işleneceğini *bilmesi* veya *kendince bilinen koşullara göre* bunun *bariz* olması durumunda *kusur* atfedileceği öngörülmüştür (f.2). Maddelerin devamında ise hizmetli veya memurların emrin hukukiliğine karşı görüşlerini *şartlar elveriyorsa* ileri sürmeleri gerektiğine dair hükümlere yer verilmiştir⁴.

Nihayet 24.05.1974 tarihli **Askeri Ceza Kanunu**'nun (Wehrstrafgesetz – WStG) 5. paragrafında, astın emir üzerine ceza kanunlarındaki bir *tipikliği gerçekleştiren hukuka aykırı bir fiil* işlemesi durumunda, hukuka aykırı bir fiil işlediğini *bilmesi* olması veya *kendince bilinen koşullara göre* bunun *bariz* olması halinde *kusurlu* olacağı (f.1) düzenlenmiştir. Paragrafın 2. fıkrasına göre astın kusuru, emrin ifası sırasında bulunduğu özel durum dikkate alındığında az ise, mahkeme cezayı indirebileceği gibi, cünhalarda cezayı kaldırabilir⁵. Bunun gibi 26.06.2002 tarihli **Milletlerarası Ceza Kanunu**'nun

⁴ Benzer hükümler, polisin zor kullanma yetkisi bağlamında eyalet düzenlemelerinde de bulunmaktadı. Örneğin **Bavyera Devlet Polisinin Görev ve Yetkileri Kanunu** (Polisin Görevleri Kanunu, Polizeiaufgabengesetz - PAG) § 62, **Hessen Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu** (HSOG) § 56, **Kuzey Ren Vestfalya Polis Kanunu** (PolG NRW) § 59. Bavyera Polisin Görevleri Kanunu'nun Türkçe çevirisi için bkz.: *Yenisey*, 13 vd.

⁵ Kanunun emrin bağlayıcılığı ve hataya ilişkin 22. paragrafında, Kanunun 19 ila 21. paragraflarında düzenlenen *emre itaatsizlik suçlarında* astın, emrin *bağlayıcı* olmaması, özellikle emrin *hizmetsele amaca* yönelik verilmemesi, *insan onurunu* ihlal etmesi veya ifası halinde bir *suçun* işlenebilecek olması durumunda *hukuka aykırı* davranmış olmayacağı belirtilmiş, bu hükmün astın emrin bağlayıcılığı konusunda hataya düşmesi halinde de geçerli olacağı (f.1) düzenlenmiştir. Maddenin devamında çeşitli hata hallerine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

(Völkerstrafgesetzbuch – VStGB) 3. paragrafında da emir üzerine Kanunda düzenlenen suçların işlenmesi halinde failin, emrin hukuka aykırılığını *bilmiyorsa* ve emrin hukuka aykırılığı *bariz* değilse *kusurlu* hareket etmiş olmayacağı belirtilmiştir. Son olarak, 20.04.2013 tarihli **Deniz İş Kanunu** (Seearbeitsgesetz – SeeArbG) paragraf 124'te, mürettebatın ve gemide bulunan diğer kişilerin icrai nitelikteki emirleri yerine getirmekle yükümlü oldukları (f.1, f.3) ifade edildikten sonra, *insan onurunu* ihlal eden ya da ifası halinde bir *suç* veya *kabahat* işlenmesi söz konusu olan bir emri ise ifa yükümlülüğünün bulunmadığı (f.2) açıkça ortaya konmuştur⁶.

Söz konusu hükümler **genel olarak değerlendirildiğinde**, bir defa tüm kanunlarda ifası *suç* oluşturabilecek emirlerin yerine getirilmeyeceği, bazı kanunlarda ise ifası *kabahat* (BBG, ZDG, SeeArbG) veya *insan onurunu* ihlal (VStGB dışındaki diğer tüm kanunlar) teşkil edebilecek ya da *hizmetmel amaca* yönelik olmayan (ZDG, SG, StVollzG, UZwG, WStG)⁷ emirlere itaat edilmeyeceği düzenlenmiştir. Bundan daha önemli ortak bir nokta ise, astın emrin ifası nedeniyle işlediği suç (veya bazı kanunlar açısından kabahat) dolayısıyla *kusurlu* kabul edilebilmesi için, emrin bu niteliğini *biliyor* olması ya da bunun kendince bilinen koşullara göre *bariz* olması gereğinin açıkça öngörülmesidir. Ayrıca Askeri Ceza Kanunu'ndaki kusurun azalmasına bağlı olarak ceza indirimini ve hatta suçun türüne göre cezanın kaldırılmasını içeren hüküm dikkat çekicidir.

B. Değerlendirme

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde Alman Ceza Hukuku öğretisinde emrin ifası, emrin niteliğine göre suçun hukuka aykırılık unsuru kapsamında bir **hukuka uygunluk nedeni** (Rechtfertigungsgrund) ya da kusurluluk alanında çoğunlukla bir **mazeret nedeni** (Entschuldigungsgrund) olarak değerlendirilmektedir.

⁶ Söz konusu Kanun'dan önce yürürlükte olan 26.07.1957 tarihli mülga **Denizciler Kanunu** (Seemannsgesetz – SeemG) paragraf 109'da mürettebatla sınırlı olarak emre itaat yükümlü düzenlenmekte (f.1) ve mürettebatın, ifası *suç* veya *kabahat* teşkil eden emri yerine getirmekle yükümlü olmadığı (f.2) öngörülmekteydi. İnsan onurunu ihlale dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Öte yandan WStG'de olduğu gibi mülga SeemG'de de emre itaatsizliğin suç olarak öngörüldüğü § 115'te emrin *hukuka uygun* olmaması halinde itaatsizlik fiilinin cezalandırılabilir olmadığı, bu hükmün mürettebatın emrin hukuka uygun olduğu hususunda hataya düşmesi halinde de geçerli olduğu (f.5) düzenlenmiş, 6. fıkrada da hataen emrin hukuka aykırı olduğunu kabul etmenin sonuçlarına yer verilmişti. Yürürlükteki SeeArbG'de ise (emre uymamaya dair § 145-146'daki kabahat ve suç düzenlemeleri dışında) bu nitelikte bir hüküm mevcut değildir.

⁷ Polislerle ilgili eyalet kanunlarında (PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) da aynı ifade kullanılmıştır.

Hukuka uygun (ve bağlayıcı) bir emrin ifasının bir **hukuka uygunluk nedeni** teşkil ettiği genel olarak kabul edilmekle⁸ birlikte, **hukuka aykırı** ve fakat **bağlayıcı emir** kavramı ve bunun niteliği son derece tartışmalıdır. Her şeyden önce bu kavram, kanuni düzenlemelerdeki bazı ifade biçimlerine dayandırılmaktadır. Yukarıda değinilen maddelerde memurların hukuka aykırı olduğunu düşündükleri bir emri amirlerine tasdik ettirmeleri halinde emri ifa etmelerinin zorunlu olduğunun belirtilmesi (BBG § 63, ZDG § 30) karşısında, -eğer emir gerçekten hukuka aykırı ise- ortada hukuka aykırı, fakat bağlayıcı bir emir bulunmaktadır. Aynı şekilde kolluk memurları ve infaz hizmetlileri ile askerlere ilişkin hükümlerde yalnızca ifası suç teşkil edebilecek emirlerin yerine getirilmeyeceğinden söz edilmesinden (UZwG § 7, StVollzG § 97, SG § 11, WStG § 5)⁹ hareketle ifası kabahat teşkil edebilecek emirlerin bağlayıcı olduğu¹⁰, bu durumda da hukuka aykırı ve bağlayıcı bir emrin söz konusu

⁸ *Mezger*, § 30, II, 2; *Blei*, § 42, II; *Baumann/Weber/Mitsch*, § 17/143, § 23/50; *Maurach/Zipf*, § 29/7; *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 4; *Schmidhäuser*, 9/57, dn. 76, 11/29; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/87; *Hirsch*, LK, Vor § 32/173; *Rönnau*, LK, Vor § 32/295; *Fischer*, Vor § 32/8; *Dau*, MK, WStG § 2/41; *Amelung*, 337; *Küper*, 91; *Walter*, 279; *Meyer*, 560. Hukuka uygun emrin içeriği hususunda bkz. *Haft*, 110; *Hirsch*, LK, Vor § 32/174-176. Astın hukuka aykırılığa dair özel bilgisi, emirden sonra durumun değişmesi veya vicdan hürriyeti bağlamında *hukuka uygun* ve fakat *bağlayıcı olmayan* emrin mevcut olup olmadığı ve buna ilişkin tartışmalar için bkz.: *Dau*, MK, WStG § 2/26; *Küper*, 91, dn. 103; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/88. Bu bağlamda amirin gerekli incelemeyi yaptıktan sonra takdir yetkisini kullanarak, örneğin zor kullanma hususunda verdiği emrin, gerçek durum farklı olsa da hukuka uygunluğu ve fakat astın amirin hataya düştüğünü bilmesi veya hatanın bariz olmasının kendisi açısından hukuka uygunluk etkisi doğurmayacağı hakkında bkz.: *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 4; *Maurach/Zipf*, § 29/6, 11; *Hirsch*, LK, Vor § 32/176; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/88. Karş. *Blei*, § 42, II, 1.

⁹ Yukarıda örnek olarak değinilen eyalet polis kanunlarındaki hükümler (PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) de aynı içeriğe sahiptir.

¹⁰ İlgili Kanunlarda esasen kabahatlere ilişkin bir açıklık olmamakla birlikte, maddelerin itaat zorunluluğuna ilişkin ifadelerinin aksi anlamından bu sonuca varılmaktadır. Karş.: *Roxin*, § 17/15, 17; *Dau*, MK, WStG § 2/34. *Walter*, aksi anlamdan varılan bu sonucun, tüm aksi anlamlarda olduğu gibi bağlayıcı olmadığını, fakat memurlara ve sivil hizmetlilere ilişkin hükümlerde açıkça kabahatlerden söz edilerek emrin bağlayıcı olmadığını belirtilmesi karşısında, burada hukuka aykırı bağlayıcı emri kabul eden baskın görüşün haklı olduğunu belirtmektedir (*Walter*, 280). İlgili hükümlerin böyle bir yorumu zorunlu kılmadığı, ifası kabahat teşkil eden emirlerin de bağlayıcı olmadığı görüşü için bkz. *Spendel*, LK, § 32/86 ve keza 100-101.

olduğu¹¹ belirtilmektedir¹². Doktrinde hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin ast açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği savunulduğu gibi¹³, karşı görüş bunun ancak kusurluluk çerçevesinde bir mazeret nedeni olabileceğini kabul etmektedir¹⁴. Hukuka uygunluk nedeni fikrinin baskın hale geldiği

¹¹ Doktrinde daha ileri olarak, Federal Memurlar Kanunu'nda (aynı şekilde Sivil Hizmet Kanunu'nda) memurun sorumluluğu için suç veya kabahat niteliğinin memur tarafından bilinebilir olması koşulunun bulunmasına ve özellikle bilinebilirlik yoksa memurun sorumlu olmayacağı sonucuna dayanılarak, burada da emrin ifasının suç veya kabahat teşkil etmesine rağmen bağlayıcı olmaya devam ettiği (yani hukuka aykırı ve bağlayıcı bir emrin bulunduğu) sonucuna varılmaktadır (Roxin, § 17/16; S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor § 32/89; Lenckner, FS Stree/Wessels, 227; Schlehofer, MK, Vor § 32/121, 256. Aynı yönde Haft, 111; Kindhäuser, § 15/13. Karş. Kühl, § 9/118b-118c; Ambos, 222, dn. 16; Walter, 280). Yazarlar (Roxin ve Lenckner/Sternberg-Lieben), bunun mantığa ve ceza hukuku sistemine aykırı olduğunu ve fakat yürürlükteki hukukun bunu kabul ettiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık doktrinde çoğunlukla ifası suç veya (askerler ile doğrudan zor kullanımında kolluk görevlileri hariç) kabahat oluşturan emirlerin bağlayıcı olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Blei, § 42, II, 1; Jescheck/Weigend, § 35, II, 2b ve § 46, I, 2; Schmidhäuser, 9/57, 11/31; Wessels/Beulke, kn. 450; Jakobs, § 16/12; Gropp, § 6/189-190; Hirsch, LK, Vor § 32/177. Karş. Kühl, § 9/118b-118c. Federal Memurlar Kanunu'ndaki ifade çerçevesinde bilinebilirliğin memurun sorumluluğu ve kusurla ilgili olduğu hususunda ayrıca bkz. Stratenwerth, 198-199. Eski Alman Askeri Ceza Kanunu § 47'deki astın emrin hukuka aykırılığını bilmemesi halinde sorumlu olmayacağına dair hüküm bağlamında bilip bilmeme durumunun emrin ifasının hukuka aykırılığıyla ilişkili olmadığı, hukuka aykırılığın salt normatif bir kavram olduğu, bunun kusura ilişkin olduğu yönünde Dolaptschieff, 242-243. Haksızlığın subjektifleştirilmesi bağlamında eleştiri ve değerlendirmeler için bkz. Spindel, LK, § 32/78-79 vd.

¹² İtaat yükümünü maddi açıdan idare hukukunda geçerli olan hukuka uygunluk karinesine dayandırılan ve hukuka aykırı emrin bağlayıcılığını hukuka uygunluk karinesinin sınırlarıyla ilişkilendiren açıklamalar için bkz. Stratenwerth, 48-52, 110-111, 153-154, 165 vd., 197, 204; Jescheck/Weigend, § 35, II, 2. Dau, MK, WStG § 2/27-28; Meyer, 558, 571-572. Söz konusu karinenin hukuka uygunluğu izah için yeterli olmadığı hususunda Köhler, 312.

¹³ Jescheck/Weigend, § 35, II, 3; Jakobs, § 16/14; Schmidhäuser, 9/57; Roxin, § 17/19; Wessels/Beulke, kn. 450; Gropp, § 6/187-190; Kühl, § 9/118d; Köhler, 312; Haft, 110-111; Krey/Esser, kn. 683; Stratenwerth/Kuhlen, § 9/134; Kindhäuser, § 15/13; S/S/ Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor § 32/89; Lenckner, 224; Hirsch, LK, Vor § 32/177; Schlehofer, MK, Vor § 32/121; Ambos, 222; Walter, 280; Stratenwerth, 182, 204; Ramm, 400-401. Bu görüşteki eski doktrin için bkz. Stratenwerth, 4-5. W-Beulke, adli infaz hizmetlileri, askerler ve sivil hizmetlilerle ilgili yeni kanunların farklı hükümler içerdiğini, bu kişilere yönelik hukuka aykırı emrin bağlayıcı olmadığını, dolayısıyla burada hukuka uygunluğun bulunmadığını, astın bazı şartlarla kusurlu kabul edildiğini ifade ederek (Wessels/Beulke, kn. 450), yukarıda değinilen hükümlere işaret etmiştir.

¹⁴ Welzel, § 15, II, 2/c; Mezger, § 30, II, 2; Blei, § 42, II, 2; Baumann/Weber/Mitsch, § 23/52; Maurach/Zipf, § 29/7; Heinrich, kn. 511, 594; Rönnau, LK, Vor § 32/298; Paeffgen, NK, Vor § 32/192; Fischer, Vor § 32/8, 16; Dau, MK, WStG § 2/43, § 5/1; Schölz/Lingens, § 2/32; Amelung, 337; Küper, 92; Dolaptschieff, 248-249. Somut olayda yararların karşılaştırmasına bağlı olarak hukuka uygunluk ve mazeret nedeni değerlendirmesi için bkz. Hoyer, 17, 22. Ayrıca bkz. Meyer, 560-561, 564. Mazeret nedeni görüşünü savunan ve baskın olduğu belirtilen eski doktrin için bkz. Stratenwerth, 5-7. Karş. Dolaptschieff, 239-240.

anlaşılmaktadır¹⁵.

Hukuka aykırı bağlayıcı emri *hukuka uygunluk nedeni* olarak ele alan görüş, gerekçe olarak astın içinde bulunduğu yükümlülük çatışmasına ve hiyerarşik yapının gereklerine dayanmaktadır¹⁶. Zira astın bir yanda hukuka aykırı davranmama yükümlülüğü dururken, diğer yanda emre itaat yükümü bulunmaktadır. Kanun koyucu bazı önemsiz olaylarda devlet faaliyetlerinin temel düzen ilkesi ve hiyerarşinin bir gereği olarak astın amire itaat yükümlülüğünü, hukuk düzenine itaat yükümlülüğüne üstün tutmuştur¹⁷. Sonuç itibarıyla bu görüş, genel olarak emrin ifasının hukuki niteliği hususunda emrin bağlayıcı olup olmasını esas almaktadır¹⁸. Buna

¹⁵ Bazı eserlerde mazeret nedeni yaklaşımı hâkim görüş olarak ifade edilirken (*Jescheck/Weigend*, 394, dn. 16; *Roxin*, § 17/18; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/87; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177), *Paeffgen* baskın görüşün hukuka uygunluk nedeni çözümü olduğunu belirtmekte, ancak karşı düşünceyi, güçlü bir azınlık görüşü olarak nitelendirmektedir (*Paeffgen*, NK, Vor § 32/194-195). Aynı yönde *Rönnau*, LK, Vor § 32/298; *Weigend*, MK, VStGB § 3/12; *Krey/Esser*, kn. 683; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9/134; *Walter*, 280; *Meyer*, 561, 564. *Ame lung*, uzun süre mazeret nedeni fikrinin hâkim olduğunu, *Stratenwerth*'in doçentlik çalışmasından sonra hukuka uygunluk nedeni görüşünü savunuların arttığını vurgulamıştır (*Ame lung*, 337). *Küper* de mazeret nedeni çözümünün geleneksel ve çoğunlukla baskın görüş olarak ifade edildiğini, ancak diğer çözümün egemen hale geldiğinin belirtilebileceğini, bunun zamanla daha fazla taraftar kazandığını belirtmiştir (*Küper*, 91).

¹⁶ *Küper*, 92.

¹⁷ Bu durumda hukuka uygunluk etkisi doğuran bir yükümlülük çatışmasından (*rechtfertigende Pflichtenkollision*) söz edilmektedir. Bkz. *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 3; *Stratenwerth*, 165-166 vd.; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Ambos*, 222. Yükümlülük çatışmasının hukuka uygunluk etkisi bağlamında devletin işlevselliğini korumak üzere ilgili normlardaki itaat yükümlülüğü, özel hukuk, idare hukuku ve bazen kabahatler hukuku normlarına uyma yükümlülüğüne nazaran daha yüksek değerlendirilmektedir (*Ame lung*, 337). *Roxin*, burada hareket yükümü ile ihmal yükümünün çakışması sebebiyle dar anlamda yükümlülük çatışmasının bulunmadığını, söz konusu çatışmanın hukuka uygunluk etkisi doğuran zorunluluk hali hükmüne (Alman CK § 34) göre değerlendirilebileceğini, bu çelişkide eğer emrin ifasıyla hafif bir ihlal oluşuyorsa memur ve askerinin itaatindeki yararın, haksızlıktan kaçınmadaki yarar tercih edileceğini, buna karşılık ağır (ceza hukukunu, insan onurunu ve kısmen kabahatler hukukunu ihlal eden) ihlallerde haksızlıktan kaçınmanın öne geçeceğini belirtmiştir (*Roxin*, § 17/19). Ayrıca bkz. *Meyer*, 562-564; *Hoyer*, 17, 22. *Jakobs*, yalnızca astın hukuka aykırılık riskinden kurtulması, emrin bağlayıcılığını ve itaatini önemini esas alması halinde hiyerarşiyeye uyum talebinin kabul edilebilir olabileceğini vurgulamaktadır (*Jakobs*, § 16/14). *Kühl* de bu çelişkiden ancak hukuka uygunluk çözümüyle kaçınılabileceğini ifade etmektedir (*Kühl*, § 9/118d). *Gropp* ise gerekçe olarak; işlevsel bir hiyerarşinin esasları olan üstlük-astlık ilkesinin, astın üste itaatini gerektirdiğini, itaat yükümlülüğü uyarınca astın emrin hukukiliğine dair *her şüphesinin* dikkate alınmayacağını, aksi halde sistemin işlevselliğinin ortadan kalkabileceğini, dikkate almama durumunu emrin bağlayıcı olması halinde mevcut olduğunu açıklayarak, astın, emrin hukuka uygunluğuna dair kuşkusuna (kuşkusu gerçek olsa bile) rağmen hukuka uygun hareket etmiş olacağı sonucuna varmaktadır (*Gropp*, § 6/188). Hukuka uygunluk çözümünü hareket kavramıyla ilişkili olarak açıklayan görüş için bkz. *Ramm*, 394 vd.

¹⁸ *Meyer*, 561. Konuyu devlet faaliyetlerinin emrettiği davranışlar kapsamında daha geniş bir

göre emrin hukuka uygunluğundan bağımsız olarak, bağlayıcı olan emirler hukuka uygunluk nedeni, bağlayıcı olmayanlar ise mazeret nedeni şeklinde değerlendirilmektedir.

