

ASKERİ MÜNASEBETLERDE EMİR VE SORUMLULUK

Doç. Dr. Yılmaz GÜNAL

Amirin emrini icra suretiyle işlenebilecek suçlardan dolayı sorumluluk meselesi askeri ceza hukukunda da bir hukuka uygunluk sebebi olarak eğer şartları mevcutsa kabul edilmiştir. Bu bakımdan umumi ceza kanunundan bir hukuka uygunluk açısından mesele incelenirse müessese olarak pek büyük ayrıntılar göze çarpmaz. Ancak askeri münasebetlerde daha sıkı bir ast-üst; ve âmir münasebeti nazara alınır ve bizatihi askerliğin icabı itaat zorunluluğu da göz önünde tutulursa konunun önemi kendiliğinden ortaya çıkar.

Askeri şahıslar arasındaki itaat mecburiyetinin kuvvetli oluşu menşe bakımından çok eskilere kadar gider. Roma hukukunda emir verenle itaat eden arasındaki münasebetlerin en sıkı olduğu münasebetlerin askeri şahıslar arasındaki münasebetler olduğu görülmektedir. Zira tabi durumunda olan (ast) itaat vecibesini yerine getirmese daima ölüm cezası ile cezalandırılıyordu. Çünkü «savaşta komutanın men ettiği şeyi yapan veya emirleri yerine getirmeyenlere, işleri başarılı bir şekilde yapmış olsalar bile, ölüm cezası verilir (1), «komutana veya askerlerin başında bulunanan karşı yapılan her direnme cezalandırılmalıdır» (2), prensipleri hâkimdi. Bununla beraber ast, üstün her türlü emirlerine de itaat etmek mecburiyetinde değildi. Ancak «atrocitatem facinoris» olmayan emirlere itaat mutlaktı. Böyle bir itaat sınırlamasını kabul etmemek, Romalıların askerliğe vermiş oldukları yüksek önemle tezat teşkil ederdi. Bunun dışında, askerî emirlere itaat, kayıtsız şartsız idi (3). Yalnız bu belirtilen durum sulh zamanı içindi; şayet bir harp durumu varsa, itaatın sınırı yoktu, kayıtsız ve şartsızdı. Sulh

(1) D. 49. 16. 3. 15.

(2) D. 49. 16. 6. 2.

(3) Giuseppe BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità nel diritto Penale*, Milano, 1934, s. 17.

zamanında ise askerî şahıslar esir ve çocukların emirlere itaat halini tesbit eden hükümlerle bağlı idiler (4).

I. Emir Kavramı :

Âmirin emri, hukuk tarafından kabul edilmiş üstün bir kudret ve yetkiye sahip merciin veya şahsın, muayyen bir davranışta bulunmak üzere ast durumunda olana yönelttiği bir irade beyanıdır (5). Bu «üstünlük» hukuk tarafından tanınan bir üstünlük olmalıdır. Ancak fiili üstünlük münasebetleri dolayısıyla da emir teşkil eden irade izharlarının ortaya çıkması mümkündür. Bu takdirde iki türlü tabii ve hukukî kavramlarıyla karşılaşmış olur. Muayyen bir davranışı ise «yapma» şeklinde olabileceği gibi, «yapma» şeklinde de olabilir (6). Emir kavramının tarifinden, onun bünyesini meydana getiren şu unsurları çıkarmak mümkündür : Üstünlük, meburiyet ve tâbiyet (7).

Ceza kanunumuzun çeşitli maddelerinde, emirden bahsedilmekle beraber (8), emrin kanuni bir tarifine rastlamak mümkün değildir ve bunda da isabet vardır. Ancak Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu emrin bir tarifini vermiştir. Kanunun 8. maddesine göre : «hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile vesair surette ifadesidir». Yine aynı kanun, «hizmetin» de tarifini vermiştir. Burada : «kanunlarda, nizamalarda yapılması veyahut yapıl-

(4) BETTIOL, aynı eser, aynı yer.

(5) Francesco ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, 4 edizione, Milano, 1960, s. 199; Emile GARÇON, *Code Penale Annoté*, Paris, C. I, s. 471; Bu bakımdan emrin önceden verilmiş olması lâzımdır. Sonradan astın fiilini tasvip, daha önce verilmiş bir emre uygun gibi kabul edilemez. Ayrıca bkz. Silvio RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, C. I, Padova, 1952, s. 140.

(6) Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Umumi kısım, C. II, Yeniden gözden geçirilmiş, üçüncü bası, İstanbul, 1966, s. 92; Giuseppe BETTIOL, *Diritto Penale*, Parte Generale, V. edizione, Palermo, 1962, s. 267; Arturo SANTORO, *L'Ordine dell Superiore nel Diritto Penale*, Torino, 1957, s. 11; Remo PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, 3. edizione parte generale, Torino 1962, s. 638; Rodolfo VENDITTI, *La Reazione agli Arbitrari del Pubblico Ufficiale*, Milano, 1954, s. 131; Vincenzo MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiane* C. 2, edizione 1961, Torino, s. 320; Giacomo DELITALA, *Adempimento di un Dovere*, in *Enciclopedia del Diritto*, c. II., Milano, 1958, s. 569.

(7) Maurice DUVERGER, *Les Institutions Françaises*, Paris, 1962, s. 298; Luigi GALATERIA, *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*, Milano, 1950, s. 55.

(8) Bkz. T. C. K. md. 183, 228, 231, 232, 245, 257, 273, 332.

maması yazılmış olan hususlarla, âmir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işler»'in hizmet kapsamına girdiği belirtilmiştir (9).

II. Askerî Şahıslar Bakımından Hiyerarşik Münasebet :

Türk Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu, âmir ve üstü tanımlamıştır (10). Âmir : «makam ve memuriyet itibariyle emretmek selâhiyetini haiz kimsedir» (11). Üst ise : «rütbe ve kıdem büyüklüğünü gösterir» (12). O halde Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa göre ast ile gerek âmir, gerekse üst arasında bir emir münasebeti vardır.

Askerlikte, bir merci hiyerarşisi yanında, şahsi bir hiyerarşik münasebetin var olduğu görülür. Bunun neticesi, bürokratik mahiyetteki idari faaliyetlerle askerî faaliyet arasındaki farkı da görmek mümkündür (13). Askerî hiyerarşinin şahsileştirilmesi ile, askerî düzende iki nevi hiyerarşi bahis konusu olmaktadır. Biri emretmek ve kumanda etmek şeklinde, diğeri ise derece, rütbe itibariyle hiyerarşidir. Birincisi belirli münasebetlere inhisar eder. Bir kumanda yetkisidir. Diğeri ise rütbe itibariyle üstünlüğü ifade eder; teğmen üsteğmen gibi (14). Bu sadece bir şeref, unvan derecelenmesi hiyerarşisi değildir. (Selâm vermek, almak gibi...). Müessir neticesi de vardır. Askerlerin, rütbe itibariyle üstleri olanlara, doğrudan doğruya kendilerine bağlı olmasalar da, itaat vecibeleri vardır. İtaatsizlikleri diğer itaatsizlikler gibi cezalandırılır (15).

İtaat vecibesi bakımından askerî bir emir verenin, sivil veya giyinik olmasının da önemi yoktur. Yeter ki emir verdiği zamanda asta kendisini hüviyetiyle tanıtmış olsun (16).

(9) Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, No : 211, md. 211, md. 6 ve 8; ayrıca bkz. Tefik ARASLI, **Emir ve yapılmasından Doğacak Sorunun Kime ait olacağı**, Ankara, 1952, 2. bası, s. 11 vd.

(10) Bkz. Sahir ERMAN, **Askerî Ceza Hukuku**, Umumi Kısım ve Usul, 3. bası, İstanbul, 1963, s. 130 vd.

(11) Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu md. 9.

(12) Aynı Kanun, md. 10.

(13) Vittorio BACHELET, **Disciplina Militare e Ordinamento Giuridico Statale**, Milano, 1962, s. 118 vd.

(14) Aynı eser, s. 114 vd.

(15) Aynı eser, s. 121.

(16) İt. Yük. As. Mah. celse 30 Mart 1951, **Archivio Penale**, c. III., Kısım II, 1951; Emrin üniforma ile verilmesi lâzımdır. Üniformasız olan bir âmirin verdiği emirleri onu tanıyanlar yapmaya mecburdurlar. «**Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu**, md. 19.

Orduya daha yeni katılmış olmasıyla rübeleri bilmediğinden itaat etmemiş olmak iddiası da yerinde olmaz (17).

III. Emrin Kontrolü :

Askeri şahıslar bakımından, âmirin veya üstün emrine itaat hususunda, memurlarinkinden daha dar bir kontrolün yapılarak itaat edilmesi prensibi gerek doktrinde (18), gerek mevzuatta kabul edilmekle beraber (19), bu ayırımın doğru olmayacağını belirtenler vardır (19 bis).

