

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖREVİN YERİNE
GETİRİLMESİ

Doktora Tezi

Merve Duysak

ANKARA – 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖREVİN YERİNE
GETİRİLMESİ

Doktora Tezi

Merve Duysak

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

ANKARA – 2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA GÖREVİN YERİNE
GETİRİLMESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Tuğrul Katoğlu

Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün

Doç. Dr. Fahri Gökçen Taner

Dr. Öğretim Üyesi Burcu Ertem

Tez Sınavı Tarihi

25.07.2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE,

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (11/08/2022)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Merve Duysak

İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	v
Kısaltmalar	x
Giriş	0

BİRİNCİ BÖLÜM GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ KAVRAMI, KURUMUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ KAVRAMI	1
A. TANIM.....	1
B. KURUMUN KAYNAĞI.....	9
1. Genel Olarak.....	9
2. Türk Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi	14
a. Görevin Yerine Getirilmesi Kurumunun Kapsamı	14
b. Türk Ceza Kanunu m. 24 Düzenlemesi	16
i. Kanundan Kaynaklı Görevin Yerine Getirilmesi	16
ii. Yerine Getirilmesi Görev Gereği Zorunlu Emrin Uygulanması	
20	
iii. Konusu Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesi	24
iv. Denetlenmesi Kanun ile Engellenmiş Emrin Yerine Getirilmesi	
28	
c. 765 sayılı Mülga TCK ve 5237 sayılı TCK Düzenlemelerinin	
Karşılaştırması	29

II. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ 34

A. GENEL OLARAK.....	34
B. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN KUSURLULUK	
ÜZERİNDE ETKİLİ OLDUĞUNA DAİR GÖRÜŞLERİN	
DEĞERLENDİRİLMESİ.....	35
1. Genel Olarak.....	35

2. Konusu Açıkça Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emir	41
3. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Kanunsuz Emir	42
4. İçerik Denetimi Engellenmiş Kanunsuz Emir	45
5. Görüşümüz	47
C. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLMASI ve DAYANAĞI	53
1. Görevin Yerine Getirilmesinin Hukuka Uygunluk Nedeni Olması	53
2. Dayanak	56
a. Genel Olarak.....	56
b. Hukuk Düzeninin Bütünlüğü İlkesi ile Temellendiren Görüş	60
c. Çelişmezlik İlkesi ile Temellendiren Görüş	63
D. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ETKİSİ	69
1. Genel Olarak	69
2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Etkisi Hakkında Genel Değerlendirme	70
a. Tüm Hukuk Düzeni Yönünden Etki Doğurma	70
b. Objektif Olarak Uygulanma	72
3. Görevin Yerine Getirilmesinin Suçun Unsurları Üzerinde Etkisi ..	74
a. Hukuka Aykırılığı Unsur Olarak Nitelendirmeyen Görüşler	74
i. Suçun (Tekçi) Bütüncül Yaklaşımı	74
ii. Suçun İkili Ayrımı	75
b. Hukuka Aykırılığı Unsur Olarak Kabul Eden Görüşler	76
c. Hukuka Aykırılığın Tipiklik ve Cezalandırılabilme Unsurları İçerisinde Değerlendirildiği Görüşler	77

III. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI.....	80
A. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ- HAKKIN KULLANILMASI İLİŞKİSİ	80
1. Genel Olarak Hakkın Kullanılması	80
2. Görev – Yetki İlişkisi	82
B. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ- “RIZA” İLİŞKİSİ	89
1. Genel Olarak Rıza	89
2. Tasarruf Yetkisinin Mutlaklığı- Sınırlılığı.....	90

İKİNCİ BÖLÜM
KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME

I. GENEL OLARAK.....	94
II. ŞARTLAR.....	96
A. BİR “KANUN” HÜKMÜNÜN VARLIĞI	96
1. Kanun Teriminden Neyin Anlaşılması Gerektiği	96
a. Kanun Teriminin Geniş Yorumlanması.....	96
b. Görevin Kaynağı Olarak Anayasa Normları	100
c. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Etkisi Doğuran	
Görevler Bakımından Görevin Kaynağı	101
i. Şekli Kanunun Anlaşılması Zorunluluğu	101
ii. Kanunun Açıklığı İlkesi	102
2. Yürürlükteki Normların Meşruiyeti Karinesi	106
3. Yürütme Organının Düzenleme Fonksiyonunun Değişimi.....	107
4. Yabancı Hukuk Kurallarının Durumu	109
B. BİR GÖREVİN VARLIĞI.....	112
1. Görevin Sarih veya Zımni Olarak Ortaya Çıkması	112
2. Görevin Yerine Getirilmesinin Zorunluluğu Meselesi	113
C. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ İÇİN TANINAN YETKİNİN	
VARLIĞI	117
1. Konu Bakımından Yetki	117
2. Kişi Bakımından Yetki.....	117
3. Yer Bakımından Yetki	119
4. Zaman Bakımından Yetki	120
D. ÖNGÖRÜLEN ŞEKİL ŞARTLARINA UYGUNLUK.....	121

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AMİRİN EMRİNİ YERİNE GETİRME ve GÖREVİN YERİNE
GETİRİLMESİNDE HATA ile SINIRIN AŞILMASI HALLERİ

I. GENEL OLARAK.....	123
II. MEŞRU EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ.....	125
A. ŞARTLARI	125
1. Kamu Hukukundan Kaynaklı Ast – Üst İlişkisinin Varlığı	125
a. Genel Olarak.....	125
b. Emri Veren ile Emri Alan Arasındaki İlişkinin Kamu Hukukundan Kaynaklanması	126
c. Emri Veren ile Emrin Muhatabı Arasında Ast-Üst İlişkisinin Bulunması 131	
2. Emrin Varlığı.....	134
a. Emir Kavramı	134
b. Emrin İçeriği	136
i. Genel Olarak	136
ii. Emrin İçeriğinin Somut Olması	137
iii. Emrin İçeriğinin Soyut Olması.....	137
c. Emrin Nitelikleri	141
i. Yetkili Mercî Tarafından Verilmiş Olma.....	141
ii. Bağlayıcı Olma	142
3. Emrin Yerine Getirilmesi Bakımından Yetkili Olma.....	145
III. KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ.....	146
A. GENEL OLARAK.....	146
B. KONUSU SUÇ TEŞKİL ETMEYEN KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ	149
1. Kanunsuz Emir ve Bildirme Ödevi	149
2. Yazılı Israr Üzerine Yerine Getirme	151
C. KONUSU SUÇ TEŞKİL EDEN KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ	153
1. Açıkça Hukuka Aykırılık Hali.....	153
2. Taksirli Suça Vücut Verebilecek Tehlikeli Emirler	159

D. İÇERİK DENETİMİ ENGELLENMİŞ KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ	159
1. Emrin Sorgulanamazlığı	159
2. İçerik Denetimi Engellenmiş Emirlerin Ortaya Çıkabileceği Haller 162	
IV. HATA	163
A. GENEL OLARAK.....	163
B. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNİN ŞARTLARININ OLUŞTUĞUNUN FAİL TARAFINDAN BİLİNMEDİĞİ HAL	168
C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNİN ŞARTLARININ OLUŞTUĞU İNANCI İLE HAREKET	170
V. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNDE SINIRIN AŞILMASI.....	176
A. SINIRIN KUSUR OLMAKSIZIN AŞILMASI	176
B. SINIRIN AŞILMASINDA KUSURUN VARLIĞI.....	177
1. Sınırın Kast ile Aşılması	177
2. Sınırın Taksir ile Aşılması	179
SONUÇ.....	181
KAYNAKÇA.....	186
ÖZET	197
SUMMARY.....	198

KISALTMALAR

ABD: Ankara Barosu Dergisi

a.g.e.: adı geçen eser

alm.: Almanca

AsCK: Askeri Ceza Kanunu

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

bknz: bakınız

C.: cilt

C. Cost.: la Corte costituzionale

CED: Il Centro Elettronico di Documentazione della Corte Suprema di
Cassazione (Yargıtay Elektronik Dökümantasyon Merkezi)

CD.: Ceza Dairesi

CHD: Ceza Hukuku Dergisi

CGK.: Ceza Genel Kurulu

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

çev.: çeviren

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn.: dipnot

dStGB: Strafgesetzbuch (Deutschland) Alman Ceza Kanunu

E.: esas numarası

ed.: editör /editor

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Hrsg: Herausgeber

ICRC: International Committee of the Red Cross

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İbid: aynı eserde aynı yerde

İCK: İtalyan Ceza Kanunu

İn. : İngilizce

İt. : İtalyanca

İYUK: İdari Yargılama Usulü Kanunu

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: karar numarası

Lat. : Latince

m.: madde

MTCK: 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu

s.: sayfa

S.: sayı

StGB: (Strafgesetzbuch) Alman Ceza Kanunu

T.: tarih

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TCK: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

THD: Terazi Hukuk Dergisi

TSKİHK: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu

vb.: ve benzeri

vd.: ve devamı

GİRİŞ

5237 sayılı TCK m.24 “Kanunun Hükümü ve Amirin Emri” başlığını taşımaktadır. Bu madde kapsamındaki fiillerden ötürü faile ceza verilmez. Öğretide bu maddede farklı hukuki niteliklere sahip iki kurum bulunduğu savunulmaktadır. Kanımca burada görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin farklı görünüm biçimleri yer almaktadır ve aralarında mahiyet farkı yoktur. Öğretide aksi kanının baskınlığına rağmen bu iki görünüm biçiminin aynı başlık altında incelendiği ve aynı hukuki niteliğe sahip olduklarını savunan bir çalışma ortaya koymak istedim.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm bu iki görünüm biçiminin ortaklığını ortaya koymayı amaçlayan bir çatı niteliğinde kurgulanmışken; ikinci bölümde kanunun hükmünü yerine getirmenin şartları, üçüncü bölümde amirin emrini yerine getirmenin şartları ile hata ve sınırın aşılması halleri incelenmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde, görevin yerine getirilmesi kavramı, kurumun hukuki niteliği ve benzer kurumlardan farkı yer almaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki hata ve sınırın aşılması halleri, özellikle ilk bölüme alınmayarak kurumun tüm şartlarının incelenmesinin arkasından üçüncü bölümün sonuna bırakılmıştır.

İlk bölümde detaylarına yer verileceği üzere ceza sorumluluğunun doğmasını engelleyen görevin yerine getirilmesi bakımından görev, hem hukuk düzenince uygun bulunan hem de yükümlülük biçiminde beliren fiilleri kapsamaktadır. Bu fiiller kanundan veya amirin emrinden kaynaklanmaktadır. Amirin emri halinde dolaylı olarak hukuk normu, kanunun hükmü halinde doğrudan hukuk normu görevin kaynağıdır.

Görevin yerine getirilmesi kurumunun hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler savunulmaktadır. Şu an içtihatlarla da yansımış baskın görüşe göre görevin kaynağının hukuka aykırı emir olduğu hallerde görevin kusurluluk üzerinde etkisi bulunmaktadır.

Kanaatimizce hukuk düzeninin bütünlüğü ve çelişmezlik ilkeleri gereğince hukuk düzeninde bir yandan görev yüklenip diğer yandan o görevin yerine getirilmesi cezalandırılmaz. Bu nedenle yerine getirme fiilleri hukuka uygundur. Görevin yerine getirilmesi halinde failin kusuru bulunmadığı için değil fiil hukuka uygun olduğu için bu fiiller cezalandırılmaz. Hukuka uygun bir fiile, hukuka aykırıdır demekle, öz değişmeyecektir.

İlk bölümde kavram ve hukuki nitelendirme değerlendirmelerinin ardından son olarak görevin yerine getirilmesi benzer kurumlarla karşılaştırılmaktadır. Bu kapsamda hakkın kullanılması ve rıza hukuka uygunluk nedenleri ile görevin yerine getirilmesinin benzer ve farklı yönleri incelenmektedir. Hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi hallerinde hukuk sisteminin çelişmezliği ilkesi sonucu fiil hukuka uygundur. Ancak hakkın kullanımı halinde sahip olunan yetkinin görevin yerine getirilmesinde tanınan yetkiden çok daha geniş olduğu açıktır. Yetki kavramı çalışmada bir hukuki iktidar, bir hukuki yetenek olarak kullanılmaktadır. Bu yetenek hakkın kullanılması için de görevin yerine getirilmesi için de somut olayda bulunmalıdır. Görev uygun bulma biçiminde ortaya çıkabileceği gibi ödev yükleme biçiminde de ortaya çıkabilmektedir. Uygun bulma biçiminde ortaya çıkan görevler rıza hukuka uygunluk nedeniyle de karıştırılmamalıdır. Özellikle tasarruf yetkisinin kullanımı bakımından ikisi de farklı kurumlardır.

İlk bölümde hukuki niteliğe ilişkin görüşlere yer verilebilmesi ve kendilerine özgü şartlarının değerlendirilebilmesi adına görevin kaynakları bakımından bir ayırım yapılmıştır. Kuruma kanunun hükmünü yerine getirme biçiminde ortaya çıkan görevin yerine getirilmesi ve amirin emrinin yerine getirilmesi biçiminde ortaya çıkan görevin yerine getirilmesi biçiminde yaklaşılması tercih edilmiştir. Bu kapsamda ilerleyen bölümlerde de tutarlılık sağlamak için aynı yöntem takip edilmiştir.

İkinci bölümde kanunun hükmünü yerine getirmenin şartları incelenmiştir. Bu kapsamda dört temel şart belirlenmiştir. Bir kanun hükmünün varlığı, bir görevin varlığı, görevin yerine getirilmesi için tanınan yetkinin varlığı ve öngörülen şekil şartlarına uygunluk halinde, görevin yerine getirilmesi kurumunun ilk görünümü ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü bölüm hem amirin emrini yerine getirme biçiminde görevin yerine getirilmesinin şartları hem de tüm kurumu kapsayacak biçimde hata ve sınırın aşılması hallerine yer verecek biçimde oluşturulmuştur. Bu kapsamda amirin emrinin yerine getirilmesinin şartları ilk bölümde yer verilen hukuki niteliğe ilişkin ayrıma bağlı kalınarak incelenmiştir. Meşru emrin yerine getirilmesi ve kanunsuz emrin yerine getirilmesi ayrımı yapılmıştır. Hukuka uygunluk nedeni olarak görevin yerine getirilmesi halinde hata ve sınırın aşılması hallerine tüm şartlar incelendikten sonra son bölümde yer verilmesi tercih edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ KAVRAMI, KURUMUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER KURUMLARDAN FARKI

I. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ KAVRAMI

A. TANIM

Bir hukuka uygunluk nedeni olarak görevin yerine getirilmesi, öğretide *tanımlanmak yerine açıklanmaktadır*. Bu durum, kurumun yapısının gereği olarak görülmelidir. Görevin, sayısız düzenlemeden ve farklı hukuk dallarından kaynaklanıyor olması karşısında, kapsayıcı bir tanım yapmak ve ortak bir payda belirlemek güçtür. Ancak yazarlarca yapılan şu tespit geçerli bir çıkış noktası olarak kabul edilebilir: Belirli biçimde davranma görevi yükleyen hukuk sisteminin, bu görevin yerine getirilmesini cezalandırması mümkün değildir.¹ Amirin meşru emrinden veya kanunun hükmünden kaynaklanan görevi yerine getiren kişinin fiili, hukuka uygundur.²

¹ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 197.; *Pisapia/(çev.)Akgüç*, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri , Ankara, (1971), s. 140.; *Bettioli*, Diritto penale parte generale , Padova, (1976), s. 312 vd.; *(a cura di)Dolcini/Marinucci*, Codice penale comentato artt. 1-384 bis (2006), s. 536.; *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 373 vd.; *Canestrari/Cornacchia/De Simone*, Manuale di diritto penale parte generale (2007), s. 543 vd.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 23, dn. 5.; *Cadoppi/Canestrari/Manna/Papa*, Trattato di diritto penale, parte generale vol II, il reato (2012), s. 318 vd.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s.268, 270.; *Pulitanò*, Diritto Penale , Torino, (2020), s. 210.

² *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101 vd.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.; *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 228, 233.; *Soyaslan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2005), s. 369 vd.; *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş , İstanbul, (2005), s. 300, 302.; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s.161 vd.; *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 238 vd.; *Akbulut*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 478, 579.; *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275, 343.; *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (2021), s. 295 vd.; *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (2020), s. 331, 332.

İlk olarak görev belirlenmelidir. *Görev* kavramı *yükümlülük* (*ödev*) kavramı ile ilişkilidir. Öte yandan bu iki kavram çalışmada eş anlamda kullanılmamıştır. Kanımızca görev, yükümlülük kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. *Yükümlülük*, bir hukuk kuralı gereğince, hukuk düzeni tarafından zorunlu kılınan bir insan fiilidir.³ Hak kavramının karşısında, onun simetriği⁴ olarak, yükümlülüğün bulunduğu ifade edilmektedir.⁵

Hak, görevin kapsamı dışındadır. *Gözler*, hak, özgürlük ve yükümlülük kavramlarını, birbirleri ile ilişkilendirdiği şemalar ile açıklamaktadır. Buna göre: *özgürlük*⁶, hukuk düzenince yasaklanmamış olan; *hak*, hukuk düzeninin koruduğu; *yükümlülük* ise hukuk düzenince emredilen bir insan fiilidir.⁷ Çalışma bakımından görev bir hak veya özgürlük değildir. Öte yandan görev, yerine getirme yükümlülüğü bulunan bir insan fiili olarak ortaya çıkabilmektedir. Yükümlülük olarak ortaya çıkan bu görevler bakımından zorunluluk niteliği önemlidir. Özellikle itaat zorunluluğu gerektiren emirlerin varlığı, yerine getirmeme halinin yaptırım ile sonuçlanmasına bağlı tutulmaktadır.⁸ Örneğin emre itaatsizlik suçunun oluşması tehdidi karşısında askerinin amirinin emirlerine uyması yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu kapsamda yerine getirilen fiiller görevin yerine getirilmesi kurumunun bir görünümüdür.

³ *Gözler*, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 74.

⁴ Bir hukuki ilişki veya durumda bir tarafın ediminin kendisi açısından ödev oluşturması halinin karşı taraf açısından hak oluşturduğu ifade edilmektedir. (Ör; satım sözleşmesinde satılan malın teslim edilmesi ediminin satıcı için ödev, alıcı için hak olması). Ancak bazı ödevler, bir hakkın karşılığı anlamında ortaya çıkmamaktadır. Bunlara bağımsız ödevler denilmektedir. Örneğin Anayasa tarafından vatandaşlar için getirilmiş vergi, askerlik gibi bazı yükümlülükler bu gruba girmektedir.; *Gözler*, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 76.

⁵ *Gözler*, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 75.; *Gözler*, Hukukun Temel Kavramları , Bursa, (2020), s. 154.; “*Yükümlülük kavramı için özel hukukta borç (obligation) veya kamu hukukunda ödev (duty) kavramı da zaman zaman kullanılır.*”; *Garner*, Black’s Law Dictionary (2009), s. 580.

⁶ Yazar, özgürlük ve hürriyet terimleri arasında kişisel bir tercih olarak hürriyet kelimesini kullandığını ifade etmektedir; *Ibid.* s.65.

⁷ *Gözler*, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 66.

⁸ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 35. Ayrıca bkz s. 84.

Görev her zaman bir *yükümlülük* olarak ortaya çıkmamaktadır. Kanunun hükmü (hukuk normu) veya amirin emri gereği *ifası uygun bulunan fiiller* de görevin kapsamındadır. Örneğin CMK m. 90 ile düzenlenen herkese tanınan yakalama yetkisini kullanan kişinin fiili, görevin yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygundur.⁹ Bu örnek bakımından, şartları oluştuğunda yakalama fiilini yerine getirmek bir yükümlülük olarak değil, bir uygun bulma hali olarak ortaya çıkmaktadır.

Görev ister bir yükümlülük ister bir uygun bulma hali olarak ortaya çıksın, yerine getirme adımı bakımından bir hukuki iktidarı gerektirmektedir. *“Hukuk kurallarındaki bazı emirler harekete getirilmedikçe “durgun” haldedir. Her hukuk kuralı içerdiği hukuk emrini harekete getirecek varlıkları tayin ve tespit etmiştir. Bu tayin ve tespit ortaya bir hukuki iktidarı ve bu iktidarı kullanacak varlığı koyar.”*¹⁰

Biz “yetki” kelimesini bir “hukuki iktidar” olarak, bir “hukuki yetenek” olarak kullanıyoruz. Görev, *durgun* bir yükümlülük veya uygun bulma hali olarak ortaya çıktıktan sonra yerine getirilmesi için *yetki* gerekmektedir. Bir hukuki iktidar olarak yetki kanımızca yalnızca görevin yerine getirilmesi bakımından değil hakkın kullanılması bakımından da gerekmektedir. Çalışmamızda hak kelimesi, yetkinin karşılığı olarak kullanılmamıştır. Hak ve görev, hukuk düzeninden kaynaklanan ve harekete geçirilmeyi bekleyen hukuk düzeninin durgun emirlerdir. Bu bağlamda yetki

⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2012/1510, K. 2014/331, T. 17.06.2014, (kanunum.com, E.T.: 29.07.2021); “(...) TCK'nun 24. maddesinin birinci fıkrasındaki; “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” şeklindeki düzenleme ile kanunla verilen görevin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak öngörülmüştür. Maddede geçen kanun kelimesinden pozitif hukuk metinleri yani yazılı hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Kanun hükmünün yerine getirilmesinde, belirli konularda kişiye verilen yetki aynı zamanda o kişinin görevidir. Bu nedenle sözü edilen hukuka uygunluk nedenini görevin ifası kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira bir davranışın hukuka uygun olup olmadığını belirlerken yerine getirilen görevin mahiyeti göz önünde bulundurulmalıdır. Kanunun hükmünü yerine getirme çoğunlukla kamu görevlilerine ait olmakla birlikte bu görevin kamu görevlisi olmayan kişilere de verilmesi mümkündür. Örneğin; kolluk görevlilerinin dışında CMK'nun 90/1. maddesinde yazılı şartlar gerçekleştiğinde herkesin yakalama yetkisi bulunmaktadır. (...)”

¹⁰ Özyörük, İdare Hukuku Dersleri , Ankara, s.18.; Özyörük bu hukuki iktidara özel hukukta subjektif hak, kamu hukukunda devlet yetkisi demektir. Yetki kavramı, yazara göre kamu hukukuna özgü bir kavramdır ve *hukukun tanıdığı bir yetenektir.* (Özyörük, İdare Hukuku Dersleri , Ankara, , s. 18.).

ise hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi için gerekli olan hukuki iktidardır.

Hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumlarının örnekleri bakımından öğretide fikir birliği yoktur.¹¹ Yetkinin etkisinin belirlenmesi tanım için katkı sağlayacaktır. Kanaatimizce yetki kavramı iki kurum arasında ayırım yapma işlevine sahip değildir. Ortaya koymaya çalıştığımız anlatımda yetki hem hakkın kullanılması hem de görevin yerine getirilmesi kurumları bakımından gerekliliktir. Hakkın kullanılmasında sübjektif bir hakkı kullanma yetkisi¹², görevin yerine getirilmesi bakımından ise yükümlülüğün veya uygun bulunan fiilin yerine getirilmesi yetkisi bulunmalıdır.¹³

Kurumu tanımlama gayretimizde göreve ilişki tanımlar ve mevzuattaki kullanımlar doğrudan veya dolaylı olarak yol gösterici olabilir. Türk Hukuk Lugatı'nda görev kurumu muhakemeye ilişkin olarak açıklanmaktadır: HMK, CMK ve İYUK maddelerine atıf yapılarak açıklandığı üzere, görev, yargı organının davayı incelemek için sahip olduğu yasal görev ve yükümlülüktür.¹⁴ Bu tanım, çalışmamıza konu olan kurumun tümüyle dışında olmasa da görevi açıklamak bakımından yeterli değildir.

¹¹ Örneğin CMK m. 90 kapsamındaki **herkese tanınan yakalama yetkisi** (hakkın kullanılması görüşü için bkz. *Uruşak*, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması , İstanbul, (2010), s. 12; kanunun hükmü görüşü için bkz. *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 95.); **spor faaliyetleri** (farklı görüşler için bkz. *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 548 vd.; *Özocak*, Spor Faaliyetlerinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu , Ankara, (2021), s. 199 vd.), **tıbbi müdahaleler** (farklı görüşler için bkz. *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 238 vd.; hakkın kullanılması görüşü için bkz. *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 53 vd.; kanunun hükmünü icra görüşü için bkz. *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 163, 169.) bakımından doktrinde hem hakkın kullanılması hem görevin yerine getirilmesi görüşleri savunulmaktadır. Bu hallerin kıyas yoluyla yaratılan hukuka uygunluk nedenleri olduğunu savunan yazarlar yanında rıza hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirenler de bulunduğu belirtilmelidir. Bknz. *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 163.

¹² *Erem*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1990), s. 9.

¹³ Ayrıca görevin yerine getirilmesi- hakkın kullanılması ilişkisi için bkz. s.

¹⁴ *Türk Hukuk Kurumu*, Türk Hukuk Lugatı Cilt I , Ankara, (2021), s. 426.

Hukuk Sözlüğü (Black's Law Dictionary) ile önerilen tanıma göre, “görev; yerine getirilmesine borçlu olunan veya başkasına karşı yerine getirilmesinin borçlu olduğu, hukuki bir yükümlülüktür; başka birisinin bir hakkının karşılığı olarak bir yükümlülüktür.”¹⁵ Bu tanım, görevin bir yükümlülük olarak ortaya çıkması gerektiği kabulüne dayanmaktadır. Söz konusu tanım sadece yükümlülüğe dikkat çekildiği için görevin yerine getirilmesi kurumu bakımından eksik kalmaktadır.

Türk Ceza Kanunu’nda görevin yerine getirilmesi veya görev tanımlanmamıştır. Ancak kanunda görevden söz edilen çok sayıda madde bulunmaktadır. Buna göre örneğin görev, üstlenilen bir yükümdür (TCK m. 53/1-a, 138/1, 251/1). Görev, yerine getirilmesi beklenen gereklilikler yükler (TCK m. 257, m. 295) ve görevin verdiği bir yetki bulunmaktadır (TCK m. 137/1-a, 204/2, 256/1).

Soyut bir yükümlülük ve uygun bulma hali olarak bir görevin somutlaşabilmesi için o görevin kaynağının, yüklendiği kimsenin, gerektirdiği yetkinin ve sınırların belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple, görevin yerine getirilmesi kurumunun, sürecinin başlangıcından (görevin kaynağından) ve objektif şartların oluşması ile doğan sonucundan (cezasızlık¹⁶) bağımsız olarak ele alınması da mümkün değildir. Bu kaygı ile çalışmada, yalnızca kaynağa dikkat çeken “kanunun hükmü” kavramının kullanılması tercih edilmemiştir. Dahası tek başına “kanun” ifadesi, görevin tüm kaynaklarını açıklamak bakımından da yetersizdir.¹⁷ Kurumun açıklanmasında “görevin yerine getirilmesi” terminolojisinin tercih edilmesinin

¹⁵ Garner, Black 's Law Dictionary (2009), s. 580; “Duty; A legal obligation that is owed or due to another and that needs to be satisfied; an obligation for which somebody else has a corresponding right.”

¹⁶ Cezasızlık ile kastettiğimiz bir hüküm çeşidi olarak “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” olmayıp cezai sorumluluğun doğmamasıdır.

¹⁷ Karş.; Çetinkaya, Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme , İstanbul, (2021).; yazar, kanunun hükmünü yerine getirme üst başlığı kullanılırken bu başlık altında amirin emrinin yerine getirilmesini de değerlendirmektedir.

sebepleri arasında, bir izin veya yetkiden kaynaklanan diğer hukuka uygunluk nedenleri ile sınırı belirleme çabası da yer almaktadır.¹⁸

Kanunun hükmü kavramı, yükümlülük veya uygun bulma hallerini kapsamadığı gibi, görevi yerine getiren kimsenin yetkisinin yapısına da işaret etmemektedir. Kurumun varlığı için kişinin görevin yerine getirilmesinin şartları ile sınırlı olmak şartıyla bir yetkisinin bulunması gerekmektedir. Örneğin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında ilgiliye tanınan şikâyet hakkı TCK m. 73 ile düzenlenmiştir. Burada fiilin cezalandırılmamasının kaynağı kanundur, ancak ortaya çıkan kurum, kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi değildir. Burada kanundan kaynaklı bir hakkın kullanımı söz konusudur. Şikâyet hakkını kullanan ilgili bakımından, şikâyet dilekçesi ile açıklanan fiiller hakaret suçunu oluşturmayacaktır.¹⁹ İlgilinin, fiile ilişkin adli bir işlem başlatmamayı tercih etme veya şikâyet etme bakımından tasarruf yetkisinin mutlaklığı söz konusudur.²⁰ Yetkili, şikâyet başvurusunu bir görevin yerine getirilmesine hizmet etmek adına veya bir ödev yüküyle yerine getirmez. Burada bir görevin yerine getirilmesi değil bir hakkın kullanılması hali mevcuttur.²¹ Yukarıda da yer verildiği üzere CMK m. 90 ile düzenlenen herkese tanınan yakalama yetkisi bakımından ise uygun bulma hali ile sınırlı bir tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Düzenlemeye göre; *“kişiye suçu işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması”* ihtimallerinin

¹⁸ Ayrıca bkz. Özocak, Spor Faaliyetlerinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu , Ankara, (2021), s. 237; Görevin yerine getirilmesi kurumu bakımından, “kanunun izni” kavramını tercih eden yazar, spor faaliyetlerinin hukuki niteliği bakımından ileri sürülen görüşleri incelerken, “kanunun izni” ile hakkın kullanılmasının birbirine fazlaca yaklaştırıldığı tespitinde bulunmuş ve görev ile yetki arasındaki farka dikkat çekmiştir.

¹⁹ Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 180.

²⁰ Hakkın kullanılmasının süreye bağlanması, yetkinin sınırlı oluşuna ilişkin bir gösterge olmayıp hukuki güvenlik ilkesine ilişkindir.

²¹ Bknz. Hakkın Kullanılması-Görevin Yerine Getirilmesi İlişkisi s.74 vd.

doğması halinde herkes, kanundan kaynaklı bu görevin muhatabı olabilir²². Burada *yakalama hakkından*²³ söz edilmesi yerinde değildir. Bir kişiyi “yakalama hakkı” ifadesi, kişi özgürlüklerinin güvence altına alındığı hukuk devletinde karşılık bulmamalıdır. Kişinin özgürlüğünden alıkonulması bir istisna olup, şartlar gerektirdiğinde bu fiilin yerine getirilmesi hukuk düzenince uygun bulunmaktadır. Bu görev normal şartlarda kolluk faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilmekte iken CMK m. 90 görevin sınırlarını çok net biçimde belirleyerek bu görevi yerine getirmesini uygun bulduklarını kolluk dışındaki kimselere genişletmektedir.²⁴ Verilen iki örnek (*şikayet hakkının kullanımı, herkes için yakalama*) bakımından da yaptırım tehdidinin bulunmadığı ifade edilmelidir. Görevin yerine getirilmemesi halinde yaptırım tehdidinin varlığı zorunlu değildir.²⁵ Bu nedenle kurumun tanımında yaptırım tehdidinin bir ölçü olarak bulunması, kanaatimizce gerekli değildir.

Yetkinin bir hakkın kullanılmasına ilişkin olduğu hallerde bu yeteneğin kullanılmaması hak sahibi açısından sorumluluk doğurmazken; yetkinin bir yükümlülük olarak ortaya çıkan görevin yerine getirilmesi bakımından belirmesi halinde, bu hukuki iktidarın kullanılmaması hukuki sorumluluk doğurur. Yukarıda da yer verildiği üzere görevin bir yükümlülük olarak değil ama bir uygun bulma olarak ortaya çıktığı hallerde de yetkinin kullanılmaması genel olarak hukuki sorumluluğa vücut vermez.

Bu alt başlık altındaki açıklamalarımıza son verirken ile kurumun niteliklerini tahlil ettiğimiz bölümlerde²⁶ yer verdiğimiz görüş, içtihat ve hukuki normlardan yola

²² Bknz. *Görev – Yetki İlişkisi* s. 76

²³ Burada *kamusal bir hakkın* varlığı nedeniyle hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıktığına dair görüş için bknz. *Uruşak, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması*, İstanbul, (2010), s. 12.

²⁴ *Taner* de bu yakalama türünü cezai sorumluluğu kaldıran objektif sebepler başlığı altında, kanunun hükmünü icra alt başlığında ele almaktadır. (*Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul, (1949), s. 395, 396)

²⁵ Bknz. s. 78 vd.

²⁶ Bknz s. 53 vd, s. 83 vd.

çıkarak bir tanım denemesi yapmak istiyoruz: *Görevin yerine getirilmesi, uygun bulunan veya yükümlülük olarak beliren bir fiili²⁷ yerine getirmek üzere yetkilendirilen ve bu nedenle kendisine ceza tehdidi yöneltilemeyecek olan kimsenin, kanunun hükmü (hukuk normu) veya amirin emrinden kaynaklanan soyut görevi yüklenerek, eylemleriyle somutlaştırması halidir.*

²⁷ Bazı hallerde kanun (hukuk normu) fiili uygun bulabilir. Türk Medeni Kanunu m. 339 kapsamında anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitimi konusundaki yetkisi buna örnektir. Bazı hallerde hukuk normu fiili bir ödev gibi emredebilir, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 22 kapsamında yasaklı hâkimin davadan çekilmesinde olduğu gibi. Bazı hallerde ise amirin emri ile astın fiili uygun bulunabilir; bu halde asta yetki tanınmaktadır. Bu yetkinin kullanılması şartların oluşumuna göre astın değerlendirmesine bırakılmaktadır. Yanında amiri o anda bulunmayan bir kolluk görevlisinin somut olayı değerlendirip yetki kullandığı haller bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bazı hallerde ise amir astın belirli bir fiili yerine getirmesini herhangi bir değerlendirme imkânı tanımadan doğrudan bir yükümlülük olarak emredebilir. Bu hallerde astın emrin meşruiyetini denetlemesi ve astın konusu suç teşkil eden emri yerine getirmemesi gerekmektedir.

B. KURUMUN KAYNAĞI

1. Genel Olarak

Görevin yerine getirilmesi kurumunun izlerini, Kara Avrupası hukuk sisteminin parçası olarak Türk Hukuku'nun kökeninde bulunan Roma²⁸, Cermen ve Kanon hukukuna kadar sürmek mümkündür.

Normun kaynağının tanrısal olduğu dönemde de ussal kaynaklı normların filizlendiği döneme geçildiğinde de Roma'da, görevin yerine getirilmesi kurumunun izleri bulunmaktadır. Roma Hukuku bakımından özel hukuk çalışmaları karşısında ceza hukuku çalışmaları sınırlıdır. Bu durumun nedeni olarak, Roma ceza hukukunun siyasetle iç içe olması, kavramların farklı dönemlerde farklı anlamlar taşıması ve yargılama yapanın konumu, siyasi görüşü gibi değişkenlerin, kurallar arasındaki uyumu engellemiş olması gösterilmektedir.²⁹ Roma Hukukunda bugünkü anlamını karşılayacak biçimde genel bir hukuka aykırılık kuramının bulunmayışı³⁰, bunun yerine özel uygulamalara yer verilmesinin nedeni de aynı gerekçelerle açıklanabilir. Görevin yerine getirilmesi bakımından da durum benzerlik göstermektedir.

Roma hukuku kaynaklarında, belli kişi ve kişi grupları üzerinde üstünlüğü bulunan kişinin emir verme yetkisinin tanındığı belirtilir.³¹ Otorite ve itaat, mülkiyet³²

²⁸ Batı uygarlığı için fikri temellerin Yunanlardan, hukuksal ve idari temellerin Romalılardan kaynaklandığı ifade edilmektedir; *Kütükçü*, Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu , Ankara, (2017), s. 102.

²⁹ *Türkoğlu*, Roma Hukukunda Suç ve Ceza , Ankara, (2017), s. 19 vd.

³⁰ *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 19.

³¹ *Bettioli*, L'ordine dell'autorita nel diritto penale , Milano, (1934), s. 9.; *Antonio Romano*, L'ordine dell'autorità (1957), s.6.; Latince kaynaklarda (Giavoleno (D.9,2,37), Paolo D. (50,17,169)), kişinin, hukuka aykırı bile olsa, yerine getirmek zorunda olduğu bir emir aldığına, bundan kaynaklanabilecek zarardan sorumluluğunun doğmayacağına yer verildiği ifade edilmektedir.

³² Roma krallık dönemi incelendiğinde, şehir devletinin çekirdeğinin (*civitas*), Roma ailesi ve ailelerin birleşmesi ile oluşan *gensler* olduğu görülmektedir. (Gensler, esasen üyelerin arasında kan bağı ile bağlılık kriteri aranmayan, aynı kökten gelen ancak aralarındaki akrabalığın belirlenemediği, ortak menfaatlerle bir arada bulunan, kültürel ve dinsel kökenleri ortak olan insan topluluklarıdır.) Romalıların ilk dönemlerinde, bireysel mülkiyet yapısına rastlanmadığı, toprağın tüm gens üyelerine ait bulunduğu kabul edilmektedir. *Gense* ait toprakların krallar (*Romulus ve Noma*) tarafından işlenmek üzere aile babalarına dönüşümlü biçimde devredilmesi ile ilk kez kolektif mülkiyetten bireysel mülkiyete geçildiği varsayılmaktadır (Çelebican, Özcan, "Roma'da Kamu Topraklarının Kullanım Biçimleri", Prof. Dr.

ile ilişkilidir. Kurallara uymak ve emre itaat etmek nedeniyle cezasızlığı incelediğimiz çalışmada, bu ilişkiyi ilk olarak, Roma aile yapısında gözlemek mümkündür.

Aile babası³³, diğer aile üyelerini terbiye, cezalandırma ve hatta suç işlemleri halinde öldürme yetkisine sahiptir.³⁴ Kanunun hükmünü yerine getirmenin, terbiye yetkisi ile görünümü yanında, emir ve itaat bakımından da aile babası ile diğer aile üyeleri ve kölelerin ilişkisi önem taşımaktadır. İtaat kuralıdır. Ancak aile babasına itaat ederek gerçekleştirilen fiiller bakımından, kayıtsız şartsız bir cezasızlığın bulunmadığı belirtilmelidir. Ağır suçlar bakımından aile babasının emrini yerine getirmek, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.³⁵

Roma Cumhuriyet Döneminde kanunun hükmünü yerine getirmenin ilk örnekleri, aile yapısı dışında da gözlemlenmektedir. *Lex Sacra* adı verilen bir kanun, *Pleb* temsilcilerinin, Roma'nın avam sınıfını oluşturan *Pleb* halkının çıkarlarını korumaları adına, sahip kıldıkları yetkileri düzenlemektedir. Bu kanun ile *Pleb* temsilcileri, tüm *Pleb* halkını korumaya söz verirken, kendilerine engel olanları da

Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, 1988, s. 732 (705-734).; *Söğütlü Erişgin*, Roma Kamu Hukukuna Giriş , Ankara, (2017), s. 27.)

³³ Hukuka aykırı ancak bağlayıcı emirlerin, hangi ilişki yapısında görüldüğünü belirlemek, Roma Hukukunun günümüz ile bağını kurarken önem taşımaktadır. Hukukumuzda kamu hukukundan kaynaklı ilişkilerde ortaya çıkabileceği belirtilen bağlayıcı emirlerin Roma Hukukundaki görünümü önemlidir. Bu dönemde ailenin lideri tarafından verilen bağlayıcı emirler olduğu bilinmektedir. Eğer Roma Hukukunda aile içerisindeki ilişkiyi, özel kişiler arasındaki ilişki olarak konumlandırırsak, hukuka aykırı ancak bağlayıcı emirlerin özel kişiler arasındaki ilişkide gözlemlendiği sonucuna varmak mümkündür. Ancak aile, siyasal bir yapı olarak, aile babası, bir grup üzerinde otorite sahibi bir figür olarak ve aile babası tarafından verilen emirler, siyasal toplumun emirlerinin uzantısı olarak değerlendirilirse, bağlayıcı emirlerin Roma Hukukunda da kamu hukukundan kaynaklı ilişkilerde ortaya çıkabileceği ifade edilecektir (*Antonio Romano*, L'ordine dell'autorità (1957), s.6,7.).

³⁴*Söğütlü Erişgin*, Roma Kamu Hukukuna Giriş , Ankara, (2017), s. 30.; Aile babası, aile fertlerinin üzerindeki bir otoritedir; ailenin dini lideri, hak ehliyetine sahip tek üyesi, tüm mülkiyetin sahibi, cezalandırma yetkisine sahip olan ailenin başıdır. Mutlak bir otorite olarak aile babasının konumunun, iktidarda bulunan devlet görevlilerine ve otoriteye de hizmet etmenin ve itaatin doğmasına zemin hazırladığı ifade edilmektedir.

³⁵ *Günal*, Yetkili Mercinin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 20. Sınırlamanın Klasik Roma Hukuku döneminde mi Post Klasik Çağ zamanında mı bulunduğuna ilişkin farklı yaklaşımlar için ayrıca bkz. *Bettiol*, L'ordine dell'autorità nel diritto penale , Milano, (1934), s. 11.

lanetlerler. Bu yasağın ihlali halinde *Pleb* temsilcilerine zarar vermeye çalışan kişi “*homo sacer*” haline gelmektedir ve onun öldürülmesi suç oluşturmaz.³⁶

Amirin emri bakımından Roma Hukukunda, *açıkça hukuka aykırılık* kriterinin uygulama alanı olduğu ifade edilmektedir. *Digesta*’ya göre, “aşırı zalimlik” içeren emirler bakımından askerlerin amirin emri savunmasından yararlanması mümkün değildir.³⁷

Cermen hukuku değerlendirildiğinde ise, Roma Hukukunda olanın aksine, itaat ödevinin bir sınırı bulunmamaktadır.³⁸ Eğer köle efendisinden emir almışsa, eyleminin sonucu suç oluştursa dahi onu yerine getirmek mecburiyetindedir. Efendisinin emri ile hareket eden köle sorumlu sayılmaz iken, sorumlu olan emri veren efendidir.³⁹ Kral emirleri de tebaa için itaat mecburiyeti doğurmaktadır. Ancak sonraları Cermen hukukunda din etkisi ile getirilen bir sınırlama bulunduğu ifade olunmaktadır. Verilen emrin “kamu yararına” veya “hukuki geleneğe aykırı” olması halinde bağlayıcılığının bulunmadığı, bu nedenle itaat ödevi doğmayacağı kabul edilmektedir.⁴⁰ Cermen hukukunda kanunun hükmünü yerine getirmenin bir görünümü olarak, kocanın karısı üzerinde, hane halkının başının da çocukları üzerinde cezalandırma erki bulunmaktadır. Köleler bakımından da efendilerinin, sınırsız ve çoğu zaman büyük bir şiddetle kullandıkları cezalandırma yetkilerinin bulunduğu ifade edilmektedir.⁴¹

Cezaların da normların da tanrısal kaynaklı olduğu Kanon hukukuna bakıldığında da amirin emri örnekleri ve kanunun hükmünün bir görünümü olarak tanıklığa ilişkin uygulamalar karşımıza çıkmaktadır.⁴²

³⁶ *Söğütlü Erişgin*, Roma Kamu Hukukuna Giriş , Ankara, (2017), s. 80, 81. *Türkoğlu*, Roma Hukukunda Suç ve Ceza , Ankara, (2017), s. 108.

³⁷ *Osiel*, Calif. Law Rev., (1998), s. 946.

³⁸ *Antonio Romano*, L’ordine dell’autorità (1957), s.14.

³⁹ *Bettiol*, L’ordine dell’autorità nel diritto penale , Milano, (1934), s.18.

⁴⁰ *Günel*, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 26.

⁴¹ *Kütükçü*, Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu, Ankara, (2017), s. 278.

⁴²Tanıklık görevinin yerine getirilmemesi XIII. yüzyılda kanon hukukuna uygun bir yaptırıma bağlanmıştır. Hazır bulunmayan tanık, itaatsiz ilan edilip aforoz edilebilmektedir. *Aktaran; Kütükçü*,

Yakın tarihe gelindiğinde, savaş hukukundan kaynaklı gelişmeler, görevin yerine getirilmesi kurumunun gelişimi bakımından önem taşımaktadır. Kırılma noktası olarak, özellikle amirin emrinin gelişimine ilişkin en evrensel etkinin, I. ve II. Dünya Savaşları deneyimleri ile Uluslararası Hukuk kaynaklı olduğu belirtilmelidir. Uluslararası Hukukta bireysel sorumluluk I. Dünya Savaşı sonrası doğmuş⁴³, II. Dünya Savaşı sonrasında amirin emrine koşulsuz itaatin cezasızlık sonucu doğurmaması gerektiği görüşü⁴⁴ pekişmiştir. Açıkça hukuka aykırı emirlerin cezasızlık sonucu doğuracak bir mazeret olarak ileri sürülemeyeceği görüşü, yalnızca uluslararası

Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu , Ankara, (2017), s. 420. Amire itaate ilişkin uygulamalar bakımından, esas itaatin Tanrı emirlerine ilişkin olmasının beklendiği görülmektedir. Memur, amirine ve askerler, üstlerine itaat etmek mecburiyetindedir. Emrin nitelikleri bakımından, bazı sınırlamalar bulunduğu gözlenmektedir. Dini liderler, Kiliseye uygun olmayan bir emrin yerine getirilmesini talep edemeyeceği gibi, kadın, çocuk ve esirlerin de ilahi kanunları aşağılayan emirlere direnme hakkı bulunmaktadır (*Günal*, Yetkili Merciiin Emrini İfa, Ankara, (1967), s. 26.). Kanon hukukunda, orta çağda, amirin açıkça hukuka aykırı emirlerinin yerine getirilmesinin ast bakımından sorumluluk doğurmasının mümkün olduğu belirtilmektedir (*Osiel*, Calif. Law Rev., (1998), s. 946.).

⁴³*Solis*, Am. Univ. Int. Law Rev., (1999), s. 504 vd. *Takemura*, in: Hist. Orig. Int. Crim. Law Vol. 3 (2015), s.718.; I. Dünya Savaşı öncesinde amirin emri problemi, o zamana kadar hüküm sürmekte olan “act of state” doktrini karşısında uluslararası hukukta büyük rol oynamamıştır. Bu doktrine göre uluslararası hukukta bireylerin sorumluluğu ilgisiz bulunurken yalnızca devletler sorumlu tutulabilmektedir. Act of state doktrinine göre devletlerin egemenliklerinin eşit olması sonucu devletlerin birbirlerini yargılama yetkisinin bulunamayacağı ve egemenliğin bir uzantısı olarak askeri emirlerin de değerlendirme konusu yapılamayacağı savunulmaktadır. Tüm emirler, devletin başındaki kişiye bağlanmaktadır ve bu kişi “act of state” ilkesi gereği sorumsuzdur (*Güneysu*, Uluslararası Hukukta Amirin Emri , İstanbul, (2015), s. 92, 93.)

⁴⁴20 Ekim 1943’te savaş sırasında gerçekleşen ihlaller nedeniyle Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu kurulmuştur. Komisyonunda amirin emrine ilişkin değerlendirmelerin ceza hukukunda manevi unsur bakımından ve açıkça hukuka aykırılık kriterleri üzerinden yürütüldüğü ifade edilmektedir. II. Dünya Savaşı sonrasında Japonya ve Almanya’nın işlediği suçların yargılanması amacıyla kurulan uluslararası mahkemelerde, amirin emri savunmasının ileri sürülmesi öngörülmüş ve bu nedenle mahkemelerin kuruluş belgelerinde konuya ilişkin benzer açıdan düzenlemeler yapılmıştır. Yeni suçlar ortaya koyan, Nürnberg ve Tokyo Şartları, aynı gün, 26 Nisan 1946’da yürürlüğe girmiştir.; *Ataöv*, Ankara Üniversitesi SBF Derg., (1967), s. 240.; *Takemura*, in: Hist. Orig. Int. Crim. Law Vol. 3 (2015). S. 718 vd.; *Cassese*, in: Rome Statut. Int. Crim. Court A Comment. Vol IA (2009), s. 7.

mahkemelerin kuruluş belgelerinde⁴⁵ değil aynı zamanda ülkelerin savaş hukukuna ilişkin el kitaplarında da yer bulmuştur.⁴⁶

Görevin kaynağı olarak emrin aşırı zalimlik içermesi, kamu yararına aykırı olması, hukuki geleneğe aykırı olması ve nihayetinde açıkça hukuka aykırı olması halinde ast için bağlayıcı olmadığı sonucuna varılan özetlenmeye çalışılan gelişimin, günümüzde iç hukuklarda da etkileri görülmektedir.

Görevin yerine getirilmesinin, modern hukukta çeşitli ülke mevzuatlarında, genel hükümlerde düzenlendiği görülmektedir (bknz; İtalyan Ceza Kanunu m. 51⁴⁷, Fransız Ceza Kanunu m.122-4⁴⁸, İspanya Ceza Kanunu m. 20/7⁴⁹, Portekiz Ceza

⁴⁵ Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkeme Şartı (Londra Şartı- Nürnberg Şartı) m. 8'e göre; "Sanığın hükümetinden ya da amirinden aldığı emri yerine getirmiş olması, onu sorumluluktan kurtarmayacaktır ancak mahkemenin takdir edeceği ve adalete uygun düşen bir cezada indirim uygulanması dikkate alınabilir". Tokyo'da yargılamaları yürüten Uluslararası Askeri Mahkeme (IMTFE)'nin kuruluş belgesi m. 6'ya göre; "Ne sanığın rütbesi (resmi pozisyonu) ne de amirinden veya hükümetinden aldığı emri yerine getiriyor olması, tek başına yargılandığı suçtan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yeterlidir, ancak bu tür durumlar, mahkemenin takdir edeceği ve adalete uygun düşen bir cezada indirim olarak değerlendirilebilir."

⁴⁶ Amerikan Hukukunda, savaş kurallarına göre, "açıkça hukuka aykırı" emirlere itaat bakımından amirin emrinin yerine getirilmesi, mazeret olarak ileri sürülemeyecektir. "Açıkça hukuka aykırı" emirler, makul ve orta zekalı kimsenin hukuka aykırılığı belirleyebileceği emirler olarak tanımlanmıştır. Bu yaklaşımın uygulamasına örnek olarak, *United States v. Calley*, 22 U.S.M.C.A. 534 (C.M.A. 1973), Vietnam Savaşı'nda My Lai Katliamından kaynaklanan bir dava gösterilmektedir. Uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi gibi Askeri Temyiz Mahkemesi de amirin emri savunmasını kabul etmiştir. Mahkemeye göre asker, hukuka aykırı olduğunu bilmediği bir emri yerine getirmiştir, bu bakımdan cezai sorumluluğu bulunmamaktadır (*Ansermet*, Vanderbilt J. Transnatl. Law, (2014), s. 1443, 1444.; *McCoubrey*, Int. Comp. Law Q., (2001), s. 391.).

⁴⁷ Görevin yerine getirilmesi ile hakkın kullanılması kurumlarının birlikte düzenlendiği maddeye göre; "(1) Bir hakkın kullanılması veya hukuki normdan ya da yetkili merciin meşru emrinden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi, cezalandırılabilirliği ortadan kaldırır. (2) Eğer bir suç, amirin emri ile işlenirse, suçtan daima emri veren kamu görevlisi sorumludur. (3) Hataya düşerek meşru bir emre itaat ettiği zannı ile fiili işleme hali ayrı kalmak üzere, işlenen suçtan emri yerine getiren de sorumludur. (4) Kanunun, emrin meşruiyeti bakımından denetim yetkisi tanımadığı durumda, gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz."

⁴⁸ İlgili düzenlemeye göre; (1) Kanun veya düzenleyici işlemlerin emrettiği veya yetkilendirdiği fiili gerçekleştiren kimsenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. (2) Fiil açıkça hukuka aykırılık oluşturmadıkça, yetkili merciin emrini yerine getiren kimsenin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca yürürlükteki Kanundaki ifadenin (*prescrit*), aslında emir (*ordre*) kelimesinden daha zayıf bir buyuruculuk taşıyan, talimat verme anlamında kullanıldığını ve bu nedenle yalnızca emredilen değil aynı zamanda izin verilen fiilleri de kapsadığına ilişkin bkznz. *Çetinkaya*, Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükümünü Yerine Getirme, İstanbul, (2021), s. 71.

⁴⁹ Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler kısmında, diğer hallerle birlikte karışık bir düzenleme yapılması tercih edilen maddenin ilgili fıkrasına göre; "Aşağıda sayılı kimselerin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır: (...) (7) Hakkını, yetkisini veya "makamını" hukuka uygun olarak kullanan veya görevi yerine getiren kimseler (...)". "Makam" olarak çevirdiğimiz "oficio" kelimesinin, pozisyon, meslek, rol, uğraş anlamları bulunmaktadır. Kullanım yeri bakımından "mesleki uğraşını veya görevini" biçiminde anlaşılması mümkündür.

Kanunu m. 31⁵⁰, İsviçre Ceza Kanunu m. 14⁵¹ vb.). Bu yöntemin tercih edilmediği, ancak özel hükümlerle görevin yerine getirilmesine yer verilen uygulamalar da bulunmaktadır (bkz; Almanya⁵², İngiltere⁵³ vb.). Türk Hukuku'nda ilk yöntem tercih edilmiştir. Görevin yerine getirilmesi, Türk Ceza Kanunu'nda genel hükümler arasında düzenlenmiştir.

2. Türk Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi

a. Görevin Yerine Getirilmesi Kurumunun Kapsamı

Öğretide *görevin ifası / görevin yerine getirilmesi*⁵⁴ başlığı altında değerlendirilen iki kurum, çalışmada da benzer bütüncül yaklaşımla incelenmektedir. Mevzuat Kanun İÇK m. 51'in madde başlığında "... *Görevin Yerine Getirilmesi*" ifadesi tercih edilmiştir. 765 sayılı MTCK m. 49 başlıksız iken, 5237 sayılı TCK m. 24 ise "*Kanunun Hükmü ve Amirin Emri*" başlığı ile düzenlenmiştir.

⁵⁰ Hukuka aykırılığın bulunmadığı halleri düzenleyen maddeye göre; (2) *İşlendiğinde hukuka aykırı olmayan fiillerdendir; (...)* (c) *kanunun öngördüğü görevin veya amirin hukuka uygun emrinin yerine getirilmesi (...)*"

⁵¹ İlgili düzenlemeye göre; "*Kanunun emrettiği veya izin verdiği fiilleri gerçekleştiren kimse, fiili, bu kanun veya başka kanunlarca cezayı gerektirse dahi, hukuka uygun hareket etmiştir.*"

⁵² Suçüstü halinde herkesin yakalama yetkisine ilişkin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu / StPO 127(1) düzenlemesinde olduğu üzere özel hükümlerde görevin yerine getirilmesine rastlandığı gibi; genel ilkelerle temellendirilen ve içtihatlarda yer bulan örneklere de rastlanmaktadır (ör; silahlı kuvvetlerin kanundan veya amirin hukuka uygun emrinden kaynaklı görevleri bakımından yerine getirdikleri fiillerde hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul edilmektedir (*Bohlander*, Principles of German Criminal Law , Portland, (2009), s. 91 vd.).

⁵³ 1984 tarihli "Police and Criminal Evidence Act" / 24A'ya göre yakalamanın şartlarının oluştuğu bir fiilin varlığı halinde, bir karara gerek olmaksızın herkes yakalama yapabilir. Bu uygulama bakımından yakalamayı gerektiren fiillerin varlığı veya buna ilişkin makul şüphenin varlığı yeterlidir. 1967 tarihli "Criminal Law Act" / 3'e göre; hukuka uygun bir yakalamada, yalnızca suçun failine değil, fail olduğundan şüphelenilen kimselere de hal ve şartlar göz önünde bulundurulduğunda makul ölçüde kuvvet kullanılabilirdiği düzenlenmiştir. *Polisin güç kullanımı ve hata haline ilişkin Stephen Waldorf davası üzerinden doktrin yaklaşımı için bkz.; Smith*, Justification and Excuse in the Criminal Law , London, (1989), s. 20 vd.

⁵⁴ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 93 vd., *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 233., *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 295., *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 282., *Koca/Üzülmüş*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275.; *Toroslu-Toroslu*, TCK m. 24'ü, *görevin yerine getirilmesi* başlığı altında, *görevin kanundan kaynaklanması durumu ve görevin emirden kaynaklanması durumu* ayrımı ile incelemektedir (*Toroslu-Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, (2021), s. 161 vd.).

TCK m. 24 düzenlemesine göre, “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.”

Görevin yerine getirilmesi hem kanundan hem emirden kaynaklı görevleri değerlendirmeyi gerektirmektedir. Öte yandan kurumun kapsamına ilişkin görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Bazı yazarlara göre⁵⁵ görevin yerine getirilmesi ve hukuka aykırı bağlayıcı emrin yerine getirilmesi olmak üzere farklı hukuki niteliklere sahip iki kurum bulunmaktadır. Bu görüşte olan yazarlar, görevin yerine getirilmesini, yalnızca “kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” biçimindeki, TCK m. 24/1 düzenlemesini kapsayacak biçimde ele almaktadır. Ancak hem 765 sayılı Mülga TCK hem de 5237 sayılı TCK ile açıkça düzenlenmiş olan *amirin emrinin yerine getirilmesi* ve *kanunun hükmünün yerine getirilmesi* kurumları, “aynı esasın iki görünüş şeklidir⁵⁶”. Aksini savunmak içtihatlarda da ortaya çıkan tutarsızlıklara yol açmaktadır.⁵⁷ Çalışmada, hukuka uygunluk nedeni olarak, *görevin yerine getirilmesi*, iki kurumu da kapsayan bir üst başlık olarak kullanılmaktadır.

⁵⁵ Özgenç’ e göre, TCK m. 24/1’de görevin yerine getirilmesi söz konusudur, zira kanunun hükmünün yerine getirilmesinde zaman zaman yetki kullanımı söz konusu olsa da bu yetkinin kullanılması dahi görev ile bağlantılıdır ve görevin ifası- görevin yerine getirilmesi- söz konusudur. Yazara göre bu hal, bir hukuka uygunluk nedenidir. TCK m. 24/ 2 ile 4 ise hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi olup kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir (Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (2020), s. 323, 331, 443 vd.). Benzer; Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 107, 275, 343; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 579.; Mahmutoğlu/Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi , İstanbul, (2017), s. 451 vd.; Koparan, Türkiye Barolar Birliği Derg., (2006), s. 339.

⁵⁶ Önder, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 233.; Katoğlu, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç) , Ankara, (2022), s. 112.

⁵⁷ TCK m. 24/1 kapsamında değerlendirilip hakkında beraat hükmü kurulan uyuşmazlığa konu fiile ilişkin olarak yine m. 24 kapsamında değerlendirme yapılması gerekeceği ancak ceza verilmesine yer olmadığı hükmü kurulması gerektiği gerekçesi ile bozma kararı için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2016/2333 K. 2017/5316, T. 26.12.2017, (lexpera.com, E.T.: 23.07.2021)

b. Türk Ceza Kanunu m. 24 Düzenlemesi

i. Kanundan Kaynaklı Görevin Yerine Getirilmesi

i.i Kanundan Kaynaklanan Görev

5237 sayılı TCK m. 24/1'e göre; "Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez". Bu düzenleme, kaynağı kanun olan fiillere ceza verilmeyeceğini hüküm altına almaktadır. Cezasızlık sonucunun hukuki nitelendirmesi⁵⁸ ilerleyen bölümde incelenmektedir. Öncelikle düzenlemenin yapısal parçaları üzerinde, değerlendirme gerektiren konuların belirlenmesi ve tartışılması tercih edilmiştir.