Buna karşılık konuyu *kusurluluk* kapsamında esasen bir *mazeret nedeni* olarak değerlendiren görüş; astın itaat yükümünün veya hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının haksızlığı haklı hale getirmeyeceğini, ast ile üst arasındaki içsel hukuki ilişkiye dair bu durumun, dışsal ilişkiler bakımından fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıramayacağını belirterek, bağlayıcılık sebebiyle astın emri reddetmesi beklenebilir olmadığından mazur görülerek kendisine kusur isnadında bulunulmayacağını savunmaktadır¹⁹. Aynı görüşteki yazarların bazıları ise, hukuka aykırı ve aynı zamanda bağlayıcı bir emrin varlığını kabul etmemekte, bağlayıcı emrin hukuka aykırı ve tersine hukuka aykırı emrin bağlayıcı olamayacağını belirtmektedir²⁰. Bazı kanunlardaki ifası kabahat

çerçeve de inceleyen *Stratenwerth*, hukuka uygunluğun, resmi emirlerin bağlayıcı ve itaat yükümünün bir suç işlemeden kaçınma yükümünden daha üst düzeyde olması halinde gündeme geleceğini belirttikten sonra çeşitli ayrımlar yapmıştır. Buna göre *bağlayıcı olmayan* anayasa ve kanun hükümleri, yargı kararları ve yürütme işlemleri ile hizmete ilişkin emirler itaat yükümü doğurmayacağından *hiçbir zaman* ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmazlar. Buna karşılık, *bağlayıcı* anayasa ve kanun hükümleri ile yargı kararları, hukuka aykırı olduklarında dahi bunların icrasına dair fiiller için *istisnasız* hukuka uygunluk nedenidir, zira burada itaat yükümü tüm diğer hukuki yükümlülüklerden yüksektir. Niha yet *bağlayıcı* yürütme işlemleri ve emirler, hukuka aykırı olduklarında, *yalnızca* itaat yükümü, ceza hukuku (kabahatler hukuku dâhil) yükümlülüklerinin *önüne geçiyorsa* hukuka uygunluk nedeni teşkil ederler. İlgili kanun hükümleri uyarınca memurlar açısından bu hiçbir şekilde mümkün değilken, askerler bakımından yalnızca kabahatlerde bu geçerlidir (*Stratenwerth*, 181-182). Yazar, çalışmasının ilerleyen kısımlarında memurlar yönünden ceza hukukunu ihlal eden emirlerin bağlayıcı olmadığını, askerler için ise kanunun yükümlülük çatışmasını kabahatlerde itaat yükümünü, cürüm ve cünhalarda ise suçun işlenmemesi yükümünü öne alan bir biçimde çözdüğünü, dolayısıyla kabahatlere ilişkin emirlerin bağlayıcı ve ifasının hukuka uygun olduğunu, cürüm ve cünhalarla ilgili olanların ise bağlayıcı olmadığını ve ifasının hukuka aykırılık teşkil ettiğini açıkça ifade etmiştir (*Stratenwerth*, 197-198, 204). Karş. *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9/134.

¹⁹ *Amelung*, 337; *Küper*, 92; *Rönnau*, LK, Vor § 32/298; *Paeffgen*, NK, Vor § 32/192-193; *Welzel*, § 15, II, 2/c; *Mezger*, § 30, II, 2. Ayrıca bkz. *Stratenwerth*, 6; *Roxin*, § 17/18; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Hoyer*, 22; *Meyer*, 562. *Maurach/Zipf*, hukuka aykırı emri ifa eden astın amiri gibi hukuka aykırı hareket etmiş olacağını ifade ettikten sonra, gerçekten hukuka aykırı bir emrin bulunup bulunmadığı, emrin buna rağmen ast için bağlayıcı olup olmadığı, bu durumda astın hareketin ne şekilde değerlendirileceği hususlarının artık fiile ilişkin değil, yalnızca failin değerlendirilmesine dair bir sorun olduğunu, meselenin hukuka aykırılık yerine isnadiyet öğretisine ait bulunduğunu vurgulamıştır (*Maurach/Zipf*, § 29/7).

²⁰ *Baumann/Weber/Mitsch*, § 23/51. Ayrıca bkz. *Stratenwerth*, 6; *Jescheck/Weigend*, 394, dn. 16. Hukuka aykırı bağlayıcı emrin mümkün olup olmadığını kapsamlı bir şekilde analiz eden *Dolaptschieff*, bir hareketin aynı hukuk düzeni tarafından onaylanıp, daha doğrusu bağlayıcı kabul edilip, aynı zamanda onaylanmamasının, başka bir deyişle hukuka aykırı olması

teşkil edebilecek emirlerin bağlayıcılığını sonuçlayan hükümler eleştirilmekte, ancak yine de konu kusur bağlamında değerlendirilmektedir²¹. Netice olarak bir bütün halinde bu görüş, emrin ifasının niteliğini kural olarak emrin hukuka uygun olup olmamasıyla bağlantılı olarak değerlendirmekte, yalnızca hukuka uygun emirlerin ifasını hukuka uygun kabul etmektedir. Hukuka aykırı emirlere ise, istisnaen bağlayıcı olsa da kusurluluk alanında mazeret nedeni olarak sonuç bağlanmaktadır.

Hukuka aykırı bağlayıcı emir konusundaki bu iki farklı görüşün, hukuka aykırı emirle karşı karşıya olan kişilerin davranışlarının hukuki niteliği, üst ile ast arasındaki iştirak ilişkisi ve taksirli suçlar bakımından farklı sonuçları bulunmaktadır. Esasen belirtilen hususlarda varılan sonuçlar da söz konusu görüşlerin gerekçeleri arasında yer almaktadır.

Buna göre hukuka aykırı emrin ifası hukuka uygun kabul edildiğinde, emri ifa eden asta karşı, ortada haksız bir saldırı olmadığından *meşru savunma* (Alman CK § 32) söz konusu olmayacak, savunma niteliğindeki karşı koyma hareketi sınırlı bir biçimde hukuka uygunluk nedeni olan *zorunluluk hali* (Alman CK § 34) kapsamında değerlendirilebilecektir²². Buna karşılık hukuka

nın mümkün olmadığını, bu nedenle ne hukuka aykırı bağlayıcı ne de bağlayıcı hukuka aykırı emrin bulunmadığını, hukuka aykırı olanın yalnızca yasak olabileceğini, fakat hiçbir zaman yükümlülük veya bağlayıcı olamayacağını ve tersine yükümlülük, bağlayıcı olanın her zaman hukuka uygun olacağını, asla hukuka aykırı olamayacağını, dolayısıyla hukuka aykırı bağlayıcı emrin kendisiyle çelişen bir durum olduğunu ifade etmiştir (*Dolaptschieff*, 247). Aynı yönde bir görüş olarak hukuka aykırı, bağlayıcı emir kavramının kendi içinde çelişkili olduğuna ve hukukla çelişen bir davranış aracılığıyla hukuka aykırı hareketi yapmaya yönelik hukuki bir yükümlülüğün gerekçelendirilemeyeceğine dair bkz. *Spendel*, LK, § 32/90.

²¹ *Baumann/Weber/Mitsch*, ilgili kanunların ne yazık ki *askeri alanda ve doğrudan zor kullanma* yönünden, *kabahatin* işlenmesine ilişkin emirlerin bağlayıcılığı noktasında, hukuka aykırı emrin bağlayıcı olamayacağına dair ilkeye *istisna* hükümler içerdiğini, konuya yabancı bu istisnayı bahsedilen ilkenin dışına çıkarma girişimlerinin ikna edici olmadığını, bu durumun gerek ilgili hükümlerdeki ifadelerle rağmen kabahatlere ilişkin emrin bağlayıcılığı reddeden yorumlar (bkz. *Spendel*, LK, § 32/100-101) gerekse tipe uygun kabahat davranışlarını hukuka uygun kabul eden görüşler için geçerli olduğunu, emrin bağlayıcılığına rağmen burada da astın *kusurunun* olmadığı sonucuna varılması gerektiğini ifade etmişlerdir (*Baumann/Weber/Mitsch* § 23/53). *Heinrich*, hukuka aykırı emrin hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyeceğini, kusur kapsamında değerlendirileceğini, hukuka aykırı emrin kural olarak bağlayıcı olmadığını, dolayısıyla itaat gerektirmediğini, ancak askerler açısından kabahat alanında emrin hukuka aykırılığına rağmen bağlayıcı olduğunu, bu durumun cebre dayalı zorunluluk haliyle karşılaştırılabilir olduğunu, burada da failin zor altına bir haksızlık gerçekleştirdiğini, dolayısıyla yalnızca mazur görülebileceğini belirtmiştir (*Heinrich*, kn. 511, 594).

²² *Roxin*, § 17/20; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Lenckner*, 225; *Paeffgen*, NK, Vor § 32/199; *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 3; *Gropp*, § 6/191; *Jakobs*, 459, dn. 22. Ayrıca bkz. *Stratenwerth*, 186 vd. Bu bağlamda hukuka aykırı emrin ifası hukuka uygun kabul edildiğinde vatandaşın ifa fiiline dirençsiz bir biçimde katlanma yükümlülüğü altına sokulduğu, ma-

aykırı emrin ifasını da her halükarda hukuka aykırı kabul eden görüşe göre ise, emri yerine getirene karşı, kusur durumu sebebiyle sınırlı bir *meşru savunma* imkânı mevcuttur²³.

İkinci olarak ise, iştirak kuralları çerçevesinde amirin sorumluluğu hususunda hukuka uygunluk görüşü, emri ifa eden astın hukuka uygun davrandığı sonucuna varması sebebiyle amirin hukuka uygun hareket eden birini araç olarak kullanmak suretiyle *dolaylı fail* olarak sorumlu tutulabileceğini savunurken²⁴, hukuka aykırı emrin ifasını hukuka aykırı kabul

zeret nedeni çözümünün, burada mevcut olan yararların çatışmasını en adil biçimde çözdüğü, hukuka aykırı devlet faaliyetlerinin oluşumuna hiçbir katılımı olmayan vatandaşın hukuki durumunun zayıflatılmadığı, emri ifa eden memurun, içinde bulunduğu çatışma nedeniyle kişisel sorumluluktan kurtulduğu, fakat kendisinin serbestçe seçtiği bir meslek riski olarak meşru savunma riskini taşıması gerektiği (*Amelung*, 337, riski üstlenme yönünden karşı. *Mezger*, 227) düşüncesine karşılık olarak; astın bir yandan emirle bağlı kılınırken diğer yandan meşru savunmaya maruz bırakılamayacağı (her ne kadar kabahatlerde çoğunlukla bireysel hukuki değerlere saldırı olmadığı için meşru savunma mümkün değilse de), ifa fiiline muhatap olanın hukuka uygunluk nedeniyle hiçbir şekilde korumasız kalmayacağı, katlanma yükümüyle karşı karşıya olmadığı, zorunluluk haline ilişkin kuralları ve astın haklı yararlarını dikkate alması gerektiği (*Walter*, 280) ifade edilmiştir. Yine hukuka uygunluk çözümünde meşru savunma hakkının devre dışı kalmasıyla ilişkili olarak, bunun polis devleti öğretisi olduğu, hukuk devletiyle izah edilemeyeceği, haksız ve yersiz bir çözüm olduğu itirazına karşılık, zorunluluk hali değerlendirmesi için bkz. *Stratenwerth*, 7, dn.12, 11. Zorunluluk hali korumasının yanı sıra, ifası suç teşkil eden emirlerin bağlayıcı olmaması sebebiyle ağır zarar doğuran hallerin kapsam dışında kalması ve diğer zararların devlet tarafından giderilme imkânı bağlamında burada vatandaşın katlanılmaz bir şey beklenmediği değerlendirilmesi için bkz. *Roxin*, § 17/20.

²³ *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Lenckner*, 225; *Rönnau*, LK, Vor § 32/298; *Jakobs*, § 16/11, 14, dn. 22; *Heinrich*, kn. 511; *Amelung*, 337; *Hoyer*, 18-19, 22; *Mezger*, 227. Bu konuda kapsamlı bir inceleme yapan *Spendel*, hukuka aykırı emirle ilgili sorunun meşru savunma hakkıyla bağlantılı değerlendirilmesi gerektiğini, memurların itaat yükümü ve idari eylemlerin hukuka uygunluğu kapsamındaki tek taraflı bakış açısının haksız ve tatmin edici olmayan sonuçlara yol açacağını, burada çıkar çatışmasının tarafları olan emri veren, emri ifa eden ve vatandaşın korunması gereken çıkarları olduğunu, sorunun doktrinde savunulan üç farklı çözüm yolunun bulunduğunu belirtmiştir. Hukuka uygunluk nedeni görüşünü esas alan birinci çözümün, meşru savunma hakkını tanımaması yönüyle vatandaş aleyhine olduğunu, mazeret nedeni fikrine dayanan ikinci çözümün ise meşru savunma tehlikesiyle karşı karşıya bırakılan emri ifa edene maliyet yüklediği, doğrusunun, hukuka aykırı bağlayıcı emri, dolayısıyla bu emirlere itaati reddeden ve böylece yükümlülüğü emri veren üzerine bırakan üçüncü çözüm olduğunu savunmaktadır (*Spendel*, LK, § 32/74-75 vd.).

²⁴ *Roxin*, § 17/20; *Kühl*, § 9/118d; *Jakobs*, § 16/11, 14; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 12/58; *Haft*, 111; *Lenckner*, 224-225; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Stratenwerth*, 10. Sonuç olarak bu çözüm tarzında, hukuka aykırı bağlayıcı emirler bakımından yalnızca emri ifa eden astın fiili hukuka uygun kabul edilmekte ve emri veren amirin davranışının haksızlığını sürdürdüğü, böylece haksızlığın haklı hale getirilmesinin söz konusu olmadığı belirtilmektedir (*Roxin*, § 17/20; *Kühl*, § 9/118d). Daha açık olarak *Lenckner*, burada bölünmüş bir hukuka aykırılık değerlendirmesinden söz ederek, amirin dolaylı fail olarak sorumlu olduğu ve aynı zamanda devlete atfedilen fiilin dış ilişkiler açısından

eden görüş ise amirin, *dolaylı fail* veya *azmettiren* şeklinde sorumluluğunun söz konusu olabileceğini belirtmektedir²⁵.

Nihayet özellikle hukuka uygunluk görüşü açısından sorun teşkil eden bir konu, hukuka aykırı bağlayıcı emrin, örneğin özel hukuk kurallarını ihlal eden veya -askerler ve bazı kamu görevlileri açısından- kabahat teşkil eden bir emrin ifasının *taksirli bir suça* temel oluşturması ve ortada bir suç olması nedeniyle emrin bağlayıcılığının durumudur. İfası taksirli suç riski taşıyan ve bu nedenle *tehlikeli emir* olarak da adlandırılan bu gibi hallerde, tehlikenin somut olması ihtimalinde emrin, diğer suç oluşturan emirlerde olduğu gibi, bağlayıcı olmadığı sonucuna varılmaktadır²⁶.

hukuka aykırı olarak kaldığı, yalnızca ifa eden şahıs bakımından iç ilişkideki itaat yükümü sebebiyle bir hukuka uygunluğun bulunduğunu vurgulamaktadır (*Lenckner*, 224-225; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89. Karş. *Roxin*, § 17/20; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Walter*, 280. Dışarısı açısından davranışın hukuka aykırılığının bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. *Paeffgen*, NK, Vor § 32/193). Bu ayrımla ilişkili olarak, asta karşı mümkün olmayan meşru savunmanın amire yönelik olabileceği hususunda bkz. *Haft*, 111; *Roxin*, § 17/20; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177. *Jakobs*, üst ile ast arasındaki bu farklı değerlendirmeyi hukuka uygunluk çözümünü destekleyici bir gerekçe olarak göstermekte ve hiyerarşik organizasyonun “maliyetini” hiyerarşinin kendisinden yararlandığı astın değil, hiyerarşiyi kullanan amirin dolaylı fail olarak taşınması gerektiğini belirtmektedir (*Jakobs*, § 16/14. Karş. *Ambos*, 222).

²⁵ *Welzel*, askeri alanda verilen hukuka aykırı bağlayıcı emirler açısından emri verenin dolaylı fail olarak sorumlu olduğunu belirtirken (*Welzel*, § 15, II, 2/c), *Maurach/Zipf*, kural olarak amirin astın fiilleri nedeniyle sorumluluğunun azmettirme veya dolaylı faillik bağlamında faillik ve şeriklik öğretisi kapsamındaki bir konu olduğunu ifade etmektedir (*Maurach/Zipf*, § 34/18). *Jakobs* ise bağlayıcı hukuka aykırı emrin kabul edilmediği çözüm tarzında astın emrin bağlayıcılığına dair hatalı düşüncesinin mazeret oluşturabileceğini ve tam bir mazeret durumunda amirin, mazur hareket eden bir aracın arkasındaki dolaylı fail olduğunu söylemektedir (*Jakobs*, § 16/11).

²⁶ *Roxin*, § 17/21; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/90; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Dau*, MK, WStG § 2/35; *Jescheck/Weigend*, 394, dn. 13; *Jakobs*, § 16/14; *Küper*, 92. Bu konudaki esas alınacak kriterlere dayalı görüş farklılıkları ve bunların tasnifi için bkz. *Paeffgen*, NK, Vor § 32/200; *Rönnau*, LK, Vor § 32/299. Ayrıca bkz. *Weigend*, MK, VStGB § 3/12, dn. 42. *Roxin*, birçok kabahate kendiliğinden bağlı soyut tehlikenin yeterli olmadığını, trafiğin tehlikeye düşürülmesine, yaralamaya ve hatta öldürmeye ilişkin somut bir tehlikenin olması gerektiğini vurgulamaktadır (*Roxin*, § 17/21). *Lenckner/Sternberg-Lieben*, izin verilen riski aşan, açıkça ağır bir özen yükümü ihlalinin bulunması, dolayısıyla taksirli suça ilişkin tipikliğin gerçekleşmesinin yüksek düzeyde muhtemel olduğu bir tehlikenin mevcudiyeti halinde emrin bağlayıcı olmadığını, buna göre örneğin geceleyin bir tatbikattan eve dönüşte herkesin uyuduğu bir köyün içinden geçerken hız sınırının aşılması yönündeki bir emir bağlayıcı iken, yine tatbikat sırasında geceleyin kalabalık bir caddede ışıklandırması olmayan bir taşıt sürülmesine dair emrin bağlayıcı olmadığını, örnekteki ilk olayda ast açısından taksirli yaralama veya öldürmenin hukuka aykırılığının ortadan kalkabileceğini, ancak ikinci olayda bunun mümkün olmadığını belirtmektedir (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/90). *Jakobs*, davranışların kabahat veya suç olarak nitelenmesinin neticenin gerçekleşmesine bağlı olmadığını, örneğin üçüncü bir kişiyi basitçe yaralamaya dair bir emrin, ifası başarısız olsa

Emrin ifasının hukuka uygunluk nedeni niteliğinden başka, kusurluluk kapsamındaki niteliği üzerinde de kısaca durmak gerekir. İnfaz memurları ve hizmetlileri ile askerlere ilişkin mevzuatta (StVollzG § 97, UZwG § 7, SG § 11, WStG § 5, aynı şekilde VStGB § 3)²⁷ emir üzerine bir suç işlenmesi, başka bir deyişle hukuka aykırı (ve bağlayıcı olmayan) bir emrin ifa edilmesi halinde açıkça kusur ifadesi kullanılarak, astın hukuka aykırılığı bilmesi veya hukuka aykırılığın bariz olması hallerinde kusurlu sayılacağı belirtilmiştir. Genel memurlara ve sivil hizmetlilere ilişkin hükümlerde (BBG § 63, ZDG § 30) ise kusurdan söz edilmemekle birlikte, bilinebilirlik ya da bilme veya bariz olma hususu, işlenen suç veya kabahat dolayısıyla sorumluluktan kurtulmanın koşulları olarak düzenlenmiştir. Buna göre emrin ifasını, bağlayıcı olup olmamasına göre değerlendiren görüş, *hukuka aykırı ve bağlayıcı olmayan* emirleri, buna karşılık emrin hukukiliğini temel alan görüş, daha önce de ifade edildiği gibi, bağlayıcı olsun olmasın tüm *hukuka aykırı* emirleri kusurluluk alanında genellikle **mazeret nedeni** olarak incelemektedir²⁸. Doktrinin bir

dahi bağlayıcılığın bulunmadığını, bu çözümün taksirli suçlarda pratik olarak anlamlı olduğunu, zira örneğin bir taşıtın kabahat oluşturan kullanımına yönelik bir emrin, söz konusu kullanım aynı zamanda taksirle yaralama veya öldürme hareketi ise netice gerçekleşme de bağlayıcı olmayacağını ifade etmektedir (*Jakobs*, § 16/14). *Roxin* de kanun koyucunun cezalandırılabilir bir davranışa yönelen emirlerin bağlayıcı olmadığını belirttiğini, bunun neticenin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bağlı olamayacağını, astın emir verildiği anda ifaya bağlı tehlikeler sebebiyle emri ifa edemeyeceğini bilmesi gerektiğini (*Roxin*, § 17/21) ileri sürmüştür. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. *Hirsch*, LK, Vor § 32/177. Hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramını reddeden *Spendel*, kabahat teşkil eden emrin infaz görevlileri, askerler ve polisler açısından da bağlayıcı olmadığını, ancak idari veya askeri hizmetin özel gereklerinin (polislerin bir karşılığı bastırmak veya askerlerin bir afete yardım etmek için hızlı transfer edilmeleri gibi) trafik güvenliği ve düzenine dair genel yarara üstün olması dolayısıyla (Kabahatler Kanunu § 16'daki hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali kapsamında) hukuka uygun olmasının bunun dışında olduğunu belirtmiş, trafik güvenliğini ihlale ilişkin verdiği örnekler bağlamında idari ve askeri hukuka ve hatta özel hukuka aykırı emirlerin de bağlayıcı olmadığını savunmuştur (*Spendel*, LK, § 32/100-102).

²⁷ Daha önce değinilen polislerle ilgili eyalet mevzuatında (PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) da aynı yönde düzenlemeler bulunmaktadır.