Askeri emirlere itaat konusunda, eski hukukçuların «hafif cürümler» (crimes légers) ve «ağır cürümler» (crimes atroces) ayrımı yapıp, bunlardan birincilerin icrasının meşru olacağı, iddia ediliyordu (20). Diğer bir fikre göre ise, emrin meşruiyet derecesi ne olursa olsun, itaatı reddeden asker sorumlu olmalı; şayet emri yerine getirirse sorumlu olmamalıydı. Yani «mutlak ve körü körüne bir itaat» ileri sürülüyordu. Bu mutlak itaat sistemi kabule şayan değildir (21). Askerlerin memurlardan daha fazla itaata mecbur olmaları demek; itaatları için, emrin sadece âmir veya üstü tarafından verilmiş olmasının yeterli olması demek değildir. Askeri münasebetlerde disiplin esas ve itaat sakınılmaz bir kaide olmakla beraber, hatta harp ve fevkalade hallerde askerin itaat vecibesi daha kuvvetli ise de hiç bir zaman askeri kör bir vasıta olarak kabul ve tasavvur mümkün değildir. Harp sırasında emirlerin pasif itaata göre icrasının zorunluluğunu benimseyenler, sulh zamanında, ordunun modern anlayışının bir okul olduğu ve yetişmekte olanların

-
- (17) İt. Yük. As. Mah., celse, 11 Ocak 1952, «Archivio Penale», C. IX., kısım II, 1953, s. 173.
- (18) Faruk EREM, **Türk Ceza Hukuku**, Genel Hükümler, c. I., yedinci bası, Ankara 1966, s. 565; DÖNMEZER-ERMAN, a. g. e., c. II, ss. 101 vd.; BETTIOL, «Diritto» s. 268; FROSALI, «Sistema...» c. II., ss' 245 vd.; ANTOLISEI, «Manuale...», s. 200; RANIERE, «Manuale...» C. I., s. 140; Giulio BATTAGLINI, **Diritto Penale**, parte generale, terza edizione, Padova 1949, s. 318; BOUZAT-PINATEL, **Traité de Droit Pénal et de Criminologie** c. I., Droit Pénal général, Paris, Dalloz, 1963, s. 265; H. Dondedieu DE VABRES, **Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée**, Paris, ss, 246 vd. Jacques LEAUTE, **Droit Pénal et Criminologie**, Paris, 1957, s. 225; G. STEFANI-G. LEVASSEUR,
- (19) Askeri Ceza Kanunu, md. 41; İtalyan Askerî Ceza Kanunu Md. 40.
- (19 bis) G. B. Im PALLOMEWI, **Istituzioni di Diritto Penale**, 3. edizione
- (20) LABORDE, a. g. e., s. 110.
- (21) Bkz. MANZINI, «Trattato...», 2. bası C. II, s. 153 ve dipnot 2; GARÇON, a. g. e., C. I, s. 222; COGLIOLO, a. g. e., C. 1/2 s. 50.

bir pasif itatla bağlanmamaları yahut bunun mutlak olmamasını kabul etmektedirler (22).

Diğer bir fikir ise, askerlerin ancak kanuna uygun emirlere itaat etmeleridir ki (23) bu da askerî disiplinle bağdaşması zor olan bir düşüncedir ve askerî disiplini sarsan bir görüşür (24). Ayrıca askeri emirlere mukavemet, askerî hiyeraşik münasebette kontrol edilecek bundan şiddetli bir tepki ile karşılaşır. Bu halde emir, hemen tamamen astın kontrolu dışındadır. Hatta kaidelere uygun olmayan (irregolere) bir emir olsa bile (25). Fakat askerî disiplinin bizatihi gayeleri ve medenî bir düzen içinde yaşamanın esaslı kaidelerine riayet edilmesi bakımından kanunun açıkça ihlâli olan ve cürüm teşkil eden emirlere itiat bir vazife değildir (26).

Şayet emir «cürüm» teşkil etmekle beraber bu husus açık değilse itaat zorunluluğunun yine olmaması ileri sürülmüştür (27). Zira, üstün, astına suç teşkil eden emir vermeye hakkı yoktur. Astın itaatsızlıktan dolayı takip edilmemesi lâzımdır. Şayet emrin meşruiyeti şüpheli ise, itaat gereklidir (28).

Askerî emirlerin de meşruiyeti için gerekli şekil şartlarına uygun olması lâzımdır. Şeklî şartlara uygun olmadan verilen emir (yazılı veya sözlü olabilir) riayeti gerektirmeyen bir emirdir. Zira şeklî kontrol hiçbir halde ortadan kaldırılamaz (29). Ayrıca emir, askerî disiplin ve hizmetin açıkça ve katiyetle dışında veya askerî disiplin ve hizmete aykırı ise, itaat edilmemelidir. Sokaktan geçen, masum vatandaşlar üzerine ateş açılmasını emreden açık bir şekilde çılgınlık geçiren ve bu esnada emir veren kumandana itaatın mümkün olmaması gibi (30). Yahut geceleyin bir istasyona varan bir

-
- (22) Adalphe PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelles; 1899, s. 202; BONNARD, «*Précis...*», ss. 482, 483.
- (23) DUGUIT, «*L'Etat...*», C. II, ss. 633 vd.; GARÇON, a. g. e., C. I, s. 222.
- (24) BOUZAT - PINATEL, a. g. e., C. I, s. 266; De VABRES, «*Traité...*», s. 246; GARÇON, a. g. e., C. I, s. 222.
- (25) LONGHI, a. g. e., s. 346.
- (26) LONGHI, aynı eser, aynı yer; GARRAUD, «*Traité...*», 3. bası, C. II, s. 57.
- (27) BACHELET, a. g. e., ss. 185 vd.
- (28) PRINS, a. g. e., s. 202.
- (29) RANNIERI, «*Manuale...*», s. 140; BETTIOL, «*Diritto...*», s. 269; ANTONISEI, «*Manuale...*», s. 200. Aksi fikir MAGGIORE, «*Diritto...*», C. I, (1955), s. 301 de emir açıkça cürüm teşkil etse bile askerî disiplinin sert olmasından dolayı itaat edilmesi gerektiğini ileri sürüyor.
- (30) CIARDI, a. g. e., s. 637; yahut durum böyle olmamakla beraber, suhl zamanında sorgusuz, sualsiz ve bir mahkeme kararı olmaksızın, masum vatandaşların toplatılarak, korkutma ve tenkil gayesiyle olsa da

subayın istasyondaki bir ere, hamal bulamadığından valizini otele kadar taşımasını emretmesi halinde er bu emri icrayı reddedebilir. Zira vazifeye taallûk eden bir emir bahis mevzuu olmadığı gibi şeklen de gayri meşru bir emirdir (31).

Askerler verilen emirleri muhteva itibariyle kontrol edemezlerse de, askerî disiplinin sert ve itaatsızlığın cezasının ağır olması bakımından bu itaat hiçbir zaman açıkça cürüm teşkil edecek bir sınıra kadar da götürülemez (32). Aksi takdirde hiç bir sınır olmazsa Devlete karşı isyana bile itaat etmek gerekecektir. Buradaki «açıkça» kelimesini herkes bakımından değil, emri yerine getiren bakımından anlamak lâzımdır. Özel intikam hissiyle ateş açılmasının emredilmiş olması halinde olabileceği gibi. Bunu herkes bilmiyebilir. Fakat özel durumu dolayısıyla emre itaat eden biliyorsa itaat etmemelidir (33).

Askerî emirler bakımından belirtmeye çalıştığımız itaat hakkında özel halindeki faktörlerin yanında, müsbet hukukta meselelerin nasıl halledildiğine de değinmek istiyoruz. Bunu yaparken de Ceza Kanunumuza mehzaz teşkil eden İtalya'daki duruma da teması uygun buluyoruz.

«kurşuna dizilmelerini» emreden makam, kim olursa olsun, demokratik düzende ve «Hukuk Devletinde» emri «açıkça kanuna aykırı ve açıkça cürüm teşkil ettiğinden itaat edilmemesi lâzımdır. Emri veren ve icra edenler sorumlu olmalıdır. (33 vatandaşın kurşuna dizilmesi için General Muğlalı'ya verilen ve onun kumandanlara iletmiş olduğu emir» açıkça cürüm teşkil eder mahiyettedir. Bkz. T.B.M.M. **Babit Ceridesi**, Devre X, İçtimâ, No. 2, Cilt 13/A yıl, 1956 inikat. 91, 15.8.1956. ss. 387 vd.

- (31) BETTIOL, «**Diritto...**», s. 269; EREM, «**Türk...**», C. I, s. 565 de «şahsi işlere taallûk eden emirler, hizmete taallûk eden emirler sayılmazlar» demektedir.
- (32) CIARDI, a. g. e., s. 639; Manli CASCIO, **Diritto Penale, Militare** s. 51 de askerlerin emrin kanunîliğini kontrol edememelerinin kör bir itaat sarhoş olduğu gerekçesi ile yerine getirmiyor ve barı terketmesini anlamına geldiği yolunda bir içtihattan bahsediyor (2 Ekim 1871). Aynı yer'den «Talimatnamelerle âmire ait olduğu belirtilen yetkilere istinaden ve hizmete ait olan hususlarda üste karşı olan itaat vecibesi, netice olarak askerî düzenin temeli olarak, suç ikama kadar götüren kayıtsız ve sınırsız bir itaatın bulunduğu varılmamalıdır» (İt Yük. As. Mak., 13 Aralık 1935); «Askerî emirlerin açıkça gayri meşru olması halinde itaat bahis mevzuu değildir». (İt. As. Mah., Padova, karar no. 38, celse 27 mart 1953) **Archivio Penale**, C. IX, Kısım II, 1953, ss. 340, 341; RANIERI, «**Manuale...**», s. 140.
- (33) BATTAGLINI, a. g. e., s. 319, 320.

Yeni İtalyan Ceza Kanununun 51. maddesi ve İtalyan Askerî Ceza Kanununun 40. maddesi meseleyi kesinlikle halletmiştir. «Kanun emrin meşruiyeti hakkında hiç bir kontrole mücade etmediği takdirde» diyen Ceza Kanununa bu emrin icrası «açıkça cürüm» teşkil etmeme kaydını, Askerî Ceza Kanunu koyarak bir sınırlama yapmıştır (34). Ayrıca «âmirin veya diğer selâhiyettar merciin emrin» den bahseden kanun, emri icra edene emri veren kimsenin bunu vermeye yetkili olup olmadığını araştırma imkânını da vermiştir (35).