Görevin, emir ve kanunun hükmü olarak iki kaynağının bulunduğu yukarıda⁵⁹ ifade edilmiştir. Kanundan kaynaklanan görev ifadesi bakımından TCK m. 24 ilk fıkra düzenlemesi, ilk kaynağa işaret etmektedir. Kapsama ilişkin olarak, 765 sayılı MTCK m.49/1 ile benzer ifadeye yer veren düzenleme ile ahlaki ilkelerin dışarıda bırakıldığı ilk bakışta tespit edilebilmektedir.⁶⁰ Ancak "kanunun hükmü" ifadesinin yorumlanması gerekmektedir.⁶¹

i.ii Normun Yöneldiği Kişi

TCK m. 24/1'de görevin yüklendiği kişi olarak, görevi "yerine getiren kimse" ifadesine yer verilmektedir. Bu kimsenin taşıması gereken bir özel nitelik bulunup bulunmadığı, kamusal erkin kullanımı anlamına gelip gelemeyeceği, kurumun tamamı dikkate alınarak belirlenmelidir.

Hukuk kuralı ile belirli durumlarda bulunan her kişiye belirli biçimde davranma görevi ve yetkisi yüklenmişse, normun muhatabı herkes olabilir.⁶² Örneğin

⁵⁸ Bknz. s. 20 vd.

⁵⁹ Bknz. s.6

⁶⁰ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 95.

⁶¹ Bu kapsamda Anayasa normlarının, düzenleyici işlemlerin, örf adetini veya yabancı hukuk kurallarının görevin kaynağı olup olamayacağı ileride incelenecektir. Bknz. *Kanun Teriminden Neyin Anlaşılması Gerektiği*, s. 49

⁶² Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 95.

CMK m. 90 ile düzenlenen, herkesin yakalama yapabildiği hal bakımından, “kişiyi suçu işlerken rastlanması veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması” ihtimallerinin doğması halinde herkes kanundan kaynaklı bu ödevin muhatabı olabilir.

Hukuk kuralı, belirli kişi ve kişi gruplarına ödev yüklemiş olabilir. Örneğin İcra İflas Kanunu m. 80 ile haciz yapan memurun yetkisini düzenlenmektedir. Kanunda yazılı görevin yerine getirilmesi amacıyla konuta girilmesi halinde konut dokunulmazlığını ihlal suçu oluşmayacaktır. Ancak bu normun muhatabı herkes değildir ve bu nedenle normun yöneldiği icra memuru dışındaki kişiler bakımından görevin yerine getirilmesi şartları oluşmamıştır.

Hafizoğulları/ Özen ise kanun emrinin yerine getirilmesinin, kamu görevlisinin görevi olduğunu ifade etmektedir. Bu görüş bakımından kamu görevlisi, kamu hizmeti gören değil, eski anlamda memur gibi kamu erkini kullanan, kimsedir.⁶³ 765 sayılı Mülga TCK m. 279 ile *memur* ve *kamu hizmeti gören kişiler* ayrımı yapılarak iki tip kamu ajanı tanımlanmıştır. Memur tanımı yapılan ilgili maddeye göre; “*Ceza Kanununun tatbikatında:*

1- *Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;*

2- *Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kişiler memur sayılır”.*

5237 sayılı TCK m. 6 ile tanımlanan “kamu görevlisi” ile 765 sayılı Mülga TCK m. 279 ile tanımlanan “memur” farklı kavramlardır. Memur, *kamu görevi gören* kamu ajanı iken, kamu görevlisi, *kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir biçimde katılan* kişidir. Bu düzenleme değerlendirildiğinde, 5237 sayılı TCK bakımından,

⁶³ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 120, 238.

kamu görevlisinin objektif anlayışının benimsendiği, kişinin kamu tüzel kişiliği ile istihdam ilişkisi içinde bulunmasının aranmadığı, yaptığı işin niteliğinin *kamusal faaliyet* olmasına önem verildiği ifade edilmektedir. Kamusal faaliyetin ise eski memur tanımındaki gibi *kamu görevini* mi yoksa daha geniş anlamda olmak üzere *kamu görevi* ve *kamu hizmetini* mi kapsadığı açık değildir. 765 sayılı Mülga TCK memur düzenlemesine ilişkin ilk bent bakımından istihdam ilişkisine vurgu yapılsa da ikinci bent, kamu tüzel kişiliği ile istihdam ilişkisi içinde bulunmayan kimselerin de memur sayılabilmesine olanak tanımaktadır. Bu bakımdan bir bütün olarak değerlendirildiğinde mülga kanunun da memur tanımında objektif kamu görevlisi anlayışını esas aldığı ifade edilmektedir.⁶⁴ Yetkili merciden verilen emri yerine getiren asttan farklı olarak, burada görevin yüklendiği kişinin kamu görevlisi (veya eski anlamda memur) olmasının gerekeceği yönündeki görüşün, kapsam daraltıcı bir etkisinin olduğu belirtilmelidir. Elbette, icra memuru örneğinde olduğu gibi yalnızca belirli sıfatı taşıyan kişilere görev yüklenmekte ise cezasızlık sonucu, yalnızca bu kimselerin fiillerinin sonucudur. Ancak düzenleme ile belirli şartların oluşması halinde sıfat gözetilmeksizin herkese aynı görev verilmiş ise kamu erkini kullanmasa da hükmü yerine getiren kimseye ceza verilmez.⁶⁵

Hakkın yerine getirilmesine kullanılan *kamusal hak* kavramı gibi *kamusal görev* veya *görevin kamusalılığı* kavramlarına ihtiyaç bulunup bulunmadığı tartışılmaya değerdir. Kamusal hakkın kullanılmasına ilişkin, öğretide, görevin yerine

⁶⁴ *Okuyucu Ergün*, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara, (2008), s. 12,13.; *Erman*, Ankara Üniversitesi SBF Derg., (1947), s. 242; Kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımına ilişkin 765 sayılı TCK döneminde ileri sürülen üç yaklaşım için bkz. *Soyaslan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1996), s. 46 vd.

⁶⁵ *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 102.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 96.

getirilmesi kapsamında da değerlendirilen, CMK m.90 kapsamında herkesin yapabildiği yakalama⁶⁶ örneği verilmektedir.⁶⁷

i.iii Görevi Yerine Getirmenin Cezalandırılmaması

Ceza Hukuku bakımından bir fiilin cezalandırılmamasının farklı sebepleri bulunabilir. Örneğin fiil hukuka uygun olabilir, failin kusuru bulunmayabilir ya da somut olayda bir şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık hali bulunabilir.

TCK m. 24 ilk fıkrada yer alan “ceza verilmez” ifadesinin hukuki nitelikte ilgisine dair farklı görüşlere ileride⁶⁸ yer verilmektedir. Bu başlıkta ise ceza verilmeme sonucunu ortaya çıkaran hukuki zemine işaret edilmeye çalışılmaktadır.

Kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesinin cezalandırılmaması, *hukuk normunun meşruluğu karinesi* ile ilişkilidir. Usulüne uygun yürürlüğe girmiş ve Anayasa’ya aykırı olmayan kurallar bakımından meşruluk karinesi (anayasallık karinesi⁶⁹) uygulanmaktadır. Bu karineye göre; kanunların Anayasa’ya uygun olması kural iken, aykırılığı istisnadır. Bir kanunun Anayasa’ya aykırılığı ispat edilmedikçe uygunluğu varsayılmalıdır.⁷⁰ TCK m. 24 düzenlemesinde, kural olarak şekli anlamda kanunun değil, hukuk normunun anlaşılması gerektiği görüşündeyiz.⁷¹ Kanunun verdiği görev, bu bakımdan meşru olup yerine getirilmesi ceza tehdidi ile bağdaşmaz. Toplumun üyelerine bir yandan konulan kurallara ve parçası olunan düzene uyma

⁶⁶ *Uruşak*, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması , İstanbul, (2010), s. 12.

⁶⁷ Hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumları bakımından kesişen örnekler ileride incelenecektir. *Bknz.* s. 74 vd.

⁶⁸ *Bknz.* s. 32 vd.

⁶⁹ Kanun düzenlemesinin anayasaya aykırılık teşkil edip etmediği konusunda bir şüphe bulunuyorsa, aykırı olmadığının kabulü gerekir. Amerikan anayasa hukukunda eski bir ilke olarak ifade edilen, kanunların (ve parlamento kararlarının) anayasaya uygunluğu karinesi (*presumption of constitutionality*) için *bknz. Gözler*, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II , Bursa, (2011), s. 810 vd.

⁷⁰ *Gözler*, Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, (2012), s. 113.; *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101.

⁷¹ *Bknz.* s. 89 vd.

ödevi yükleyip, öte yandan kanunların hükmünü yerine getirmeyi ceza tehdidine bağlamak mantık kurallarına da aykırıdır.⁷²

Kanun hükmünün meşruiyeti karinesi ve yüklenen ödevin yerine getirilmesinin cezasızlığının, çelişmezlik ve hukukun bütünlüğü ilkeleri ile ilişkisi meseleleri, sistematik yorum araçları ile ileride ayrıntılı olarak incelenmiştir.⁷³

ii. Yerine Getirilmesi Görev Gereği Zorunlu Emrin Uygulanması

Bağlayıcı ve meşru emirden kaynaklanan görevin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemenin TCK m. 24/2 olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴ Madde düzenlemesinin meşruiyeti kapsayıp kapsamadığı önem taşımaktadır. Zira bazı yazarlara göre aynı fıkra düzenlemesi, yalnızca hukuka aykırı emrin yerine getirilmesine ilişkindir.⁷⁵

TCK m. 24/2' ye göre; “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*” Hukuki niteliğe ilişkin görüşlere değinmeden önce yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emrin ne olduğu tespit edilmelidir. *Görev gereği zorunluluk* ölçütü, mehz kanunda yer almamaktadır. Türk hukukunda ise bu ölçüt yazarlarca *yetki, görev ve biçimsel meşruiyet* ile bağdaştırılmaktadır.

Taner, amirin emrini yerine getirme bakımından iki şartın birlikte bulunması gerektiğini ifade etmektedir. İlk olarak emir yetkili merci tarafından verilmeli ve ikinci olarak emrin yerine getirilmesi vazifeten zorunlu olmalıdır. Bu başlıkta

⁷² *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101.

⁷³ *Bknz.* s. 31 vd.

⁷⁴ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 138.; *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 239.

⁷⁵ *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (2020), s. 323, 331, 443 vd., benzer; *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 107, 275, 343; *Akbulut*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 579.; *Mahmutoğlu/Karadeniz*, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi , İstanbul, (2017), s. 451 vd.; *Koparan*, Türkiye Barolar Birliği Derg., (2006), s. 339.

değerlendirdiğimiz ikinci şart bakımından, memurun açıkça kanuna aykırı emirlere uyma zorunluluğunun bulunmadığı açıktır ancak yazar bu aykırılığın objektif bakımdan derhal anlaşılmadığı halleri de değerlendirmiştir. Bu hallerde sübjektif bakımdan da emir incelenmeli, emri veren ve alan arasındaki ilişki sübjektif noktadan da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin somut olayda amirin öteden beri verdiği emirlerin kanuna uygun olması karşısında son emrin kanuna aykırılığı bakımından memurda bir şüphe yaratmaması söz konusu olabilir.⁷⁶

Önder, vazifeten zaruri olma şartını, emrin kanuna uygun olması ve amirin yetkili olması halinden bağımsız olarak nitelendirmektedir. Yazara göre yetkili merciin emrini yerine getirmenin beş şartı bulunmaktadır; 1) Bir emrin varlığı 2) Emri verenin böyle bir emri vermeye yetkili olması (hiyerarşik üst) 3) Emri verenin yetkili olması (konu, yer, zaman bakımından) 4) *Emrin yerine getirilmesinin vazifeten zaruri olması* 5) Verilen emrin gerek şekil gerek içerik bakımından kanuna uygun olması. Vazifeten zaruri olma şartı, yazara göre, memurun görev gereği emri yerine getirme yükümlülüğünün bulunmasıdır.⁷⁷

Dönmezer- Erman'a göre, yetkili merciin emrini ifanın hukuka uygunluk sebebi oluşturması için iki temel şart bulunmalıdır. 1) Bir emrin varlığı 2) Emrin bağlayıcı bir nitelik taşıması. Emrin bağlayıcı nitelik taşıması için üç durumun bir arada bulunması gerekmektedir. a) Emir ilk olarak yetkili amir tarafından verilmelidir. b) *Memur, emri ifaya mecbur olmalıdır.* c) Emir, kanun ile gösterilen şekil ve içerik şartlarına uygun olmalıdır. Yazarlara göre vazifeten zaruri olma hali için öncelikle emri alanın, o emri yerine getirmeye yetkili olması gerekmektedir. Bu nedenle

⁷⁶ *Taner*, Ceza Hukuku Umumi Kısım , İstanbul, (1949), s. 399.

⁷⁷ *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 233, 234.

memurun öncelikle verilen emrin görev ve yetkisi dahilinde olup olmadığını araştırması gerekmektedir.⁷⁸

Toroslu'ya göre, ön şart olarak emir bulunmalı (kamu hukukundan kaynaklı ilişki) ve emir meşru (biçimsel ve içerik yönünden meşruluk şartlarına sahip) olmalıdır. Biçimsel meşruiyet için; 1) Emri veren yetkili olmalı 2) Emri alan bunu yerine getirmeye yetkili ve *mecebur olmalıdır*. İçerik meşruiyeti için emrin verilmesi için kanun ile öngörülen şartlar aranmalıdır.⁷⁹ Yazara göre emrin yerine getirilmesi zorunluluğu, biçimsel meşruiyeti sağlayan bir şarttır.

Hafizoğulları- Özen, emrin yerine getirilmesinin görev gereği olmasını, emrin geçerlilik şartları içerisinde değerlendirmektedir. Bu kapsamda emrin kaynağı kanun olmalıdır, aksi takdirde yerine getirilmesi astı sorumluluktan kurtarmaz.⁸⁰

Demirel, icrası vazifeten zaruri emir ifadesi ile emrin itaatle yükümlü olunan üst tarafından verilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. İtaate mecebur olunan üstler ise dahil bulunulan idari teşkilatın üst makamlarındaki memurları olarak ifade edilmiştir.⁸¹

Yerine getirilmesi zorunlu emir, öğretide astın yetki ve görevi üzerinden değerlendirilmektedir. Emri alan kamu görevlisi, görevinin gereği olarak üstünün emirlerini yerine getirmelidir. Amirin emrine ilişkin şartların maddi ve biçimsel olarak ayrıldığı ihtimalde, bu şartın biçimsel meşruluğu sağladığı ifade edilmektedir.⁸² Bu şart, içeriği incelenmesi engellenmiş emirler bakımından dahi, emri alan ast tarafından denetlenmelidir.

⁷⁸ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 97 vd.

⁷⁹ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 162, 163.

⁸⁰ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 242.

⁸¹ *Demirel*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1950), s. 117.

⁸² *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 163.

Aynı hukuk sisteminde yer alan “...memur bu emri yapmağa mecburdur” ifadesi (657 sayılı Kanun m. 11) ile *yerine getirilmesi görev gereği zorunlu emrin* ilgisi kurulmalıdır. Değınilen madde ile amirinden aldığı hukuka aykırı emri yazılı ısrar üzerine yerine getiren astın sorumsuzluğu düzenlenmektedir. Bu düzenlemeyi farklı bir hukuki yapı olarak, ceza hukuku kapsamı dışında⁸³ değerlendirenler yanında, suç fiiline ilişkin görerek hukuka uygunluk nedeni⁸⁴ veya kusurluluğu kaldıran hal⁸⁵ olarak kabul edenler de bulunmaktadır. Memurun görev gereği yerine getirmesi zorunlu emir, kendi görev ve yetkisinden kaynaklanmalıdır ve bulunuyorsa bu şart, kanunun açıkça mecburiyeti düzenlediğı hali de kapsamaktadır. Kolluk mevzuatı ve Askeri Ceza Hukuku da kapsama alındığında yerine getirilmesi zorunlu emir ifadesinin kapsamının, hukuki niteliğı bakımından önem taşıdığı açıktır.

Görevi yerine getirme mecburiyeti ifadesinden “memurun görevli ve yetkili olması gerekliliğı” anlamı çıkarılabilse de bunun aynı zamanda emrin meşruiyetini gerekli kıldığını söylemek güçtür.

Bir irade açıklaması olarak emir kavramının içerik meşruiyetini kapsadığı kabulü ile hareket edilmesi halinde, yani emir zaten meşru bir irade açıklamasıdır denildiğinde, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu emir bakımından, kanunsuz emir ihtimali dışlanmaktadır. Çünkü burada “emir” söz konusu olmayacak, yerine getirilmesi zorunlu olmayan bir “irade açıklaması” söz konusu olacaktır.

Emir kavramının kamu hukukundan kaynaklı bir ilişkide, üst tarafından ast durumdaki kişiye yönelmiş bir irade açıklaması olarak kabul edilmesi ihtimalinde, içeriğın meşruiyetine ilişkin bir kabul veya belirlilik bulunmamaktadır. Bu bakımdan

⁸³ Akdağ, Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler , Ankara, (2020), s. 268.; Yazara göre burada fiil tipik bulunmamaktadır ve durum haksız fiil kapsamında değerlendirilmelidir.

⁸⁴ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 242, 243.; Savaşçı Temiz, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi , Ankara, (2021), s. 54 vd.

⁸⁵ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 579.; Değirmenci, TAAD, Yıl:3, Sayı:10, (2012), s. 459.

ise üst tarafından asta yönelmiş ve kanunsuz olmasına rağmen yerine getirilmesi beklenen emirlerden kaynaklanan sorumsuzluğun (ör, 657 s. Kanun m. 11, PVSK m. 2/B) hukuki niteliği bakımından, TCK m.24/2 tartışmalı hale gelebilecektir.

Yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan emirlerin kapsamı bakımından, bu ifadenin, meşruiyeti mi, bağlayıcılığı mı yoksa her ikisini de mi kapsadığı, bu kapsamda kamu hukuku ilişkisinin varlığının zorunlu olup olmadığı, emrin yöneldiği sivil ast ve askeri ilişkideki ast arasında fark bulunup bulunmadığı konuları, ileride incelenmektedir.⁸⁶

Kanaatimizce TCK m. 24/2 hem meşru emre hem de konusu suç teşkil etmeyen bağlayıcı kanunsuz emirlere ilişkindir.

iii. Konusu Suç Teşkil Eden Emrin Yerine Getirilmesi

1961 Anayasası ile benzer düzenlemeye sahip 1982 Anayasası'nın "*Kanunsuz Emir*" başlıklı 137' inci maddesine göre; "(2) *Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*"

Madde başlığı ve tüm içeriği incelendiğinde, emri yerine getiren bakımından içerik meşruiyetinin denetiminin de bir gereklilik olduğu açıktır. İçerik yönünden hukuka aykırılığın iki şekilde ortaya çıkması mümkündür: emrin konusu hukuka aykırı olup suç değildir veya emrin konusu suçtur.⁸⁷ İncelediğimiz ihtimal bakımından, emrin konusu suçtur.

TCK m. 24/3, Anayasa ile benzer bir düzenlemeye sahiptir: "*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*"

⁸⁶ Bknz. s. 135 vd.

⁸⁷ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 164.; *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 234.

Konusu suç teşkil eden emrin tespitinde, içerik meşruiyetinin araştırılmasının engellenmemiş olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, emri alanın, içerik meşruiyetini denetim yetkisi önem taşımaktadır. Bu yetki bakımından, askeri hizmetlerin görülmesindeki kişiler ve diğer memurlar arasında bir ayırım yapılmaktadır.⁸⁸ Böyle bir ayırma yer vermeyip her memurun, koşullar ne olursa olsun, verilen emrin suç oluşturup oluşturmadığının denetlenmesi gerektiğini savunan görüş de bulunmaktadır.⁸⁹ *Açıkça suç oluşturma* hali ise ayırım yapılmaksızın her ast bakımından cezai sorumluluk doğurmaktadır. Elbette hata sonucu emri meşru sanarak yerine getirme hali incelenmelidir.⁹⁰

TCK m. 24'ün düzenleniş biçimi, mehz kanun ile karşılaştırıldığında, olumlu bir fark taşımaktadır. Madde düzenlemesinin değerlendirildiği bu bölümde lafzi farklılık incelenmelidir. TCK m. 24/3' göre; "... *Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*". İCK m. 51/2 ve 3'e göre; "(2) *Eğer bir suç, amirin emri ile işlenirse, suçtan daima emri veren kamu görevlisi sorumludur. (3) Hataya düşerek meşru bir emre itaat ettiği zannı ile fiili işleme hali ayrı kalmak üzere, işlenen suçtan emri yerine getiren de sorumludur.*"

Sorumluluğun varlığına işaret etmek ile "daima" sorumluluğun bulunduğunu ifade etmek arasında fark bulunmaktadır. İCK m. 51/2 tartışmalı bir düzenlemedir. Amirin emrinin yerine getirilmesi sonucu suç ortaya çıkarsa, emri veren amirin her zaman sorumlu olacağını belirtmektedir. Amirin her somut olayda kusuru ve fiilinin hukuka aykırılığının denetimini engeller görünen bu ifade tercihi, iştirak hükümleri bakımından da çatışmaya neden olmaktadır.

⁸⁸ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 106 vd.

⁸⁹ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 241.

⁹⁰ Maddenin içeriğine ilişkin anılan konular ileride detaylı olarak değerlendirilmektedir. *Bknz.* s. 141 vd.

İtalyan öğretisine bakıldığında, bu düzenlemenin, konusu suç teşkil eden emirler bakımından tam olarak ortaya çıkarılması için değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹¹ Düzenlemeye göre, amirin sorumluluğu, astın yerine getirdiği fiil ile ortaya çıkan suça ilişkin sorumluluktur. Kanunda tercih edilen “daima / her zaman (*sempre*)” nitelendirmesinin, somut olayda başka bir hukuka aykırılığın varlığı veya kusurluluğun bulunmaması söz konusu olduğunda cezalandırılmama sonucunun doğmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir.⁹² Bunun yanında İCK m. 51/2'nin varlığının karışıklık yarattığına dikkat çeken yazarlar da bulunmaktadır. İCK m. 51'de emri veren kamu görevlisi, suça katılmaya ilişkin genel ilkelere göre manevi iştirakçidir (*concorrente morale*), azmettiren (*istigatore*)⁹³.⁹⁴ İştirake ilişkin genel ilkelerden çıkarım yapılabilmesi karşısında, amirin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılmış olması fuzuli bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre İCK m. 51/2 yalnızca gereksiz bir hüküm olmayıp dahası iştirak hükümlerine yapılmış problemleri eklemeye gelerek ve üstün sorumluluğu bakımından İCK m. 112/3 (..yetkisini, amirliğini veya üstlük konumunu kullanarak tabiiyetindeki kişilere suç işleten..) ile konulmuş olan ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasını etkileyerek zorluğa sebep olmaktadır. Ağırlaştırıcı nedenin üstün fiiline uygulanacağında şüphe bulunmasa bile,

⁹¹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 41.

⁹² *Romano*, Commentario sistematico del codice penale I art. 1-84 , Milano, (1987), s. 471, § 32.

⁹³ Azmettiren karşılık olarak “istigatore” kavramının kullanımına ilişkin eleştiride bulunan *Marinucci/Dolcini*'ye göre; “Doktrinde suç işleme amacı olmayan kimsede bu fikri filizlendiren kimseye “istigatore” kullanımını tercih edenler olsa da bu kavramın mevzuattan kaynaklandığı söylenemez. İCK m. 580'de düzenlenen intihara yönlendirme suçunda kullanılan bu kavram, aslında hem başkalarının intihara yönlendirenleri hem de zaten intihar düşüncesi olanların düşüncesini güçlendirenleri kapsayan bir anlam taşımaktadır. Yine genel hükümlerdeki (ICK m. 115) ve özel hükümlerdeki (ICK m. 266, 302, 414 ve 415) kullanımlar, hem ilk fikre neden olma hem de fikri taşıyan kimsenin suç işleme kararını kuvvetlendirmeyi kapsamaktadır. Yargı kararlarına bakıldığında da benzer biçimde, iki durumu da kapsayan bir kullanıma rastlanmaktadır. Bknz. Cass. Sez. VI, 5 luglio 2013, n. 39030, Pagano, in CED Cassazione n. 256608.”*Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 460.

⁹⁴ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 41. Ayrıca amirin sorumluluğunu dolaylı fail (dell'autore “mediato”) kategorisinde inceleyen görüş için bknz. *Pulitano D.*, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Digesto disc. pen. IV*, Torino (UTET), 1990, cit., 328.

bu düzenlemenin İCK m. 51 son fıkrada yer verilen, denetime kapatılmış emirlerde “ceza verilmeme” hali bakımından yapılacak, hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu etkileyen hal nitelendirmeleri ile amirin sorumluluğunun değişmeyeceğinin belirtilmesi ihtiyacını karşıladığı ifade edilebilir. Denetimi engellenmiş emirlerin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin bir yaklaşımın, İCK m. 119/2’ye (*cezayı kaldıran objektif etmenler suça katılan herkes için etki doğurur*) uygun biçimde cezasızlığın amire de sirayet etmesi sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Bu ihtimalin, amirin sorumluluğunu açıkça düzenleme ihtiyacını gösterdiği savunulmaktadır.⁹⁵ Hukuki niteliğe yönelik detaylı değerlendirme aşağıda yapılacaktır.⁹⁶

Türk Hukuku bakımından uygulamada konususu suç teşkil eden emri veren amirin azmettiren, yerine getiren astın ise fail olduğu kabul edilmektedir.⁹⁷ Somut olay bakımından müşterek faillik ihtimali de dışlanmamalıdır ancak amirin manevi iştirak ile sınırlı bir katkısının bulunduğu hallerde emri veren bakımından azmettirmenin oluşacağı açıktır.

⁹⁵ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 42.

⁹⁶ *Bknz.* s. 24 vd.

⁹⁷ Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/4590 E., 2019/391 K., 15-01-2019 T. (kanunum.com, E.T.: 29.07.2021); “(...) Şayet emrin konusu suç teşkil ediyorsa, Anayasanın 137/2 ve TCK’nın 24/3 maddeleri gereğince böyle bir emrin yerine getirilmesinden emri veren azmettiren, yerine getiren ise fail olarak sorumlu tutulacaktır.(Dairenin 2017/1443-4758 sayılı kararı) Azmettirenin sorumluluğu, kanunda hazırlık hareketleri ayrıca suç olarak düzenlenmemişse failin eyleminin en azından teşebbüs aşamasına ulaşmasına bağlıdır. Konusu suç teşkil eden emirle azmettirilenden garantörlük yükümlülüğünü yerine getirmemesi isteniyorsa, eylemin teşebbüs aşamasına ulaşması için yasaklayıcı normun ihlaline yönelen icrai bir hareketin gerçekleşmesi, failinde neticeyi önleme hukuki yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekmektedir. (...)”

Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/2519 E., 2019/323 K., 21-01-2019 T. “(kanunum.com, E.T.: 29.07.2021); (...) Anayasanın 137/2 maddesinde konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi halinde sadece emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiş ise de, böyle bir emri verenin sorumlu olacağı da muhakkaktır. Şayet emrin konusu suç teşkil ediyorsa, Anayasanın 137/2 ve TCK’nın 24/3 maddeleri gereğince böyle bir emrin yerine getirilmesinden emri veren azmettiren, yerine getiren ise fail olarak sorumlu tutulacaktır. (Koca-Üzülmez Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 9. Baskı syf. 331)(...)”; Ayrıca benzer yönde *bknz.* Yargıtay 16. Ceza Dairesi E. 2019/1949, K., 2020/1941, T. 10-02-2020; Yargıtay 16. Ceza Dairesi E. 2019/7849, K. 2020/1439, T. 03-02-2020.

iv. Denetlenmesi Kanun ile Engellenmiş Emrin Yerine Getirilmesi

TCK m. 24 sonuncu fıkraya göre; “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*”

Buna karşın mehz kanun İCK m. 51/4’e göre; “*Kanunun, emrin meşruiyeti bakımından denetim yetkisi tanımadığı durumda, gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz.*” Görüldüğü üzere TCK emri verenin sorumlu olacağını, İCK ise emri yerine getirenin cezalandırılmayacağı hükme bağlamıştır. Üst başlıkta yer verildiği üzere, İtalya düzenlemesinde, son fıkranın, amirin her zaman sorumlu olduğuna ilişkin 51/2 ile birlikte değerlendirildiği de hatırlatılmalıdır.

TCK düzenlemesinde (m. 24/4), emrin gayrimeşruluğundan söz edilmemektedir. Ancak meşru bir emrin yerine getirilmesi ihtimalinde, üst veya ast bakımından cezai sorumluluğun doğmayacak olması karşısında, bu bir eksiklik olarak kabul edilmemelidir.

Öte yandan Türk Hukukundaki düzenleme bakımından, astın sorumlu olup olmayacağının açıkça belirtilmemesinin tercih edilmiş olması ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmelidir.⁹⁸

⁹⁸Asta, emrin meşruiyetinin denetlenmesi inkânı verilmemesi ve emre itaatın beklenmesi halinde astın sorumluluğu, özel kanunların düzenlemeleri birlikte ileride incelenecektir. *Bknz.* s. 26 vd.

c. 765 sayılı Mülga TCK ve 5237 sayılı TCK Düzenlemelerinin Karşılaştırması

765 sayılı Mülga TCK'ye kaynaklık teşkil eden 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenleri genel hükümler arasında düzenlenmiştir.⁹⁹ Benzer biçimde Türk Ceza Hukuku'nda da genel hukuka uygunluk nedenlerine, tüm suçlara etki edecek biçimde genel hükümlerde yer verilmiştir (MTCK m. 49, TCK m. 24 vd.).¹⁰⁰

İtalyan Ceza Kanunu etkisindeki 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğü döneminde, öğretide¹⁰¹ ve yargı kararlarında¹⁰² görevin yerine getirilmesi (kanunun hükmü ve amirin emrini yerine getirme), hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sonrasında ise kurumun, amirin emri özelinde, kusurluluğa etki eden neden olduğuna ilişkin görüşler ağırlıktadır. Değerlendirmemize, ilgili maddelerin düzenlemeleri ile başlayacağız. Bu hal, sözel yorum yöntemine üstünlük tanıdığı anlamına gelmemektedir. Çalışmada, normun dil-mantık yapısının incelenmesi, hukuk kurumu bakımından kanun koyucunun iradesinin araştırılması, tarihi gelişimin izlenmesi, karşılaştırmalı hukuktan yararlanma ve normu, yer aldığı hukuk sistemi içerisinde

⁹⁹İtalya'da 1889 tarihli Ceza Kanunu öncesi hukuka uygunluk nedenlerinin özel hükümlerde düzenlenmesi, Fransız Ceza Kanunu eski düzenlemesi ve ilgili eleştiriler için bknz. *Günel*, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 2.

¹⁰⁰ Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından 765 sayılı MTCK'nin yürürlükte bulunduğu dönemi de kapsayacak biçimde konuya ilişkin üst norm, 1924 Anayasası m. 94, 1961 Anayasası m. 15, 16, 22, 29 ve 125 (Kanunsuz Emir), 1982 Anayasası m. 17/son, 20, 21, 22, 28 ve 137 (Kanunsuz Emir) ile düzenlenmiştir. 1924 Anayasası döneminde kanunsuz emre ilişkin tartışmalar için bknz *Taner*, Ceza Hukuku Umumi Kısım , İstanbul, (1949), s. 397 vd.

¹⁰¹ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 168.; *Günel*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1965), s. 635; *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101 vd.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 93 vd.; *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 228, 233.; *Özen*, Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma , Ankara, (1995), s. 173, 176.

¹⁰² Yargıtay 1. CD., E. 2003/4061, K. 2004/628, T. 3.3.2004; "...polis memuru sanığın, maktülü yakalamak için silah kullanmasının mevcut şartlarda hukuka uygunluk sebebi arzettiği ...", Yargıtay, CGK., E. 2004/1-219, K. 2005/35, T. 22.3.2005; "...Olayda, hukuka uygunluk nedenlerinden olan yasa hükmünü icra koşullarının mı, yoksa ağır tahrik hükümlerinin uygulanması koşullarının mı oluştuğunun saptanması..." (Kazancı.com, E.T.: 16.01.2020)

konumlandırabilme araçlarından biri, diğerinden üstün tutulmamıştır. Yorum, bir bütün olarak, hem sözel hem mantıksal¹⁰³ olmalıdır. Aşağıda ilk olarak normun sözel açıdan değerlendirmesini yapacağız.

İCK m. 51	Mülga 765 sayılı TCK m. 49	5237 sayılı TCK m. 24.
Hakkın Kullanılması / Görevin Yerine Getirilmesi		Kanunun Hükmü ve Amirin Emri
<p>1-Bir hakkın kullanılması veya hukuki normdan ya da yetkili merciin meşru emrinden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi, cezalandırılabilirliği ortadan kaldırır.</p> <p>2-Eğer bir suç, amirin emri ile işlenirse, suçtan daima emri veren kamu görevlisi sorumludur.</p> <p>3-Hataya düşerek meşru bir emre itaat ettiği zannı ile fiili işleme hali ayrı kalmak üzere, işlenen suçtan emri yerine getiren de sorumludur.</p> <p>4-Kanunun, emrin meşruiyeti bakımından denetim yetkisi tanımadığı durumda, gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz.</p>	<p>1- Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilir infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle,</p> <p>2- (...)</p> <p>3- (...) işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.</p> <p>4- Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.</p>	<p>1- Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.</p> <p>2- Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.</p> <p>3- Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.</p> <p>4- Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.</p>

-Maddelerin ilk bakışta değerlendirilmesi yapıldığında; kanunun hükmü ve yetkili merciin emrini yerine getirmeye bağlanan sorumsuzluk/ ceza verilmeme sonucu İCK ve 765 sayılı MTCK ile tek fıkrada birlikte, 5237 sayılı TCK ile iki fıkra halinde düzenlendiği görülmektedir. İçerikte temel bir farklılık bulunmamaktadır; görevin yerine getirilmesi hali, cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmaktadır. Sorumlu olmama/ceza verilmeme sonucuna ilişkin hukuki nitelik görüşleri ileride incelenmektedir.¹⁰⁴

¹⁰³ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 123.

¹⁰⁴ Bknz. s. 32 vd.

-İCK, kanunun hükmünü yerine getirmenin kaynağı olarak *hukuki normu* gösterirken, TCK düzenlemeleri *kanuna* işaret etmektedir. Kavram tercihi ve maddenin yorumunda fark yaratıp yaratmadığı çalışmada incelenmiştir. Ancak 765 sayılı MTCK ve 5237 sayılı TCK arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır.¹⁰⁵

-*Yetkili merciden* kaynaklanan emir bakımından, hem İCK hem TCK düzenlemeleri ile kamu hukukundan kaynaklı bir ilişkiye dikkat çekilmektedir. Emrin, özel hukuk ilişkilerinde ortaya çıkması halinde, yerine getirilmesinin, görevin yerine getirilmesi kapsamına alınabileceğine ilişkin görüşler ve madde değişikliği yönünde yabancı hukukta tasarılar bulunmaktadır. Kurumun özel hukuk ilişkilerine uygulanabilirliği, ileride¹⁰⁶ inceleme konusu yapılmıştır. Türk Hukuku bakımından yeni ve eski tarihli kanun düzenlemeleri, kamu hukuku kaynaklı ilişki tercihinde benzerlik göstermektedir.

-İCK “*meşru emir*”, TCK ise “*infazı vazîfeten zaruri olan bir emir / yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir*” var ise uygulayanın sorumlu olmadığını düzenlemiştir. Yeni TCK, eski kanunun Türkçeleştirilmesinden ibarettir, farklı bir ifade tercih etmemiştir. Yerine getirilmesi zorunlu emir ifadesi, hukuki niteliğe ilişkin tüm tartışmaların bağlandığı noktadır. Zira mehaz kanundaki anlamın tam karşılığı olduğu kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedeninin bulunacağı konusunda şüphe bulunmazken; 657 sayılı Kanun m.11/2 ile düzenlenen *yazılı ısrar üzerine memurun yapmaya mecbur olduğu emri* de kapsama ihtimali düşünüldüğünde, hukuki nitelik bakımından netlik kaybolmaktadır. Konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emre ilişkin bölümde, bu düzenleme değerlendirilecektir.

-Amirin emri ile işlenen suça ilişkin olarak amirin sorumluluğu bakımından, mehaz kanunda yer alan dahil olmak üzere, incelenen maddeler, amirin sorumlu

¹⁰⁵ Bknz. s. 89 vd.

¹⁰⁶ Bknz s. 116 vd.

olacağını düzenlemektedir. Temelde fark bulunmamaktadır. Derinlikli incelemede fark yaratabilecek, mehzaz kanunda yer alan, “daima” biçimindeki, kusuru dikkate almaksızın sorumluluk doğuran kelime tercihinin yaratabileceği sakıncalara, yukarıda kısaca değinilmiştir.¹⁰⁷

-Amirin verdiği emir ile suç işlenmesi hali bakımından, emri yerine getiren astın sorumluluğu, İCK ve 5237 sayılı TCK ile açıkça düzenlenmiş olup bu husus, 765 sayılı MTCK’ da yer almamaktadır. Kanunun yürürlükte bulunduğu dönem bakımından, 1961 Anayasası m. 125, 657 sayılı Kanun m. 11 ve 1982 Anayasası m. 137 düzenlemeleri bulunurken astın sorumluluğuna TCK ile açıkça yer verilmemiş olması bir boşluk yaratmamaktadır.¹⁰⁸

-Emrin meşruiyetine ilişkin denetim yetkisinin kapatılmış olması ihtimali, İCK ve 5237 sayılı TCK ile açıkça düzenlenmiş; ancak 765 sayılı MTCK’ da yer almamıştır. Bu düzenlemelerin tüm astlara mı yoksa askeri personel gibi sınırlı bir ast grubuna mı yöneldiği konusu, özel kanunlarda başka düzenlemeler ile meşruiyet denetiminin kapatılması halleri ve düzenlemelerin Anayasa ile uyumu, içerik denetimi engellenmiş emirler başlığı altında ilgili bölümde incelenecektir.¹⁰⁹

-Mehaz kanun bakımından emre ilişkin hata hali, ayrı hata düzenlemeleri dışında (ICK m. 47, 59), görevin yerine getirilmesi maddesinde (ICK m.51) yer almış, 765 sayılı MTCK’ da (hukuki hata ve şahısta hata hariç m. 44, 52) hata hali düzenlenmemiş, 5237 sayılı TCK ile hataya, iki maddede (m. 4, 30) yer verilmiştir.¹¹⁰ Hata halleri, kanunun hükmü ve amirin meşru emrinin yerine getirilmesi bakımından,

¹⁰⁷ Detaylı incelemeye ilgili bölümde yer verilmiştir. *Bknz.* s.

¹⁰⁸ Detaylı incelemeye ilgili bölümde yer verilmiştir. *Bknz.* s. 84 vd.

¹⁰⁹ *Bknz.* s. 83 vd.

¹¹⁰ *Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, (2007), s. 26.*

konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir bakımından ve konusu suç teşkil eden kanunsuz emir bakımından ileride incelenecektir.¹¹¹

Görüldüğü üzere, 765 sayılı MTCK ile 5237 sayılı TCK düzenlemeleri arasında, kurumların temel yapılarına ilişkin fark yoktur. Dahası 5237 sayılı Kanun düzenlemesiyle, görevin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşün dayandığı, İtalyan Ceza Kanunu madde metnine daha da yaklaşıldığı gözlemlenmiştir. Elbette hukuki kurumların tüm özellikleri yalnızca bir kanunun bir maddesi ile ortaya çıkarılamaz.¹¹² Yukarıda ifade ettiğimiz üzere sözel (lafzi) yoruma, diğer yorum yöntemlerini dışlamak amacıyla tek başına başvurulması değil, aksine, diğer yorum yöntemlerine geçmeden ilk yöntem olarak başvurulması tercih edilmiştir.¹¹³ Ancak TCK m. 24 düzenlemesinin, kurumun niteliklerini belirlemeye hizmet eden bir rehber olduğu açıktır.

¹¹¹ *Bknz.* s. 65 vd., 84 vd.

¹¹² Özellikle amirin emri bakımından, hukuki nitelik bakımından kusurluluğa etki eden hal görüşünü savunan yazarların dayanak olarak gösterdiği, 5271 sayılı Kanun m. 223/3-b düzenlemesini inceleyeceğiz. (*bknz.* aşağıda s.)

¹¹³ *Baytaç*, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum , İstanbul, (2018), s. 213.

II. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ KURUMUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Görevin yerine getirilmesi kurumunun hukuki niteliğinin ve suç ile ilişkisinin değerlendirilmesine geçilmeden önce, öğretilerde bu konularda görüş birliği bulunmadığı gibi kavramlara ilişkin olarak ortak bir dilin de olmadığını ifade etmek istiyoruz (örneğin manevi unsur veya kusurluluk kavramları, her yazar tarafından aynı anlamda kullanılmamaktadır). Bu bakımdan kurumun hukuki niteliğini değerlendirmeden önce, kavramların çalışmada kabul edilen karşılıklarına yer vermeyi gerekli görüyoruz.

Manevi unsur ve kusurluluk ilişkisi bakımından¹¹⁴ çalışmada kusurluluk, manevi unsurun karşılığı olarak ve kast ile taksiri kapsamına alacak biçimde kullanılmaktadır. Anlama ve isteme yeteneği ise kusurluluk unsuruna dahil olmayıp failin bir niteliğidir.¹¹⁵

Öğretilerde, hukuka uygunluk nedenleri bakımından, sıklıkla mazeret nedeni kullanımı da tercih edilmektedir.¹¹⁶ Ancak İtalyan Hukuku (*cause di giustificazione*) etkisi ile tercih edilen bu kullanım, Alman Hukuku etkisinde savunulan, kınanabilirliğin yok denilecek kadar azalmasına etki eden nedenler anlamını karşılayan, mazeret nedeni (*entschuldigungsgründe*) ile karıştırılabilir. Bu nedenle, çalışmada mazeret nedeni kavramı, aksi özellikle belirtilmedikçe hukuka uygunluk nedenlerine karşılık gelecek bir anlamda kullanılmamıştır.

¹¹⁴ Suçun manevi unsurunu dikkate alarak öğretilerdeki nazariyeleri sınıflandırmayı amaçlayan çalışma için bkz. *Karakehya/Usluadam*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Derg., (2015), s. 1-24.

¹¹⁵ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 445.

¹¹⁶ bkz. Alacakaptan, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 98; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 159.; *Katoğlu*, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç) , Ankara, (2022), s. 110.

Çalışmaya konu kurumun hukuki niteliğine ilişkin, öğretide kusurluluk ve hukuka uygunluk nedeni üzerinde toplanan görüşlere yer verilmesinin ardından, suçta etki başlığı altında görevin yerine getirilmesinin suç ile ilişkisini inceleyeceğiz. Bu çerçevede söz konusu iki durum bakımından tercihimizi ortaya koyacağız.

B. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN KUSURLULUK ÜZERİNDE ETKİLİ OLDUĞUNA DAİR GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu, hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri veya kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler terminolojisini kullanmamaktadır.¹¹⁷ 5237 sayılı TCK ile “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında farklı kurumlar birlikte düzenlenmiştir. Başlıktaki ifade, hatayı düzenleyen TCK m. 30/3 ile de tekrarlanmıştır. Bu başlık altında düzenlenen hallerin mantıksal ve hukuksal bir bağıntılarının bulunmadığı belirtilmelidir.¹¹⁸ İtalyan hukukunda da benzer yöntem eleştirilmektedir: “*Bunlar heterojen hipotezlerdir, birleştiricilik ilkesinden esinlenilme söz konusu değildir. Bu yapı, ceza genel teorisi kapsamında dogmatik sınıflandırmaları yapma görevini öğretiyeye bırakmaktadır.*”¹¹⁹

¹¹⁷ İtalyan Ceza Kanunu bakımından da durum benzerlik göstermektedir: İCK m. 59 ve 119’da yer verilen “cezayı ortadan kaldıran haller (circostanze di esclusione della pena)” terminolojisi, “*cezazınlık nedenleri -cezalandırılabilme şartı* (le cause di non punibilità)” anlamında kullanılmaktadır. Bazı hükümleri yakından incelediğimizde bunların (non punibilità) cezayı kaldıran farklı ihtimalleri karşıladığı görülmektedir; örneğin görevin yerine getirilmesi (İCK m. 51), meşru savunma (İCK m. 52), anlama ve isteme yeteneğinden yoksunluk (İCK m. 85), fiil üzerinde hata (İCK m. 47) ya da kişinin anne ve babasına karşı hırsızlık suçunu işlemesi hali (İCK m. 649).; *Garofoli*, Manuale di diritto penale parte generale (2011), s. 645, 646.; *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 87, 88.

¹¹⁸ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 238.

¹¹⁹ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 88.

Görevin meşru bir emir veya kanundan kaynaklandığı hallerin hukuka uygunluk nedeni olduğu konusunda görüş birliği bulunurken¹²⁰, kanunsuz emirler bakımından kusurluluğu etkileyen hal ve hukuka uygunluk nedeni görüşleri savunulmaktadır.¹²¹

Görevin yerine getirilmesinin hukuki niteliği bakımından öğretilerde tartışılan kusurluluğa etki eden nedenlerle, hukuka uygunluk nedenleri ayrımının çok eskiye dayanmadığı belirtilmelidir. Eski hukukta bazı ayrık haller bakımından (örneğin meşru savunma halinde öldürme halinde veya görevin verdiği yetki ile bir suç tipini ihlal etmesi halinde failin cezalandırılmaması) cezalandırmama uygun görülümüşse de bu sonucun, hukuka aykırılık ayrı bir unsur olduğu için değil, gereksinim veya pratik sonuçlara duyulan ilgi nedeniyle gerçekleştiğinden söz edilmektedir. Bu dönemde, hukuka aykırılık, kusurluluk veya cezalandırmaya engel haller içinde veya bunlarla birlikte değerlendirilmektedir.¹²² Hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olarak görülmesine Roma-İtalyan Hukuku gibi eski ve müşterek hukukta yalnızca sınırlı hallerde yer verildiği ifade edilmektedir.¹²³ Kusurluluktan tamamen ayrı ve suçun objektif yanına dahil bir unsur olarak hukuka aykırılık görüşü ise 1880’li yıllarda

¹²⁰ *Santoro*, La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale / Studi in Memoria di Filippo Grisogni, (1956), s. 525.; *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101 vd.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.; *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 228, 233.; *Soyaslan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2005), s. 369 vd.; *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş , İstanbul, (2005), s. 300, 302.; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s.161 vd.; *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 238 vd.; *Akbulut*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 478, 579.; *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 295 vd.; *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275, 343.; *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 331, 332.

Yargıtay 18. CD, E. 2016/11141, K. 2019/2382, T. 05-02-2019, (kanunum.com, E.T.: 29.07.2021); “(...) *Sanıkların eylemlerinin, 5237 sayılı TCK'nın 24/1. maddesi gereğince hukuka uygunluk nedeni olan kanunun hükmünü yerine getirme olarak kabulüne karşın, 5271 sayılı CMK'nın 223/2-d maddesi uyarınca yalnızca beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden tek suçtan iki ayrı hüküm kurularak sanıklar hakkında hem beraat hem de ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, Kanuna aykırı ve katılan ... vekilinin temyiz iddiaları bu nedenle yerinde görüldüğünden hükümlerin BOZULMASINA, (...)*”

¹²¹ İlgili tartışmalara hukuki nitelendirmeye ilişkin bölümde yer verilmektedir. *Bknz.* s.

¹²² *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 213., *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 1

¹²³ *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş , İstanbul, (2005), s. 286.

ortaya atılmıştır.¹²⁴ Objektif hukuka aykırılık kavramının Franz von Liszt ve Ernst Beling tarafından ortaya atıldığı bilinse de haksızlığı kusurdan ayrı ve bağımsız bir kavram olarak kullanımı, öncelikle özel hukukta filizlenmiştir. Rudolph von Jhering, sübjektif kusurluluğun, objektif hukuka aykırılığın öncülü olmadığını, haksızlığın, sübjektif kusur ihmal edilse dahi belirli koşullarda ortaya çıkabileceğini ilk gösteren kişidir.¹²⁵

Öğretide görevin yerine getirilmesi kurumunun hukuki niteliğine ilişkin olarak görüş farklılıkları bulunmaktadır. Mevzuat incelendiğinde ise görevin yerine getirilmesi, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmektedir. Bir diğer anlatımla TCK, öğretide ileri sürülen kusurluluğu ortadan kaldıran neden ve hukuka uygunluk nedeni görüşleri açısından açık bir tercihte bulunmamıştır.¹²⁶

Kanun’da bağlayıcı olmamak adına, cezai sonuçlar dikkate alınarak başlık belirlenmişse de¹²⁷ yazarlarca terminolojinin, yeni TCK ile bir tercihte bulunulduğunun göstergesi olduğu ileri sürülmektedir. *Keçelioğlu*, Kanun’da tercih edilen sistematüğün, gerekçede yer verilen hukuki niteliğinin¹²⁸ ve özellikle “haksızlık”

¹²⁴ Önder, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s., 212., *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 280.

¹²⁵ Eser, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), S. 38, 39.

¹²⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/3-b düzenlemesi aşağıda incelenecektir.

¹²⁷ TBMM Adalet Komisyonu Raporu (03.08.2004, Esas. 1/593, Karar. 60) için bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu -Gazi Şerhi-, Ankara 2005, s. 47.

¹²⁸ TCK m. 24 Gerekeçe: “*Hükümet Tasarısının “Kanunun hükmü ve amirin emri” başlıklı 27. 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 hâlde getirmez. Ancak, hiyerarşik yapı dolayısıyla, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Bu durumda sorumluluk, emri verene aittir. Hükümet Tasarısındaki hükümde, bu durumda emri verenin de sorumluluktan kurtarılmasına yönelik bir 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

kavramının açıkça yer bulmasının, Alman Hukuku etkisinden kaynaklandığını ifade etmektedir.¹²⁹ TCK m. 24'ün gerekçesinde “(...) *hukuka uygunluk nedeni değil (...)* *hukuka uygun hâle getirmez (...)*” ifadeleri geçmektedir. Ancak bu ifadeler yorum faaliyeti bakımından önem taşımakta ise de gerekçe, metne dahil değildir. Gerekçede özenli bir terim tercihi bulunmadığı da açıktır. Gerekçede yer verilen “*Bu durumda emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur*” cümlesi haklı olarak eleştirilmiştir. *Hafizoğulları/ Özen*'in belirttiği üzere, “sorumsuzluk nedeni” suçu veya cezayı ortadan kaldırabilen kendine özgü bir ceza hukuku kurumu değildir.¹³⁰

Kanunda haksızlık kavramının kullanımının Alman Hukuku etkisinin göstergesi olduğu ifade edilmişse de haksızlık ve hukuka aykırılık, birlikte sıklıkla kullanılan farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık, fiilin norma aykırı olduğunu ortaya koyarken, haksızlık fiile ilişkin bir değer yargısıdır.¹³¹ Suçun tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurlarından oluştuğunun genel olarak kabul gördüğü Alman Hukuku bakımından haksızlık ve hukuka aykırılık kavramları ise farklılık arz etmektedir. Hukuka aykırı fiil kavramının yer bulduğu düzenlemelerde (ör. ACK m.11/1-5), tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarının bir arada bulunduğu ve bu nedenle haksızlığın gerçekleşmiş olduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan hukuka aykırı fiil, suçtan farklı olup kişinin kusurundan bağımsızdır. Bu noktadaki tercihin sonucu olarak haksızlık oluştuğunda, yani failin kusuru olmaksızın hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi halinde, yaptırım uygulanması söz konusudur.¹³² İsnat yeteneğini failin kusurunun ön şartı olarak dikkate alan Alman yaklaşımı bakımından, akıl

“*yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz*”. *Maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle Anayasanın söz konusu hükmüyle paralellik sağlanmıştır.*” TBMM Dönem 22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı 664, s.430, *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I , Ankara, (2018), s., S. 178.

¹²⁹ *Keçelioğlu*, Türkiye Barolar Birliği Derg., (2010), s., S. 299–300.

¹³⁰ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 165, 240.

¹³¹ *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s., S. 214.

¹³² *Heinrich/(Ed). Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 57 vd.

hastalığı bulunan failin, tipik hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesi halinde, bu fiil haksızlık oluşturmakta, bu nedenle kusur bulunmasa dahi fail bakımından güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olmaktadır. Halbuki akıl hastalığı faile ait bir durum olup suçun unsuru değildir. Akıl hastası kimsenin, hukuka aykırı fiilinden ötürü cezalandırılmamasının sebebi, suçun kusurluluk da dahil tüm unsurları ile oluşması gerekliliğinden bağımsızdır. Kast ve taksir, anlama ve isteme yeteneği bulunmadan da var olabilmektedir. Alman hukuku ile karşılaştırma bakımından tercih ettiğimiz görüşe göre; isnat edilebilirlikten yoksun kişinin fiili, kast veya taksiri de bulunması şartıyla suça vücut vermektedir ancak kişinin durumu cezayı ortadan kaldıran şahsi bir neden olarak düzenlenmiştir.¹³³

Gereğesinde açıkça hukuki nitelik tercihinden kaçınıldığı belirtilen Kanunda haksızlık teriminin kullanımı, hukuki nitelik bakımından bir gösterge değildir. Ancak Türk Hukukunda görevin yerine getirilmesi bakımından kusurluluğu etkileyen hal veya mazeret nedeni nitelendirmelerinin kaynağı olarak Alman Hukuku ile bağlantı kurulmaktadır. Anılan nedenle bu hukuki kurumların Alman Hukukundaki görünümüne yer verilmelidir.

“*Rechtfertigung (alm.)*” kavramı, gayrimeşruluğu (ya da hukuka aykırılığı) ortadan kaldıran tüm nedenleri kapsayan bir kavram iken, “*entschuldigung (alm.)*”, suçun oluşumunu engelleyen nedenleri kapsamaktadır.¹³⁴

Kusurluluğu kaldıran nedenler ve hukuka uygunluk nedenleri ayrımı Alman Ceza Kanunu (StGB) lafzında benimsenmiştir. *Hukuka aykırı olmayan hareket* (nicht rechtswidrig handeln (alm.)) meşru savunma (§ 32) ve hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali (§ 34) bakımından kullanılırken; *kusuru olmaksızın hareket* (ohne

¹³³Antolisei, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 445, 454; Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 207 vd., 410, 411.

¹³⁴ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.126. dn 3,

schuld handeln (*alm.*)), kusurluluğu kaldıran zorunluluk (§ 35), kaçınılmaz hukuki hata/ yasak hatası (§ 17) ve akıl hastalığı (§ 20) için kullanılmaktadır.¹³⁵

Kusurluluğu kaldıran sebepler bakımından ise Alman yaklaşımı *düşürücü neden* (schuldausschließungsgründe (*alm.*)) ve *mazeret nedeni* (entschuldigungsgründe (*alm.*)) biçiminde bir alt ayırım yapmaktadır.¹³⁶ Bu ayırımın temelinde yatan düşünceye göre, ilk durumda (örneğin akıl hastalığı veya kaçınılmaz hata halinde) kusur tamamen bulunmazken mazeret nedeni durumunda (örneğin mazeret nedeni zorunluluk veya meşru savunmada sınırın aşılması) kusurluluk tamamen yok olmamakta ancak yok denilecek kadar azalmaktadır.¹³⁷ Özetle mazeret nedenleri, kusurluluğu tamamen ortadan kaldırma gücünde olmasa da fiilin, subjektif isnadiyetine engel olacak ölçüde, kınanabilirliği azaltmaktadır.¹³⁸ Bu durumlarda failin fiil esnasındaki motivasyon durumu dikkate alınarak kusurluluğu yok sayılmaktadır. Mazeret nedeni, temelde *istenemezlik ilkesinin*, belli durumlar için kanun ile vücut bulmuş halidir (unzumutbarkeit normgemäßen verhaltens (*alm.*)).¹³⁹ Düşürücü neden (schuldausschließungsgründe (*alm.*)) ve mazeret nedeni (entschuldigungsgründe (*alm.*)) arasındaki ayırımın, hukuki uygulama bakımından bir fark yaratmadığı için pratik sonuçları bulunmamaktadır. Hukuka uygun kabul edilen veya kusurluluğu kaldıran sebepler ayırımının ise örneğin, katılanlara sirayet (hukuka uygun fiile iştirak her zaman cezasızlık yaratırken, kusurlu olmayan şeriğin durumu diğerlerinin sorumluluğunu etkilemez) ya da meşru savunma (haksız fiillere karşı meşru savunmanın mümkün olması) bakımından önemli sonuçları bulunmaktadır.¹⁴⁰

¹³⁵ a.g.e. s. 127.

¹³⁶ a.g.e. s. 128, dn.8. Roxin, mazeret nedeni ve kusuru kaldıran nedenler ayırımını gereksiz bulmaktadır. Bknz. Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 93, 94.

¹³⁷ Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 128, dn.9

¹³⁸ a.g.e. s. 128, dn.10

¹³⁹ a.g.e., s. 128, dn.11

¹⁴⁰ Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 128.

Görevin yerine getirilmesi kurumu özelinde Alman ve İtalyan yaklaşımının ayrıldığı nokta, kanunsuz emirler bakımındandır. Meşru bir emirden veya kanundan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesi, iki yaklaşımın mensupları tarafından da hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir.¹⁴¹ Konusu suç teşkil eden kanunsuz emirlerin yerine getirilmesinin suç oluşturması açısından bir şüphe bulunmamaktadır. Buna karşın konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emri alan astın fiiline ilişkin öğretide farklı görüşler savunulmaktadır.

Amirin verdiği emrin içerik yönünden gayri meşruluğu iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Emrin konusu suç veya başka hukuka aykırılıklar teşkil edebilir.¹⁴² Çalışmada iki durumu kapsayan bir üst başlık olarak, hem 1961 hem 1982 Anayasası tarafından kullanılan, “kanunsuz emir” kavramı tercih edilmiştir. Konusu suç teşkil etmeyen ve konusu suç teşkil eden kanunsuz emre ilişkin değerlendirilmeler ileride ayrı başlıklarda incelenecektir.

Kanunsuz emir kavramı üç ihtimali kapsamaktadır. Bunlar; konusu açıkça suç teşkil eden kanunsuz emir, konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir ve içerik denetimi engellenmiş kanunsuz emirdir.

2. Konusu Açıkça Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emir

Devletin tüm organları, hukukun astı konumundadır. Hiçbir organın hukuk düzeni içerisinde ceza hukukunu ihlal etme yetkisi bulunamayacağı gibi bu organların yetkilerini kullananların da suç işleme emri vermesi mümkün değildir. Bu tür bir emir bağlayıcı olmaz ve yerine getiren astı da sorumluluktan kurtarmaz.¹⁴³Türk Hukuku

¹⁴¹ *Santoro*, La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale / Studi in Memoria di Filippo Grispigni, (1956), s. 525.; Aktaran; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 129.;

¹⁴² *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 164.; *Santoro*, L'ordine del superiore nel diritto penale , Torino, (1957), s. 211

¹⁴³ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200.

bakımından, hukuk devleti (Anayasa m. 2) olmanın sonucu olarak, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi isteğinin, bir hukuki işlemin; emrin, konusunu oluşturamayacağı ifade edilmektedir.¹⁴⁴ Konusu suç olan emir yerine getirilemez (Anayasa m. 137/2, TCK m. 24/3, 657 s. Kanun m. 11/3, İCK m. 51/2-3). Bu yaklaşım, astın her durumda suçun varlığını denetlemesi ödevini yaratmaktadır. Ancak hukuk düzeni tarafından bazı emirlerin ast tarafından sorgulanmasına izin verilmediği durumlar bulunmaktadır. İleride detaylı incelenecek bu hallerde astın emri yerine getirme ödevi bulunmaktadır.

Konusu açıkça suç teşkil eden kanunsuz emrin yerine getirilmesi halinde fiil suça vücut verir. Yargılama sonucunda suçun sabit olması durumunda kurulacak hükmün CMK m. 223/5,6 uyarınca mahkûmiyet ve/ veya güvenlik tedbiri olması gerekmektedir. Bu ihtimal bakımından fiilin suç olarak nitelendirilmesine ilişkin bir açıklık söz konusudur.