²⁸ *Jescheck/Weigend*, § 35, II, 5, § 46, I-II; *Schmidhäuser*, 11/29-31; *Wessels/Beulke*, kn. 450; *Gropp*, § 7/93-99; *Kühl*, § 12/159; *Krey/Esser*, kn. 683; *Bringewat*, kn. 531; *Rönnau*, LK, Vor § 32/300; *Schölz/Lingens*, § 2/30; *Dau*, MK, WStG § 2/42; *Weigend*, MK, VStGB § 3/13. Ayrıca bkz. *Baumann/Weber/Mitsch*, § 23/52; *Hirsch*, LK, Vor § 32/177; *Schlehofer*, MK, Vor § 32/205; *Fischer*, Vor § 32/16; *Welzel*, § 15, II, 2/c. *Jescheck/Weigend*, emir üzerine ceza ile karşılaşan bir fiili işlemin mazur olabilmesinin sebebinin, mazeret nedeni olan zorunluluk hali ve meşru savunmada sınırın aşılmasında olduğu gibi, hareketin haksızlığının ve fiile dair kusurun ağırlığının önemli ölçüde azalmasında yattığını, astın, memurlarda disiplin hukuku, askerlerde ceza hukuku ile yaptırım altına alınan itaat yükümlülüğünü yerine getirme isteğiyle hukuka uygun hareket ettiğini düşündüğünü, keza asta karşı, emredilen davranışın cezalandırılabilirliğini bilmemesi sebebiyle yöneltilebilecek kusur kınamasının, emri denetleme yükümünün kısıtlanması sebebiyle azaltıldığını, memurun yalnızca, eğer kendi-

kısmı ise ilgili (BBG § 63 dışında) hükümlerdeki bilme ifadeleri bağlamında bu düzenlemeleri yasak hatasının (Alman CK § 17) özel şekli olarak kabul etmektedir²⁹. Bu bağlamda söz konusu durumun, hem kendine özgü mazeret

sinden cezalandırılabilir bir hareket gerçekleştirilmesinin talep edildiğine dair emareler varsa yetkili amirin emrinin bağlayıcılığını sorgulamak yükümlülüğünün olduğunu, temelde memurun, amirlerin verdiği tüm emirlerin, Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası gereği hukuka uygun verildiğine güvenebilmesi gerektiğini, askerlerin (benzer şekilde emir üzerine doğrudan zor kullanırken kolluk memurlarının) esasen hiçbir denetim yükümüyle karşı karşıya olmadıklarını, kural olarak askerinin denetim hakkının bulunmadığını, Askerler Kanunu'nun 11. paragrafı kapsamında askerin verilen emri "elinden geldiğince eksiksiz, özenli ve derhal ifa etmek" zorunda olduğunu, ilgili Federal Mahkeme içtihadı uyarınca astın yalnızca eğer kendisine emri veren amirin maddi koşullar hakkında hataya düştüğünü biliyorsa ve gerçek durum bilgisinde emir muhtemelen verilmeyecek idiyse veya kendince bilinen koşullara göre bu barizse yakınma hakkına sahip ve bununla yükümlü olduğunu, aynı sonucun, Askerler Kanunu'nun 11. paragrafı kapsamında astın, emre uyma aracılığıyla bir suçun işlenişine katılabileceğini bilmesi veya bunun bariz olması halinde de geçerli olduğunu ifade etmektedir (*Jescheck/Weigend*, § 46, I, 3). Benzer şekilde *Gropp* da emrin bağlayıcı olmamasına rağmen ifa edenin kural olarak mazur olduğunu, zira astın kendisine yüklenen itaat yükümünü karşılama isteğiyle hareket ettiğini, dolayısıyla davranışı nedeniyle kınanamayacağını (*Gropp*, § 7/96) belirtmektedir.

²⁹ *Roxin*, § 21/74; *Jakobs*, § 16/12, § 19/53; *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/121; *Neumann*, NK, § 17/98, 98a; *Vogel*, LK, § 17/114-119; *Joecks*, MK, § 17/94. *Lenckner/Sternberg-Lieben*, hukuka aykırı emri ifanın mazeret nedeni teşkil etmeyeceğini (hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin mazeret değil, onun öncesinde hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu), keza emre uymama nedeniyle astın şahsi olumsuzluk yaşama korkusunun onu yalnızca zorunluluk hali koşulları altında mazur gösterebileceğini, hatayla ilgili olarak ise genel memur hukukunda, emrin teyidi sürecinde ilgili davranışların cezalandırılabilirliğinin ast tarafından bilinebilir olmamasının kusurlu ilgili bir sorun olmadığını (bkz. yukarıda hukuka aykırı bağlayıcı emirle ilgili görüşler), ancak burada astın sınırlı bir denetim yükümünün olmasının bir sonucu olarak belirli koşullardaki hataların, genel hata kurallarının ötesinde kusur oluşumunu engelleyebildiğini belirterek ilgili hükümleri farklı hata ihtimalleri çerçevesinde değerlendirmişlerdir (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/121). Burada söz konusu hükümlerdeki bilme ve özellikle bariz olma koşulunun, Alman CK § 17'ye kıyasla kaçınılmazlığın koşullarını ast lehine daralttığı belirtilmektedir. *Roxin*, bu koşulların her kaçınılabilir hatanın değil, yalnızca kolayca kaçınılabilir hatanın cezalandırılmasına yol açtığını, bunun, savunduğu kusur teorisi çerçevesinde kaçınılabilir bir hatanın da önleyici olarak katlanılabilir ise cezasızlığı sonuçlayabileceği doğrultusunda bir durum olduğunu, burada kanun koyucunun temel sorumluluğu emri verenin taşınmasından hareket ettiğini, kanunun bu durumda da geniş anlamda tüm sorumluluğu kapsayıcı bir kusur kavramı kullandığını, zira kanunda failin yalnızca emrin bariz hukuka aykırılığı halinde kusurlu sayılacağını belirtilmesinin, diğer hallerde, kaçınılabilirlik bağlamında dar anlamda bir kusur bulursa da sadece ceza sorumluluğunu dışarıda bıraktığı anlamına geldiğini ifade etmiştir (*Roxin*, § 21/74). Belirtilen hükümlerin Alman CK § 17'den farklı olmasının gerekçesi olarak, astın özel motivasyon baskısı altında olması ve asıl sorumluluğun amirde bulunması, keza askerler ve kolluk memurları açısından işlevsel hiyerarşi ve kararların hızlı alınması için bunun bir gereklilik olduğu hususunda bkz. *Neumann*, NK, § 17/98; *Vogel*, LK, § 17/114-119; *Joecks*, MK, § 17/94; (bunun kusur kavramının işlevselliğinin bir delili olduğu değerlendirilmesinde birlikte) *Jakobs*, § 19/53. Öte yandan doktrinde, Askeri Ceza Kanunu § 5'i ve özellikle suç niteliğinin bariz olması durumunu yasak hatası kapsamında ve fakat sınırlı kast teorisiyle ilişkili olarak

nedeni hem de yasak hatasının özel düzenlemesi olduğu da savunulmaktadır³⁰. Hukuka aykırı (ve bağlayıcı olmayan) emrin mazeret nedeni veya özel yasak hatası olarak kusura/kusurluluğa etkisi, astın emrin bu niteliğine dair bilgi durumuna bağlıdır. Astın, verilen emrin suç ya da (memurlar ve sivil hizmetliler açısından) kabahat teşkil ettiğini *bilmesi* ve buna rağmen emri ifa etmesi halinde kusurlu olacağı, mazeret nedeninden veya özel yasak hatası düzenlemesinden yararlanamayacağı açıktır³¹. Ancak astın böyle bir bilgisinin

izah eden *Maurach/Zipf*'in görüşü (*Maurach/Zipf*, § 38/28-29) eleştirilmiş, burada yalnızca yasak hatasındaki kaçınılmazlığın koşullarının zayıflatıldığı bir durumun bulunduğu belirtilmiştir (*Roxin*, § 21/74. Aynı yönde *Neumann*, NK, § 17/98; *Vogel*, LK, § 17/115).

³⁰ *Jescheck*, emrin ifası mazeret nedeninin kaçınılmaz yasak hatasının bir çeşidi olmadığını, bilakis kendine özgü bir mazeret nedeni olduğunu, yalnızca astın emrin her fiili tüm koşullarda hukuka uygun kılacağına dair hatasının (“emir emirdir”) bir emir hatası olarak düşünülebileceğini, ne var ki bugün için bu hatanın kaçınılmaz olarak kabul edilemeyeceğini savunurken (*Jescheck*, § 46, I, 4), *J-Weigend*, bunun aynı zamanda yasak hatasının özel düzenlemesi olduğunu, zira burada Alman CK § 17, cümle 2’den farklı olarak, astın ilave bir düşünmeye gerek olmaksızın (bariz olma hali) kaçınılabılır bir hata içinde olduğunda cezalandırıldığını belirtmektedir (*Jescheck/Weigend*, § 46, I, 4). *Weigend*, bir başka çalışmasında, bağlayıcı olmayan emrin yerine getirilemeyeceğini, emri ifa edenin cezasızlığının yalnızca hatalı bir şekilde emrin bağlayıcı olduğunu düşünmesi halinde gündeme geleceğini, bu durumda ast için özel bir mazeret nedeninin bulunduğunu, zira astın itaat yükümünü yerine getirmek isteğiyle hareket ettiğini, buna karşılık eğer ast, emredilen davranışı haksızlık olarak değerlendirmiyorsa özel mazeret nedenine ihtiyaç olmadığını, Askeri Ceza Kanunu § 5 ve Milletlerarası Ceza Kanunu § 3’teki özelliğin, Alman CK § 17’deki katı kıstasın astın özel durumu sebebiyle yumuşatılması olduğunu, failin yalnızca hatadan kaçınabildiğinde değil, hukuka aykırılık bariz olmadıkça, taksirli bilmeme halinde de kusursuz kabul edildiğini belirtmiştir (*Weigend*, MK, VStGB § 3/13).

³¹ Bu bağlamda doktrinde kendine özgü mazeret nedeni ve aynı zamanda yasak hatasının özel şekli görüşüne karşı olarak, mazeret nedenleri ile kusurluluğu/kusuru engelleyen nedenler ayrımı yapıldığında emrin ifasının kusurluluğu engelleyen neden olarak kabul edilmesi gerektiği, zira burada yasak hatasındaki gibi bir durumun olduğu itirazı ileri sürülmüştür (*Ambos*, 221; benzer şekilde *Lackner/Kühl*, § 13/27). Bu itiraza cevap olarak, burada kusur kınamasının tümüyle devre dışı kalmadığı, failin kendi fiilinin haksızlığını en azından bilebilecek durumda olduğu, aksi takdirde zaten yasak hatasına ilişkin Alman CK § 17’nin gündeme geleceği, astın bilme imkânını tam olarak kullanmamasına rağmen, emir durumu sebebiyle baskı altında olmasına ve kapsamlı bir denetim fırsatı olmaksızın hemen karar vermesine bağlı ilave kusur azalması nedeniyle mazur görüldüğü ifade edilmiştir (*Weigend*, MK, VStGB § 3/15). Aynı konuda *Gropp*, bağlayıcı olmayan emre dayalı mazeret nedeninin, diğer mazeret nedenlerinden yapısal bir farklılık taşıdığını, burada motivasyon baskısı altında bir hareket gerekmediğini, fakat bunun kusurluluğu engelleyen bir neden olarak tasnifinin de ikna edici görünmediğini, çünkü kusurluluğu engelleyen nedenlerde haksızlık azalmasının söz konusu olmadığını, oysa bağlayıcı olmayan emri ifade yine de itaat yükümünü yerine getirme isteği çerçevesinde bunun mevcut olduğunu, bu sebeple sözü edilen nedenin hem kendine özgü mazeret nedeni hem de yasak hatasının özel düzenlemesi olarak değerlendirildiğini (*Gropp*, § 7/99) ileri sürmüştür.

³¹ Buradaki bilmenin, ilgili içtihatlarla atıfla kesin bir bilgiyi (sichere Kenntnis) ifade ettiği, astın bu hususta şüpheye sahip olmasının ve bunu mümkün veya muhtemel kabul etmesinin yeterli olmadığı konusunda bkz. *Jescheck/Weigend*, § 46, II, 2; *Jakobs*, § 19/54; *Schölz*/

olmaması ve fakat gerekli dikkati göstermesi halinde bunu bilebilecek olması durumunda, genel memurlarda *bilinebilir* (erkennbar) olma, askerler, sivil hizmetliler ve doğrudan zor kullanmada kolluk ve infaz görevlileri (ve keza VStGB § 3³²)³³ açısından ise bunun kendilerince bilinen koşullara göre *bariz* (offensichtlich) olması halinde kusur kınaması gerçekleşecektir³⁴. Bariz olma, her türlü şüphenin ötesinde, herkesin ayrıca düşünmeksizin, hemen, kolayca bilebileceği bir durumu ifade etmektedir³⁵. Fakat bariz olma hususu değerlendirilirken, astın olaya ilişkin bilgisi, kendince bilinen koşullar da

Lingens, § 5/9; *Dau*, MK, WStG § 5/7; *Walter*, 281. *Weigend*, bilme halinde kusurlu olmadan bahsedene WStG § 5 açısından baskın görüşün kesin bilgiyi aradığını, ancak VStGB § 3'te bilmeme halinde kusursuzluktan söz edildiğini, burada hâkim görüşün Alman CK § 17 açısından da kabul ettiği gibi nispi bir bilincin cezalandırılabilirlik için yeterli olduğunu ileri sürmüştür (*Weigend*, MK, VStGB § 3/21).

³² VStGB § 3'te askeri emirlerin yanı sıra karşılaştırılabilir fiili bağlayıcılık etkisi olan emirlerden de söz edilerek, benzer nitelikteki sivil amirlerin emirleri de aynı kapsamda değerlendirilmiştir. Söz konusu hükme göre de ast, olumsuz bir ifade biçimiyle emrin hukuka aykırılığını bilmemesi (sübjektif koşul) ve emrin hukuka aykırılığının bariz olmaması (objektif koşul) halinde mazur görülecektir (*Weigend*, MK, VStGB § 3/17, 27).

³³ Aynı yönde ki eyalet düzenlemeleri (örneğin PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59) bağlamında bunlara polisler de ilave edilmelidir.

³⁴ Bilinebilirlik için, memurun emrin hukuka uygunluğuna karşı düşünmeye onu zorlayabilecek emarelerin önemli olduğu belirtilmiştir. Sivil alanda memurlar açısından mazeret etkisinin sınırlarının dar olmasının gerekçesi olarak ise, kural olarak memurların kendilerine verilen emirleri denetleme zamanına ve imkânına sahip olmaları, sivil devlet yapısının karşı fikirler nedeniyle aksamayacağı, bilakis bir hukuk kurumu olarak kendi otoritesi içinde güçleneceği gösterilmiştir. Fakat askeri alanda durumun farklı olduğu, zira burada asta emri denetleme hakkının tanınmayabildiği belirtilmiştir. Bu bağlamda 1940 tarihli Alman Askeri CK § 47 uyarınca astın *yalnızca*, amirin emir aracılığıyla bir cürüm veya cünhayı "amaçladığına" dair *kesin bilgisi* sorumluluk doğururken, yürürlükteki hukukta kendince bilinen koşullara göre *bariz* olma koşulunun arandığı, askerlerin sorumluluğunun memurlara göre daha ılımlı, fakat 1945'e kadar geçerli askeri ceza hukukuna göre daha katı ele alınmasının sebebinin, askeri hizmetlerin, bir hukuk devletinde anlaşılması lazım gelen tarzdaki gereklerinde yattığı, astın denetim hakkının bugün de askeri hizmetlerinin yapısıyla bağdaşmayacağı, buna karşılık vicdansızlık ve hukuki körlüğün askeri alanda da mazur görülemeyeceği, fiilin kusur içeriğinin, bariz ceza hukuku ihlalinde, fiil emir üzerine işlense dahi, astın hukuk anlayışındaki mazur görülemez eksiklikte yer aldığı, bu düzenlemenin şartları aynı olmasa da kolluk memurları açısından da geçerli olduğu belirtilmiştir. Keza bariz ceza hukukunu ihlal eden emirlerde astın sorumluluğunun taksirli suçlarda da geçerli olduğu vurgulanarak, asta trafikte bir yayanın ölümüne yüksek bir ihtimalle yol açabilecek şekilde sürmesi yönünde kabahat teşkil eden bir emir verilmesi hali örnek gösterilmiştir (*Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3). Bariz olma düzenlemesinin arkasında yatan düşüncenin, eski Alman Askeri CK § 47 döneminde yaşanan tecrübeler ışığında astın fiilin suç niteliğini bilmemeye dayalı hukuki umursamazlığının ve hukuki körlüğünün önüne geçmek olduğu hususunda bkz. *Dau*, MK, WStG § 5/10.

³⁵ *Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3b; *Schölz/Lingens*, § 5/13; *Ambos*, 221; *Weigend*, MK, VStGB § 3/24; *Dau*, MK, WStG § 5/10; *Neumann*, NK, § 17/98; *Vogel*, LK, § 17/116.

dikkate alınacaktır³⁶.

Nihayet Askeri Ceza Kanunu'nun (WStG) 5. paragrafının 2. fıkrası uyarınca astın mazeret nedeninden veya özel yasak hatasından yararlanamaması, dolayısıyla kusurlu olması halinde, eğer kusuru, emrin ifası sırasında bulunduğu özel durum dikkate alındığında az ise, mahkeme cürümlerde cezayı, Alman CK § 49/f.1'e göre indirebileceği gibi, cünhalarda cezayı kaldırabilir. Burada astın suç oluşturan emri ifa sırasında bulunduğu, örneğin ağır bir çatışma hali, geceleyin ani baskına maruz kalma, yüksek zayıat sebebiyle yıpranma, uzun süren operasyon sebebiyle yorgunluk gibi olağan olmayan, özel durumların norma uygun irade oluşturmayı, bunun beklenebilirliğini önemli ölçüde zorlaştırmasına bağlı olarak kusurun azalması sebebiyle takdiri bir ceza indrimi veya cezanın kaldırılması söz konusu olabilecektir³⁷.

³⁶ İlgili kanun maddelerinde (SG § 11, WStG § 5, ZDG § 30 StVollzG § 97, UZwG § 7, keza polislerle ilgili eyalet kanunlarına örnek olarak PAG § 62, HSOG § 56, PolG NRW § 59), astın "kendince bilinen koşullara göre" (nach den ihr/ihm bekannten Umständen) bariz olmasından söz edilmesi, konunun sübjektif açıdan da değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Buna göre bariz olma öncelikle objektif olarak, ortalama veya özenli bir kişi (asker) esas alınarak incelenecek, ardından ortaya çıkan durum, astın olaya ilişkin özel bilgisiyile ilişkilendirilecektir. Başka bir deyişle ortalama bir asker soyut olarak değil, astın olay açısından önemli bilgileriyle birlikte ele alınacak ve bu şekilde bireysel olarak kolayca bilinebilecek bir durumun olup olmadığı saptanacaktır. Kendince bilinen koşullar ifadesi, esasen astın olayın geçmişi, komuta durumuna, eğitimine dayalı özel, uzmanlık bilgisi ile arka plan bilgisini kapsamaktadır (*Schölz/Lingens*, § 5/12-13; *Dau*, MK, WStG § 5/10; *Weigend*, MK, VStGB § 3/24). Konunun, hatadan kaçınılabilirlik bağlamında astın sorumluluğunu sınırlayıcı yönde yapılan bir değerlendirmesi için bkz. *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/121. VStGB § 3'te bariz olmaya dair sübjektif kritere yer verilmemiş olmakla birlikte doktrinde bunu objektif kriterin failin şahsında bireyselleştirilmesi açısından dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. *Weigend*, MK, VStGB § 3/24; *Vogel*, LK, § 17/118. Öte yandan bariz olma ve astın kişisel bilgi durumu, duvar koruma davaları (Mauerschützen-Fälle) olarak bilinen ve Berlin Duvarıyla ilişkili olarak Doğu Almanya'da (Alman Demokratik Cumhuriyeti'nde – DDR) sınırda görev yapan askerlere, sınırdan geçip ülkeden kaçmaya çalışan vatandaşlara yönelik ateş emri verilmesi olaylarına ilişkin yargılamalar kapsamında özel olarak tartışılmıştır. Bkz. *S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/89a, 121; *Joecks*, MK, § 17/96; *Rönnau*, LK, Vor § 32/297, dn. 1154; *Kühl*, § 9/118e, § 12/159; *Gropp*, § 7/97, dn. 123.

³⁷ *Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3c; *Jakobs*, § 20/55; *Schölz/Lingens*, § 5/14-17; *Dau*, MK, WStG § 5/11-13. Cünhalarda cezanın kaldırılabilmesinin, failin kusurunun, özel durum sebebiyle herhangi bir cezanın verilmesinin haksızlık olarak gözükebilecek düzeyde az olması, neredeyse mazeret nedeni olan zorunluluk halinin sınırlarına ulaşılması durumunda gündeme geleceği (*Schölz/Lingens*, § 5/17) ifade edilmiştir. Diğer taraftan, ifası suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin, yalnızca koşulları varsa emre dayalı zorunluluk hali kapsamında mazeret nedeni teşkil edebileceğine (*Jescheck/Weigend*, § 46, II, 3c) de işaret edilmektedir.

II. İTALYAN CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İtalyan Ceza Hukuku'nda emrin ifası, esas itibariyle İtalyan Ceza Kanunu'nda düzenlenmekte olup, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'yla büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir³⁸. Aşağıda ilgili hükümlere değinildikten sonra, kısaca konuyla ilgili değerlendirmeler yer verilecektir.

A. Kanuni Hükümler

Emrin ifası, 1930 tarihli *Rocco Kanunu* olarak da anılan **İtalyan Ceza Kanunu**'nun (Codice Penale)³⁹ 51. maddesinde "Hakkın icrası ve görevin ifası" başlığı altında düzenlenmektedir⁴⁰. Dört fıkradan oluşan maddenin 1. fıkrasında, bir hakkın icrasının veya bir hukuk normuyla ya da kamu otoritesinin (merciinin) *hukuka uygun bir emriyle* yüklenen bir *görevin ifasının* cezalandırılabilirliği engellediği belirtilmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında *suç* oluşturan bir fiilin, ilgili merciin (makamın) emriyle işlenmesi halinde, suçtan dolayı her zaman *emri veren* kamu görevlisinin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak maddenin 3. fıkrasında, söz konusu suçtan *emri yerine getirenin* de ayrıca sorumlu olduğu, fakat fiili *hata* sonucu *hukuka uygun bir emre itaat ettiğini sanmanın* bunun dışında kaldığı ifade edilmiştir.