(34) CASCIO, a. g. e., s. 53 ve 43.

(35) ERMAN, a. g. e., s. 131; bu husustaki bir İtalyan Askerî Mahkemesi kararına göre «sadece açıkça cürüm teşkil eden değil, fakat açıkça kanuna aykırı olan emirlere de astın itaat etmemesi bir itaatsızlık suçunu teşkil etmez». Germano adlı bir asker, izinli olarak Venedik'te bulunuyor. Bu miktar içki içiyor. Saat 15, 45 civarında da kahve için bir bara (kahveye) giriyor. Bir kahve istiyor' O sırada barda bulunan tanıdığı iki kişiye de şarap ısmarlıyor. Fakat barmen bu isteğini fazla söylüyor. O da hâdise çıkarır yine çıkmam diyor. Barmen, karakola telefon ediyor. İki Jandarma geliyor, karakola götürmek istiyorlar. Asker izah etmek istiyor. Fakat götürmek isteyince mukavemet ediyor. Neticede zorla götürüyorlar. Mahkeme burada sarhoşluk halinde bulunan birine alkol verme durumunun bulunmadığı, bilâkis askerin teskin edici kahve istediği, binaenaleyh Jandarmalara verilen götürme emrinin «açıkça gayri meşru» çünkü haklı bir sebebe dayandığı, emre itaatsizliğin bahis konusu olmayacağına ve beraatine karar veriyor». **Archivio Penale**, C. IX. Kısım II, 1953, s. 340 vd.; DOMINICIS, Padova Askerî Mahkemesinin vermiş olduğu kararı uygun bularak, yargıçların hak ve nısfete uygun bir karar verdiklerini belirtiyor. «Mario Antonio De DOMINICIS In tema di Limiti all'obbedienza Gerarchica, aynı mecmua C. X, Kısım I, 1954, s. 385; PAOLI ise askerî emirlere itaat etmemek için ancak «açıkça suç teşkil etmesi» gerekir. Ayrıca bir sebep olmamasından dolayı «açıkça gayri meşru» diye verilen emre itaat etmemeyi doğru bulmuyor. Ve 27 Mart 1953 tarihli Padova Askerî Mahkemesinin kararının bir emsal teşkil etmemesini diliyor. Aksi takdirde askerlere emrin muhtevasının da hukukî kontrolünü vermek demek olacak ki bu da askerî disiplinle bağdaşmaz» diyor. **Dei limiti alla Cosidetta Obbedienza Gerarchica, Archivio Penale**, C. IX, kısım II, 1953, s. 407 vd.; PANNAIN, ise yüksek askerî mahkemenin bu hususta vermiş olduğu - savcının itirazı üzerine - bozma kararından bahisle DOMINICIS'in kanaatına iştirâk etmiyor. Askerî emirlere itaat etmemek için «açıkça cürüm» (manifestamento criminoso) olmayı arıyor. Bozulan kararı ise mülga kanunun nazara aldığı bahisle reddediyor. Rome PANNAIN, **Postilla in tema di «Obbedienza Gerarchica» aynı mecmua**, C. X, kısım I, 1954, s. 327; fakat İtalyan Yüksek Askerî Mahkemesinin 7 Temmuz 1961 tarihli kararı «askerî hizmet ve disiplinin dışında, açıkça gayri kanunî olan emirlerin itaat bakımından bir sınır teşkil edeceklerini belirterek DOMINICIS'e hak veriyor. Aynı mecmua, C. XVIII, kısım II, 1962, s. 512.

Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 13. maddesi disiplini belirtirken : «Kanunlara, nizamlara ve âmirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Askerliğin temeli disiplindir» demiştir. Ayrıca 14 maddesinde de «ast âmir ve üstüne umumî âdap ve askerî usullere uygun tam bir hürmet göstermeye âmirlerine mutlak surette itaata ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaata mecburdur» demek suretiyle mutlak itaat prensibini genel olarak kabul etmiştir (36). Fakat aynı zamanda kanunun 22. maddesine göre, mücbir sebep halinde, ast emirde uygun göreceği değişiklikleri yaparak kendi sorumluluğu altında da icrada bulunabilmektedir. Fakat durumdan ilk fırsatta âmirlerini haberdar etmelidir (37). Askerî Ceza Kanunumuzun 41. maddesinde ise, «hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür» prensibi kabul edilmiş ancak A) kendisine verilen emrin hududunu aşmışsa. B) âmirin emrinin adlî ve askerî bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malûm ise» emri yerine getirenin de cezalandırılacağını kabul etmiştir.

Buna göre, askerî mevzuatımız, maduna emri verenin selâhiyet-tar olup olmadığını araştırma yetkisi vermediği halde, emrin hizmete aidiyetini tetkik ve binaenaleyh imtina hakkını tanımıştır (38). Kanunumuz İtalyan Askerî Ceza Kanununda olduğu gibi, emrin açıkça suç (cürüm) teşkil etmesi veya kanuna açıkça aykırılık hallerini tetkik imkânını vermemiştir. Hattâ astın bu hususta tereddüdü olsa bile emri icra edecektir. Meğerki suç işletmek maksadıyla kendisine emir verilmiş olduğuna vâkıf olsun. Kanunumuz burada da İtalyan Askerî Ceza Kanunundan ayrılarak sübjektif bir kıstas koymuş «bilmeyi» aramıştır. Halbuki diğerinde ise «objektif» kıstas kabul edilmiştir (39).

(36) Bkz. ERMAN, a. g. e., s. 130.

(37) ERMAN, aynı eser, aynı yer.

(38) Askerî Ceza Kanunu, md. 41.

(39) ERMAN, a. g. e., s. 134; hazırlanmakta olan yeni Askerî Ceza Kanunu Tasarısının 8. maddesinde de aynı prensip kabul edilmiştir. Madde şu şekildedir : «Konusu suç teşkil eden bir emir veren, suçun işlenmesi halinde, suçu kendisi işlemiş gibi sorumludur. Emrin suç işlenmesi kastını taşıdığı, emri yerine getiren tarafından biliniyor ise veya bu husus kendisince bilinen vakalardan dolayı belirli ise, emri yerine getiren de aynı şekilde sorumlu olur. Emri yerine getirenin fiili işlemekteki sorumluluğu, emri yerine getirirken içinde bulunduğu özel durum sebebiyle ehemmiyetsiz ise, verilecek ceza dörtte birden yarıya kadar indirilir. Kendisine verilen emrin sınırını aşan ast fiilinden sorumludur».

Anayasamızda da 125. maddede konusu suç teşkil eden emirlerin icra edilmemesi kabul edildiği halde, son fıkrada «askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır» demek suretiyle Askerî Ceza Kanunumuzdaki prensibin Anayasa'ya uygunluğu da bu şekilde belirmiş olmaktadır (40).

IV. KANUNÎ EMİR ve SORUMSUZLUK

Emir bizatihi bir ceza hukuku müessesesi değildir. Fakat ceza hukuku, neticeleri ve tesirleri bakımından bu müesseseyi tanzim etmektedir (41). Şimdi kanunî bir emrin verildiğini kabul edelim (42). Bu takdirde cezaî sorumluluk meselesinin halli bir güçlük göstermiyecektir. İfast vazifeten mecburî ve yetkili bir merci tarafından verilmiş ve «hilâfı kanun» olmayan bir emir kabul edelim. Bu takdirde emri yerine getirenin olduğu kadar emri veren âmirin de sorumluluğundan bahsedilemez. Halbuki bu halde de ika edilen fiil genel olarak suç teşkil eden bir fiildir. Meselâ : Usulü dairesinde verilmiş bir tevkif müzekkeresinin veya bir mesken-de arama müzekkeresinin icrasını düşünelim. Her iki halde de fiil, Ceza Kanunumuzda genel olarak «suç» teşkil eden fiillerdir. Kişi hürriyetini tehdit ve konut dokunulmazlığının ihlâl suçlarıdır (43). Fakat C.M.U.K. belirli hallerde tevkife ve mesken-de aramaya müsaade etmiştir. Yani diğer bir hukukî norm, fiilin hukuka aykırılığını kaldırmış ve o fiili «hukuka uygun» bir hale getirmiştir (44). Böylece hukuken himaye edilmiş bir değere kanun tarafından istenmiş bir zarar emir vasıtasıyla verilirse bir hukuka uygunluk sebebi ortaya çıkmış olur (45).

Görülüyor ki, kanunda genellikle suç olarak öngörülen fiillerin ika bu şekilde meşru kabul edilmektedir (46). Zira, başka bir kanun maddesi bu yönlü davranışa şartları mevcutsa müsaade etmiş, hattâ bunu emretmiştir. Kanun tarafından emredilen fiil ise

(40) Bkz. ERMAN, aynı eser, ss. 130 vd.; EREM, (Türk..), C. I, s. 565.

(41) SANTORO, «L'Ordine..», s. 169.

(43) Bkz. T. C. K. md. 179 - 192; 193, 194.

(44) Bkz. KUNTER, «Ceza muhakamesi Hukuku», ss. 467 vd. 502 vd.; EREM, «Ceza Usulü», ss. 425 vd. ve 399 vd.; ayrıca GÖLCÜKLÜ, «Ceza Davasında..», ss. 20 vd.

(45) Bkz. BETTIOL, «Diritto..», s. 268; FROSALI, «Sistema..» C. II, ss. 245. 246.

(46) MANZINI, «Trattato..», (1961), C. II, s. 335.

objektif olarak suç olmaz. Çünkü, hukuka aykırı bir haktan bahsedilemez (47).