Konusu açıkça suç teşkil eden kanunsuz emirlerin yerine getirilmesi halinde Alman yaklaşımı bakımından da İtalyan yaklaşımı bakımından da suçun unsurları oluşmuştur. Ancak kanunsuz emrin diğer görünüm biçimleri olan; konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir ve içerik denetimi engellenmiş kanunsuz emir bakımından öğretide hukuki niteliğine ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır.

3. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Kanunsuz Emir

Konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emrin yerine getirilmesi sonucu ortaya çıkan eylemde astın cezalandırılmaması; kusurun ortadan kalkması, eylemin mazur görülmesi veya katıldığımız biçimde eylemin hukuka uygun olması görüşleri ile açıklanmaktadır. Bu başlıkta konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emrin, kusurluluğu

¹⁴⁴ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 241.

ortadan kaldırmasını ve kişinin kınanamayarak mazur görülmesini savunan görüşlere yer verilmiştir. Kanaatimiz ileride ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

CMK m. 223/3-b'ye göre; *“Sanık hakkında; (...) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle (...) işlenmesi, (...) hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”*

“Kanunsuz Emir” başlığını taşıyan, Anayasa m. 137/1'e göre; *“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.”*

Anayasa m. 137 ile düzenlenen, yazılı ısrar üzerine yerine getirilmesi öngörülen kanunsuz emirlerin, özel kanunlarda (ör. 657 sayılı Kanun m. 11, PVSK m. 2/B) da görünüşleri bulunmaktadır. Bu ihtimalde astın hukuka aykırı emri yerine getirmesi halinde cezalandırılmaması için yazılı ısrar adımı da somut olayda bulunmalıdır. Bu şartlar birlikte oluştuğunda ise CMK m. 223/3-b'ye atıfla kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/2519 E., 2019/323 K., 21-01-2019 T. (kanunum.com, E.T.: 29.07.2021); *“(…) 5237 sayılı TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri; kanunun hükmünü yerine getirme (TCK 24/1.md.), meşru savunma (TCK 25/1.md.), hakkın kullanılması (TCK 26/1.md.) ve ilgilinin rızası (TCK 26/2.md.)dır.*

TCK'nın 24. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde işaret edildiği üzere hukuka aykırı olan ve emri verenin hukuki sorumluluğunu kaldırmayan bir emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değil ise de, devlet tarafından yerine getirilen kamu hizmetinin yürütülmesinde amirin emrini yerine getirmek durumunda kalan ast yönünden bu durumun bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmaktadır. Kural olarak hukuka aykırı emir ile muhatap olan kamu görevlisinin bu emri denetlemesi, sorgulaması, hukuka aykırı olduğu kanaatinde ise amirin yazılı emri ve ısrarı olmadan yerine getirmemesi gerekir. Ancak Anayasanın 137/3. maddesinde "Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunda gösterilen istisnaların saklı" olduğu belirtilerek, yapılan işin mahiyeti, kamu düzeni ve kamu güvenliği nedeniyle bazı istisnalara yer verildiği de görülmektedir. Muadil düzenleme TCK'nın 24/4 maddesinde yer almaktadır. (...)” Ayrıca benzer yönde bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi e. 2020/6, K. 2020/5813, T. 17-11-2020.

İçtihatlardaki bu uygulama, konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emrin yerine getirilmesinin kusurluluk üzerinde etki doğurduğunu savunan görüşleri pekiştirmektedir.

İlgili yaklaşıma göre, yazılı ısrar üzerine emri yerine getirmek mecburiyetinde bulunan ast bakımından normatif olarak irade hürriyeti bulunmamaktadır. İradesi üzerindeki bu baskı nedeniyle failin kusuru etkilenmektedir.¹⁴⁶ Bu görüşe göre Anayasadaki “*sorumlu olmaz*” ifadesinin TCK m. 24 ile uyumlu hale gelmesi, hukuka uygunluk nedeni görüşünden uzaklaşıldığının göstergesidir. CMK m. 223 ile ise hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin kusurluluğu ortadan kaldırdığı açıkça ifade edildiği savunulmaktadır.¹⁴⁷

Bir başka görüşe göre, kusurluluk ortadan kalkmamakta ancak fiil mazur görülmektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ve mazeret nedenleri ayrımının bulunduğunu kabul eden yazarlara göre, özellikle Askeri Hukukta ortaya çıkan, hukuka aykırı olduğu tespit edilse dahi ast için bağlayıcı olan emirlerin yerine getirilmesi hallerinde, fiiller haksızlık alanında durur ve yalnızca mazeret nedeni sayılabilir. Bu görüşü savunanlara göre astın durumu yine Alman Hukukundaki mazeret nedeni olan zorda kalma ile benzerlik göstermektedir.¹⁴⁸

Uygulamada ise TCK m. 24 gerekçesine atıfta bulunularak kanunun iradesinin kusurluluğu etkileyen hal olduğu yönünde bir belirleme bulunmaktadır.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Değirmenci, TAAD, Yıl:3, Sayı:10, (2012), s. 475.

¹⁴⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 489.; Koca, Ceza Hukuku Derg., (2006), s. 133.

¹⁴⁸ Heinrich/(Ed). Ünver, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 338.

¹⁴⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi E. 2018/2519, K. 2019/323, T. 21-01-2019, (kanunum.com, E.T.:29.07.2021) ; “5237 sayılı TCK’da yer alan hukuka uygunluk nedenleri; kanunun hükmünü yerine getirme (TCK 24/1.md.), meşru savunma (TCK 25/1.md.), hakkın kullanılması (TCK 26/1.md.) ve ilgilinin rızası (TCK 26/2.md.)dir. TCK’nın 24. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde işaret edildiği üzere hukuka aykırı olan ve emri verenin hukuki sorumluluğunu kaldırmayan bir emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değil ise de, devlet tarafından yerine getirilen kamu hizmetinin yürütülmesinde amirin emrini yerine getirmek durumunda kalan ast yönünden bu durumun bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul edilmesinde zaruret bulunmaktadır”

4. İçerik Denetimi Engellenmiş Kanunsuz Emir

İçerik denetimi engellenmiş kanunsuz emrin yerine getirilmesinin kusurluluğa etki ettiği savunulmaktadır.¹⁵⁰ Bu görüşteki yazarlara göre, denetlenemeyen emirlerin yerine getirilmesi, menfaatler dengesinde cezasızlık sonucu bakımından korunan üstün bir yararın dikkate alınmaması ve bu nedenle üstün tutulan bir menfaat bulunmaması karşısında, her durumda hukuka aykırı kabul edilmelidir. Astın bu haksız saldırısına karşı ise meşru savunma mümkündür.¹⁵¹ Bu görüş bakımından denetlenemeyen emri yerine getiren astın cezasızlığı, kınanabilirlikte yatmaktadır. Burada ast, kusurluluğu kaldıran nedenden yararlanmaktadır. İtaat mecburiyeti, asta emrin meşruiyetini denetlemeyi imkânsız hale getirmiş iken, ondan ceza hukukuna uygun davranması beklenmez ve bu emir nedeniyle ast kınanamaz. Bu yaklaşım bakımından, “açıkça suç oluşturma” hali, emrin yerine getirilmesi görevini yok saymanın sınırı olma işlevine sahiptir. Eğer amirin ceza hukukuna aykırı harekete yönlendiren emri açıkça suç oluşturuyorsa, emre itaatsizlik ödevi aktif hale gelmektedir. Ast bu itaatsizlik ödevini yerine getirmez ve emri uygularsa cezalandırılmaktadır.¹⁵²

İCK m. 51/4 ve TCK m. 24/4 ile düzenlenen, emrin meşruiyetinin denetim yetkisinin asta tanınmadığı durumlarda, TCK ile “yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur” ifadesine yer verilirken, İCK ile “gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz” denilmektedir.

¹⁵⁰ TCK m. 24 ile kusurluluğu kaldıran bir neden olarak “hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin yerine getirilmesi” düzenlenmiştir, denilmektedir (Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu , İstanbul, (2011), s.269). Bu terminoloji CMK m. 223/3-b ile tercih edilmiş olup TCK m. 24 ile hukuki niteliğe yönelik bir kullanımın bulunmadığı bu vesile ile belirtilmelidir.

¹⁵¹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 99.

¹⁵² a.g.e. s.100.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne göre, İCK m. 51/ son¹⁵³ ile ast bakımından yer verilen cezalandırılmama hali, İtalyan Anayasası m. 28¹⁵⁴ ile birlikte değerlendirildiğinde, “İCK m. 51 ile astın cezadan mahfuz tutulması hali... fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır”.¹⁵⁵ Bu açıklamaya göre İCK m. 51 son kapsamındaki cezalandırmama halinin hukuka aykırılıktan başka bir düzlemde, subjektif etki doğurur biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁵⁶ İtalyan ceza kanunu reform taslaklarında İCK m. 51/son ile düzenlenen denetlenemeyen emre itaat sonucu astın cezalandırılmaması halinin cezalandırmayı ortadan kaldıran subjektif nedenlerden biri olduğuna ilişkin yaklaşımlar bulunmaktadır.¹⁵⁷

Kusurluluk savunmasında, astın fiilinin hukuka uygun sayılması halinde, bazı problemlerin ortaya çıkacağı ifade edilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin genellikle fiile katılan kişilere etki edeceği ifade edilmektedir. Eğer süjenin fiili hukuka uygun ise, iştirak edenlerin fiillerinin meşru sayılması gerekmektedir. Bu sirayet etme etkisi, hukuka uygunluk nedeninin tüm hukuk düzeni yönünden etki doğurması ve failin bilgisi önem taşımaksızın objektif olarak uygulanmasında yatmaktadır.¹⁵⁸

Astın cezalandırılmamasının, cezayı kaldıran objektif etkiden doğması durumunda, cezasızlığın emri veren amire de sirayet etmesi tehlikesine dikkat

¹⁵³ İCK m. 51/4 “Kanunun, emrin meşruiyeti bakımından denetim yetkisi tanımadığı durumda, gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz.”

¹⁵⁴ İtalyan Anayasası m. 28 “Devlet ve kamu kurumu çalışanları, hukuka aykırı fiilleri nedeniyle Ceza Hukuku, Özel Hukuk veya İdare Hukuku bakımından doğrudan sorumludur. Bu durumda sorumluluk Devlet ve kamu kurumuna da genişletilecektir.”

¹⁵⁵ C. Cost., 22 giugno 1972, n. 123 <https://www.giurcost.org/decisioni/1972/0123s-72.html> (E.T.: 20.05.2022)

¹⁵⁶ Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 98.

¹⁵⁷ a.g.e. s. 101, dn. 98.

¹⁵⁸ İtalyan Hukukunda açık bir düzenleme de bulunmaktadır; İCK m. 119/2; “cezayı ortadan kaldıran objektif nedenler, suça katılan herkes bakımından etki doğurur”

çekilmektedir.¹⁵⁹ Bu yapıda hukuka uygunluk nitelendirmesinin, astın sorumsuz, amirin sorumlu¹⁶⁰ olması arasındaki çelişki yarattığı çekincesi sunulmaktadır.

5. Görüşümüz

Görevin yerine getirilmesinin, hukuka uygunluk nedeni olduğuna ilişkin katıldığımız görüşümüzü ileride detaylı olarak açıklayacağız. Bu başlık altında, görevin yerine getirilmesi kurumunun kusurluluğa etki ettiğini savunmanın, neden yerinde olamayacağı değerlendirilecektir.

Hukuk düzeni tarafından, doğrudan (kaynak kanun) veya dolaylı olarak (kaynak amirin emri), belirli bir fiilin yerine getirilmesi ödevi yüklenmesi halinde¹⁶¹, fiil ile hukuk düzeni arasında çatışma bulunmaz.¹⁶² Hukuk düzeninin dolaylı olarak ödev yüklediği ihtimalde, bu ödevin varlığını ve şartlarını denetleme, yerine getiren ast bakımından ilk adımdır. Emrin dolaylı bir kaynak olması karşısında aslında ast bakımından bir karine yaratılması yolu tercih edilmiştir. Ast üstün emrinin hukuka uygunluğunu karine olarak kabul etmekte ve emri yerine getirmesi halinde sorumluluğunun doğmayacağını düşünerek hareket etmektedir. Böylece ast aldığı her talimatı, sorumluluğunun doğacağı çekincesini bahane ederek yerine getirmekten kaçınamayacaktır.¹⁶³ Ancak hiyerarşik disiplini gözeten bu karine ile dengeyi sağlayacak olan durum, körü körüne itaatın de kabul edilemeyecek olmasıdır. Hukuki niteliğin belirlenmesi bakımından, astın kendisine yönelen emrin içeriğini denetleyebilmesi, önem taşımaktadır.

¹⁵⁹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 96, dn. 79

¹⁶⁰ İCK m. 51/2'ye göre; eğer bir suç, amirin emri ile işlenirse, suçtan daima emri veren kamu görevlisi sorumludur.

¹⁶¹ *Santoro*, L'ordine del superiore nel diritto penale , Torino, (1957), s. 172.

¹⁶² *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s.94.

¹⁶³ *Demirel*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1950), s. 120.

Amirin emrinin normatif olarak irade hürriyeti üzerinde etki doğurduğu görüşüne katılmamaktayız. Failin iradesinin, hukuka aykırı bir fiilin yerine getirilmesi için hukuk düzenince zorlanması, mantık ilkeleriyle uyumsuzdur. Yerine getirilmesi zorunluluğu bulunan emirlerin hukuk normundan kaynaklandığı açıktır. Hukuk düzeninin bir fiilin yerine getirilmesini emretmesi halinde bu fiilin hukuk düzeni ile çatışma içinde olduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bunlar hukuk düzeninin normlarına dayanan fiillerdir, hukuka uygun fiillerdir. Daha önce sorulmuş bir soruyu tekrarlamakta fayda görülmektedir: “Örneğin yasa hükmünü ya da yasanın verdiği yetkiyi icra etmek amacı ile işlenen bir eylemin, hukuka aykırı olmasına rağmen kusursuz sayıldığı söylenebilir mi?”¹⁶⁴

İçeriği denetlenebilen bir emri alan ast bakımından ortaya çıkabilecek ihtimaller belirlidir. Emir, hukuka uygun olabilir, emir hukuka aykırı olabilir, emrin (veya talebin) konusu suç oluşturabilir. İlk ihtimal ile kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi arasında, hukuki nitelendirme bakımından öğretide ayırım yapılmamaktadır. Amirin meşru emrinin yerine getirilmesi ve kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi halinde fiil hukuka uygundur.¹⁶⁵

CMK m. 223 düzenlemesinde “*hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi*”nden söz edilmektedir. Konusu açıkça suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi halinde suçun oluşacağı ve failin cezalandırılacağı yukarıda açıklanmıştır.

¹⁶⁴ Alacakaptan, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 99.

¹⁶⁵ Santoro, La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale / Studi in Memoria di Filippo Grispigni, (1956), s. 525.; Provolò, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 129.; Alacakaptan, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101 vd.; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 228, 233.; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2005), s. 369 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş , İstanbul, (2005), s. 300, 302.; Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s.161 vd.; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 238 vd.; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 478, 579.; Koca/Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275, 343.; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (2021), s. 295 vd.; Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (2020), s. 331, 332.

O halde CMK 223/3-b maddesinde yer verilen ve yerine getirilmesi halinde failin kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi öngörülen emirler, konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emirler ve içerik denetimi engellenmiş kanunsuz emirlere karşılık gelmektedir. Ancak bir kurumun hukuki niteliği, onun özünden kaynaklanır. Hukuka uygun bir fiile, hukuka aykırıdır demekle, öz değişmez. Bir hukuk sistemi tarafından yüklenen görevi yerine getiren kişi, hukuka uygun hareket etmektedir. Kanaatimizce CMK m. 223/3-b düzenlemesi, emirden kaynaklı görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni sayılmasına engel teşkil etmemektedir.¹⁶⁶ Çünkü kurumun özüne aykırı bir kanuni düzenleme ile bir suç teorisi yaratılamaz.¹⁶⁷ Amirin emrinin yerine getirilmesi, 2005 yılından önce; yani bir kanun ile kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelendirilmesinden önce; hatta izi Roma Hukukuna kadar sürülebilecek kadar öncesinde var olan bir kurumdur. Hukuk sistemlerinde, kanun ile açıkça düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenleri de bulunmaktadır.¹⁶⁸ Bu bakımdan cezasızlık sonucu doğuran bu fiillerin hukuki niteliğinin kanun ile belirlenmesinin de bir gereklilik olmadığı açıktır.

Konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emrin yerine getirilmesinin kusurluluğa etki ettiğine ilişkin bir kabulün sakıncalı sonuçlarının bulunduğu dikkat çekmek gerekmektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin fail tarafından bilinmesi beklenir. Failin iradesinin bu nedenlere bağlı olarak zorlanması gerekmektedir. Bu bakımdan özellikle içerik denetimi engellenmiş emirler bakımından, bilmeden hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren failin sorumluluğunu tespit kolay olmayacaktır. Zira bilmediği bir nedenin iradesini zorlamayacağı açık olan fail

¹⁶⁶ Benzer; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 297.; Katoğlu, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç) , Ankara, (2022), s. 111.

¹⁶⁷ Kanunun özü ile sözü arasında bir çatışma bulunabilir. Edis, Medeni Kanun ile öngörülen; “kanun lafziyle ve ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer’idir” kuralının varlığını bu çatışmanın doğabilme ihtimali ile açıklamaktadır (bknz. Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri , Ankara, (1983), s. 174 vd.).

¹⁶⁸ Alacakaptan, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 100.

bakımından kusurluluğun devam ettiği söylenmelidir.¹⁶⁹ Bağlayıcı ve denetlenemeyen hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi halinde, astın fiili bakımından hukuka uygunluk söz konusudur. Burada astın fiili bakımından, yerine getirilmesi hukuk düzenince görev haline getirilmiş bir emir bulunmaktadır ve hukuk ile çatışması mümkün olmayacağı için yerine getirme eylemi hukuka aykırı olamaz.¹⁷⁰

Denetlenmesi engellenmiş emirler bakımından hukuka uygunluk görüşünün İtalyan öğretisi bakımından çıkış noktası, İtalyan ceza sisteminde (askeri ceza, disiplin ve benzeri alan düzenlemelerinde), emre itaatsizliğin disiplin ve ceza hukuku bakımından sonuç doğurması ile verilen emre uyulması ödevinin doğmasıdır.¹⁷¹ Türk Hukukunda da emre itaatsizlik yaptırıma bağlanmıştır.¹⁷²

Yazarlara göre, emrin sorgulanamazlığı ve bağlayıcılığı arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmaktadır. Öyle ki, emir, hukuka aykırı da olsa suç da oluştursa denetlenemez ve bağlayıcıdır. Ast ise *açıkça suç oluşturmadıkça*, bu emri yerine getirmeyi reddedemez. Açıkça suç oluşturma halinde CMK m. 223/5 ve 6'nın uygulanması gerekeceği tekrarlanmalıdır. Bu yaklaşıma göre açıkça suç oluşturmanın bir sınır olmasının mantığı, hiyerarşik üstün emrinin bazı durumlarda genel bir meşruiyet karinesi yaratması ile ast tarafından denetlenmeden yerine getirilmesi gerekliliğine dayanmaktadır. Yalnızca amir cezalandırılırken, emri uygulayan memur, görevini yerine getirmekten ötürü cezadan bağıstır. Astın fiili hukuka aykırı olmayıp hukuka

¹⁶⁹ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, (2007), s. 66, dn. 91.

¹⁷⁰ *Bettioli*, L'ordine dell'autorita nel diritto penale, Milano, (1934), s. 71.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale, Padova, (2011), s. 93, dn. 68; *Santoro*, L'ordine del superiore nel diritto penale, Torino, (1957), s. 247.

¹⁷¹ İtalyan Hukuku'nda, asker ve kolluğun hukuka aykırı ancak ısrar üzerine bağlayıcı emirleri yerine getirme zorunluluğunu düzenleyen maddeler (art. 25, 2° co., d.P.R. 545/1986; art. 66 l. 121/1981) karşısında, bağlayıcı ve suç içeren emirlerin varlığı inkar edilemez. Düzenlemelere göre asker veya polis, amirinden aldığı ve görevine ilişkin olmadığını düşündüğü emirle ilgili, emri veren amirine başvurur ve durumu açıklar. Amir, emrin yerine getirilmesinde ısrar ederse artık astın (açıkça suç oluşturma hali hariç) gayrimeşru da olsa suç da oluştursa emri yerine getirme görevi bulunmaktadır. Bu durumda emrin yerine getirilmemesi, disiplin veya ceza sorumluluğuna (bkz. C.P.M.P. m. 173) neden olmaktadır; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale, Padova, (2011), s. 93, 95.

¹⁷² Bknz. Askeri Ceza Kanunu m. 87, Ayrıca bknz. *Kangal*, Askeri Ceza Hukuku, Ankara, (2012), s. 89, 90.

uygunluk nedeni, cezalandırıcı normlarla korunan hukuki menfaatlere kıyasla, idarenin faaliyetlerini aksatmamak için amirin emrinin çabucak yerine getirilmesinde bulunan üstün menfaatinden kaynaklanmaktadır. Yerine getirilmemesi halinde yaptırım tehdidi karşısında en azından yaptırım hipotezi referansıya astın emri yerine getirmesi ödevi hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyecektir.

İçerik denetimi engellenmiş kanunsuz emirlerin hukuka uygunluğu nitelendirmesinin, astın sorumsuz, amirin sorumlu olması çelişkisi yarattığı çekincesine ilişkin çeşitli görüşler sunulmuştur. İçeriği denetlenemeyen emirlerin hukuka uygunluğunu savunan yazarlar bu çekinceyi, hukuka uygunluk nedenlerinin şeriklere sirayet etmemesi nedenlerinin bulunduğunu ifade ederek gidermektedir. Hukuka uygunluk yaratan “şahsi” nedenlerin varlığı halinde, ki bunlar ya belli kişi gruplarının gerçekleştirebildiği eylemler veya belli ilişkilerin içinde bulunan kişilerin eylemleri bakımından İCK m. 119/1’e ilişkin kabul edilmektedir ve cezayı ortadan kaldıran sübjektif nedenlere dahildir.¹⁷³ Türk hukuku bakımından da TCK m. 40/1 ikinci cümle tam bir örtüşme olmasa da benzer bir düzenleme içermektedir; “*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*” Türk hukukunda buradaki kişisel nedenlere ilişkin olarak çoklukla şahsi cezasızlık sebepleri örnek olarak kullanılmaktadır. Biz şahsi nedenlerin sirayet etmeyeceği gerekçesinin hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkisi ile bağdaşmadığını düşünmekteyiz.

Diğer görüş, emri verenin cezai sorumluluğu doğarken emri yerine getirenin fiilinin hukuka uygun olduğunun ileri sürmenin mantığa aykırı olmadığını savunmaktadır. Emrin uygulanmasında amir cezalandırılmaktadır çünkü suç işleme

¹⁷³ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 94 vd.

yasağı ile görevini yerine getirme (baskın) ödevi arasında bir çatışmada bulunan, amir değil, emri yerine getiren asttır. Türk hukukunda da savunulan¹⁷⁴ ve katıldığımız bu görüşe göre amirin emrinin yerine getirilmesinde iki ayrı fiil bulunmaktadır. Amirin emir vermesi ve astın emri yerine getirmesi iki farklı fiildir. Bu nedenle de amirin sorumluluğu astın fiilinin hukuki niteliğinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

Denetlenemeyen emirlerin yerine getirilmesini hukuka uygunluk nedeni saymakla ortaya çıkabilecek eleştiriye konu bir başka problem meşru savunma değerlendirmesi içinde bulunabilecek üçüncü kişiler bakımından ortaya çıkmaktadır; meşru bir saldırıya karşı savunma durumunda, savunma fiilinin faili meşru savunmadan yararlanamaz. Öğretide hukuka uygunluk etkisinin yalnızca emri yerine getiren ast ile sınırlı kalacağı ve emrin hukuka aykırılığını koruyacağı bu nedenle de üçüncü kişilerin idarenin haksız eylemine uymak zorunda kalmayarak meşru bir savunma içinde bulunabileceği ileri sürülmektedir. Yine de meşruluğun eylem ve ortaya çıkan durumun tamamını kapsadığı düşünüldüğünde, hukuka uygun bir eylemden hukuka aykırı bir durum ortaya çıkabildiğini kabul etmek zordur. Bu görüşe katılmıyoruz. Bazı yazarlar daha tutarlı bir yorum olarak, denetlenemeyen emrin (açıkça suç oluşturanlar hariç) yerine getirilmesinin mağdurunun, durumuna katlanma yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmektedir.¹⁷⁵ Astın fiilinin hukuka uygun olması karşısında emrin yerine getirilmesi fiillerinin haksız saldırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu fiillere karşı meşru savunma olmayacaktır.

¹⁷⁴ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s.

¹⁷⁵ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.96, 97.:

C. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLMASI ve DAYANAĞI

1. Görevin Yerine Getirilmesinin Hukuka Uygunluk Nedeni Olması

Kanunun hükmünü veya amirin meşru emrini yerine getiren kimsenin fiili, hukuka uygundur.¹⁷⁶ Fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma¹⁷⁷ olarak nitelendirilen hukuka aykırılığın¹⁷⁸, hukuk düzenince doğrudan veya dolaylı olarak yüklenen görevin varlığı halinde ortaya çıkması mümkün değildir.¹⁷⁹

Hukuka uygunluk nedenleri, fiilin baştan itibaren hukuka uygun olarak doğmasına yol açmaktadır. Hukuka aykırı doğmuş bir fiili hukuka uygun hale getirmezler.¹⁸⁰ Bu nedenle, hukuka aykırılığı kaldıran haller¹⁸¹ yerine hukuka uygunluk nedenleri kullanımını tercih ettik.

TCK ile “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında farklı kurumların birlikte düzenlenmesi ve bu tercihe yönelik eleştirilere

¹⁷⁶ *Santoro*, La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale / Studi in Memoria di Filippo Grispigni, (1956), s. 525.; *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101 vd.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.; *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 228, 233.; *Soyaslan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2005), s. 369 vd.; *Centel/Zafer/Çakmut*, Türk Ceza Hukukuna Giriş , İstanbul, (2005), s. 300, 302.; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s.161 vd.; *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 238 vd.; *Akbulut*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 478, 579.; *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 295 vd.; *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275, 343.; *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 331, 332.

¹⁷⁷ *Petrocelli*, l'antigiuridicità , Padova, (1951), s. 1.; *Bettiol*, Diritto penale parte generale, Padova, (1976), s. 275.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul, (1978), s. 94.; *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 341.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale, Milano, (2015), s. 188.

¹⁷⁸ Hukuka aykırılığın davranışa, neticeye veya fiilin tamamına yönelik bir yargı olduğuna ilişkin farklı görüşler için bkz. *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara, (2003), s. 119 vd.

¹⁷⁹ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul, (1978), s. 94, 95.

¹⁸⁰ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul, (1978), s. 21.; *Katoğlu*, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç) , Ankara, (2022), s. 111.

¹⁸¹ Aksi kullanım için bkz. Borçlar Kanunu, İkinci Ayırım/Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri, A. Sorumluluk, VI. Hukuka aykırılığı kaldıran haller; ayrıca hukuka uygunluk nedenlerini, tipik fiilin ortaya çıkmasından sonra belirlediğinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler olarak değerlendiren ve “haksızlığı ortadan kaldıran sebepler” terminolojisine yer veren görüş için bkz. *Koca*, Ceza Hukuku Derg., (2006), s. 114.

yukarıda yer verilmiştir.¹⁸² Bu başlık içerisinde yer alan görevin yerine getirilmesi kurumunun kaynağı aşağıda detaylı değerlendirildiği üzere kanundan veya emirden kaynaklı görevlerdir. Bu görevlerin yerine getirilmesi halinde ortaya çıkan fiilin hukuki niteliği bakımından hukuka uygunluk nedeni görüşünde hem fikir olunan durum; meşru emir veya kanundan kaynaklı görevlerin yerine getirilmesidir. Ancak katıldığımız görüşe göre, konusu açıkça suç teşkil etmeyen kanunsuz emir ve içerik denetimi engellenmiş kanunsuz emrin yerine getirilmesi halinde de astın fiili hukuka uygundur. Bu iki durum kanunsuz ancak bağlayıcı emir üst kavramı çatısı altında incelenmektedir.

Kanunsuz ancak bağlayıcı emrin yerine getirilmesi, astın fiili bakımından hukuka uygunluk nedeni yaratmaktadır. Ast bakımından bu emir, görev olması nedeniyle, içeriği meşru kabul edilmesi gereken bir emirdir. Emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliği bakımından, hukukun bütünlüğü ve çelişmezlik ilkelerinin hatırlatılmasında fayda bulunmaktadır. Hukukun yüklediği görevin yerine getirilmesi hukuka aykırı olamaz, çünkü hukuk sistemi içerisinde çatışma bulunamaz.¹⁸³

Bettiol, hukuka uygunluk nedeninin açıkça belirlenebilmesi için, üst ve astın fiillerinin farklılığının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Üstün fiili, emir vermek iken; astın fiili, emrin yerine getirilmesidir. Üstün emri, gayrimeşrudur; çünkü fiili, onun emir vermesini yasaklayan normla çatışmaktadır. Astın fiili ise meşrudur,

¹⁸²*Bknz. s. 21; Ayrıca bknz. Borçlar Kanunu m. 63 vd. için “hukuka aykırılığı kaldıran haller” terminolojisini kullanmaktadır. Haksız fiil olmayan bir fiilin suç da oluşturamayacağına dikkat çekilmekte ve benzer eleştiri zorunluluk hali bakımından da yapılmaktadır: “Bir ceza hukuku kurumunun niteliğinin, muhakeme normlarından hareketle saptanması doğru bir kuramsal yaklaşım değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin hukuk düzeninin bütünü bakımından sonuç doğurması karşısında BK’nın 52. maddesinde öngörülen zaruret hali hukuka uygunluk nedeninin ceza hukuku bakımından da hüküm doğuracağı açıktır.” (Katoğlu, Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Ankara, (2022), s. 111). Ayrıca haksız fiil ile suçun arasında mahiyet farkı bulunmadığı görüşüne katılmaktayız. Bu konuda bknz. Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara, (2003), s. 34 vd.*

¹⁸³ *Bettiol, L’ordine dell’autorita nel diritto penale, Milano, (1934), s. 71.; Antonio Romano, L’ordine dell’autorità (1957), s.33.*

itaat ödevine uygun olarak görevi yerine getirme söz konusudur.¹⁸⁴ Yazara göre, astın emri yerine getirme fiilini bağımsız bir fiil olarak kabul etmeyenler yanılmaktadır. “Bu kimseler, *Binding*’in naturalistik karakteri olan her durumu ceza hukukunun dışına itmeye çalışan yaklaşımının izlerini takip etmektedirler. Halbuki bu eylemler (astın görevi yerine getirmesi) ceza hukuku tarafından dışlanması gereken değil, aksine hukuk düzenince gerçekleştirilmesi talep edilen ve haliyle uygun bulunan eylemlerdir.”¹⁸⁵ Üstün hukuka uygun emir vermesi ve astın emrin yerine getirilmesi sırasında sınırı aşması halinde de iki fiil bağımsız değerlendirilmelidir. Burada da hukuka uygunluk halinin sirayet etmeyeceği açıktır.¹⁸⁶

Görevin yerine getirilmesi biçiminde ortaya çıkan fiilin cezalandırılmaması, hukukun bütünlüğü¹⁸⁷ ve / veya sistemin kendisi ile çelişmezliği ilkelerinin¹⁸⁸ sonucudur. Kişinin kusurundan, isnat yeteneğinden bağımsız olarak, görevin yerine getirilmesinde izin verici normlardan¹⁸⁹ kaynaklanan fiilin hukuka uygunluğu söz konusudur.

¹⁸⁴ *Bettioli*, L’ordine dell’autorita nel diritto penale , Milano, (1934), s. 72.; *Antonio Romano*, L’ordine dell’autorità (1957), s.36.

¹⁸⁵ *Bettioli*, L’ordine dell’autorita nel diritto penale , Milano, (1934), s. 72.

¹⁸⁶ “(...) Olay tarihinde yol kontrolünde görevli olan devriyenin kontrolden sonra *Mustafa'nın jandarmanın görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile 3.11.1983 tarihli Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetki yönetmeliğine ve ayrıca 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa uygun olarak devriye görevini yürütürken, asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine yakalayıp teslim ettiği, maktulü olay günü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra ayakalarına doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda yasaya aykırı bir davranışın gözlenmediği sanığın 765 sayılı TCK.nun 49/1. maddesi anlamında, kanunun hükümlerini icra suretiyle sonu öldürmeye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağı düşünmediği, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arzettiği düşünülmeden, sanık hakkında TCK.nun 49/1. maddesi gereğince ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesis edilmesi, SONUÇ : Yasaya aykırı ve sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşüncesi hilafına (BOZULMASINA), 12.12.2002 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2002/3659, K. 2002/4665, T. 12.12.2002, (kazanci.com, E.T.: 11.03.2020)*

¹⁸⁷ *Palazzo*, Corso di Diritto Penale (2006), s. 373., *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 268, 269; *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275 (Yazar hukukun teklifi ifadesini tercih etmiştir).

¹⁸⁸ *Romano*, Commentario sistematico del codice penale I art. 1-84 , Milano, (1987), s. 468, p. 21., *Toroslu-Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 159, 161. *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 23.

¹⁸⁹ *Hafizoğulları*, Ceza Normu , Ankara, (1996), s. 109 vd.

2. Dayanak

a. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenleri, varlıkları ile suça vücut verecek bir fiilin, hukukun yükümlülük yüklemesi veya izin vermesi sonucu, suç oluşturmaması durumunu yaratırlar.¹⁹⁰ İzin verici normların dayanakları farklılık arz etmektedir. Öğretide, ortak özellikler dikkate alınarak çeşitli kümeler oluşturulmuştur. Görevin yerine getirilmesinin özel olarak incelenmesinden önce bu değerlendirmelere yer verilmelidir.

Tek bir ortak amacın üzerinde izin verici normların yapılandığı görüşü yanında, amaçlar bakımından sınıflandırma yapılması gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Olağan şartlarda suç oluşturmaya gereken fiilin hukuka uygun hale gelmesine izin vermenin altında yatan nedeni ortaya koymaya çalışan bu teoriler *monist* ve *plüralist* olarak ayrılmaktadır. *Monist teoriler*, bu nedeni tek bir amaç ile açıklamaktadır ve tüm hukuka uygunluk nedenlerini kapsama çabası yüzünden soyut ve içerikten yoksun buldukları yönünde eleştirilmektedirler.¹⁹¹

Monist teorilerden amaç (*zwecktheorie (alm.)*) teorisine göre, *hukuken tanınan bir amacın gerçekleşmesinin aracı olarak ifa edilen fiil*, hukuka uygundur.¹⁹² *Roxin*, bu teorinin, tarihsel olarak etki ettiği bir norm olarak Alman Ceza Kanunu (hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halini düzenleyen) m. 34/2'ye atıf yapmaktadır. Yazara göre, ilgili maddede yer alan “*tehlikenin giderilmesi için ifa edilen fiilin ölçülü*

¹⁹⁰ *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 232.; *Ekici Şahin*, Ceza Hukukunda Rıza , İstanbul, (2012), s. 107.; *Ambos/Bock*, in: Gen. Defences Crim. Law, Domest. Comp. Perspect. (2014), s. 227. Ayrıca *bknz.* hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi s.

¹⁹¹ *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 44.

¹⁹² *Eser*, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), s. 47, 48.

bir araç olması” koşulu, amaç teorisinin etkisidir.¹⁹³ Bu teori, meşru savunmayı veya zorunluluk halini açıklamak bakımından faydalı görülse de örneğin mağdurun rızasına ilişkin olarak yetersiz bulunmuştur.¹⁹⁴ *Graf zu Dohna* tarafından savunulan ve *Dönmezer* ve *Erman* tarafından “*haklı amaç uğruna haklı amaç teorisi*” olarak ifade edilen teori bakımından, başka bir çekinceye daha dikkat çekilmektedir: İlgili yaklaşım, müspet hukukun yasakladığı hareketin, ortada haklı bir amaç olduğunda ifa edilebileceği ve aslında bu durumlarda müspet hukuka itaat borcunun kalmayacağı sonucuna gidilmesine yol açabilir.¹⁹⁵ Görevin yerine getirilmesi bakımından belirtmek gerekir ki suç ile korunan menfaatin zarar görmesine izin verilmesi her durumda üstün tutulmamaktadır. Hukuken tanınan amaç ölçütü yeterli değildir.

*Zarardan daha çok fayda teorisinde*¹⁹⁶ (*yararların dengelenmesi teorisinde*¹⁹⁷), *Sauer*'e göre, maddi anlamda kanun ile uyumlu bir fiil, genel eğilime yani devlet ve toplum tarafından belirlenmiş eğilime uygunluğu nedeniyle, en faydalı, en ideal olan fiildir.¹⁹⁸ Şekli hukuka aykırılık görüşünü yetersiz bulan yazar, görüşlerini, hukuka aykırılık yargısının toplumun amaçları ve menfaatlerine aykırılıkta aramanın mümkün olup olmadığı etrafında şekillendirmiştir. Bu anlamda hukuka aykırı olan fiiller, devlete ve topluma, yarardan çok zarar veren fiillerdir.¹⁹⁹ Görevin yerine getirilmesi bakımından kaynağın doğrudan veya dolaylı olarak hukuk normu olduğu ifade

¹⁹³ *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 44.

¹⁹⁴ *Eser*, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), s. 47, 48.

¹⁹⁵ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 17.

¹⁹⁶ *Eser*, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), s. 48.

¹⁹⁷ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 15. Yazar, bu teoriyi Mezger'in de içinde bulunacağı kapsamda bir üst başlık olarak kullanmışsa da Mezger'in yaklaşımı, çalışmada, plüralist teorilere geçiş olarak değerlendirilmektedir.; Ayrıca bkz. *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 130 vd.; Yazar, menfaat teorisi taraftarları arasında Mezger ve Sauer'i birlikte değerlendirmektedir. Belirtmek gerekir ki iki eserin de ilgili bölümleri, hukuka aykırılığın şekli ve maddi yönüne ilişkin görüşleri sınıflandıran çalışmalardır.

¹⁹⁸ *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 44.

¹⁹⁹ *Petrocelli*, l'antigiuridicità , Padova, (1951), s. 108.; *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 132.

edilebilir. Ancak özellikle temel hakların sınırlandırılması sonucu doğuran görevler bakımından görevin şekli anlamda kanundan kaynaklanması gerekmektedir.

Noll'e göre, hukuka uygunluk nedenlerini gerekçelendirirken menfaatlerin dengesi önem taşımaktadır. Yazar, dengelenecek menfaatler bakımından yalnızca hukuki niteliktekileri değil, aynı zamanda devlet sistemleri, adalet yönetimi sistemleri, aile gibi belirli sosyal ilişkileri de denkleme katmaktadır.²⁰⁰ Görevin yerine getirilmesi bakımından menfaatlerin aynı anda korunmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir. Ancak görevin çok farklı menfaatlere zarar verebiliyor olması karşısında menfaatlerin dengelenmesinin ne şekilde olacağına ilişkin bir ölçüt sunamayan yaklaşım yetersiz kalacaktır.

Roxin, eğer tüm hukuka uygunluk nedenleri için kapsayıcı bir ilke belirlenmesi istenirse, bunun, çatışan menfaatlerin sosyal olarak adilce düzenlenmesi amacı olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, ilkenin bu şekilde belirlenmesi halinde bir taraftan çatışma haline giren menfaatlere eşit değer verilmesini sağlayan, öte taraftan cezalandırılabilirliğin ortadan kalkmasının, sosyal olarak doğru olmasından ya da sosyal zararın yokluğundan kaynaklanacağını belirten 'sosyal olarak adil' ifadesi ile maddi hukuka aykırılığı kapsayan bir yapı kurulmuş olmaktadır.²⁰¹ Görevin yerine getirilmesinin sosyal olarak adil olması kanaatimizce gereklilik değildir. Burada dengeden söz ediliyorsa yukarıdaki görüşlerden ayrıldığı bir nokta bulunmamaktadır. Yok eğer çoğunluğun doğru bulması ya da çoğunluğun iyiliği gibi ahlaki bir dayanak aranıyor ise bu tehlikeli bir amaç arayışı olacaktır.

Pluralist yaklaşımların ise hukukun birliği ilkesini dikkate alan bir yapı oluşturmaya çalıştığı gözlenmektedir.

²⁰⁰ *Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 44, 45.; Eser, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), s. 48.*

²⁰¹ *Roxin, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 46.*

Dualist yaklaşıma göre tüm hukuka uygunluk nedenleri iki temel duruma indirgenebilir: *a) daha önemli bir menfaatin diğer menfaatlerle çakışması ancak üstün tutulması hali* (örneğin meşru savunma) *b) menfaati tehlikede bulunan kişinin korumadan feragat etmesi hali* (örneğin rıza). Üstün menfaat veya menfaatin yokluğu kriterleri katkısı Edmund Mezger tarafından yapılmıştır.²⁰² Tüm hukuka uygunluk nedenlerinin iki amaçla açıklanması mümkün olmasa da yeni gelişen hukuka uygunluk nedenlerinin zemininin belirlenmesinde düalist yaklaşımın, çıkış noktası olarak fayda sağlayabileceği ifade edilmektedir.²⁰³ Bu ayrım bakımından görevin yerine getirilmesi ilk kategoriye daha uygundur. Ancak her durumda kamusal menfaatlerin üstün tutulacağı gibi her durum için doğru kabul edilemeyecek bir sonuca gidilmesine yol açacaktır.

Hukuka uygunluk nedenleri, düzenlenme alanları ve amaçları esas alınarak göre gruplandığında *Eser*'e göre, dört başlık altında değerlendirilebilir. 1) *Rıza* (sarih veya zımni); zarar gören kimse, menfaatinin korunmasından feragat etmektedir. Bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağı menfaat yokluğudur. 2) *Saldırıya karşı savunma hakkı*; temel olarak meşru müdafaa; StGB par. 32, Alman Medeni Kanunu (BGB) par. 227 (nefsi müdafaa, üçüncü kişi lehine nefsi müdafaa, malvarlığı hakkını savunma) 3) *Zaruret veya menfaatlerin çatışması halinde hareket etme*; StGB par. 34 ile düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk haline ek olarak, görevlerin çatışması (*pflichtenkollision (alm.)*), Alman Medeni Kanunu (BGB) par. 904²⁰⁴ ile özel

²⁰² *Eser*, in: Justification and Excuse Comparative Perspectives (1987), s. 46 vd.; *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 45; Mezger'in menfaat eksikliği prensibinin "rıza"nın açıklanmasındaki etkisi için bkz.; *Ekici Şahin*, Ceza Hukukunda Rıza , İstanbul, (2012), s.109,110.; Meşru amaç için meşru araç kuramı ve Mezger'in katkılarıyla gelişen menfaatler dengesi yaklaşımlarına ilişkin bkz. *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 55 vd.

²⁰³ *Eser*, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), s. 49.

²⁰⁴ İlgili madde, Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 228 ve 904 aynı başlıklı maddeler olup "not stand" (zorda kalma hali) düzenlemesini içermektedir. 904'üncü madde tehlike durumunda hareket eden süjeye değil, mülkiyet hakkı zarar gören süjeye yöneliktir. Mülkiyet hakkı kısıtlaması olarak özetlenebilecek

hukukta düzenlenmiş bir hukuka uygunluk nedenidir; başkasının malını yok etmek veya zarara uğratmak, diğerini korumak için zaruri ise hukuka uygun sayılmaktadır.

4) Failin kendisini, *suç fiilinin gerçekleştirilmesinin, hakkın kullanımı olduğu* bir paradigma içinde bulunduğu haldir. Örneğin ifade özgürlüğünü kullanmanın başkasının itibarını zedelemesi hali (par. 193 StBG) veya meşru görevi yerine getirme hali (örneğin pro magistratu hareket etmek) ²⁰⁵ Görevin yerine getirilmesinin *Dönmezer-Erman*'ın belirttiği üzere²⁰⁶ hakkın kullanılmasının bir görünümü olduğu kabul edilirse, *Eser*'in sınıflandırması bakımından, son kategoriye sokulması mümkündür. Ancak görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluğunun dayanağı bu gruplandırmada doğrudan yer bulamamaktadır. Eğer görevin yerine getirilmesi üçüncü kategoride değerlendirilirse yukarıdaki çekinceler burada tekrarlanmalıdır. Mezger'in görüşünde olduğu gibi çatışan menfaatlerde üstün tutma hali birey menfaatleri karşısında çoklukla kamusal menfaatlerin üstün tutulacağı bir genellemeye neden olur. Aslında menfaatlerin dengelenmesi gerekliliği daha çok kanun koyucunun faaliyetlerinin genel olarak açıklaması niteliğindedir. Hukuka uygunluk nedenleri kurumu özelinde bir katkı sağlamamaktadır.

Kanaatimizce hukuk düzeninin bütünlüğü ve çelişmezlik ilkeleri ile ilişki kuran görüşler, kurumun hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmesini açıklamak bakımından yeterlidir.

b. Hukuk Düzeninin Bütünlüğü İlkesi ile Temellendiren Görüş

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi veya bir emrin yerine getirilmesi sonucunda kişinin cezalandırılmamasının kaynağı olarak ceza kanunu yerine, *hukuk*

madde, malvarlığı hakkı saldırıya uğrayan kimse bakımından bu müdahaleye katlanma yükümlüğü yaratmaktadır.

²⁰⁵ *Eser*, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987), s. 49, 50.

²⁰⁶ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.

*düzeninin bütünlüğü prensibi gösterilmektedir.*²⁰⁷ Hukuk sisteminin görev yükleyip bir yandan da yerine getirilmesini cezalandırması mümkün olamayacaktır.²⁰⁸ *Delitala*'ya göre; “*suç gayrimeşru bir eylem iken, görevin yerine getirilmesi, meşru eylemin bir görünüş biçimidir; bu iki durum bu sebepten birbirinin kesinlikle zıddı olmaktadır.*”²⁰⁹

Hukuk düzeni yalnızca yasaklardan oluşmayıp belirli şartların oluşması şartıyla yasakların bertaraf edilebilmesini de kapsamaktadır. Yasakların yanında, izin veren normların, bir tür kural-istisna ilişkisi ile hukuk düzeninin amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir. Yasaklayıcı, ceza içeren normların kural olması karşısında, izin veren, hukuka uygunluk nedenlerini içeren normların istisna olduğu ifade edilmektedir.²¹⁰

Hukuka uygunluk nedenleri, normal şartlarda suç oluşturması gereken fiilleri yerine getirme bakımından, faile, müdahil olma hakkı (*Eingriffsrecht (alm.)*) veya o fiilleri yerine getirme yetkisi (*Handlungsbefugnis (alm.)*) vermektedir.²¹¹

Görev yükleyen ve hukukun tüm dallarından doğabilen meşru kaynaklar, izin verici normlardandır. Bir hareketi yasaklamayan veya emretmeyen ceza normları, yani bir cezalandırma emri ile müeyyidelendirilmeyen ceza normları, istisnaya karşılık gelmek bakımından, negatif (olumsuz-menfi) normlar olarak ifade edilmektedir. İzin verici normlar, bir ceza tehdidine bağlı olarak bir hareketi emretmezler. Aksine bu normlar, yetki veren, izin veren normlardır. “*Kanunun*

²⁰⁷ *Palazzo*, Corso di Diritto Penale (2006), s. 373., Yazar, ceza sorumluluğunun bulunmamasına ilişkin sonucun kurumun düzenlendiği İCK m. 51'den değil hukukun bütünlüğü prensibinden kaynaklığını ifade etmektedir. Bu nedenle böyle bir maddenin varlığına gerek bulunmadığına işaret etmektedir. *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 268, 269; Yazar maddenin gerekliliği üzerinde durmasa da bu hukuka uygunluk nedeninin, hukuk düzeninin tutarlılığı ve bütünlüğü prensibinin açıklanmış hali olduğunu ifade etmektedir; bir sistem, gerçekleştirilmesi halinde cezalandırma sonucu doğacağı tehdidi ile bir fiili yasaklayıp aynı zamanda fiilin yerine getirilmesini emredemez.

²⁰⁸ *Bettiol*, Diritto penale parte generale , Padova, (1976), s. 312.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 268, 269.; *Pisapia/(çev.)Akgüç*, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri , Ankara, (1971), s. 140.

²⁰⁹ *aktaran; Antonio Romano*, L'ordine dell'autorità (1957), s.30.

²¹⁰ *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 219, 220.

²¹¹ *Bohlander*, Principles of German Criminal Law , Portland, (2009), s. 78.

hükümünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” hükmü, izin verici normlardandır.²¹² İzin verici normların (negatif normların) başka sùjeler bakımından emir veya yasak olduğu belirtilmelidir.²¹³ Kanunun hükmünün yerine getirilmesi, örneğin icra memurunun, borçlunun malları üzerindeki tasarrufuna razı olması konusundaki bir emri, memurun fiiline karşı borçluya yönelen direnme yasağı olmaktadır. Ayrıca bu norm, başkalarının malvarlığı haklarına karşı bir fiil gerçekleştiren icra memurunun cezalandırılmaması bakımından, devlete de yönelen bir emirdir.

Ceza Hukukunu, bazı fiilleri yasaklayıp bazı fiillere izin veren normlardan oluşan bir yapı olarak kabul ettiğimizde, Türk Hukukunda değerlendirildiği gibi İtalyan ve Alman Hukukunda da hukuka uygunluk nedenleri, izin verici normlardandır (*erlaubnissätze (alm.)- norme permissive (it.)*) ve fiili hukuka uygun hale getirirler.²¹⁴ Daha bütüncül bakış açısıyla, eğer bir davranışa hukukun bir dalı tarafından izin verilmişse, karşılığında cezai yaptırım uygulanması da mümkün değildir. Aksi durum, farklı hukuk dallarının değerlemeleri bakımından çelişki yaratmanın yanında, Ceza Hukukunun ikincilliği ile de bağdaşmayacaktır.²¹⁵

Hukuk düzeninin bütünlüğü (*Einheit der Rechtsordnung (alm.)*²¹⁶- *Unità dell'ordinamento giuridico (it.)*) ilkesine göre izin verici normlar, yalnızca ceza

²¹²Yazar, 765 sayılı Mùlga TCK m. 49 ile düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin izin verici normlara örnek oluşturduğunu ifade etmektedir. (İlgili maddenin ilk fıkrası görevin yerine getirilmesini düzenlemektedir.); *Hafizoğulları*, Ceza Normu , Ankara, (1996), s. 296.

²¹³ *Hafizoğulları*, Ceza Normu , Ankara, (1996), s. 300.; *Poggi*, Norme permissive , Torino, (2004), s.77 vd.

²¹⁴ *Eser*, in: *Justif. Excuse Comp. Perspect.* (1987), s. 47.; *Hafizoğulları*, Ceza Normu , Ankara, (1996), s. 296 vd.; *Poggi*, Norme permissive , Torino, (2004), s. 50 vd.

²¹⁵ *Roxin*, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 40.

²¹⁶ *Bohlander*, *Principles of German Criminal Law* , Portland, (2009), s. 79.; *Özel hukukta izin verilene ceza hukukunda da izin verilmiştir ve tersi de aynı şekilde geçerlidir. Eğer somut olayda birden çok hukuka uygunluk sebebi ortaya çıkarsa kural olarak hepsi kümülatif olarak olaya uygulanmaz, her birinin içerik ve amaçları incelenerek olaya en uygun olanı tespit edilmesi en uygun olanıdır. Eğer özellik genellik ilişkisi bulunuyorsa özelin önceliği bulunmaktadır.*

hukuku normları arasında yer almamaktadır.²¹⁷ Ceza hukukunda, idare hukukunda ve hatta özel hukukta yer alan izin verici normların hepsi dikkate alınmalıdır.

c. Çelişmezlik İlkesi ile Temellendiren Görüş

Çelişmezlik ilkesi, hukukun bütünlüğü ilkesi ile zıtlık içermemektedir. Kanaatimizce tamamlayıcı bir etkinin varlığı söz konusudur.

Doktrinde görevin yerine getirilmesinin cezalandırılmamasının temeli, mantık disiplinindeki çelişkiye düşmezlik - çelişmezlik prensibi (*coerenza dell'ordinamento giuridico / non contraddizione dell'ordinamento giuridico/ del principio di non contraddizione (it.)*) ile açıklanmaktadır.²¹⁸ Aslında bu ilke, başka bir düzenlemeye gerek olmaksızın hukuk sisteminde yer almaktadır.²¹⁹ TCK m 24 ve İCK m. 51 düzenlemeleri, her bir görevin meşruiyetini kendisine kaynaklık eden ve hukuka uygunluğu şüphe götürmeyen kanuni düzenlemelerden aldığına ilişkin mantık ilkesinin açıklanmasıdır. Görevlerin çatışmasına da göndermede bulunmaktadır. İçerikleri uyumsuz iki görevin (belli bir davranışta bulunma görevi ve hukuk düzeni ihlali olan bu davranışta bulunmama görevi) birinin yerine getirilmesinin diğerinin ihlali olması nedeniyle, yerine getirilmelerinin imkansızlığı söz konusudur.²²⁰ Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (İCK m. 605, TCK m. 109) fiilini yasaklayan norm ile adli kolluğa belirli ağırlıktaki suça ilişkin suçüstü haldeyken yakalama görevi veren norm bakımından, görevler arasında çatışma ortaya çıkmaktadır (İCMK m. 380,

²¹⁷ *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 40 vd.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 255.

²¹⁸(a cura di) *Dolcini/Marinucci*, Codice penale comentato artt. 1-384 bis (2006), s. 536.; *Canestrari/Cornacchia/De Simone*, Manuale di diritto penale parte generale (2007), s. 543.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 23, dn.6.; *Toroslu-Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 161.; *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 531.

²¹⁹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 23, dn.7.

²²⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 24, dn. 9.

CMK m. 90). Bu çatışma bir göreve üstünlük tanınması ve bu görevi yerine getirmenin diğer meşru görevin ihlali olacağına kabulü ile çözülebilir.²²¹

Aristo, temel mantıkta yer alan *çelişkisizlik* ilkesini şu cümle ile ifade etmektedir. “*Aynı niteliğin, aynı zamanda, aynı özneye, aynı bakımdan hem ait olması hem de olmaması imkânsızdır.*”²²²

Görevin yerine getirilmesini düzenleyen ve TCK m. 24 ile benzer yapıda olan İCK m. 51’in, çelişmezlik ilkesini tekrar ederek, zaten kuralları belirli bir sistemin parçası olarak, kendi kendisini sınırlayıp sınırlamadığı ya da özerk bir fonksiyonunun bulunup bulunmadığı, doktrinde tartışılmaktadır. *Caraccioli* ve *Lanzi*’nin aralarında bulunduğu bazı yazarlara göre İCK m. 51, hukuk sisteminin farklı alanları arasında, bu alanların kendilerine özgü yapılarını ceza hukuku sistemine entegre edebilmek bakımından bir bağlantı normudur.²²³ Her hukuk dalının otonom olması ve kendi ihtiyaçlarına özgü düzenlemeler içermesi bir yana, bir yazılı düzenleme bulunmadan ceza hukukunun katı yapısı karşısında kendiliğinden başka bir dal ile arasında bağlantı oluşabileceği sonucuna varmak güçtür. Bununla birlikte farklı hukuk dallarındaki benzer hukuki yapıların aynı kavramlarla ifadesi söz konusu değildir ve kapsam çatışmalarının da önüne geçilebilmesi bakımından bir bağlantı normuna ihtiyaç vardır.²²⁴ *Antolisei* ve *Pagliari*’nin aralarında bulunduğu diğer yazarlara göre, m. 51, kanunun altında yer alan düzenleyici işlemler ve örf adet, bunun yanında amir emirleri, mahkeme kararları ve sözleşmelerin hükümleri gibi diğer kaynakların da cezasızlık sonucu doğurabilmesi bakımından özel bir fonksiyon taşımaktadır.²²⁵

²²¹ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 269.

²²² *Aristoteles/(Çev.)Arslan*, YAZKO Felsefe Yazıları 5. Kitap, (1983), s., 1005 b 19-20.; Çevirmen Arslan, bu ilke bakımından, *çelişkisizlik* ifadesini kullanmaktadır. *Çatışmama* ya da *çelişmezlik* ilkesi olarak hukuk doktrininde yer bulan kavramın, temel mantık ilkelerine uzanan felsefi kökenine yapılan atıf bakımından çevirmenin tercihine sadık kalmıştır.

²²³(*a cura di*)*Dolcini/Marinucci*, Codice penale comentato artt. 1-384 bis (2006), s. 536.; *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 24, dn.12.

²²⁴*Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 25, dn.13.

²²⁵ (*a cura di*)*Dolcini/Marinucci*, Codice penale comentato artt. 1-384 bis (2006), s. 536, 537.

Her durumda, hukuka uygunluk sonucunun, hukuk sisteminin kendi ile çatışmasını engelleneme ihtiyacını karşıladığı açıksa da bu düzenlemeden çıkarılan, *görev olan, suç olamaz*, prensibi, altta yatan problemi çözmekten acizdir. Asıl problem, görevin ve suçun niteliklerinin belirlenmesidir. Başka bir deyişle çelişmezlik ilkesi, yalnızca görevin yerine getirilmesini gerektiren norm ile bunun yerine getirilmesinin hukuk düzenince yasaklanmış olduğuna ilişkin normun çatıştığına ve çözülmesi gereken bir problem olduğuna işaret etmekle yetinir, çözüme ilişkin bir kriter yaratmaz. Bazı yazarlara göre görevin yerine getirilmesinde, çatışan menfaatler apaçık ortaya çıkar ve devletin çıkarlarının ceza normları ile korunan menfaatlerin önüne geçeceğine ilişkin bir kanı yaratır.²²⁶ Yukarıda menfaatlerin dengelenmesi teorisinde de ifade ettiğimiz üzere yine de kanun koyucunun menfaatleri dengelerken, artık her seferinde, hukuken korunan menfaatlerin zarar görmemesi karşısında, devletin menfaatlerine öncelik vereceği biçiminde bir değerlendirme yapılmamalıdır. İncelenen madde, yukarıda da belirtildiği üzere, meşruiyet sağlayan normların, cezalandıran normlardan üstün tutulacağına ve çatışma halinde ilki lehine yorumun yapılacağına ilişkin bir kriter koymamaktadır.²²⁷

Birisi görev yükleyen diğeri yasaklayan iki norm arasındaki çatışma bakımından, cezasızlık sonucu doğuran normun, zaten öncelikli olacağını söylemek doğru değildir. Hukuk sistematığı içerisinde, uygulanabilir bir kriter belirlenebilmelidir.

Birbirleriyle çatışan bu normların bulunduğu durum bakımından, İtalyan doktrininde çoğunluk yazar, uygulanması gereken normun belirlenmesi bakımından; *normlar hiyerarşisi, normun önceliği sonralığı ve özel normun önceliği (i criteri di*

²²⁶Aktaran; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 25.

²²⁷ *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 235.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 26, dn.17.

gerarchia delle fonti, cronologico e, di specialità (it.)) gibi çatışan normların çözümündeki yerleşik kriterlerin kullanılabileceğini ifade etmektedir. Elbette kanun koyucunun İCK m. 51'deki iradesi, yorumcunun yaklaşımına göre değişiklik gösterecektir.²²⁸

Özel normun önceliği ilkesi ile çözüme ilişkin, yukarıda örneklenen kolluğun suçüstü haldeki yakalama fiili düzenlemesinin (İCMK m. 380, CMK m. 90) kendisi ile çatışan, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (İCK m. 605, TCK m. 109) düzenlemesine göre, özel norm olduğu ifade edilmektedir. Çünkü suçüstü halinde yakalamayı düzenleyen madde ile kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma fiilinin aktif sujesi saptanmış (kolluk), ortaya çıkacağı özel hal ortaya konulmuş (suçüstü), hürriyetten yoksun bırakma olarak nitelendirilecek unsurları (yakalama) belirlenmiştir.²²⁹

Özel normun önceliği ilkesinin, normlar çatışmasını çözmek bakımından yeterli olduğu²³⁰ ve hukuka uygunluk nedenleri özelinde, normların çatışması probleminde, baskın görüşün, bu ilkeyi çözüm olarak kabul ettiği²³¹ belirtilmektedir. Ancak eğer çatışan normlar arasında *özellik genellik* ilişkisi bulunmuyorsa *üstün menfaate* hizmet eden görevin tercih edilmesi gerektiği görüşü de sunulmuştur. Örneğin, karalayıcı faaliyetleri yasaklayan maddeler (İCK m. 595²³²) ve tanığın farkında olduğu gerçekleri beyan etme yükümlülüğünü düzenleyen maddeler (İCK m. 372, İCMK m. 497 vd. / TCK m. 272, CMK m. 43 vd.) birlikte değerlendirildiğinde,

²²⁸ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 27.