Son olarak maddenin 4. fıkrasında ise, kanun emrin *hukuka uygunluğu* hakkında hiçbir *denetime izin vermediğinde*, hukuka aykırı emri *ifa edenin* cezalandırılabilir *olmadığı* öngörülmüştür.

Bu hükmü askerler açısından tamamlayıcı bir düzenleme 11 Temmuz 1978 tarih ve 382 sayılı Kanun olan **Askeri Disiplin Hakkında Prensipten Normları (Norme di principio sulla disciplina militare)** m.4'te yer almaktadır. Maddede askerin cumhuriyet kurumlarına mutlak sadakat

³⁸ Aynı yönde *Bozbayındır*, 129.

³⁹ İtalya'da ceza kanunlarının, onların içeriği belirleyen kişilerle anılması geleneğinin bir parçası olarak yürürlükteki Ceza Kanunu da ilgili dönemde Adalet Bakanı olan *Arturo Rocco*'nun adıyla (codice Rocco) zikredilmektedir. Mülga 765 sayılı TCK'nın mehzazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu da yine dönemin Adalet Bakanı olan *Giuseppe Zanardelli*'ye atfen *Zanardelli Kanunu* (codice Zanardelli) olarak anılmaktadır. Bkz. *Maiwald*, 21, 26. Karş. *Taner*, 151; *Dönmezer/Erman*, kn. 199; *Yüce*, 64.

⁴⁰ Hükmün Türkçe çevirisi için bkz. *Pisapia* (çev. Atıf Akgüç), 138, 141, 142. Karş. *Dönmezer/Erman*, kn. 771; *Erem/Danışman/Artuk*, 564, dn.23. Almanca çevirisi için bkz. Das italienische Strafgesetzbuch, (Übers. Roland Riz), 47; *Jarvers*, 171. Ayrıca bkz. *Maiwald*, 101-102.

görevine, sorumluluk bilinci, disiplin ve hiyerarşik ilişkiye, keza emirlerin normlara uygun olmasına vurgu yapıldıktan sonra, 5. fıkrada *açıkça devlet kurumlarına yönelik* olan veya ifası her halükârda *açıkça suç* oluşturan bir emir verilen askerin, söz konusu emri *ifa etmemekle* yükümlü olduğu ve derhal amirlerini bilgilendirmesi gerektiği düzenlenmiştir⁴¹.

B. Değerlendirme

Yukarıda değinilen hükümler çerçevesinde İtalyan Ceza Hukuku'nda emrin ifası kurumuna bakıldığında, hukuka uygun ve hukuka aykırı emirler arasında katı bir ayırım yapıldığı ve keza astın emri denetleme yetki ve yükümlünün olup olmamasına göre sorumluluğun farklı düzenlendiği görülmektedir⁴².

Her şeyden önce şekli ve maddi açıdan *hukuka uygun* olan kamusal bir emrin⁴³ yerine getirilmesi -kaynağını doğrudan hukuk normlarından alan görevlerin yapılması gibi- görevin ifası olarak bir *hukuka uygunluk nedeni* teşkil etmektedir (m.51/f.1)⁴⁴.

Buna karşılık *hukuka aykırı emir* konusunda detaylı düzenlemeler (m.51/f.2-4) yapılmış olup, işlenen suçtan esas itibariyle emri veren sorumlu tutulmuştur (m.51/f.2). Emri yerine getiren açısından ise emrin hukuka uygunluğunun denetlenebilirliği belirleyici bir rol oynamaktadır⁴⁵. Bu bağlamda *bağlayıcı olmayan* ve *bağlayıcı emir* ayırımı da yapılmaktadır⁴⁶. Denetlenebilir (bağlayıcı olmayan) emirlerde, kural olarak hukuka aykırı emri yerine getiren de işlenen suçtan sorumludur. Zira burada emri ifa eden yalın bir icracı konumunda olmayıp, emrin şekli ve maddi açıdan hukuka

⁴¹ Söz konusu hüküm Barış Zamanı Askeri Ceza Kanunu'nun (Codice Penale Militare di Pace) görevin ifasına dair aynı yöndeki 40. maddesinin yerine geçmiştir. Askeri Ceza Kanunu'nun 40. maddesi, yukarıda değinilen Askeri Disiplin Hakkında Prensip Normlarına ilişkin Kanun'un 22. maddesiyle ilga edilmiştir. Bkz. *Gaeta*, 176, dn.7. Karş. *Jarvers*, 173; *Pisapia*, 142.

⁴² *Jarvers*, 171; *Maiwald*, 102; *Pisapia*, 141.

⁴³ Emrin, maddede de işaret edildiği üzere kamu hukukuna dayalı, kamusal bir makam tarafından verilmiş olması gerekir. Özel hukuk ilişkileri, örneğin işverenin emirleri bu kapsamda değildir (*Maiwald*, 102; *Jarvers*, 172). Ancak söz konusu hükmün, örneğin polis ve askerlerde olduğu gibi özel hiyerarşik ilişkilerde verilen emirlerin yanı sıra, polisin vatandaşa yönelik emirleri için de uygulanabilir olduğu belirtilmektedir (*Jarvers*, 172).

⁴⁴ *Maiwald*, 100, 102; *Jarvers*, 171. Karş. *Pisapia*, 138, 141, 143. Hukuka uygun emir veren amirin de görevini ifa ettiği hakkında *Jarvers*, 173.

⁴⁵ Bu noktada özellikle 51. maddenin 4. fıkrası bu ayırma temel oluşturmaktadır. Karş. *Maiwald*, 102; *Pisapia*, 142.

⁴⁶ *Pisapia*, 142-143; *Jarvers*, 172.

uygunluğunu denetlemek, hukuka aykırı emre uymamakla yükümlüdür⁴⁷. Ancak emri yerine getiren bu konuda fiili bir *hataya* düşmüşse sorumluluktan kurtulmaktadır (m.51/f.3)⁴⁸.

Emri ifa edeni sorumluluktan kurtaran ikinci bir hal, kanunen emrin hukuka uygunluğunun denetlenebilir olmamasıdır. Bu durumun polisler ve askerlerdeki hiyerarşik ilişkilerde söz konusu olduğu belirtilmiştir⁴⁹. *Hukuka aykırı bağlayıcı emir* (ordini illegittimi insindacabili) olarak anılan bu durumun hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup, **hukuka uygunluk** ve **mazeret nedeni** görüşleri ileri sürülmüştür. Doktrinin bir kısmı, burada emre derhal itaatteki yararın, ceza normuyla korunan yarardan üstün olduğundan hareketle kişisel bir hukuka uygun nedeninden söz etmektedir. Karşı görüş ise, burada hukuka uygun nedenlerindeki tipik değer karşılaştırmasından ziyade astın içinde bulunduğu kişisel durumun dikkate alınması gerektiğini, itaat yükümü dolayısıyla güçlü bir ruhi baskının astın hareketini etkilediğini ve onun hukuka uygun davranmasını engellediğini savunmakta, söz konusu hükmü mazeret nedeni olarak nitelendirmektedir⁵⁰.

Bununla birlikte sözü edilen hükmün birtakım sınırlarının olduğu, her şeyden önce *şekli* açıdan, örneğin emrin yetkili bir merciden verilmesi yönüyle hukuka uygunluk denetiminin yapılabileceği, içerik bakımından ise emrin *açıkça suç* teşkil etmesi halinde itaat yükümünün bulunmadığı doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir⁵¹. Nitekim yukarıda yer verilen Askeri Disiplin Hakkında Prensiplere Normları m.4'te bu yönde açık bir düzenleme yapılmıştır⁵². Öte yandan doktrinde emrin bariz suç oluşturduğu, herkesin bilebileceği hallerin yanı sıra, astın emrin hukuka aykırılığı hususunda somut

⁴⁷ *Jarvers*, 172. Yazar bu durumun, gerek hukuka aykırı emri reddetme yükümlülüğü olan ast gerekse hukuka aykırı polis emirlerine uymayabilecek olan vatandaş açısından geçerli olduğunu belirtmektedir.

⁴⁸ *Pisapia*, söz konusu hata hükmünün yalnızca bağlayıcı olmayan emirler için geçerli olduğunu, emrin hukuka uygunluğunu (meşruiyetini) kontrol hakkı mevcut olmayan bağlayıcı emirlere teşmil edilemeyeceğini, zira astın bu emirleri ifaya mecbur olduğunu belirtmiştir (*Pisapia*, 142). Yazar ayrıca burada söz konusu olan hata bakımından Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedenlerinde hatayı da düzenleyen 59. maddesine atıf yapmıştır (*Pisapia*, 143). *Jarves* ise tipiklikte hataya (m.47) işaret etmiştir (*Jarvers*, 172). Karş. *Maiwald*, 102. Her iki hata hükmünde (m.47/1, 59/4) de taksirli sorumluluk saklı tutulmuştur.

⁴⁹ Polis ve askerlerle ilgili kanun hükümleri için bkz. *Jarvers*, 172. Karş. *Pisapia*, 143.

⁵⁰ *Jarvers*, 171, 173. Karş. *Maiwald*, 102.

⁵¹ *Pisapia*, 142-143; *Maiwald*, 102; *Jarvers*, 173.

⁵² Bu Kanunun yürürlüğünden önce Barış Zamanı Askeri Ceza Kanunu m.40'ta bu yönde açıklık vardı (*Pisapia*, 142). Karş. *Gaeta*, 176, dn.7; *Günel*, 126.

olayda *özel* bir bilgisinin olduğu hallerde de itaat mecburiyetinin bulunmadığı ileri sürülmektedir⁵³.

III. TÜRK CEZA HUKUKU'NDA EMRİN İFASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Türk Ceza Hukuku'nda emrin ifası, temelde Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, memurlara, polis ve askerlere ilişkin mevzuatta da konuyla ilgili hükümler bulunmaktadır. Aşağıda öncelikle ilgili düzenlemelere değinilecek, ardından öğretilerdeki görüşler değerlendirilecektir.

A. Kanuni Hükümler

Emrin ifası, maddi ceza hukuku açısından 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun (TCK'nın) "Kanunun hükmü ve amirin emri" başlığını taşıyan 24. maddesinin 2 ila 4. fıkralarında öngörülmektedir⁵⁴. Buna göre yetkili bir merciden verilip, *yerine getirilmesi görev gereği zorunlu* olan bir emri *uygulayanın* sorumlu olmayacağı (f.2), buna karşılık konusu *suç* teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde *yerine getiren* ile *emri verenin* sorumlu olacağı (f.3) düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasında ise emrin *hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği* hallerde, yerine getirilmesinden *emri verenin* sorumlu olacağı ifade edilmiştir⁵⁵. Belirtmek gerekir ki bu hüküm, TCK'daki birçok maddenin

⁵³ Pisapia, 142.

⁵⁴ Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: "Hükümet Tasarısının 'Kanunun hükmü ve amirin emri' başlıklı 27 nci maddesinin iki ve üçüncü fıkraları değiştirilmiştir. Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır. Amirin emri, hukuka aykırı olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından bağlayıcı olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri 'yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir'ler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir 'emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz' (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir. Hükümet Tasarısındaki hükümde, bu durumda emri verenin sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir ifadeye yer verilmişti. Yapılan değişiklikle bu yanlışlık düzeltilmiştir.

^Emir, hukuka aykırı olmanın yanı sıra, ayrıca suç da teşkil edebilir. Anayasamız, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesine 'hiçbir surette' izin vermemektedir (madde 137, fıkra 2). Bu durumda emri 'yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz'. Maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle Anayasamızın söz konusu hükmüyle paralellik sağlanmıştır".

⁵⁵ Mülga 765 sayılı TCK m.49'da, salâhiyettar bir merciden verilip *infazı vazifeten zaruri* olan

aksine Hükümet Tasarısıyla küçük bazı ifade farklılıklarıyla birlikte aynı içeriğe sahip olup, yürürlükteki maddenin yorumunda Tasarı gerekçesinden de yararlanılabilir⁵⁶.

bir emri *icra suretiyle işlenen fiillerden* dolayı *faile* ceza verilemeyeceği (f.1, bent 1) belirtilmiş, maddenin 2. fıkrasında ise, bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir *hilafî kanun* olduğu takdirde neticesinden hâsıl olan *cürme* müterettip cezanın *emri veren amire* hükmolunacağı öngörülmüştür. Öte yandan maddenin 2. fıkrasının mehz Kanundaki karşılığı kısmen farklı olup, mehz hükümde emrin suç oluşturmasından söz edilmektedir. Bkz. *Majno*, 562. Hükmün doğru çevrilmediği hakkında *Erem/Danışman/Artuk*, 562, dn. 16. Bu durumun sonucu etkilemediği görüşü için *Günal*, 97, dn. 151 bis.

¹858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda ise bu konu özel hükümlerde bazı suç tiplerinde düzenlenmiştir. Örneğin Kanunun 99. maddesinde, “Büyük ve küçük memurinden her kim olur ise olsun, evamir-i devlet ve ahkâm-ı kavanin ve nizamat icrasına ve her nevi emval-i mürettebenin tahsiline muhalefet için sarf-ı nüfuz ve kuvve-i müessire edecek ve ettirecek olur ise, muvakketen haps cezasıyla mücazat olunur. Ve eğer memurların bu vechile hareketi *amirlerinin emriyle zaruri ve mecburi vuku bulmuş* ise, bu ceza bu makulelerin hakkında cari olmayıp ibtida *emir kimden zuhur etmiş ise, onun hakkında* icra kılınır. Ve eğer bu misillü bir hareket daha ağır bir cinayeti müeddi olur ise o ağır cinayetin cezası hüküm ve icra olunur” hükmü yer alırken, 103. maddesinde, “Mehakim ve mecalis erbabından ve sair memurin-i devletten biri, müttehem olan eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeyi hüküm veyahut icra eder ise, muvakkaten kal'a-bendlik ve müebbeden rütbe-i memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mücazat olunur. Ve bunu *ma'yyet memurları* ma-fekinde bulunan *amirlerinin emriyle* yapmış ise bu cezalar bu *emri eden kimse hakkında* icra kılınır. Ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise, buna cüret eden memur hakkında kâtil yahut cârih cezası dahi icra edilir” denmektedir. Keza konut dokunulmazlığını ihlal suçuyla ilgili olarak 105. maddede, “Her bir memur, kavanin-i mülkiye ve askeriye ve müesses olan zabtiye nizamının cevaz verdiği hususattan gayri ahvalde ve kavanin ve nizamatın tayin ettiği usulden başka olarak memuriyeti sıfatı ile bir kimsenin hanesine cebren girer ise, altı aydan üç seneye kadar haps olunur. Ve bunun *amirinin emri ile yapmış olduğu* tebeyyün eder ise, *kendisi* cezadan *ma'fiv tutulup* amiri her kim ise bu ceza *onun hakkında* icra olunur. Ve memurinin gayri dahi her kim olur ise olsun, ya ihafe veyahut cebr ile kimsenin hanesine girer ise, bir haftadan altı aya kadar hapis ile mücazat olunur” hükmü bulunmaktadır. Nihayet öldürme ve yaralama fiilleriyle ilgili olarak Kanunun 184. maddesinde, “Bir kimse *amir-i mücbirin emriyle* bir şahsı katletse, katil cezası *amiri hakkında* icra olunur. Amir-i mücbir, memuru emrine muhalefet ettiği takdirde itlafına muktadir olan kimse demektir. Bundan maada suretlerde *memur* olan kimse *mazur olmayıp*, katil cezası onun hakkında icra kılınır. Ve bu misillü amir-i gayr-i mücbir hakkında dahi muvakkaten kürek cezası hükmolunur” ifadesine ve m.185'te de “Bir kimesne *amir-i mücbirin emriyle* bir şahsı cerh ya da darp ederse, yara ve beresinin derecesine göre bâlâda mezkûr olan cerh ve darp cezaları *amiri hakkında* icra olunur. Ve eğer *amir-i gayri mücbir* ise, bu cezalar *faili hakkında* icra olunup bu misillü *amir-i gayr-i mücbir olanlar dahi* bir haftadan bir seneye kadar hapis olunur. Fakat kat'ya tatil-i uzuv ile emreden kimse herhalde muvakkaten kürek cezasına müstehak olur” hükmüne yer verilmiştir.

⁵⁶ Hükümet Tasarısının 27. maddesi, “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. / Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan **da** sorumlu olmaz. / **Konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ile emrin veren sorumlu olur.** / Emrin, hukuka uygunluğunun **denetlenmesi** kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” hükmünü içermektedir. Madde gerekçesinde ise; “Maddeyle getirilen hukuka uygunluk nedeni aslında Anayasanın 137 nci

Konuyla ilgili önemli bir düzenleme yine 2005 yılında yürürlüğe

maddesine dayanmaktadır. Maddede, kanunun hükmünü icra edenin herhangi bir suçtan dolayı sorumlu tutulmayacağı açıklanmıştır. Maddede yetkili bir merciden verilen ve memurun görevi gereği yerine getirmek mecburiyetinde bulunduğu emrin icrası halinde de sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Ancak, Anayasanın 137 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereği konusu suç teşkil eden emri verenin de suçtan dolayı sorumlu olacağı şüphesizdir. / Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılabilmesi hâlinde, memurun işlenen suçtan dolayı, hata nedeniyle, sorumlu olmayacağı meydandır. Bu takdirde emri veren suçtan dolayı sorumlu olacaktır. / Anayasal ve kanunî düzenlemeye göre, amirin emrini icra eden kişi, emrin 'yetki', 'konu' ve 'şekil' açısından kanuna uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Değinen denetlemeyi yapmadan hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, emri yerine getiren kişiyi sorumluluktan kurtarmaz. Buna karşılık, belirli gereksinimler nedeniyle, emri icra etmekle yükümlü olan kişinin, emri yerine getirmek konusunda kanun denetimini yapmasını engelleyen ve her durumda emrin uygulanmasını öngören kanun düzenlemeleri vardır. / Örneğin 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununda ve 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda, bu türden hükümler bulunmaktadır. / Bu durumda, emrin hukuka aykırılığını denetleme olanağı bulunmayan bir kişinin, emri yerine getirmesi irade dışı bir davranıştır. Buna karşın bu kişinin hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulması 'ceza sorumluluğunun kişiselliği' kuralına aykırı olur. Belirtilen durumda, suç oluşturan hukuka aykırı eylemin işlenmesinden, sadece emri verenin sorumlu tutulması yerinde görülerek, Tasarının bu maddesine, 'Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.' hükmü eklenmiştir. / Mevzuatta söz gelimi askerî kanunlarda, memurun kendisine verilen emri yerine getirmeye mecbur tutulduğu hâllerdeki istisnalar elbette ki saklıdır. Bu gibi hâllerde, 3 üncü maddede yer alan özel kanunlarla Ceza Kanunu arasındaki ilişkiyi düzenleyici hüküm dolayısıyla özel kanundaki hüküm uygulanacaktır. Bu bakımdan Anayasanın 137 nci maddesinin son fıkrasındaki istisna saklı kalacaktır" ifadelerine yer verilmiştir.

Her ne kadar TCK m.24'ün gerekçesinde "Hükümet Tasarısındaki hükümde, bu durumda emri verenin de sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir ifadeye yer verilmişti. Yapılan değişiklikle bu yanlışlık düzeltilmiştir" (Karş. Sözüer, Einführung, 30) denilmekteyse de her iki metin karşılaştırıldığında bu açıklamanın dayanağı olabilecek tek farklılık, Tasarının 27. maddesindeki emri uygulayan sözcüğünün devamında bulunan (dahi anlamı olan) "da" bağlacıdır. İlgili fıkra tek başına ele alındığında emri uygulayanın, emri veren yetkili merciyle birlikte sorumlu olmayacağı izlenimini verdiği söylenebilir. Ancak bu fıkra bir önceki fıkrayla ve madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde söz konusu bağlacın, emri vereni de sorumluluktan kurtarmaya yönelik olmadığı, maddenin 1. fıkrasına atıfla kanun hükmünü yerine getiren gibi emri yerine getirenin de (dahi) sorumlu olmayacağını belirtmeye dönük olduğu anlaşılmaktadır. Zira aynı bağlaç gerekçede de kanun hükmünü icraya dair açıklamadan sonra yine dahi anlamında kullanılmıştır.

Diğer taraftan gerek yürürlükteki maddenin gerekse Tasarı maddesinin 3. fıkrasında, Anayasanın 137. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm kısmen farklı bir şekilde tekrarlanmaktadır. Anayasada ifade biçimi itibarıyla yalnızca emri ifa edene yönelik bir anlatımla, konusu suç teşkil eden *emri yerine getiren* kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilirken, gerek Tasarıda gerekse Kanunda *emri verenin* sorumluluğuna *da* vurgu yapılmıştır. Nitekim Tasarı gerekçesinde "...Anayasanın 137 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereği konusu suç teşkil eden *emri verenin de* suçtan dolayı sorumlu olacağı şüphesizdir" denilerek bu hususa işaret edilmektedir. Kanunda ise Tasarıdan farklı olarak, Anayasadaki hükme paralel olarak konusu suç teşkil eden emrin *hiçbir suretle* yerine getirilemeyeceği ibaresi eklenmiş, bu durum madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.

giren 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun (CMK'nın) duruşma sonunda verilecek hükümleri öngören 223. maddesinde yer almakta olup, sanık hakkında, yüklenen suçun *hukuka aykırı fakat bağlayıcı* emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi halinde, *kusurunun* bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir (CMK m. 223/f.3, bent b)⁵⁷. Öte yandan CMK'nın çeşitli hükümlerinde muhakeme işlemlerine dair emirler ve özellikle savcının adli kolluğa yönelik emir verme yetkisi de düzenlenmiştir⁵⁸.