Memurun hareketi de hukuka uygundur; çünkü kanunî emirlere itaat etmek vecibesine uygun hareket etmiştir. Fakat bu itaat vecibesi, emrin meşruiyetine ait olduğu gibi, fiilin meşruiyeti de son bir tahlille emrin meşruiyetini gerektiren hukuk normuna atfedilebilir (48). Bu halde sorumsuzluk, şeklî olarak, itaat vecibesini gerektiren hükümlerden, esas itibariyle de meşru emir şeklinde müşahhas hale gelen hukukî iradeye uygunluktan ileri gelmektedir (49). Gerek emri veren bakımından, gerekse emri yerine getiren bakımından bir hukuka aykırılık bahis konusu olmadığından, âmirin, emri vermektен; memurun da, emri infaz etmekten ibaret fiilleri hukuka uygundur. Her ikisinin de sorumluluklarından bahsedilemez (50).

Şu halde, «hilâfı kanun» olmıyan bir emrin icrası suretiyle de bir suç işlenebilir. Ceza Kanunumuzun 49. maddesinin 1. ve sonuncu fıkraları bu ihtimâli nazara almıştır. Emir birinci fıkraya göre, «yetkili merciden» verilmiş, «infazı vazifeten zarurî ise» ve son fıkraya göre de «hilâfı kanun» değilse gerek emri veren, gerekse emri yerine getirenin fiilleri dolayısıyla meydana gelen netice «hukuka uygun» dır.

Aynı şekilde, kanunun hükmünü veya yetkili merciin emrini yerine getirme halinde fiili işleyenin ortağına da ceza verilmez. Bu sebeple kapalı kapıyı haciz memurunun isteği ile kıran işçi, mesken masuniyetini ihlâl suçunu işlemiş olmaz. Haciz memuruna böyle bir fiilden dolayı ceza verilmesine mâni olan sebep, işçiye de ceza verilmesine mânidir (51). Emir kanunî olduğu halde, infaz edenin emrin sınırını aşarak icrada bulunmuş olması (T.C.K. md. 50) halini daha sonraki kısımda inceleyeceğiz.

VI. KANUNSUZ EMİR ve SORUMSUZLUK

Âmirin vermiş olduğu emir, ifa edilebilmesi için, «kanunsuz» bir emir olmamalıdır. Fakat, Anayasa ve Devlet Memurları Kanunumuz, bazı şartlarla emir kanunsuz veya kanuna aykırı olduğu

(47) Bkz. PESSINA, a. g. e., s. 91.

(48) MESSINA, a. g. e., s. 8.

(49) MESSINA, aynı eser, aynı yer.

(50) DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 93; Bkz. EREM, «Türk..», C. I, ss. 563, 564; KONİ, a. g. e., s. 96; FROSALI, «Sistema..», C. II, s. 245; COGLIOLO, a. g. e., C. I/2 a. s. 39 vd.; bkz. SANTORO, «L'Ordine..», s. 178.

takdirde de memura emri ifa mükellefiyetini yüklemiştir. Diğer taraftan, aynı kanunlar, «kanusu suç teşkil eden» kanunsuz emrin yerine getirilmeyeceğini belirtmişlerdir. Bu hususta, ikili bir ayırma yaparak, meseleyi Anayasa, Devlet Memurları Kanunu ve Ceza Kanunumuz bakımından incelemek mümkündür : Konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir ve konusu suç teşkil eden kanunsuz emir.

A. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Kanunsuz Emir :

Konusu suç teşkil etmeyen kanunsuz emir daha ziyade idare hukuku (52) ve Anayasa hukukunu ilgilendiren bir konudur. Çünkü, ceza hukuku bakımından emir, kanunsuz (hilâfı kanun) olduğu takdirde suç teşkil eden bir emir kategorisine girmiş olur.

Anayasamız ve Devlet Memurları Kanunu, memurun âmirine kayıtsız şartsız itaatı mecburiyetini kabul etmemişlerdir. Fakat bazı hallerde emrin, kanunsuz da olsa, âmirin sorumluluğu altında ifa edilmesinde bir sakınca görülmemiştir. Nitekim, Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrası bu hali tanzim etmektedir. Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse üstünden aldığı emri, «yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı» görürse, bu emri yerine getirmeyecek ve bu aykırılığı emri veren âmire (üste) bildirecektir. Ancak, âmir tarafından emirde ısrar vâki olursa ve bu emir yazı ile yenilenirse, emir yerine getirilecek; emri yerine getiren kimse sorumlu olmayacaktır. Sorumluluk emri veren âmire aittir. Fakat buradaki sorumluluk, cezaî mahiyette bir sorumluluk değildir. İdare hukuku, idarî ceza hukuku yahut hususî hukuktan mütevellit bir tazminat bahis konusu olabilir. Gerekli itirazını yapan memur, bu bakımdan sorumlu olmayacaktır. Üstelik, itiraz halinde yazılı bir emir verilmesi bahis konusu olduğundan, memur bir ispat vesikasına da sahip bulunacaktır.

Aynı prensip, Devlet Memurları Kanunu tarafından da benimsenmiştir. Kanunun 10. maddesinde, Devlet Memurlarının görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden âmire karşı sorumlu oldukları kabul edildikten sonra, 11. maddesinde de «Devlet memurunun, âmirinin verdiği emirleri yerine getirmekle ödevli» olduğu kabul edilmiştir. Bundan sonra, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasındaki hüküm aynen tekrarlanmış ve konusu suç teşkil etmeyen, ka-

(51) EREM, «Türk..», C. I, (1962), s. 511.

(52) EREM, «Türk..», C. I, s. 564.

nunsuz emrin ifasından dolayı gerekli itirazı yapan memur sorumlu tutulmamış buna mukabil verdiği emrin kanunsuz olmadığında ısrar eden âmir sorumlu tutulmuştur.

Kanaatımızca : memurun, konusu suç teşkil etmeyen «hilâfi kanun» olan emirlere, âmirin ısrarı karşısında itaat etmiş olması esastır. Aksi takdirde, âmiri derecesinde ihtisas sahibi olmayan memurların görüş, düşüniş ve yorumuna göre, emirlerin icrası neticesine varmak mümkündür ki, bu da idarî mekanizmayı içinden çıkılmıyacak bir anarşiye sürükler (53). Bu bakımdan gerek Anayasanın, gerekse Devlet Memurları Kanununun âmirin ısrarı karşısında memurun emri icra etmesini ve bundan dolayı memurun sorumlu olmasını kabul etmeleri prensibi yerindedir.

Âmir, kanunları doğru yorumlama, olaylara tatbik etme, boşlukları doldurma, müphem olan hususlarda bir karara varma, takdir hakkını şu veya bu şekilde kullanma, «gereken tedbirleri alma» (54), «icabında içtihadî hareketlerde bulunma» (55) yetkisine sahiptir. Âmirin hizmete müteallik emir, karar ve direktiflerine karşı, memurun idarî veya kazaî bir müracaat yolu yoktur; yalnız ikaz etmek durumundadır (56). Meğerki emrin konusu suç teşkil etsin.

(53) ONAR, a. g. e., s. 477; «Sorumluluk bahanesi ile her memur üstü tarafından verilen emirlerin kanuna aykırı olup olmadığını tetkike kalkışacak olursa idarenin iş görmesi imkânı kalmıyacak ve Devlet anarşiye sürüklenecektir». DEMİREL, a. g. e., s. 118; «Görüşte tamamen mevzuata uygun olduğu halde suç teşkil edecek emirler olabilir. Bu durum karşısında memura niçin buna inandın veya «incelemedin» dememez ve denmemeli. Çünkü «inanmak» esastır. İnanmamak için sebep ve delil araştırılır. Gerçi adlî işlerde bir hakkın yerine getirilmesi için iddia veya ihbar olunan işin esası araştırılır ve doğru olup olmadığı delillerle tesbit edilmeğe çalışılır. Fakat hizmet bakımından verilen emirler böyle değildir ve Devlet işlerinin zamanında yürütülebilmesi için de başka türlü hareket edilemez... Özl işlerde geniş ölçüde payı olan inanışa Devlet işlerinde daha fazla ihtiyaç vardır. Âmirlik ve memurluk münasebetlerini de gözeterek ve âmirlerin daima kanuna uygun emirler verecekleri düşüncesiyle hizmete müteallik emirlerde gizli herhangi bir kötü niyetin bulunduğunu aklımıza getirmeden emirleri yerine getirmeye çalışırız. Bu gibi emirlerin yapılması bir suç teşkil ederse -emrin yapılmasındaki zaruretin sınırı aşılmadıkça- elbetteki bunun sorumu memura değil, âmire yükletilir.» ARASLI, a. g. e., ss. 29. 30.

(54) İl idaresi Kanunu, md. 11/A.

(55) Mülga Memurin Kanunu, md. 39.

(56) ONAR, a. g. e., s. 478; ORTOLAN, a. g. e., ss. 194 vd. suç teşkil eden emrin icrası halinde kesin bir kriter vermekten çekiniyor. Yalnız açık ihlâl ve vahim neticenin husule gelebilmesi halinde âmirine itaatı reddedip onu uyarması lâzımdır, diyor.

Fiilin ikaindan dolayı, âmirin kanunu yanlış tefsir etmesi, takdir hakkını kötüye kullanması, gereken tedbirleri almada halin icap ettirdiği sınırı aşarak emir vermesi halinde neticeden sorumluluğu gerektiren bir durum varsa (57) ve emrin bizatihî konusu suç teşkil edecek mahiyette değilse memurun sorumluluğu bakımından şöyle bir ayırım yapmak lâzımdır. Memur, Anayasaya, Devlet Memurları Kanununa ve Ceza Kanununa göre, gerekli kontrolü yaparak, âmirinin bir hataya düştüğünün farkına varmışsa, âmirine gerekli itirazını yapmalıdır. Buna rağmen, âmir, emrinde ısrar etmişse artık, memur kendisinden beklenen emrin meşruiyetini kontrol vecibesini yerine getirmiştir. Zira, daha önce işaret ettiğimiz gibi, bu meşruiyet kontrolü da sınırsız değildir. Memurun yanılması esastır ve sorumluluğu yoktur. Böyle bir emri veren âmir ise sorumludur. O halde, belirttiğimiz bu durumlarda, hem âmir ve hem de memur bakımından ortada bir hukuka uygunluk sebebi yoktur. Fiil objektif olarak suçtur. Fakat, memur, kendisine düşen araştırma görevini yapması ve yanılmasının da esaslı olmasından dolayı cezalandırılmıyacaktır (58).