²²⁹ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 269.;

²³⁰ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 92.

²³¹ *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 531.

²³² İtalyan Ceza Kanunu ile Kişilere Karşı Suçlar arasında düzenlenen suç, hakarete vücut vermeyen ancak başkalarının şanını lekeleyen, karalayıcı fiilleri suç saymıştır. Bu suç, için günlük dilde iftira demek mümkünse de teknik olarak Türk Hukukundaki iftira suçunun karşılığını oluşturmamaktadır. TCK m. 267 ile düzenlenen iftira suçu Adliyyeye Karşı Suçlar arasında düzenlenen, failin beyanının gerçeği yansıtmadığını bilmesi ve suçladığı kimse hakkında işlem başlatılmasına neden olma kriterlerini içermektedir.

birilerinin itibarı bakımından önyargıya neden olsa da ikinci görev, yani; yargı kararlarının doğru bilgiye dayanması biçimindeki kamusal menfaat, bireysel hak olarak şeref hakkının yanında üstün konumda kabul edilmiştir, denilmektedir.²³³ Cezasızlık sonucu doğuran veya hukuk düzeninin uygun bulduğu eylemlere ilişkin düzenlemenin, her durumda üstün tutulamayacağı da belirtilmelidir. Örneğin, İtalyan İflas Kanunu (*Legge fallimentare*) m. 216/3 ile düzenlenen, alacakların zararına olacak biçimde borca ilişkin ödeme yaparak, onların öncelik haklarını etkisiz hale getirme suçu ve özel hukuktan kaynaklanan borcun özen yükümlülüğü ile yerine getirilmesi görevi (İtalyan Medeni Kanunu (*Codice civile*) m. 1176) arasındaki çatışmada, cezalandırma amacı taşıyan düzenleme, hukuk sistemi tarafından üstün tutulmaktadır.²³⁴ Bu örnekte, borcun yerine getirilmesi meşru iken, aynı hukuk düzeni içerisinde, borcun belirli alacaklar bakımından yerine getirilmesinin hukuka aykırı oluşu çatışma halindedir.

Yazarların bir kısmı, normlar çatışması yapısı benzetmesine ve özel normun önceliğinin, duruma uygulanması gerekliliğine karşı çıkmaktadır. Öncelikle özel normun önceliği ilkesi, aynı hukuk dalı içerisindeki normlar arasındaki özel ihtiyaca cevap verdiği ifade edilmektedir. İkinci olarak normlar çatışması hallerinde bir norm diğerinin tamamen dışlanmasını sağlayacak niteliklere sahip iken m. 51 düzenlemesinde, her bir norm ayrı bir tipik fiile katkı sağlamaktadır. Bu çekinceleri ortaya koyan yaklaşıma göre yasa koyucu, *çatışan menfaatler arasında denge* kurma arayışındadır. Zira görevde karşılığını bulan ve devletin talebinin uygulanması olan menfaatin, hukuken korunan değer zarar görmemesi menfaatinden üstün tutulması söz konusudur. Eylemi hukuka uygun hale getiren normun, cezalandıran norma göre özel norm durumunda olması gerekmez. Ceza gerektiren fiil, genel ve kapsayıcı

²³³ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 269.

²³⁴ *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 532.

nitelikteki bir norm tarafından da hukuka uygun hale gelebilir. Buna karşılık, bir fiili, hukuka uygun hale getiren norma dahil olması gerekirken, o kapsamın dışına çekecek ve cezalandırma sonucu doğuracak özel bir normun somut olayda bulunmaması gerekliliği belirtilmelidir.²³⁵ Çatışan menfaatlerin dengelenmesi görüşü, hukuka uygunluk nedenlerinin daha genel normlarla cezalandırılmama sonucu doğurduğuna da dikkat çekmektedir.²³⁶ Bu normlara örnek olarak ifade özgürlüğü ve grev hakkı verilmiştir²³⁷ (İtalyan Anayasası m.21, 40, T.C. Anayasası m. 25 vd., 53 vd.).

Görevin yerine getirilmesi bakımından çelişmezlik ilkesi ve hukukun bütünlüğü ilkeleri hukuka uygunluk nedeninin dayanağını açıklamak bakımından kanaatimizce yeterlidir. Ancak kanun ile kurumun yine de açıkça düzenlenmesinin yerinde olduğu ve özellikle farklı hukuk dallarından kaynaklanabilecek görev nedeniyle bir bağlantı normuna ihtiyaç bulunduğu görüşüne de katılmaktayız.

²³⁵ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 27.

²³⁶ *Romano*, Commentario sistematico del codice penale I art. 1-84 , Milano, (1987), s. 462.

²³⁷ *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 532.

D. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN ETKİSİ

1. Genel Olarak

Görevin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak objektif mahiyettedir ve tüm hukuk düzeni bakımından etki doğurur.

Bir hukuk kurumu olarak görevin yerine getirilmesinin suç ile ilişkisi bakımından günümüzde de tercih edilen tahlilci metot²³⁸ ile yazarlar, suçu unsurlarına ayırarak incelemektedir. Suçun unsurlarına ilişkin ilk araştırmaların skolastik düşüncenin etkisi altında XVI. yüzyılda yürütüldüğü ifade edilmektedir.²³⁹ Suç nazariyelerinin gelişimi, unsur sayılarına göre yapılan sınıflandırma ile takip edilmektedir. Görevin yerine getirilmesi kurumu ile fiilin menfi şartı²⁴⁰, tipiklik unsuru, kusurluluk unsuru, hukuka aykırılık unsuru ve cezalandırılabilme unsurları arasında ilişki kurulmaktadır. Bu unsurlar, farklı nazariyelere göre farklı içeriğe karşılık gelmektedir.

Çalışmada hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen kurumun, suç üzerindeki etkisi de bir hukuka uygunluk nedeni olarak görevin yerine getirilmesi bakımından değerlendirilmiştir.

Hukuka uygunluk nedenleri, hukuka aykırılık ile ilişki kurularak incelenmelidir. Bazı yazarlara göre ceza hukukuna aykırılık olarak değerlendirilen hukuka aykırılık, aşağıda açıklayacağımız katıldığımız görüşe göre, tüm hukuk düzeni

²³⁸ Suçun bütüncül yaklaşımı ve tahlilci yaklaşımlarına ilişkin değerlendirmeler için *bkz.* s.

²³⁹ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul, (1949), s. 21, 22.

²⁴⁰ Görevin yerine getirilmesini maddi unsurun menfi şartı ile ilişkili olarak inceleyen yazarlar bakımından, suçun, biri objektif (maddi) ve diğeri sübjektif (manevi) olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Suç, kusurlu bir irade ile işlenen fiildir ve suçun genel kurucu unsurları bu bakımdan; maddi unsur (maddi fiil) ve manevi unsurdur (kusurlu iradedir)²⁴⁰ Objektif unsur bakımından, biri müspet, diğeri menfi şartlar olmak üzere yeniden ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım bakımından hareket, netice ve nedensellik bağı ile oluşmuş bir fiil bulunmalı (müspet şart) ve somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamalıdır (menfi şart). Görevin yerine getirilmesi, bir hukuka uygunluk nedeni olarak, maddi unsurun, menfi şartı ile ilgilidir; *Pisapia/(çev.)Akgüç*, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Ankara, (1971), s. 127.; *Özen*, Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma, Ankara, (1995), s. 62, 63.

yönünden etki doğurmaktadır.²⁴¹ Hukuka aykırılığı unsur olarak değerlendiren yazarlar yanında, katıldığımız üzere onu suçun özü olarak değerlendiren yaklaşım da bulunmaktadır.²⁴² Bu unsur veya suça içkin halin, hukuka uygunluk nedenleri ile ilişkisi bakımından da görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlara göre bu haller, hukuka aykırılığın ortadan kalkmasına neden olurken katıldığımız bazı yazarlara göre hukuka aykırılığın oluşmasına engeldir.²⁴³ Hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının oluşması halinde objektif olarak uygulanacağını savunan katıldığımız görüş yanında, failin bilgisinin de önem taşıdığını savunan subjektif yaklaşımlar da bulunmaktadır.²⁴⁴

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Etkisi Hakkında Genel

Değerlendirme

a. Tüm Hukuk Düzeni Yönünden Etki Doğurma

Hukuka aykırılık, fiil²⁴⁵ ile hukuk düzeni arasındaki çatışma²⁴⁶ olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çatışmanın, fiil ile hukukun düzenindeki bütün normlar arasında mı, yalnızca belirli bir hukuk dalına ait normlarla arasında mı ortaya çıktığı konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.²⁴⁷ Bu adım, hukuka uygunluk nedenlerinin de tüm hukuk düzeni bakımından mı yoksa yalnızca belirli bir hukuk dalı bakımından mı hüküm ifade edeceği konusundaki belirlemede önem taşımaktadır.²⁴⁸

²⁴¹ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 108 vd.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 21 vd.

²⁴² *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 80 vd.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 127 vd.

²⁴³ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 164 vd.

²⁴⁴ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 142 vd.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 83 vd., 105 vd..

²⁴⁵ Hukuka aykırılığın davranışa, neticeye veya fiilin tamamına yönelik bir yargı olduğuna ilişkin farklı görüşler için bkz. *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 119 vd.

²⁴⁶ *Bettiol*, Diritto penale parte generale , Padova, (1976), s. 275.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.; *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 341.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 188.

²⁴⁷ *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 21 vd.

²⁴⁸ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 9.

Hukuka aykırılığı ceza hukukuna aykırılık olarak değerlendiren yazarlar bulunsa da hukuka aykırılık, belli hukuk dallarına göre parçalanması mümkün olan bir yapı değildir. Bir fiil hukuka aykırı değilse, hukuka uygun olacaktır. Belirli bir hukuk dalı bakımından hukuka aykırılığın kabulü, hukuk kavramının özü ile bağdaşmamaktadır.²⁴⁹

Bir hukuk dalında tazminat sorumluluğu doğuran bir fiilin, ceza hukukunda suç sayılmaması gibi örnekler, yani farklı hukuk dallarının farklı hukuki sonuçlara bağlanan değerlendirmeleri, hukuka aykırılığın bütünlüğünü inkâr etmek için yeterli değildir. Örneğin Türk Borçlar Kanunu m. 63/2'ye göre zorunluluk halinde fiil hukuka aykırı değildir ancak hakkaniyet gerektirdiği ölçüde (TBK m. 64/2) zarar giderilmelidir.²⁵⁰ Giderim sorumluluğu fiili hukuka aykırı hale getirmemektedir.

Ceza hukukuna özel aykırılık hallerinin, istisna da olsa kabul edilmesi gerektiğini savunan *Günther* dahi, özellikle hukuka uygunluk nedenlerinin bütün hukuk düzeni bakımından etkisine vurgu yapmaktadır; "*Hukuka uygunluk nedenleri çoğunlukla başka hukuk dallarından kaynaklanmaktadır ve ceza hukukunda da elbette geçerlidir. Yalnızca ceza hukukundan kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri ise azınlık, istisnadır ve kural olarak onlar da başka hukuk dallarından devşirilmiştir. Üstelik, suçu ortadan kaldıran bu hallerin, ceza alanına ilişkin olmaları temellendirmesi ile genel etki doğuran hukuka uygunluk nedenlerinden ayrı bir yerde görüleceği de söylenememektedir.*"²⁵¹

²⁴⁹ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 10 vd.

²⁵⁰ *Eren*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 685 vd.; *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/1, 2 , Ankara, (2019), s. 130.; *Çetiner/Furrer/Müller-Chen*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler , İstanbul, (2021), s. 357.

²⁵¹ *Aktaran; Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 42, 43.

Belli bir hukuk dalına aykırılık görüşünün hukukun bütünlüğü ilkesi ile bağdaşması söz konusu değildir. Hukuka uygunluk nedenleri tüm hukuk düzeni bakımından etki doğurur.

b. Objektif Olarak Uygulanma

Hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğa etki edenlerden farklı olarak failin inancı önem taşımaksızın objektif bir etki doğurmaktadırlar.²⁵² Buna göre fail tarafından somut olayda varlığı bilinmese dahi hukuka uygunluk nedeni suçun oluşumunu önler. Aynı sebeple iştirak halinde işlenen fiillerde bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı tüm şerikler açısından etki doğurur.²⁵³

Ancak bu hallerin varlık koşulları bakımından, objektif şartların gerekli ve yeterli olduğu görüşü konusunda fikir birliği bulunmadığı ifade edilmelidir.

Suçtu üç ve daha fazla unsura ayırarak inceleyen yazarlar arasında, *manevi unsur ile kusurluluğu örtüşen kavramlar olarak görenler* ile *manevi unsur ile kusurluluğu farklı kavramlar olarak ele alanlar*²⁵⁴ bakımından bir sınıflandırma yapılması mümkündür.²⁵⁵ Yapılacak bu sınıflandırma, hukuka uygunluk nedenleri bakımından önem taşımaktadır. İkili ayrımı benimseyen yazarlara göre, hukuka aykırılık objektif bir etkiye sahip iken üç veya daha fazla unsura ayırarak inceleyen yaklaşımlar içerisinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Manevi unsur ile kusurluluğu örtüşen kavramlar olarak gören *Hafizoğulları-Özen*'e göre, hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak değerlendirilmesi inceleme kolaylığına hizmet etmektedir. Hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olması tercihi dışında

²⁵² *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 196.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 256.; Subjektif unsurun gerekliliğini savunan aksi görüş için bkz. *Göktürk*, Ceza Hukuku Derg., s. 15 vd.

²⁵³ *Taner*, Ceza Hukuku Umumi Kısım , İstanbul, (1949), s. 395, 396.

²⁵⁴ Manevi unsur ve kusurluluğu farklı kavramlar olarak ele alan görüşleri açıkla!

²⁵⁵ *Karakehya/Usluadam*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Derg., (2015), s. 11 vd.

yazarlar kusur teorisine ilişkin klasik okulun görüşlerini benimsemiştir.²⁵⁶ Kusurluluk kast ve taksire karşılık gelen bir unsurdur. İsnat yeteneği kusurun ön şartı olmayıp suça değil suçluya ilişkin bir özelliktir. Hukuka uygunluk nedenleri objektif etki doğurarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırırlar.²⁵⁷ Benzer biçimde üçlü ayrımı benimseyen ve kusurluluk ile manevi unsuru örtüşen kavramlar olarak gören *Demirtaş* da hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkisinden söz ederek hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıracağı görüşündedir.²⁵⁸

Suçun üçlü ayrımı bakımından yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. İtalyan yazarlar ve bu yaklaşımı benimseyen Türk yazarlar bakımından, hukuka aykırılık, bağımsız bir unsurdur ve objektif niteliktedir. Hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalkması için failin fiili bakımından, hukuka uygunluk bilinci veya kastı aranmamaktadır. Hukuka uygunluk veya aykırılık, objektif durumlardır, failin yaklaşımına göre varlık kazanmamaktadır.²⁵⁹ Alman yazarlar ve bu yaklaşımı benimseyen Türk yazarlar bakımından, hukuka aykırılık bağımsız bir unsurdur ancak sübjektif ve objektif olmak üzere iki alt unsurun varlığı ile tamamlanır. Objektif unsurun ortadan kalkması bakımından hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluşması gerekmekte, sübjektif unsurun ortadan kalkması bakımından failin hukuka uygunluk nedenini oluşturma bilinci bulunmalıdır.²⁶⁰

Katıldığımız görüşe göre hukuka uygunluk nedenleri objektif nitelikte olup içerisine sübjektif unsurların eklenmesi sakıncalıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkisinin kabulü ile kusurluluğa etki eden ve hukuka aykırılığa etki eden

²⁵⁶ *Karakehya/Usluadam*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Derg., (2015), s. 11.

²⁵⁷ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 408 vd.

²⁵⁸ *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2021), s. 289.

²⁵⁹ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 196.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 256. Sübjektif unsurun gerekliliğini savunan aksi görüş için bkz. *Göktürk*, Ceza Hukuku Derg., s. 15 vd.

²⁶⁰

nedenlerin farklı olduğu, başka ifade ile hukuka aykırılığa etki eden hallerin suçun objektif unsurlarına etki ettiği ifade edilmiş olur.²⁶¹

3. Görevin Yerine Getirilmesinin Suçun Unsurları Üzerinde Etkisi

a. Hukuka Aykırılığı Unsur Olarak Nitelendirmeyen Görüşler

i. Suçun (Tekçi) Bütüncül Yaklaşımı

Görevin yerine getirilmesi kurumunun, çalışma bakımından hukuka uygunluk nedeni olduğu yukarıda açıklanmıştır. Hukuka uygunluk nedenleri kavramı, normun izin vermesi veya belli bir biçimde davranma yükümlülüğü yüklemesi nedeniyle fiilin suç oluşturabilecek iken hukuka uygun olması biçiminde ortaya çıkan haller için kullanılır.²⁶² Suçun bütüncül ve tahlilci yaklaşımları bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin etkisi ise farklıdır. Bu yaklaşımlara yer verilirken görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin de suça etkisi ortaya konulmaktadır.

Suçun bütüncül yaklaşımına göre suç, organik, bütüncül, homojen, bölünmez bir bütündür. Bu bakımdan suç ne münferit parçaların toplamıdır, ne de suçun parçalara ayrılması mümkündür. Suçun özü bütünlüğündedir, münferit parçalarda tek başına bulunmaz, onların birleşimi de sayılmaz, öz birliğinde yer alır.²⁶³

Bu görüşe göre suç bir bütün olarak ele alınmalıdır. Hukuka aykırılık unsur olmayıp bütünlük oluşturan ve parçalanamayan suçun bir niteliğidir. Unsur kavramı kullanılsa da bu görüşün savunucuları bakımından *görünüm, nitelik, özellik* kavramlarının tercih edilmesi ile bir tür ayrımdan kaçınılamadığı ifade edilmelidir.²⁶⁴

²⁶¹ *Toroslu*, Ceza Hukukunda Zaruret Hali , Ankara, (1968), s. 70.

²⁶² *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 232; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 89, dn. 43.

²⁶³ *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 99; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 131 vd. ; *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s.187.

²⁶⁴ *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 132.

Suçun tekçi yaklaşımı bakımından görevin yerine getirilmesi halinde, suç bir bütün olarak etkilenmektedir.

ii. Suçun İkili Ayrımı

Suçun esas olarak organik bir bütünlüğü bulunduğu dikkate alınarak onu ayırıştırmak mümkündür. Bu bakımdan amaç, suçun bütününe kavranması adına unsurlara ayırmanın bir yol olarak kullanılmasıdır. Suçun dört²⁶⁵ veya beş unsura ayrılarak incelendiği görülse de çoğunlukla iki veya üç unsura ayrılarak incelendiği²⁶⁶ ve hukuka aykırılığın yeri konusundaki tartışmanın iki esaslı tarafının, ikili veya üçlü ayırım savunucuları olduğu ifade edilmektedir.²⁶⁷ Suçun ikili ayırımına göre, suç unsurlara ayrılarak incelenebilir ancak hukuka aykırılık bir unsur değildir.

Suçun klasik ayırımını benimseyen yazarlara göre, suçun iki unsuru bulunup bunlar, *Carrara*'nın belirlediği terminolojiyi takip ederek²⁶⁸, objektif (maddi) unsur ile sübjektif (manevi) unsur biçiminde adlandırılmaktadır.²⁶⁹ Hukuka aykırılık, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu anlamına gelmektedir.²⁷⁰ Tipik suç fiilinde bulunmaması gereken hukuka uygunluk nedenlerinin suç tasnifinde, fiilin negatif unsuru olarak²⁷¹ konumlandırılması söz konusudur. Ancak hukuka aykırılık, suç fiilin bir unsuru olmayıp suçun özüne dahildir²⁷², ona içkindir²⁷³.

²⁶⁵ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 185; Kusurlu, hukuka aykırı, cezalandırılabilir bir insan fiilin olarak suç dört unsurdan oluşmaktadır.

²⁶⁶ *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 188.

²⁶⁷ *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 128.

²⁶⁸ *Antolisei*, Problemi penali odierni , Milano, (1940), s. 109.

²⁶⁹ *Pisapia/(çev.)Akgüç*, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri , Ankara, (1971), s. 45,46.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 134 vd.; *Özocak*, Spor Faaliyetlerinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu , Ankara, (2021), s. 189.

²⁷⁰ *Toroslu*, Ceza Hukukunda Zaruret Hali , Ankara, (1968), s. 69.

²⁷¹ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 120.; *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 342.

²⁷² *aktaran; Antonio Romano*, L'ordine dell'autorità (1957), s.18.

²⁷³ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 119.; *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 81 vd.

Katıldığıımız yaklaşıma göre, suç inceleme amacıyla unsurlarına ayrılabilir. Hukuka aykırılık bağımsız bir unsur olmayıp suçun özüdür. Somut olayda görevin yerine getirilmesinin şartları söz konusu ise suç fiilinden değil hukuka uygun bir fiilden söz edilir.

b. Hukuka Aykırılığı Unsur Olarak Kabul Eden Görüşler

İkili ayırımın daha doğalcı bir yaklaşımla suçun temel unsurlarını belirlemesi karşısında, teleolojik yaklaşım suçu üçe ayırmaktadır. Bu ayırım öncelikle metodoloji ile ilişkilidir ve üçlü ayırım ile suçun unsurları doğalcı bir tezahürden ziyade normatif bir ürün gibi değerlendirilir. İkili ve üçlü ayırım arasındaki farklılık, kendisini hukuka uygunluk nedenlerinde ortaya koymaktadır.²⁷⁴ İtalya ve Türkiye’de de savunulmakta olan, hukuka aykırılığı bağımsız unsur olarak kabul eden üçlü ayırım bakımından, Alman Hukuku etkisi akla gelmektedir.²⁷⁵ Suçun yapısı incelendiğinde hukuka aykırılığı (*rechtswidrigkeit (alm.)*) ayrı bir unsur olarak kabul eden üçlü ayırım görüşünde, fiilin negatif unsuruna bağlı değerlendirmenin bulunduğu ikili ayırmadan farklı olarak, hukuka uygunluk nedenleri, bağımsız bir unsura ilişkin etki yaratır.²⁷⁶ Suç, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan fiilidir. Bu görüş, ikili ayırımın bazı gereksinimleri karşılamadığı düşüncesi ile ortaya çıkmıştır denilmektedir.²⁷⁷

Suçun ikili veya üçlü ayırımı, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkisinin kabulü halinde fark yaratmamaktadır. Ancak yukarıda değinildiği üzere manevi unsur ile kusurluluğu farklı kavramlar olarak ele alan yazarlara göre, hukuka uygunluk nedenlerinin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırabilmesi için objektif olarak

²⁷⁴ Palazzo, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 193. Suçun ikili ve üçlü ayırımı bakımından bkz. Mantovani, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 101, 102.; Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 186 vd.

²⁷⁵ Antolisei, Problemi penali odierni , Milano, (1940), s. 110.; Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 82 vd. ; Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 129.

²⁷⁶ Provolo, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 127., dn.5.; Bohlander, Principles of German Criminal Law , Portland, (2009), s. 16 vd.

²⁷⁷ Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 129.

bulunması yeterli değildir. Failin hukuka uygunluk nedenini biliyor olması gerekmektedir. Objektif unsurun içerisine sübjektif etkilerin bulaştırılması ceza sorumluluğunun genişletilmesine yol açmanın yanında iştirak, hata gibi kurumlar bakımından da sakıncalı etkiler doğuracaktır.

Suçun doğalcı anlamda ortaya çıkan iki unsuru ile açıklanmasının mümkün olması karşısında hukuka aykırılığın suçun unsuru değil özü olduğu görüşündeyiz. Ancak iki tip ayırım bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin özerk yapısının ortak olduğu²⁷⁸ kabul edildiğinde, hukuka aykırılığın suçun özü olması veya bağımsız bir unsur olmasının yaratacağı bir fark bulunmamaktadır. Hukuka aykırılığa ister suçun özü, ister unsuru diyelim, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde fiilin bir özelliği veya suçun kurucu unsuru eksiktir ve suç oluşmaz.²⁷⁹

c. Hukuka Aykırılığın Tipiklik ve Cezalandırılabilme Unsurları İçerisinde Değerlendirildiği Görüşler

Cezalandırılabilmeyi suçun unsuru olarak değerlendiren yazarlar arasında *Böhmer*, *Beling*, *Battaglini* ve *Mezger* gösterilmektedir. Belirtmek gerekir ki cezalandırılabilmeyi bir unsur olarak kabul etmeyenler (bkz. *Goldschmidt*, *Carrara*, *Rocco*, *Antolisei*, *Vassalli*) yanında, onu tüm suça etki eden bir vasıf olarak kabul eden yazarlar (bkz. *Von Liszt*, *Renieri*, *Pannain*, *Bettioli*, *Grispigni*) da bulunmaktadır.²⁸⁰

İnsan fiilini temele alarak, suçun dörtlü ayırımını benimseyen *Marinucci* ve *Dolcini*'ye göre cezalandırılabilirlik (*la punibilità (it.)*), hukuka aykırılık ve

²⁷⁸ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 127, dn.6.

²⁷⁹ *Toroslu*, Ceza Hukukunda Zaruret Hali , Ankara, (1968), s. 69.

²⁸⁰ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 172 vd.; *Toroslu*, Ceza Hukukunda Zaruret Hali , Ankara, (1968), s. 62 vd.

kusurluluktan sonra gelen unsurdur.²⁸¹ Cezalandırılabilirliği unsur olarak kabul eden yazarların bir kısmı hukuka aykırılığı bu unsur ile birlikte değerlendirirken²⁸², *Marinucci ve Dolcini*, hukuka uygunluk nedenlerini hukuka aykırılık unsuru ile birlikte ele almaktadır. Yazarlar, cezalandırılabilirliği kaldıran nedenleri (ör, belli yakınlarla karşı işlenen bazı suçlarda cezasızlık, İCK m. 649) ayrı bir grupta değerlendirmenin, suçun teorik ve yargısal analiz sürecine katkı sağladığını savunmaktadır.²⁸³

Battaglini hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkması halinde cezalandırılabilme unsurunun eksik olacağına işaret etmektedir. Meşru müdafaa örneğinde adam öldürme fiilinin bulunmasına rağmen suçun oluşmaması yazara göre hukuka aykırılık unsurunun eksik olmasından değil cezalandırılabilirlik vasfının bulunmamasından kaynaklanmaktadır.²⁸⁴

*Erem*²⁸⁵ ve *Florian*²⁸⁶ tarafından savunulan, hukuka uygunluk nedenlerinin cezalandırılabilme unsuruna etki ettiğine dair görüşe göre, suç maddi ve manevi unsurları ile tamamlanmıştır; ancak bu nedenlerin varlığı halinde fiilin cezalandırılabilirliği ortadan kalkmaktadır. Bu fiillerin gerçekleştirilmesi mazeret olarak görülmektedir. Suç işleme kastı bulunan ama suç işleme saiki bulunmayan failin, bir tehlikelilik hali de bulunmadığı için cezanın ortadan kalkması yerindedir denilmektedir. Ayrıca kanunun lafzında *suç oluşmamıştır* yerine *ceza verilemez*

²⁸¹ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 185. Suçun unsurları arasında öncelik esasına göre yapılan düzeyli sıralama (ranking) için bkz. *Eser*, in: Justif. Excuse Comp. Perspect. (1987). 22, 62.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 130.

²⁸² Hukuka aykırılığı cezalandırılabilme unsuru ile birlikte değerlendiren görüş ve eleştirisi için bkz. *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 138, 146, 147.

²⁸³ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 192, 194.

²⁸⁴ Aktaran; *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 79.

²⁸⁵ *Erem*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler , Ankara, (1960), s. 397.

²⁸⁶ Aktaran; *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 251; *Erem*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler , Ankara, (1960), s. 397, 398.

ifadesinin kullanılması da aslında fiilin suç sayıldığı ancak hukuka uygunluk nedeni²⁸⁷ dolayısı ile ceza verilmediğinin bir işareti olarak yorumlanmaktadır. Bu sebeplerin hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacak olmasının bir görünümü olarak iştirak halinde ceza sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmektedir.²⁸⁸

Tipikliği (kanuni unsur) suçun unsuru olarak kabul edenler arasında hukuka aykırılığı bu unsurla birlikte değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre, fiilin kanuni tipe uygunluğunun varlığı için fiilde hukuka uygunluğu belirten bir nedenin bulunmaması gerekmektedir. Aksi durumda fiil kanuni tipe uymamaktadır. Bu fikrin savunucularından *Baumgarten*'e göre, hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması anlamına gelmektedir. Kanuni tipe uygunluk ile ilişkili bu menfi unsurun bağımsız olarak varlık göstermesi mümkün değildir.²⁸⁹

Kanaatimizce cezalandırılabilme şartı kurucu unsurlardan olmayıp suçun oluşumundan sonra ortaya çıkan halleri içermektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte değerlendirilmeleri mümkün değildir. Hukuka uygunluk nedenlerinin tipiklik unsuru ile de bağlantısı bulunmamaktadır. İçerisinde sübjektif unsurları da barındıran kanuni tipin ortaya çıkması ile ilişkilendirilmemesi gereken hukuka uygunluk nedenleri objektif niteliktedirler.

²⁸⁷ Yazar hukuka uygunluk nedenleri kurumu bakımından mazeret sebepleri kavramını kullanmaktadır. Ancak yukarıda açıkladığımız sebeplerle karışıklığa sebep olmamak adına hukuka uygunluk nedeni kullanımını tercih ettik.

²⁸⁸ *Erem*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler , Ankara, (1960), s. 397, 398.

²⁸⁹ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 78, 79.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s.3.

III. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ- HAKKIN KULLANILMASI İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak Hakkın Kullanılması

İCK m. 51, yalnızca görevin yerine getirilmesini değil aynı zamanda hakkın kullanılmasını da düzenlemektedir. Türk Hukukunda ise hakkın kullanılması, TCK’da hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin düzenleme sırasına uyarak (1.kanunun hükmü, 2.amirin emri, 3.meşru savunma, 4.zorunluluk hali), eş zamanlı olarak kanuna dahil olduğu ilgilinin rızası ile aynı maddede, hukuka uygunluk nedenlerinin sonunda düzenlenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak ifade etmek gerekir ki çalışma, kanundan kaynaklanan *hakların* kullanılmasını içermemektedir.²⁹⁰ Ancak öğretilerde sıklıkla hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi örnekleri birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Bu konunun çözümü bakımından kurumların niteliklerinin ve farklılıklarının incelenmesi gerekmektedir.

Hakkın kullanılması, Türk Hukukunda Mülga 765 sayılı TCK’nın yürürlüğü döneminde öğretilerde kanunda yer almayan hukuka uygunluk sebepleri arasında incelenmiştir.²⁹¹ 5237 sayılı TCK m. 26 ile kurum açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Bu kapsamda hukuk düzeni tarafından, belli bir kimseye, yetki tanınması suretiyle, buna karşıt olan menfaatlerle karşılaştırıldığında, bir üstünlük tanınmıştır.²⁹² Görevin yerine

²⁹⁰ Bknz. s.37.

²⁹¹ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 35 vd.; *Erem*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1990), s. 5 vd.

²⁹² *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 202.; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 180.

getirilmesinde olduğu gibi bu cezasızlık hali de hukukun bütünlüğü ve hukuk düzeninin kendisi ile çelişmezliğinin (*coerenza e unità dell'ordinamento giuridico* (it.)) gereğidir.²⁹³

Hak²⁹⁴, hukuka uygunluk nedeninin kaynağı olmak bakımından, herhangi bir hukuk dalından kaynaklanabilir ve Anayasa başta olmak üzere kanun ve altındaki hukuk normlarından, mahkeme kararlarından, idari tasarruflardan veya özel hukuk işleminden doğabilir.²⁹⁵ Bu kapsamda hukukun genel ilkelerinin yorum araçlarından olup hakkın kaynağı olamayacağı belirtilmelidir.²⁹⁶ Öğretide hakkın kullanılmasının mesleğin icrası kapsamında da ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir.²⁹⁷ Mesleğin icrası bakımından hakkın kullanılması kurumunun 765 sayılı TCK dönemindeki gelişimine yer verilmelidir.

765 sayılı TCK döneminde, kanunda değişiklik ihtiyacının tespiti sonucunda oluşturulan üç komisyon sonrası, 1989 tarihli Tasarı hazırlanmış ve buradaki bazı hükümler 765 sayılı TCK'ya işlenmiştir. 1999 sonrasında yeni bir komisyon oluşturularak 2001 Tasarısı Adalet Bakanlığı'na sunulmuş, bu tasarı değişiklikler sonrası, 5237 sayılı TCK olarak yürürlüğe girmiştir.²⁹⁸ Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ilk tasarlarda hukuka uygunluk sebepleri adı altında "kanunun hükmünü

²⁹³ *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 530, 531.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale, Milano, (2015), s. 265, 269.

²⁹⁴ *Hirş*(*Hirsch*) tarafından hukuk kavramının "haklar" anlamında kullanımının ve hak kavramının ise "kanun ve adetlerin bütünü veya bütünün bir parçası" olarak nitelendirilmesinin eski bir kullanım olduğu ifade edilmektedir. Yazara göre "hak ve haklar kelimeleri sübjektif iken hukuk tabiri objektif anlamda kullanılmaktadır. Ancak hak kavramının iddia, talep, salahiyet, mezuniyet, müsaade, ruhsat anlamları da bulunmaktadır. (*Hirş*, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, (1949), s. 143).

Çalışma bakımından hak kavramı, salahiyet, mezuniyet, müsaade, ruhsat anlamlarında kullanılmamıştır. Bu anlama gelen kurum, hakkın kullanılması bakımından bir tür yetenek olarak somut olayda bulunması gereken yetki biçiminde anlaşılmalıdır.

²⁹⁵ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, (2021), s. 181.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale, Milano, (2015), s. 265.

²⁹⁶ *Cavallo*, L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato, Napoli, (1939), s. 82., *Erem*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1990), s. 6.

²⁹⁷ *Erem*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1990), s. 10 vd.

²⁹⁸ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593), Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, T.B.M.M. (S. Sayısı: 664), s. 1, 2.

ve amirin emrini icra", "meşru müdafaa", "mecburiyet (zaruret) hali", "hakkın icrası", "mağdurun rızası" düzenlemelerine yer verilmiştir. Kanunlaşamayan tasarıda m. 30 ile düzenlenmiş olan hakkın kullanılması bakımından; “*Bir mesleğin icrasından doğan bir hakkı kullanan kimseye ceza verilmez*” düzenlemesine de yer verilmiştir. Bu tasarı ile mesleğin icrası sayılacak hallere ilişkin örneklere yer verilmiştir. Bu örneklerden *sağlık işleri, spor hareketleri* gibi bazılarının bugün hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağına ilişkin görüşler de sunulan haller olduğu ifade edilmelidir.²⁹⁹ Tasarının hukuka uygunluk nedenleri bakımından düzenlemeleri ile yürürlükteki 5237 sayılı Kanun arasında farklar bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK ile hakkın kullanılması, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında, m. 26 ile düzenlenirken, mesleğin icrası, tanım kapsamına alınmamıştır.

Yürürlükteki TCK m. 26 kapsamında yer alması da 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi mesleğin icrasının hukuka uygun olacağını ifade etmek mümkündür. Ancak bu hallere doğrudan görevin yerine getirilmesi denilmesi mümkün değildir. Çok sayıda düzenlemeden kaynaklanabilecek mesleğin icrası halleri bakımından somut olaya göre bir sınıflandırma yapılması yerinde olacaktır.

2. Görev – Yetki İlişkisi

Hukuk düzeninde hakkını kullanan süjenin *yetkisinin*, görevini yerine getiren süjenin ise *yüküm mükellefiyetinin* bulunduğu³⁰⁰ ifade edilmektedir.

Bir kimseye, yasaklanmış bir fiili işlemesi bakımından, aynı hukuk sistemi içerisinde yetki tanınması veya belirli biçimde davranmasının emredilmesi halinde,

²⁹⁹ Erem, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1990), s. 5, 10.; Ayrıca bkz.

³⁰⁰ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.

işlenen fiilin anti sosyal olmadığı açıktır.³⁰¹ Hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumlarının dayanağını açıklayan, çelişmezlik³⁰² ve hukuk düzeninin bütünlüğü ilkelerine³⁰³ atıfta bulunan bu ifade, iki kurumun farkından çok, benzerliğini ortaya koymaktadır.

Hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin arasındaki ilişkinin bir diğer görünümü, İtalyan Ceza Kanunu düzenlemesindedir. Hakkın kullanılması, 765 sayılı mülga TCK'da yer almayan ancak 5237 sayılı TCK m. 26 ile düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebidir. İtalya'da ise İCK m. 51 ile hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumları birlikte düzenlenmiştir. Bu nedenle 765 sayılı mülga kanun döneminde, Türk doktrininde de mehzaz Kanun etkisi ile İtalyan Hukuku düzenlemesi ve öğretisinden yararlanılarak, iki kurum yakınlaştırılmış ve karşılaştırılmıştır.

Görevin geniş anlamda, hakkın kullanılmasına dahil olduğunu ve görevini yerine getiren kişinin, *görevin yüklediği bir hakkı kullandığı* ifade edilmektedir. Hakkın kullanılmasında kişi, hakkını koruma veya belli bir biçimde hareket etme yükümlülüğü altında değilken; kanun veya meşru emir ile görevlendirilen kişi, görevini yerine getirmek zorundadır denilmektedir.³⁰⁴ “*Mecburen yapılan bir iş, bir fiil, gayrimeşru sayılamaz.*”³⁰⁵ Hukuka uygunluk nedeni olarak görevin yerine getirilmesi kurumu bakımından, ilk olarak “hukuk düzenince yüklenmiş görev” vasfı öne çıkmaktadır. Görev bakımından bir mecburiyet, bir yapmak vazifesinden söz edilmektedir.³⁰⁶ Hakkın kullanılması kurumu bakımından, kişinin sahip olduğu yetkiyle ilişkili olarak, hukuk sistemi hak sahibini hakkını kullanmaya zorlamaz. Hak

³⁰¹ Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 159 vd.

³⁰² Nappi, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 531.

³⁰³ Bknz. s. 35 vd.

³⁰⁴ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.

³⁰⁵ Pisapia/(çev.)Akgüç, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri , Ankara, (1971), s. 140.

³⁰⁶ Görevin yerine getirilmesinin zorunluluğu meselesi için bknz. s. 73

sahibinin belli bir yerde veya zamanda hakkını kullanmaya zorlanması söz konusu olduğunda, burada hakkın değil görevin varlığından söz edilmektedir.³⁰⁷

Bu ayrıma göre, hakkını kullanan kişiden farklı olarak, görevlendirilen kişinin, fiili yerine getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu ölçütün iki kurumu ayırmak bakımından fayda sağlaması mümkündür. Yükümlülük kavramı, ihlalin varlığı halinde bir yaptırımın mümkün olduğuna işaret etmektedir. Görevin yerine getirilmesi bakımından bu durumun örneklendirilmesi de mümkündür. Ancak görevin her durumda yaptırım tehdidini içermek zorunda olduğu söylenemez. Çalışma bakımından uygun bulma biçiminde ortaya çıkan görevlerin de bulunduğu yukarıda açıklanmıştır. Yükümlülük teşkil etmeyen görevler açısından yerine getirmeme halinde yaptırım uygulanmaz.

Görevin yerine getirilmesi kurumu bakımından görev, yükümlülükle eş olmayıp onu da kapsamına alan daha geniş bir anlama sahiptir. İhlalleri yaptırım tehdidi içermeyen görevlerin dahil olduğu bu alan; *hakkın kullanılması kapsamında kullanılan yetki ile görevin yerine getirilmesi kapsamında uygun bulunan fiiller bakımından tanınan yetkinin* birbirine karıştığı bulanık alandır.

Kanaatimizce yalnızca yükümlülük biçimindeki fiiller değil aynı zamanda uygun bulunan fiiller de görevin yerine getirilmesi kurumunun kapsamına dahildir.³⁰⁸ Görevin yerine getirilmesinde sıklıkla örnek olarak verilen (Mülga CMUK m. 127, CMK m. 90) suçüstü halinde herkese tanınan yakalama yetkisi³⁰⁹, bu bakımından önem

³⁰⁷ Cavallo, L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato , Napoli, (1939), s. 61.

³⁰⁸ Kanunun hükmünü yerine getirmenin şartlarından, kanun tarafından verilen yetkinin varlığı şartının, *emir ve müsaade* biçiminde ortaya çıkacağını belirten benzer yaklaşım için bkz. *Çetinkaya*, Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme , İstanbul, (2021), s. 233 vd.

³⁰⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2002/8-331, K. 2003/35, T. 11.3.2003; "Meşhut cürüm sırasında rastlanan veya meşhut cürümden dolayı takip olunan şahsın firarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tutuklama müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalayabilir. CMUK'nun 127. maddesinde sayılan şartlar gerçekleşmiş suçüstü halinde "muvakkaten yakalama" eylemi hukuka uygun olduğundan suç oluşturmaz."

taşımaktadır. Öğretide dikkat çekilen, görevli ve/ veya yetkili olmak³¹⁰ niteliklerinin, hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumlarını ayırmakta bir ölçüt olarak yeterliliği, bu örnek üzerinden değerlendirilebilir.

Kanunun hükmünün yerine getirilmesi bakımından herkese tanınan yakalama yetkisini düzenleyen CMK m. 90, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.³¹¹ Ancak bu hukuka uygunluk nedeninin, görevin yerine getirilmesi olduğu yönünde fikir birliği bulunmamaktadır. Kamusal bir hakkın kullanılması nitelendirmesi de savunulmaktadır.³¹² Herkesin yakalama yetkisi, Alman Hukuku ve İtalyan Hukuku bakımından da hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir.

“*Jedermanns-Paragraph*’—*Everyman’s law (Jedermannsrecht (alm.))*” olarak da ifade edilen, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m. 127 fıkra 1 düzenlemesi, herkese tanınan yakalama yetkisini düzenlemektedir. Suç olmaktan çıkarma eğiliminde, suçtan daha hafif görülen *ordnungswidrigkeiten (alm.) (düzene aykırılıklar*³¹³) bakımından bu yetkinin kullanılmayacağı ifade edilmektedir.³¹⁴ “*Kıta Avrupası ülkelerinin çizgisinden ayrılmayan*”³¹⁵ CMK ile benzerlik taşıyan Alman düzenlemesi; suç işlerken rastlanılan veya suçüstü fiili üzerine izlenen kimsenin kaçma şüphesi bulunması ya da kimliğinin hemen belirlenme ihtimalinin

³¹⁰ Günlük dildeki kullanımlarına bakıldığında, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğünde, görev; “*bir nesne veya bir kimsenin yaptığı iş, işlev, resmî iş, vazife*”; yetki; “*bir görevi, bir işi yasaların verdiği imkânlarla göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, salahiyet, mezuniyet*” olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu, resmi internet sitesi, (E.T. 27.01.2022), “sozluk.gov.tr” Bu tanımlardan özellikle görev ile ilgili olarak, hukuk sistemindeki kullanımından daha geniş bir anlam yüklediği ifade edilebilir.

³¹¹ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 273, 274.

³¹² Uruşak, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması , İstanbul, (2010), s. 12.; Heinrich/(Ed). Ünver, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 336 vd.

³¹³ İçel, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (1984), s. 118.

³¹⁴ Bohlander, Principles of German Criminal Law , Portland, (2009), s. 98.

³¹⁵ “(...) ABD’de yaşanan 11 Eylül 2002 terör saldırıları, Kıt’a Avrupası ülkelerini, ABD ve İngiltere’nin aksine özgürlükçü çizgiden büyük ölçüde ayırmamıştır. Komisyonumuz, Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısını hazırlarken Kıt’a Avrupası ülkelerinin çizgisinden ayrılmamıştır (...)” Adalet Komisyonu Raporu (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/535, 1/292) meclisin resmi internet sayfasında birlikte yer almaktadır), Dönem 22, Yasama Yılı 3, 24. Birleşim, s. 698. TBMM internet sitesi “<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm>” (E.T. 05.10.2019)

bulunmaması halinde yakalama iznine gerek duymaksızın herkese yakalama yetkisi tanımaktadır. Öğretide, herkese tanınan yakalama yetkisi, *kamusal-hukuki hukuka uygunluk nedenleri* üst başlığında “*kamu hukukunun yetki normu verdiği*” diğer hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte değerlendirilmektedir.³¹⁶ Bavyera Yüksek Mahkemesi bir kararında, marketten hırsızlık vakasında tanığın, failin sürücü belgesine bakmasına (kimliğinin tespitini yapmasına) rağmen, failin arabasının anahtarını da almaya çalışarak kaçmasını önleme girişimi bakımından, 127/1’in yalnızca kimlik tespiti için değil aynı zamanda kaçma şüphesi bulunuyorsa, olay mahallinin geçici olarak güvenliğini sağlamak için de yakalama yetkisi tanıdığı yönünde karar vermiştir.³¹⁷ Kaçmayı engellemek veya fail kaçsa bile kimliğin kolayca belirlenmesine yardımcı olmak bakımından pasaporta el koyma ve araba anahtarına el koyma biçiminde geçici el koymalar da madde kapsamında kabul edilmektedir.³¹⁸

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m. 383, kolluk görevlisi veya devlet çalışanı olmayan kimselerin yakalama yetkisini düzenlemektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin *ex ante* kabullerden kaynaklanabildiği ifade edilmektedir. *Marinucci ve Dolcini*, suçüstü halini (*stato di flagranza (it.)*) tanımlayan ve herkesin yakalama yetkisini düzenleyen maddelerin (İCMK m. 382, 383) bu duruma örnek oluşturduğunu tespit etmiştir. Yakalanan süjenin “suçüstü halinde” bulunduğu ve “kaçma riski” taşıdığı durumlarda, yakalamaya karar verecek kişinin, *ex-ante* kabule göre, etkili bir çözüm için kararını derhal vermesi gerekmektedir. Yine bu kabule uygun olarak durdurulan ya da tutulan kimse de haklarını sınırlayan bu müdahaleye katlanmak durumundadır. Adil ve titiz bir soruşturma yürütülmüş olması şartıyla, bu müdahale

³¹⁶ *Heinrich/(Ed). Ünver, Ceza Hukuku Genel Kısım I*, Ankara, (2014), s. 336 vd.

³¹⁷ Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss verkündet am 25.07.2002, Aktenzeichen: 5 St RR 209/02

³¹⁸ *Bohlander, Principles of German Criminal Law*, Portland, (2009), s.99. Yazarın atıfta bulunduğu karar için; *OLG Saarbrücken NJW 1959, 1191; RGSt 8, 288.*

ex post hukuka aykırı kabul edilecek olsa dahi, yakalanan kimse müdahaleye katlanmak zorundadır. Bu müdahalenin *ex ante* olarak meşru kabul edilmesi yanında, hukuk sisteminin bir de *ex post* olarak doğrulama sağladığı ifade edilmektedir. Yakalanan kişinin durumuna ilişkin *ex post* değerlendirmede, açıkça ortaya çıkan ve derhal salıvermeyi gerektiren durum (ör, yanlış kimlik belirleme) (İCMK m. 389) söz konusu ise kişi serbest kalacaktır.³¹⁹ Bu yakalama yetkisi, görevin yerine getirilmesinin görünümüdür. Bu fiiller hukuka uygundur. İCMK m. 385 düzenlemesi, fiilin, görevin yerine getirilmesi kapsamında gerçekleştirildiğinin anlaşıldığı bu hal bakımından, yakalama fiilini gerçekleştiren kimselere yönelik yakalama veya gözaltı yasağı da yaratmaktadır.³²⁰

Suçüstü fiil üzerine yakalama yetkisi, müdahaleye yükümlü olmak anlamına gelmemektedir. İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suça ilişkin olarak, rastlayan kişinin ancak bildirim yükümlülüğünün varlığı tartışılabilir. Suçu bildirme yükümlülüğünün, müdahale yükümlülüğü anlamına gelmeyeceği açıktır. Bu durumda dahi suçu bildirmeme suçunun (TCK m. 278) oluşumu bakımından da kast başta olmak üzere suçun unsurlarının bulunup bulunmadığı her somut durumda değerlendirilir. Yani yakalama yetkisi kullanılmadığında, bir yaptırım tehdidi bulunmamaktadır. Burada kanundan kaynaklı bir emirden ziyade kanun ile bir eylemin yerine getirilmesinin uygun bulunması hali söz konusudur. Emir yoksa, emre itaatsizlik durumunda yaptırım tehdidi de bulunmayacaktır. Görev, suçüstü halde tanınan yakalama yetkisi bakımından, uygun bulunan bir fiil olarak ortaya çıkmaktadır.

Katıldığımız görüşe göre herkese tanınan yakalama yetkisi görevin yerine getirilmesi kurumunun bir görünümüdür. Bu kapsamda kişiye görevin gerekleri ile

³¹⁹ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 294.

³²⁰ *Canestrari/Cornacchia/De Simone*, Manuale di diritto penale parte generale (2007), s. 531, 544.

sınırlı bir tasarruf yetkisi tanınmıştır. Burada hakkın kullanılması kurumunun varlığı söz konusu değildir. Hukuki güvenlik ve belirliliğin bulunduğu bir hukuk devletinde, herkesin dilediği zaman kullanabileceği, dilediği süreliğine dilediği tedbirleri almak üzere sahip olduğu bir yakalama “hakkının” varlığından söz edilemez. Özellikle temel hakların sınırlandırılmasına yönelik müdahalelerin istisna³²¹ olduğu hatırlatılmalıdır. Burada en fazla bir yetkinin varlığı söz konusudur.³²²

Özgürlük, hak, yetki, yükümlülük (ödev) ve görev kavramlarının birbirleriyle ilişkisi yukarıda örnekle açıklanmaya çalışılmışsa da farklı kapsamda kullanılmaları nedeniyle birbirleri karşısındaki konumları çalışma bakımından de değerlendirilmelidir.

Özgürlük ve hak ilişkisi bakımından bir zıtlık söz konusu olmayıp birisi diğerini kapsamına alan iki kavram söz konusudur. 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde özgürlüklere ilişkin olarak yer verilen “(...) *başkasına zarar vermeden her şeyi yapabilme gücü* (...)” tanımı³²³ zarar kavramının belirlenmesine ilişkin sorun ve insan doğasındaki özgürlüğün toplumla sürekli çatışma içerisinde olacağı gerçeği nedeni ile hukuki düzlemde yeniden değerlendirmeyi gerektirmiştir. Özgürlük, bir haktır ancak her hak özgürlük anlamına gelmemektedir.³²⁴ Daha açık

³²¹ “*Hürriyet asıl, sınırlama istisnadır; hürriyet geniş, sınırlama dar yorumlanır*”; bkz. *Gözler*, Anayasa Hukukunun Genel Esasları , Bursa, (2020), s. 98.

³²² Hak, ödev ve özgürlük alanı dışında kalan bazı fiillerin konumlandırılması çabasında benzer çekince için bkz. *Gözler*, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 181, 182, 76, dn. 39; Anayasacılık düşüncesi gereği devletin haklarının olması istisna olarak kabul edilmektedir. Hak ve özgürlüklerin devlet için olmayıp devlete karşı insanları korumak için ortaya çıkmış yapılar olduğu dikkate alınmalıdır. Tüzel kişiler bakımından hak ve özgürlüklerin sahibi olmak asıl olmayıp istisnadır. Özellikle kamu tüzel kişileri bakımından dar yorum yapılmalı ve devletin bir hakka sahip olmadığı konusunda tereddüt bulunuyorsa hakka sahip olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu kapsamda devletin vergi alması veya askere alması halleri “hak” olmayıp olsa olsa “yetki” olarak nitelendirilmelidir denilmektedir. Çalışmada, suçüstü halindeki yakalama fiillerinin bir hak, özgürlük veya ödev olmayıp, hukuk düzeni tarafından uygun bulunan fiiller olarak ortaya çıkabileceği ve bu fiillerin olsa olsa “yakalama yetkisi” kavramı ile ifade edilebileceği görüşüdeyiz.

³²³ 1924 Anayasası’nda da geçtiği belirtilen bu tanım, tek yönlü, dar ve olumsuz bir hürriyet formülü olarak nitelendirilmektedir. *Kapani*’ye göre yoksul olduğu için başkalarının yapabildiği, kendisinin de yapmak istediği şeyleri yapamayan bir kişi, sırf başkasına zarar vermediği için sokakta aç yattığında hür sayılmayacaktır. *Kapani*, Kamu Hürriyetleri , Ankara, (2013), s. 5.

³²⁴ *Akın*, Kamu Hukuku , İstanbul, (1980), s. 264.; *Mumcu/Küzeci*, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri , Ankara, (2007), s. 14 vd.; *Kaboğlu*, Özgürlükler Hukuku 1 , Ankara, (2013), s. 13.

ifade ile hakkın maddi içeriği özgürlüktür. Özgürlük haktan daha geniş, hukuktan kaynaklanmayan ve hukuktan önce olan bir kavramdır. Özgürlük doğuştan gelirken; hak olarak nitelendirilen insan fiilleri, hukuk düzeni tarafından korunmalıdır.³²⁵ Hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin konusu, maddi içeriği özgürlük olan ve hukuk düzeni tarafından korunan haklardır.

B. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ- “RIZA” İLİŞKİSİ

1. Genel Olarak Rıza

765 sayılı Mülga TCK ile düzenlenmiş olan rıza, 5237 sayılı TCK m. 26/2 ile açıkça düzenlenmiştir. Madde düzenlemesi bir tanım içermese de rıza kurumunun şartlarına ilişkin bir açıklama içermektedir; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*”.

Bu kapsamda rıza;

-*mutlak surette tasarruf edilen haklara ilişkin olmalıdır*; Öğretide, devletin bireyin serbestçe yararlanmasını garanti altına aldığı hakların bu kapsamda olduğu, bu nedenle örneğin devletin menfaatini ihlal eden suçlar bakımından veya aile düzenine karşı suçlar bakımından rızanın geçerli olamayacağı ifade edilmektedir. Malvarlığı üzerindeki haklar mutlak tasarruf edilebilir haklardan iken, hayat hakkı ise tasarruf edilemez haklardandır.³²⁶

- *açıklanan rıza geçerli olmalıdır*; Rıza göstermeye yetkili olan kişi, bu rıza için ehil olmalı, rızaya yönelik iradesi hata, hile vb. nedenlerle sakatlanmamış olmalı,

³²⁵ *Gözler*, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 66 vd.

³²⁶ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 186, 187, 188.; *Ekici Şahin*, Ceza Hukukunda Rıza , İstanbul, (2012), s. 112 vd.

sonradan ortadan kalkmamış olmalıdır. Rızanın şekli önem taşımamaktadır; sözle, yazıyla veya işaretle rıza mümkündür.³²⁷

Bu özellikleri ve kanunun açıklamalarını içeren bir tanım mümkündür.

“Rıza, rıza gösterme ehliyet ve yetkisine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiili kabul etmesi, onaylamasıdır.”³²⁸

2. Tasarruf Yetkisinin Mutlaklığı- Sınırlılığı

Görevin yerine getirilmesinin failin uygun bulması biçiminde ortaya çıktığı hallerle rıza hukuka uygunluk nedeni karşılaştırılmalıdır.

Tıbbi müdahaleler ve spor faaliyetleri gibi bazı somut örnekler bakımından³²⁹ öğretide hem görevin yerine getirilmesi hem de rıza hukuka uygunluk nedeni nitelendirmesi yapılmaktadır. Anılan örneklerin, süjelerin karşılıklı fiillerinin değerlendirilmesini gerektiren kendilerine özgü yapılar olmaları nedeniyle, nitelendirmesi bakımından da farklı görüşler bulunmaktadır. İlk bakışta ortaya çıktığı üzere, örneklerde rıza gösteren ve görevi yerine getiren kişi arasında bir ilişki veya benzerlik bulunmamaktadır. Tıbbi müdahale ve spor faaliyetlerine katılan kimselerin her birisi bakımından hukuka uygunluk nedeninin dayanağının araştırılması çabası bu karışıklığı doğurmaktadır.³³⁰ Ancak özellikle hukuka uygunluk nedenlerinin kaynağını

³²⁷ Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 192 vd.

³²⁸ Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza , İstanbul, (2012), s. 7.

³²⁹ Bknz. Dn. 338

³³⁰ Tıbbi müdahalede bulunulması fiillerinin hukuka uygunluğunun, hastanın rızasından kaynaklanabileceği gibi (yazar mağdurun rızasından daha geniş anlamda bir kavram olarak “iradeyi esas alan görüşler” kullanımını tercih etmiş mağdurun rızasının alınmadığı halleri de kapsama almıştır), hekimin yerine getirdiği görev nedeniyle de ortaya çıkabileceği öğretide savunulmaktadır. Bknz. Erman, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu , Ankara, (2003), s. 53 vd.

açıklayan görüşler bakımından³³¹ rıza ve görevin yerine getirilmesi kurumları birbirinden oldukça farklıdır.

Hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumları arasındaki ilişki kaynağın benzerliği nedeniyle kurulurken; görevin yerine getirilmesi ve rıza karşılaştırılmasında, ilişki, hukuken korunan menfaatin tehlikeye girmesine veya zarar görmesine rıza gösterenin hukuk normu veya hak sahibi olması noktasında değildir. Hukuk düzenince kişiye kamu hukukundan kaynaklı bir yetki tanınması suretiyle bu kapsamda gerçekleştirilmiş ve bu nedenle uygun bulunan fiillerin, rıza veya hakkın kullanılmasının görünümü olmayıp görevin kapsamında olduğu yukarıda açıklanmıştır.

Uygun bulma, rıza gösterme kriteri bir tarafa bırakıldığında, iki kurumun, tasarrufta bulunma yetkisi bakımından bir karşılaştırmanın konusu yapılması mümkündür.

Rıza hukuka uygunluk nedeni bakımından, hak ve mutlak tasarruf yetkisinin varlığından söz edilmektedir. Görevin yerine getirilmesinde ise görevle bağlantılı olarak, ceza tehdidi ile korunan hukuki menfaatlere müdahalenin uygun bulunması ve görevin şartları ile sınırlı bir tasarruf yetkisi söz konusudur. Görevin yerine getirilmesinde, kişi, kendisine yüklenen görevden kaynaklı bir çerçeve içerisinde tasarrufta bulunurken; rızada kişinin mutlak tasarruf yetkisine sahip olduğu bir özgürlük alanı bulunmaktadır.

Tıbbi müdahaleler bakımından, görevin yerine getirilmesi nitelendirmesi yanında, fiillerin hukuka uygunluğunun kaynağı olarak rıza hukuka uygunluk nedeni

³³¹ Bknz. *Hukuka uygunluk nedeninin dayanağına ilişkin yaklaşımlar s.*

değerlendirmesi de yapılmaktadır.³³² Rıza ve görevin yerine getirilmesi ilişkisinin örnek üzerinden değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Tıbbi müdahalenin kapsamı belirlenmeden hukuki niteliğinin belirlenmesi mümkün değildir. Tıbbi müdahale, hukuki bakış açısından, kişi dokunulmazlığına müdahaledir. Bu müdahalenin, olası suç fiilinin kusurluluk unsuru üzerinde etki doğurduğu görüşleri³³³ bulursa da kanaatimizce tıbbi müdahalede bulunulması, fiilin hukuka aykırılığının oluşmasına engel olmaktadır. Ancak hukuka uygunluk nedeni görüşleri arasında da ihtilaf bulunmaktadır.³³⁴

Tıbbi müdahale kavramının çok geniş bir kapsamının bulunması, kurumun hukuki niteliği bakımından farklı görüşlerin sunulmasına neden olmaktadır. Örneğin, *Erem*, aşılacak zorunluluğu gibi, kanunun bireylere bir tedavi veya hastalıktan korunma zorunluluğu yüklediği hallerde, bu uygulamayı yapanların kanunun hükmünü yerine getirme kapsamında hareket ettiklerini ifade etmektedir.³³⁵ Acil durumlarda tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü yükleyen, hala yürürlükteki Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 3/1 yine görevin yerine getirilmesinin görünüş biçimidir.³³⁶ Bu görevlendirmeler bakımından hekimin tasarrufta bulunmak üzere yetkilendirildiği açıktır. Bu yetki mutlak bir tasarruf yetkisi değildir. Hekimin, istediği müdahalede bulunma yetkisi bulunmamaktadır. İki durum bakımından da rızanın söz konusu olmadığı ve görevin yerine getirilmesinin şartlarının oluştuğu kanaatindeyiz.