Maddi ve şekli ceza hukukuna ilişkin bu düzenlemelerin yanı sıra, kamu görevlilerine ilişkin mevzuatta da birtakım tamamlayıcı nitelikte hükümler bulunmaktadır. Bunların başında kabul tarihi 1965 yılı olan 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu** (DMK) gelmektedir. Kanunun memurlarının görev ve sorumluluklarını düzenleyen (1982 yılında değişiklik geçiren) 11. maddesinde, memurların kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumlu oldukları (f.1) belirtildikten sonra, devlet memurunun amirinden aldığı emri, Anayasa,

⁵⁷ Söz konusu ifade CMK'ya 5353 sayılı Kanunla sonradan eklenmiş olup, söz konusu Kanunun gerekçesinde bu hususta, "5271 sayılı Kanunun 223 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi hali de eklenmiştir. Böylece 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 24 üncü maddesinde kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak öngörülen bu halde verilecek son kararın ne olacağı gösterilmiştir" açıklamasına yer verilmiştir.

⁵⁸ CMK'nın birçok hükmündeki, örneğin m.81 (savcının emriyle fizik kimliğin tespiti), m.91 (gözaltı süresinin uzatılması emri), m.98 (yakalama emri), m.119 ve 127 (arama ve el koyma emri), m.163 (istisnaen soruşturma yapan sulh ceza hâkiminin emri), m.203 (mahkeme başkanı veya hâkimin emri) m.270 (itiraz merciinin emri) gibi emir ifadelerini içeren hükümlerinin yanı sıra, savcı ile adli kolluk arasındaki emir ilişkisi özel olarak tanzim edilmiştir. CMK m.160/f.2 ve m.161/f.1'de savcının *emrindeki* adli kolluk görevlileri marifetiyle delil toplayacağı ve her türlü araştırmayı yapabileceği belirtildikten sonra, m.161/f.2'de adli kolluk görevlilerinin, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri *emrinde çalıştıkları* savcıya derhâl bildirmek ve savcının *adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmesizin yerine getirmekle* yükümlü oldukları ifade edilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında savcının emirleri kural olarak yazılı, acele hallerde sözlü verebileceği, sözlü emirlerin yazılı olarak da bildirileceği düzenlenmiş, 5. fıkra ise savcının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurlarının doğrudan soruşturulacakları öngörülmüştür. Aynı şekilde doğrudan adli kolluğa ilişkin olan 164. maddenin 2. fıkrasında da soruşturma işlemlerinin savcının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılacağı ve adli kolluk görevlilerinin, savcının *adli görevlere ilişkin emirlerini* yerine getireceği belirtilmiş, maddenin 3. fıkrasında adli kolluğun, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrinde olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda 167. madde uyarınca çıkarılan Adli Kolluk Yönetmeliği'nde de benzer hükümler mevcuttur. Karş. mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (CMUK) 154. maddesi bağlamında kolluğun adli ve idari emir ihtilafı bakımından durumu hakkında *Günel*, 82-83.

kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse *yerine getirmeyeceği* ve bu aykırılığı o emri verene bildireceği, amir emrinde *ısrar eder* ve bu emrini *yazı ile yenilirse*, memurun bu emri *yapmaya mecbur olduğu*, ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluğun *emri verene* ait olduğu (f.2) ifade edilmiştir. Devamında ise konusu *suç* teşkil eden emrin, hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği, *yerine getiren kimsenin de* sorumluluktan kurtulamayacağı vurgulanmış (f.3) ve nihayet *acele hallerde* kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için *kanunla* gösterilen istisnaların saklı olduğu (f.4) düzenlenmiştir⁵⁹.

1949 tarihli 5442 sayılı **İl İdaresi Kanunu**'nun (İİDK) 23. maddesi, il idare şube başkanları ve kaymakamların, vali tarafından resen verilen emirlerin kanun, tüzük, yönetmelik ve Hükümet Kararlarına uygun olmadığı içtihadında buldukları takdirde *durumu* valiye *yazacaklarını*, valinin emrin mevzuata uygun bulunduğu *ısrar etmesi* halinde *yazılı olarak emir* vereceğini ve aynı zamanda işi *ilgili mercie* yazacağını, *cevap gelinceye kadar* valinin verdiği *emrin kendi sorumluluğu altında* uygulanacağını düzenlemektedir. Aynı yönde bir hüküm, kaymakamın ilçe idare şube başkanlarına vereceği emirler bakımından da söz konusudur (m.38).

1934 tarihli 2559 sayılı **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu**'nun (PVSK) 2. maddesinde (madde 1965 yılında değişiklik geçirmiştir), polisin genel emniyetle ilgili görevleri belirtildikten sonra, DMK m.11'le hemen hemen aynı içerikte bir hüküm olarak, polisin amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, *yerine getirmeyeceği* ve bu aykırılığı emri verene bildireceği, ancak, amir emrinde *ısrar eder* ve bu emrini *yazılı olarak yenilirse*, emrin *yerine getirileceği*, bu halde emri *yerine getirenin sorumlu olmayacağı*, konusu *suç* teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine getirilmeyeceği, *yerine getirenlerin* sorumluluktan kurtulamayacağı (f.2) ifade edilmiştir. Ancak maddenin son fıkrasında 13 bent halinde birtakım haller sayıldıktan sonra, bu durumlarda yetkili amir tarafından verilecek *sözlü*

⁵⁹ DMK'dan önce yürürlükte bulunan 788 sayılı Memurin Kanunu m.40, "Memur, emir ve talimatname ve nizamname ve kanun hükümlerine mugayir olarak herhangi bir makam veya amirinden bir emir telakki edince onun ahkama mugayeretini kendi amirine bildirir, amir *ısrar ederse* memur *bütün mes'uliyeti kendi amirine ait ve münhasır olduğunu tahriren bildirerek* o emri infaz eder. Bu misillü emirlerin kanunen *cürüm* teşkil eden mevaddan bulunmaması lazımdır. Aksi takdirde memur bu emri *kat'iyen infaz etmez* ve daha yüksek makama keyfiyeti bildirmeğe mecburdur" hükmünü taşımaktaydı. Öte yandan maddede amirin emrinin yazılı tekrarının öngörülmemesi, aksine yazılı bildirim yükümünün memura yüklenmesi hükmü, Anayasa Mahkemesince 1961 Anayasasının konuyla ilgili 125. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir (AYM, 22.5.1963, 205/123).

emirlerin derhal *yerine getirileceği*, bu emirlerin *yazılı* olarak verilmesinin *istenemeyeceği*, bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluğun *emri verene* ait olduğu belirtilmiştir.

Askerler açısından ise öncelikle 1961 tarihli 211 sayılı **Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu**'nun (TSKİHK'nın) astın görevlerini düzenleyen 14. maddesine değinmek gerekir. Maddede göre astın; amir ve üstüne⁶⁰ umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlere *mutlak surette itaate* ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine *mutlak itaate* mecbur olduğu (f.1), muayyen olan *vazifeleri*, aldığı *emri*⁶¹ vaktinde yapacağı ve değiştiremeyeceği, haddini aşamayacağı vurgulandıktan sonra, icradan doğacak mesuliyetlerin *emri verene* ait olduğu (f.2) ifade edilmiştir. Maddede ayrıca itaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketlerin cezai müeyyidelerle men olunacağı (f.3) belirtilmiştir⁶². Konumuz açısından çok önemli bir hüküm, 1930 tarihli 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun (AsCK'nın) iştirake dair 41. maddesinde yer almaktadır. Madde iştirak konusunda 765 sayılı TCK'nın ilgili hükümlerine yollama yaptıktan (f.1) sonra, emrin ifasına özgü önemli düzenlemelere yer vermektedir. Buna göre *hizmete müteallik* hususlarda verilen emir bir *suç* teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden *emir veren* sorumludur (f.2). Ancak, ast kendisine verilen emrin *sınırlarını aşmışsa* (f.3, bent A), amirin emrinin adli ve askeri bir *suç maksadını* ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince *malum* ise (f.3, bent B) müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Ancak bu maddenin, AsCK ek m. 8 ve ek m.10 uyarınca zımnen ilga edildiği, bunun yerine TCK'nın iştirake ve emrin ifasına dair maddelerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılabilir⁶³. Buna karşılık, söz konusu hükmün emrin

⁶⁰ TSKİHK amir ve üst kavramlarını ayırarak, *amiri* makam ve memuriyet itibarıyla emretmek salahiyetini haiz kimse (m.9) olarak tanımlamış, *üst* tabirinin ise rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterdiğini (m.10) belirtmiştir. Aynı maddelerde amirin emri altındakilere *maiyet* deneneceği, *astın* ise üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimse olduğu düzenlenmiştir.

⁶¹ Kanunda emir deyimi, *hizmete* ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesi şeklinde tarif edilmiş (m.8), hizmet ise kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler (m.6) şeklinde açıklanmıştır.

⁶² Bu hüküm bağlamında itaat ile ilgili detaylar Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin (TSKİHY'nin) 4 ila 12. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Örneğin 10. maddede astın, aldığı bir emirden dolayı âmirine mütalâada bulunmasının kesinlikle yasak olduğu, emrin doğruluğuna yönelik bir davranışta bulunamayacağı vurgulanmıştır.

⁶³ *Değirmenci*, Emre İtaatsizlik, 14-15; *Kangal*, 145; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 475, 481. Karş. *Bozbayındır*, 133. Öte yandan TCK'nın genel hükümlerine atıf yapan ek m.8'in

denetlenmesinin engellendiği hallerde astın sorumsuzluğunun istisnalarını (ve sınırını) göstermesi itibarıyla TCK m.24'ü (özellikle f.4'ü) tamamlayıcı bir nitelik taşıdığı⁶⁴, işbirake dair ifadeler dışında bu hükmün TCK ile çatışmadığı, dolayısıyla bununla sınırlı olarak yürürlükte olduğu da düşünülebilir⁶⁵.

Jandarma, askeri açıdan yukarıda değinilen mevzuata tabi olmakla birlikte idari ve adli (kolluk) görevleri bakımından farklı hükümler öngörülmüştür⁶⁶. Konuyla ilgili olarak 2803 sayılı Kanun'a dayalı olarak çıkarılan 1983 tarihli **Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği**'nin (JTGY) 143. maddesinin 3. fıkrası, il jandarma alay komutanlarının, valiler tarafından kendilerine doğruca yapılan *istekleri*, kanun ve nizamlara aykırı gördüklerinde *durumu bir yazı ile valilere bildirecekleri*, valilerin *isteklerinin kanun ve nizamlara uygun olduğunda ısrar ettiklerinde yazılı istekte*

mevcudiyetine rağmen ek m.10'un öngörülme amacı, TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca ortaya çıkan zımni ilga etkisi sebebiyle bu hükmün uygulama kabiliyetinin sağlanmasıdır.

⁶⁴ Nitekim TSKİHY m.33, emre itaatın sınırları konusunda AsCK m.41/f.3, bent B'ye atf yapmaktadır. Buna göre emirlerin hizmete yönelik olmasından başka, kural olarak *kanun ve nizamları* ihlâl etmemesi gerektiği, ancak *AsCK m.41/b kapsamına giren haller haricinde* astın, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri *ifa edeceği* ve ondan sonra şikâyet yoluna başvurması gerektiği ifade edilmiştir (f.1). Maddenin 2. fıkrasında ise, amirin verdiği emrin *AsCK m.41/b kapsamına giren hallerle ilişkin* olması halinde emrin *ifa olunmayacağı* ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire bilgi verileceği, bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün sorumluluğun *asta* ait olacağı düzenlenmiştir.

⁶⁵ Bununla birlikte TCK Hükümet Tasarısı madde gerekçesinde, emrin denetlenmesinin engellendiği hallerle ilişkin olarak AsCK örnek gösterilmiş ve bu durumda denetleme olanığı olmayan astın sorumlu tutulmasının ceza hukuku ilkelerine aykırı olması sebebiyle TCK m.24/f.4'teki hükmün eklendiği belirtilmiştir. Ancak mevzuatta söz gelimi askerî kanunlardaki emri ifa zorunluluğuna dair istisnaların da Anayasa m.137/f.3'te belirtildiği gibi saklı olduğu, bu gibi hallerde Tasarının, yürürlükteki TCK m.5'in aksine özel kanunlara üstünlük tanıyan 3. maddesi uyarınca söz konusu hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir. Ne var ki TCK m.5'in bu anlamda özel kanunlara üstünlük tanımaması ve AsCK ek m.10'un ek m.8 ile birlikte belirli istisnalar dışında açıkça TCK'nın genel hükümlerinin uygulanacağını belirtmesi, AsCK 41'in yürürlükte olduğunu savunmayı güçleştirmektedir. Bununla birlikte TCK m.24/f.4'ün, emrin denetlenmesinin "kanun" tarafından engellenmesi ibaresiyle doğrudan bu ve benzeri hükümleri temel alması karşısında, burada zımni ilga sonucuna varılamayacağı da belirtilebilir. Doktrinde bir görüş, AsCK m.41/f.2-3'ün Anayasa'nın 137. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen istisna kapsamına girdiğini, bu nedenle söz konusu hükümlerin yürürlükte olduğunu ifade etmiştir (Önsel, 36-37). Karş. Koca/Üzülmez, 304, dn. 877.

⁶⁶ 1983 tarih ve 2803 sayılı *Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu* jandarmayı, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanun ve nizamların verdiği görevleri yerine getiren silahlı, askeri bir güvenlik ve kolluk kuvveti olarak tanımlamış (m.3), Jandarma Genel Komutanlığı'nın, Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olduğu, Silahlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğretim bakımından Genelkurmay Başkanlığı'na, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığına bağlı olduğu ifade edilmiştir (m.4).

bulunacakları ve aynı zamanda durumu *İçişleri Bakanlığına bildirecekleri*, Bakanlıktan *cevap gelinceye kadar*, valinin yaptığı isteğin *kendi sorumluluğu altında* uygulanacağı, ancak konusu *açıkça*, askeri ya da adli bir *suç* oluşturan *emirlerin hiçbir şekilde yerine getirilmeyeceği* düzenlenmiştir.

Bundan başka deniz ticaret hukuku kapsamında mülga 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) kaptanın gemide bulunan kimselerle ilişkileri çerçevesinde disiplin yetkisinin (m.1467), gemide işlenen suçlarla ilgili soruşturma, hatta tutuklama yetkisinin (m.1472) yanı sıra, *gemi adamlarının* kaptan, gemi zabıtları ve diğer amirleri tarafından verilen *hizmet emirlerini hiçbir itiraz ileri sürmeksizin derhal ve harfiyen yerine getirmekle* yükümlü oldukları düzenlenmiş (m.1468), emirleri yerine getirmemek suç olarak düzenlenmişti (m.1470). Ne var ki bu hükümlere yürürlükteki 2011 tarihli 6102 sayılı TTK'da yer verilmemiştir⁶⁷. Bununla birlikte aynı alana ilişkin olmak üzere 1946 tarihli 4922 sayılı **Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun**'un ceza hükümleri içerisinde yer alan 21. maddesinde birtakım kabahat ve suç hükümlerini takiben son fıkrada, donatanın *kanuna aykırı emrine* uymuş olmanın, *kaptanı* sorumluluktan *kurtaramayacağı* belirtilmiştir⁶⁸.

Nihayet konuyla ilgili temel bir hüküm olarak, **Anayasa**'nın (AY'nin) idari teşkilata ilişkin olan ve "Kanunsuz Emir" başlığını taşıyan 137. maddesine de işaret etmek gerekir. Maddeye göre, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, *yerine getirmez* ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde *ısrar eder* ve bu emrini *yazı ile yenilirse*, emir *yerine getirilir*, bu halde, emri yerine getiren *sorumlu olmaz* (f.1). Ancak konusu *suç* teşkil eden emir, hiçbir suretle *yerine getirilmez*, yerine getiren kimse *sorumluluktan kurtulamaz* (f.2). Maddenin son fıkrasında ise, *askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde* kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için *kanunla* gösterilen istisnalar saklıdır denmiştir⁶⁹.

⁶⁷ Bu hükümlerin Kanuna alınmamasının gerekçesi; "...ayrıca aynı Kanunun Son Hükümlerinde yer alan 'Kaptanla gemide bulunan kimselerin münasebetlerine ait' 1467 ilâ 1472 nci maddeleri ise insan haklarına ve iş hukukuna ilişkin Türkiye'nin tarafı olduğu milletlerarası sözleşmelere aykırı düşüklerinden, Tasarıya alınmamıştır." şeklinde açıklanmıştır.

⁶⁸ Karş. *Hakeri*, 319.

⁶⁹ Aynı hüküm, birbirini aynı ifadelerle 1961 Anayasasının 125. maddesinde de yer almaktadır. Nitekim 1982 Anayasasının 137. maddesine ilişkin Danışma Meclisi gerekçesinde, 1961 Anayasasındaki ilgili madde gerekçesinin aynen muhafaza edildiği belirtilmiştir. 1961 Anayasasının 125. maddesinin gerekçesinde ise, "Bu madde eski Anayasamızın 94 üncü maddesi ile Memurin Kanununun 40 ıncı maddesinde yer alan hükümler arasındaki ahenksizliği gider-

B. Değerlendirme

Türk Hukukunda emrin ifasının hukuki niteliği, yukarıdaki hükümler, doktrindeki görüşler ve daha önce Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla ilgili yapılan tespitler de dikkate alındığında, emrin niteliğine ve denetlenebilirliğine göre, suçun hukuka aykırılık unsuru bağlamında **hukuka uygunluk nedeni** veya kusurluluk alanında bir **mazeret nedeni** olarak değerlendirilebilir.

Öncelikle konuyla ilgili temel düzenleme olan TCK m.24'ün 2 ila 4. fıkralarına bakıldığında, f.2'de emrin hukukiliğinden söz edilmeksizin, yetkili bir merciden verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu (bağlayıcı) bir emri uygulayanın sorumlu olmayacağı belirtilmekte, ancak bu sorumsuzluğun sebebi gösterilmemektedir. Maddenin 3. fıkrasında ise konusu suç teşkil eden emrin yerine getiril(e)meyeceği⁷⁰ (bağlayıcı olmadığı), aksi takdirde yerine getirenin emri verenle birlikte sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Nihayet 4. fıkrada da kanunen hukukiliği denetlenemeyen (bu anlamda bağlayıcı) emirlerin ifasından yalnızca emri verenin sorumlu olacağı düzenlenmektedir⁷¹. Öte yandan CMK m.223/f.3'e sonradan eklenen hükümde, hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emri ifa edene kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmeyeceği öngörülmektedir. Her ne kadar burada hukuka aykırı ve bağlayıcı emre dair açık bir hukuki nitelendirme yapılmışsa da bunu TCK m.24'le doğrudan ilişkilendirmek güç olup, bununla neyin kastedildiği izaha muhtaçtır⁷². Dolayısıyla tüm bu hükümlerden tek başına bir sonuç çıkarmak

ren, bu konuda vuzuhu sağlayan ve aynı zamanda, kanunilik prensibi ile idari hiyerarşi ve disiplin zaruretlerini telif eden hükümler sevk edilmiştir" ifadeleri kullanılmıştır. Bu bağlamda 1924 Anayasasının 94. maddesi, "*Kanuna aykırı işlerde üstün emrine uyum sağlamak memuru sorumdan kurtarmaz*" şeklindedir. 1921 Anayasasında konuyla ilgili bir hüküm yer almazken, Osmanlı Devleti dönemindeki 1876 Anayasasının memurlara ilişkin kısmında yer alan 41. madde, "*Memurun âmirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tâyin ettiği daireye mahsustur. Hilâfi kanun olan umurda âmire itaat mes'uliyetten kurtulmağa medar olamaz*" hükmünü içermektedir.

⁷⁰ AY, DMK ve PVSK'da söz konusu emirlerin yerine "getiril"meyeceği şeklinde daha kesin bir ifade kullanılmıştır. TCK'daki nüansın, anlatım tercihinden öte, bilinçli bir anlam farklılığına yol açma amacı taşıdığı sanmıyoruz.

⁷¹ Böylece dolaylı olarak önceki fıkralar açısından emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin gerekliliği ve ayrıca söz konusu fıkraların denetlenebilir emirlere ilişkin olduğu da açıklanmış olmaktadır. Karş. TCK m.24/f.4'ün, genel olarak emrin hukuka uygun olması koşulunun kaynağını teşkil ettiği hakkında *Centel/Zafer/Çakmut*, 298; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 464. Mülga TCK bakımından da 49. maddenin son fıkrasının aksi anlamından aynı sonuca varılmaktaydı. Bkz. *Dönmezer/Erman*, kn. 769; *Günal*, 97-99; *Önder*, 175; *İçel ve Diğerleri*, 127.

⁷² Daha önce değinilen ve bu hükmü CMK m.223'e ekleyen 5353 sayılı Kanunun gerekçesinde genel bir ifadeyle TCK m.24'te "kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep" olarak düzenle-

zordur. Konunun madde gerekçeleri ile memur, polis ve askerlerle ilgili mevzuatla birlikte değerlendirilmesi lazımdır.

Bu noktada emrin hukuka uygun olup olmadığı esas alınarak konu incelendiğinde, **hukuka uygun** bir emrin ifasının⁷³, emri verenle birlikte emri yerine getiren açısından bir **hukuka uygunluk nedeni** teşkil ettiği rahatlıkla söylenebilecektir⁷⁴. Hukuka uygun emir ifadesiyle, genel olarak, gerek AY gerekse DMK, İİdK, PVSK, TSKİHY, JTGYY’de bahsedildiği üzere Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine⁷⁵ uygun, emri

nen bir halden söz edilmiştir. Oysa TCK m.24’te (veya madde gerekçesinde) açıkça hukuka aykırı ve bağlayıcı emir şeklinde bir ifade yer almamaktadır.