B. Konusu Suç Teşkil Eden Kanunsuz Emir :

a. Genel Olarak :

Konusu suç teşkil eden emrini hiçbir suretle yerine getirilmiyeceği; yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamıyacağı, gerek Anayasamız gerekse Devlet Memurları Kanunu tarafından açıklıkla belirtilmiştir (Anayasa md. 125; Devlet Memurları Kanunu md.

(57) Hiyerarşik itaat bir vazifedir. Âmirin emrine bir meşruiyet karinesi refakat eder, bunu icra eden memur ise genellikle bundan faydalanır. Emrin açıkça suç teşkil etmesi artık bu karineden istifade edemez. Fiilinden dolayı sorumlu olmalıdır. Manevî baskı iddiasında da bulunamaz. «CRIVELLARI, a. g. e., C. III, s. 495.

(58) Aynı mahiyette DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, ss. 100 ve 108; eğer gayri meşru emrin bu niteliği âmirin kanun tarafından kendisine verilen yetkinin çerçevesi içine girmiyorsa, memur gayri meşru emri icra etme durumundadır. Zira bunu yargılama yetkisi yoktur. Binnetice bu halde sorumlu olmazlar. Alfredo PINTO, *Manuale di Diritto Penale*, tamamen yeniden düzenlenmiş 2. bası, Città di Castello 1905, s. 61; CRIVELLARI, a. g. e., C. III, s. 497; JOVANE a. g. e., C. I, ss. 45, 46; BALTA, «âmirin ısrarı karşısında memurun emri yerine getirmemesi ve bundan suç meydana gelmesi halinde umumî esaslara dayanarak maiyeti korumak mümkündür ve yerindedir» demektedir. a. g. e., s. 305.

11). Ceza Kanunumuzun 49. maddesinin son fıkrası ise : «emir hilâfı kanun olduğu takdirde neticesinden hâsil olan cürme mürettip ceza, emri veren âmire hükmolunur» şeklindedir. Mehaz İtalyan Ceza Kanunu, «hilâfı kanun» deyimini yerine, emir «suç teşkil ederse» ifadesini kullanmıştır. Ceza Kanunumuzun isabetsiz lâfzına göre, böyle bir emri ifa edecek olan memurun ceza görmeyeceği gibi bir netice çıkarılabilirse de bu, isabetsiz ve sadece lâfza bağlı bir yorum olur. Bu bakımdan, suç teşkil eden «emri icra eden memurun da ceza göreceği gerekli sayılmalıdır» (59).

Yetkili merciden verildiği ve gerek emri verenin ve gerekse emri icra edenin genel olarak, o hâdisede de zahirî olarak yetkileri dahiline giren bir emir kabul edelim. Bu emrin icrası halinde, fiil bir suç teşkil ederse durum ne olacaktır ?

Yeni İtalyan Ceza Kanununun yapmış olduğu gibi (60), emirden «meşru emri» anlamak ve suç teşkil eden fiil meşru fiil olmayacağından, yine aynı kanunun aynı maddesindeki ifadeye göre gerek emri veren ve gerekse emri icra eden makamından sorumluluğu kabul etmek ve buna yine aynı kanunun tanıdığı iki istisna ile «fiilî hataya düşen» veya «emrin meşruiyetini kontrol yetkisine» sahip olmıyan kimseye sorumsuzluğu tanımak; emri verenin ise her halde sorumluluğunu kabullenmek mümkündür (61). Yahut, aynı neticeye, meşru bir emrin mevcudiyeti için, kanunumuzun 49. maddesinin son fıkrasındaki, «hilafı kanun» olmama şartını, diğer fıkradaki «infazı vazifeten zarurî» olma ve «selâhiyettar bir merciden» verilme şartlarına ilâve etmek suretiyle de varmak mümkündür. Emrin «hilâfı kanun» olması dolayısıyla «suç» teşkil etmesi halinde hem emri verenin, hem de diğer iki şart bulunsa da emri yerine getirenin sorumluluğunu kabul etmek, buna emri yerine getiren bakımından fiilî hata ve emrin meşruiyetini kontrol hakkının kanunen tanınmadığı hallerde iki istisna tanımak mümkündür. Bu yönlü anlayış doktrinimizde DÖNMEZER - ERMAN tara-

(59) EREM, «Türk..», C. I, s. 565; «aldığı emri ifadan başka bir şey yapmadığını müdafaa eden sanık'ın "kanuna aykırı işlerde âmirinin emrinin memuru mesuliyetten kurtaramıyacağını" tasrih eden Teşkilâtı Esasiye Kanununun 94. maddesi muvacehesinde mesuliyeti derkâr bulunmakla beraber...» (Y. A. D. K., B. II, E. no. 1960/6, s. 22)

(60) Madde 51/1 «Ordine legittimo» (meşru emir) dan bahsetmektedir.

(61) Bkz. ANTOLISEI, «Manuale..», ss. 200, 201; RANIERI, «Manuale..», C. I, s. 141; BATTGLINI, a. g. e., s. 318; BETTIOL, «Diritto..», s. 269; FROSALI, «Sistema..», C. II, ss. 247 vd.; SANTORO, «L'Ordine..», ss. 211 MANZINI, «Trattato..», 2. ed., C. II, ss. 155 vd.; MAGGIORE, a. g. e., s. 302.

ından savunulmuştur (62). Ayrıca «kanuna açıkça aykırı» ve «zahiren uygun olan» emir ayrımının yapılmasını da ileri sürenler vardır. Âmirin kendi yetkisi dahiline giren ve bütün görünümü ile meşru bir emir vermesi halinde, memur vazifesinden başka bir şey yapmadığına inanmasına rağmen bu fiil suç teşkil ederse, memur bundan dolayı hiç bir şekilde sorumlu olmamalıdır denmektedir. Bunlara göre, zahiren kanuna uygun emri ifade memurun, kanunu ihlâl şuur ve iradesi yoktur, ayrıca memur, meşru bir şey yaptığına inanarak hareket etmiştir. Diğer yandan emri veren âmirin sorumluluğunun tam olduğu iddia edilmiştir (63).

Hiyerarşik itaatın bir vazife, emrin meşruiyetinin bir varsayım olarak kabul edilebileceği; genellikle böyle bir emri icra edenin meşru hareket ettiği, fakat bunun da mutlak olmadığı belirtilmiştir (64). Diğer yandan, «memur nasıl olur da böyle bir gayri meşru emri icraya çağrılabilir» سوالini soran DELITALA (65) cevap «basittir» demektedir. İdarî hiyerarşiyi yıkmayı yahut hükûmet faaliyetini felce uğratmayı göze almadan aksini savunmak mümkün değildir. Hatta, memur, emrin meşruiyetinden şüpheye düşse bile, ifası vazifeten zarurî bir emrin karşısında ise (66) o emri icra etmesinin gerekli olduğunu belirtmektedir. Şüphe halinde memurun, emri icra etmemesine taraftar olanları (67) tenkit ederek,

- (62) DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, ss. 95 vd.; krş. EREM, «Türk..», C. I, ss. 564, 565, 566.
- (63) MAURO, a. g. e., s. 385.
- (64) ADOLPHE - HELIE, a. g. e., C. I, s. 572.
- (65) DELITALA, «Adempimento..», s. 570.
- (66) Yeni İtalyan Ceza Kanunu, mehzaz kanununun «ifası vazifeten zorunlu» deyimini yerine «bağlayıcı (vincolante)» deyimini kullanmıştır. BENE-DICENTI, a. g. e., s. 93.
- (67) DELITALA, «Adempimento..», s. 3571; «İtalyan Anayasasının 28. maddesinin tâdili hakkında toplanan tâli komisyonda CORSENEGO, maddenin ilk şekline şu lâvenin yapılmasının teklif etmişti: emir açık bir şekilde kanuna aykırı ise, bu emre uygun hareket bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Bu teklife MORO ve LUCIFERO muhalefet etmişlerdir. MORO, Devlet memurları arasında böyle bir kaidenin meydana getireceği karışıklığı ve meşruiyet sebeplerini kati bir şekilde ve an'anevi bir sisteme göre kaideye bağlayan Ceza Kanunununda değişiklik yapmamanın uygunluğunu belirtmiştir. LUCIFFERO böyle bir kaidenin, pratik bakımdan Devlet memurlarının itaatsizliklerini mâruz görmek anlamına geleceğini ve bizzat Devleti yıkacağını söylemiş ve şunları ilâve etmiştir: sorumlu olan emri imza edendir. Emi yerine getiren cevap vermeye çağrılmaz. Kanunun ihlâlinin maddî icracısı, bir disiplin münasebetiyle bağlı olduğu takdirde, kanunun ihlâl edilip edilmediğini takdir edecek durumda bulunmayabilir». (Vittoria FALZONE, Filippo PALERMO, Francesco COSENTINO *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Roma, 1954, s. 89.

şüphe halinde de emrin icra edilmemesini kabul etmek onu bir meşruiyet sebebi olmaktan çıkarır ve onu sadece bir hâle istinat ettirir o da hata sebebiyle emrin meşru zannedilip icra edilmesi halidir demektedir.