Anayasa m. 17 ile düzenlenen kişi dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı kapsamında; “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında,*

³³² *Bayraktar*, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu , İstanbul, (1972), s. 89 vd.; *Erman*, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu , Ankara, (2003), s. 53 vd.

³³³ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 55.; *Gökcan*, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk , Ankara, (2017), s. 585.

³³⁴ *Önder*, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 238 vd. ;*Erman*, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu , Ankara, (2003), s. 48 vd.

³³⁵ *Erem*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler , Ankara, (1960), s. 399.

³³⁶ *Bayraktar*, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu , İstanbul, (1972), s. 105.

kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” Tarafı olduğumuz ilgili uluslararası sözleşmeler de insan haysiyetini ve bütünlüğünün ayırım yapılmaksızın korunması bakımından iç hukukumuzun bir parçasıdır.³³⁷

Hastanın rızasının bulunmadığı ve acil müdahale veya ameliyat gereken halde tıbbi müdahalenin hukuki niteliği değerlendirilmektedir. Alman hukukunda “varsayılan rıza”³³⁸ hukuka uygunluk nedeni üzerinden tartışılan ihtimal, İtalyan Hukuku bakımından görevin yerine getirilmesi kapsamında ele alınmaktadır.

Kanaatimizce tıbbi müdahale kavramının içerisindeki her fiilin kendine özgü şartları bulunmaktadır. Torba bir başlık olarak tıbbi müdahalenin hangi hukuka uygunluk nedenine karşılık geldiğini belirlemek imkansızdır. Kendine özgü hukuka uygunluk nedeni³³⁹, görüşlerinin sunulması da bu durumun bir delilidir. Somut olay bakımından hukuka uygunluk nedeni değerlendirilmesinin yapılması gerektiği görüşünderiz.

³³⁷ Bknz. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesini ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

³³⁸ *Heinrich/(Ed). Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 311 vd.

³³⁹ *Erman*, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu , Ankara, (2003), s. 71, 72.

İKİNCİ BÖLÜM

KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME

I. GENEL OLARAK

Türk Ceza Hukukunda hukuka uygunluk nedenleri üzerine yapılan değerlendirmelerin, Alman ve İtalyan Hukukları dışarıda tutularak izlenmesi mümkün değildir. 765 sayılı Mülga TCK bakımından mehzaz kanun İtalya düzenlemesidir. 5237 sayılı TCK, bu düzenlemelerden ayrılmamıştır. Ancak Alman Hukuku yaklaşımlarından da etkilenmiştir. Bu melezliğin etkileri yalnızca öğretilerde değil, içtihatlarda da gözlenmektedir.

İtalyan Hukuku'nda görevin yerine getirilmesi kurumu, İtalyan Ceza Kanunu Genel Hükümler kitabında, *hakkın kullanılması veya görevin yerine getirilmesi* başlığı ile düzenlenen 51'inci maddede yer almaktadır. İCK m. 51 ilk fıkrasından çıkarılacak sonuca göre, görevin yerine getirilmesi, hukuki bir norm veya amirin hukuka uygun emrinden kaynaklanmaktadır.³⁴⁰ İCK m. 51/1 düzenlemesi, süjeye belli bir biçimde davranma ödevi yüklemekte, aksi davranış suça vücut vermektedir. Fiilin hukuka aykırılığının bulunmaması nedeniyle cezasızlık sonucu doğmaktadır.³⁴¹

Alman Ceza Kanunu'nda İCK m. 51'e karşılık gelen ve görevin yerine getirilmesini doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Görevin yerine getirilmesinin, Alman hukuku bakımından, açıkça düzenlenmemiş ancak tanınan bir

³⁴⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 29.

³⁴¹ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 197.; *Bettiol*, Diritto penale parte generale , Padova, (1976), s. 312 vd.; *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 373 vd.; *Canestrari/Cornacchia/De Simone*, Manuale di diritto penale parte generale (2007), s. 543 vd.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 23, Dn. 5.; *Cadoppi/Canestrari/Manna/Papa*, Trattato di diritto penale, parte generale vol II, il reato (2012), s. 318 vd.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s.268, 270.; *Pulitanò*, Diritto Penale , Torino, (2020), s. 210.

hukuka uygunluk nedeni olduğu ifade edilebilir.³⁴² Bu hukuka uygunluk nedeninin Alman Hukukunda varlığını, yargı kararlarına da yansıyan başka bir ilke olan; “kaynağı önem taşımaksızın, (federal düzeyde) yürürlükte bulunan tüm normları kapsayan hukuk düzeninin birliği prensibi”³⁴³ ile teyit etmek mümkündür. Hukuk düzeninin birliği (*einheit der rechtsordnung (alm.)*) ilkesine göre, özel hukukta izin verilenlere ceza hukuku bakımından da izin verilmektedir ve bunun tam tersi de geçerlidir.³⁴⁴ Bu prensibin konumuzu ilgilendiren bir diğer görünümü ise ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkan hallerin, yine tüm hukuk sisteminden kaynaklanabilecek olmasıdır.³⁴⁵

Kaynağın hukuk olduğu görevin yerine getirilmesi hali, Alman hukukunda, genel hükümlerde veya öğretide yukarıda da değinildiği üzere bu üst başlık altında incelenmemektedir. Ancak kanunun hükmünü yerine getirmenin klasik örneklerinden olan; kolluk dışındaki kişilerin yakalama yetkisi (StPO 127/1)³⁴⁶ ile icra memurunun arama ve haciz yetkisi³⁴⁷ (ZPO 758, 808) açıkça düzenlenmiştir. Alman doktrininde ve içtihatlarında amirin meşru emrinin yerine getirilmesinin hukuka uygunluğu da tanınmaktadır. Bu yüzden, amirinden aldığı meşru bir emri hukuka uygun biçimde yerine getiren astın fiili, hukuka uygundur. Tamamen meşru bir emir bağlayıcıdır ve bu nedenle asta buna itaat ödevini yükler.³⁴⁸

³⁴² *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 129, Dn. 14.

³⁴³ BGHSt 11, 244.; aktaran *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 41.

³⁴⁴ *Bohlander*, Principles of German Criminal Law , Portland, (2009), s. 79.

³⁴⁵ *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 41.

³⁴⁶ *Roxin*, Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell’illecito penale, a cura di Sergio Moccia (1996), s. 48.; *Bohlander*, Principles of German Criminal Law , Portland, (2009), s. 98 vd.; *Ambos/Bock*, in: Gen. Defences Crim. Law, Domest. Comp. Perspect. (2014). 238, 239., *Heinrich/(Ed). Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 329 vd.; *Robbers*, An Introduction to German Law (2016), s. 123, para. 470.

³⁴⁷ *Heinrich/(Ed). Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s.336, para 509.

³⁴⁸ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 129.

Kurumun Türk Hukukunda TCK m. 24 ile açıkça düzenlendiğini, düzenlemenin yapısını ve hukuki niteliğini yukarıda açıklamıştık. Aşağıda kurumun şartlarını ve bir hukuka uygunluk nedeni olarak görevin yerine getirilmesi halinde hata ve sınırın aşılması halleri değerlendirilecektir. Çalışma planı bakımından hata ve sınırın aşılması hallerinde amirin emrine ilişkin örneklere de yer verilebilmesi adına ilgili başlıklar amirin emri bölümünün sonuna eklenmiştir.

II. ŞARTLAR

A. BİR “KANUN” HÜKMÜNÜN VARLIĞI

1. Kanun Teriminden Neyin Anlaşılması Gerektiği

a. Kanun Teriminin Geniş Yorumlanması

Türk Hukukundaki düzenlemede tercih edilen *kanun* kavramının kapsamının belirlenmesi, hukuka uygunluk nedeninin sınırlarının çizilmesi bakımından zorunluluktur. Kanun ifadesinin, *yazılı hukuk kuralı* olarak anlaşılması gerektiği görüşü³⁴⁹ yanında, İtalyan Ceza Kanunu’nda ifade edildiği üzere *hukuk normu* anlamını taşıdığı da ifade edilmektedir.³⁵⁰ Teamüller bakımından açıkça kapsam dışı bırakma söz konusu olmasa da öğretide sayma yoluyla belirtilen kaynaklar arasında yazılı olmayan hukuk kurallarına yer verilmemektedir.³⁵¹ Yazılı hukuk kurallarının

³⁴⁹ Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler) , Ankara, (2005), s. 343.; Kayıhan, İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016, s. 317.; Bahri, Öztürk; M.R. Erdem; V.Ö. Özbek, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 1998, s. 203 vd., Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, (2005), s. 300.; Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 481.; Hakeri, Ceza Hukuku , Ankara, (2019), s. 312 (Yazar, kanun ifadesinin hukuk kuralı olarak anlaşılması gerektiğini belirtse de teamülü dışlayan biçimde, “yerine getirilen hükmün mutlaka ceza kanununda yer alması gerekmediği gibi, kanun şeklinde olmayan diğer metinlerde yer alması da mümkündür” demektedir.)

³⁵⁰ Toroslu- Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (2021), s.162.

³⁵¹ Toroslu-Toroslu, kanunun hükmünün açıklandığı bölümde açıkça yer vermese de örf adetini incelediği bölümde “örf -adet vasıtasıyla yeni hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu ortadan

kapsamı bakımından ise TCK'da yer alan bir hüküm (ör, TCK m. 232/2, 279, 280) ile diğer kanunlarda yer alan bir hüküm (ör; CMK m. 62, 90, TMK m. 267) arasında fark bulunmayacağı gibi³⁵², dar anlamda kanun niteliğinde olmasalar da düzenleyici işlemler³⁵³ de “kanun” deyiminin kapsamındadır.³⁵⁴ Genelgeler bakımından ise belirlilik yoktur. Genelgelerin yetkili merci emri mi kanun hükmü mü olduğunun tespiti, özellikle konusu suç teşkil eden emirlerden kaynaklanan cezai sorumluluk bakımından önem taşımaktadır. Genelgeler de soyutluk ve genellik özelliklerine sahip hukuki norm kaynağı olarak, kanunun hükmünü yerine getirme bakımından “kanun” kavramına dahil olmalıdır.³⁵⁵

Görevin kaynağı olarak “kanun” kavramının, Türk Hukukunda da “hukuki norm” olarak değerlendirilmesi karşısında, İtalyan öğretisindeki tartışmalara yer verilmesinde fayda bulunmaktadır.

İtalyan doktrininde *hukuki norm* ifadesinin madde kapsamındaki anlamı bakımından yazarlar arasında farklı görüşler bulunmaktadır. Tartışma, hukuka uygunluk nedeninin kaynağına ilişkin olup hangi normların kaynaklık teşkil edebileceği ve kanunun tekelciliği ilkesinin uygulanabilirliği meselelerinde yoğunlaşmaktadır³⁵⁶ Bazı yazarlar, cezayı ortadan kaldıran normlar bakımından kanunilik ilkesinin katı biçimde uygulanması gerektiği görüşündedir.³⁵⁷ Diğer bir

kaldıran nedenler doğabilir” demektedir. Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 52.

³⁵² *Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 95.*

³⁵³ Tüzüklere ilişkin Anayasa madde 115, 21/1/2017 tarih 6771 sayılı Kanun m.16 ile mülga edilmiş, *KHK/700 Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname* (7 Temmuz 2018 Tarihli ve 30471 Sayılı Resmî Gazete- 2. Mükerrer) ile “tüzük” ibarelerinin bir kısmı mevzuattan tamamen çıkarılmış, bir kısmı ise Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelik, diğer mevzuat vb. ibarelerle değiştirilmiştir.

³⁵⁴ *İçel, Suç Teorisi , İstanbul, (1999), s. 118-119; Toroslu- Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (2021), s. 162., İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler , İstanbul, (2016), s. 317.*

³⁵⁵ *Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 239.*

³⁵⁶ *Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30.*

³⁵⁷ *Nappi, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 539.; Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30.*

görüŖ, hukuka uygunluk nedenlerine iliŖkin düzenlemelerin, suç ve ceza içeren normlardan olmamaları bakımından, kanunun tekelciliği ilkesi ve kıyas yasağına tabi olmaması gerektiğini ifade etmektedir.³⁵⁸ Bazı yazarlarca, İtalyan Anayasası madde 25/2³⁵⁹ ile çatıŖma probleminin bulunmadığı, zira İCK m. 51 ile kanunun tekelciliği ilkesini dikkate alan bir düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir.³⁶⁰ Görevin herhangi bir hukuki norma dayanabileceği açıkça belirtildiği için görevin yerine getirilmesi kurumu özelinde, bazı yazarlar kaynağın normlar hiyerarŖisinde altta yer alan hukuki normlar da olabileceği görüşündedir.³⁶¹ Bu çizgide, İtalyan Anayasası m. 25 ile düzenlenen kanunun tekelciliğinin, özel olarak cezai karakteri bulunmayan hukuka uygunluk nedenlerini kapsamadığı da ifade edilmektedir.³⁶² İCK'nın *hukuki norma dayanan görev* ifadesini kullanmıŖ olması ile kaynak, kanun dıŖındaki normları da kapsayacak biçimde, geniŖ anlamda anlaŖılmalıdır.³⁶³ Hukuka uygunluk nedeni olan görev yalnızca kanundan değil kanun gücündeki düzenlemelerden de (*decreto legislativo, decreto-legge (it.) / KHK*) kaynaklanır. Hatta hiyerarŖik olarak yasa altında kalan yönetmelik (*regolamento(it.)*) benzeri düzenlemelerden de kaynaklanabilir.³⁶⁴ Öğretide ve içtihatlarda, görevin yerine getirilmesinin, mahkeme içtihatları, idarenin eylemleri veya hukuki işlemlerden kaynaklanması ihtimalleri de

³⁵⁸ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30. Hukuka uygunluk nedenlerinin teamül veya bir idari işleme dayanabileceğine iliŖkin Alman Hukuku üzerine çalıŖma için bkz. *Heinrich/(Ed). Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 199., *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 342.; *Garofoli*, Manuale di diritto penale parte generale (2011), s. 701. Kıyasın lehe veya aleyhe olması önem taşımaksızın yapılamayacağı yönünde ayrıca bkz. *Çetin*, Türk Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas , Ankara, (2014), s. 99 vd.

³⁵⁹ *İtalyan Anayasası m. 25/2*; "Kimse, fiilin işlenmesinden önce yürürlüğe girmiş bulunan kanuna binaen olmadıkça, cezalandırılmaz". 1982 Anayasası m. 38/1'in ilk cümlesi, bu hükümlerle benzerlik taşımaktadır.

Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz;
³⁶⁰ *Romano*, Commentario sistematico del codice penale I art. 1-84 , Milano, (1987), s. 463.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30.

³⁶¹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30.

³⁶² *a.g.e.* s. 31. Dipnot 34.

³⁶³ *A.g.e.* s. 31 In questo senso si è altresì espressa la giurisprudenza: cfr., ad es., Cass. Pen., sez.V., 15 novembre 1968, cit.

³⁶⁴ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 269.

kabul edilmektedir.³⁶⁵ Ancak genel ve soyut olmayan mahkeme içtihatları, idarenin eylemleri ve hukuki işlemler, görevin kaynağı olabilirse de bunlar kanaatimizce amirin emri kapsamında değerlendirilmelidir.

Tartışmaların yoğunlaştığı kıyas yasağının uygulanmasında sakınca bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, hukuka uygunluk nedenleri bakımından bu yasağın etkisi belirlenmelidir. Kıyas yasağının sonucu olarak, yeni bir suç tipinin benzetme yoluyla yaratılması dışında mevcut suç tipinin etki alanının genişletilmesi de yasaklanmaktadır. Bu yasağın kapsamına hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanının daraltılması da girmektedir.³⁶⁶ Bu nedenle kıyas yasağının kanunun hükmü hukuka uygunluk nedeni bakımından alt dereceli normların uygulanmasını engelleyen etki doğuracağı çekincesine katılmamaktayız.

Hukuki norm kavramının sadece normatif bir yapıyı kapsamadığını savunan görüşe göre, kanunun tekerciliği ilkesi, istisnalar da dikkate alındığında mutlak olarak uygulanmamalıdır ancak elbette bu ilke hukuki norm kavramı ile ilgilidir. Bu nedenle normlar hiyerarşisi dikkate alınmalıdır.³⁶⁷ Kanun dışında, kanuna uygun düzenleyici işlemler ve yorumlayıcı teamüllerin (*consuetudo secundum legem (lat.)*) de görevin kaynağı olabileceği savunulmaktadır.³⁶⁸ Görevin yerine getirilmesinin cezasızlıkla sonuçlanabilmesi için bunun kaynağının hukuk olması bir zorunluluktur. Ahlaki veya sosyal ödevlerin yerine getirilmesine bu sonuç bağlanamaz.³⁶⁹ Hukuki bir norma

³⁶⁵ Nappi, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 540. Yazar tarafından aktarılan karar; Cass. Sez. III, 08.11.1966, Bargagna, 103199

³⁶⁶ Erdem/Öztürk, Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku , Ankara, (2021), s. 48.

³⁶⁷ Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 31.

³⁶⁸ Maggiore, Pirincipi di diritto penale - vol.I parte generale , Bologna, (1939), s. 263.; Mantovani, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 235, 236.

³⁶⁹ Aksi uygulama; İtalyan mahkemesi, vatandaşlık ödevinin, İCK m.51 ile düzenlenen görevin bir parçası olarak değerlendirilebileceği sonucuna varmış ve onu tanımlamıştır: Vatandaşlık ödevi, kendisini toplumun iyiliği için olan ve kendisi için düşündüğünün aynı yönde olmadığı durumda bulan vatandaşın, bu durumundan kaynaklanan ahlaki bir yükümlülüktür: Cass. Pen., sez. V, 15 novembre 1968, in Giust. pen., 1969, II, 971., kararı aktaran, Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 28, dn. 27.

dayanan görev, belirli bir harekette bulunma veya belirli bir hareketten kaçınmayı konu edinmeli ve kapsamındaki fiil gerçekleştirildiğinde bir suça karşılık gelmelidir.³⁷⁰

b. Görevin Kaynağı Olarak Anayasa Normları

Görevin ilk kaynağı, haklar ve özgürlükler tanıyan anayasa normlarıdır. Belli bir şekilde davranmak bir kanun ile yasaklanmış iken aynı hukuk sisteminin anayasası ile bu yasak ile çelişen bir görev yüklenmişse, görevin yerine getirilmesi kurumu söz konusudur.

Anayasa normlarının doğrudan uygulanabilirliği konusu, temel hakların³⁷¹ dikey ve yatay etkisi ile ilişkilidir. Hukuki normun içeriği bakımından, görevin Anayasa'dan kaynaklanabilmesi uygulamada karşılık bulmaktadır. İtalya'da siyasi kampanyalara da konu edilen ünlü Welby davasında Roma Mahkemesi (G.U.P. del Tribunale di Roma) 23.07.2007 tarihli, 2049 numaralı kararında (yayınlanmış karar; Foro it., 2008, II, 105) doktorun Welby Piergiorgio isimli bilinçli iken tedaviyi reddeden hastasının hayatta kalmasını sağlayan respiratörü çekmesi fiilini, hastaya medikal ve cerrahi tedavilerin zorla uygulanamayacağına ilişkin İtalyan Anayasası m. 32/2³⁷²'ye atıfta bulunarak, Anayasa'dan kaynaklı görevin yerine getirilmesi olarak değerlendirmiştir.³⁷³ Kararda kaynağın Anayasa olduğu açıkça belirtilmiştir: “ (...)

³⁷⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 28, dn.28.

³⁷¹ Çalışmada “*insan hakları kavramı, gerçekleşmesi devlete bağlı olmayan, insan olmaktan kaynaklanan hakların karşılığı olarak; temel haklar, şekli bir değer biçme ile Anayasa ile düzenlenen haklar bakımından; kamu özgürlükleri ise kanun veya Anayasa ile tanınan özgürlükler olarak tercih edilmektedir.*” ; (ed.) *Dağsalı/Duysak*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurult. 2020, s. 413.

³⁷² İtalyan Anayasası m. 32/2; “*Kanunda yazılı haller dışında kimse tıbbi tedavi uygulamalarına zorlanamaz. Hiçbir koşulda kanun, insan haysiyetine ilişkin sınırları ihlal edemez.*”

³⁷³ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.29, Dn.29.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 269. Ayrıca bkz. *Canestrati*, I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio,

(https://www.biodiritto.org/content/download/3612/43709/file/CANESTRARI_I_tormenti_del_corpo_e_le_ferite_dell'anima.pdf), s.4. (E.T. 25.02.2022), (15 Mart 2019 tarihinde İtalya Cumhuriyet Senatosu'nda düzenlenen yardımcı intiharı konu edinen seminerde sunulan ilgili bildirin basılı hali için

*Doktorun görevinin kaynağı, ilk başta ceza hukukunun hiyerarşik olarak en üstte yer alan kaynağı olan, Anayasa normunda yer almaktadır ve yukarıda belirtildiği üzere anılan hukuka uygunluk nedeninin geçerliliği, hukuk sisteminin bir yanda hak tanıyıp öte tarafta yerine getirilmesini cezalandıramayacak olması karşısında, bu çelişmenin giderilmesi ihtiyacı ile meşruiyet kazanmaktadır.(...)*³⁷⁴

Türk hukuku bakımından da Anayasa normlarının görevin kaynağı olarak ortaya çıkabilmesi teorik olarak mümkündür. Anayasal normlar yalnızca kamu gücü kullanan yönetenler değil yönetilenler bakımından da etkilidir.³⁷⁵

c. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Etkisi Doğuran

Görevler Bakımından Görevin Kaynağı

i. Şekli Kanununun Anlaşılması Zorunluluğu

Kanundan kaynaklanan görevin yerine getirilmesinin kanunun hukuk normu olarak anlaşılması gerektiğini yukarıda açıklamıştık. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahale içeren görevlerin yerine getirilmesi halinde, görevin şekli anlamda kanundan kaynaklanması zorunluluğu bulunmaktadır. Çünkü Anayasa m. 13'e göre: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

Görevin yerine getirilmesi halinde ceza yaptırımını ile korunan hukuki menfaatin zarar görmesi söz konusudur. Fiil, suç oluşturması gerekirken görevin yerine

bknz.; Il caso Cappato: riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 a cura di F.S. Marini e C. Cupelli, ESI, Napoli 2019)

³⁷⁴ GUP, T. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, s. 48., (E.T. (25.02.2022)

(https://www.biodiritto.org/ocmultibinary/download/3107/30178/7/2764e5ecbc74ca48c2df050a963d6764.pdf/file/sentenza_welby_17-10-2007.pdf)

³⁷⁵Anayasal normlarda yatay etki teorisinde doğrudanlık ve dolaylılık kavramlarıyla ilgili olarak bknz. *Dönmezkuş, Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, İstanbul, (2021), s. 28 vd.

getirilmesi kapsamında olduğu için hukuka uygundur. Suç ile korunan hukuki menfaatin aynı zamanda temel hak niteliğinde olması halinde bir genelge ile verilen görevin yerine getirilmesi, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir. Örneğin seyahat özgürlüğü bir genelge ile kısıtlanmışsa, genelgedeki görevi yerine getiren memur, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanmayacaktır.³⁷⁶

Temel hakların olağan dönemde sınırlanmasına ilişkin Anayasa m. 13 sistemine göre, sınırlama sadece kanun ile yapılmalıdır. Bu tercihin çeşitli sebepleri ve faydaları bulunmaktadır. Bu kural ile hak ve özgürlükler yürütme organına karşı korunmaktadır. Sınırlama yetkisinin yalnızca yasamaya bırakılması, halkın seçtiği demokratik meşruiyete sahip bir organa sınırlama yapma tekeli bırakmaktadır. Yasama faaliyetlerinin açık yürütülmesi nedeniyle kamuoyu denetimi de sağlanmış olmaktadır. Yasama faaliyetinin çelişme usulüne izin vermesi nedeniyle sınırlama getirmeyi amaçlayan düzenleme üzerinde tartışılma imkânı yaratılmış olur. Önceden ilan edilen taslaklarla neyin yasaklandığı neyin serbest olduğu takip edilebilir. Kanunların genel kurallar koyması nedeniyle de sınırlamanın objektifliği sağlanır.³⁷⁷

ii. Kanunun Açıklığı İlkesi

Hukuki düzenlemeler ile belirlenen her görev bir menfaatin ihlali değildir. Ancak hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirdiğimiz görevler yukarıda açıklandığı gibi esasen hukuk düzenince korunan bir menfaate zarar vermektedir. Bu nedenle düzenlemenin kaynağı kadar açıklığı da önem taşımaktadır. Görevi yerine getiren kimsenin yetkisinin sınırları belirli olmalıdır.

³⁷⁶Korona virüs salgınıyla mücadele için alınan tedbirler hukuka uygunluğu değerlendirmesi için bkz. Gözler, „Yazık, Konstitüsyon Bitti!“ (Makalelerim 2020) , Bursa, (2021), s. 55-73.

³⁷⁷Kapani, Kamu Hürriyetleri , Ankara, (2013), s. 230 vd.; Gözler, İnsan Hakları Hukuku , Bursa, (2020), s. 226.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına neden olan görevin kaynağı olarak kanun incelenirken iki açıdan inceleme yapılmalıdır. Bir tarafta Ceza Hukuku perspektifinden bakıldığında failin lehine olması halinde kanunilik ilkesinin katı biçimde uygulanmayacağı yaklaşımı, diğer tarafta ise Anayasa Hukuku bakış açısından temel hakların şekli anlamda kanun ile sınırlandırılması güvencesi yer almaktadır.

Cezayı ortadan kaldıran normlar bakımından kanunilik ilkesinin uygulanması gerekliliğine ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Katı biçimde uygulanması gerektiği görüşü³⁷⁸ karşısında, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin düzenlemelerin, kanunun tekelciliği ilkesi ve kıyas yasağına tabi olmaması gerektiği savunulmaktadır.³⁷⁹ Ceza hukukunda kanunilik ilkesinin (Anayasa m. 38) bir sonucu olarak, kıyas yasağı söz konusudur.³⁸⁰ Kıyas faaliyeti, yazılı bir hukuk kuralından yola çıkmayı gerektirmesi nedeniyle kanunun açıklığı ilkesi³⁸¹ ile ilişkilidir. Bu yasağın hâkimin keyfi biçimde açıkça öngörülen haller dışında ceza vermesini önleme amacı taşımaktadır. TCK düzenlemesinin yalnızca suç ve ceza içeren normlara ilişkin kıyas yasağı yaratması nedeniyle, öğretide suç ve cezayı ortadan kaldıran, failin lehine hükümler bakımından kıyasın mümkün olduğu değerlendirilmektedir.³⁸² Bu görüşe katılmaktayız. Ancak görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından aynı zamanda bir temel hakkın sınırlanması söz konusu olduğunda,

³⁷⁸ *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 539.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30.

³⁷⁹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30. Dn.31. Hukuka uygunluk nedenlerinin teamül veya bir idari işleme dayanabileceğine ilişkin Alman Hukuku üzerine çalışma için bkz. *Heinrich*/(Ed). *Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 199., *Palazzo*, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 342.; *Garofoli*, Manuale di diritto penale parte generale (2011), s. 701.

³⁸⁰ TCK m. 2/3; “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

³⁸¹ Bazı yazarlara göre kıyas yasağı kanunun tekelciliği ilkesi ile bağlantılıdır. Bknz. *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 30. Dn.31.

³⁸² *Erem*, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler , Ankara, (1960), s.13, 14; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 68.

özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna³⁸³ olduğu dikkate alınmalıdır. Anayasa m. 13'ün açık düzenlemesinin bulunması bir yana, Fransız İhtilali'nden bugüne taşınan ilkeye göre, temel hak ve özgürlükler yalnızca yasama organı tarafından kanun ile sınırlandırılabilir. ³⁸⁴

İki durum arasındaki bağlantıyı kurmak gerekirse, görevin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak, açıkça düzenlenmiş ve kanunilik ilkesinin gereklerini taşıyan bir düzenlemeye ihtiyaç duymasa da, yerine getirilen görevin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sonucu doğurması hallerinde, görevin kaynağı şekli anlamda kanun olmalı ve kanun ile düzenlenmenin güvencelerini içermelidir.

AİHM, “*durdurma ve arama yetkileri ile buna izin verme ve onaylamaya ilişkin yetkilerin sınırlarının kanunda³⁸⁵ yeteri kadar net çizilmemiş ve kötüye kullanıma karşı yeterli yasal güvence sağlanmamış olmasını Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali*” olarak nitelendirmiştir.³⁸⁶ Terörün önlenmesi amacı taşıyan bir kanuna dayanılarak polise tanınan yetkinin, vatandaş tarafından öngörülemezliği değerlendirilmiştir. “... hukuk, yeterince erişilebilir ve önceden görülebilir, yani bireyin gerekirse uygun bir danışmayla davranışını düzenleyebileceği yeterli açıklıkla formüle edilmiş olmalıdır (S. ve Marper – Birleşik Krallık [BD], no. 30562/04 ve 30566/04, §95 ve 96, ECHR 2008-...).”³⁸⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, muhtarın yetkilerine ilişkin bir kararında keyfilik sonucu doğurabilecek, kanundan kaynaklı yetki kullanımını değerlendirmiş, muhtarın

³⁸³ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları , Bursa, (2020), s. 98, 409.

³⁸⁴ Kapani, Kamu Hürriyetleri , Ankara, (2013), s. 230.; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları , Bursa, (2020), s. 420.

³⁸⁵ İngiliz Hukuku ve AİHM, kanunu maddi anlamda değerlendirmektedir. Genel, soyut, nesnel, sürekli uygulanabilir kurallar, kanun olarak dikkate alınmaktadır. Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2018), s. 584.

³⁸⁶ Gillan ve Quinton Birleşik Krallık, no. 4158/05, 12 Ocak 2010

³⁸⁷“<https://www.anayasa.gov.tr/media/3573/2gillanvequinton-birlesikkrallik.pdf>”, çeviren, Esra Demir Gürsel, s. 107.

fiillerini hukuka uygun bulmuştur.³⁸⁸ Olayda yetkiyi sağlayan, 07.04.1924 tarihli 442 sayılı Köy Kanunu m. 36, muhtarın göreceği devlet işlerini düzenlemektedir. Tanımlar maddesi bulunmayan Köy Kanunu'na göre ecnebi ve eşkıyaları takibe almak ve ilgili makamlara bildirmek muhtarın görevleri arasında sayılmaktadır. Türk Dil Kurumu'na göre eşkıya; “*dağda, kırdan yol kesen hırsızlar, haydutlar*”, ecnebi ise; “*yabancı*” olarak tanımlanmaktadır.³⁸⁹ Somut olayda yolları kesilerek alıkonulan kişiler mağdurlardır, 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu düzenlemeleri karşısında, köy muhtarının sınırı belirsiz olarak normda ifadesini bulan; “*...köye gelip gidenlerin niçin gelip gitmekte olduklarını anlamak...*” görevi işlevsizdir. Ceza Genel Kurulu muhtarın kanuna dayanan görevini ifade ederken; “*köy içerisinde dirlik ve düzeni korumak, köye gelip gidenlerin ne için gelip gittiklerini anlayarak şüpheli gördüğü şahısları karakola bildirmek şeklinde görevlerinin bulunması*” ifadesine yer vermiştir.³⁹⁰ Yargıtay'ın değerlendirmesi, keyfiliği ödüllendirirken hukuki belirliliği

³⁸⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/637, K. 2017/329, T. 13.6.2017

³⁸⁹ Türk Dil Kurumu Resmi İnternet Sitesi, “www.tdk.gov.tr”, (E.T. 01.01.2019)

³⁹⁰ T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/637, K. 2017/329, T. 13.6.2017:

“(…) Bu bilgiler ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Köy muhtarı olan sanık ... ile diğer sanık ...'nin, suç tarihinde gece vakti köy içerisinde park halinde şüpheli bir motosiklet görmeleri üzerine, bu motosikletin kime ait olduğunu anlamak amacıyla üzerindeki eşyayı alıp sanık ...'ye ait kahvehaneye bıraktıktan sonra evlerine gittikleri, ardından sanık ...'nin durumu haber verdiği sanık ... ile motosikletin kime ait olduğunu anlamak için köy içerisinde dolaşmaya başladıkları, bu esnada karşılaştıkları mağdurlar ile birlikte kahvehaneye giderek sanık ...'e durumu bildirdikleri, sanık ...'in kahvehaneye geldikten sonra mağdurların kimliklerini kontrol edip bilgilerini kolluğa aktardığı, kolluk birimlerinin şahısların serbest bırakılmamasını ve olay yerine geleceklerini bildirmesi üzerine tarafların beklemeye başladığı, bu sırada sanıklarve ...'in akrabaları olan ... isimli şahıs ile ilişkisi olduğunu düşünüp bunu itiraf etmesini istedikleri mağdur ...'u darp ettikleri, ... isimli şahsın telefon numarasını kendilerine vermesi hususunda sanık ...'nin mağdur ...'u silahla tehdit ettiği, sanıkların mağdur ...'u bir süre kar üzerinde çıplak şekilde bekletip mağdurları olay yerine gelen kolluk birimlerine teslim ettikleri olayda;

Köy muhtarı olan sanık ...'in, 442 sayılı Köy Kanununun 36. maddesi uyarınca köy içerisinde dirlik ve düzeni korumak, köye gelip gidenlerin ne için gelip gittiklerini anlayarak şüpheli gördüğü şahısları karakola bildirmek şeklinde görevlerinin bulunması, mağdurların gece geç saatlerde şüpheli bir şekilde köy içinde gezerken görülüp sanık ...'ye ait kahvehaneye götürülmelerinin ardından kahvehaneye gelen sanık ...'in derhal jandarmaya haber vermesi ve sanık ...'in sayıca fazla olan mağdurların jandarma gelene kadar kahvehanede bekletilebilmesi için diğer sanıkların yardımına ihtiyaç duyması karşısında; *sanıkların tipe uygun hareketlerinin TCK'nun 24. maddesi uyarınca kanunun emrinin yerine getirilmesi kapsamında kalıp hukuka uygun olduğu ve kanuna uygun şekilde yapılan gözaltı işleminin ardından yapılan işkencenin gözaltı işlemini kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna dönüştürmeyeceği örneğinde olduğu gibi mağdurların hukuka uygun şekilde bekletilmesi sırasında sanıklar tarafından işlenen diğer suçların hukuka uygunluk nedenini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir.* Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir (...)

zedelemektedir. Köy muhtarının köy içerisinde dirlik ve düzeni korumak adına “gece vakti” “serbestçe dolaşan” insanları bir yere kilitlemek, tehdit etmek, eziyet etmek yetkilerinin bulunduğunu ve bu fiillerin kanundan kaynaklı olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Karar, kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesinde, düzenlemenin açıklığının, hakların korunması bakımından önemini ortaya koymaktadır.

2. Yürürlükteki Normların Meşruiyeti Karinesi

Kanuna aykırı bir yönetmelik veya Anayasa’ya aykırı bir kanundan kaynaklanan bir görevin varlığı halinde bu görevin yerine getirilmesinin zorunlu olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Bu düzenlemelerin yürürlükte kaldıkları sürece riayet mecburiyeti yaratan ve yerine getirilmeleri halinde sorumluluk yaratmayacak bir etkiye sahip oldukları görüşü savunulmaktadır³⁹¹ kanun ve tüzüklerin çatışması halinde (1924 Anayasası m. 52/son³⁹² bakımından ileri sürülen görüşlerden olmak üzere) kanunlara riayet edilmesi gerekeceği savunulmuştur.

Kamu görevlisinin kanunun altındaki bir hukuk normunu üst hukuk normlarına uygunluğunu bir yargılama makamı gibi derinliğine, kapsamlı bir şekilde ve tam yetkinlikle değerlendirmesi kuşkusuz kendisinden beklenemez. Bu nedenle kural olarak kamu görevlisi yürürlükteki normun üst hukuk normlarına uygun olduğu inancı ile hareket eder. Başka bir anlatımla kamu görevlisi normun üst hukuk normlarına aykırı olduğunu açıkça ve ilk bakışta ortaya koyan bir sebebin bulunmadığı hallerde o normu hukuka uygun kabul edecektir. Normun meşruiyeti, kanunların Anayasa’ya

³⁹¹ Ragıp Sarıca tarafından Türkiye İcra Uzmanın Tanzim Selahiyeti kitabı s. 224 vd. ile savunulduğu belirtilen görüşü aktaran; *Savaş/Mollamahmutoğlu*, Türk Ceza Kanununun Yorumu 1 (Madde 1-95) , Ankara, (1998), s. 904, bu görüşe ve aksi görüşlere detaylı yer veren çalışma için bkz. *Feyzioğlu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1949), s. 37, 40, 45 vd.

³⁹² “Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.” (Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri TBMM’dir)

uygunluğu bakımından *Gözler*'in³⁹³ de belirttiği gibi, ilk bakışta anlaşılabilir, yorum faaliyeti gerekmektedir.

3. Yürütme Organının Düzenleme Fonksiyonunun Değişimi

İtalyan yazarlar bakımından aynı maddede düzenlenen (İCK m. 51) hakkın kullanılması ve görevin yerine getirilmesi kurumlarını kapsayacak biçimde normlar hiyerarşisinin görevin kaynağı bakımından dikkate alınması önerisi³⁹⁴ sunulmuşsa da bir ayırım yapılması gerekmektedir. Gerçekten de tek bir hakkın kullanılması bakımından kaynakların hiyerarşisine uygun hareket etmek ile çatışan görevlerin yer aldığı kaynaklar bakımından normlar hiyerarşisine uygun hareketin beklenmesi ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi farklı durumlardır.³⁹⁵

Yasama yetkisinin asliliği (ilkelliği), araya bir organ girmeden yasama organının doğrudan düzenleme yetkisine sahip olması anlamına gelmektedir.³⁹⁶ Yasamanın düzenleme yapabilmesi için öncesinde konulması gereken bir kural bulunmamaktadır. Geleneksel olarak, yürütme organının kural koyma yetkisi ikincildir (talidir). Kanun yoksa, yürütme düzenleme yapamaz.³⁹⁷ Bir başka anlatımla, yürütmenin işlemleri kanundan kaynaklanan (secundum legem (*lat.*)) işlemlerdir.³⁹⁸

Yasama organının düzenleme yetkisi, güçler ayrılığının göstergeleri arasında yer alır (Anayasa m.7, 87 vd.). Ancak bu klasik yaklaşımdan farklı olarak birçok

³⁹³ *Gözler*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Derg., (2006), s. 137 vd.

³⁹⁴ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 31.

³⁹⁵ Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin tartışmalar için bkz. *Barın*, in: Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildir. Kitabı (2020.)

³⁹⁶ *Özbudun*, Türk Anayasa Hukuku , Ankara, (2005), s. 191.; *Gözler*, Anayasa Hukukunun Genel Esasları , Bursa, (2020), s. 357.

³⁹⁷ *Anayurt*, Anayasa Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2018), s. 587.

³⁹⁸ *Özbudun*, Türk Anayasa Hukuku , Ankara, (2005), s. 191.; *Gözler*, Anayasa Hukukunun Genel Esasları , Bursa, (2020), s. 374.

ülkede³⁹⁹ bu tekelin artık varlığından söz edilemeyeceği, yürütmeye doğrudan düzenleme yetkisinin sağlanmaya başlandığı ifade edilmektedir.⁴⁰⁰ 2017 değişiklikleri ile Anayasa (m. 104, 106/son, 108/son, 118/son, 119/6, 123/3), hangi konuların Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebileceğini belirlemiştir. *Anayurt*, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de bu eğilimin göstergelerinden olduğunu ifade etmektedir. Anılan değişikliklerinden sonra, bu kararnamelerin, doğrudan Anayasa'ya dayanarak; yani ek bir kural araya girmeksizin çıkarılması söz konusudur.⁴⁰¹

Kanunun hükmünü yerine getirme bakımından şekli anlamda kanundan söz edilmese de bu kararnamelerin normlar hiyerarşisindeki yeri konumuz bakımından önem taşımaktadır. Kanundan kaynaklı bir görev ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinden kaynaklanan görev çatıştığında, hangi görevin yerine getirilmesi gerekmektedir sorusu cevaplanmalıdır. Anayasa m. 104, çatışma halinde kanunun uygulanacağını belirtmişse de bu çatışmayı görevi alan kimsenin mi mahkemenin mi tespit edeceği sorunu çözülmemektedir. Ancak bu sorunun cevabı bakımından, Ceza Hukuku alanından ayrılarak, yasama yetkisinin devredilmezliği, yürütmenin düzenleme yetkisinin ikincilliği gibi Anayasa Hukuku ilkeleri ve idari işlemin yürürlükte olduğu sürece bağlayıcılığına ilişkin İdare Hukuku yaklaşımının ve kanunilik (doğruluk) karinesinin⁴⁰² değerlendirmeye katılması gerekmektedir. Çalışmanın kapsamına bağlı kalmak amacıyla, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de

³⁹⁹ Fransa'da 1958 Anayasası m. 37 ile yürütmeye sağlanan düzenleme yetkisinin, yasamanın yetkilerinin paylaşımı olarak değerlendirilmesi ve ayrıntılı açıklama için bkz. *Anayurt*, Anayasa Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2018), s. 586 vd. Yürütmenin günümüzdeki yasamanın düzenlediği konulara ilişkin kanun gücünde düzenleme yetkisinin, tarihsel olarak *devredilmiş yetki yeniden devredilmez* yaklaşımından başlayıp geçirdiği değişimin karşılaştırmalı incelemesi için bkz. *Ertaş*, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler , Ankara, (2018), s. 238 vd.

⁴⁰⁰ *Anayurt*, Anayasa Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2018), s. 585.

⁴⁰¹ *Anayurt*, Anayasa Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2018), s. 587.

⁴⁰² İcrai nitelikteki idari işlemin aksi kanıtlanana kadar hukuka uygunluğuna ilişkin kanunilik karinesi ve kavramı doğruluk karinesi olarak kullanan Danıştay'ın ilgili kararları için bkz. *Akyılmaz/Sezginer/Kaya*, Türk İdare Hukuku , Ankara, (2017), s. 392.

görevin kaynağı olabileceği ve kanunla çatışma halinde tespit görevinin kime yüklendiğinin açık olmadığı ifade edilmesi ile yetinilmesi uygun görülmüştür.⁴⁰³

4. Yabancı Hukuk Kurallarının Durumu

İtalya Hukuku öğretisinde baskın görüş, yabancı hukuk kurallarının İtalya’da işlenen fiiller bakımından cezayı ortadan kaldırabilir bir etkiye sahip olamayacağı yönündedir.⁴⁰⁴ Türk Hukuku bakımından benzer bir değerlendirmenin yapılmasının uygunluğunu belirlemek bakımından, İtalya uygulamasının incelenmesi önem taşımaktadır.

İtalya’da işlenen fiillere İtalyan Hukuku’nun uygulanacağına ilişkin mülkilik ilkesinin (İCK m. 6) bu sonucu doğuracağı ifade edilir.⁴⁰⁵ Suçu ortadan kaldırma bakımından etki doğurmasa da hata sonucu hukuka uygun sanmak suretiyle, manevi unsura etkiye bağlı olarak cezalandırmamak söz konusu olabilir. İCK m. 59’un uygulanması ile cezalandırmama sebepleri hata ile varsayılmışsa failin lehine değerlendirilmelidir görüşü bulunmaktadır.⁴⁰⁶

Bununla birlikte yurtdışında işlenen ancak İtalyan Hukuku bakımından yargılanabilir fiillerin (İCK m.7-10), ilgili ülke hukukunun tanınması şartıyla, yabancı hukuk kuralları ile hukuka uygun hale gelebileceği ifade edilmektedir.⁴⁰⁷ Zira hukuk sistemi uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu olmalıdır (İtalyan Anayasası m. 10).

⁴⁰³ Çatışmanın tespiti ve sonradan çıkarılan kanunun hükümsüz kılma faaliyetine ilişkin sorunlar için bkz. *Söyler*, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi , Ankara, (2018), s. 99 vd. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kuvvetler ayrılığı kapsamında incelemesi için bkz. *Ertaş*, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler , Ankara, (2018), s. 290 vd.

⁴⁰⁴ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 32, Dn.40.; *Nappi*, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 541.; *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 236.; Yazar savını desteklemek için İtalya’da işlenen suçlara İtalyan hukukunun uygulanacağına ilişkin maddelere değinmekte (İCK m. 3.6) ve yabancı hukukun, hukuka uygunluk nedenine vücut verebilmesi ihtimalinin ancak suçun yurtdışında işlendiği hallerde ortaya çıkabileceği tespitinde bulunmaktadır. Uluslararası hukukun kaynaklık değerine ve yabancıların durumuna ilişkin İtalya Anayasası m. 10’a göndermede bulunan yazar, ilgili maddeyi değerlendirmekte ve yurtdışında işlenen suçlar bakımından dahi ilkenin ilgili ve uygulanabilir bulunmadığı sonucuna varmaktadır.

⁴⁰⁵ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 269

⁴⁰⁶ *Pisapia/(çev.)Akgüç*, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri , Ankara, (1971), s. 141.

⁴⁰⁷ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 32, Dn.41.

Ayrıca uluslararası hukukun, yabancı bir hukuk sistemi kaynaklı bir görevi, geçerli kabul etmesi durumunda da yabancı ülke hukukunun görevin hukuka uygun hale gelmesi bakımından kaynak olabileceği ifade edilmektedir.⁴⁰⁸

Ancak insan haklarına (örneğin insanlığa karşı suç örgütü faaliyetleri veya soykırım) veya İtalya devletinin temel çıkarlarına aykırı olup bir görevi hukuka uygun hale getiren yabancı hukuk düzenlemeleri, göreve kaynaklık teşkil edemez.⁴⁰⁹ Görevin yerine getirilmesi kurumunun kaynağı Avrupa Birliği Hukuku da olabilir. Birlik hukukunun önceliği ve iç hukuk karşısında üstünlüğü sebebiyle cezasızlık düzenlemesi ile kaynak olması mümkündür.⁴¹⁰ Çifte yargılama ihtimali, yurtdışında işlenen suçlara uygulanacak cezasızlık hallerini de değerlendirmeyi gerektirmektedir. İşlenen suç hem İtalyan Hukuku'na hem de suçun işlendiği yabancı ülke hukukuna göre suç olmalıdır. Ayrıca İCK m. 7 ile sayılan suçlardan olmamalı ve m. 8 ile düzenlenen siyasi suç yapısında bulunmamalıdır. Bu şartlar sağlanıyorsa çifte yargılama halinde yabancı ülke hukukunda yer alan görevin yerine getirilmesine ilişkin hukuka uygunluk düzenlemesi de dikkate alınmalıdır.⁴¹¹

Avrupa Birliği Hukuku'nun doğrudan kaynaklık niteliği bulunmasa da Türk Hukuku bakımından da İtalyan öğretisi ile benzer değerlendirmelerde bulunmak mümkündür. Kanun ibaresiyle esasen Türk yazılı hukuk kuralları kastedilmekle birlikte yabancı kanunların Türkiye'de uygulanmasının kabul edildiği durumlarda *yabancı kanun hükmüne uymanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabulü gerekmektedir.*⁴¹²

⁴⁰⁸ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.32, Dn.42.

⁴⁰⁹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 32, dn. 43.

⁴¹⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 33, dn. 44.

⁴¹¹ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 270.

⁴¹² *İçel*, Suç Teorisi , İstanbul, (1999), s. 126.

Kanun terimini yazılı hukuk kuralları olarak değerlendiren yazarlarca, 765 sayılı Mülga TCK m. 10 kapsamında yabancı kanunların Türkiye’de uygulanmasının mümkün olduğu durumlar için yabancı kanun hükmünü yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılabileceği değerlendirmesi yapılmıştır.⁴¹³ 5237 sayılı TCK bakımından ise yabancı kanunların Türk Hukukunda uygulanmasının yolu olabilecek TCK m. 19 gibi göndermelere bağlı olarak yabancı kanun hükmünü yerine getirme bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılamayacağı ifade edilmektedir. Daha açık belirtmek gerekirse, TCK m. 19 göndermesi ile, yabancı hukukun yalnızca verilecek ceza bakımından dikkate alınacağı, ancak son tahlilde Türk Hukukunun uygulanacağı savunulmaktadır. Bu bakımdan Türk Hukukunda suç oluşturan fiillerin, yabancı hukuk göndermesi ile hukuka uygun hale gelmesinin mümkün olmadığı ifade olunmaktadır.⁴¹⁴

⁴¹³ Erem; Danışman; Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1997, s. 556.

⁴¹⁴ Kangal, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Derg., (2011), s. 30.; Özbek/Doğan/Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 286.; Mahmutoğlu/Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler şerhi , İstanbul, (2017), s. 452.

B. BİR GÖREVİN VARLIĞI

1. Görevin Sarih veya Zımni Olarak Ortaya Çıkması

Kanunun hükmü (hukuk normu) gereği, ifasının uygun bulunduğu veya emredilen bir fiilin yerine getirilmesinin görev olarak nitelendirileceği yukarıda açıklanmıştır. Bu görevlerden bazıları açıkça düzenlenirken, bir kısmı ise normun karşıt kavram kanıtı (mefhum-u muhalif) ile çıkarılmaktadır. Bu iki görünüm bakımından bir hukuki nitelik farkı bulunmamaktadır.

Sarih görevlere çeşitli örnekler vermek gerekirse; İcra İflas Kanunu m. 78 vd. ile kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesinin bir görünümü olarak ortaya çıkan haciz işlemine ilişkin olarak⁴¹⁵, haczi yapacak memurun hangi fiilleri gerçekleştirmeye yetkisinin bulunduğu ve hangi malları haczedemeyeceği konuları detaylı olarak düzenlenmiştir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenen delil elde edilmesine yönelik tedbir ve eylemler ile (Ör: *Gözlem Altına Alma (CMK m. 74)*, *Beden Muayenesi (CMK m. 75 vd.)*, *Otopsi (CMK m.87)*) koruma tedbirlerinin yerine getirilmesi fiilleri (Ör: *Gözaltı (CMK m. 91)*, *İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması (CMK m.135)*), süresi, şekli, şartları, uygulanma zamanı, uygulanacak kimselerin kimler olduğu konularının açıkça düzenlendiği görevlerdendir.

Bazı görevlerin ise zımni olarak ortaya çıkması söz konusudur. TCK m. 98 ile düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu, kanundan kaynaklı bir görevin varlığına işaret etmektedir.⁴¹⁶ Maddeye göre; “*Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, (...) cezalandırılır.*” Yardım

⁴¹⁵ Hakeri, Ceza Hukuku , Ankara, (2019), s. 311.

⁴¹⁶ Çetinkaya, Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme , İstanbul, (2021), s. 234 vd.

ve bildirim yükümlülüğü biçiminde ortaya çıkan görev bakımından, ahlaki bir yükümlülüğün herkes için uyma zorunluluğu olan hukuki bir yükümlülük halinde geldiği değerlendirilmesi yapılmaktadır.⁴¹⁷

2. Görevin Yerine Getirilmesinin Zorunluluğu Meselesi

Görevin bir yükümlülük olarak ortaya çıktığı haller bakımından yükümlülüğe bağlı olarak bir yaptırım tehdidinin de bulunacağı ifade edilmektedir.⁴¹⁸ Örneğin başkasının şeref varlığını ihlal eden fiillerin tekrarlamasını gerektirebilecek biçimde tanıklık yapılması, askerin savaşta adam öldürme fiilleri gerçekleştirmesi, görevin yerine getirilmesinin klasik örneklerindedir.⁴¹⁹ Bu örneklerden, kanundan (hukuk normundan) kaynaklanan görev olarak tanık hakkında, mazeretsiz olarak duruşmaya katılmama halinde zorla getirme (CMK m. 44), tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlardan olmadıkça sebepsiz çekinme nedeniyle bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber disiplin hapsi (CMK m. 60) uygulanmaktadır. Ayrıca yalnızca tanıklık yapmak üzere hazır bulunmak bir görev olmayıp gerçeklere ilişkin tanıklık yapılması da görevdir. Aksi halde yalan tanıklık (TCK m. 272) suçu oluşmaktadır.⁴²⁰ Yaptırım tehdidi ile yüklenen görevlere ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Birliktaşının gerçeğe uygun olarak görevini yerine getirmesi⁴²¹ (TCK m. 276, CMK m. 62 vd.), koruma tedbirlerini yerine getirmek üzere yüklenen görevlerin yerine getirilmesi (örneğin gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişilerin görevlerini yerine getirmesi -TCK m. 295), yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi görevi (TCK m. 98) bunlardan bazılarıdır.

⁴¹⁷ Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar , Ankara, (2010), s. 122.

⁴¹⁸ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 35.

⁴¹⁹ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 161.

⁴²⁰ Emirden kaynaklı görevlerin detaylarına ilgili bölümde yer verilecek olmakla birlikte belirtmek gerekmektedir ki asker kişilerin emre itaat zorunluluğu yine itaatsizliğin suç (AsCK m.87) olarak düzenlenmesi ile yaptırımı bulunan bir yükümlülük örneğidir.

⁴²¹ *Hakeri*, Ceza Hukuku , Ankara, (2019), s. 311.

Görevin her zaman bir yükümlülük olmayacağı aynı zamanda uygun bulunan fiilleri de kapsadığı yukarıda açıklanmıştır. Bu kapsamda bu görevlerin yerine getirilmesi halinde, hukuken tanınan özgürlükler olarak hakkın varlığı yerine, fiilin uygun bulunmasının söz konusu olduğu tekrarlanmalıdır. Yükümlülük olmayıp yerine getirilmesi uygun bulunan göreve ilişkin örnekler bakımından, zorunluluğun varlığından söz edilmemektedir. Örneğin, silah kullanma ve zor kullanma yetkisi⁴²²,

⁴²²İtalyan hukukunda silah kullanma ve zor kullanma yetkisi açıkça düzenlenmiş bağımsız bir hukuka uygunluk nedenidir. Silahların meşru kullanımına ilişkin, İtalyan Ceza Kanunu m. 53 ile üç ihtimal düzenlenmektedir; a) silah kullanımı şiddeti bastırmak veya direnişi kırmak için gerekli ise, b) zor kullanma kanunda sayılı bazı ağır suç fiillerinin (ör, silahlı soygun), ifasını engellemek için gerekli ise c) diğer kanun düzenlemeleri ile öngörülen zor kullanma ve silah kullanmaya ilişkin haller bulunuyorsa, fiiller meşrudur.

İCK m. 53, ilk cümlesi, *önceki iki maddenin hükümleri saklı kalmak kaydıyla* ifadesi ile başlamaktadır. Göndermede bulunulan önceki maddelerde, hakkın kullanılması, görevin yerine getirilmesi ve meşru savunma düzenlenmektedir. *Marinucci ve Dolcini*, zor kullanma ve silah kullanımına ilişkin m. 53 düzenlemesinin, görevin yerine getirilmesi ve meşru savunma halleri dışında kalan özerk bir alanı doldurduğunu ifade eder. Eğer zor kullanma ve silah kullanma yetkisine sahip kolluk güçleri (*forza pubblica*, ör; İCMK m. 131 ile düzenlenen ve muhakemenin sağlıklı yürütülmesinde görev alan adli kolluk) kendi veya başkasının hakkına yönelmiş haksız saldırıya karşı defetmek zorunluluğuyla ve orantılılık şartına uygun olarak silah kullanmış veya zor kullanmışsa, bu fiil meşru savunma kapsamındadır. Eğer silah kullanımı veya zor kullanma, hukuk normu veya amirin meşru emrin yerine getirilmesine bağlı olarak uygulanabilir durumda ise görevin yerine getirilmesi söz konusudur. Bu özerk alanın konusunu oluşturan hipotez ise kanunun lafzından çıkarılmaktadır. *Şiddeti bastırmak ve direnişi kırmak amacıyla* silah kullanımı ve zor kullanmanın bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu ifade edilmektedir. Bknz. *Marinucci/Dolcini*, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano, (2015), s. 282, 283.

İtalya'da hukuka uygunluk nedenleri arasında ayrıca düzenlenen silah ve zor kullanma hali, Türk Hukukunda çoğunlukla görevin yerine getirilmesi içerisinde değerlendirilmektedir; bknz. *Dönmezer/Erman*, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, İstanbul, (1978), s. 96., *Hafizoğulları/Özen*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, (2010), s. 238., *Özgenç*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, (2020), s. 332., *Demirbaş*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, (2021), s. 296.; *Özbek/Doğan/Bacaksız*, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, (2020), s. 288 vd.

Yargıtay 1.Ceza Dairesi, E. 2002/1274, K. 2002/2325, T. 5.6.2002, (kazanci.com, E.T.: 11.03.2020); *“Maktül ve arkadaşlarının çalıntı oto ile 03.30 sıralarında seyrettikleri sırada, çalıntı araba kontrolü yapmak amacıyla sanık ve arkadaşı Şeref'in otoları durdurmak istedikleri, polis kontrolünü gören maktülün aracı polislerin üzerine sürerek zik zak yaparak kaçmaya başladığı, araçlarına binen sanık polisle arkadaşının takibe başladıkları ve kaçmakta olan araca dur ikazı yaparak ateş açtıkları, bu atışlardan birinin çalıntı otuyu kullanan maktülün sırtına isabet ettiği ve aldığı bu yara sonucu maktülün öldüğü anlaşıldığından, sanığın Polis Vazife Selahiyet Kanununun 16. maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullanırken işlediği fiil nedeniyle TCK.nun 49/1. maddesi gereğince beraatine karar verilmesi gerekir.”*

Yargıtay 3. CD., E. 2019/1698, K. 2019/5268, T. 13-03-2019, (kanunum.com, E.T.:29.07.2021); *“(…) Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;*
a) Oluşa, dosya içeriğine göre ve olayın gerçekleştiği hastanede görev yapan tanıklar ..., ... ve ...'in beyanlarına göre; sanık sarhoşluğu nedeniyle katılana, çevreye rahatsızlık vermektan idari yaptırım uygulamak için alkolmetre ölçümü yapılması amacıyla hastaneye götürdüğü, katılanın alkolmetre ölçümü yaptırmak istemediği ve katılanın önce sanığa hakaret edip ardından üzerine yürüdüğü ve saldırmaya başladığı, sanığın katılana karşı kademeli olarak zor kullanması karşısında sanığın eyleminin 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanun'unun 16. maddesine göre zor kullanma yetkisi dahilinde TCK'nin 24/1. Maddesi kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceğinin tartışması bırakılması,



b) 5271 sayılı CMK'nin 326/2. maddesi gereği, sanıkların sebep oldukları yargılama giderinin hangi sanıktan ne miktarda tahsil edileceğinin kararda ayrı ayrı gösterilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görölmüş olduğundan, hükmün bu nedenlerle 6723 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişik 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA (...)"

asker kişiler⁴²³, kolluk görevlileri⁴²⁴ ve çarşı ve mahalle bekçileri⁴²⁵ ile ilgili olarak ilgili mevzuatlarda düzenlenmiş yetkiler, kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi hallerine ilişkindir.