⁷³ Emrin ifasının ne tür emirleri kapsadığı gerek mülga gerekse yürürlükteki TCK’da açıkça düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte doktrinde buradaki emrin, kamu hukuku kapsamındaki ilişkilerden doğan resmi emirleri ifade ettiği, özel hukuk ilişkilerini içermediği kabul edilmektedir (*Dönmezer/Erman*, kn. 766; *Erem/Danışman/Artuk*, 558; *Günal*, 60, 66-67; *Alacakaptan*, 102; *Tosun*, 181-182; *Toroslu*, 153; *Önder*, 174; *İçel ve Diğerleri*, 125; *Demirbaş*, 258; *Centel/Zafer/Çakmut*, 297; *Hakeri*, 320; *Özbek ve Diğerleri*, 382; *Zafer*, 266-267; *Meraklı*, 288; *Yokuş Sevük*, 94; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 461; *Bozbayındır*, 130. Mülga TCK’nın kabahat türünden suçlarda yöneten-yönetilen veya ast-üst (tabi-metbu) ilişkisinde sorumluluğu düzenleyen 60. maddesinin bu konuda bir istisna oluşturduğu hakkında bkz. *Günal*, 11, 60, 78. Karş. *Taner*, 563-564; *Dönmezer/Erman*, kn. 999 vd.; *Erem/Danışman/Artuk*, 558, 543 vd.; *Önder*, 359; *İçel ve Diğerleri*, 290. Nitekim mülga TCK’nın mehzazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 49. maddesinin son fıkrasında açıkça resmi bir memurun emrinden söz edilmiştir. Bkz. *Majno*, 205; *Erem/Danışman/Artuk*, 562, dn. 16. Söz konusu Kanun’un İtalyanca aslında 49. maddenin 1. fıkrasında “dell’Autorità competente” ifadesi yer alırken, son fıkrasında “pubblico ufficiale” ibaresi kullanılmıştır. Karş. yukarıda 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 51. maddesi.

⁷⁴ Nitekim TCK m.24’ün gerekçesinde bu durum, “Hiyerarşik yapı içinde amirin verdiği emrin hukuka uygun olması hâlinde, verilen bu emrin yerine getirilmesi de hukuka uygun olacaktır” şeklinde ortaya konulmuştur. Doktrinde de hukuka uygun emirlerin ifası veya genel olarak emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bkz.: (*Yekebaş*) *Vehbi*, 442 vd.; *Kantar*, 292, 295-296; *Taner*, 397-398 vd.; *Kunter*, 168; *Dönmezer/Erman*, kn. 765, 769; *Günal*, 134-135; *Alacakaptan*, 100, 102; *Tosun*, 176, 178 vd.; *Yüce*, 273; *Toroslu*, 153-154; *Önder*, 173-177; *Öztürk/Erdem*, kn. 331, 334; *Soyaslan*, 387-388; *İçel ve Diğerleri*, 120, 123; *Demirbaş*, 258; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, 403-404, karş. 516 vd.; *Centel/Zafer/Çakmut*, 296; *Ersoy*, 91; *Özgenç*, 396; *Sözüer*, Einführung, 29; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 246-247, 318-319; *Koca/Üzülmüş*, 301; *Özbek ve Diğerleri*, 261, karş. 379 vd.; *Zafer*, 264; *Yokuş Sevük*, 93-94; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 456, 471-472; *Bozbayındır*, 129-130. Hukuka uygunluk nedenlerini “mazeret sebebi (=kusurluluğu kaldıran sebep)” olarak adlandıran ve hukuka uygun emrin ifasını “emri icra mazereti” olarak değerlendiren görüş için bkz.: *Erem/Danışman/Artuk*, 552-553, 558 vd. *Hafizoğulları/Özen* emrin ifasını her hâlükârda hukuka uygunluk nedeni saymaktadır (*Hafizoğulları/Özen*, 240). Karş. *Soyaslan*, 389.

⁷⁵ TSKİHY m.33’te emirlerin hizmete ilişkin olmasından başka, kanun ve *nizamlara* uygun olması gereğinden bahsedilmiştir. TSKİHK m.5’e göre nizam deyimi, tüzük, kararname, yönetmelik, talimname ve talimat hükümlerini kapsamaktadır. İİdK’da emrin hükümet kararlarına uygunluğundan da söz edilmiştir.

verenin yetkili olduğu, bu nedenle de ifası memur/ast açısından *görev gereği zorunlu* olan (TCK m.24/f.2) emir kastedilmektedir⁷⁶. Ancak emrin ifasının ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edebilmesi için, suçun hukuka aykırılık unsurundan önce ortada tipe uygunluğun bulunması gerekir. Başka bir deyişle hukuka uygunluk etkisi, emrin ifasının belirli bir suç tipinin maddi ve manevi unsurlarını (tipikliği) oluşturması ve fakat emrin yerine getirilmesinin tipikliğin gerçekleşmesine izin vererek hukuka aykırılık unsurunun oluşumunu engellemesi halinde söz konusu olacaktır⁷⁷. Örneğin yetkili merci tarafından verilmiş, hukuka uygun bir yakalama veya arama emrini ifa suretiyle bir kimsenin özgürlüğünü kısıtlayan veya konut ya da işyerine giren kolluk görevlisinin fiili, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya konut dokunulmazlığının ihlali suç tiplerine uygun olmakla birlikte, hukuka uygun bir emri ifa nedeniyle hukuka aykırı olmayacaktır. Bu sebeple ifası belirli bir suç tipini ihlal etmeyen hukuka uygun emirlerin, örneğin kolluk görevlisinin amirin emri üzerine belirli bir bölgede devriye gezmesinin veya umuma açık bir eğlence yerini denetlemesinin, doğal olarak herhangi bir suç tipinin hukuka aykırılık unsurunun oluşumunu engelleyici bir rolü olmayacaktır. Dolayısıyla ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak emrin ifası, her zaman için bu anlamda “konusu suç teşkil eden” ve fakat hukuka uygunluk etkisi sebebiyle “ifası suç teşkil etmeyen” emirlere ilişkindir⁷⁸.

⁷⁶ Bu noktada emri verenin, emir verme yetkisinin kaynağı olan mevzuatın veya yargı kararının hukuka aykırı olmasının etkisi, incelememizin kapsamını aşan, hukuk sisteminin genelini ilgilendiren ayrı bir tartışma konusu olup, emrin muhatabının denetim yetkisinin sınırları da dikkate alınmalıdır.

⁷⁷ Alman Hukukunda emir üzerine suç tipine uygun hareket etmeden veya emirden doğan tipe uygun davranıştan söz edilmiş (*S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32/87; *Maurach/Zipf*, § 29/10; *Blei*, § 42, II, 1; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9/134), emrin hukuka uygunluğunun koşulları arasında emreden amirin, bir suç tipine uyan hareketi emretmeye dair hukuki bir yetkisinin bulunmasından bahsedilmiştir (*Hirsch*, LK, Vor § 32/173, 175). Türk Hukukunda da *Kantar*, emrin ifasının bir unsuru olarak, ifa kapsamında yasaklanmış bir fiilin gerçekleşmesi gerektiğine yer vermiştir (*Kantar*, 296). *Günel* da hukuka uygun bir emrin ifası suretiyle ika edilen fiilin “genel olarak suç teşkil eden” bir fiil olduğunu belirterek bu hususa işaret etmiştir (*Günel*, 134-135). Aynı yönde *Ersoy*, 91.

⁷⁸ Bu bağlamda aşağıda tekrar değinileceği üzere, AY’de buna uygun olarak DMK, PVSK, JTGY ve TCK’da, ifası suç teşkil eden hukuka aykırı emirleri anlatmak üzere kullanılan “konusu suç teşkil eden/oluşturan emir” deyimini meseleyi tam olarak ifade etmediği gibi, emrin ifasının hukuka uygunluk etkisinin mümkün olmadığı şeklinde yanlış bir izlenim de vermektedir. Kanaatimizce doğrusu “ifası suç teşkil eden emir” olmalıdır. Esasen söz konusu ifadeyle de kastedilen budur.

Buna karşılık *hukuka aykırı* bir emrin ifası, emri verenin yanı sıra emri yerine getiren bakımından da hukuka aykırıdır ve kural olarak hukuka aykırı fiilden dolayı her iki taraf da sorumludur. Ancak genel hata hükümlerinin yanı sıra, emri ifa edenin, hiyerarşik yapının getirdiği mecburiyet bağlamında belirli koşullarda sorumluluktan kurtulmasına yönelik özel düzenlemeler öngörülebilmektedir⁷⁹. Ceza hukuku değerlendirmesi bakımından, hukuka uygun emirlerde olduğu gibi, burada da hukuka aykırı emrin ifasının belirli bir suç tipine ilişkin olması, bu manada konusunun suç teşkil etmesi şarttır⁸⁰. Bu husus, özellikle hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir kavramı açısından ayrı bir öneme sahiptir. Öte yandan hukuka aykırı ve suç teşkil eden emrin ifası dolayısıyla emri yerine getirenin sorumluluğu açısından emrin *denetlenebilirliğinin* ve bununla ilişkili olarak *bağlayıcılığının* da belirleyici bir rolünün bulunduğunu vurgulamak gerekir⁸¹.

AY m.137/f.1 ve buna paralel olarak DMK m.11/f.2, PVSK m.2/f.2’de memurun, amirinden aldığı emri Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görmesi halinde yerine getirmeyeceği ve amirine bildireceği belirtilerek⁸², kural olarak hukuka aykırı emirlerin bağlayıcı olmadığı söylenmiştir. Ancak amirin, memurun bu görüşünü yerinde bulmayarak emrinde yazılı olarak ısrar etmesi halinde memurun emri ifaya mecbur olduğundan bahsedilmek suretiyle emrin bağlayıcı olduğu, fakat doğabilecek sorumluluğun emri yerine getirene değil, emrinde ısrar eden amire ait olduğu ifade edilmiştir⁸³. Eğer emir, memurun düşündüğü gibi gerçekten de hukuka aykırı ise, bu durumda *hukuka aykırı fakat bağlayıcı emirden* söz

⁷⁹ TCK m.24’ün gerekçesinde de yalnızca hukuka uygun emrin ifasının hukuka uygunluk etkisi göstereceği, hukuka aykırı emrin ifasının, bağlayıcı olsa dahi hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyeceği, sadece hiyerarşik yapı dolayısıyla sorumsuzluğun gündeme gelebileceği ifade edilmiştir. Ancak gerekçedeki hukuka aykırı bağlayıcı emir konusunda verilen örnek hakkında aşağıdaki açıklamalarımıza da bakılmalıdır.

⁸⁰ Doktrinde “konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir” ve “konusu suç teşkil eden kanunsuz emir” ayrımıyla bu duruma işaret edilmekte, hukuka aykırı ve fakat suç teşkil etmeyen emirlerin daha çok idare, disiplin veya anayasa hukukunu ya da özel hukuku ilgilendirdiği belirtilmektedir (*Erem/Danışman/Artuk*, 561; *Günal*, 136, 182. Ayrıca bkz. *Tosun*, 178; *Toroslu*, 154; *Soyaslan*, 388; *Özbek ve Diğerleri*, 385; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 471-472, 477).

⁸¹ Karş. aşağıda toplu olarak, Ek: Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliği Tablosu.

⁸² Esasen bu hükümler, memurun emri denetleme yetki ve yükümlülüğünün de kaynağını oluşturmaktadır.

⁸³ Alman Federal Memurlar Kanunu’nda memurun, emri veren amire ilave olarak sonraki üst amire de başvuracağı düzenlenerek çifte tasdik öngörülmüş, böylece emrin hukukiliğine ilişkin sorunun mümkün olduğu ölçüde iç hiyerarşik yapıda çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır.

edilebilecektir. Ne var ki aynı hükümlerin devamında (AY m.137/f.2, DMK m.11/f.3, PVSK m.2/f.2) konusu (ifası) *suç teşkil eden* emirlerin hiçbir surette (amir yazılı olarak tekrar etse de) yerine getirilmeyeceği, dolayısıyla *bağlayıcı olmadığı*, bu durumda emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı açıklanmaktadır. O halde hukuka aykırı emrin bağlayıcılığının ve bu bağlayıcılık nedeniyle memurun sorumluluktan kurtulmasının, yalnızca *suç teşkil etmeyen*, örneğin özel hukuk veya idare hukuku haksızlıklarıyla sınırlı olduğu⁸⁴, ceza hukuku haksızlıklarını kapsamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır⁸⁵.

⁸⁴ Belirtmek gerekir ki hukukumuzda görevin gereklerine aykırılığı, mağduriyet, zarar veya menfaat neticelerine bağlı olarak da olsa suç sayan görevi kötüye kullanma (TCK m.257) düzenlemesi karşısında, hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin konusu olabilecek özel hukuk veya idare hukuku haksızlıklarının alanı oldukça sınırlıdır. Bu bağlamda aşağıda kabahatlerle ilgili olarak yapılan değerlendirmeler de dikkate alınmalıdır. Görevi kötüye kullanma suçunu, konusu suç teşkil eden emir kavramından bağımsız değerlendiren bir görüş için *Değirmenci*, *Amirin Emrini İfa*, 476.

⁸⁵ Bu nedenle TCK m.24'ün gerekçesinde; "...Amirin emri, *hukuka aykırı* olmasına rağmen, bu emir emredilen açısından *bağlayıcı* olabilir. Anayasamıza göre; kamu görevlileri, görevlerini ifa ederken amiri durumundaki kişilerden aldıkları emirleri hukuka aykırı bulmaları hâlinde, bu emri 'yerine getirme ve bu aykırılığı o emri verene bildirir'ler. Ancak, emir hukuka aykırı olmakla beraber, amir 'emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu hâlde emri yerine getiren sorumlu olmaz' (madde 137, fıkra 1). Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur. Yerine getirme zorunluluğu, esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hâle getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz" şeklindeki açıklamalarda yer verilen örnek ve yapılan değerlendirmenin, suç teşkil etmeyen haksızlıklara yönelik olduğu, ceza hukukuna ilişkin olmadığı sonucuna varılacaktır. Buna karşılık doktrinde madde gerekçesindeki bu açıklamalara uygun olarak; bahsi geçen durum TCK m.24/f.2 kapsamında "yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emir" olarak değerlendirildiği gibi, daha önemlisi CMK m.223/f.3'te düzenlenen ve hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası suretiyle işlenen *suçtan* dolayı sorumluluktan kurtulma sonucunu doğuran sebep de bununla ilişkilendirmektedir. Bkz. *Özgenç*, 396-398; *Sözüer*, Einführung, 29-30; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 319, 321; *Koca/Üzülmez*, 301-302. Karş. *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, 516-517; *Özbek ve Diğerleri*, 379, 381-382, 384-387; *Zafer*, 314-315; *Meraklı*, 287-290; *Değirmenci*, *Amirin Emrini İfa*, 459, 471, 472-473. Öte yandan TCK Tasarısına ilişkin Adalet Komisyonu Raporunda da Hükümet Tasarısının "Hukuka Uygunluk Nedenleri" şeklindeki ilgili bölüm başlığının "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" olarak değiştirilmesinin gerekçesi olan doktrinsel görüşler açısından bağlayıcı olmama gerekçesinin örnekleri arasında emrin ifasından da söz edilmiştir. Raporda, doktrinde bu bölümdeki bazı nedenlerin hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu belirtilmiş ve zorunluluk hali örneğine ilave olarak, "Aynı şekilde, yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin *genellikle bir hukuka uygunluk nedeni* olduğu kabul edilirken; bazı görüşler, bu durumda *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin* bulunduğunu ve dolayısıyla, *kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden* olduğunu ileri sürmektedirler" açıklaması yapılmıştır. AY m.137/f.1 ve DMK m.11/f.2'deki emrin yazılı tekrarı halinde sorumluluğun emri verene ait olduğuna dair hükmün ceza sorumluluğuna ilişkin olmadığı, zira konusu suç oluşturan emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği ve yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı hakkında *Gözübüyük*, kn. 271. Karş. *Günal*,

Bu durumda, yani *hukuka aykırı* ve aynı zamanda ifası *suç teşkil eden* emri yerine getiren memur, emrin ifası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacak, emri veren amiriyle birlikte işlenen suçtan dolayı sorumlu olacaktır (TCK m.24/f.3)⁸⁶. Zira bu ihtimalde TCK m.24/f.2’de belirtildiği üzere, içerik itibariyle “yetkili” merciden verilmiş bir emirden söz edilemeyeceği gibi, asıl önemlisi “yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan” bir emir de bulunmamaktadır. Bilakis memur, ifasının suç oluşturması sebebiyle hiçbir surette yerine getirmemesi gereken, *bağlayıcı olmayan* bir emri yerine getirmiştir ve sorumluluğunun doğması tabiidir⁸⁷. Burada memurun, yukarıda değinilen mevzuat hükümlerinden kaynaklanan emri *denetleme yetki ve yükümlüğü* kapsamında ifasının suç oluşturduğunu görmesine rağmen, yani haksızlık bilinciyle ve norma uygun davranması (emre uymaması) beklenebilir iken emri ifa etmişse kusurlu sayılarak cezalandırılacağı açıktır⁸⁸. Buna karşılık memur (ve keza amir) bu konuda hataya düşmüşse, ilgili hata hükümleri (TCK m.30/f.3 ve bazı hallerde f.4) çerçevesinde, eğer kaçınılmaz bir hata varsa kusurluluğun bulunmaması sebebiyle sorumluluktan kurtulabilir⁸⁹. Aynı

122-123. TCK m.24/f.2’nin AY m.137/f.1’in tekrarı olduğu ve suç teşkil etmeyen emrin ceza sorumluluğu doğurup doğurmayacağını veya kimin sorumlu olacağını belirlemenin TCK’nın görevi olmadığı hususunda Ünver, 62; Yıldız, 49.

⁸⁶ Karş. 4922 sayılı Kanun’un 21. maddesinin son fıkrasında yer alan, donatanın *kanuna aykırı* emrine uymuş olmanın, kaptanı, ilgili suç ve kabahatlerden dolayı sorumluluktan kurtarmayacağı hükmü.

⁸⁷ Dolayısıyla TCK m.24/f.3 hükmü olmasa da f.2’deki (ilgili mevzuattaki hükümlerle birlikte belirlenecek) koşulların aksi anlamından aynı sonuca ulaşılabileceği söylenebilir. Nitekim mülgâ TCK m.49’da bu yönde açık bir hükmün yer almamasına rağmen, maddenin 1. ve son fıkrasındaki hükmün aksi anlamına dayanılarak, ifası suç teşkil eden emirlerin, emrin ifası hukuka uygunluk nedeninin kapsamı dışında olduğu sonucuna varılmaktaydı. Ancak özellikle m.49’un son fıkrası ve Anayasanın ilgili hükmü bağlamında emri ifa eden açısından tereddüt oluşmaktaydı [(Yekebaş) Vehbi, 443-445; Taner, 399-400; Dönmezer/Erman, kn. 766 bis, 769, 773; Erem/Danışman/Artuk, 561-562; Günel, 147; Alacakaptan, 104; Yüce, 274 vd.; Önder, 177; İçel ve Diğerleri, 129]. Bu anlamda TCK m.24/f.3’ün konuyla ilgili olası tereddütleri giderdiği ve madde gerekçesinde de belirtildiği üzere Anayasanın ilgili hükmüyle paralellik sağladığı söylenebilir. Karş. Özgenç, 398; Sözüer, Einführung, 30.

⁸⁸ “Anayasal ve kanunî düzenlemeye göre, amirin emrini icra eden kişi, emrin ‘yetki’, ‘konu’ ve ‘şekil’ açısından kanuna uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Değinilen denetlemeyi yapmadan hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi, emri yerine getiren kişiyi sorumluluktan kurtarmaz” (TCK m.24’ün Hükümet Tasarısı gerekçesi).

⁸⁹ TCK’nın Hükümet Tasarısı gerekçesinde de “Verilen emrin konusunun açıkça suç oluşturduğunun bilinmemesi ve anlaşılabilmesi hâlinde, memurun işlenen suçtan dolayı, *hata* nedeniyle, sorumlu olmayacağı meydandadır. Bu takdirde emri veren suçtan dolayı sorumlu olacaktır” denilerek bu olasılıktan söz edilmiştir. Gerekçede amirin emrin ifasının suç teşkil ettiğini bilmesi, memurun durumu bilmemesi ihtimali esas alınarak emri verenin sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmiştir. Oysa kimi durumlarda amir de hataya düşmüş olabilir ve bu halde onun da hata hükümlerinden yararlanması mümkündür. Karş. Günel, 148-153; Yokuş Sevik, 96.

şekilde cebir veya tehdit (TCK m.28) ya da zorunluluk haline (TCK m.25/f.2) ilişkin hükümler saklıdır. Bu noktada memurun itaat yükümü ve baskısı altında hareket etmesi yönüyle genel hata hükümleri ve mazeret nedenleri dışında özel bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı düşünülebilir. Alman düzenlemesinde genel memurlar bakımından bilinebilir olmadan söz edilerek (BBG § 63, BeamStG § 36), memurun gerekli dikkati göstermesi halinde emrin suç ya da kabahat niteliğini bilebilecek olması yeterli görülmüştür. TCK'nın ilgili hata hükümleri kapsamında kaçınılabilirliğe ilişkin -memurun itaat yükümüne dayalı özel durumu da dikkate alınmak suretiyle- yapılacak değerlendirme de temelde aynı sonucu doğuracağından ayrık bir hükme gerek olmadığı düşünülebileceği gibi, bu hususta açıklık sağlamak amacıyla özel bir düzenleme yapılması gerektiği söylenebilir⁹⁰.