Âmir tarafından verilen emir «hilâfı kanun» olduğunda, icrası için emrin verilmiş olması kâfi değildir. Ancak, memurun, âmirin vereceği emirlerin meşru olacağı şeklinde bir varsayımdan, karineden hareket etmiş olması gerekmektedir. Eğer bu hususlar yok ise veya emri suç olduğunu bile bile icra etmişse sorumluluğunu kabul etmek lâzımdır (68) fikrine karşılık, suç teşkil eden bir fiilin onu icra eden bakımından meşru olduğu ve memurun bir vazifeyi ifa ettiği; âmirin ise suç teşkil eden bir fiili maiyeti vasıtasıyla işlediği için onun bakımından suçun mevcut olduğu (69) iddia edilmiştir.

Diğer taraftan şu fikir de ileri sürülmüştür: tatbikatta emrin suç teşkil edip etmediği hususunda tereddüde düşülebilir. Gerçi normal olarak sadece kanuna uygun olan fiiller, emir şeklinde icra edilebilecek bir şekil alırlar. Böyle bir fiilin hukukî neticesi bakımından iki cephesi vardır: emri yerine getiren bakımından bir vazifenin ifasını teşkil ettiği nisbette tamamen bir meşru fiil bahis mevzuudur. Emri veren bakımından ise, kendi astı vasıtasıyla işlenmiş bir suç vardır. Halihazırda kamu hukukunun çeşitli dallarında hiyerarşik münasebeti tanzim eden kaideler net bir şekilde belirtilip, çizilmiş değildir. Hangi halde, hiyerarşik derecenin belli bir basamağında bulunan diğerine nazaran daha üstün olup, emirlerinin icrasının zorunlu bulunacağı kesin bir şekilde belirtilmemiştir. Bu halin belirtilmesi ise, idare hukukuna ait bir meseledir. Ceza hukukunun, kamu idaresinin hangi dalının, hangi âmirin ve onunla ilgili olarak hangi itaat vecibesinin, memurdan mealini değerlendirme hakkını kaldırdığını aramakla vazifeli olmadığı belirtilmiş (70), her halü kârda idare hukukunun bunu belirtmesi gerektiğine temas edilmiştir. Fakat bu, emrin muhtevası ne olursa olsun ast tarafından yerine getirilecek demek de değildir. Mazur görülebilecek hatanın kanunî karinesine dayanan bir hukukî de-

(68) ORTOLAN, a. g. e., s. 193; «memur emrin gayri meşru olduğunu bile bile icrada bulunmuşsa 51. maddedeki meşruiyet sebebinden istifade edemez» (İt. Tem. Mah. Kısım II, Celce 1 Mart 1935, *La Giustizia Penale*, 1935, kısım II, kol, 1519).

(69) CIVOLI, «Trattato...», C. I, s. 465.

(70) CIVOLI, «Della Imputalità...», ss. 138 vd.

ğerlendirmede icra edilen emir suç teşkil ederse yerine getiren sorumlu olmayacaktır.

Âmirin yetkisi haricinde vermiş olduğu ve hiyerarşik itaat mecburiyeti bulunmayan emirlere itaat halinde emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamayacaktır (71).

Objektif olarak fiilin suç teşkil etmesi halinde sorumluluğun birinci sebebi olarak, saikin meşruiyetinden ve hiyerarşik itaat vecibesinden dolayı fiilin suç vasfını kaybetmesinden bahsedilmiştir. Yalnız bunun için astın kendi vazifesini yaptığına inanarak ve normal vazifesi dışında bir faaliyette bulunmuyarak emri yerine getirmiş olması lâzımdır (72). Diğer yandan Ceza Kanununun 49. maddesinin birinci fıkrasını inceleyenler (73) bunun itaat zarureti ile ilgili bir ipotez olduğunu belirtmektedirler. Âmirin emrini icrada ika edilen fiil suç olduğu takdirde objektif olarak fiilin suç olma vasfı kalkmamıştır. Fakat icrada bulunan bakımından, sübjektif anlamda sorumluluk ortadan kalkmakta; böylece suçun cezası emri veren âmire verilmektedir. Aynı şekilde, âmirin emrini icrada fiil suç teşkil ettiği takdirde bu fiile mürettep cezanın âmri hükümlenacağını, ancak 49. maddenin birinci fıkrasındaki şartlar emri yerine getiren bakımından eksik veya emrin sınırını aşarak icrada bulunmuşsa memurun sorumlu olacağı kabul edilmiştir (74). Bu fikre göre eğer ast, haklı olarak hiç bir kanunu ihlâl etmeksizin, yetkili merciden verilen bir emre göre hareket ettiğini ispat edip gösterebilirse, kendisine hiç bir sorumluluk yönelmeyecektir. Tevkif, meskene girme, kuvvet, cebir istimali, kamusal memurun normal fonksiyonları arasına giren vazifelerdir. Şayet bu vazifelerin icrasında sınır aşılmışsa, keyfî bir tevkif, meskene giriş, bir suistimâl ve haksız bir cebir istimali bahis konusudur. Büyük bir ihtimalle ast sorumlu olmayacak, bu emri veren âmir sorumlu olacaktır (75). Hattâ, yargıç nasıl kanunu tatbik ederse, memurun da almış olduğu usulüne uygun emirleri icra etme durumunda olduğu; emir başkasının hakkını ve menfaatını ihlâl etse bile, emri yerine getiren sadece itaat saikiyle hareket etmiş ise kendi bakımından bir suç olmayacağı (76) savunulmuştur.

(71) Pietro NOCITO, *Abuso di Autorità*, Digesta Itlano, C. I, Tarino, 1884, no. 155.

(72) CONTI, «Cause..», s. 645.

(73) PESSINA, a. g. e., s. 91; FLORIAN, «Trattato..», C. I, Kısım I, s. 408.

(74) MAJNO, a. g. e., s. 138.

(75) COGLIOLO, a. g. e., C. I/2 a., ss. 48, 49.

(76) FERRI, «Principii..», s. 466.

Ayrıca, âmir, emri kendi maksadına uygun bir netice istihsali için hukukî ve meşru bir şekilde kamufle ederek verebilir. Bu takdirde astın buna uymuş olması kendisini sorumluluktan kurtarır, fakat sonradan emrin meşru olmadığını anlarsa emre uymaması lâzımdır (musadere edilmiş eşyanın âmiri için satılması gibi). Aksi halde memur sorumluluktan kurtulamaz (37). Emre istinaden hareket etmesi gereken kimse, müstakilen veya emre rağmen hareket ederse, 49 - 50. maddelerdeki hükümlerden istifade edemez. Şöyle ki, memur (ast) emir üzerine, ateş etmesi gerekirken emri almadan veya âmirin emrine rağmen hareket ederse fiilinden sorumludur, zira ortada bir hukuka uygunluk sebebi olarak emir yoktur. Mamafih meşru müdafaa, zaruret hali durumlarının bulunup bulunmadığı ayrıca düşünülebilir (78).

Kanaatımızca : konusu suç teşkil eden kanunsuz bir emir verildiğinde, bu emri ifa eden ve bu emri veren âmir bakımından bir hukuka uygunluk sebebi yoktur. Çünkü, Ceza Kanunumuzun 49. maddesinin 1. ve son fıkralarında bahis konusu olan hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti için daha önceki kısımlarda belirtmiş olduğumuz gibi emrin şu üç şartı havi olması lâzımdır : «yetkili merciden verilmiş bulunması», «infazı vazifeten zarurî olması» ve «kanuna aykırı bulunmaması». Şayet bu şartlardan biri noksansa, meşru bir emir mevcut değildir; dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi de yoktur. Gerek emri veren âmir, gerekse emri yerine getiren memur sorumludur.

b. Âmir Bakımından Sorumluluk :

Konusu suç teşkil eden, kanuna aykırı bir emir verildiği zaman, bu emri veren âmir Ceza Kanununun 49. maddesinin son fıkrasına göre sorumludur. Çünkü, «emir hilâfı kanun olduğu takdirde neticesinden hâsıl olan cürme mürettip ceza emri veren âmire hükmolunur» demek suretiyle Ceza Kanunumuz, âmirin sorumluluğunu kesin olarak belirtmiştir. Emrin gayri meşruluğu yetki aşımından meydana gelebileceği gibi, yetkisizlikten, emrin muhteva veya şekil bakımından kanuna aykırılığından da meydana gelebilir (79). Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde âmir sorumlu olacaktır; fakat bu sorumluluğun mahiyeti nedir?

(77) FALCHI, a. g. e., s. 2200.

(78) Bkz. MANZINI, «Trattato..», 2. bası, C. II., s. 136.

(79) FROSALI, «Sistema..», C. II, ss. 246, 247.

Âmirin, başkasının fiili vasıtasıyla işlenen suçtan dolayı aslî ve doğrudan doğruya sorumlu olduğu savunulmuştur (80). Ayrıca, âmir tarafından ifası vazifeten zarurî olmayan ve suç teşkil eden bir emir verildiğinde, iştirak halinde sorumluluk olabileceği de ileri sürülmüştür (81). Emri yerine getirenin, 49. maddenin 1. fıkrasındaki şartlar gerçekleşmemiş olacağından fail sıfatıyla; emri verenin ise, aslî iştiraktan dolayı sorumlu tutulabileceği belirtilmiştir. Zira âmir, emir vermek suretiyle bir suç ikına teşebbüs ederse, bu emir vermektan ibaret fiili başlı başına memuru aynı suça itmeye kâfidir. Memurun fiili ise bir itaat vecibesinin yerine getirilmesini teşkil etmemektedir. Zira kanunumuz kayıtsız şartsız itaatı kabul etmemiştir (82). Memur emrin meşruiyetini şekil bakımından olduğu kadar muhteva bakımından da kontrol edecektir. Gayri meşru bir fiil ile, dış âlemde yaratılan değişikliği hukuk, failin lehinde değerlendirmemektedir. Bu fiillerden meydana gelen neticeden memur fail sıfatıyla, âmir ise aslî şerik olarak, iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulmalıdır (83) denmiştir.