⁴²³ Asker kişilerin silah kullanma yetkileri bakımından 211 s. Kanun m. 87 vd. incelenmelidir. Düzenlemeye göre; *askerler karakol, karakol nöbetçisi, devriye, nakliyat muhafazası hizmetlerinde veya asayişini temin için görevlendirildiklerinde (...) silah kullanmaya yetkilidirler*. Halen yürürlükteki, İtalyan (C.P.M.P.) Barış Dönemi Askeri Ceza Kanunu'nun (1978 yılında mülga olan) 40'ıncı maddesi ile asker kişilere ilişkin görevin yerine getirilmesi açıkça düzenlenmiştir; "1. *Askeri suçlar bakımından İCK m. 51 yerine aşağıdaki fıkralarda yer alan düzenlemeler uygulanır. 2.Hukuki normdan ya da amir veya yetkili üst tarafından verilen emirden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi hali, cezayı ortadan kaldırır. 3. Amir veya yetkili üst tarafından verilen emrin yerine getirilmesi suç teşkil ediyorsa, suçtan her daim emri veren sorumludur. 4. Önceki fıkra da belirtilen durumun varlığı halinde, emrin yerine getirilmesinin açıkça suç oluşturması halinde, emri yerine getiren de fiilden dolayı sorumludur*". İlgili madde, 382/1978 sayılı Kanun m. 22 ile yürürlükten kaldırılmıştır; bknz. 11.07.1978 tarihli İtalyan Resmi Gazetesi, (E.T. 15.10.2020) "<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1978/07/21/078U0382/sg>". Bu maddenin yürürlüğü döneminde ve bugün hala, Türk Askeri Ceza Kanunu'nda kanunun hükmünü yerine getirme kurumu açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide, İtalya düzenlemesine atıfta bulunularak ve elbette 765 sayılı Mülga TCK m. 49/1 dayanak gösterilerek, asker kişilerin, askeri kanunların yüklediği görevlerin yerine getirilmesi suretiyle işlediği bir suç bulunması halinde, cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Bknz. *Erman*, Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, İstanbul, (1983), s. 176.

⁴²⁴ 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m.16 ile olağan dönemde polisin silah kullanma yetkisi düzenlenirken; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, terör suçları ve terör amacıyla işlenen suçlar kapsamında yürütülen operasyonlarda silah kullanım yetkilerine ilişkindir.

PVSK düzenlemesinde (a) bedeni güç kullanma, (b) maddi güç kullanma ve (c) silah kullanma olmak üzere üç zor kullanma durumu düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, bedeni kuvvet, "*polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni gücü*", maddi güç kullanımı, "*polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı (Ek ibare: 6638- 27.3.2015 / m.4) "ve/veya boyalı" su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını*" ifade etmektedir. Kanun ile silah tanımlanmamıştır. TCK m.6/1-f'e göre, "*Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler*" anlaşılır. Ancak polis mevzuatına göre "maddi güç" olan biber gazının, sivillerce kullanımının "silah" olarak değerlendirildiği (*Yargıtay 3. C.D. 20.02.2013 T. ve 2011/38244 E., 2013/6627 K.; Yargıtay 3. C.D. 05.03.2014 T. 2013/20383 E., 2014/9111 K.*) ve TCK ile maddi güç kullanımı gibi bir kategorinin bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, polisin kullandığı silahın kapsamı bakımından başka referans gerekmektedir. Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği m. 4, zor kullanma ile silah ve araç kavramlarını tanımlamaktadır. Yönetmeliğe göre, zor kullanma; *kanunsuz toplu hareket gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması halini, silah ve araç; cop, (normal veya elektrikli), sis ve gaz bombaları, tabanca, makinalı tabanca, ve tüfek, gaz ve bomba tüfeği, dürbünlü tüfek ve benzeri vurucu, önleyici etkisiz hale getirici savunmaya elverişli aletleri, gaz, boyalı veya boyasız tazyikli su püskürten veya personeli ve malzemelerini taşıyan zırhlı veya zırhsız araçlar ile helikopterleri veya uçakları*, ifade etmektedir.

"Kademeli ölçüde" maddi güç ve silah kullanılması yaklaşımı bakımından, mevzuat ile maddi güç ve silah farkını tespit etmek güçtür. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ile incelediği Cemil Danışman kararında (*Anayasa Mahkemesi, Cemil Danışman Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/6319, Karar Tarihi: 16/7/2014, R.G. Tarih-Sayı: 16/10/2014-29147*), Adalet Bakanlığı, (§36, 37) silah kullanımına ilişkin PVSK düzenlemesinin, yaşam hakkının korunması için gereken, kanunla koruma düzeyinin altında kaldığı yönündeki AIHM değerlendirmelerini sunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise; "(§54) *Başvuru konusu olayda polislerin silah kullanımının dayanağını oluşturduğu anlaşılan 2559 sayılı Kanun'un yukarıda yer verilen 16. maddesi hükmünün, Anayasa'nın silah kullanımının koşullarına ilişkin ilkeleri yönünden incelendiğinde(...) Anayasa'nın 17. maddesinin aradığı güce başvurmayaya cevaz*

C. GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİ İÇİN TANINAN YETKİNİN VARLIĞI

1. Konu Bakımından Yetki

Kaynağın kanun (hukuk normu) olarak ortaya çıktığı görevi yerine getiren kişiye konu bakımından bir yetkinin tanınması gerekmektedir.⁴²⁶ Görevin kaynağının farklı hukuk dallarından kaynaklanabilmesi dikkate alındığında her somut görevde konu bakımından yetki, farklılık taşıyacaktır.

Örnek üzerinden değerlendirme yapılması yerindedir. Anne, baba, öğretmen veya ustanın, çocuk üzerindeki terbiye etme amacı taşıyan faaliyetlerinden dolayı cezalandırılmamasının nedeni olarak TCK m. 24/1 kapsamında hareket etmesi gösterilmektedir.⁴²⁷ Öğretmenin çocuk üzerinde örneğin tıbbi müdahalede bulunması fiilleri, kendisine tanınan yetkinin, kişi, yer ve zaman bakımından uygunluğuna karşın görevin yerine getirilmesi olarak değerlendirilemez. Öğretmene tanınan yetki terbiye amacı taşıyan fiillerle sınırlıdır.

2. Kişi Bakımından Yetki

Kanun (hukuk normu) ile yüklenen görev bazı hallerde yalnızca belirlenmiş kişilere yetki tanınması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Bu hallerde yalnızca görevi

verilen “zorunlu bir durum” koşulunu ve genel olarak Anayasa’nın 13. maddesinin temel hakların sınırlanabilmesi için aranan “ölçülülük” koşulunu karşıladığı görülmektedir. Bakanlık görüşünde yer verilen ve ilgili kuralın yaşam hakkı açısından gerekli kanunla koruma düzeyinin altında kaldığı sonucuna ulaşılan AİHM kararları, 2559 sayılı Kanun’un 16. maddesinin 2/6/2007 tarih ve 5681 sayılı Kanun tarafından değiştirilmeden önceki haline ilişkin olup, kuralın yeni hali hakkında AİHM’nin bu yönde bir değerlendirmesinin bulunmadığı görülmektedir.” değerlendirmesinde bulunmuştur.

⁴²⁵ Türk Hukukunda silah kullanımına ilişkin esas düzenlemenin Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 16 olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Koruma hizmeti ile görevlendirilen asker kişilerin silah kullanma yetkileri bakımından (TSK İç Hizmet K. m. 47/3) ve bekçilerin silah kullanma yetkileri bakımından (7246 s. K. m. 9) da PVSK’ya göndermede bulunması yoluyla düzenleme yapıldığı ifade edilmelidir. Ayrıca bkz. *Kara*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Derg., (2021), s. 1355 vd.

⁴²⁶ *Kangal*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Derg., (2011), s. 31.

⁴²⁷ *Hakeri*, Ceza Hukuku, Ankara, (2019), s. 311.; Ayrıca terbiye etmenin hem bir hak hem bir yükümlülük olarak ortaya çıkacağına ilişkin bkz. *Feyzioğlu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (2001), s. 44 vd.

yerine getirmesi uygun bulunan kimseler bakımından hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıktığı ifade edilmektedir.⁴²⁸

Farklı görevler bakımından farklı kişilerin yetkilendirildiği örnekler bulunmaktadır. TCK m. 128/1'e göre; *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez.”* İddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi gereken temsil yetkisi, Avukatlık Kanunu m. 35 ile yalnızca Av.K. m. 3 ile belirtilen şartları haiz kişilere tanınmıştır. Savunmasını yapan vekil veya müdafinin fiillerinden dolayı cezalandırılmamasının nedeni olarak TCK m. 24/1 kapsamında hareket etmesi gösterilmektedir.⁴²⁹

Avukatların sır saklama yükümlülüğü, Avukatlık Kanunu m. 36 ile düzenlenmiş, kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesinin bir görünümüdür. İddia ve savunma dokunulmazlığında olduğu gibi kişi bakımından yetki önemlidir, avukat kişiler bakımından etki doğurmaktadır.; *“Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören 36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34. ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesi sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir”*⁴³⁰

⁴²⁸ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s.96.

⁴²⁹ Hakeri, Ceza Hukuku , Ankara, (2019), s. 312.

⁴³⁰ *“(…) Sanığın özgür iradesiyle seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmasını öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c, Anayasamızın iddia, savunma ve adil yargılanma hakkını öngören*

Yine kamu otoritesinin işleyişinde ödevli olan memurların son çare olarak silah kullanabilmeleri, kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi halidir.⁴³¹ Silah kullanma yetkisi PVSK m. 16, 211 s. Kanun m. 87 vd., TSK İç Hizmet K. m. 47/3 ve 7246 s. K. m. 9 ile askerler, kolluk, çarşı ve mahalle bekçilerine tanınmıştır.

3. Yer Bakımından Yetki

Görevin yerine getirilmesinin farklı hukuk dallarından kaynaklandığı yukarıda açıklanmıştır. Bu kapsamda her görev bakımından hukuk sisteminin tanıdığı bir yetkinin varlığı gerekse de bazı görevler bakımından yer bakımından yetki, görevin varlığını tespitinde daha önemlidir.

İddia ve savunma dokunulmazlığı sağlayan görevin yerine getirilmesinde, kişi bakımından yetki ile iç içe geçmiş olan yer bakımından yetki kritik bir önem taşımaktadır. TCK m. 128'e göre, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması faaliyetlerinin hukuka uygunluğu için *yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde* başvuru yapılmalıdır. Bu kapsamda vekilin, mahkeme salonu dışında veya disiplin soruşturmasının yürütüldüğü salon dışında bir yerde hakim veya soruşturmayı yürütmekle yetkili kimseye yönelteceği somut isnadlar iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamına girmemektedir.

36, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun dürüstlük ve güven ilkelerini öngören 34 ve avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 36. maddelerindeki düzenlemeler dikkate alındığında sanık avukatın, hakkında yakalama kararı bulunan vekil edenin yerini adli mercilere bildirmemesinin sır saklama yükümlülüğü ile bağlantılı olarak TCK'nın 24/1. maddesi anlamında kanunun hükmünü (görevini) yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilerek CMK'nın 223/2-d maddesi gereğince anılan suçun oluşmayacağı kabul edilmesi, (...)" ; Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2009/19013, K. 2011/21017, T. 14.11.2011 (kazanci.com, E.T.: 11.12.2020)

⁴³¹ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 96

4. Zaman Bakımından Yetki

Görevin yerine getirilmesinin varlığı için zaman bakımından yetki bulunmalıdır.

Bazı görevler bakımından zaman bakımından yetki, konu bakımından yetki ile birlikte aranmalıdır. Örneğin terbiye yetkisini kullanan öğretmen bakımından, eğitim faaliyeti sırasında ve bu faaliyet kapsamında olmak şartıyla gerçekleştirilen fiiller, görevin yerine getirilmesidir. Eğitim faaliyetinin dışındaki saatlerde öğretmenin öğrencisine yönelik fiilleri terbiye yetkisinin dışında değerlendirilmelidir.

Koruma tedbirleri, geçicilik⁴³² özellikleri nedeniyle, zaman bakımından yetki kriterinin en öne çıkan görev örneklerindedir. Kanunun hükmünden kaynaklanan görevler bakımından görevin doğrudan uygulanabilir olması gerekmekte ayrıca bir emir alınmasına ihtiyaç bulunmamalıdır.⁴³³ Bu kapsamda koruma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin karar verilmesi (ör; soruşturma evresinde sulh ceza hakimi tarafından tutuklama kararı verilmesi) kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesinin görünümü iken, kararın yerine getirilmesine yönelik eylemler (ör; adli kolluğun tutuklama kararını şüpheli bakımından uygulaması) amirin emrinden kaynaklanan görevler olarak ortaya çıkmaktadır. CMK m. 140 ile düzenlenen şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydı alınmasına ilişkin koruma tedbirine ilişkin konu bakımından, yer bakımından ve kişi bakımından yetki bulunsa dahi tedbirin süresi⁴³⁴ kanuna aykırı ise görevin hukuka uygunluğundan söz edilemez, sınırın aşılması

⁴³² Koruma tedbirlerinin özellikleri için bkz.

⁴³³ Kangal, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Derg., (2011), s. 31.

⁴³⁴ CMK m. 140/3 “Teknik araçlarla izleme kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, hâkim yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. (Ek cümle: 15/8/2017-KHK-694/143 md.; Aynen kabul: 1/2/2018- 7078/138 md.) Teknik araçlarla izleme tedbiri ile birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi halinde bu fıkrada belirtilen süreler bir kat artırılarak uygulanır”

değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Yine bir koruma tedbiri olarak adli arama tedbirine ilişkin olarak, görevin gereği, kural olarak gece vakti arama yapılamamasıdır (CMK m. 118).

D. ÖNGÖRÜLEN ŞEKİL ŞARTLARINA UYGUNLUK

Görevin kanundan kaynaklandığı haller bakımından yerine getirilmesine yönelik fiiller belirli şekil şartlarına tabi tutulmuş olabilir. Bu durumda hukuka uygunluk nedeninin varlığı için şekil şartı da yerine getirilmelidir.

Koruma tedbirlerinin verilmesi kararları bakımından kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi nitelendirmesinin yapılacağı yukarıda açıklanmıştır. Örneğin CMK m. 75'e göre; *“Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”* Şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması kararının, gecikme halinde genetik materyalin kaybolması endişesi ile Cumhuriyet Savcısı tarafından alınması mümkündür. Cumhuriyet savcısının beden muayenesi kararı alması şeklinde ortaya çıkan fiili hukuka uygundur ve kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesidir. Bu karar üzerine yirmi dört saat geçmesine rağmen hâkim veya mahkeme onayı alınmadığı takdirde fiil, görev kapsamında değerlendirilmeyecektir. Cumhuriyet

savcısının bu kararının yerine getirilmesi ise yerine getiren kamu görevlisi bakımından amirin emri biçiminde ortaya çıkan görevin yerine getirilmesi hali olacaktır.

Kanundan kaynaklı zor kullanma ve silah kullanma yetkisi bakımından da öngörülen şekil şartlarına uygunluk aranmalıdır. Özellikle zor kullanma ve silah kullanma bakımından kolluk mevzuatında kademeli düzenlenen önlemleri şartlar oluşmadan geçme halinde uygulamada farklı kararlar⁴³⁵ dikkat çekmektedir. PVSK m. 16'da yer alan “*Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur*” düzenlemesinin içtihat farklılıkları bakımından etkisi olduğu kanaatindeyiz. Bu haller bakımından meşru savunma oluşup sınır aşılmıştır değerlendirmesi yapılmakta ise de kanunun hükmünden kaynaklı görevin yerine getirilmesinde öngörülen şekil şartlarına uygunluk bakımından inceleme yapılması gerekmektedir.⁴³⁶

⁴³⁵ “Nöbet görevi sırasında, insan kafasına benzer bir karartı görüp bağırarak yaptığı ikazlara cevap alamayan sanığın, İç Hizmet Kanunu m. 87 kapsamında silah kullanma yetkisinin ifası saikiyle hareket ederek kanun hükmünü yerine getirmek amacıyla katılana karşı ateş etmiş ise de; sanığın bu yetkisini kullanırken, ateş etmenin son çare olduğu gözetilmeden, bağırarak veya nöbet talimatına göre düdükle haberleşme yöntemlerini kullanarak amirlerini ve diğer nöbetçileri ikaz etme, havaya ikaz atışı yapma ve son olarak hayati tehlike yaratmayacak bölgelere ateş etme yollarına başvurmadan, katılanın bulunduğu bölgeye, silahını seri atış konumuna getirerek ve 4-5 kez tetiğe basarak ateş edip 18 adet mermi atan sanığın hukuka uygunluk nedenindeki sınırı kasten aştığı sonuç ve kanaatine varılmıştır” Askeri Yargıtay 2. D.: 30.11.2011-933/937, aktaran; Demirağ, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu , Ankara, (2021), s. 659.

“Sanığın 18 yıllık tecrübeli polis memuru olduğu, 8 yıl gibi uzun sayılacak bir süredir Muğla Üniversitesinde görev yapmakta olup, öğrenci olayları ile toplumsal olaylarda bilgi ve öngörü sahibi olduğunun kabulü gerektiği, 2559 sayılı Polis Vazife Salâhiyet Kanununun 16/b maddesine göre somut olaydaki gibi toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edileceğini bilmesi gerektiği, olaya müdahale eden ekiplerin başında olan dönemin Muğla Emniyet Müdür Yardımcısı ile Terörle Mücadele Şubesi Müdürünün silah kullanma izni vermediklerine dair beyanları, olay sırasında maktulün de içinde bulunduğu öğrenci grubunun sanığa veya yakınındaki meslektaşına açık ve yakın bir saldırı durumlarının bulunmaması karşısında sanığın eyleminin TCK 'nun 24. maddesinde düzenlenen 'kanunun emrini yerine getirme' kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/1415, K. 2017/501, T. 28.11.2017, (kanunum.com, E.T.:29.07.2021);

⁴³⁶ Yargıtay 1. Ceza Dairesi E. 2016/5743, K. 2018/1738, T. 11-04-2018 (kanunum.com, E.T.:29.07.2021); “(...) Olay tarihinde Yüksekova İlçe Emniyet Müdürlüğünün yapmış olduğu istihbari çalışmalar neticesinde Değerli köyünde uyuşturucu madde imal edildiğinin haber alındığı, Cumhuriyet Başsavcılığınca şüpheli şahısların anılan köyde bulunan evlerinde arama yapılması emri verildiği, köyün güvenlik açısından risk oluşturabilecek bir yer olması nedeniyle adli kolluk tarafından Yüksekova

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AMİRİN EMRİNİ YERİNE GETİRME ve GÖREVİN YERİNE GETİRİLMESİNDE HATA ile SINIRIN AŞILMASI HALLERİ

I. GENEL OLARAK

Amirin emrinin görevin kaynağı olduğu hallerde, meşru bir emrin yerine getirilmesi veya kanunsuz bir emrin yerine getirilmesi söz konusudur. Bu ayrım bakımından meşru emrin yerine getirilmesinin hukuki niteliği noktasında görüş birliği bulunmaktadır. Buna göre, meşru emrin yerine getirilmesine dair fiiller hukuka uygundur⁴³⁷. Ancak kanunsuz emrin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Emrin

1. Dağ Komando Tabur Komutanlığından takviye birlik talep edildiği, kolluğun yeteri kadar askeri kuvvetle olay yeri olan Değerli köyüne ulaştığı, jandarma ve polisin köy içerisine giriş yaptığı, askerlerin ise emniyet tedbiri almak amacıyla görev yerlerine intikal ettiği sırada köyün kuzeyinde bulunan dere yatağından silah sesleri duyulması üzerine askerlerin hakim tepelere doğru çıkmaya başladıkları, askerlerin bulunduğu yerden 3 kişinin dere yatağından yukarıya doğru kaçtığı görüldüğü, bu kişilerden birisinin tepenin üst noktasında olduğu ve diğer iki kişinin bu kişiye doğru koştuğunun, tepenin üst noktasında olan kişinin askerlere ateş ettiğinin görüldüğü, tepeye doğru tırmanmaya çalışan iki kişiden birisinin ayrılarak kuzey istikametine doğru kaçması üzerine emniyeti almakla görevlendirilen 2. Komando kolunun kaçan şahsın istikametine gitmesi hususunda yönlendirildiği, 1. Komando kolunun bulunduğu mevkiin karşı istikametine kaçan şahsın dönerek askerlere ateş etmesi üzerine askerler tarafından durması hususunda uyarıldığı, şahsın dur ihtarına ateşle karşılık vermeye devam etmesi nedeniyle yeniden dur ikazında bulunarak havaya uyarı atışının yapıldığı, şahsın yeniden ateşle karşılık vermesine mukabil askerlerin de ateşle karşılık verildiği, çıkan çatışmada tepeye doğru kaçan şahsın düştüğü, daha sonra şahsın yanına gidildiğinde şahsın yerde yüzüstü yattığının ve öldüğünün görüldüğü, güvenli bir şekilde şahsın ters çevrilmesinden sonra yapılan kontrolde şahsın altında 1 adet 7.65 mm çapında B4443378W seri nolu Pietro marka tabanca olduğunun anlaşıldığı, tabancanın yapılan kontrolünde üst kapak takımının içerisinde mermi kalmaması nedeniyle takılı kaldığının tespit edildiği, olay yerinde ele geçirilen boşkovanların, maktülden ele geçirilen tabanca ile atıldığının yapılan kriminal inceleme sonucunda tespit edildiği, maktülden alınan svaplarda atış artığına rastlandığı, ölen şahsın teşekkül halinde uyuşturucu madde imal etme suçundan giyabi tutuklama emri ile aranan maktül ... olduğu ve maddi olayın bu şekilde gerçekleştiği anlaşılmakla,

Sanıklar hakkında yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve TCK'nun 24. ve CMK'nun 223/3-b maddelerinin tatbiki suretiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken vanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde "meşru savunmayı, korku, telaş ve heyecan saiki ile mazur görülebilecek bir nedenle aştıkları anlaşılmakla TCK'nun 27/2. maddesi yollaması ile CMK'nun 223/4. maddesi uyarınca" ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi.

Bozmayı gerektirmiş olup, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin CMUK'nun 321. maddesi uyarınca tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA, 11/04/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi."

⁴³⁷ Antolisei, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 197.; Pisapia/(çev.)Akgüç, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri , Ankara, (1971), s. 140.; Alacakaptan, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 101 vd.; Bettiol, Diritto penale parte generale , Padova, (1976), s. 312 vd.; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 94.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri , İstanbul, (1992), s. 228, 233.; Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2005), s. 369 vd.; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş , İstanbul, (2005), s. 300, 302.; (a cura di)Dolcini/Marinucci, Codice penale comentato artt. 1-384 bis (2006), s. 536.; Palazzo, Corso di diritto penale , Torino, (2006), s. 373 vd.; Canestrari/Cornacchia/De Simone, Manuale di diritto penale parte

yerine getirilmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşlere yukarıda yer vermiştik.⁴³⁸ Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında olmak üzere bu başlık altında kurumu, meşru emrin yerine getirilmesi ve kanunsuz emrin yerine getirilmesi alt başlıkları çerçevesinde değerlendireceğiz.

Görev gereği yerine getirilen ve cezasızlık sonucu doğuran emir, yetkili bir merciin meşru emridir. Bu meşruiyet hem biçimsel meşruiyeti hem içerik meşruiyetini gerektirmektedir. Biçimsel şartlar bakımından, emri veren merciin yetkili olması, emri alanın yerine getirmeye yetkili olması ve emrin geçerlilik şartlarını taşıması gerekmektedir. Emrin konusuna ilişkin şartlar bulunuyorsa içerik meşruiyeti de sağlanmıştır. Örneğin somut kararda, tutuklama şart ve nedenleri bulunuyorsa tutuklama kararı içerik olarak da meşrudur.⁴³⁹ Klasik örnekler arasında savaş sırasında öldüren asker, ölüm cezasını yerine getiren cellat⁴⁴⁰ gösterilmektedir.

Kanaatimizce biçimsel meşruiyet ve içerik meşruiyeti ayrımı⁴⁴¹ altında kurumun değerlendirilmesinde özellikle emir bakımından bütünsel bir inceleme imkânı bulunmamaktadır.⁴⁴² Bu nedenle biz görev gereği yerine getirilen emri, kamu

generale (2007), s. 543 vd.; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 163.; *Hafizoğulları/Özen*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2010), s. 238 vd.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 23, dn. 5.; *Cadoppi/Canestrari/Manna/Papa*, Trattato di diritto penale, parte generale vol II, il reato (2012), s. 318 vd.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s.268, 270.; *Akbulut*, Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2019), s. 478, 579.; *Koca/Üzülmez*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 275, 343.; *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (2020), s. 331, 332.; *Pulitanò*, Diritto Penale , Torino, (2020), s. 210.; *Demirbaş*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, (2021), s. 295 vd.

⁴³⁸ *Bknz. s.*

⁴³⁹ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di Diritto Penale Parte Generale , Milano, (2015), s. 270.

⁴⁴⁰ *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 235.; *Canestrari/Cornacchia/De Simone*, Manuale di diritto penale parte generale (2007), s.543.

⁴⁴¹ Emrin nitelikleri hakkında ayrıntılı değerlendirme için *bknz. s.*

⁴⁴² Alman Hukukunda da görevin meşru sayılması için, Türk Hukuku ile benzer biçimde temelde şu şartların varlığı aranmaktadır:

a) Emir mutlaka amir tarafından, belirtilen şekle uygun biçimde, emri yerine getirmeye yetkili asta yönelik olarak verilmiş olmalıdır.

b) Sonucunda suç fiili oluşmasına neden olan bir fiili gerçekleştirme emri veren amir, hukuk düzenine göre emri vermeye yetkili olmalıdır. (Askeri emirlerin özelliği bakımından emri veren hiyerarşik üstün §10 co. 4 SoldG ile uyumlu olarak, sahip olması gereken özel nitelikler de bulunmaktadır.)

c) Emrin içeriği, amirin görevi ile uyumlu bir duruma yönelik olmalıdır. (aktaran; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 129.)

hukukundan kaynaklı ilişki, emrin varlığı ve emrin yerine getirilmesi bakımından yetkili olma açısından ortaya koymayı tercih ediyoruz.

II. MEŞRU EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

A. ŞARTLARI

1. Kamu Hukukundan Kaynaklı Ast – Üst İlişkisinin Varlığı

a. Genel Olarak

“Yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir” den söz edilebilmesi için emrin hem kamu hukukundan kaynaklanması hem ast-üst ilişkisi içerisinde üstün asta verdiği bir emir olması gereklidir. Bu itibarla, emri veren ile emrin muhatabı arasında bir yandan kamu hukukundan kaynaklanan bir ilişki ve diğer yandan ast-üst ilişkisi bulunmalıdır.

Aşağıda önce bir alt başlık açarak emri veren ile emrin muhatabı arasındaki ilişkinin kamu hukukundan kaynaklanması hususunu inceleyeceğiz. Özel hukuktan kaynaklanan ilişkilere dair değerlendirmelere burada yer vereceğiz. Hukuk öğretisinde genel kabul gören özel hukuk – kamu hukuku ayırımına dair tartışmalar çalışmamızın kapsamı dışında kaldığı için bunlara ayrıntılı olarak girmeyeceğiz. Ardından, diğer bir alt başlık altında, ast-üst ilişkisine yönelik değerlendirmelerde bulunacağız. Burada asker kişiler bakımından hiyerarşi konusunu da, kanuni düzenlemedeki özellik nedeniyle ayrıca ele alacağız.

b. Emri Veren ile Emri Alan Arasındaki İlişkinin Kamu Hukukundan Kaynaklanması

Kıta Avrupası ülkelerinde varlığını sürdüren kamu hukuku özel hukuk ayrımı Romalılara dayanmaktadır. *Digesta*'da yer alan bu ayrıma, özellikle 19 yy. başlarından itibaren totaliter yönetimlerce devlet iktidarına ilişkin konuların toplum denetimi dışında tutulmasına katkı sağlamak amacıyla, aynı yüzyılın sonlarına doğru ise liberal düşünce etkisi ile bireylerin hukukunu öne çıkarmak amacıyla başvurulduğu ifade edilmektedir.⁴⁴³

Günümüzde tartışmalı bulunsa da hukuksal ilişkinin taraflarına göre yapılan bu kökleşmiş ayrım hala kullanılmaktadır.⁴⁴⁴ Konumuz bakımından öne çıkan, devletin bireyle ilişkisinde kullandığı egemenlik⁴⁴⁵ kudreti kamu hukuku ilişkilerine dair bir niteliktir. Taraflardan birisi buyurma yetkisi olan kamusal güç iken, birey bu buyruğa itaat eder. Bu bakımdan kamu hukuku alanındaki ilişkilerde egemen ilke, “altlık üstlük” ilkesidir.⁴⁴⁶

Kamu makamı tarafından verilen emirler, amirin emri hukuka uygunluk nedeninin sınırını çizmektedir. Özel hukuktan kaynaklanan bir bağıllık ilişkisine dayanan talimatlar, amirin emrini yerine getirme kurumu bakımından emir niteliğinde kabul edilmez.⁴⁴⁷ Örneğin bir babanın oğluna yönelik emri oğlun sorumluluktan kurtulmasına yol açmayacaktır.⁴⁴⁸

⁴⁴³ *Aybay/Aybay*, Hukuka Giriş , İstanbul, (2002), s. 130, 131.

⁴⁴⁴ *Hirş*, Pratik Hukukta Metod , Ankara, (1978), s. 17.; *Güriz*, Hukuk Başlangıcı , Ankara, (1987), s. 80 vd.

⁴⁴⁵ Egemenlik kelimesinin kökeni ve kavrama yönelik çeşitli tanımlar için bkz. *Lütem*, Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk , Ankara, (1947), s. 4 vd.; *Güriz*, Hukuk Başlangıcı , Ankara, (1987), s. 82, 154 vd.

⁴⁴⁶ *Aybay/Aybay*, Hukuka Giriş , İstanbul, (2002), s. 132.

⁴⁴⁷ *Günel*, Yetkili Mercinin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 60; *Toroslu-Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 163.

⁴⁴⁸ *Alacakaptan*, Suçun Unsurları , Ankara, (1975), s. 102.

Özel hukuk alanında da hiyerarşik ilişkilerden ve derecelerden söz edilmesi mümkündür. Örneğin bankaların merkez teşkilatları ve şubeleri bulunmaktadır ve yetkilerin yukarıdan aşağıya doğru daraldığı gözlenir. Ancak sözleşmeden kaynaklanan bu ilişkilerin kamu hukuku benzeri bir hiyerarşi yaratmadığı ifade edilmektedir.⁴⁴⁹

Buna göre örneğin, ebeveynin velayetini haiz olduğu çocuğuna talimatı, özel hukuktan kaynaklandığı için amirin emri olmayıp, kanundan kaynaklanan bir görev kapsamında değerlendirilmelidir.⁴⁵⁰ Özel bir şirket yöneticisinin şirket çalışanına yönelttiği talimat da benzer biçimde amirin emrinin yerine getirilmesinin kapsamı dışında kalır.

Özel hukuk kaynaklı bir talimat, hukuken tanınan bir ilişki çerçevesinde üst tarafından veriliyor olsa da, öğretilerde bu talimat ile korunmak istenen özel menfaatin, ceza hukuku tarafından korunan kamusal menfaatten üstün tutulamayacağı ifade edilmiştir. Yalnızca kamu menfaatini gerçekleştirmeye ilişkin bir çaba, ceza hukuku ile korunan menfaate verilen zararı hukuka uygun hale getirebilir.⁴⁵¹ Başka bir anlatımla, bu görüşe göre özel hukuk kaynaklı olan, dolayısıyla özel bir menfaati korumaya yönelik bulunan bir talimat uyarınca işlenen fiil, ceza hukuku ile korunan ve son tahlilde kamusal nitelikli olan menfaati ihlal eder ise söz konusu talimat, fiili hukuka uygun hale getirmez.

⁴⁴⁹ *Günel*, Yetkili Mercinin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 72.

⁴⁵⁰ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200.

Türk Medeni Hukuku'nda 2002 yılında yeni Türk Medeni Kanunu'ndan itibaren ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki altlık-üstlük ilişkisi çerçevesinde değil, ebeveynin çocuğun maddi manevi varlığının korunmasına ve geliştirilmesine katkı sağlama yükümlülüğü bağlamında ele alınmaktadır. 743 sayılı Mülga Türk Kanunu Medenisi m. 263 ile düzenlenen ve anne babanın sözünü dinlememe yükümlülüğünün ihlali kapsamında bir tür yaptırım olarak beliren "tedip hakkı"na 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yer verilmemiştir. Uslandırma yetkisi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere uluslararası sözleşmelere ve çağın gereklerine uygun bulunmamıştır. *Ruhi/Ruhi*, Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle) , Ankara, (2017), s. 52; *İnanç*, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (2013), s. 103, 118 vd.

⁴⁵¹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 37, Dn. 60.

Özel talimatı uygulayan kişinin ceza sorumluluğunun bulunmadığı ihtimal, talimatı yerine getiren muhatabın kusurlu bulunmaması hali olabilir. Buna göre, talimatı yerine getiren kişi, talimatın hukuka aykırılığını bilmeyebilir ve bilebilecek durumda da olmayabilir. Bu durumda failin sorumluluğu kusurluluğa ilişkin genel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁴⁵²

Bazı yazarlar, özel hukuk kaynaklı bir talimat da olsa, talimatı yerine getiren kişinin üstünün emrine karşı çıkmasının imkânsız olduğunu, bu sebeple talimatı yerine getirenin kusurlu sayılmayacağını ileri sürmektedir.⁴⁵³ Katıldığımız görüşe göre, yasa koyucu bakımından tanımlanmış bir kusurluluğu kaldıran hal olarak nitelendirilmediği müddetçe, özel bir talimatı yerine getirmenin genel olarak cezasızlık sonucunu doğuracağını söylemek mümkün değildir.⁴⁵⁴

Öğretide, ev sahibinin örneğin yanında çalıştırdığı kişiye kendisi için zararı bulunmasa da kötü anılarını hatırlattığı gerekçesiyle bir eşyasını yok etmesi talimatı vermesinin veya yeni çiçeklerin açabilmesi için bahçıvanından ağaçlarını budamasını istemesinin amirin emri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Bu çerçevede, yetkili amirin meşru emrinin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemenin dogmatik biçimde yorumlanmasının ve özel hukuk ilişkisini tamamen dışlanmasının ev sahibinin, kendi talimatını yerine getiren çalışanını verdiği zarardan ötürü sorumlu tutabilmesine neden olan absürt bir durumun ortaya çıkarabileceği ileri

⁴⁵² *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 38, Dn. 62.

⁴⁵³ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 38, Dn. 63. *Marinucci ve Dolcini ise*, bir kamu otoritesinden suç oluşturan hukuka aykırı bir emir aldıklarında, özel kişilerin de emri yerine getirmekten kaçınma ödevi bulunduğunu ifade etmektedir. Örneğin bir kamu otoritesi tarafından (ör, kaymakam, iç işleri bakanı, sağlık bakanı, vb.) ambulans hizmetleri sunan özel hukuk tüzel kişilerine yönelik olarak bir düzenleme çıkarılarak, oturma izni olmayan (ve AB vatandaşı olmayan) bireylerin ihtiyacı halinde hizmet verilmeyeceğine ilişkin bir emir verilmişse, bu emrin yerine getirilmesi halinde yardım yükümlülüğünün ihlali suçu (İCK m. 593- TCK m. 980) oluşacaktır ve bu emri alan şirket sahibinin, çalışanlarına emri yerine getirmeleri konusunda baskı oluşturması halinde, İCK m. 51/2 uyarınca sorumluluğunun doğacağı savunulmaktadır (*Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, 2015, s. 271).

⁴⁵⁴ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 39, Dn. 64.

sürülmüştür.⁴⁵⁵ Bu yaklaşıma göre özel hukuk kaynaklı emirlerin cezai sorumluluğun oluşumuna engel olan bir hukuka uygunluk durumu yaratması ve emri alanın yerine getirmesi zorunluluğu doğurması için emri verenin üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu menfaatlerine yönelik olması gerekmektedir. Yani diğer bireylerin veya devletin menfaatlerine zarar verecek emirler bu kapsamda olmayacaktır.⁴⁵⁶ Biz bu şartların ortaya çıktığı bir ilişkide, “rıza” hukuka uygunluk nedeninin şartlarının değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

İtalyan yargı içtihatlarında da özel hukuk ilişkilerinde amirin emri savunması dışlanmaktadır: “*Özel hukuk ilişkilerinde, bir tarafın hukuken öngörülen bir üstünlüğü ve bundan kaynaklı yetkileri bulunmadığı için ... İCK m. 51 uygulanabilir değildir.*”⁴⁵⁷

Buna karşın somut olayda emrin yerine getirildiği inancı ile hareket eden özel hukuk ilişkisinin tarafı bakımından hata hali değerlendirmesi yapılmaktadır: “*Özel hukuk ilişkilerinde yalnızca meşruiyete ilişkin hata halinin cezasızlık bakımından dikkate alınabileceği, bu durumun ise fiilin hukuka aykırılığına değil, failin kusuruna etki edebileceği*”⁴⁵⁸ ifade edilmektedir.

⁴⁵⁵ Santoro, La Sc. Posit. - Riv. di Criminol. e Dirit. Crim. / Stud. Mem. di Filippo Grispigni, (1956), s. 527.; Yazar, rıza hukuka uygunluk nedeninin bu örnekler bakımından değerlendirilebileceğine de dikkat çekmiştir. Ancak rıza kurumu bakımından somut olayda farklı şartların da aranmasının gerekli olması karşısında burada özel hukuk ilişkilerinden kaynaklı emrin hukuka uygunluk nedeni yaratmaya yeterli olup olmayacağını değerlendirmeyi önermiştir.

⁴⁵⁶ Santoro, La Sc. Posit. - Riv. di Criminol. e Dirit. Crim. / Stud. Mem. di Filippo Grispigni, (1956), s. 528.

⁴⁵⁷ Cass. sez. VI, 22.10.1971, Alunni, 119833; Cass. sez. VI, 19.06.1990, Vettorazzo, 185894; Cass. sez. V, 26.06.1990, Bordoni, 185894; Cass. sez.V, 28.05.1984, Guerri, 165854; Cass. sez. II, 04.11.1982, Chiasserini, 159164; *kararları aktaran*; Nappi, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 540, 541.

Özel emirlerin bu hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilemeyeceğine ilişkin İtalyan mahkeme kararları için ayrıca bkz. *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 38, Dn.61.

⁴⁵⁸ Cass.sez. IV, 28.11.1975, Getto, 132446; *kararı aktaran*; Nappi, Manuale di diritto penale parte generale (2010), s. 541.

Kamu hukukundan kaynaklanmayan hiyerarşik ilişkilerde amirin emrinin yerine getirilmesinin uygulama alanı bulamayacak olması Türk öğretisinde⁴⁵⁹ tartışmalı bir husus değildir. Ancak İtalyan Hukukunda ceza kanununda değişiklik öngören bazı tasarılarda özel emir olarak nitelendirebileceğimiz bu hallerin düzenlenmesine yer verildiği görülmektedir.

1992 tarihli Pagliaro taslağı, Senato'ya 1995 yılında Senator Riz ve diğerleri tarafından sunulan teklif, Eylül 2000 ve Mayıs 2001 yıllarında Grosso Bakanlık Komisyonu tarafından sunulan taslak, 2001 yılında sunulan Nordio Komisyonu Ceza Kanunu tasarısı ve 2006 tarihli Pisapia Bakanlık Komisyonu taslaklarının tamamı amirin meşru emrini yerine getirmeyi, yürürlükteki İCK m. 51 gibi hukuka uygun kabul etmektedir. Riz taslağı m. 49/1, Nordio taslağı m.29/1, Pisapia taslağı m. 15 düzenlemeleri hukuka uygunluk bakımından yürürlükteki İCK m. 51/1 ile benzer düzenlemeye sahip iken, Pagliaro taslağı ve Grosso Komisyonunda farklı bir yaklaşım bulunmaktadır. Pagliaro taslağında “hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi” (*adempimento di un obbligo giuridico (it.)*) ifadesine yer verilirken, Grosso Komisyonu metninde ise meşru emrin kaynağı bakımından kamu hukuku ilişkisi içerisindeki yetkili mercii (*dell'autorità (it.)*) ifadesi çıkarılmış ve böylelikle özel emirler (*l'ordine privato (it.)*) de maddeye dahil edilmiştir.⁴⁶⁰ Pagliaro taslağı m. 17/2 ile, özel emir, sorumluluğu ortada kaldıran subjektif nedenler arasında düzenlenmiştir. Maddeye göre; amir özel kişinin emri, bağlılık ilişkisine dair eylemlere ilişkinse ve yerine getiren, emrin hukuka uygunluğuna makul bir güven duyuyorsa, özel olarak hukuken tanınır.

⁴⁵⁹ Günal, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 72.; Savaşçı Temiz, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi , Ankara, (2021), s. 65; Erdoğan, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi , Ankara, (2021), s. 104.

⁴⁶⁰ *Provolo, Esecuzione Dell'ordine Del Superiore e Responsabilita' Penale* (2011), s. 266 vd.

Türk Hukukundaki “gizli soruşturmacı” (CMK m. 139) bir kamu görevlisi iken İtalyan Hukukunda yer bulan “tahrikçi ajan”, kolluk operasyonunda görev alan özel kişidir. İtalyan içtihatlarında tahrikçi ajanın yalnızca kontrol, gözlem ve diğerlerinin suç fiillerini önleme faaliyetlerini aşmayan ve bir amirden alınan emirden kaynaklı olarak yerine getirdikleri fiilleri amirin emrinin yerine getirilmesi olarak nitelendirilmektedir.⁴⁶¹

c. Emri Veren ile Emrin Muhatabı Arasında Ast-Üst İlişisinin Bulunması

Amirin emri kurumu bakımından kamu hukukundan kaynaklı bir ilişkinin varlığının gerektiğini yukarıda açıkladık. Ast-üst ilişkisi yalnızca kamu hukukunda bulunmadığı gibi⁴⁶² kamu hukuku içerisindeki tüm hukuki ilişkiler de bu kapsama girmemektedir.⁴⁶³ Amirin emri bakımından ilişki hem kamu hukukundan kaynaklanmalı hem de amir konumundaki kişinin astına yönelttiği bir emir biçiminde ortaya çıkmalıdır.

Emir veren ile emrin muhatabı arasında astlık-üstlük ilişkisi yok ise, emri veren bu emri kamu hukukundan kaynaklanan bir göreve dayanarak vermiş olsa dahi, muhatabın emre uyması amirin emrinin yerine getirilmesi kapsamında değerlendirilmemelidir. Örneğin trafik polisinin anlık trafik ihtiyacına göre sürücüyü girilmez levhası bulunan bir yola yönlendirmesi durumunda, trafik polisi ile sürücü

⁴⁶¹ Cass., sez. IV, 17 dicembre 2008 – 22 aprile 2009, n. 17025, CED 243439; *kararı aktaran; Lattanzi/Piano*, Codice penale ultime annotazioni giurisprudenziali (2010), s. 40. Ayrıca tahrikçi ajanın iştirak bakımından muhtemel sorumluluğu için bkz. *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 344 vd.

⁴⁶² Örneğin özel hukuk içerisindeki işveren-çalışan ilişkisi de çalışan tarafın istencinin ya da onayının etkin bir unsur sayılamayacağı ve aslında eş güce sahip bulunmayan bireyler arasındaki bir ilişkidir.

⁴⁶³ Aynı düzeydeki iki kamu görevlisi arasındaki ilişki astlık-üstlük ilişkisi değildir.

arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmadığı için, sürücü açısından bu emre uyma, amirin emrine uyma şeklinde ortaya çıkan bir görevin yerine getirilmesi durumu değildir.⁴⁶⁴

Astlık-üstlük ilişkisi bakımından emir veren konumundaki kimse için kullanılan amir ve üst kavramları her zaman özdeş değildir. Özel kişiler bakımından kamu hukukundan kaynaklı ast-üst ilişkisi ile asker kişiler bakımından ortaya çıkan hiyerarşik ilişki arasında fark bulunmaktadır. Asker kişiler bakımından hiyerarşide yukarıda bulunan kimse “amir” veya “üst” olarak konumlanabilmektedir. Bu kavramlar asker kişiler bakımından hiyerarşide birbirlerinin yerine kullanılamazlar. Bu nedenle ayrıca değerlendirilmeleri gerekmektedir.

İç Hizmet Kanunu ile ast ve amir arasında ve ast ile üst arasında bir emir ilişkisi kurulmuştur.⁴⁶⁵ Amirin genel olarak emir vermeye yetkili olması yanında üstün kanunda yazılı sınırlı hallerde bu yetkisi bulunmaktadır.⁴⁶⁶

211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 9 ve 10’a göre; “**Amir:** *Makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyetini haiz kimsedir. Bunun emri altındakilere maiyet denir. Üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir*”

Bazı özel düzenlemelerle belirli görevlerdeki asker kişiler bakımından amirlik sıfatı da yaratılmıştır. Örneğin 211 sayılı Kanun m. 47’ye göre, “*Garnizon kumandanı garnizona dahil bütün kıta ve askeri kurumların disiplin amiridir.*” Bu kapsamda garzion

⁴⁶⁴ Sürücüye, girilmez işareti bulunan yola trafik polisinin emri sebebiyle girmiş olması durumunda Karayolları Trafik Kanunu m. 46/2-h uyarınca trafik cezası kesilmemesinin nedeni, Karayolları Trafik Kanunu m. 47’dir. İlgili maddeye göre; “*Karayollarından faydalananlar aşağıdaki sıralamaya göre; a) Trafik düzenleme ve denetimle görevli trafik zabıtası veya özel kıyafetli veya işaret taşıyan diğer yetkili kişilerin uyarı ve işaretlerine, b) Trafik ışıklarına, c) Trafik işaret levhaları, cihazları ve yer işaretlemeleri ile belirtilen veya gösterilen hususlara, d) Trafik güvenliği ve düzeni ile ilgili olan ve yönetmelikte gösterilen diğer kural, yasak, zorunluluk veya yükümlülükler, uymak zorundadırlar.*” Buna göre, trafik polisinin talimatı, trafik işaretinden önce gelir. Dolayısıyla trafik işaretine değil, trafik polisinin emrine uymak şeklinde ortaya çıkan davranış kanunun emrini yerine getirmektir.

⁴⁶⁵ Günal, Yetkili Mercin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 79. Bu konuda ayrıca bkz. İçel, Suç Teorisi , İstanbul, (1999), s. 135.

⁴⁶⁶ Değirmenci, TAAD, Yıl:3, Sayı:10, (2012), s. 456, dn. 2.

hizmetleri ile emir verebileceği ifade edilmektedir. Yine 211 sayılı İç Hizmet Kanunu m. 52'ye göre; “*Müstakil olarak bir kışla, konak veya ordugahta bulunan bir kıta veya askeri kurumun kumandan veya amiri aynı zamanda bu yerlerin kışla, konak veya ordugah kumandanıdır*”. Bu örnekler arttırılabilir.⁴⁶⁷

Askeri ilişkide, teğmen, üst teğmen gibi sıfatlarla rütbe itibarı ile üstünlükte kişilere yalnızca bir şeref derecesi yüklenmemiştir. Askerlerin üstlerine itaat zorunluluğu bulunmaktadır. Hatta emir aldıkları kişi doğrudan bağlı oldukları kendi üstleri olmasa dahi bu emri yerine getirme zorunlulukları bulunmaktadır. Emri veren amir veya üstün sivil giysi içerisinde veya rütbesine uygun giyinmiş olması da fark yaratmamaktadır. Amir veya üstün asta kendini tanıtmaması halinde itaat zorunluluğunun doğacağı ifade edilmektedir.⁴⁶⁸

Emrin yer, zaman ve konu bakımından yetkili amir tarafından verilmesi gerekmektedir. Üstler bakımından ise sınırlı bir emir verme yetkisi bulunduğu belirtilmelidir. Askeri Ceza Hukukunda üstün emir verme yetkisi, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m. 23 ve 24⁴⁶⁹ ile belirtilen hususlarla sınırlıdır.⁴⁷⁰ Askeri Ceza Kanunu'nda 2021 yılında özel bir düzenleme yapılmış, hısımlık-amir/maiyet-ast/üst ilişkisi cezai sorumluluk bakımından birbirinden ayrılmıştır.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ Kangal, Askeri Ceza Hukuku , Ankara, (2012), s. 146.

⁴⁶⁸ Günal, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg., (1967), s. 171.

⁴⁶⁹ TSKİHK m. 23 – “*Fesat ve isyan halinde bulunan bir kıta, karargâh veya askeri kurumda intizamı temin etmek, yağmacılığın önünü almak ve kaçak askerleri çevirmek için bu halleri gören her üst emir ve kumanda işini üzerine almak vazifesi ile mükelleftir.*”

m. 24- *Disipline aykırı gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye her üst görevlidir.*”

⁴⁷⁰ Demirağ, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu , Ankara, (2021), s. 657.

⁴⁷¹ AsCK Amir-maiyet veya üst-ast ilişkisi: EK MADDE 12- (Ek: 7329 - 24.6.2021 / m.2) “*Askerlik hizmet ve görevlerine ilişkin hâller dışında, asker kişilerden nişanlıların, evlilik bağı kalmasa bile eşlerin, kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy ile üçüncü derece dâhil hısımların veya evlâtlık bağı olanların birbirlerine karşı işledikleri suçlar bakımından amir-maiyet ve üst-ast ilişkisi dikkate alınmaz.*

Yükümlü erbaş ve erler arasında ast, üst veya amir ilişkisinin dikkate alınması için fiilin askerî hizmet ve görevlerinden dolayı işlenmesi şarttır.”

2. Emrin Varlığı

a. Emir Kavramı

Emir, emretme gücüne sahip bulunan kişilerin, diğerlerine⁴⁷² yönelen ve yaptırım tehdidi altında belirli bir biçimde davranma yükümlülüğü yükleyen irade açıklamasıysa; bir üstlük ve bununla bağlantılı bir astlık ilişkisi (astlığa zorlama) gerektirmektedir. Böylece emri alanın, görevi yerine getirme ödevi doğar.⁴⁷³ Emir, bir müşavereden, tavsiyeden veya talepten farklı bir beyandır.⁴⁷⁴ Emri oluşturan unsurların “üstünlük”, “mecburilik” ve “tabiiyet” olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷⁵

Emrin doğal bir kavram mı hukuki bir kavram mı olduğu yazarlarca tartışılmaktadır.⁴⁷⁶ İlk fikre katılan yazarlar⁴⁷⁷, emrin doğal bir kavram olduğunu ve belli şartlar oluştuğunda doğal ve hukuki kavram yaklaşımlarının ilişkilendiği bir özellik kazandığını ifade etmektedir. Üst tarafından yapılan irade açıklaması, ilk olarak doğal bir görüngü (*un fenomeno naturalistico (it.)*) iken sonrasında hukuki bir yapıya dönüşür. Meşruluk ve gayri meşruluk, emrin hukuki otorite kriteri ile belirlenebileceğini varsayan hukuki nitelendirmelerdir. Sonuçta bir irade açıklamasının emir olduğunu belirleyebilmek için bir süjenin öbürü bakımından üst olduğu bir ilişkinin tespit edilmesi gerekmektedir. Katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁷⁸

⁴⁷² İdari otoriteler tarafından verilir belirli kişi veya kişilere yöneltilmiş olmasına göre emirler, özel veya genel olabilir. (Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, 2011, s. 36, Dn. 54; *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200.). Bu bakımından ilişkinin özelliği ya da genelliği ilişkideki pasif süjeye, yani emri alana göre belirlenir. (Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale, Padova, 2011, s. 36, Dn. 55.) Burada kullanılan özel emirler kavramı özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan bir emir biçiminde anlaşılmalıdır.

⁴⁷³ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 35.

⁴⁷⁴ *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 236.

⁴⁷⁵ *Günel*, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 59. Bu çerçevede *Bakıcı*, emri şöyle tanımlamaktadır: “Emir, hiyerarşik sistemde amirin, bir şeyin yapılması veya yapılmamasını astı olan memurdan istemesidir” (*Bakıcı*, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri , Ankara, (2008), s. 545.)

⁴⁷⁶ *Bettiol*, L'ordine dell'autorita nel diritto penale , Milano, (1934), s. 29 vd.

⁴⁷⁷ Aktaran; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 35, Dn. 51.

⁴⁷⁸ Aktaran; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 35, Dn. 52.

emir kavramının normatif yapısından şüphe duymaya gerek bulunmamaktadır. Emir, meşruiyetini amirin emir verme gücü ve astın emre tabi olma mecburiyetinden; genel bir atıfla, hukuk sisteminin nitelendirmelerinden almaktadır.

Öğretide kanunun hükmü kapsamında değerlendirilen bazı hallerde görevin kaynağına ilişkin amirin emri değerlendirilmesi yapılması gerekmektedir. Görevin yerine getirilmesi kapsamında, kanaatimizce, görevin genel ve soyut olmayan mahkeme içtihatları, idarenin eylemleri ve hukuki işlemlerinden kaynaklandığı haller kanunun hükmü sayılmayıp amirin emri kapsamındadır. Yine adli yetkinin kullanımı olarak beliren Cumhuriyet savcısı talimatlarının yerine getirilmesi halinin⁴⁷⁹, amirin emrini yerine getirme biçiminde ortaya çıktığı görüşünderiz.

TCK m. 24/2 ile düzenlenmiş olan amirin emri kurumu bakımından Anayasa m. 137 başta olmak üzere Devlet Memurları Kanunu, askeri ceza mevzuatı ve kolluk mevzuatı da iç hukuk değerlendirme kaynaklarındandır. TCK ile tanımlanmamış olan⁴⁸⁰ emir kavramı, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ile düzenlenmiştir. İlgili Kanun m. 8'e göre “*emir, hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair suretle ifadesidir.*” Hizmet ise aynı kanuna göre; “*kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, âmir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.*”

Bu tanımda emrin bir talep veya yasak içerdiği ifade edilmektedir. Bu içerik aşağıda açıklanacağı üzere, çalışma bakımından tercih edilen emir kavramı için dar bir anlama sahiptir.

⁴⁷⁹ *Keyman*'a göre devletin üç kudreti (erki) arasında sayılan yargı erkine, adalet erki denilmesi daha doğru olacaktır. Yazar; adalet organından (yasama-yürütme-adalet bağlamında) söz etmekte, adalet organının adalet kudretini haiz olduğundan bahisle, bu organ içinde yer alan yargılama organının, örneğin mahkemenin, yargılama yetkisi, savcılığın ise adli yetki kullandığını açıklamaktadır (*Keyman*, Ceza Muhakemesinde Savcılık , Ankara, (1970), s. 82-85). Yazarın bu anlatımı kabul edildiğinde, savcılık işlemlerinin adli işlem olarak adlandırılmasında herhangi bir çelişki bulunmamaktadır. Buna göre Cumhuriyet savcısının savcılık teşkilatı dışında yer alan kişi ve kurumlara yöneltilmiş emirler, adli emir olarak nitelendirilmelidir.

⁴⁸⁰ *Değirmenci*, TAAD, Yıl:3, Sayı:10, (2012), s. 460.

b. Emrin İçeriği

i. Genel Olarak

Öğretide emrin kapsamına nelerin gireceği de değerlendirilmiştir. Bu kapsamda “*tehdit, teşvik, tahrik, nasihat, tolerans ve davet*” in emrin kapsamına girmeyeceği belirtilmektedir. Ancak reddedilemez olmak kaydıyla “*talep*”, emrin kapsamında görülmektedir.⁴⁸¹

Emrin ast üst ilişkisinde üstün irade açıklaması olarak ortaya çıktığı yukarıda açıklanmıştır. Bu irade açıklamasının *genel bir yetki tanıyarak uygun bulma* veya *somut bir ödev yükleme* biçimlerinde ortaya çıkması mümkündür. Görevin yerine getirilmesi kurumu bakımından tanınan yetki ile ödev yüklenebilirken bazı fiillerin uygun bulunması da söz konusu olabilir. Kaynağın kanunun hükmü (hukuk normu) veya amirin emri olması bakımından fark bulunmamaktadır.

II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası hukukta önem gösterilen amirin emri savunmasına ilişkin yaklaşımlar değerlendirilmelidir. “*Superior responsibility*”(in.) olarak adlandırılan amirin ihmalinden dolayı sorumluluğun tartışıldığı haller, amirin emrinin *uygun bulma* biçiminde ortaya çıkan görünümü bakımından çok kıymetlidir. Özellikle amirin astlarına genel bir yetki tanıyarak yarattığı meşruiyet karinesi ile astların işlediği fiiller bu kapsamdadır. Uluslararası hukukta *superior responsibility* (in.) için benimsenen kriterler iç hukuk yorumunda da yol gösterici olacaktır. Uygun bulunan fiiller bakımından emrin içeriği tam olarak somutlaştırılmamıştır. Bu bakımdan öğretide amirin emri kurumunu açıklarken değerlendirilen hallerin “emrin içeriğinin somut olması” başlığı ile uygun bulunan fiillerin ise “emrin içeriğinin soyut olması” başlığı ile incelenmesi tercih edilmiştir.

⁴⁸¹ *Güenal*, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s.

ii. Emrin İçeriğinin Somut Olması

Öğretide amirin emri kurumu, somut bir ödevin yüklenmesi hali olarak değerlendirilmektedir.⁴⁸² CMK m. 119/1'deki şartların oluşması halinde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin üst araması yapması hali, amirin somut bir ödev yüklemesinin örneğidir.⁴⁸³

iii. Emrin İçeriğinin Soyut Olması

Amirin emri görevin kaynaklarından birisidir. Kaynağın hukuk normu veya amirin emri olması fark yaratmaksızın görev, kanaatimizce uygun bulunan fiilleri de kapsamaktadır. Bu bakımdan amirin emri ile somut bir fiilin gerçekleştirilmesini meşrulaştırması yanında belirli fiillerin ifasını uygun bulması da mümkündür. Bunlar, yerine getirilen görev bakımından amirin emrinin bir meşruiyet karinesi yarattığı hallerdir. Bu bakımdan uluslararası hukukta amirin bir denetim ödevinin de bulunduğu dikkate alınarak kendisine ihmalde bulunmama yükümlülüğü yüklenmiştir. Çalışmada amirin değil, bir hukuka uygunluk nedeni olarak emri yerine getiren astın durumu değerlendirilmektedir. Ancak astın fiillerinin engellenmemesine veya bunlara göz yumulmasına bağlı olarak uluslararası hukukta amirin sorumluluğunun bulunması, kanımızca, amirin soyut ve genel emirlerinin de varlığını göstermektedir. Bu yapının iç hukukumuzdaki emrin yerine getirilmesi kurumu ile ilgisinin kurulmasından önce açıklanması gerekmektedir.

⁴⁸² Amirin emri kurumunun, memurun *belirli* bir davranışı gerçekleştirme veya gerçekleştirilmeme zorunluluğu olarak ortaya çıktığına ilişkin bkz. *Erdoğan, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi*, Ankara, (2021), s. 103.

⁴⁸³ Yukarıda belirttiğimiz üzere (s. 71) mahkeme kararlarından kaynaklı görevin yerine getirilmesi hali, *kanundan (hukuk normundan)* değil *amirin emrinden* kaynaklı bir görevin yerine getirilmesidir. Ancak öğretilerde mahkeme kararlarının hukuk normundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi olduğuna dair değerlendirme de bulunduğu için (*Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale*, Padova, (2011), s. 31) bu örnekte hakim kararı ile aramaya özellikle yer verilmemiştir.