Nihayet, bazı hallerde işin veya mesleğin niteliği gereği emri yerine getirenin emrin hukuka uygunluğunu *denetleme yetkisi öngörülme*yerek, itaat yükümlülüğü artırılmış olabilir. Dolayısıyla emri ifa edenin sorumluluğunun da buna uygun olarak ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim AY 137/f.3'te, askerlik hizmeti ile acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu belirtilerek, önceki fıkralarda bahsedilen emri denetleme ve emri ifa edenin sorumluluğu hususunda farklı hükümler getirilebileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda askerlik hizmetine ilişkin olarak temelde TSKİHK m.14 ve AsCK m.41/f.2'de⁹¹, kamu düzeni ve güvenliğine ilişkin acil haller bağlamında ise PVSK m.2/f.3'te astın emri denetlemeksizin, derhal ifa etme yükümlülüğü düzenlenmiş, sorumluluk ise (kural olarak) yalnızca emri verene yüklenmiştir⁹². Bu hükümlerin bir yansıması olarak TCK m.24/f.4'te⁹³ de aynı şekilde, emrin hukuka

⁹⁰ Yukarıda değinilen İtalyan Ceza Kanunu düzenlemesinde emri yerine getirenin hataya düşebileceğinden açıkça söz edilmiş (m.51/f.3), ancak hata konusunda farklı bir standart öngörülmemiştir.

⁹¹ Bu konuda farklı bir değerlendirme için bkz.: *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 473-475.

⁹² CMK m.161/f.2'de adli kolluğun savcının emirlerini "gecikmeksizin" yerine getireceğinin belirtilmesi, aynı maddenin 3. fıkrasında savcının "acele hallerde" sözlü emir verilebileceğinin öngörülmesi, adli kolluğun savcının emirlerini denetleme yetkisinin engellendiği şeklinde bir yorum yapmaya elverişli bir görünüm arz etmektedir. Karş. tutuklama müzakeresinin kolluk tarafından denetlenemeyeceği hakkında *Toroslu*, 154-155. Keza yakalama emrinin denetlenmesinin zor olduğu yönünde *Zafer*, 316.

⁹³ Daha önce de değinildiği üzere, TCK Hükümet Tasarısı gerekçesinde de bu hükmün temeli olarak sözü geçen kanunlar şu ifadelerle gösterilmiştir: "Buna karşılık, belirli gereksinimler nedeniyle, emri icra etmekle yükümlü olan kişinin, emri yerine getirmek konusunda kanun *denetimini yapmasını engelleyen* ve *her durumda emrin uygulanmasını öngören* kanun düzenlemeleri vardır. / Örneğin 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı *Askerî Ceza Kanununda* ve

uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden sadece emri verenin sorumlu olacağı hükmüne yer verilmiştir. Netice itibarıyla bu gibi hallerde ast, denetleme imkânı olmadığı ve emri gecikmeksizin ifa etmekle yükümlü olduğu için, bu koşullar altında hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir emri de yerine getirmiş olabilir. Kanun koyucu burada genel hata ve mazeret nedenleri hükümleriyle yetinmemiş⁹⁴, ast bakımından⁹⁵ ayrı bir **mazeret nedeni** öngörmüştür. Asta kanunen emrin hukuka uygunluğunu kontrol etme yetkisi tanınmadığı, emir bu anlamda *bağlayıcı* olduğu için⁹⁶, astın emrin hukuka uygun olup olmadığı hususundaki bilinç durumuna, bu hususta hataya düşüp düşmediğine bakılmaksızın sorumsuz olduğu kabul edilmiştir⁹⁷. Ne var ki ast gerçekten bu konuda kaçınılmaz bir hata içinde bulunabilir ya da denetim imkânı olmamasına rağmen emrin suç oluşturduğunu yine de biliyor veya bilebilecek bir halde olabilir. İlk ihtimal hata hükümleri kapsamında değerlendirilebilirse de ikinci ihtimalde haksızlık bilinci mevcut olduğu için, ceza sorumluluğunun doğmaması ancak norma uygun davranışın (emre uymamanın) beklenebilir olmadığını ifade eden özel bir mazeret nedenine dayanabilir⁹⁸. Bu durumda

4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı *Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda*, bu türden hükümler bulunmaktadır”.

⁹⁴ TCK m.24/f.3-4’ün kusurluluğu etkileyen hataya ilişkin olduğu ve m.30’da düzenlenmesi gerektiği hakkında *Ünver*, 62. Karş. *Yıldız*, 50.

⁹⁵ Her ne kadar söz konusu hükümlerde açıkça emri yerine getirenlerle ilgili bir ifade kullanılmamışsa da hükümlerin aksi anlamından bunların sorumlu olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Nitekim TCK m.24’ün aşağıda ayrıca değinilecek olan Hükümet Tasarısı gerekçesinin ilgili kısmında, emri yerine getirenin irade dışı hareket ettiği, sadece emri verenin sorumlu tutulması gerektiği belirtilerek bu husus açıklanmıştır. Kanunun bu ifade tarzı eleştirilebilir. Zira burada önemli olan emrin ifası, dolayısıyla ifa edenin sorumluluğudur. Benzer nitelikteki İtalyan Ceza Kanunu’nun 51. maddesinin son fıkrasında, sorumsuzluk hali, emri yerine getiren açısından ifade edilmiştir. Mülga TCK m.49’un son fıkrasında da emri veren esas alınmıştır.

⁹⁶ Doktrinde kanunen denetlenemeyen bu tür emirler hakkında “bağlayıcı gayri meşru emir” ifadesi de kullanılmaktadır (*Toroslu*, 154; *Artuk/Gökçen/Yenidünya*, 518-519; *Koca/Üzülmüş*, 302). Karş. *Bozbayındır*, 130.

⁹⁷ Karş. İtalyan Ceza Kanunu m.51/f.3’teki hata hükmünün bağlayıcı olmayan emirlere ilişkin olduğu, bağlayıcı emirlere teşmil edilemeyeceği hususunda *Pisapia*, 142.

⁹⁸ Emrin kanunen denetlenebilir olmaması, derhal ifa mecburiyeti bağlamında itaat yükümünün ve amacının ön planda olması, keza emre itaatsizliğin yaptırımla karşılanacak olmasına dayalı baskı gibi hususlar, emri ifa edenin mazur görülmesinin temelini oluşturmaktadır. Belirtilen sebepler, ast bakımından işlenen fiilin haksızlık içeriğini azaltmakta, bu bağlamda norma uygun davranmaya dair irade serbestisini, bu konudaki beklenebilirliği engellemekte, dolayısıyla kusur, cezaya layık olmayacak, işlenen fiil nedeniyle kınanamayacak, mazur görülebilecek dereceye indiği için ast sorumlu olmamakta, sorumluluk yalnızca emri verene yüklenmektedir. Karş. *Meraklı*, 286-287. Nitekim TCK m.24/f.4’e dair Hükümet Tasarı ge-

CMK m.223/f.3-b.(b) uyarınca *hukuka aykırı* fakat *bağlayıcı* bir emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmiş bir *suç* bulunacağından⁹⁹, emri ifa eden sanık hakkında *kusurunun* bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir¹⁰⁰.

Söz konusu mazeret nedeninin herhangi bir sınırlama içermeyen, astın mutlak itaatini, dolayısıyla mutlak sorumsuzluğunu sonuçlayan, astı adeta araç

rekçesinde; “Bu durumda, emrin hukuka aykırılığını denetleme olanağı bulunmayan bir kişinin, emri yerine getirmesi *irade dışı* bir davranıştır. Buna karşın bu kişinin hukuka aykırı bir emri yerine getirmesi nedeniyle sorumlu tutulması ‘ceza sorumluluğunun kişiselliği’ kuralına aykırı olur. Belirtilen durumda, *suç* oluşturan *hukuka aykırı* eylemin işlenmesinden, *sadece* emri verenin sorumlu tutulması yerinde görülerek, Tasarının bu maddesine, ‘Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesi kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.’ hükmü eklenmiştir.” ifadeleriyle bu durum izah edilmeye çalışılmıştır. Söz konusu ifade aynen kanunlaştırıldığına göre Hükümet Tasarısı gerekçesinin yürürlükteki hüküm açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

⁹⁹ Kanımızca TCK m.24/f.4 açısından emrin bağlayıcılığı, kanun tarafından hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmesinden kaynaklandığı için söz konusu mazeret nedeninin, “hukuka aykırı bağlayıcı emrin ifası”ndan ziyade, “kanunen hukuka uygunluğu denetlenemeyen emrin ifası” olarak anılması daha doğru olacaktır. Böylece ceza hukuku bakımından hukuka aykırı emrin bağlayıcılığı ve ifa mecburiyeti kavramsal olarak kabul edilmemiş, meselenin esasına doğrudan işaret edilmiş olur.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 518-519; Yıldız, 49-50; Zafer, 316. Daha önce de değinildiği gibi doktrinde bazı yazarlar, madde gerekçesinden hareketle hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramını temelde (AY m.137/f.1 ile paralel olarak) TCK m.24/f.2 ile ilişkilendirmekte, konusu suç oluşturan emirlerin (AY m.137/f.2 ile aynı doğrultuda) m.24/f.3 uyarınca yerine getirilemeyeceğini belirtmekte, nihayet AY m.137/f.3’ün, yalnızca m.137/f.1’deki yazılı tekrar kuralına istisna oluşturduğu, yoksa m.137/f.2’deki konusu suç teşkil eden emirlere istisna getirmediği, buna uygun olarak PVSK m.2/f.3 ve aynı şekilde TCK m.24/f.4’ün de yazılı tekrarı gerekmeyen emirleri içerdiği, konusu suç olan emirleri m.24/f.3 (keza AY m.137/f.2) gereği kapsamadığını savunmaktadırlar. Ayrıca kurulan bu bağıntı zincirine, suç oluşturan emri ifa ihtimalinden söz etmesi itibarıyla uyumsuzluk gösteren AsCK m.41/f.2-3’ün de AY 137/f.2’ye aykırı olduğu ileri sürülmektedir (Özgenç, 396-400; Sözüer, Einführung, 29-31; Sözüer, Mazeret, 231; Hakeri, 319, 321-322; Koca/Üzülmez, 301-303. Karş. Öztürk/Ertem, kn. 336-339; Özbek ve Diğerleri, 379, 381-382, 384-388; Zafer, 314-315; Değirmenci, Amirin Emri İfa, 469, 472-475. Kanatimizce bu yorum tarzı, aşağıda ayrıca değinileceği üzere, suç niteliği bilinen veya bariz olan emirler dolayısıyla sorumsuzluğa imkân vermeme kaygısına dayanmakla birlikte, gerek AY m.137’nin gerekse TCK m.24’ün fıkralarının kendi içindeki sıralaması bakımından sorunlu olduğu gibi (AY m.137/f.3 ve TCK m.24/f.4’ün, söz konusu maddelerin önceki fıkralarının istisnası gibi algılanmaya elverişli olduğu, hukuk devletinde suç işleme yetkisinin verilemeyeceği, dolayısıyla her iki fıkranın da gözden geçirilmesi hakkında Özbek ve Diğerleri, 387-388; Meraklı, 286), çok daha önemli olarak ise, suç oluşturan emirleri mutlak biçimde dışlaması itibarıyla ceza hukuku açısından “hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin” ifasının kusurluluk alanında, mazeret nedeni niteliğini de izahsız bırakmaktadır. Zira CMK m.223/f.3-b.(b)’de “yüklenen suçun” hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya diğer mazeret nedenleri olan zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle “işlenmesi” ifadesi kullanılmıştır.

konumuna indirgeyen¹⁰¹, dolayısıyla suiistimale müsait kapsamı, çeşitli milli ve milletlerarası düzeydeki kötü tecrübeler de dikkate alındığında¹⁰², günümüz hukuk devleti ve ceza hukuku anlayışı açısından kabul edilebilir değildir. Belirli mesleğin veya işin özelliği gereği itaat yükümünün artırılması, emrin bu yönüyle bağlayıcı olması bir ihtiyaç ve hatta zorunluluk olmakla birlikte, bunun, suç teşkil ettiği bilinen veya bu özelliği bariz olan emirleri de mazur görecektir şekilde geniş olması ölçülü değildir. Emrin denetlenebilir olmaması, ancak dikkatli bir araştırmayla suç oluşturduğu anlaşılabilir olan emirlerle sınırlı bir mazur görmeyi haklılaştırabilir. Nitekim PVSK m.2/f.3 ve TCK m.24/f.4'ün mutlak sorumsuzluğu ifade eden hükümlerine karşılık¹⁰³, AsCK m.41/f.3'te -emrin sınırlarını aşmadan başka- emrin suç amacını taşıyan bir fiile yönelik olduğunun ast tarafından *biliniyor* (malum) olması istisna tutulmuştur¹⁰⁴. Belirtmek gerekir ki, doktrinde PVSK ve TCK'nın herhangi

¹⁰¹ TCK m.24'ün Hükümet Tasarısı gerekçesindeki denetleme olanağı olmayan bir emri ifa eden astın "irade dışı" bir davranışta bulunduğu, bundan dolayı sorumlu tutulmasının başkasının fiilinden sorumluluk anlamına geldiğinden hareketle ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönündeki açıklamalar, bu minvalde değerlendirilebilir.

¹⁰² Tarihi gelişim itibarıyla hukuka aykırı emrin ifasından dolayı sorumluluk hakkında, yerel ve milletlerarası hukukta öne çıkan mutlak sorumsuzluk, mutlak sorumluluk ve günümüzde hâkim olan şartlı sorumluluk yaklaşımları ile şartlı sorumluluk örneği olarak Milletlerarası Ceza Mahkemesi (MCM) Roma Tüzüğü m.33 hakkında *Gaeta*, 173-181; *Bozbayındır*, 125-128. Türk Hukuku bakımından *Bozbayındır*, TCK m.24/f.3 bağlamında mutlak sorumluluk, buna karşılık AsCK m.43/f.3 ilişkili olarak ise şartlı sorumluluk doktrininin kabul edildiğini belirtmiştir (130-131). Kanımızca bu tespitlere, doktrindeki farklı görüşlere rağmen, TCK m.24/f.4 ve PVSK m.2/f.3'ün lafızları dikkate alındığında, denetlenemeyen emirlerde mutlak sorumsuzluk yaklaşımının temel alındığı tespiti ilave edilebileceği gibi, TCK m.24/f.3 (genel olarak denetlenebilir emirler) yönünden hata hükümlerinin uygulanabilirliğine bağlı sorumluluk sınırlaması da hatırlatılmalıdır.

¹⁰³ Mülga TCK m.49'un son fıkrasında da kanuna aykırı emirden doğan cürme ilişkin cezanın emri veren amire hükmolunacağı belirtilerek, mutlak bir ifade kullanılmıştır. Ancak fıkrada emrin denetlenebilir olup olmamasına değinilmeksizin, hatta 1 no.lu bende atıfla tüm emirleri kapsayıcı bir düzenleme yapılmıştır. *Stratenwerth* de konuyla ilgili çalışmasında, söz konusu hükme işaretlerle Türk Hukukunu, mutlak itaat ilkesini, astın sorumsuzluğunu benimseyen az sayıdaki ülkeler arasında değerlendirmiştir. Bkz. 28-29.

¹⁰⁴ Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla karşılaştırıldığında burada yalnızca astın subjektif bilgisinden söz edilmiş, emrin objektif olarak açıkça suç teşkil etmesi hali öngörülmemiştir (*Erman*, kn. 114-115; *Dönmezer/Erman*, kn. 776; *Günal*, 128). Bununla birlikte doktrinde emrin açıkça suç oluşturduğu hallerde astın, bunun suç işletmek amacıyla verildiğini bilmediğini iddia etmesinin kolay olmadığı, itaat mecburiyetinin "suçluluğu aşıkâr" emirlere kadar götürülemeyeceği belirtilmiştir (*Günal*, 156-157. Karş. *Erem/Danışman/Artuk*, 562). Mevcut hükmün eleştirisi ve hükümde objektif kıstas yönünde değişiklik yapılması hakkında *Özgenç*, 401-402; *Bozbayındır*, 133-134. Ayrıca karşı. JTGGY m.143/f.3'teki valinin *açıkça* askeri ya da adli bir suç oluşturan emirlerinin yerine getirilmeyeceği hükmü. Öte yandan *Günal*, eserinde hazırlanmakta olan Askeri Ceza Kanunu Tasarısı'ndan söz etmiş, Alman AsCK'nın (WStG) 5. paragrafıyla paralel bir hükme yer vermiştir. Bkz. 128, dn. 262. Hukuka aykırı emrin ifasından dolayı şartlı sorumluluğun çeşitli görünüşlerinin olduğu, en

bir istisna içermeyen söz konusu fıkra içeriklerine rağmen, genellikle başta AY olmak üzere ilgili hükümlerin bir önceki fıkralarına atıfla¹⁰⁵, esas itibariyle suç oluşturan emirlerin bağlayıcı olmadığı, emri ifa edenin sorumlu olacağı savunulmaktadır¹⁰⁶. Kanımızca bu konuda açık bir düzenleme yapılması şarttır.

çok kabul edilen şeklinin açıkça hukuka aykırılık doktrini olduğu hakkında *Bozbayındır*, 127-128. MCM Roma Tüzüğü m.33/f.2'de soykırım ve insanlığa karşı suçlara dair emirler, açıkça hukuka aykırı emirler olarak kabul edilmiştir.

¹⁰⁵ AY m.137/f.2, DMK m.11/f.3, PVSK m.2/f.2 ve TCK m.24/f.3'te konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmeyeceği ifade edilmektedir. Ancak inceleme konusu olan emirler, aynı hükümlerin bir sonraki fıkraları kapsamında yer almaktadır. Bunların da esasen konusu (ifası) suç oluşturan bir nitelik taşımalarına rağmen, denetlenebilir olmadıkları için sorumluluk bakımından istisna getirilmektedir. Dolayısıyla istisnai bir halin yorumlanmasında sorumluluk açısından tekrar kurala dönmek çelişkili bir durum gibi gözükmektedir. Kural-istisna değerlendirmesi bağlamında karşı. *Özbek ve Diğerleri*, 387-388. Mülga TCK m.49'da, yürürlükteki TCK m.24/f.3 gibi bir hüküm bulunmamasına rağmen, AY (1924 AY m.94, 1961 AY m.125/f.2 dahil) başta olmak üzere, DMK ve PVSK'nın ilgili fıkralarına dayanılarak benzer nitelikte zorlayıcı yorumlar yapılmıştır. Öte yandan mülga TCK m.49/f.2'de, mevcut TCK m.24/f.4'te olduğu gibi emrin denetlenebilirliği ayırımı yapılmaksızın, hukuka aykırı ve suç (cürüm) teşkil eden tüm emirler için ortak bir düzenlemenin bulunması da aynı bir sorun teşkil etmektedir.

¹⁰⁶ *Öztürk/Erdem*, kn. 339; *Demirbaş*, 261-263; *Centel/Zafer/Çakmut*, 300-301; *Özgenç*, 398-399; *Sözüer*, Einführung, 30-31; *Sözüer*, Mazeret, 231; *Hakeri*, 321-322; *Koca/Üzülmez*, 302-303; *Özbek ve Diğerleri*, 388; *Zafer*, 315; *Meraklı*, 290-291; *Yokuş Sevük*, 95; *Değirmenci*, Amirin Emrini İfa, 475-476, 480-481; *Bozbayındır*, 130. Mülga TCK m.49'un son fıkrasındaki mutlak ifadeye karşın, AY'nin ilgili hükmüyle (1924 AY m.94 dâhil) uzlaştırıcı bir yorumla 49. maddenin önceki fıkrasına dönüş yapmak suretiyle, emrin yetkili merciden verilmediği, görev yönünden ifasının zorunlu olmadığı değerlendirilmesi öne sürüldüğü gibi [*Taner*, 399-400. Karş. (*Yekebaş*) *Vehbi*, 444-445; *Erem/Danışman/Artuk*, 562; *Tosun*, 179-184; *Önder*, 177], emrin hukukiliğinin önceki fıkrada belirtilen şartlardan ayrı, müstakil olduğundan hareketle, bu durumda doğrudan AY'nin ilgili fıkrasına (1961 AY m.125/f.2, 1982 AY m.137/f.2) atıf yaparak suç teşkil eden emirlerden astın sorumlu olduğu sonucuna da varılmaktaydı. Bu bağlamda AY 137/f.3 (aynı şekilde 1961 AY 125/f.3) ile ilişkili olarak itaat yükümü artırılmış kişiler kapsamında asker ve polisler ilişkin mevzuata, dolayısıyla denetlenemeyen emirlere değinilmekle birlikte, suç oluşturduğu bilinen emirler bakımından askerlerde AsCK m.41/f.3'e dayanılmakta, polisler açısından ise PVSK m.2/f.3'ün, m.2/f.2'ye yalnızca yazılı tekrar açısından istisna teşkil ettiği ileri sürülmekte, hatta bu yorumun maddenin AY 137'ye aykırı olmaması için zorunlu olduğu belirtilmekteydi (*Dönmezer/Erman*, kn. 773-781). Gerekeç veya sonuç itibariyle aynı yönde *Erem/Danışman/Artuk*, 562-563; *Günel*, 98-99, 120-133, 147, 153-159; *Alacakaptan*, 104-106; *Tosun*, 183-184; *Önder*, 177; *İçel ve Diğerleri*, 129. Konusu suç olan emrin yerine getirilmeyeceği kuralının askerlik ve güvenlik hizmetinde mutlak olmadığı yönünde *Yüce*, 275-276. Karş. *Tosun*, 179 vd. Yapılan değerlendirmelerde, askerler açısından AsCK m.41/f.3'teki sınırlama nedeniyle AY m.137/f.2'ye (veya 1961 AY m.125/f.2) dayanma ihtiyacı duyulmamasına, bilakis AsCK'nın söz konusu düzenlemesinin istisna hükmü içeren AY m.137/f.3 (veya 1961 AY m.125/f.3) kapsamında ve bununla uyumlu olduğunun (*Günel*, 128) belirtilmesine karşılık, aynı istisnanın parçası olduğu kabul edilen PVSK m.2/f.3 bakımından önceki fıkraya dönüp farklı bir değerlendirme yapmak, tutarlı ve tatmin edici görünmemektedir. Sorun AsCK'daki gibi -yetersiz de olsa- bir sınırlama hükmünün eksikliğinden kaynaklanmakta olup, çözüm bu konuda açık bir kanuni düzenleme yapılmasında yatmaktadır.