Fakat, kanaatımızca bir iştirak durumundan bahsedebilmek için, iştirak iradesinin bulunup bulunmadığını nazarı itibara almak lâzımdır.

-
- (80) MANZINI, «Trattato..», C. II, 2. ed., s. 157; ayrıca bkz. **Autore Mediato del Reato**, in «Grande, Dizionario Enciclopedico del Diritto, Eratelli Fabri Editori, 29 Mayıs 1965, anno II, no. 64, Milano, ss. 99 vd.
- (81) BETTIOL, «L'Ordine..», s. 101; BATTAGLINI, a. g. e., s. 320; MAJNO, a. g. e., s. 138.
- (82) «Hiyerarşik münasebet tek başına, âmire tam mutlak itaatı mazur göstermeye yetmez. Çünkü, verilen merin icrası Ceza Kanununu ihlâl eder mahiyette ise, bu münasebet hiç bir tesir icra etmez». (**La Giustizia Penale**, 1948, Kıs. II, kol. 294, m. 288).
- (83) SANTORO, «L'Ordine..», ss. vd.; Silvio RANIERI, **Il Concorso di piú Persone in un Reato**, Milano, 1938, ss. 118 ve 133 vd.; bkz. Aynı suçtan emri icra edenin suçun faili, emri verenin de aslî şerik sıfatıyla sorumluluğu hakkında (İt. Tem. Mah., Ceza kısmı III, karar no. 909, celse, 24 Şubat 1960) «**Archivio Penale C. XVII**, kıs. II, 1961, s. 271»; açıkça suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesinde emri yerine getirenin ve emri verenin sorumlulukları hakkında bkz. **La Giustizia Penale**, 1907, kol. 1545; «İt. Tem. Mah. Kısım I., celse, 14 Mayıs 1917», **La Giustizia Penale**, 1917 kol. 657; **La Giustizia Penale**, 1918, 736; Aynı **Mecmua**, 1922, kol. 373, m. 172; Aynı **mecmua**, 1950, kısım, II, kol. 814, m. 623; Aynı **mecmua** 1953, kısım, II, kol. 246. m. 160; aynı **mecmua**, 1956, kısım II, kol. 960; İdarî bir hizmete ait bir belgenin sahtesini yapma emrinin açıkça cürüm teşkil edeceği meydana iken bu emri icra meşruiyet sebebi olamaz. **La Scuola Positivista**, 1936, kısım II, s. 201.

Esasen sorumluluk halini «iştirak» ile izah edenler, daha ziyade 49. maddenin son fıkrasındaki emrin «hilâfı kanun» olmaması şartını, emrin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için müstakil bir şart olarak kabul etmiyenlerdir. Yahut, âmirin ve memurun fiillerini ayrı ayrı mütalâa edip, âmir bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunmasa da, bağlayıcı (vincolante) bir mahiyet taşıyan ve neticede bir suç işlenmesine sebebiyet veren emri, yerine getiren memur bakımından bir hukuka uygunluk sebebi kabul edenlerdir. Bunlar, 49. maddenin 1. fıkrasındaki iki şart emri yerine getiren bakımından gerçekleşmişse «hilâfı kanun» olmaması şartı aranmaksızın sorumluluğun mevcut olmadığını ileri sürüyorlar. Netice olarak memur tarafından emrin icrası suretiyle işlenen suçtan, Ceza Kanununun lâfzı ifadesiyle yetinilerek, âmiri sorumlu tutuyorlar. Burada ise karşılıklarına bir mesele çıkmaktadır. Aslî fail yani böyle bir emri yerine getiren memur sorumlu olmamasına rağmen, buna iştirak eden âmir nasıl olup da cezalandırılacaktır? Bunu da izah için iştirakte, şeriklerin cezalandırılması şekli üzerinde duruyorlar.

Genellikle kabul edilmektedir ki iştirak edenin cezalandırılması, aslî failin cezalandırılmasına bağlı değildir. Zaten Ceza Kanununda, iştirakle ilgili hususları tanzim eden kısmının (bab) başlığı «cezalandırılan bir fiile» değil «cürüm ve kabahata» yani suça iştirâktir. Bu bakımdan aslî fail, bir meşruiyet sebebinden veya şahsına bağlı bir tahfif sebebinden istifade ediyorsa ve bundan dolayı beraet ediyor veya cezası azaltılıyorsa, bunun diğer şeriklere sirayet etmemesi lâzımdır (84). İştirak olabilmesi için her zaman birden fazla sorumlunun bulunması gerekmez (85). Bu halde olduğu gibi (yani emri yerine getiren lehine meşruiyet sebebinin bulunması halinde) tek sorumlu bulunabilir (86). İştirakin olabilmesi için, suç olarak öngörülen ve hukuken cezalandırılacak bir

(84) DELITALA, «Il Fatto...», ss. 61, 62; iştirak hakkında bkz. DÖNMEZER-ERMAN, a. g. e., C. II, ss. 560, 561; EREM, «Türk...», C. I, (1962), s. 551 vd. de «başkasının meşru müdafaasına (m. 49) iştirak eden ortak cezasızlık sebebinden sirayet yolu ile değil, müstakilen istifade eder. Aşırı müdafaa hali de aynı kaideye tabidir» demektedir; KÖNİ, a. g. e., s. 111; bkz' BATTAGLINI, a. g. e., ss. 448 vd.

(85) BATTAGLINI, a. g. e., s. 320.

(86) SALTELLO - FALCO, a. g. e., C. I, s. 343 de emrin suç teşkil etmesi halinde, icra edeneni iştirak halinde sorumlu olmaması ve ceza görmemesi için, emri vermeye âmirin yetkili olması ve emrin kendisine yöneltildiği şahsın bunu icrası hakkında hukukî bir vecibenin bulunmasının gerekliliğini kabul ederek burada iştirak halinde bir sorumluluğun bahis konusu olduğuna temas ediyor; BATTAGLINI, a. g. e., s. 320.

neticenin bulunması lâzımdır. Objektif olarak aslî failin suç teşkil eden bir fiilin mevcudiyeti gerekmektedir. Bunu iradî ve adeli hareketten ziyade, dış âlemde meydana gelen bir değişiklik husule getirmektedir. Bu bakımdan belki de, aslî failin fiili (hareketi) hukuk düzeni tarafından talep edilen bir davranış olabilir. Fakat bu birden fazla şahsın bir suça iştirak etmiş olmalarını kabul etmeye mâni değildir. İştirak hakkındaki bu izahata dayanılarak, «selâhiyettar merciden verilen ve ifası vazifeten zaruri olan» ve neticesinde bir suç meydana gelen emrin icrasında da iştirak halinin bulunduğu savunulmuştur. Âmirin memur bakımından mevcut hukuka uygunluk sebebinden istifade edemiyeceği, aslî manevî şerik olarak sorumlu olacağı (87) belirtilmiştir.

Kanaatımızca : sorumluluk meselesini iştirakle izah edenlerin görüşü isabetli değildir. Zira, âmir Ceza Kanununun 49. maddesinin son fıkrasına göre sorumlu olacağından ortada hukuka uygunluk sebebi yoktur. Çünkü emir suç teşkil ettiği takdirde, aynı zamanda «hilâfı kanun» olur. Memurun sorumlu olmaması ise «fiili hata» halinin bulunup bulunmamasına göre kusurlulukla izah olunur. Yoksa memur bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmasından dolayı bir sorumsuzluk bahis konusu değildir. Şu halde sadece memur bakımından bir hukuka uygunluk sebebinden bahsetmek mümkün değildir.

c. Memur Bakımından Sorumluluk :

Emir, «hilâfı kanun» olup suç teşkil ettiği takdirde, emri veren âmir, Ceza Kanununun 49. maddesine göre sorumlu tutulmaktadır. Bu halde, kanunumuz böyle bir emri yerine getiren memurun sorumlu olmayacağına dair bir sarahatı ihtiva etmemektedir. Ancak buna lüzum da yoktur (88). Hernekadar sarahaten 49. maddenin 1. fıkrası meşru bir emrin mevcudiyeti için emrin «kanunun gösterdiği şekil ve muhtevaya uygun bulunması» şartını belirtmemişse de, bunu daha önce açıkladığımız gibi, müstakil bir üçüncü şart olarak kabul edince, bu şartın bulunmamasıyla, «meşru bir emir» mevcut olmayacağından, memur bakımından da bir «hukuka uygunluk» sebebi mevcut değildir; memur da sorumludur. Ayrıca, Anayasamızın 125. maddesinin 2. fıkrası ve Devlet Memurları Kanununun 11. maddesinin 3. fıkrasına göre, konusu suç teşkil eden bir emir hukuka uygunluk sebebi olamaz. Bu bakımdan da,

(87) BETTIOL, «L'Ordine..», s. 122.

(88) Aynı mahiyette, DÖNMEZER-ERMAN, a.g.e., C. II, s. 98.

böyle bir emri yerine getiren Anayasamızın 125. maddesinin 2. fıkrasına göre sorumluluktan kurtulamıyarak cezalandırılır. O halde, meşru bir emrin mevcudiyeti için, emrin «hilâfı kanun» olmaması şartı müstakil bir üçüncü şart olarak kabul edilmese bile, konusu suç teşkil eden kanuna aykırı emri yerine getiren memur Anayasamızın 125. maddesinin 2. fıkrasına göre sorumlu olup, cezalandırılır. Böyle bir emri veren ise, Ceza Kanununun 49. maddesinin son fıkrası uyarınca sorumlu tutulup cezalandırılmış olur (89).