*Superior (command) responsibility (in.) (ihmal sorumluluğu- ihmali harekete bağlı sorumluluk)*⁴⁸⁴, amirin, astının fiili nedeniyle sorumlu olabilmesi ihtimalini yaratan, dolaylı bir cezai sorumluluk olarak ifade edilmektedir ve dayanağı engel olma görevini yerine getirmekte ihmal göstermektedir.⁴⁸⁵ Bu sorumluluk uluslararası ceza hukuku gereksinimleri ile ortaya çıktığı ifade edilen örfi bir kurumdur. Amir veya üst, fiile doğrudan maddi katkıda bulunmamaktadır ancak suçların mevcudiyetini bilmesi veya bilmesi gerekliliğine rağmen, işlenebilecek bu suçları önleme ya da cezalandırma yönündeki görevini ihmal etmektedir.⁴⁸⁶

İhmal sorumluluğu, amirin planlayan, emir veren veya destekleyen konumu nedeniyle astının hareketlerine olan katkısına bağlı olarak ortaya çıkar ve uluslararası hukuk metinlerde de yer bulmaktadır.⁴⁸⁷ İhmal sorumluluğu, amirin astın her türlü hareketinden sorumlu olduğu bir tür objektif sorumluluk olarak değerlendirilmemelidir. Bu kavram, amirin, emrindeki işlediği ve bilgisi dahilinde olan suçu önleme, ona engel olma görevini yerine getirmekte ihmal göstermesi ve bu sebeple kınanmasıdır.⁴⁸⁸ İhmal sorumluluğundan söz edilebilmesi için uluslararası teamülde aranan başka şartlar bulunmaktadır;

(İlişki) Suçu işleyen ve suçlanan arasında suçun işlendiği tarih itibarı ile ast ve üst ilişkisi bulunmalıdır.

⁴⁸⁴ Esasen askeri kaynağı bulunduğu için geleneksel kullanımı “command responsibility” olan kurum için hem sivil hem askeri liderleri kapsayacak biçimde “superior responsibility” kullanımı tercih edilmeye başlanmıştır. *Tezcan, Erdem, Önok*, “superior responsibility” kavramını, “üstlerin sorumluluğu” olarak çevirmiştir. Kanaatimizce bu kavram astın icrai fiilleri ile sorumluluğunu da kapsayan bir anlamda yanlış anlaşılmaya müsaittir. Bknz.; *Tezcan/Erdem/Önok*, Uluslararası Ceza Hukuku , Ankara, (2009), s. 500 vd.

⁴⁸⁵ ICRC Advisory Service on International Humanitarian Law, “Command Responsibility and Failure to Act”, “<https://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/command-responsibility-icrc-eng.pdf>”, (E.T.: 07.03.2017)

⁴⁸⁶ *Tezcan/Erdem/Önok*, Uluslararası Ceza Hukuku , Ankara, (2009), s. 500, 501.

⁴⁸⁷ Örneğin bknz. ICTY Statute, Article 7(3); ICTR Statute, Article 6(3); Rome Statute, Article 28.

⁴⁸⁸ *Värk*, Est. Natl. Def. Coll. Proc., (2012), s. 144.

(*Farkındalık*) Üstün, astın doğrudan faili olduğu veya kusuru ile parçası olduğu, işlenen veya işlenmek üzere olan suça ilişkin bilgisi bulunmalıdır.

(*İhmal*) Amir, bu tip suçların işlenmesinin önlenmesi veya cezalandırılması yönünde gerekli ve makul tedbirleri almakta ihmal göstermiş olmalıdır.⁴⁸⁹

İhmal sorumluluğu doktrini, askeri liderlere (askeri teşkilatta hangi mevkide bulunduğu önem taşımaksızın), sivil amirlere (hangi kurum veya bakanlıklara bağlı çalıştıkları dahil, fonksiyonları önem arz etmeksizin) ya da paramiliter (yarı askeri) liderlere uygulanabilir. Uluslararası teamülde öğretinin unsurları, -deliller bakımından olmasa da- amirin yetkisinin kaynağı önem taşımaksızın benzer hukuki meselelerdir.⁴⁹⁰

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden öncesi değerlendirme konusu yapılmalıdır. Kurumun ilk izleri 15. Yüzyılda karşımıza çıksa da II. Dünya Savaşı'na kadar modern öğreti gelişmemiştir. Japon ve Alman komutan ve liderlerin savaş sonrası yargılamaları temel prensipleri oluşturmuş, ancak sorumluluğun unsurları eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Divanı ve Ruanda Uluslararası Ceza Divanı tarafından detaylandırılmıştır. Sonrasında uygulama ve teori Roma Antlaşması'nda birleşmiştir. Nürnberg yargılamalarında *superior responsibility (in.)* ile ilgili değerlendirme bulunmamaktadır. Tokyo Mahkemesi ise bir davasında çok detaylı bir değerlendirme ile olmasa da kavramı uygulamıştır. “Yamashita Davası” sonraki *superior responsibility (in.)* uygulamaları bakımından atıf yapılan bir emsal haline gelmiştir. Tarihsel olarak bu dava, II. Dünya Savaşı sonrasında Birleşmiş Milletler Askeri Komisyonu'nun, kavramı değerlendirmesinden öncedir. Dava sanığı General

⁴⁸⁹ Guenael Mettraux, “The Doctrine of Superior/Command Responsibility”, “(E.T.: 07.03.2017) <https://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/command-responsibility>”; *Tezcan/Erdem/Önok*, Uluslararası Ceza Hukuku , Ankara, (2009), s. 505.

⁴⁹⁰ *Karş.* Roma Statüsü'nün askeri ve askeri olmayan amirler bakımından net farklılıklar içerdiğine ilişkin olarak *bkz.* Guenael Mettraux, “The Doctrine of Superior/Command Responsibility”, “<http://www.peaceandjusticeinitiative.org/implementation-resources/command-responsibility>”, (E.T.: 07.03.2017).

Tomoyuki Yamashita, 9 Ekim 1944 tarihinde Filipinler'deki Japon ordunun komutanıdır. Komutan olarak Filipinler'de emrindekilerin eylemlerini kontrol etmek bakımından görevini yerine getirmekte başarısız olarak, astların Birleşmiş Milletler halkı ve müttefiklerine gaddarca uygulamalarına ve diğer suçlarına göz yummak fiili ile yargılanmış ve ölüm cezasına mahkûm edilmiş, cezası 23 Şubat 1946'da, asmak suretiyle infaz edilmiştir. Amirin görev ve sorumluluklarını açıkça düzenleyen ilk uluslararası materyalin, Cenevre Konvansiyonu I. Ek Protokolü (1977) olduğu ifade edilmektedir. Sonraki düzenlemeler ve onların yorumları için temel prensipleri barındıran düzenlemeye göre, amir iki şartın birlikte oluşması ihtimalinde sorumludur. Astın kural ihlali yanında, amirin bu tip ihlallere ilişkin harekete geçme yükümlülüğü bulunmalıdır. Protokol, kuralın devamında superior responsibility kavramının doğası ve şartlarını da açıklamıştır.⁴⁹¹

Yukarıda kanunun açıklığı güvencesi başlığında kanundan kaynaklı görevin yerine getirilmesi bakımından incelenen durumla bağlantı bulunmaktadır. Özellikle savaş dönemi uygulamaları bakımından amirin emirlerinin soyut bir nitelik taşıması çoklukla olağandır. Bu bakımdan temel hak ihlali oluşmasının önüne geçilebilmesi için soyut emri veren amirin sorumluluğu meselesi ulusal hukuk kapsamında da değerlendirilmelidir. Ast, emrin açıkça hukuka aykırı olmadıkça meşru olduğu inancındadır. Bu durum, emir-konuta ilişkisinin sonucudur. Astın içeriğini hukuka aykırı biçimde doldurmaya çalışacağı örneğin düzenin sağlanması, bir yerin tahliye edilmesi vb. emirlerinden kaynaklanacak sorumluluğun ulusal hukukta da amirin ihmaline bağlı olarak doğabilmesi için açık düzenleme gerekeceği kanaatindeyiz. Amirin emir vermesi ve astın yerine getirmesi fiilleri birbirinden bağımsızdır. Amir, hukuka uygun bir emir vermiş ise somut olayda emrin ast tarafından içeriğinin

⁴⁹¹ *Värk*, Est. Natl. Def. Coll. Proc., (2012), s. 144, 145

doldurulması aşamasında ortaya çıkabilecek hukuka aykırı değerlendirmelerden amirin sorumluluğu bulunmayacaktır.

c. Emrin Nitelikleri

i. Yetkili Mercii Tarafından Verilmiş Olma

Emrin meşruiyeti için amirin yetkisinin hukuken tanınmış olması gerekmektedir.⁴⁹² Yetkili amir tarafından verilmeyen emrin, memur tarafından yerine getirilmesi zorunlu değildir.⁴⁹³ Doğru ifade ile bu talep meşru bir emir değildir.

Meşru emirden kaynaklanan görevin yerine getirilmesinin ilk şartı, emrin yetkili mercii (*pubblica Autorità (it.)*) tarafından verilmiş olmasıdır.⁴⁹⁴

Yetkili mercii kavramı bakımından doktrinde yalnızca kamu görevlilerini (*pubblici ufficiali (it.)*) uygun bulanlar yanında, kamu hizmetinde bulunanları (*gli incaricati di pubblici servizi (it.)*) da gruba dahil eden görüşler bulunmaktadır. İtalyan içtihatlarına göre, kamu görevlileri (*i pubblici ufficiali (it.)*), kamu hizmetlileri (*gli incaricati di pubblici servizi (it.)*) ve kamu hizmetleri sunan özel kişilerin (*i privati esercenti un servizio di pubblica necessità (it.)*) bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmeleri mümkündür.⁴⁹⁵

Yetkili merciiin denetiminde yer, konu ve zaman bakımından yetkili olma şartları değerlendirilmelidir. Kural olarak emrin Türk yetkili mercii tarafından verilmesi gerekeceği ifade edilmektedir. Yabancı ülke makamlarının kendilerine özel bir yetki tanınmadıkça (örneğin Kuzey Atlantik Antlaşması taraflarına tanınan yetki gibi) amir sayılmazlar.⁴⁹⁶

⁴⁹² *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 35.

⁴⁹³ *Değirmenci*, TAAD, Yıl:3, Sayı:10 2012, s. 462.

⁴⁹⁴ *Mantovani*, Diritto Penale Parte Generale , Padova, (2007), s. 236.; *Günel*, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 66, 67.

⁴⁹⁵ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 37, Dn. 59.

⁴⁹⁶ *Savaşçı Temiz*, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi , Ankara, (2021), s. 68.

Kamu görevlisi, hukuk düzenince verilen yetkisini görevlendirildiği yerde kullanmaktadır. Örneğin bir vali, bir kaymakam kendi faaliyetini yürüttüğü yerde emir vermeye yetkilidir.⁴⁹⁷

Konu itibarı yetki yerine, emrin göreve ait olması denilmesi de mümkündür. Kanun ile açıkça konunun belirlendiği haller dışında kalan, kanun koyucunun bu yönde bir tespitte bulunmadığı hallerde konu unsurunu belirlemek güçtür. Bu halde tespit için her makamın kendisine tanınmış amacına uygun bir faaliyet yürüttüğü dikkate alınmalıdır. Astın, hizmet dışı veya özel hayata ilişkin taleplere uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Zaman bakımından yetki emrin araştırılması gereken niteliklerindedir. Amirin de memurun da yetkileri zaman ile sınırlandırılmıştır. Örneğin amirin yürürlükten kalkmış olan bir kanuna dayanarak emir vermesi halinde zaman bakımından yetki sorunu doğacak ve bu emre itaat etmiş olma hali ast bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmeyecektir.⁴⁹⁸

ii. Bağlayıcı Olma

ii.i Biçimsel Meşruiyet

“Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar (Ay m. 137)” ve “emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller (TCK m. 24)” hariç tutulmak üzere ast bakımından meşru olan emirleri yerine getirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bağlayıcılık bu anlamda kural olarak meşru emirlere ilişkin bir durumdur.

⁴⁹⁷ Günal, Yetkili Mercinin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 85.

⁴⁹⁸ a.g.e., s. 86, 89.

Kanunun tanıdığı yetkiyle verilip hem biçimsel bakımdan hem içerik yönünden meşruiyeti bulunan emirler, meşru emirlerdir.⁴⁹⁹ Bazı hallerde şekli şartlarının denetiminin yeterli bulunması mümkünse de (bkz. bazı askeri emirler) meşruiyetin bir bütün olduğu ifade edilmektedir.⁵⁰⁰

Emri alan astın biçimsel meşruiyeti denetleme ödevi bulunmaktadır. Örneğin bilgisayarda arama emri alan kolluğun CMK m. 134'ün şartların uygun bir kararın varlığını denetlemesi gerekmektedir. Biçimsel meşruiyet bakımından kolluğun yapması beklenen denetim, somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı olmayıp emrin hâkim veya (hakim onayı alınmış olmak şartıyla) C. Savcısı kararı olduğunu ve genel bir arama kararı olmayıp bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına yönelik bir karar olduğunu denetlemesidir.

ii.ii İçerik Meşruiyeti

Emirler, idari eylem ve işlemlerden olmaları sebebiyle, bu alana özgü yetki aşımı veya kanuna aykırı işlem gibi meşruiyeti zedeleyecek sakatlıkları taşımıyor olmalıdır.⁵⁰¹ Emre ilişkin meşruiyete ilişkin açıklamalarda İtalyan yazarlar, biçimsel meşruiyet veya öze ilişkin meşruiyete göndermede bulunmaktadır.⁵⁰² Amirin yetkili olması, memurun veya emri yerine getirenin yetkili olması ve emrin şekil şartlarını taşıması biçiminde sayılan şartlar bulunuyorsa, emir biçimsel olarak meşru iken; diğer

⁴⁹⁹ *Santoro*, La Sc. Posit. - Riv. di Criminol. e Dirit. Crim. / Stud. Mem. di Filippo Grispigni, (1956), s. 526.; *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200

⁵⁰⁰ *Günel*, Yetkili Merciiin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 93.

⁵⁰¹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 39.

⁵⁰² *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200

yandan öze ilişkin meşruiyet kanun ile düzenlenen emre ilişkin fiili ve hukuki koşulların somut olayda varlığını dikkate almaktadır.⁵⁰³

Anayasa m. 137 emrin, “yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı” olmaması gerektiğini düzenlemektedir. Bu nedenle amirin emri kurumunun, öğretide hukuk düzeninin dolaylı olarak bir ödev yüklediği hal olarak nitelendirilmesi yerindedir.⁵⁰⁴

Örneğin kuvvetli suç şüphesi bulunmadan verilen tutuklama kararı öze ilişkin meşruiyet şartını yerine getirmemektedir.⁵⁰⁵ Açıkça suç oluşturan fiilin emredilmesi halinde, emri yerine getirmekten kaçınma ödevi bulunan ast söz konusu iken; aslında bu ilişkide, emre ilişkin olarak hem biçimsel meşruiyetin hem de içerik meşruiyetinin kontrolünün asttan beklendiği yetki-ödev yapısından söz edilecektir.⁵⁰⁶

Öğretide işlemin sakatlığına ilişkin klasik kriterler (ehliyetsizlik, kanunun ihlali ve yetki aşımı) yerine, biçimsel ve öze ilişkin meşruiyet kriterinin kullanılmasının işlevsel olduğu ve İCK m. 51’in son fıkra düzenlemesinde emri yerine getirenin davranışının hukuka uygunluğunu dile getirebilmek adına etki doğurduğu ifade edilmektedir.⁵⁰⁷

⁵⁰³ İtalyan içtihatlarına göre, görevin yerine getirilmesi kurumunun uygulanması için, emir meşru olmalı, yani yetkili merci tarafından verilmiş olmalı, düzenlenen şekli şartlara uygun olmalı ve memurunun hizmet sunmaya yetkili olduğu alana ilişkin olmalıdır; Cass. Pen., sez. I, 27 gennaio 1987, in Cass. pen., 1988, 1855. Conf. Cass. Pen., sez. I, 10 giugno 1982, ivi, 1983, 882. aktaran; *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 40, Dn.68.

⁵⁰⁴ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s.94.

⁵⁰⁵ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200.s

⁵⁰⁶ *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 271.

⁵⁰⁷ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale , Padova, (2011), s. 40.

3. Emrin Yerine Getirilmesi Bakımından Yetkili Olma

Emir yalnızca emri veren bakımından değil emri yerine getirmesi beklenen ast bakımından da yetkiyi gerektirmektedir. Karşılık yetki bulunmalıdır.⁵⁰⁸ Ancak biz astın cezai sorumluluğunu değerlendirdiğimiz bu çalışmada amirin astın yetkisini denetleme görevi ve bunun ceza sorumluluğuna etkisinin bulunup bulunmayacağı konusunu incelemeyeceğiz.

Bir kamu hukukundan kaynaklı ilişkide emri yerine getirmesi beklenen kimse de kamu görevlisidir.⁵⁰⁹ TCK ile tanımlanan kamu görevlisi kavramı tartışmalıdır. Konu özellikle kamusal hizmet ve kamusal faaliyet ayrımı bakımından değerlendirilmektedir. İdare Hukuku ve Ceza Hukuku bakımından kamu görevlisi arasında farklı yaklaşımların bulunması kavrama tek bir anlam yüklemeyi zorlaştırmaktadır.

⁵⁰⁸ *Günal*, Yetkili Mercinin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 84.

⁵⁰⁹ *Savaşçı Temiz*, Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi , Ankara, (2021), s. 71.

III. KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Emirler, idari tasarruflardır. Bu yüzden meşruiyetlerini idari işlem ve eylemlerde aranan kriterlerden almaktadırlar. İtalyan İdare hukuku öğretisinde yapılan ayrıma göre, gayrimeşruluk; yetki sakatlıkları (*incompetenza (it.)*), kanunun ihlali (*violazione di legge (it.)*) ve yetki aşımından (*eccesso di potere (it.)*) kaynaklanabilir. Yetki sakatlığı (*incompetenza (it.)*), emri veren kişinin kendi yetkisini aşan bir emir vermesi biçiminde ortaya çıkar. Bu ihtimalde, bazen sakatlanmış, bazen hiç var olmamış emir söz konusudur.⁵¹⁰ Yetki aşımı (*eccesso di potere (it.)*), emrin dayandığı amaca ilişkindir. Bu bakımdan, fiilin kurumun amacından sapmasından ibaret bu sakatlık, amirin, kendisine verilen yetkinin taşıdığı dışında bir amaca yönelik bir emir vermesiyle ortaya çıkmaktadır. Kanunun ihlali (*violazione di legge (it.)*), meşruiyete ilişkin sakatlıklar arasındaki en geniş kategoridir ve torba kategoriye benzetilebilir. Yetki aşımı veya yetki sakatlığı biçiminde ortaya çıkmamış ama sakatlık olarak kabul edilebilecek diğer her durumda kanunun ihlali söz konusu olur.⁵¹¹

Türk hukukunda idari işlemin unsurları Fransız hukukunda olduğu gibi iptal davası ekseninde kabul edilmektedir.⁵¹² Bu bakımından idari işlem olarak emirlerin, İdari Yargılama Usulü Kanunu m. 2'de belirtilen *yetki, şekil, sebep, konu, usul ve amaç* unsurları üzerinden değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵¹³

⁵¹⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 54.

⁵¹¹ A.g.e., s. 55.

⁵¹² *Ulu*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sos. Bilim. Derg., s. 75.

⁵¹³ *Deniz*, Gaziantep Univ. J. Soc. Sci., (2020), s. 954.; *Gözübüyük/Tan*, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Ankara, (1998), s. 319. Bu konuda ayrıca bkz. *Duran*, İdare Hukuku Ders Notları , İstanbul, (1982), s. 401 vd.

Konusu suç teşkil eden emir, gayri meşru emirdir. Daha açık bir dille ifade edecek olursak, suç işlemeyi emreden, ceza kanunları ile yasaklanmış fiilleri gerçekleştirmeye yönelen emir, gayri meşru bir içeriğe sahiptir. Bu yüzden failin (üstün) irade açıklaması biçimindeki bu eylemi, ancak uygunsuz biçimde “emir” olarak nitelendirilebilir, zira varlığı meşruiyete ilişkin şartlar tarafından dışlanmaktadır. İCK m. 51 son fıkra, emrin içeriğinin denetlenmesine izin verilmeyen durumlarda gayrimeşru (konusu suç teşkil eden) emri yerine getiren kişiye ceza verilmeyeceğini düzenlemektedir. Maddede sözü edilen *hukuk düzeni* tarafından denetime izin verilmeme hali, idari otoriteleri ve kamuda emre itaat ödevi yükleyen idare hukuku kurallarının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu düzenlemelere ilişkin inceleme ise şu önermeyi doğrulamaktadır: Astın, emrin meşruiyetini incelemesi ihtimalini ortadan kaldırırken, aslında itaat ödevini, suç içeren emirlere kadar genişleten düzenlemeler bulunmaktadır. Astın emrin meşruiyetini denetlemesine ilişkin yetkisi, itaat ödevine ilişkin düzenlemedeki ifadenin kesinliği veya derecesine göre değişiklik gösterebilir.⁵¹⁴ Askeri şahıslar ve kolluk bakımından emri sınırlı denetleme hakkı bulunanlar değerlendirmesi yapılmıştır. Bu şahıslar açısından, diğerlerinden daha dar bir denetleme yaparak emre itaat etmeleri gerektiğinden söz edilmektedir.⁵¹⁵ Yürürlükteki hukuk karşısında konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi hiç kimse açısından hukuka uygunluk nedeni değildir. Bu sebeple, sayılan kişilerin daha dar bir denetim hakkı olduğu görüşüne katılamıyoruz.

Emrin meşruiyetini denetleme yetkisinin kesinlikle bulunmadığı ihtimalde ast, emre itaat etmelidir. Mutlak itaat ödevi teorisi, idari otoritenin kamu yararı amacını yerine getirebilmek adına etkili bir yapılanmaya ihtiyaç duyması ve daha deneyimli

⁵¹⁴ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 56.

⁵¹⁵ *Günal*, Yetkili Merciin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 123 vd.

olduğu düşünölen üstün, asta göre kanun ve düzenlemeleri daha doğru yorumlayıp somut olaya uygulayabileceğine ilişkin geleneksel inanç ile haklı görölmektedir. Astın, emrin meşruiyetini hem içerik hem şekli şartlar bakımından denetim yetkisine sahip olduğu ihtimalde, itaat ödevi, yalnızca meşru emirlere ilişkindir. Hatta emrin meşruiyetini belirleme yetkisi olan ast, verilen emirlerin hukuka aykırılığını tespit etmişse, itaatsizlik ödevinden söz edilmelidir. Mutlak itaat ve tama yakın (ya da tam) denetim yetkisine ilişkin teoriler dışında ortada kalan, örneğin astın denetim yetkisi yalnızca şekli şartların denetimi ile sınırlı tutarak içeriğe ilişkin meşruiyeti denetimin dışında tutan görüş, eğer emir açıkça gayrimeşru ise astın üste bildirmesine bağı sorumluluk görüşü⁵¹⁶ gibi başka teoriler de bulunmaktadır.

⁵¹⁶ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.57.

B. KONUSU SUÇ TEŞKİL ETMEYEN KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

1. Kanunsuz Emir ve Bildirme Ödevi

Amirin verdiği emrin içerik yönünden gayri meşruluğu iki görünüm biçimine sahiptir. Emrin konusu suç olabilir veya başka hukuka aykırılıklar teşkil edebilir.⁵¹⁷ Yukarıda terim seçimlerine ilişkin başlıkta belirtildiği üzere, çalışmada iki durumu kapsayan bir üst başlık olarak, hem 1961 hem 1982 Anayasası tarafından kullanılan, “kanunsuz emir” kavramı tercih edilmiştir.

Emre itaat ödevi sınırsız değildir. Emrin hukuka aykırılığı halinde, asta bildirme ödevi / yetkisi tanındığı ifade edilmelidir. İtalyan hukukunda, açıkça gayrimeşru bir emir alan astın bu durumu emri verene bildirmesi gerekliliğinden söz edilmektedir (ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (Decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 (d.P.R. n.3/1957)) madde 17)⁵¹⁸ İlgili kararnamenin 17. maddesi ile İCK'nin 51. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, astlık üstlük ilişkisinde, emri alana, emri verene karşı derhal ve haklı bir itirazda bulunma ödevi / yetkisi (dovere / potere (*it.*)) yüklenmiştir. Emir suç içermemek şartıyla, başvuru üzerine yazılı olarak verildiğinde ast artık emri yerine getirmekten kaçınmaz.⁵¹⁹

Türk Hukukunda, Anayasa'nın 137. maddesi uyarınca “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse,

⁵¹⁷ Santoro, L'ordine del superiore nel diritto penale , Torino, (1957), s. 211; *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 164.

⁵¹⁸CCNL (Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro / Toplu İş Sözleşmesi) içerisinde yer alan düzenlemelerin de benzerlik taşıdığına ilişkin bkz. *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale (2011), s. 62.

⁵¹⁹*Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 271.; *Lambrou*, Dirit. Prat. del Lav., (2019), s. 2830. Ayrıca ilgili içtihat için bkz. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6208 sentenza 15 dicembre 2008; sentenza della Corte dei Conti Sicilia Appelli n.117 del 27 marzo 2014.

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.”

Devlet Memurları Kanunu m. 11/2’ye göre de “Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.”

PVSK m. 2/B de benzer bir düzenleme içermektedir.⁵²⁰

Görüldüğü üzere kanunsuz bir emirle karşılaşan ast, bu durumu, emri veren amirine bildirmekle yükümlü tutulmaktadır.⁵²¹ Ast, gayrimeşru gördüğü emrin yazılı olarak tekrarını talep etmek zorundadır. Bu zorunluluk, asta tanınmış bir yetkiden ziyade gayrimeşru emrin varlığı halinde yazılı ısrar için üste başvurma ödevi niteliğindedir. Bu durumda astın başvuru ödevini yerine getirmemesi halinde disiplin sorumluluğundan söz edilebilir. Astın gayrimeşru emri bildirme ödevi, hem astın idari sorumluluğu ya da ortaya çıkabilecek üçüncü kişi zararları bakımından çıkarlarına ilişkin olup hem de idarenin eylem ve işlemlerinin meşruiyeti bakımından önem arz eder.⁵²²

⁵²⁰ Maddede Anayasaya atıf yapılmamış olması, Anayasanın PVSK açısından uygulama alanı bulmayacağı anlamına elbette gelmemektedir. Son tahlilde Anayasa da, sıradan kanunların üzerinde olmakla birlikte, bir kanundur.

⁵²¹ Amirin emrinin yerine getirilmesi hali emrin göreve ilişkin olması halinde yani hizmetin gerektirdiği sınırların aşılması halinde uygulanabilir olacaktır. Aksi durumda emri alan askerin emri yerine getirmeyi reddetmesi yalnızca meşru olmayıp aynı zamanda kendisinden beklenen görevidir; *Cass., seZ. V. 25 novembre 2008- 11 febbraio 2009, n. 6064. CED 243325 kararı aktaran; Lattanzi/Piano, Codice penale ultime annotazioni giurisprudenziali* (2010), s. 39.; Ayrıca bkz. *Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, (2021), s. 164.

⁵²² *Provolo, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale* (2011), s. 62, Dn.50.

Bildirme ödevi, amirin kararını gözden geçirmesini sağlayan hukuki bir kontrol mekanizması olarak değerlendirilebilir. Astın bildirim yapabilmesi, verilen emrin üzerinde hem şekli hem içerik bakımından denetim yetkisine sahip olmasını gerektirmektedir. Astın bildirme ödevinin doğabilmesi için verilen emrin “açıkça” gayrimeşru olması gerekmektedir. Öğretide bildirim ödevi bakımından, emrin “açıkça” gayrimeşruluğu şartının aranmasının nedeni olarak, asta, idarenin işlem ve eylemlerinde haksız yere gecikmelerinden neden olabilecek bir yorum alanının bırakılmak istenmemesi gösterilmektedir. Astın emri yerine getirmeye direnip gayrimeşruluğu üstüne bildirebilmesi için detaylı bir araştırmaya gerek olmaksızın, emrin gayrimeşruluğu saptanabilir olmalıdır. Ayrıca bu yapı yorumlanırken, bildirim ödevinin doğması için, hayatın olağan akışında, normal ortalama bir astın göstereceği özen dikkate alınmalıdır.⁵²³

2. Yazılı Israr Üzerine Yerine Getirme

Anayasa m. 137’ye göre, bildirim yükümlülüğünü yerine getiren ast, amirin emrinde ısrar etmesi üzerine emri yerine getirmek zorundadır. Bu zorunluluğun söz konusu olabilmesi için, emrin konusunun suç teşkil etmemesi ve amirin emrinde yazılı şekilde ısrar etmesi gereklidir. Devlet Memurları Kanunu (m. 11) ile PVSİK (m.2/B) Anayasanın anılan hükmünü tekrarlamaktadır.

Astın emrin hukuka aykırılığını bildirdiği amir verdiği emri gözden geçirmekle yükümlüdür. Yapacağı değerlendirme sonucunda emri geri alabilir, düzeltebilir veya yazılı olarak ısrar edebilir. Bu son halde memur, sorumluluk amire ait olmak üzere emri yerine getirmek durumundadır. Eğer emir suç işlenmesini gerektirir bir içerikte

⁵²³ *Provolo*, Esecuzione dell’ordine del superiore e responsabilita’ penale (2011), s. 63.

ise amir emrinde yazılı olarak ısrarcı da olsa ast bu emri yerine getirmemelidir. Aksi halde sorumlu olacaktır.⁵²⁴



⁵²⁴ *Taner*, Ceza Hukuku Umumi Kısım , İstanbul, (1949), s.398, 399; *Günel*, Yetkili Merciin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 116.

C. KONUSU SUÇ TEŞKİL EDEN KANUNSUZ EMİRİN YERİNE GETİRİLMESİ

1. Açıkça Hukuka Aykırılık Hali

Suç oluşturan bir fiilin yerine getirilmesine yönelik emir bağlayıcı değildir ve emri yerine getirenin cezai sorumluluktan başışık tutulması söz konusu olamaz.⁵²⁵ Açıkça hukuka aykırı emri alan her ast yerine getirmeyi reddetmelidir.⁵²⁶ Astın içerik denetimi yapmasının kanun ile engellenmesi hali bu durumun istisnasını oluşturmaktadır. Açıkça suç oluşturma hali içerik meşruiyetine ilişkindir. Yalnızca ulusal hukukta değil uluslararası hukuk bakımından da önemli bir ölçüttür.⁵²⁷

Hukuk sisteminde astlık-üstlük ilişkisi ile ortaya çıkan meşruiyet karinesi gereği bazen astın meşruiyeti denetlemeden emri birebir yerine getirmesi gerekmektedir. Ancak emir, özel bir denetleme faaliyeti yürütme gereği duyulmaksızın dahi açıkça suç oluşturduğunda bu karine çürür, astın itaat ödevi de ortadan kalkar.⁵²⁸

⁵²⁵ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 200.

⁵²⁶ Yalnızca açıkça hukuka aykırı emirlerin değil ayrıca açıkça devletin kurumları aleyhine emirler için de astın emri yerine getirmeme ve durumu derhal üstlerine bildirme ödevinin düzenlendiği 382/1978 sayılı İtalyan Askeri Disipline İlişkin Kanun m. 4 için; bkz. 11.07.1978 tarihli İtalyan Resmi Gazetesi, (E.T. 15.10.2020) "<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1978/07/21/078U0382/sg>".

⁵²⁷ Şartlı sorumluluk (*conditional liability*) yalnızca tarihi önemi bulunan Nürnberg yargılamaları sonrasında değil öncesinde de savunulmuş bir ilkedir. Çoğu değerlendirici tarafından hukuka aykırılığın veya açıkça hukuka aykırılığın bilinmesi cezasızlık bakımından kullanılan kriterler olmuştur. Görüşe göre, hukuka aykırılığın veya açıkça hukuka aykırılığın varlığını bilmiyor olmak suçun subjektif unsurunu etkileyerek suçun kurulmasına engel olmaktadır. (*Sato*, The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility , Heidelberg, (2011), s. 142.) Özellikle savaş suçları yargılamalarında artık açıkça hukuka aykırılık testinin uygulandığı görülmektedir. Bu kriter ICC Statüsü'nde de yer almaktadır. Bu kriterin objektif olarak aranmasının somut olayda gerçekten hukuka uygun emre itaat ettiği inancı ile hareket eden veya etki altında olan askerin durumu bakımından yaratabileceği sakıncalar bulunmaktadır. Bu ihtimalde hata ve cebir kurumları devreye sokulabilir denilmektedir (*Takemura*, in: Hist. Orig. Int. Crim. Law Vol. 3 (2015). 722.). Nürnberg yargılamalarının devamında, 12. yargılama olarak da geçen *High Command* yargılamalarında, mahkeme, açıkça hukuka aykırılıkla ilgili bir tespitte bulunmuştur. Buna göre, zorla çalıştırılan savaş esirleri bakımından verilen emirlerde hukuka aykırılığın açık olmayacağı tespit edilmiştir. Bu tip emirleri alan saha komutanlarının, aldıkları emirlerin hukuka uygun olduğunu ve uyulması zorunlu emirlerden olduğunu düşünmesi makul bulunmuştur. (*Osiel*, Calif. Law Rev., (1998), s. 970.)

⁵²⁸ (*e cura di*) *Marinucci*/(*e cura di*) *Dolcini*, Codice Penale Commentato Art 1-384 bis (2006), s. 375.

Öğretide, suç oluşturduğu konusunda tam farkındalığı bulunurken aldığı emri yerine getiren astın, tam cezai sorumluluğuna ilişkin görüş birliği bulunmaktadır.⁵²⁹Bu yüzden emir açıkça suç oluşturmasa dahi, astın emrin suça ilişkin olduğu konusundaki farkındalığının, emre karşı gelme ödevi yüklediği savunulmaktadır. Eğer emri yerine getirirse, astın amir ile birlikte sorumlulukları bulunmaktadır. Emri alan astın içeriğin suç oluşturduğuna ilişkin farkındalığı yokken, başkası bakımından açıkça suç oluşturacağı düşünülen durumda sorumlu olacağı ifade edilirse; ortaya çıkarılmış veya yakalanmış bir suçtan söz edildiğinde evleviyetle sorumludur denilebilir. Ancak böyle bir yaklaşım astın cezalandırılmamasının altında yatan amacının; yani kendisine yönelen davranışın suç oluşturduğunu fark etmesinin imkansızlığının yok sayılmasıdır. Suç oluşturmanın “bilinebilirliği”, astın gözünde “açıkça” suç oluşturma anında sona ermektedir. İçeriği denetlenemeyen emirler bakımından da açıkça suç oluşturan ya da suç oluşturduğu bilinen bir emre uymama ödevi, ortaya çıkmaktadır.⁵³⁰

Baskın görüşe göre, astın emrin içeriğini incelemesi tam anlamıyla engellenmemelidir. Eğer emir açıkça suç oluşturuyorsa yerine getiren astın sorumluluğundan söz edilmelidir. Emrin açıkça suç oluşturduğunun söylenebilmesi için detaylı bir incelemeye gerek olmaksızın ceza hukukunun konusunu oluşturan bir fiilin varlığı tespit edilebilmelidir. Bu durumun klasik örneği; sarhoş amirin astına verdiği silahsız kalabalığa ateş etme emridir. Burada tartışılan ise açıkça suç oluşturma halinin, objektif, sübjektif veya karma yaklaşımla mı açıklanmasının gerekeceğidir. Geleneksel yaklaşım tarafından sunulan açıkça suç oluşturma kriteri, denetlenemeyen içeriğin sınırını oluşturmaktadır. Açıkça suç oluşturmaya rağmen

⁵²⁹ Amirlerinden aldıkları hukuka aykırı arama kararını yerine getiren iki kolluk görevlisinin ceza sorumluluğuna ilişkin bkz. Cass. Pen. Sez. V, 11 dicembre 2008, 20 aprile 2009 n. 16703, CED. 243332; *kararı aktaran Lattanzi/Piano*, Codice penale ultime annotazioni giurisprudenziali (2010), s. 40.

⁵³⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 86.

asker, bir emrin gayrimeşruluğunu tespit etmezse cezai sorumlulukla karşı karşıya kalır. Bunun nedeni su götürmez gerçekliği tespit edememiş olmasıdır.⁵³¹

Baskın görüşe göre açıkça suç oluşturma kriteri genel bir ilkedir. İtalyan Askeri Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce dahi açıkça suç oluşturma limiti doktrinde yer almaktadır. Doktrin⁵³², İCK m.51'de yer alan "denetlenemez" ifadesinin, emri denetlemesinin kesinlikle yasak olduğu inancı yaratmasına karşın açıkça suç oluşturma kriterini daha esnek yorumlamaya yönelik olarak sunmuştur.⁵³³ İçtihatlar bakımından 1935⁵³⁴ ve 1937⁵³⁵ tarihli iki önemli kararın altı çizilmelidir. Bu kararlar, İCK m. 51/4 uyarınca bulunan denetleme yasağının açıkça suç oluşturma kriteri ile sınırlanmasına ilişkindir. Ast, verilen emir açıkça suç oluşturmadıkça, üstün emirlerinin meşruluğunu varsayarak yerine getirmekle yükümlüdür.⁵³⁶

İtalyan (C.P.M.P.) Barış Dönemi Askeri Ceza Kanunu'nun mülga 40⁵³⁷'inci maddesi ile açıkça bir düzenleme yapılmış ve askeri suçlarda, İCK m. 51/son yerine uygulama alanı bulmuştur. Mülga madde 40, açıkça suç olanlar hariç, emrin yerine getirilmesinde, ast durumdaki askerin sorumsuzluğunu düzenlemektedir.⁵³⁸ Bu maddenin, askerlerin üstlerinden aldıkları emirlerin biçimsel yönden dahi denetleme yetkisi bulunmadığı yönündeki görüşleri çürüten ve sorgusuz itaati dışlayan bir yapı

⁵³¹ A.g.e. s. 80.

⁵³² A.g.e. s. 81 vd.

⁵³³ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.82, dn. 17.

⁵³⁴ T.S.M. 3 dicembre 1935, in Riv. pen., 1935, 273.

⁵³⁵ T.S.M. 11 dicembre 1937, in Riv. pen., 1937, 726.

⁵³⁶ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 82, dn.21.

⁵³⁷ İtalyan (C.P.M.P.) Barış Dönemi Askeri Ceza Kanunu'nun (1978 yılında mülga olan) 40'inci maddesi; (*Görevin Yerine Getirilmesi*) "1. Askeri suçlar bakımından İCK m. 51 yerine aşağıdaki fıkralarda yer alan düzenlemeler uygulanır. 2.Hukuki normdan ya da amir veya yetkili üst tarafından verilen emirden kaynaklanan görevin yerine getirilmesi hali, cezayı ortadan kaldırır. 3. Amir veya yetkili üst tarafından verilen emrin yerine getirilmesi suç teşkil ediyorsa, suçtan her daim emri veren sorumludur. 4. Önceki fıkrada belirtilen durumun varlığı halinde, emrin yerine getirilmesinin açıkça suç oluşturmaması halinde, emri yerine getiren de fiilden dolayı sorumludur." İlgili madde, 382/1978 sayılı Kanun m. 22 ile yürürlükten kaldırılmıştır; bkz. 11.07.1978 tarihli İtalyan Resmi Gazetesi, (E.T. 15.10.2020) "<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1978/07/21/078U0382/sg>".

⁵³⁸ *Delli Paoli*, 5 Mil. L. L. War Rev, (1966), s. 295 vd.; *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 83, dn. 22.

olduğu ifade edilmektedir. *Antolisei*, askeri disiplin gereği üstün her türlü emrine uyulması gerektiği görüşünü eleştirmektedir. Yazara göre, askerin biçimsel olarak meşru bir emri yerine getirdiğinde içeriği suç oluştursa dahi cezai sorumluluğunun bulunmaması doğaldır. Çünkü askerin öze ilişkin meşruiyet denetimi yetkisi bulunmamaktadır. Ancak biçimsel olarak meşru emre dahi itaat koşulsuz kabul edilmemelidir. CPMP m. 40 ile açıkça suç oluşturma kriterinin belirtilmesi yerindedir. Örneğin asker, sarhoşluğu açıkça belli olan bir yetkili üstün, sivilleri vurmaya yönelik emrini denetlemeli ve yerine getirmemelidir.⁵³⁹

Üst tarafından verilen askeri emirlerin sorgulanamazlığı karşısında, ast her durumda emrin içerik olarak meşru olduğu karinesi ile hareket etmektedir. Buna rağmen içerik denetimi bakımından sınırı, açıkça suç oluşturma⁵⁴⁰ çizmekte, bu durumun varlığında emrin meşruiyeti karinesi çürümekte ve bununla birlikte itaat ödevi de ortadan kalkmaktadır.

Özellikle askeri emirler bakımından bu beklentinin karşılanabilirliği incelenmelidir. Konusu suç oluşturan emirler veya -hukuken emir olarak nitelendirilmeyen bu talepler- bakımından, hata hali de cezai sorumluluk bakımından önem taşımaktadır.

Amirin, suça vücut veren emirlerinde, emri yerine getirenle birlikte cezai sorumluluğu söz konusudur. İCK m. 51/3'e göre; *hataya düşerek meşru bir emre itaat ettiği zannı ile fiili işleme hali ayrı kalmak üzere, işlenen suçtan emri yerine getiren de sorumludur*. Müşterek sorumluluğu düzenleyen madde 51, 3'üncü fıkraya ile hataya düşerek hukuka uygun sanma hali bakımından ve fıkraya 4 ile denetimi kapatılmış emirlere ilişkin olarak emri yerine getirenin fiilinde cezasızlığı da düzenlemiştir.⁵⁴¹

⁵³⁹ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 201.

⁵⁴⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 83, dn. 23.

⁵⁴¹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 43.

TCK m. 24/3-4 ile astın ve üstün genel sorumluluğuna yer verilmiş; “(3) *Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.* (4) *Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur*”; hata hali, ayrı bir maddede düzenlenmiştir (TCK m. 30).

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun (As.Ck.) iştirake ilişkin 41. Maddesi⁵⁴² şöyledir:

“1- *Askeri cürümlerde ve kabahatlerde iştirak halinde, Türk Ceza Kanununun 64 üncüden 67 nciye kadar olan maddeler hükmü tatbik olunur.*

⁵⁴² İlgili maddenin yürürlüğüne ilişkin öğretide mülga görüşü bulunmaktadır. (Bnkz. *Kangal*, Askeri Ceza Hukuku , Ankara, (2012), s. 145; *Değirmenci*, TAAD, Yıl:3, Sayı:10, (2012), s. 466.) Ancak madde yürürlüktedir. Konu AsCK ek madde 8 ile ilişkilidir. Şöyle ki; AsCK Ek m. 8 (ilk hali); “(Ek: 5329 - 31.3.2005 / m.1 - Yürürlük m.3) (1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı *Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askeri cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.*” Maddenin ilk fıkrası yazarlarca yorumlanmış ve iştirake ilişkin AsCK m. 41'in zımnen ilga edilmiş olduğu ve askeri suçlar bakımından da TCK'nın uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir.

Süreçte Ek madde 8'in ikinci fıkrasının “Sırf askeri suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile...” bölümü, Anayasa Mahkemesi'nin 21.11.2012 tarih ve 28474 sayılı R.G' de yayımlanan, 5.7.2012 günlü, E. 2012/9, K. 2012/103 sayılı Kararı ile “izin tecavüzü suçu” yönünden iptal edilmiştir. Ayrıca ek madde 8'in ikinci fıkrasında yer alan “kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar ile...” ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 23.1.2013 tarih ve 28537 sayılı R.G' de yayımlanan, 17.1.2013 günlü, E. 2012/80, K. 2013/16 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Maddenin son fıkrası 2011 yılında değişikliğe uğramıştır.

2016 yılında ek madde 8 tümüyle değiştirilmiştir. Maddenin son hali şu şekildedir:

“EK MADDE 8- (Değişik: 6722 - 23.6.2016 / m.11) *Askeri mahkemeler ve adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kısa süreli hapis cezaları; 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenек yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenек yaptırımlara çevrilebilir. Ancak aşağıdaki hâllerde kısa süreli hapis cezaları seçenек yaptırımlara çevrilemez:*

A) *Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması.*

B) *Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi.*

C) *Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.*

1076 sayılı Kanun hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında verilen kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımların yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır.

(*Ek fıkra: 6763 - 24.11.2016 / m.2) Sırf askeri suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askeri suçlar hakkında, önödeme hükümleri uygulanmaz.*”

Ek madde 8'in yürürlükteki hali AsCK m. 41 ile ilgisizdir, zımnen ilga söz konusu değildir, madde yürürlüktedir. Ek madde 8'e ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin bknz. *Demirağ*, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu , Ankara, (2021), s. 498 vd.

2 - Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.

3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir:

A : Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise,

B : Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise.”

Öğretide As.CK’ nin bu hükmünün⁵⁴³, astın emrin suç teşkil ettiğini bilmesini açıkça aramak suretiyle subjektif ölçütü benimsediği şeklinde değerlendirilmiştir.⁵⁴⁴ Türk Ceza Kanunu uygulamasında da ceza kanunu dışındaki bir kanuna ilişkin hatanın fiili hataya dönüştüğü ve kastı ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir.⁵⁴⁵ Askeri ceza hukuku uygulamasında ise astın emrin içeriğini derinlemesine denetlemesinin askerlik kurumunun ihtiyaç ve özellikleriyle bağdaşmayacağı değerlendirildiğinden, As.CK. astın, açıkça suç olduğu anlaşılmayan emirleri yerine getirmesi durumunda sorumlu olmayacağı sonucunu doğuran bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir.⁵⁴⁶ Buna rağmen ast, emrin bir suç işletmek amacı ile verildiğini herhangi bir surette biliyorsa emri yerine getirdiğinde sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁵⁴⁷

⁵⁴³ “...Askeri hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emri veren mesuldür. Ancak amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise, maduna da faili müşterek cezası verilir Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2020/6, K. 2020/5813, T. 17.11.2020

⁵⁴⁴AsCK m. 41/3 ile Maddenin üçüncü fıkrası ile TCK m. 24/3’ü kıyaslayan Demirağ’a göre; üçüncü fıkranın (B) bendi bakımından; “Hizmete ilişkin bir emrin suç teşkil etmesi halinde, astın bundan sorumlu tutulabilmesi için, emrin konusunun fail tarafından bilinmesi şarttır. Bu bakımdan AsCK, emrin konusunun suç oluşturup oluşturmadığı hususunda objektif kıstası kabul eden TCK’nın 24/3 fıkrasından ayrılmaktadır. TCK 24/3’e göre, konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast, emrin suç teşkil ettiğini bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.” (Demirağ, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu , Ankara, 2021, s. 140, 141). Gerçekten AsCK’nın askerlik hizmetinin özelliklerini dikkate alarak yaptığı düzenleme TCK’dan farklıdır. Ancak salt bu farklılığa bakarak ve ceza kanunu dışındaki kanunlarla ilgili failin hatasının fiili hataya dönüşmek suretiyle kastını ortadan kaldırabileceğine değinmeyerek yapılan değerlendirmeyi eksik buluyoruz.

⁵⁴⁵ Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 41.

⁵⁴⁶ Günal, Yetkili Mercii Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 154 vd.

⁵⁴⁷ Dönmezer-Erman, cilt II, s. 101.

2. Taksirli Suça Vücut Verebilecek Tehlikeli Emirler

Amirin emrinin açıkça suç oluşturmadığı ancak bu emrin ifasının taksirli bir suçun oluşumu riski taşıdığı hal öğretide değerlendirilmiştir. Burada astın verilen emri denetlerken tehlikenin somut mu soyut mu olduğunu incelemesi gerektiği ifade edilmiştir. *Lenckner* tarafından verilen örneğe göre, geceleyin bir tatbikattan eve dönülürken sürücüye verilen askeri aracın herkesin uyuduğu bir saatte köyün içinden hız sınırı aşılarak geçirilmesi emri ve gece vakti, aracı kalabalık bir caddede farlar kapalı biçimde *combat modunda* (çarpışma çatışma gibi durumlarda gereken taktiksel sürüş uygulaması) kullanması emri arasında fark bulunmaktadır. İlk emir ortaya çıkabilecek taksirli öldürme fiili bakımından hukuka uygunluk hali yaratabilirken ikinci emrin yerine getirmesi ise yaratmayacaktır, denilmektedir.⁵⁴⁸ Özellikle bilinçli taksirli suça verebilecek emirlerin yerine getirilmesi halinde astın cezai sorumluluğunun doğacağı değerlendirilmesine katılıyoruz.

D. İÇERİK DENETİMİ ENGELLENMİŞ KANUNSUZ EMRİN YERİNE GETİRİLMESİ

1. Emrin Sorgulanamazlığı

Sorgulanamayan emirlerin varlığından söz edilen sektörlerde dahi emirlerin denetime kapalı olmasının mutlak olmayacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bu kabule bağlı olarak sorgulanamazlığın belirlenmesi bakımından şekli meşruiyet ve içerik meşruiyeti ayrımı yapılmaktadır. İlk denetim tipinde amirin emri vermeye yetkisi, memurun yerine getirmeye yetkili olması, kanunda yer verilen şekil şartlarının bulunması dikkate alınırken; içerik incelemesi, emrin kanun tarafından belirlenmiş

⁵⁴⁸ *Aktaran; Bohlander, Principles of German Criminal Law*, Portland, (2009), s. 93, dn.100.

varlık koşullarına ilişkindir. Astın denetim yetkisinin bulunmaması hali yalnızca içerik denetimine ilişkindir, emrin şekil şartlarının denetimi her durumda yapılabilir. Kolluk, hâkim tarafından verilmemiş tutuklama kararını denetler ve yerine getirmez; ancak şekli şartlarını taşıyan bir tutuklama kararının kuvvetli suç şüphesi şartını denetleme yetkisi yoktur.⁵⁴⁹ Bazı yazarlar emrin şekli şartlarının her zaman denetlenebilirliği görüşüne katılmamaktadır. Meşruiyet şartlarının liyakat ile de ilintili olduğuna dikkat çekilmiştir. Örneğin kolluk görevlisi verilen emrin yazılı olması gerektiğini denetleyebilir ancak hâkimin bu emri vermeye yönelik yargısal yetkisini doğrulayamaz. Bu yaklaşıma göre, astın içerik denetimini yapma mecburiyetinin, emrin uygulanabilirliğinin şartları ile sınırlı olarak kabul edilmesi uygundur.⁵⁵⁰

Denetlenemeyen her emrin bağlayıcılığı denkleminin geçerliliği, her hukuk sisteminin tercihi göre değişiklik gösterebilmektedir. Sistem, astın emir üzerinde meşruiyete ilişkin denetim yetkisini, emre itaatsizliği yaptırıma bağlamadan yasaklayabilir. Yaptırım, görev için pekiştirici bir motivasyon sağlasa da zorunluluk değildir. İncelediğimiz durumda emir, suç içerse dahi, emrin bağlayıcı yapısı, yerine getirilmez ise bir yaptırımın uygulanabilirliği varsayımına dayanmaktadır. Halbuki sistemimizde bunun yaptırımına ilişkin bir iz bulunmamaktadır. Ancak tam tersi durumda suç içerdiği bilinen emirler bakımından itaatsizlik ödevine bağlanan yaptırımlar bulunmaktadır. Örneğin l'art. 17 del d.P.R. n. 3/1957 (Statuto degli impiegati civili dello Stato) e gli artt. 4 della l. 382/1978 (Norme di principio sulla disciplina militare) e 66 l. 121/1981 (Nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza), son ikisi açıkça suç oluşturmaya ilişkindir.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s.79. Aynı görüş için bkz. *Taner*, Ceza Hukuku Umumi Kısım , İstanbul, (1949), s. 398.

⁵⁵⁰ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 80.

⁵⁵¹ A.g.e. s.99.

İCK m. 51/4'e göre; *kanunun, emrin meşruiyeti bakımından denetim yetkisi tanımadığı durumda, gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz*. İCK m. 51'in, emir yerine getirilirken gerçekleştirilen suç fiiline ilişkin bir düzenleme olması karşısında, belirtilmelidir ki fıkradaki "gayri meşruiyet", emrin suça ilişkin olmasıdır.⁵⁵² Bu düzenleme bakımından yapılacak değerlendirmede öncelikle astın kime karşılık geldiği ve emrin sorgulanmazlığının sınırları belirlenmelidir. Ayrıca cezalandırılmama sonucunun, mazeret mi yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olarak nitelendirmeye yol açacağı incelenmelidir.

Amirin emri, İCK m. 51 in amacına uygun olarak ast ve üst arasındaki hem genel (polis emirleri) hem özel (hiyerarşik emirler) ilişkiye karşılık gelmektedir. Özel astlık üstlük ilişkisine yakından bakıldığında ise hiyerarşi burada kilit bir öneme sahiptir. Hem ilişkinin çekirdeğidir hem de itaat ödevi yaratır. Öyle ki bu ilişkide itaat etmeyen astın disiplin ve (askeri ilişkide) ceza sorumluluğu ortaya çıkmaktadır (C.P.M.P. m.173). Emre itaat yükümlüğü, sözü edilen özel üstlük ilişkisinin görünümüdür. Bu yüzden kendisini, ilişkiye katılan süjelere; organizasyonun amacının gerçekleşmesine, süjelerin etkililiğine ve koordinasyonun güvencesine hizmet eden, temel bir araç gibi takdim eder. Gösterdiği işlev ile itaatın, her organizasyon yapısında başından sonuna bir gereklilik olduğu doğru ise, tarihsel açıdan bakıldığında her bireysel birimin, hiyerarşik piramit yapısı ile bağlanması ihtiyacının, idari yapının içkin bir parçası olduğu da eşit derecede doğrudur. Hiyerarşi nosyonunun askeri hukukta ve eski geleneklerde (Hristiyan kilise kanunu gibi) doğup, idari yapılar alanına, onun temel ilkesini temsil etmek üzere taşındığı ifade edilmektedir. Hiyerarşi prensibinin en dar anlamda uygulanmasında dahi, hiyerarşik itaat, alttaki pasif süjenin üstteki güce davranış biçimi olarak görülmemelidir. Bu

⁵⁵² a.g.e. s. 47.

prensip hem emri veren üstün hem de emri yerine getiren astın ortak menfaatlere ulaşmak için aktif iş birliğinin görünümüdür.⁵⁵³ Meşru emirlerin, yöneltildiği ast bakımından, itaat görevi doğurduğu açıktır. Meşru olmayan bir emri alan ast bakımından ise durum karmaşıktır. İdarenin faaliyetlerinin verimliliği ihtiyacıyla ilgili ortaya çıkan belirli menfaatler için, belirli sınırları dikkate almak şartıyla (örneğin açıkça suç olma) verilen gayri meşru emirler bakımından itaat mecburiyeti doğabileceği ifade edilmektedir.⁵⁵⁴

Verilen emrin hukuka uygunluğunun denetiminin kapatıldığı haller bulunsa da (TCK m. 24/4, İCK m.51/4), bunun öze ilişkin meşruiyete karşılık geldiği, biçimsel meşruiyetin ise her zaman denetlenebileceği ifade edilmektedir.⁵⁵⁵

2. İçerik Denetimi Engellenmiş Emirlerin Ortaya Çıkabileceği Haller

Öğretide geleneksel görüşe göre İCK m. 51 son fıkrada düzenlenen sorgulanamayan emirler, tüm astlara yönelik olmayıp emir komuta tipi bir itaat gerektiren askeri vb. (ör, polis memurları, gardiyanlar) yapılarda çalışan astlar bakımındandır. Diğer kamu personelinin ise emirler bakımından tam denetim yetkisinin bulunduğu ifade edilmektedir.⁵⁵⁶ Bu nedenle sorgulanmayan emirler idarenin hızlı karar alınmasını ve yüksek itaati gerektiren eylem ve işlemlerinin yürütüldüğü sektörlerle sınırlıdır. Bu sektörlerde astın emrin meşruiyetini denetim yetkisinin bulunmadığı ve meşruiyet denetiminin kendisinin dahi çok sınırlı hallerde bulunduğu inanmak güç değildir.⁵⁵⁷

⁵⁵³ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 49, 50.

⁵⁵⁴ A.g.e.s.54

⁵⁵⁵ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 201.

⁵⁵⁶ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 78.

⁵⁵⁷ *Provolo*, Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilita' penale , Padova, (2011), s. 79.

IV. HATA

A. GENEL OLARAK

Çalışmamızda hata kurumunu, kanundan veya emirden kaynaklı görevin yerine getirilmesi hallerinin tüm şartlarını değerlendirdikten sonra incelemeyi tercih ettik. Böylelikle verilebilecek örnekler bakımından kurumların şartlarına ilişkin tekrara düşebilecek açıklamalardan kaçınmayı amaçladık.⁵⁵⁸

Dış dünyaya ait bir olay veya olgunun gerçekte olduğundan farklı şekilde, yanlış bir biçimde anlaşılması olarak hata, iradenin oluşumu sürecine etki eder. Hata yalnızca bilmeme değildir. Hata halinde sahip olunan yanlış bilgi ile yanlış bir kanı oluşmaktadır. Elbette hukuku ilgilendiren bilmeme hali de hatanın kapsamına girmektedir ancak hata olmadan da bilmeme olabileceği dikkate alınmalıdır.⁵⁵⁹

Failin yasaklanmamış olduğuna inandığı bir fiili gerçekleştirdiği hallerde eğer hata somut fiil üzerinde etki göstermişse fiili hata/ fiil üzerinde hata; norm üzerinde göstermişse kural üzerinde hata söz konusudur.⁵⁶⁰

Fiili hata, duyu organları ile bağlantılı bir algılama hatasıdır. Bu hata hali dış dünyaya ilişkin uzaklık, ışık durumu gibi bir hal nedeniyle ya da kişinin kendisine ait görme kusuru gibi bir hal nedeniyle ortaya çıkabilir. Kural üzerindeki hata ise kuralın yanlış değerlendirilmesine ilişkindir. Duyu organları ile doğru algılanmış bir

⁵⁵⁸ Yukarıda, çalışmamızda suçun ikili ayrımını benimsediğimizi açıklamıştık (bknz...). Takip eden tespit ve değerlendirmelerimizi bu kabul çerçevesinde yapacağız. Suç teorisi ve suçun unsurları, çalışmamızın kapsamı dışında olduğu için farklı teorilere ve kabullere konumuz kapsamında olmak kaydıyla atıf yapmakla yetineceğiz.

⁵⁵⁹ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 258, 259.

⁵⁶⁰ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 260.; *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 23 vd.

gerçeklik bulunsa da normun yanlış yorumlanması, bilinmemesi sebebiyle yanlış bir değerlendirme yapılması söz konusudur.⁵⁶¹

Ceza kanunlarını bilmemek, kural olarak, mazeret sayılmaz (TCK m. 4). Ceza kanunu dışındaki bir kural üzerindeki hata ise fiili hataya neden olarak failin kastına etki edebilir.⁵⁶² Ceza kanunları dışındaki normlara ceza normu bakımından atıf yapıldığı ve suç fiilinin niteliğini belirledikleri hallerde ceza normunun unsuru haline geldikleri ifade edilebilir. O halde bu normlar ceza normunu tamamlamaktadır. Örneğin ormanda bulunan ve özel hukukta nitelendirildiği hali ile “sahipsiz mal” olduğu sanılarak faydalanmak amacıyla alınan mal, hırsızlık suçuna ilişkin “başkasına ait” bir malı alma niteliği ile ilişkilidir.⁵⁶³ Fail bu örnekte ceza normu tarafından yasaklanan fiili gerçekleştirmeyi istememektedir. Ceza kanunları dışında yapılan bu hata halinin fiilin duyu organları ile algılanabilen unsurlarının bilinmemesi veya yanlış bilinmesi olarak ortaya çıkan fiili hata halinden bir farkı bulunmamaktadır.⁵⁶⁴ Ancak ceza kanunları dışındaki normlarda hata halinin kural üzerinde hata olarak kalabileceği haller de bulunmaktadır. Örneğin Aile Hukuku bakımından “ayrılık” ve “boşanma” kararları arasındaki farkı bilen ve ayrılık kararı sonucu evliliğinin yasal olarak devam ettiğinin bilincinde olan kimse, bu durumda yaptığı evliliğinin TCK m. 230 ile düzenlenen birden çok evlilik suçunun kapsamı dışında kaldığı inancı ile hareket ederse, somut olayda kural üzerinde hata değerlendirilmesi yapılmalıdır.⁵⁶⁵

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinin hangi kapsamda değerlendirileceği konumuz bakımından özellikle önem taşımaktadır. Kast veya taksir

⁵⁶¹ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 258 vd.; *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 24 vd.