Burada son olarak **kabahatlerde emrin ifasının** niteliğine değinmek gerekir. AY başta olmak üzere emrin ifasına dair ilgili hükümlerdeki suç ifadesini doğru bir biçimde anlamlandırabilmek için öncelikle kısaca kabahat kavramı ele alınmalıdır. 2005 yılında yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu'nun (KabK) 2. maddesine göre, kanunun, karşılığında idari yaptırım¹⁰⁷ uygulanmasını öngördüğü haksızlıklar kabahat olarak adlandırılmaktadır. Ne var ki 2005 yılı öncesinde gerek söz konusu haksızlıkların isimlendirmesi gerekse kabahat deyiminin anlamı farklıydı. KabK'dan önceki mevzuatta, idari yaptırımlarla karşılanan haksızlıklar hakkında genel bir düzenleme mevcut olmayıp, bu fiillere doktrinde genellikle "idari suç" (veya "idari kabahat", "idari haksız fiil") gibi isimler verilmiş ve yine bu bağlamda idari ceza hukukundan söz edilmiştir¹⁰⁸. Aynı dönemde yürürlükte olan mülga 765 sayılı TCK'nın suçları cürüm ve kabahat şeklinde ikiye ayırması (m.1/f.2) bağlamında kabahat terimi, idari değil, adli birtakım yaptırımları (hafif hapis, hafif para cezası, belirli bir meslek veya sanatın icrasının tatili, m.11) gerektiren bir suç türünü ifade etmekteydi.

Bu çerçevede 2005 öncesi mevzuat ve terminoloji esas alındığında, AY, DMK, PYSK ve AsCK'nın ilgili hükümlerindeki suç ibaresinin, idari yaptırımlarla karşılanan haksızlıkları (idari suçları veya 2005 sonrası adıyla kabahatleri) kapsamadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla konusu idari suç olan emirlerin, -diğer hukuka aykırı ancak suç teşkil etmeyen emirlerde olduğu gibi- yazılı tekrar halinde (AsCK açısından bilinmesine rağmen) yerine getirilmesi gerektiği, bu anlamda hukuka aykırı bağlayıcı emir niteliğinde olduğu söylenebilir. 2005 sonrasında kabahatlerin suç olmaktan, dolayısıyla suçun bir çeşidi olmaktan çıkarılarak idari suç kavramının yerini alması, ilk planda bu konuda farklı bir değerlendirmeye yol açmamaktadır. Zira yeni terminoloji dikkate alındığında da ilgili hükümlerdeki suç deyimini, kabahati (eski ifadesiyle idari suç) içermemektedir. Fakat bu noktada KabK m.12 çok önemli bir farklılık doğurmaktadır. Zira bu madde, Kab.K'da aksine hüküm bulunmayan hallerde, TCK'nın hukuka uygunluk nedenleri ile "kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere" ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından¹⁰⁹

¹⁰⁷ KabK m.16 uyarınca kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, *idari para cezası* ve *idari tedbirlerden* ibaret olup, idari tedbirler de *mülkiyetin kamuya geçirilmesi* ve ilgili kanunlarda yer alan *diğer tedbirlerden* oluşmaktadır. Karş. KabK m.3/f.1-b.(b).

¹⁰⁸ *Mahmutoğlu*, 52-54, 97-98. Bu konuda ayrıca bkz. *Yüce*, 25-26.

¹⁰⁹ KabK m.3/f.1-b.(b) uyarınca söz konusu hüküm, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren kabahatler açısından uygulanacaktır.

da uygulanacağını öngörmektedir¹¹⁰. Emrin ifasıyla ilgili olarak söz konusu Kanun'da ayırık bir düzenleme bulunmadığından, yapılan atıf gereği TCK'daki konuyla ilgili hükümler olan m.24/f.2-4 temel alınacaktır. Buna göre yetkili bir merci tarafından hukuka uygun olarak verilen, dolayısıyla yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emrin ifası (m.24/f.2) suretiyle belirli bir kabahat tipine uygun bir hareket yapıldığında, kabahatin hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyecek, fiil hukuka uygun olacağından kabahat oluşmayacaktır. Hukuka aykırı emirler bakımından, 24. maddenin 3. fıkrası önem taşımakta olup, söz konusu hüküm, atıf kapsamında kabahatlere uyarlandığında¹¹¹ konusu (ifası) kabahat teşkil eden emirlerin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği, aksi takdirde emri verenle birlikte emri yerine getirenin sorumlu olacağı sonucuna varılacaktır¹¹². Nihayet emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin

¹¹⁰ Madde gerekçesi şöyledir: "Madde metninde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleriyle kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerine ilişkin hükümlerinin kabahatler açısından da uygulanabileceği kabul edilmiştir. Ancak, Tasarıda aksine hüküm bulunan haller saklı tutulmuştur. / Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükümleri, hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve ilgilinin rızası olmak üzere dört ana grupta toplanabilir. Kusurluluğu etkileyen nedenlere ilişkin hükümleri ise, kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran nedenler olarak iki gruba ayrılabilir. Maddenin düzenlemesine göre, hukuka uygunluk nedenleri ile zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisinde olma, *hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi* gibi kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin varlığı halinde, idarî para cezasına karar verilemeyecektir. Ancak, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile ilgili olarak Tasarıda ayrı hükümlere yer verilmiş olması dolayısıyla, Türk Ceza Kanununun bu hallerde özgü hükümleri kabahatler açısından uygulanamayacaktır. Keza, Türk Ceza Kanununun örneğin haksız tahrik gibi kusurluluğu azaltan nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler açısından uygulanamayacaktır."

¹¹¹ Bu noktada m.24/f.3'teki "suç" ifadesinin "kabahat" olarak uyarlanması çeşitli açılardan tereddüt doğurabilirse de bunların esaslı olmadığı kanaatindeyiz. Bir defa KabK m.12'de herhangi bir sınırlama yapılmaksızın ilgili hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş olup, TCK m.24/f.3 de emrin ifasıyla ilgili hükümlerdedir. İkinci olarak ise, atıf yapılan TCK düzenlemeleri tabii olarak suç kavramını esas almakta olup, atıf uyarınca bunların kabahate dönüştürülmesi kaçınılmazdır. Nitekim örneğin, kusuru engelleyen bir mazeret nedeni olarak cebir veya tehdidin öngörüldüğü TCK m.28/f.1'deki suç ibaresinin de kabahatler açısından kabahat olarak anlaşılması gerekmektedir.

¹¹² Varılan bu sonuç AY m.137 açısından tartışmaya açıktır. Zira maddenin 2. fıkrasında suç ibaresinin kullanılması sebebiyle yalnızca suç oluşturan emirlerin ifa edilmeyeceği, maddenin 1. fıkrası kapsamında suç oluşturmeyen diğer hukuka aykırı emirlerin ise yazılı tekrar halinde ifa edileceği, ifa edenin sorumlu olmayacağı düzenlenmektedir. Bu bağlamda ifası kabahat oluşturan emirlerin 1. fıkraya dahil olduğu kabul edildiğinde, KabK m.12'nin atfı çerçevesinde TCK m.24/f.3'ün kabahatler açısından geçerli olmadığı, kabahat teşkil eden emirlerin yazılı olarak teyit edilmesi durumunda, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu (hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı) bir emir niteliğini kazanacağı (TCK m.24/f.2) ve ifa eden açısından mazeret nedeni olacağı söylenebilecektir. Buna karşılık, konusu kabahat teşkil eden emirlerin yerine getirilmeyeceği sonucunun AY m.137 ile çelişmediği, suç kavramına kabahatlerin de ilave edildiği ileri sürülebileceği gibi, daha önemli bir gerekçe olarak, m.137/f.2'deki suç kavramının, adli suçların yanı sıra idari suçları (yeni ismiyle kabahatleri) de kapsadığı, nitekim Ana-

engellendiği hallerde işlenen kabahatten yalnızca emri veren sorumlu olacak, emri ifa eden, mazeret nedeninden yararlanacaktır (m.24/f.4)¹¹³.

SONUÇ

Yukarıda yapılan inceleme ve değerlendirmeler göstermiştir ki ceza hukukunda emrin ifası kurumu, bilhassa emrin hukuka aykırı olması halinde ifa edenin sorumluluğu açısından her üç ülkede de son derece sorunlu ve izahı güç bir karmaşıklıktadır. Bu durumun temel sebebinin, konuyla ilgili düzenlemelerin dağınıklığının yanı sıra, ceza hukuku ilkeleri bakımından farklı ihtimallere dair sistematik ve tatmin edici bir içeriğe sahip olmaması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla bu düzlem içerisinde emrin ifasının hukuki niteliği hususunda net, tartışmasız bir tespit bulunmak da güçleşmektedir.

Bununla birlikte genel olarak hukuka uygun bir emrin ifasının, gerek emri veren gerekse emri yerine getiren açısından hukuka uygunluk nedeni niteliğini taşıdığı rahatlıkla söylenebilir. Bu bakımdan fazla bir tartışma mevcut değildir. Ancak hukuka aykırı emir bakımından aynı kolaylıkta bir belirleme yapma imkânı bulunmamaktadır.

Alman Ceza Hukuku'nda ilgili mevzuattaki birtakım ifadelerden hareketle, özellikle askerler ve kolluk görevlileri açısından ifası kabahat teşkil eden hukuka aykırı emirler bağlamında doktrinin büyük bir bölümü, hukuka aykırı bağlayıcı emirden söz etmekte ve emrin bağlayıcılığını öne çıkararak bunun bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğini savunmaktadır. Buna karşılık öğretinin önemli bir kısmı emrin hukuka aykırılığını temel alarak, burada bağlayıcılığın ancak bir mazeret nedeni oluşturabileceğini belirtmekte, bazıları ise hukuka aykırı bağlayıcı emir kavramını tümüyle reddetmektedir. Öte yandan hukuka aykırı (ve bağlayıcı olmayan) diğer emirlerin ifası, ilgili hükümlerdeki açık düzenlemeler gereği emrin hukuka aykırılığının bilinmesi veya hukuka aykırılığın bilinebilir ya da bariz olması dışında

yasa Mahkemesi'nin (AYM) çeşitli kararlarında, AY'nin "suç ve cezalara ilişkin esaslar"ın düzenlendiği 38. maddesini kabahatler açısından da geçerli bir biçimde yorumladığı (örneğin, 26.12.2013, 43/168; 29.11.2012, 106/190; 15.03.2012, 2011/105-2012/38; 11.06.2009, 2007/115-2009/80) savunulabilir. Aynı tartışma DMK m.11/f.2-3 ve PYSK m.2/f.2 açısından da yapılabilir de KabK'nın sonraki tarihli bir kanun olması nedeniyle burada sorunun çözümü daha kolaydır. Karş. KabK m.12'ye değinmeksizin konuyu AY m.137/f.1 kapsamında değerlendiren görüş için *Meraklı*, 291, dn. 112.

¹¹³ AsCK m.41/f.3'te açıkça "adli ve askeri bir suç" ibaresi yer aldığından, söz konusu hüküm kabahatler ("idari suçlar") açısından geçerli olmayacaktır. Ancak verilen emrin bir kabahat tipine yönelik olmasına rağmen, ifası somut olarak taksirli bir "suç" işleme tehlikesi taşıyan ve bu nedenle Alman Hukukunda tehlikeli emir olarak da adlandırılan hallerde, m.41/f.3'ün devreye girebileceği belirtilmelidir.

kendine özgü bir mazeret nedeni veya bazı yazarlarca özel yasak hatası olarak nitelendirilmektedir.

Alman Hukuku'ndan farklı olarak emrin ifasının doğrudan ceza kanununda düzenlendiği İtalyan Hukuku'nda hukuka aykırı ve suç teşkil eden emir konusunda, emrin hukuka uygunluğunun denetlenebilir olup olmaması rol oynamakta ve emrin bağlayıcılığı da buna göre belirlenmektedir. Denetlenebilir emirlerde emri ifa eden ancak hata hükümlerinden yararlanarak sorumluluktan kurtulabilirken, denetlenemeyen emirlerde ifa edenin cezalandırılabilir olmadığı öngörülmektedir. Söz konusu cezasızlık hali, doktrinde hukuka aykırı bağlayıcı emir olarak ele alınmakta ve bu duruma ilişkin olarak, Alman Hukukuna benzer şekilde hukuka uygunluk nedeni veya mazeret nedeni nitelendirmesi yapılmaktadır. Ceza Kanunu'nun mutlak ifadesine rağmen, doktrinde ve uygulamada hukuka aykırılığın bariz veya biliniyor olması halinde emrin bağlayıcı olmadığı savunulmakta, askerlerle ilgili olarak da bariz hukuka aykırılığa dair açık bir düzenleme bulunmaktadır.

İtalyan düzenlemesiyle büyük bir benzerlik arz eden TCK hükümleri ile CMK'nın açıkça hukuka aykırı fakat bağlayıcı emir ifadesini kullanan ve bunu kusurla ilişkilendiren hükmü bağlamında, Türk Hukuku'nda da hukuka aykırı emrin ifası bakımından emrin denetlenebilirliğiyle ilişkili bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Denetlenmesi kanunen engellenmeyen, bilakis hukuki bir yetki ve yükümlülük olarak öngörülen emirlerin ifası kapsamında işlenen suçlar açısından, genel hata ve mazeret nedenlerinin dışında, emri yerine getireni sorumluluktan kurtaracak özel bir düzenleme mevcut olmayıp, aksine sorumluluğu vurgulayıcı hükümler vardır. Ancak denetlenmesi engellenen, bu anlamda bağlayıcı olduğu söylenebilecek emirler nedeniyle işlenen suçlar yönünden, CMK'da kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı sonucu bağlanan hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin ifası düzenlemesi devreye girecek olup, burada emrin denetlenebilir olmamasına dayanan bir mazeret nedeni söz konusudur. Ne var ki, sözü geçen mazeret nedeninin sınırları, daha doğrusu sınırsızlığı büyük bir sorun teşkil etmektedir. TCK'da ve PYSK'da mutlak sorumsuzluğu doğurucu bir ifade kullanılmışken, ASCK'da emrin hukuka aykırılığını bilmeden ibaret de olsa sınırlayıcı bir hüküm bulunmaktadır. Doktrinde bahsedilen sorunu aşma kaygısıyla hukuka aykırı emrin ifasını adeta ceza hukuku sahasından çıkararak, özellikle CMK'daki düzenlemeyi izahsız bırakan görüşler ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bu konuda, halen birçok milli ve milletlerarası ceza hukuku düzenlemelerinde olduğu gibi, emrin hukuka aykırılığının bilinmesini ve

bariz olmasını istisna tutan açık bir düzenleme yapılması şarttır. Mevcut durumda mazeret nedeninin, hukuk devleti ilkesi ışığında ve özellikle mazeret nedeninin ancak emrin özel olarak denetlenmesiyle saptanabilecek hukuka aykırılıklara dair sorumsuzlukla sınırlı bir meşruiyet taşıması dikkate alınarak, belirtilen iki hali dışlayıcı şekilde yorumlanmasının -güç olmakla birlikte- bir zorunluluk arz ettiği de ifade edilebilir. Nihayet ifası kabahat oluşturan hukuka aykırı emirler bakımından, KabK'nın TCK'ya atıf yapması itibariyle suçlarla ilgili değerlendirmeler bunlar açısından da geçerli olacaktır. Ancak AY'deki suç ifadesi dar anlamda kabul edilirse bu ihtimalde Alman Hukuku'ndaki anlamıyla hukuka aykırı bağlayıcı emir durumu ortaya çıkacaktır. Bu hususta da açık düzenleme yapılması ihtiyacı vardır.

KAYNAKÇA

Alacakaptan, Uğur, Suçun Unsurları, 1975.

Amelung, Knut, Die Rechtfertigung von Polizeivollzugsbeamten, Juristische Schulung, 1986, 329 vd.

Ambos, Kai, Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht, Juristische Rundschau, 1998, 221 vd.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 4. Baskı, 2009.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, 2003.

Bozbayındır, Ali Emrah, Turkey and the International Criminal Court, 2013.

Blei, Hermann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 18. Auflage, 1983.

Bringewat, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Auflage, 2008.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Baskı, 2011.

Das italienische Strafgesetzbuch, Übers. Roland Riz, 1969.

Dau, Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2, Nebenstrafrecht III, 2009.

Değirmenci, Olgun, Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu, KHO Bilim Dergisi, 2008, 1 vd. (Emre İtaatsizlik)

Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan...

Değirmenci, Olgun, Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2012, 455 vd. (Amirin Emrini İfa)

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 7. Baskı, 2011.

Dolaptschieff, Nikola, Sind rechtswidrige bindende Befehl möglich?, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1939, 238 vd.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku: Genel Kısım, Cilt: II, 10. Bası, 1994.

Dülger, Murat Volkan, Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihiçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2014, 124 vd.

Ebert, Udo, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2001.

Erem, Faruk/Danişman, Ahmet/Artuk Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 14. Baskı, 1997.

Ersoy, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2002.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Auflage, 2009.

Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2011.

Gaeta, Paola, The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law, European Journal of International Law, 1999, 172 vd.

Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 25. Bası, 2007.

Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2005.

Günel, Yılmaz, Yetkili Merciin Emrini İfa, 1967.

Hafizoğulları, Zeki, Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak Ceza Hukukunda İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'inesigibilità), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, 337 vd.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 5. Baskı, 2012.

Haft, Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, 2004.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 12. Baskı, 2011.

Heinrich, Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2005.

Hirsch, Hans Joachim, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11.

Auflage, 2003.

Hoyer, Andreas, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen, 1998.

İçel, Kayıhan ve Diğerleri, İçel Suç Teorisi, 2. Bası, 2000.

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991.

Jarvers, Konstanze, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit in Italien, Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Hrsg. Ulrich Sieber, Karin Cornils, Band 5, 2010, 151 vd.

Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 1988.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996.

Joecks, Wolfgang, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, 2011.

Kangal, Zeynel, Askerî Ceza Hukuku, 2. Baskı, 2012.

Kantar, Baha, Ceza Hukuku, Talebe Notu, 1939.

Kasiske, Peter, Strafrecht I: Grundlagen und Allgemeiner Teil, 2011.

Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2011.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 6. Baskı, 2013.

Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.

Krey, Volker/Esser, Robert, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2011.

Kunter, Nurullah, Suçun Kanunî Unsurları Nazariyesi, 1949.

Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2008.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2011.

Lenckner, Theodor, Der “rechtswidrige verbindliche Befehl” im Strafrecht – nur noch ein Relikt? Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, 223 vd.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, 1995.

Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan...

Maiwald Manfred: Einführung in das italienischen Strafrecht und Strafprozessrecht, 2009.

Majno, Luigi, Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Cilt: I, 1977.

Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Auflage, 1992.

Meraklı, Serkan, Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2010, 261 vd.

Meyer, Frank, Ausschluss und Minderung strafrechtlicher Verantwortung bei Handeln auf Weisung, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2012.

Mezger, Edmund, Strafrecht, 3. Auflage, 1949.

Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht, 2. Auflage, 2013.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: II-III, 2. Bası, 1992.

Önsel, Oğuzhan, Askeri Ceza Kanununun 1'inci ve Ek 8'inci Maddeleri Işığında Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin Askerî Ceza Kanununa Etkisi, Askerî Adalet Dergisi, Ocak 2012, 17 vd.

Özbek, Veli Özer ve Diğerleri, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 2. Baskı, 2011.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 8. Bası, 2013.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 11. Baskı, 2011.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Band 1, 3. Auflage, 2010.

Pisapia, Gian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri: Genel Kısım, Çev. Atif Akgüç, 1965.

Ramm, Harry, Der rechtswidrige verbindliche Befehl, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1939, 363 vd.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, 2006.

Rönnau, Thomas, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2006.

Schlehofer, Horst, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 2. Auflage, 2011.

Schölz, Joachim, Lingens, Eric, Wehrstrafgesetz, 4. Auflage, 2000.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Lenckner, Theodor/Sternberg-Lieben, Detlev, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, 2010 (S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben).

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, 4. Baskı, 2012.

Sözüer, Adem, Einführung in die Gesamtreform des türkischen Strafrechts (I), 2006 (Einführung).

Sözüer, Adem, Türk Ceza Kanunu'nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar, HPD, Sayı: 6, 2006, 231 vd. (Mazeret).

Spendel, Günter, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Auflage, 2003.

Stratenwerth, Günter, Verantwortung und Gehorsam, 1958.

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 2011.

Taner, M. Tahir, Ceza Hukuku: Umumi Kısım, 3. Basım, 1953.

Toroshlu, Nevzat, Ceza Hukuku, 17. Baskı, 2012.

Tosun, Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, 1979.

Ünver, Yener, YTCK'da Kusurluluk, Ceza Hukuku Dergisi, Eylül 2006, 41 vd.

(Yekebaş) Vehbi, Hukuku Ceza, Ders Notları, 1932.

Yokuş Sevük, Handan, Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Aktuelle Grundlagenprobleme des materiellen Strafrechts, Hrs. Gunnar Duttge, Yener Ünver, Band I, 2012.

Yüce, Turhan Tüfan, Ceza Hukuku Dersleri, 1982.

Walter, Tonio, Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB, Juristische Rundschau, 2005, 279 vd.

Weigend, Thomas, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/2, Nebenstrafrecht III, 2009.

Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, 1969.

Yenisey, Feridun, Bavyera Polis Kanunu, Ankara 2007 (www.hukukturk.com).

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku: Genel Hükümler, TCK m.1-75, 2. Bası, 2011.