⁵⁶² Ceza kanunları dışındaki kanunlarda hata halinin kastı kaldırmasının mümkün olmayacağı yönünde görüş ve ayrıntılı hata açıklaması için bkz. Yargıtay (2019) 16. Ceza Dairesi 2018/2519 E., 2019/323 K., 21-01-2019 T. (kanunum.com)

⁵⁶³ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 273

⁵⁶⁴ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 114, 115.

⁵⁶⁵ *age.*, s. 117.

olarak ortaya çıkan suçun kusurluluğa eş değer manevi unsuru⁵⁶⁶, maddi unsurun olumlu unsurları gibi olumsuz unsurlarına da ilişkindir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması hali fiilin olumsuz kurucu unsuru olarak ifade edilmektedir.⁵⁶⁷ Kastın oluşumu bakımından somut fiilin negatif unsuruna ilişkin olarak hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu bilinmesi gerekmemektedir.⁵⁶⁸ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif olarak etki doğuracağı açıktır.⁵⁶⁹ Failin inancı fiilin hukuka uygunluğuna etki etmemektedir.⁵⁷⁰ Ancak failin somut olayda hukuka uygunluk sebebine ilişkin hatası fiille ilgili iradeyi sakatlayarak kastın oluşumunu etkilemektedir.⁵⁷¹ Aşağıda hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda bulunduğu halde failce bilinmediği hal ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığı halde failce varsayıldığı hal incelenecektir.

Türk hukukunda hata kurumu ve ceza sorumluluğuna etkisi esas itibariyle TCK m. 30 ile düzenlenmiştir. TCK m. 4 ise kural üzerinde hataya ilişkindir. TCK m. 30/4 ve TCK m. 4 birlikte değerlendirildiğinde, hataya düşmek kaçınılmaz olmadıkça ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.⁵⁷²

⁵⁶⁶ Suçun manevi unsuru ve kusurluluğu birbirinden farklı kavramlar olarak kabul eden görüşler için bkz. *Karakehya/Usluadam*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Derg., (2015), s. 13 vd.

⁵⁶⁷ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 67.

⁵⁶⁸ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 39 vd.

⁵⁶⁹ Failin suç işlediğine inanması ancak olayda hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde işlenemez suç veya sözde suç değerlendirmesi yapılmalıdır. *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 20, 63.

⁵⁷⁰ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 196.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 87 vd.; *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 63.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 256.

⁵⁷¹ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s.

⁵⁷² Alman Hukukunda da fiilin hukuk düzenine aykırılığına ilişkin kural üzerinde hata (*Verbotssirrtum*, dStGB § 17) ve suç tipinin unsurlarına ilişkin fiil üzerinde hata (*Tatbestandsirrtum* dStGB § 16) ayrımı bulunmakta ve açıkça düzenlenmektedir. Bknz. *Badar*, Int. Crim. Law Rev., (2005), s. 234 vd.; İtalyan Ceza Kanununda fiili hata hali İCK m. 47 (errore di fatto-Codice penale, Libro I, Titolo III, del reato, “www.altatex.com”, “E.T. 20.06.2022”) ile düzenlenmiş ve hatanın taksirden kaynaklanması ve suçun taksirli halinin açıkça düzenlenmesi halinde failin sorumluluğunun bulunacağını hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile failin hatasında kusursuz olması veya dikkatsiz ve özensiz davranması ancak fiilin taksirli halinin suç olarak düzenlenmemiş olduğu hallerde, bu fiilden dolayı sorumluluğu bulunmayacağı açıktır. *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 36, 37

Biz, görevin yerine getirilmesi halinde işlenen fiilleri, aksi görüşler bulunmakla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendiriyoruz. Bu çerçevede görevin yerine getirilmesine ilişkin hata⁵⁷³ halini, hukuka uygunluk nedenlerinde hata kapsamında ele alıyoruz.

Hukuka uygunluk nedenlerinde hata hallerinde öncelikle ortaya çıkabilecek ihtimaller belirlenmeli, ardından bu ihtimallerin ceza sorumluluğuna etkisi değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda öncelikle, hukuka uygunluk nedenlerinde hatanın kural üzerinde hata olarak ortaya çıkmasının mümkün olup olmadığını tartışmak istiyoruz. Hatanın yürürlükteki normun bilinmemesi veya yanlış bilinmesinden kaynaklandığı ilk hipotez için “bir hekimin *varsaydığı* meslek kurallarına göre hastasının rızasını almadan, zorunlu ve acil olmayan bir tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmesine hakkı olduğunu düşünmesi” hali örnek olarak verilmektedir. Bu halde hekim, fiilinin hukuka uygunluk nedenine vücut verip vermediği hususunda dış dünyaya yansımış bir algılama hatası yapmamaktadır. Burada hekim, hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluştuğu yanılığısı içindedir. Verilen örnekte ⁵⁷⁴ konu TCK m. 4 ve TCK m. 30/4 kapsamında değerlendirilmelidir. Kişinin fiiline izin veren bir hukuka uygunluk nedeninin (örnek olayda kanunun hükmü) şartlarının bulunduğunu varsayarak davranması, kural üzerinde hata biçiminde ortaya çıkmaktadır.⁵⁷⁵

Yukarıda yer verildiği üzere hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinin kural üzerinde hata olarak ortaya çıkması mümkün ise de diğer kural üzerinde hata hallerinden farklı biçimde değerlendirilmesini gerektiren özel bir niteliği

⁵⁷³ Öğretide hata kavramı yerine yanılma kavramı da kullanılmaktadır. (bkz. *İçel*, Suç Teorisi, İstanbul, (1999), s. 119, 282. *Değirmenci*, Türkiye Barolar Birliği Derg., 2014, s. 129 vd. Ancak linguistik açıdan yalnızca “yanlış bilme” haline işaret eden bu ifade kanaatimizce hukuku ilgilendiren “bilmeme” halini de kapsayan hatadan daha dar bir anlama sahiptir. Bu nedenle çalışmamızda hata kavramını tercih ettik.

⁵⁷⁴ Örnek için bkz. *Karaaslan*, Leg. Hukuk Derg., 2017, s. 1676.

⁵⁷⁵ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara, (2007), s. 69.

bulunmamaktadır. TCK m. 4 ve TCK m. 30/4'e göre hataya düşmekte kaçınılmaz olan yani taksir veya kast ile davranmamış failin fiili cezalandırılmaz. Ancak kural olarak bu hata hali mazeret sayılmaz.

Kural olarak ceza kanunları üzerindeki hata mazeret sayılmazken, ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerindeki hatanın fiili hataya dönüşme ihtimali bulunmaktadır.⁵⁷⁶ Bir kanundan aldığı yetki ile görevini yerine getirdiği inancı ile hareket eden failin, ceza kanunları dışındaki kanunu yanlış yorumlamasından kaynaklı bu hatası bakımından cezai sorumluluğu değerlendirilmelidir. Burada kural üzerinde bir hata olduğu açıktır ancak ceza kanunları dışındaki kanunlar üzerindeki hatanın fiil üzerinde hataya dönüşmesi ihtimali bulunmaktadır. Fail başka kanunu yanlış yorumlayıp ceza hukuku kapsamında hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının oluştuğu inancı ile hareket etmişse ve hatası kaçınılmaz ise kasten hareket etmesine rağmen kusur kınanması yapılamaz⁵⁷⁷ görüşü yanında, aynı fiili hata halinde olduğu gibi kast ortadan kalkar⁵⁷⁸ görüşü de öğretide savunulmaktadır.

Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeniyle fiili hata halinin ise iki biçimde ortaya çıkabileceği ifade edilmelidir. İlk ihtimalde hukuka uygunluk nedenlerine ait şartlar oluşmuşsa da kişi algılama hatası veya dış dünyadan kaynaklı bir durum nedeniyle bunu bilmemektedir. İkinci olarak hukuka uygunluk nedenine ait şartlar oluşmamıştır ancak kişi şartların oluştuğu inancı ile hareket etmektedir. Bu haller aşağıda incelenecektir.

⁵⁷⁶ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 271.

⁵⁷⁷ *Kangal*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Derg., (2011), s. 55, 56.

⁵⁷⁸ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 274.

B. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNİN ŞARTLARININ OLUŞTUĞUNUN FAİL TARAFINDAN BİLİNMEDİĞİ HAL

Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkiye sahip olduğu görüşü bakımından, hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluştuğunun fail tarafından bilinmediği halin sonucu açıktır. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin, etki göstermek için var olmaları yeterlidir, failin inancının bir önemi bulunmamaktadır.⁵⁷⁹ Bu halde mefruz suç değerlendirmesi yapılmalıdır. Yani fiil hukuka uygundur, ortada suç bulunmamaktadır.⁵⁸⁰

Kişinin hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda bir bilgisi ve inancı olmadan hareket ettiği bu haller kolayca somutlaştırılabilir. Örneğin failin kendisine yönelen bıçaklı saldırıda kendini savunurken sopayla saldırganın kolunu kırması fiilinin suç olduğunu düşünmesi⁵⁸¹ bu fiili hukuka aykırı hale getirmez. Yine savaşta düşman askerini öldüren bir asker görevin yerine getirilmesi kapsamında hukuka uygun hareket etmektedir. Fiili gerçekleştirirken aslında hasmı olan bir asker arkadaşını veya amirini öldürdüğü inancında olsa da durum değişmeyecektir.⁵⁸²

Beraate ilişkin CMK m. 223/2-d’de yer alan “*Beraat kararı... yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin*

⁵⁷⁹ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 196.; *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s.87.; *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 63.; *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 256.

Aksi görüş için bkz. *Özgenç*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , Ankara, (2020), s. 487.; Yazara göre bu durumda failin **teşebbüsten** sorumluluğunun doğabileceği ifade edilmektedir.; *Ayrıca bkz.* Hukuka aykırılığın manevi unsurunu (sübjektif hukuka uygunluk unsurunu) kabul eden Alman yaklaşımına göre, neticenin haksızlığından söz edilemeyeceği bu nedenle **teşebbüs** hükümlerinin dikkate alınması gerekeceği görüşü ile vakada suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamlanmış olması karşısında **tamamlanmış suçtan** sorumluluğun söz konusu olacağını savunan görüşleri ve yargı kararlarını *aktaran*; *Dursun/Bozbayındır*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (2015), s. 76 vd.; *Heinrich/(Ed). Ünver*, Ceza Hukuku Genel Kısım I , Ankara, (2014), s. 208.

⁵⁸⁰ *Kunter*, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi , İstanbul, (1949), s. 150.; *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 25. ; *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 127.; *Karaaslan*, Leg. Hukuk Derg., (2017), s. 1676.

⁵⁸¹ *Karaaslan*, Leg. Hukuk Derg., (2017), s. 1676.; yazar da bu hal bakımından öğretilde bazı yazarlarca kullanılan “tersine dolaylı haksızlık yanılığısı” nitelendirmesini tercih etmiştir.

⁵⁸² *Marinucci/Dolcini*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (2015), s. 256.

bulunması... hallerinde verilir” ifadesi de hukuka uygunluk nedenlerinin objektif bir etkiye sahip olduğu görüşünü desteklemektedir.⁵⁸³ İtalyan Ceza Kanunu’nda failin inancının önemi bulunmadığına işaret eden bir düzenleme bulunmaktadır.⁵⁸⁴ Kanunumuzda benzer bir düzenleme bulunmaması hukuka uygunluk nedenlerinin objektif etkiye sahip olduğunu savunmaya engel değildir. Hukuka aykırı bir fiil işlediği inancında dahi olsa oluşmayan bir suçtan dolayı kişinin cezai sorumluluğu da bulunmayacaktır.⁵⁸⁵

⁵⁸³ *Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (2007), s. 63.

⁵⁸⁴ İCK m. 59/1’e göre; “*Cezayı azaltan veya ortadan kaldıran sebepler, fail tarafından bilinmiyor veya hata sonucu bulunmadıkları varsayılıyorsa dahi, onun lehine değerlendirilirler.*” Kanunda kullanılan (circonstanza) cezayı kaldıran sebep kavramının, dar anlamda kullanılmadığı, suçu veya cezalandırılmayı kaldıran sebepler biçiminde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. *Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, (1949), s. 145.

⁵⁸⁵ *Toroslu-Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım* (2021), s. 160.

C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNİN ŞARTLARININ OLUŞTUĞU İNANCI İLE HAREKET

Yukarıda incelenen ihtimal bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının objektif olarak bulunmasına rağmen subjektif olarak bilinmediği hal değerlendirilmiştir. Bir diğer ihtimal ise objektif olarak şartların bulunmamasına karşın failin algılama hatası ile hukuka uygunluk nedenini var sayması, -kanaatimizce objektif şartlar oluştuktan sonra bir şart olarak aranmayacak olsa da- bir biçimde subjektif şartın bulunması halidir.⁵⁸⁶ Aslında bulunmayan bir hakka sahip olduğu inancı ile hareket etme hali (ör yetkisiz bir amir tarafından verilmiş olduğu halde geçerli sanılan bir yetki), karanlık bir sokakta hata ile saldırıya uğrayacağı inancı ile hareket etme halleri bu duruma örnek gösterilebilir.⁵⁸⁷ Failin hukuka uygunluk nedenini hatalı olarak varsaydığını iddia ettiği durumda subjektif olarak failin zihin durumu tek başına gerekçe olarak sunulamaz. Böyle bir durumda hataya düşmeyi haklı gösterecek somut olguların varlığı aranmalıdır.⁵⁸⁸ Örneğin gazetecinin kaynağına duyduğu güven sonucu haberin gerçekliğini teyit etmek için gerekli çabayı sarf etmemesi halinde, kendisi öyle varsaysa da, yalan haber yayımlama fiili haber verme hakkı kapsamında değerlendirilmeyecektir.⁵⁸⁹

Ceza normu ile yasaklanan bir fiilin gerçekleştiğinin failce bilinmesine karşın fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerden birisinin maddi şartlarının gerçekleştiğinin sanılması hali, mevzuat ve öğreti bakımından değerlendirilmelidir.

⁵⁸⁶ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 26.

⁵⁸⁷ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 229.

⁵⁸⁸Devlet arazisine izinsiz girmek fiili bakımından zorunluluk halinin değerlendirildiği karar; Cass. sez. I., 22 aprile 2009 – 8 maggio 2009, n. 19341, CED 243777, *kararı aktaran*; *Lattanzi/Piano*, Codice penale ultime annotazioni giurisprudenziali (2010), s. 46

⁵⁸⁹ Cass. sez. V, 5 marzo 2010 -18 giugno 2010, n. 23695, CED 247524, *kararı aktaran*, *Lattanzi/Piano*, Codice penale ultime annotazioni giurisprudenziali (2010), s. 46.

765 sayılı Mülga TCK döneminde hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluştuğu inancı ile hareket hali açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide kusurluluğa ilişkin hükümlerle çözümlenmeye çalışılan konuya ilişkin genel eğilimin hatanın mazeret sayılması gerektiği yönünde olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹⁰ Bu kapsamda hukuka uygunluk nedenlerini fiilin negatif unsuru sayan görüşe göre buna ilişkin hata maddi unsura ilişkin hata gibi değerlendirilmiştir. Ancak konunun fiilin negatif unsurları anlayışı yöntemi dışında da çözümlenebileceği ve özellikle Almanya’da bu çözümün eleştirildiği ifade edilmektedir.⁵⁹¹

Alman Ceza Hukuku’nda hukuka uygunluk nedenlerinde hata hali bugün de kanun ile düzenlenmemiştir. Fiil üzerinde hata ve kural üzerinde hata halleri ise açıkça düzenlenmiştir.⁵⁹² Alman içtihatlarında hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinde StGB m. 16/1’in kıyasen uygulanması gerektiği görüşünün⁵⁹³ çoğunlukla bulunduğu ifade edilmektedir. Alman Hukukunda savunmanın (hukuka uygunluk nedeninin) objektif olarak varlığı gerekmektedir; yani yalnızca failin kafasında var olmaması önem taşımaktadır. Yine de hatanın sorumluluğa hiçbir etkisi olmayacağı da söylenemez. Federal Yüksek Mahkeme tarafından karar verilen bir davada “Hells Angels Motorcycle Club Banditos” grubu üyesi sanık, evine girmek üzere olan birisini

⁵⁹⁰ *Güngör*, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 64.

⁵⁹¹ *Katoğlu*, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Ankara, (2003), s. 139, 140.

⁵⁹² *Karaşlan*, Leg. Hukuk Derg., (2017), s. 1669, 1670.; *Heinrich*/(ed. Ünver, Ceza Hukuku Genel Kısım II , Ankara, (2015), s. 174 vd.

“StGB m.16 (Fiili Hata)

- 1) Suç fiilin işlendiği sırada suçun maddi unsurlarının bulunmadığı hususunun ayırıcılığı olmayan kişinin kastı bulunmamaktadır. Taksire ilişkin sorumluluk saklıdır.
- 2) Suç fiilinin işlendiği sırada hatası sonucunda daha hafif ceza öngören bir hükmün unsurlarının oluştuğu inancıyla hareket eden kişi ancak kastı bulunan daha az cezayı gerektiren hüküm bakımından cezalandırılabilir.

StGB m. 17 (Hukuki Hata)

- 1) Fiilin işlendiği sırada fiilinin haksızlık oluşturduğunun ayırıcılığı olmayan fail, hatası kaçınılmaz ise kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Eğer hata kaçınılmaz ise 49(1)’e göre verilecek ceza indirilebilir.”

(Alman Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi Alman Ceza Kanunu’nun İngilizce Versiyonu https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/ E.T.: 20.06.2022)

⁵⁹³ *Heinrich, Jrescheck Hans/Sieber*/(ter.)*Yenisey*, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi , İstanbul, (2007), s. 40, 41.

öldürmüş ve fiilinde bu kişinin hasım “Motorcycle Club” üyesi olduğu ve kendisini öldürmek için orada bulunduğu inancı ile hareket ettiğini ileri sürmüştür. Gerçekte öldürülenin ise sanığı yakalamak için orada bulunan bir polis memuru olduğu ortaya çıkmıştır. StGB m. 16/1 kıyasen uygulandığında kastın ortadan kalkacağı ve taksirli sorumluluğun saklı olduğu açıktır. Bu kararda sanığın kasten öldürme (StGB m. 212) suçunu işlemediği, eğer hatası kaçınılabılır ise takdirle öldürme (StGB m. 222) suçunun oluşabileceği ifade edilmektedir. Yine mazeret sebebi olarak düzenlenen zorunluluk hali bakımından getirilen kaçınılmazlık kriterinin kıyasen diğer mazeret nedenleri bakımından uygulandığı ifade edilmektedir. Şöyle ki StGB m. 35/2’ye göre fiilin işlendiği sırada fail hatası sonucu mazeret sebebi olan zorunluluk halinin bulunduğunu varsayıyorsa bu kişinin ancak hatasının kaçınılabılır olması ihtimalinde ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Ceza m. 49’a göre indirilerek verilecektir.⁵⁹⁴

Mazeret sebepleri konumuz dışında bulunmakla birlikte TCK’dan farklı olarak “ceza sorumluluğunu kaldıran hallerde hata” hali gibi bir başlık altında bir düzenlemesi bulunmayan Alman Hukukunda kıyas yoluyla çözümlenen hata haline bütüncül olarak değinilebilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda hem mazeret nedeni hem hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş zorunluluk hali üzerinden durum özetlenebilir. Hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinin maddi şartlarında hata halinde StGB m. 16/1 kıyasen uygulanır, kast kalkar taksir hali saklıdır; mazeret nedeni olarak ortaya çıkan zorunluluk halinin varlığı halinde StGB m. 35/2 doğrudan (diğer mazeret nedenleri bakımından kıyasen⁵⁹⁵) uygulanır ve failin kaçınılabılır bir hatası varsa faile ceza verilir ve bu ceza m. 49/1’e göre indirilir.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ *Ambos/Bock*, in: Gen. Defences Crim. Law, Domest. Comp. Perspect. (2014), s. 229. Alman Hukukunda hukuki hata hakkında ayrıca bkz. *Bekar*, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali , Ankara, (2013), s. 165.

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Özbek/Doğan*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Derg., (2007), s. 215, dn. 96.

5237 sayılı TCK bakımından, hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarının oluştuğu inancı ile harekette hataya ilişkin TCK m. 30/3 ile açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme fiili hataya ilişkindir.; “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” Konu Kanundaki kaçınılmazlık kriteri ve taksirli sorumluluğun bulunup bulunmayacağı bakımından değerlendirilmelidir.

Uygulamada açıkça suç oluşturma halinin bulunduğu ancak astın burada hata savunması yaptığı duruma ilişkin içtihatlar bulunmaktadır. Emrin herkes için açıkça hukuka aykırı olduğu hallerde ast için de durum bu şekilde kabul edilmektedir. Açıkça hukuka aykırılık hali, bir cezasızlık nedeni olarak amirin emrini yerine getirme görevinin oluştuğu yönündeki astın savunmasını dışlamaktadır. İtalyan uygulamasından örnek verilebilir. TCK m. 24/4 düzenlemesinin benzeri olarak İCK m. 51/4’e göre; “*kanunun, emrin meşruiyeti bakımından denetim yetkisi tanımadığı durumda, gayrimeşru emirlerin yerine getirilmesi cezalandırılmaz*”. “*(...) Bu kapsamdaki bir emrin bağlayıcı olmaması için meşruiyetin **objektif** olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Emir, “hiçbir şüpheye yer vermeden” “genel bir kaniya göre” ya da “herhangi birinin kanısına göre” ya da “ortak kaniya göre” açıkça suç oluşturmalıdır.*”⁵⁹⁷

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleştiği hususundaki hatanın kusur üzerinde etki doğuracağını savunan yaklaşıma göre, hukuka uygun bir fiil gerçekleştirdiği inancı ile hareket eden kişinin tasavvur ettiği ile gerçek örtüşmüş olsaydı failin fiili hukuka uygun olacaktır. Bu hata halinde kişinin kendisine kanun

⁵⁹⁷Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, in data 16.11.1998 “<https://www.legal-tools.org/doc/8d5a09/pdf>”, (legal-tools.org) (E.T.:12.05.2022); *benzer yönde ilgili kararda gönderme yapılan kararlar*; “Cass., section VI, 28.9.1984, Sciotti, rv. 167316; section V, 21.4.1983, Rognato, rv. 161100; section V, 9.4.1969, Pautassi, rv. 117718; section . IV, 5.2.1968, Gagliati, rv. 108431; section V, 27.11.1967, Gandolfi, rv. 106697; section VI, 22.6.1967, Ballerini, rv. 105407; section IV, 1.3.1967, Carosi , rv. 104928.” ve ayrıca bknz. (e cura di)Marinucci/(e cura di)Dolcini, Codice Penale Commentato Art 1-384 bis (2006), s. 575.

tarafından izin verildiği inancı ile hareket etmesi karşısında kastı ortadan kalkar denilmektedir.⁵⁹⁸ Failin hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu inancı ile hareket ettiği ihtimalde failin suç teşkil eden bir neticeye neden olmak istemediği açıktır.⁵⁹⁹

Hatanın kaçınılmaz olmadığı halde taksirli sorumluluğun saklı olup olmayacağı hususunda madde düzenlemesine bakılması gerekmektedir. TCK m. 30/3 ile belirlenen kaçınılmaz olma kriteri bakımından kusursuz olmanın mı kasıtlı olmama anlamının mı çıkarılması gerektiği belirtilmemiştir.⁶⁰⁰ Kaçınılmaz bir hataya düşen failin en ufak dikkatsizlik ve özensizlik nedeniyle kınanabilir olmayan, kusursuz bir kişi olması gerekmektedir. TCK m. 30'un gerekçesinde “*Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır*”⁶⁰¹ denilmektedir. Bağlayıcılığı olmasa da gerekçe ile kişinin hataya düşmek bakımından kaçınılabılır bir durumda olmasının kasıtlı sorumluluk bakımından değerlendirildiğini söylemek mümkündür. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılması halinde failin taksirli olarak sorumlu olacağını düzenleyen bir Kanunun, hatası ile kastı kalkan kişi bakımından taksirli sorumluluk ihtimalini dikkate almayıp kasta bağlı bir ceza sorumluluğu öngörmüş olması çelişkili olacaktır denilmektedir.⁶⁰² Yine kaçınılmaz hata hali bakımından gerekli özen gösterilse dahi neticenin öngörülemediği hal değerlendirilmesi yapılmaktadır. Gerekli dikkat gösterildiğinde sonuç önlenebiliyorsa ve suçun taksirle de işlenebilen hallerden olması halinde failin taksirli sorumluluğunun doğacağı savunulmaktadır.⁶⁰³ Taksirli sorumluluğun doğabilmesi ihtimali bakımından problemler husus şudur ki hukuka uygunluk nedenlerinin

⁵⁹⁸ Kangal, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Derg., (2011), s. 52.

⁵⁹⁹ Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 68.

⁶⁰⁰ Karaaslan, Leg. Hukuk Derg., (2017), s. 1667.

⁶⁰¹ a.g.e. s. 69.

⁶⁰² Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata , Ankara, (2007), s. 71, 72.

⁶⁰³ Bakıcı, 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri , Ankara, (2008), s. 677.

şartlarının oluştuğu konusunda hataya düşen kişinin gerçekleştirdiği hareket ve neticeyi istediği açıktır.⁶⁰⁴

Kişinin hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarındaki hatası kaçınılabılır ise failin kastı bulunmamaktadır. Hata kaçınılmaz ise kişi kusursuzdur, taksir değerlendirmesi yapılması önerisi bakımından belirtmek gerekir ki açıkça düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.⁶⁰⁵ Hatanın taksirle ortaya çıkması halinde failin taksirli sorumluluğunun doğacağına ilişkin düzenlemesi ile Avusturya Ceza Kanunu bu açık tercihe örnek olarak gösterilmektedir.⁶⁰⁶

TCK m. 30/3 ile yer verilen “kaçınılmaz olma” kriterinin kusursuz olmak biçiminde anlaşılması gerektiği açıktır. Failin kusurunun bulunması halinde ne şekilde cezalandırılacağı ise kanunda düzenlenmemiştir.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ İçel, Suç Teorisi , İstanbul, (1999), s. 121, 123.

⁶⁰⁵ Toroslu, Ceza Hukukunda Zaruret Hali , Ankara, (1968), s. 158 vd.; Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 32, 33.

⁶⁰⁶ İçel, Suç Teorisi , İstanbul, (1999), s. 122.

⁶⁰⁷ Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 199.

V. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİNDE SINIRIN AŞILMASI

A. SINIRIN KUSUR OLMAKSIZIN AŞILMASI

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması halinin hukuka uygunluk nedenlerinde hata halinden farklı olduğu belirtilmelidir. Sınırın aşılabilmesi değerlendirmesi için öncelikle hukuka uygunluk nedeninin şartlarının oluşması gerekmektedir. Bu hallerde bir hak, bir görev, bir haksız saldırı veya zorunluluk durumu bulunmaktadır ancak sınır aşılmıştır. Örneğin hukuka uygun bir biçimde kalabalığı dağıtma amacıyla ateş emri verilen kolluğun panik yaparak kalabalığa doğru ateş etmesi, kendisini bir sopa yardımı ile savunabilecek failin revolver kullanılması hallerinde olduğu gibi. Yukarıda açıklandığı üzere hata hallerinde ise somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinin şartları bulunmamaktadır.⁶⁰⁸

Modern ceza hukukunun kusursuz suç olmaz ilkesine dayanmasının⁶⁰⁹ sonucu olarak, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hali kusura dayanmıyorsa cezai sorumluluktan söz edilemez.

Kişinin hukuka uygunluk nedeninde kusursuz olarak aşırılığın bulunabilmesi için gerekli dikkat ve özeni göstermiş olması ancak yine de hukuka uygunluk nedeni için belirlenen sınır aşılmıştır.⁶¹⁰ Failin sınırı aştığının veya gerekenden fazla bir zarara neden olduğunun farkında olmaması halinde kendisine bir kusur isnadı mümkün değildir. Sınırın mücbir sebeple aşılması hallerinde de failin kusurlu sayılamayacağı belirtilmelidir.⁶¹¹

⁶⁰⁸ *Antolisei*, Manuale di diritto penale parte generale , Milano, (1960), s. 229.

⁶⁰⁹ *Hafizoğulları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derg. 2008, s. 340.

⁶¹⁰ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 198.

⁶¹¹ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 162.

CMK m. 223 ile düzenlenen hüküm maddesi kapsamında beraat ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı arasındaki farka dikkat çekilmelidir. Zira hukuka uygunluk nedeniyle sınırın aşılması halinde kişiye ceza verilmeyen tek hal sınırın kusursuz olarak aşılması olmayıp bu haller hukuki nitelik bakımından da özdeş değildir.

Bu kapsamda olmak üzere (1) sınırın kusursuz olarak aşılması, (2) suçun taksirli şeklinin öngörülmediği halde sınırın dikkat ve özen yükümlülüğün ihlali biçiminde aşılması ve (3) meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmesi durumlarında faile ceza verilmez. Bu ihtimallerden (1) ve (2) bakımından CMK m. 223/2-c'ye göre yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması nedeniyle beraat; (3) bakımından ise 223/3-c'ye göre kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir.

B. SINIRIN AŞILMASINDA KUSURUN VARLIĞI

1. Sınırın Kast ile Aşılması

Sınırın kasten aşılması halinde hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmayıp tüm unsurları ile oluşmuş bir suç söz konusudur. Ceza bir indirim söz konusu değildir. Özellikle kamu görevinden kaynaklı bir yetkinin kullanımı ile gerçekleştirilen kasıtlı fiiller bakımından failin cezasının ağırlaştırılacağı ihtimaller ortaya çıkacaktır.⁶¹²

TCK m. 27 ile sınırın kusurlu olarak aşılması hallerini “sınırın aşılması” başlığı ile düzenlemiştir.⁶¹³ Kusursuz sorumluluğun ceza hukukunda yerinin olmaması

⁶¹² *Günal*, Yetkili Mercinin Emrini İfa , Ankara, (1967), s. 162.

⁶¹³ İtalyan Ceza Kanunu m.55'te yer alan benzer düzenleme, sınırın taksirle aşılması (eccesso colposo) olarak başlıklandırılmıştır. *Dönmezer-Erman'a* göre düzenlemede sınırın taksirle aşılması halinin şart

karşısında başlıkta “kusur” kelimesinin kullanılmaması kanaatimizce bir eksiklik değildir. İlgili maddeye göre; “(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur. (2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”

Sınırın kast ile aşıldığı görevin yerine getirilmesi halleri bakımından sıklıkla içtihatlarla konu olan hal, kolluğun zor kullanma yetkisine ilişkindir. Bu yetkinin bireyler tarafından kullanılırken kaba kuvvet olması kolluk kuvvetleri bakımından hukuk düzeninde meşru biçimde ortaya çıkabilmesi kullanılan araçlar veya olgu ile ilişkili değildir. Kolluk kuvvetleri tarafından zor kullanma hali, ulaşılmak istenen amaç nedeniyle meşru kabul edilmektedir. Bu nedenle kamu düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik olarak kolluk kuvvetleri her somut olayda o olayın gerektirdiği yöntem ve ölçütlere uygun olarak zor kullandığı müddetçe meşruiyetten söz edilmektedir. Bu kapsamda “‘yönelinen amaca uygun olmayan ölçü’ artırıldıkça kullanılan "zor" toplum düzenine egemen olması gereken hukuksallık niteliğini yitirip hukuk düzeninin "kaba güç" olarak nitelediği hale dönüşümü oluşturur.”⁶¹⁴

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşıldığının ifade edilebilmesi için öncelikle o hukuka uygun nedeninin varlığına ilişkin şartların somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin suçüstü halinde kaçan kişiyi yakalamak bakımından gerekli olanın ötesinde şiddet uygulanması, meşru savunma bakımından yaralamanın yeterli olduğu ihtimalde saldırganın öldürülmesi⁶¹⁵, zor kullanma yetkisinin kullanılmasının yeterli olduğu bir somut olayda silah kullanma yetkisinin

olarak belirlenmesinin nedeni sınırın kasten aşılması halinde bir indirim uygulanmayacağına belirtilmesi amacıdır. Bknz. *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 163.

⁶¹⁴ *Özay*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (1981), s. 316.

⁶¹⁵ *Toroslu/Toroslu*, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 198.

kullanılması halinde veya suçüstü halinde herkese tanınan yakalama yetkisi kapsamında kişinin kaçmaması için aracının anahtarlarına el koymakla yetinmeyip kişinin bir de kıyafetlerine el konulması halinde, görevin yerine getirilmesinde sınır aşılmıştır. Sınırın aşılması suretiyle kasten işlenen fiiller görev kapsamında değildir, ceza sorumluluğu doğmaktadır. Kanun, sınırın kast ile aşılması halinde ortaya çıkacak suçun cezasının ağırlığına ilişkin özel bir düzenleme yapmamıştır, fail, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

2. Sınırın Taksir ile Aşılması

TCK m. 27/1'e göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.”*

Fail hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını gerekli dikkat ve özeni göstermediği için bu sınırlar dahilinde olduğu inancı ile aşmışsa cezai sorumluluğun doğması bakımından suçun taksirli halinin cezalandırılabilir olması gerekmektedir. Aksi halde ceza verilmez.⁶¹⁶

Sınırın taksirle aşıldığından söz edilebilmesi için hukuka uygunluk nedeninin varlığının yanında failin amaçta değil araçta sınırı aşması gerekmektedir. Örneğin belirli bir kimsenin tutuklanması emrini alan kolluğun o kişiyi yaralaması halinde aşma halinin araçta değil amaçta ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu halde emrin amacında sınır aşılmıştır ve hukuka uygunluk nedeni yoktur.⁶¹⁷

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile taşınmış bir uyuşmazlıkta, Yargıtay tarafından onanan Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, polis

⁶¹⁶ Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım , Ankara, (2021), s. 198, 199.

⁶¹⁷ Dönmezer/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II , İstanbul, (1978), s. 165.

durdurmak için aracın arkasından silahla ateş etmesini, polisin silah kullanma yetkisinde sınırın taksirle aşılması olarak değerlendirdiği bölümün gerekçesine yer verilmiştir⁶¹⁸;

“Bu açıklamalar ışığında dava konusu somut olay ele alındığında; yukarıda açıklandığı gibi sanık [O.E.A.nın] 5237 sayılı TCK nın 24/1 maddesi kapsamında 'kanun hükmünü yerine getirdiği', bu nedenle ...durdurmak için aracın arkasından silahla ateş etmesinin hukuka uygun olduğu, ancak sanığın hukuka uygun olarak başlayan eylemi sırasında; kaçan aracın hızını, hareketli oluşunu, olayın gecenin geç bir saatinde meydana gelmiş olmasını dikkate almadan, ayakta eli yere paralel olarak ateş ettiği, kaçan aracı durdurmak için daha dikkatli bir şekilde ateş etmesinin gerektiği, bu şekilde ateş ettiğinde tabancasından çıkan kurşunun kaçan aracın lastiklerine değil, araç içerisindeki kişilere isabet edebileceğini öngörmediği, bu konuda gerekli dikkat ve özeni göstermediği, buna göre hukuka uygunluk nedeniyle sınırı kast olmaksızın aştığı, gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle eylemi taksirle işlemiş sayılacağı, sanığın olayın gelişim hızına ve biçimine göre araç içerisinde bulunan kişilere mermi isabet edebileceğini de öngörmediği bu nedenle olayda bilinçli taksir halinin söz konusu olmadığı, sanık [O.E.A.nın] hukuka uygunluk nedeniyle sınırı taksirle aştığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.”

TCK ile sınırın taksirle aşılması hali, taksirle işlenen suçtan farklı görülmüştür. Burada cezada indirim halinin uygulanması, hâkimin takdirine bırakılmamış, indirim uygulanması emredilmiştir.

⁶¹⁸ Mehmet Tursun ve Diğerleri Başvurusu, (Başvuru Numarası: 2016/2889), Karar Tarihi: 4/7/2019, § 28.

SONUÇ

Amirin emrinden veya kanunun hükmünden kaynaklanan görevler bakımından bir ayırım yapılmaksızın görev, uygun bulma veya ödev yükleme biçiminde ortaya çıkabilir. Görevin yerine getirilmesi halinde bu fiil hukuka uygundur. Hukuk sisteminin görev yüklerken bir yandan da görevin yerine getirilmesi halinde ceza sorumluluğu öngörmesi hukukun bütünlüğü ilkesi ve çelişmezlik ilkesine aykırıdır.

Suçun incelenmesi yöntemlerinde tahlilci anlayışı benimsediğimiz çalışma bakımından suçun unsurlarının maddi ve manevi olmak üzere ortaya çıktığı görüşünderiz. Hukuka uygunluk nedenleri suçun oluşumu için bulunmaması gereken fiilin negatif unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımından görevin yerine getirilmesi halinin objektif olarak şartlarının oluştuğu halde failin bilgisi önem taşımaksızın fiil hukuka uygundur ve bu fiil nedeniyle faile ceza verilemez.

Türk Hukukunda 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu dönemi ile karşılaştırıldığında 5237 sayılı Kanunun yürürlüğü sonrasında öğretilde görevin yerine getirilmesinin hukuki niteliğine ilişkin baskın görüş değişiklik göstermiştir. Eskiden hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilen kurumun, amirin emrini yerine getirme biçiminde beliren görünümü bakımından kusurluluğa etki eden hal değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki iki kanunun düzenlemeleri arasında fark bulunmamaktadır. Kurumun özü de değişmemiştir.

Öğretilde görevin yerine getirilmesi halinde astın normatif olarak irade hürriyetinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Ancak belirli fiillerin doğrudan veya dolaylı olarak hukuk normu ile uygun bulunması veya ödev yüklemesi halinde; yani hukuk düzeni uygun bulduğunda veya emrettiğinde bu fiiller hukuka uygundur. Kusurluluğa etki eden hal görüşünü savunan yazarlarca Ceza Muhakemesi Kanununun hüküm çeşitlerini düzenleyen 223'üncü maddesine atıf yaptığı görülmektedir. Bu kapsamda

bağlayıcı emrin yerine getirilmesi halinde beraat yerine ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek olması ve maddede “kusurun bulunmaması nedeniyle” ifadesine yer verilmesi söz konusudur. Kanımızca bu düzenlemeye rağmen aynı 2005 öncesinde olduğu gibi amirin emri veya kanunun hükmü biçiminde ortaya çıkan görevin yerine getirilmesi halinde fiil bugün de hukuka uygundur. Kanunun lafzı hukuki nitelendirme bakımından elbette değerlendirilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki aynı hukuk düzeninde Borçlar Kanunu ile hukuka uygun kabul edilen fiillerin Ceza Muhakemesi Kanunu ile kusurluluğu kaldıran hal olarak ifade edilmiş olması çelişmezlik ve hukuk düzeninin bütünlüğü ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Yine TCK m. 24’ün gerekçesi nedeniyle kurumun hukuki niteliği kusurluluğu etkileyen hal olarak açıklanmaktadır. Gerekçe yorum faaliyeti bakımından değerli bir kaynak olmakla birlikte metne dahil değildir. Ayrıca gerekçede yer verilen ve hukuki bir kuruma karşılık gelmeyen “sorumluluk nedeni” terminolojisinin kusurluluğa etki eden hal olarak anlaşılması için yine yorum yöntemlerine başvurulmaktadır. Görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilmesini doğru bulmayan görüş bakımından öğretilerde sunulan çekincelerden birisi de meşru savunmaya ilişkindir. Bu kapsamda konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emri veya içerik denetimi kapatılmış emri yerine getiren astın fiilleri hukuka uygun bulunursa bu fiillere karşı savunma fiilini gerçekleştiren kimselerin fiilleri hukuka aykırı olacaktır. Çünkü haklı saldırı karşısında meşru savunma olmayacaktır. Bu çekince bakımından görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirten yazarların bir kısmı tarafından bu fiillere karşı yine de meşru savunmanın ortaya çıkabileceği savunması yapılmaktadır. Kanımızca hukuka uygunluk nedenlerinin bir haklı saldırı olarak ortaya çıkması halinde savunma fiilleri meşru savunma kapsamında değerlendirilemez. Burada mağdurun katlanma yükümlülüğü bulunduğu görüşündeyiz.

Amirin emrini yerine getirme ve kanunun hükmünü yerine getirme hallerinin şartlarındaki özel durumlara yer verilebilmesi için iki ayrı bölümde inceleme yapılması yerindedir. Kanunun hükmünü yerine getirme biçiminde ortaya çıkan görevin yerine getirilmesi için dört şartın varlığı gerekmektedir. Bu kapsamda bir kanun hükmü bulunmalıdır. Kanun kural olarak hukuk normu biçiminde anlaşılmalıdır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektiren görevler bakımından Anayasa m. 13 ile uyumlu olarak görevin kaynağı şekli anlamda kanun olarak anlaşılmalıdır. Şartlar bakımından bir kanunun varlığı yeterli olmayıp bu kanun ile bir görev ortaya çıkmalıdır. Uygun bulma veya yükümlülük biçimindeki görevin, sarıh veya zımni olarak ortaya çıkması mümkündür. Bu kapsamda örneğin icra memurunun yerine getirdiği haciz işlemi, sarıh bir görev biçiminde belirirken; şartları oluştuğunda yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemenin cezai sorumluluk doğurması sonucu, ilgili maddenin zımni biçimde görev yüklediği ifade edilebilir. Kaynağın kanun olduğu halde kişi, hukuk normunun verdiği görevi yine normun tanıdığı yetki ile yerine getirmektedir. Yetki, görevin yerine getirilmesi için gereken bir hukuki yetenek veya hukuki iktidardır. Son olarak eğer kanun ile öngörülmüş başka özel şartlar bulunuyorsa somut olayda bu şartlar da bulunmalıdır.

Görevin yerine getirilmesinin amirin emrini yerine getirmek biçiminde ortaya çıkması için aranan şartları öncelikle “meşru emir” bakımından belirlemek “kanunsuz emir” bakımından gerekecek ek şartları açıklamak için kolaylık sağlayacaktır. Meşru emri yerine getirmek biçimindeki görevin yerine getirilmesinin varlığı için kamu hukukundan kaynaklı bir ast-üst ilişkisi gerekmektedir. Bu ilişkide emir biçiminde beliren bir görev bulunmalıdır. Bu kapsamda emir, yetkili merci tarafından verilmiş ve bağlayıcı nitelikteki irade açıklamalarıdır. Emrin hukuka uygun olması kanımızca varlığı için bir gereklilik değildir. Bu kabul ile “kanunsuz emir” biçiminde bir kavramı kullanabiliyoruz. Kurumun ortaya çıkması için kamu hukukundan kaynaklı ast-üst

ilişkisi ve emrin ardından son olarak astın görevi yerine getirme yetkisi de somut olayda bir şart olarak bulunmalıdır. Kanunsuz emirlerin kendi içerisinde üçe ayrılması mümkündür. Bu kapsamda kanunsuz emirler; konusu suç teşkil etmeyen, konusu suç teşkil eden ve içerik denetimi engellenmiş kanunsuz emirler olarak gruplandırılabilir. Astın görev yaratan bir emri aldığı anda yaptığı inceleme sonucu konusu suç teşkil etmese de aldığı emrin hukuka aykırılık teşkil ettiğini tespit etmesi mümkündür. Bu halde emri yerine getirmenin cezasızlık sonucu doğurabilmesi için meşru emre ilişkin şartlara ek olarak astın iki duruma daha dikkat etmesi gerekmektedir. Ast, kanunsuz emri amirine bildirmeli ve amirin yazılı ısrarı bulunuyorsa emrin artık bağlayıcı olduğunun ayırında olmalıdır. Kendisine yönelen emri denetlediğinde konusunun suç teşkil ettiğini tespit eden ast bu emri yerine getirmemelidir. Açıkça suç oluşturan emirlerin yerine getirilmesi hukuk düzenince korunmamaktadır. Ancak amirin verdiği emrin yerine getirilmesinin taksirli bir suça vücut verebileceğinin öngörüldüğü “tehlikeli emirler” söz konusu ise astın ne şekilde hareket etmesinin bekleneceği de kanımızca tartışılmaya değer bir ihtimaldir. Anayasanın ve Kanunun “suç oluşturma” halini işaret etmesi karşısında, taksirli suça vücut verebilecek emirlerin de yerine getirilmemesi gerekeceği kanaatindeyiz.

Görevin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedeni olarak cezasızlık sonucu yaratmaktadır. Bu nedenle görevin yerine getirilmesine ilişkin hata hali ve sınırın aşılması halleri de bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak incelenmelidir. Görevin yerine getirilmesinin hukuki hata biçiminde ortaya çıkması halinde özel bir uygulama bulunmamaktadır. Durum TCK m.4 ve m.30/4 kapsamında değerlendirilecektir. Ancak fiili hata bakımından özel bir düzenleme bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nda hukuka uygunluk nedenleri terminolojisine yer verilmemiş olup bu haller “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlenmektedir. Hatayı düzenleyen m. 30 ile de benzer terminoloji

kullanılmaktadır. Bu kapsamda görevin yerine getirilmesinin şartlarına ilişkin fiili hata halinde TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Burada yer verilen kaçınılmazlık ölçütü kanımızca kusursuz olmayı gerektirmektedir.

Son olarak görevin yerine getirilmesinin kanundan veya amirin emrinden kaynaklanması fark yaratmaksızın, şartlar oluştuğundan sonra sınırın aşılması durumunda somut olayda kusurun varlığı halinde, astın veya görevi yerine getirenin cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Bu kapsamda TCK m. 27 uygulanacaktır.



KAYNAKÇA

(a cura di) *Dolcini, Emilio/Marinucci, Giorgio*: Codice penale comentato artt. 1-384 bis, 2006.

(e cura di) *Marinucci, Giorgio/(e cura di) Dolcini, Emilio*: Codice Penale Commentato Art 1-384 bis, 2006.

(ed.) *Dağsalı, Bülent/Duysak, Merve*: Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2020 411–448.

Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.

Akdağ, Hale: Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler, Ankara 2020.

Akın, İlhan F.: Kamu Hukuku, İstanbul 1980.

Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, Ankara 2017.

Alacakaptan, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975.

Ambos, Kai/Bock, Stefanie: Part II, Chapter 16. Germany, in: Reed/Bohlander/Wake/Smith (Hrsg.): General Defences in Criminal Law, Domestic and Comparative Perspectives, 2014, 227–239.

Anayurt, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, Ankara 2018.

Ansermet, Lydia: Manifest Illegality and the ICC Superior Orders Defense, Vanderbilt Journal of Transnational Law 2014, 1425–1463.

Antalya, Osman Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/1, 2, Ankara 2019.

Antolisei, Francesco: Manuale di diritto penale parte generale, Milano 1960.

Antolisei, Francesco: Problemi penali odierni, Milano 1940.

Aristoteles/(Çev.) Arslan, Ahmet: Metafizik IV. Kitap (C) 3. Bölüm Aksiyonlar ve

Çelişkisizlik İlkesinin İncelenmesi, YAZKO Felsefe Yazıları 5. Kitap 1983, 133–135.

Ataöv, Türkkaya: Savaş Suçları Uluslararası Mahkemesi, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1967, 239–261.

Aybay, Rona/Aybay, Aydın: Hukuka Giriş, İstanbul 2002.

Badar, Mohamed Elewa: Mens rea - Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law : A Survey for International Criminal Tribunals, International Criminal Law Review 2005, 203–246.

Bakıcı, Sedat: 5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Ankara 2008.

Barın, Taylan: Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Sorunu, in: Uygun/Esen (Hrsg.): Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi - Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı, İstanbul 2020, 153–175.

Bayraktar, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Baytaç, Abdullah Batuhan: Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul 2018.

Bekar, Elif: Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013.

Bettiol, Giuseppe: Diritto penale parte generale, Padova 1976.

Bettiol, Giuseppe: L'ordine dell'autorita nel diritto penale, Milano 1934.

Bohlander, Michael: Principles of German Criminal Law, Portland 2009.

Cadoppi, Alberto/Canestrari, Stefano/Manna, Adelmo/Papa, Michele: Trattato di diritto penale, parte generale vol II, il reato, 2012.

Canestrari, Stefano/Cornacchia, Luigi/De Simone, Giulio: Manuale di diritto penale parte generale, 2007.

Cassese, Antonio: From Nuremberg to Rome : International Military Tribunals to the International Criminal Court, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg.): The Rome Statute of

The International Criminal Court: A Commentary, Vol IA, 2009, 3–19.

Cavallo, Vincenzo: L'esercizio del diritto nella teoria generale del reato, Napoli 1939.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005.

Çetin, Soner Hamza: Türk Ceza Hukukunda Yorum ve Kıyas, Ankara 2014.

Çetiner, Bilgehan/Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021.

Çetinkaya, Muhammed Buhari: Türk ve Fransız Ceza Hukukunda Kanunun Hükümünü Yerine Getirme, İstanbul 2021.

Değirmenci, Olgun: Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa, TAAD, Yıl:3, Sayı:10 2012,

Değirmenci, Olgun: Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014, 129–188.

Delli Paoli, Gennaro: L'adempimento di un dovere come causa di esclusione della punibilità nel sistema penale militaire, 5 Mil. L. & L. War Rev 1966,

Demirağ, Fahrettin: Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu, Ankara 2021.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021.

Demirel, Hakkı: Emrin İcrası Suretiyle İşlenen Suçlar, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1950, 116–121.

Deniz, Buket: Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası, Gaziantep University Journal of Social Sciences 2020, 941–966.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II, İstanbul 1978.

Dönmezkuş, Dilara: Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü, İstanbul 2021.

Duran, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.

Dursun, Selman/Bozbayındır, Ali Emrah: Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2015, 63–90.

Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1983.

Ekici Şahin, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.

Erdem, Mustafa Ruhan/Öztürk, Bahri: Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2021.

Erdoğan, Yağmur Müge: Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara 2021.

Erem, Faruk: Ceza Hukukunda „Hakkın Kullanılması“, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1990,

Erem, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt:I Genel Hükümler, 5. Bası. Aufl. Ankara 1960.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.

Erman, Barış: Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.

Erman, Sahir: Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 1947, 235–276.

Erman, Sahir: Askeri Ceza Hukuku Umumî Kısım ve Usul, İstanbul 1983.

Ertaş, Türker: Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler, Ankara 2018.

Eser, Albin: Justification and Excuse: A Key Issue in the Concept of Crime / Rechtfertigung und Entschuldigung: Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs, in: Eser/Fletcher (Hrsg.): Justification and Excuse Comparative Perspectives, Freiburg 1987, 17–66.

Evik, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, İstanbul

2011.

Feyzioğlu, Metin: Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2001, 41–53.

Feyzioğlu, Turhan: Kanuna Aykırı Tüzükler Karşısında Mahkemelerin Durumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1949, 27–61.

Garner, Bryan A.: Black's Law Dictionary, 9. Aufl. 2009.

Garofoli, Roberto: Manuale di diritto penale parte generale, 2011.

Gökcan, Hasan Tahsin: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2017.

Göktürk, Neslihan: Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?, Ceza Hukuku Dergisi 7–28.

Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, Bursa 2020.

Gözler, Kemal: Hukukun Temel Kavramları, Bursa 2020.

Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C.II, Bursa 2011.

Gözler, Kemal: Yorum İlkeleri, Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması 2012, 15–120.

Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa 2020.

Gözler, Kemal: „Yazık, Konstitüsyon Bitti!“ (Makalelerim 2020), Bursa 2021.

Gözler, Kemal: Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 2006, 131–166.

Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Ankara 1998.

Günel, Yılmaz H.: Yetkili Mercinin Emrini İfa, Ankara 1967.

Günel, Yılmaz H.: Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1965, 635–669.

Günel, Yılmaz H.: Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk, Ankara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1967, 169–207.

Güneysu, Gökhan: Uluslararası Hukukta Amirin Emri, İstanbul 2015.

Güngör, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.

Güriz, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 1987.

Hafizoğulları, Zeki: Ceza Normu, Ankara 1996.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku, Ankara 2019.

Heinrich, Jrescheck Hans/Sieber, Ulrich/(ter.)Yenisey, Feridun: Alman Ceza Hukukuna Giriş, Kusur İlkesi, İstanbul 2007.

Heinrich, Bernd/(ed. Ünver, Yener): Ceza Hukuku Genel Kısım II, Ankara 2015.

Heinrich, Bernd/(Ed). Ünver, Yener: Ceza Hukuku Genel Kısım I, Ankara 2014.

Hirş, Ernest: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949.

Hirş, Ernest: Pratik Hukukta Metod, Ankara 1978.

İçel, Kayıhan: İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1984, 117–131.

İçel, Kayıhan: Suç Teorisi, İstanbul 1999.

İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.

İnanç, Zekeriya Alper: TCK, TMK ve Uluslararası Sözleşmeler Kapsamında Terbiye Hakkı, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, 101–132.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku 1, Ankara 2013.

Kangal, Zeynel T.: Askeri Ceza Hukuku, Ankara 2012.

Kangal, Zeynel T.: Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı

Hakemli Hukuk Dergisi 2011, 23–68.

Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Tıpkı Bası. Aufl. Ankara 2013.

Kara, Burcak Can: 7245 Sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Kapsamında Bekçilerin Görev ve Yetkileri, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 2021, 1315–1367.

Karaaslan, Reşit: Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata, Legal Hukuk Dergisi 2017, 1665–1721.

Karakehya, Hakan/Usluadam, Asena Kamer: Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 2015, 1–24.

Katoğlu, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.

Katoğlu, Tuğrul: Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Ankara 2022.

Keçelioğlu, Elvan: Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2010, 299–321.

Keyman, Selahattin: Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1970.

Koca, Mahmut: YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri, Ceza Hukuku Dergisi 2006, 111–143.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.

Koparan, M. Reşat: TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2006, 337–367.

Kunter, Nurullah: Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.

Kütükçü, Doğan: Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu, Ankara 2017.

Lambrou, Monica: Ordini illeciti da parte del superiore: esecuzione e licenziamento, Diritto & Pratica del Lavoro 2019, 2829–2833.

Lattanzi, Giorgio/Piano, Michele Lo: Codice penale ultime annotazioni

giurisprudenziali, 2010.

Lütem, İlhan: Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk, Ankara 1947.

Maggiore, Giuseppe: Pirincipi di diritto penale - vol.I parte generale, Bologna 1939.

Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul 2017.

Mantovani, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, Padova 2007.

Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio: Manuale di diritto penale parte generale, Milano 2015.

McCoubrey, Hilaire: From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders, International and Comparative Law Quarterly 2001, 386–394.

Mumcu, Ahmet/Küzeci, Elif: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Ankara 2007.

Nappi, Aniello: Manuale di diritto penale parte generale, 2010.

Okuyucu Ergün, Güneş: Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, Ankara 2008.

Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

Osiel, Mark J.: Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War, California Law Review 1998, 943–1129.

Özay, İlhan: İdari Kolluk Eylemlerinde Amaç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1981, 315–319.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray: Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, 195–222.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2005.

Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma, Ankara 1995.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2020.

- Özgenç, İzzet*: Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I, Ankara 2018.
- Özgenç, İzzet*: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005.
- Özocak, Gürkan*: Spor Faaliyetlerinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Ankara 2021.
- Özyörük, Mukbil*: İdare Hukuku Dersleri, Ankara
- Palazzo, Francesco*: Corso di diritto penale, Torino 2006.
- Petrocelli, Biagio*: l'antigiuridicità, Padova 1951.
- Pisapia, Gian Domenico*/(çev.)*Akgüç, Atıf*: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, Ankara 1971.
- Poggi, Francesca*: Norme permissive, Torino 2004.
- Provolo, Debora*: Esecuzione dell'ordine del superiore e responsabilità penale, Padova 2011.
- Pulitano, Domenico*: Diritto Penale, Torino 2020.
- Robbers, Gerhard*: An Introduction to German Law, 6. Aufl. 2016.
- Romano, Mario*: Commentario sistematico del codice penale I art. 1-84, Milano 1987.
- Roxin, Claus*: Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale, a cura di Sergio Moccia, 1996.
- Ruhi, Canan/Ruhi, Ahmet Cemal*: Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle), Ankara 2017.
- Santoro, Arturo*: L'esecuzione di ordini privati causa di giustificazione, La Scuola Positiva - Rivista di Criminologia e Diritto Criminale / Studi in Memoria di Filippo Grispigni 1956, 525–530.
- Santoro, Arturo*: L'ordine del superiore nel diritto penale, Torino 1957.
- Sato, Hiromi*: The Execution of Illegal Orders and International Criminal Responsibility, Heidelberg 2011.

Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu 1 (Madde 1-95), Ankara 1998.

Savaşçı Temiz, Bilgehan: Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi, Ankara 2021.

Smith, J C: Justification and Excuse in the Criminal Law, London 1989.

Söğütlü Erişgin, Özlem: Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017.

Solis, Gary D: Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums, American University International Law Review 1999, 481–526.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukukunda Memur Kavramı(Kamu Menfaati İçin Görevlendirilmiş Şahıslar), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, 41–53.

Söyler, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara 2018.

Takemura, Hitomi: The History of the Defence of Superior Orders and its Intersection with International Human Rights Law, in: Bergsmo/Wui Ling/Ping/SONG (Hrsg.): Historical Origins of International Criminal Law: Volume 3, 2015, 715–738.

Taner, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1949.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat: Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009.

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukukunda Zaruret Hali, Ankara 1968.

Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2021.

Türk Hukuk Kurumu, Türkçe-Türrkçe: Türk Hukuk Lugatı Cilt I, Ankara 2021.

Türkoğlu, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara 2017.

Ulu, Güler: İdari İşlemin Unsurlarının İşlevi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 74–102.

Uruşak, Uğur: Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın

Kullanılması, İstanbul 2010.

*Värk, René: Superior Responsibility, Estonian National Defence College
Proceedings 2012, 143–161.*



ÖZET

Görevin yerine getirilmesi halinde fiil hukuka uygundur ve suç oluşmaz. Görev kanundan veya amirin emrinden kaynaklanabilir. Fiilin kanundan kaynaklandığı hal bakımından kaynak hukuk normu olarak anlaşılmalıdır. Amirin emrini yerine getiren kişinin fiili yine dolaylı olarak hukuk normunun yerine getirilmesidir. Amirin emrinin yerine getirilmesi ve kanunun hükmünün yerine getirilmesi arasında nitelik farkı bulunmamaktadır. Hukuk normunun doğrudan veya dolaylı olarak bir yandan görev yükleyip diğer yandan görevin yerine getirilmesini hukuka aykırı olarak nitelendirmesi çelişmezlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Amirin emrinin yerine getirilmesi halinin kusur üzerinde etki doğuracağını savunan görüşlere karşın kanaatimizce görev ister kanundan ister emirden kaynaklansın yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenidir. Bu kapsamda hata ve sınırın aşılması halleri hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak incelenmelidir. Çalışmada ilk bölümde kavramın genel hatları ve mevzuattaki görünümü incelenmiştir. Kurumun hukuki niteliği yine ilk bölümde incelenmiştir. İkinci ve üçüncü bölümler kaynağın hukuk normu ve amirin emri olduğu hallerin şartlarına ilişkindir. Hata ve sınırın aşılması hali ise tüm kurumu kapsayacak biçimde son bölümde incelenmiştir.

SUMMARY

In the case of fulfilling a duty, the act is lawful and there is no crime. The duty may arise from the law or the order of the superior. In terms of the situation where the act originates from the law, the source should be understood as the legal norm. The act of the person who fulfills the order of the superior also means indirectly fulfilling the legal norm. There is no qualitative difference between the execution of the superior's order and the fulfillment of the provision of a code. It is incompatible with the principle of non-contradiction that the legal norm directly or indirectly imposes a duty on the one hand and characterizes the fulfillment of the duty as unlawful on the other. Despite the opinions that argue that the execution of the superior's order will affect the guilt, in our opinion, the fulfillment of duty is a justification, whether it is due to the law or an order. In this context, the cases of error and exceeding the limit should be examined in terms of the reasons for justifications. In the first part of the study, the general lines of the concept and its appearance in the legislation were examined. The legal nature of the institution is also examined in the first chapter. The second and third sections are about the conditions of the cases where the source is the legal norm and the order of the superior. The error and exceeding the limits of justification is examined in the last section to cover the whole institution.