Bu halde, eğer memur bu nevi emri icra etmemişse gayri meşru emri veren âmirin durumu ne olacaktır? Âmirin emri icra kabiliyetini kazanmış olmasına göre sorumluluğundan bahsedilebilir mi? Eğer emir icraya başlanmamışsa, ceza hukuku bakımından hukuka aykırı bir fiil teşkil edemiyeceğinden sorumlu değildir; icraya başlanmışsa âmir muayyen bir suça teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir. Aksi takdirde cezalandırılmaz, meğerki müstakilen böyle bir emri vermiş olması suç sayılsın (90). İcraya başlanmaması halinde genellikle iştirake teşebbüs mümkün değildir. Memur tarafından icraya başlanmış fakat vazgeçme dolayısıyla suç teşkil eden fiil tamamlanmamışsa teşebbüste iştirak hükümlerinin tatbiğiyle âmirin cezalandırılması düşünülebilir (91). Fakat âmirin vermiş olduğu emir meşru ve ifası vazifeten zarurî bir emir ise, memur gayri meşru bir ihmâlî fiilde bulunmuş olacaktır. Herne kadar zararlı (lesivo) bir neticeden (tevkif müzekkeresine istinaden bir kimsenin tevkif edilmesi gerekirken bu emir yerine getirilmiyerek normal olarak kanunda «şahıs hürriyetini tahdit suçu» işlenmemiş veya harp esnasında kumandanın düşman kuvvetlerine ateş etme ve öldürme emrine dinî inançlara uygun olmadığı için itaat edilmeyip, genellikle adam öldürme suçu işlenmemişse) sakılmaya sebep olmuşsa da, bu durumda astın vazifeyi ihmâl ve emre itatsızlık suçunu işlediği ve bundan dolayı sorumluluğu tartışılabilir (92).

Ayrıca ast bakımından tahfif sebepleri mevcutsa, bunlar uygulanarak, kanunun öngördüğü «fiile mürettep ceza» azaltılabilir

(89) Aynı mahiyette, DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 99.

(90) Aksi kanaat BELING, - naklen BETTIOL, «L'Ordine..», s. 124.

(91) EREM, «Türk..», C. I, (1962), s. 522.

(92) Bkz. DÖNMEZER, Memuriyet Vazifesini İhmâl ve Suistimal Suçlarını Ayırmaya Yarayacak Kıstas, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1945, ss. 231 ss. 231 vd.; KUNTER, Mahkeme İçtihatları (Vazifeyi suistimal), Aynı mecmua, 1949, s. 391; EREM, «Türk..», C. II, 2. bası ss. 381 vd.

(meselâ md. 59). Buna mukabil, âmir hakkında da «memuriyet ve mevkii nüfuzunu suiistimâl» den (md. 228) ceza arttırılabilir (93).

VII. KANUNSUZ EMİRDE SORUMLULUK HALİNİN İSTİSNALARI

A. Emir Bakımından Hata :

a. Genel Olarak :

Kanunsuz emirde sorumluluk halinin istisnalarından biri olarak hata hali düşünülebilir ve gerek âmir, gerekse emri yerine getiren memur bakımından hata hali nazara alınabilir. Fakat gerek me haz kanun gerekse kanunumuzda ilgili maddede hata hali âmirin emrini icra bakımından zikredilmemiştir. Yeni İtalyan Ceza Kanununun 51. maddesinin gayri meşru, suç teşkil eden emrin icrasında memurun da sorumlu olduğunu belirten fıkrasında, fiilî hata hali sorumluluk haline bir istisna olarak belirtilmiştir.

«Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» kaidesine göre, ceza hukukunca yasak edilen bir fiilin suç teşkil ettiğini bilmediği iddiası ile, gerek âmir gerekse memur «hukukî hataya» düştüklerini iddia edemezler (94). Hattâ bir yanılma da bahis mevzuu olamaz (95). Gerek Ceza Kanununda suç olarak belirtilen fiillerin ikâ için verilen emirler gerekse bunun icrası, açıkça kanuna aykırı bir husustur. Bu hususlarda hataya düşmemesi için memura gerekli kontrol yetkisi verilmiş olduğuna, âmirini ikâz etmesi gerektiğine daha önceki kısımlarda temas etmiştik.

«Kanun» deyiminden «bizatihî ceza müeyyidelerini taşıyan kanunların (ceza kanunları) ve cezaî müeyyide ile himaye edilen kanunların kast edildiği kanısına (96) iştirak ediyoruz. Yeni İtalyan Ceza Kanunu 5. maddesiyle, bilmemenin (cehlin) Ceza Kanunu bakımından olanının mazeret sayılmıyacağını, bunun dışındaki ka-

(93) SANTORO, «L'Ordine...», s. 228; âmirin emri sanık bakımından bir meşruiyet sebebi teşkil etmezse, bir tahfif sebebi olarak nazarı itibara alınması hakkında bkz. *Revue de Droit Pénal et de Sriminologie*, 1950-1951, s. 364, Belçika İktihadı.

nunlarda hatanın fiilî hata olarak kabul edilebileceğini dolayısıyla belirtmiştir (97).

Kanunun yanlış yorumu halinde, durumun âmir ve memur bakımından farklı olduğuna inanıyoruz. Bilmeme, tabiî olarak hiç bir şeyi bilmemeyi içine aldığı kadar yanlış bilmeyi de içine alır. Bu bakımdan yanlış yorum halinin T.C.K. 44. maddesinin tatbikiyle mazeret sayılmaması lâzımdır (98). Durum, memur bakımından da farklılık arzetmez. Memur, âmirinden aldığı emri, gerek şekil ve gerekse muhteva bakımından kontrol etme durumundadır. Kanunun, âmir tarafından yanlış yorumu halinde, memurun gerekli ikazı yapması lâzımdır. Bu hususta memur da hataya düşmüşse, hukukî bir hata söz konusu olacağından sorumluluktan kurtulamaz. Gerçi, memurun, amirin vermiş olduğu emrin kanuna uygun olduğu hususunda fiilî hataya düşmüş olması kendisini sorumluluktan kurtarır; fakat fiilî hatayı da mazur gösterecek şekilde geniş anlamamak lâzımdır (99).

b. Mevcut Olmayan Emir :

Esasında mevcut olmayan bir emir, memur aldatılarak icra ettirilmiş olabilir. Sahte olarak tanzim ettirilmiş bir tevkif müzakeresini, memur infaz etmiş bulunabilir. Bu takdirde sorumlu olmaması ve ceza görmemesi lâzımdır. Fakat, burada bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmasından değil, kastının hata neticesi bulunmamasından dolayı memura ceza verilmemektedir (100).

c. Müsbet Fiilî Hata :

Gerek memurun gerekse âmirin herhangi bir cehil veya hatası olmadığı halde, bunlar emrin icrası suretiyle ika edilen suçun maddiyatına taallük eden bir hususta hataya düşmüş olabilirler. Bu takdirde bir fiilî hata hali bahis mevzuu olduğundan, duruma göre, her ikisinin de sorumlu olmaması düşünülebilir. Öyle bir halin mevcudiyetinde hataya düşülmüş olabilir ki, bu halin müşahhas olarak mevcudiyetiyle meşru bir fiil ika edilmiş olabilir. Halbuki fiil haddizatında yasaklanan bir fiildir (101). Tevkif sebebi bulun-

(98) DÖNMEZER-ERMAN, a. g. e., C. I, s. 204.

(99) Erem, «Türk..», C. I, s. 566; bkz. Carlo Federico GROSSO, *L'Errore sulle Seriminanti*, Milano, 1961, ss. 203 vd.

(100) EREM, «Türk..», C. I, s. 566.

(101) BETTIOL, «L'Ordine..», ss. 98, 99.

madan bir kimseyi tevkif etmek suçtur. Memur veya âmir, tevkif sebeplerinin mevcudiyetinde hataya düşerek bir kimsenin hürriyetini tahdit edebilirler. Bu bakımdan iki hususu daima birbirinden ayrı tutmak lâzımdır: biri, ceza kaidesinin mecburîliği veya mevcudiyeti hakkında düşülen hata, diğeri de bir kamusal memurun faaliyetini meşru hale getirecek emrin şekil ve muhteva ile ilgili şartlarının mevcut olmamasına rağmen, mevcut bulunduğu şekilde fiilî bir hata. Birinci haldeki hata mazur görülmediği halde, diğeri halde mazur görülebilmektedir.

Emrin ifasının vazifeten zaruri ve âmirin yetkili olduğu hakkında hataya düşülebilir. Âmir meşru zannederek gayri meşru (hilâfı kanun) bir emir verebilir ve memur da bunu, ifası vazifeten zarurî zannederek icrada bulunabilir. Emir objektif olarak gayri meşrudur. Emri veren âmir, kanunu yanlış olarak hâdiseye tatbik etmekten sorumlu olmalıdır. Fakat memur açıkça kanuna aykırı bir emir karşısında değilse veya gerekli kontrolleri ve itirazı yapmışsa sorumlu olmamalıdır (102). Eğer her ikisi bakımından da bir fiili hata hali var ise, ikisi de «kasıt» bulunmaması dolayısıyla sorumlu olmamalıdır (103). Gerek emri verenin gerekse emri yerine getirenin fiilî hatası taksirden ileri geliyorsa ve kanun da fiilî taksirli bir suç olarak cezalandırmışsa taksirden dolayı sorumlu olmaları lâzımdır (104). Âmir ve memurun sorumluluğu ise taksirin derecesine göre değişir.

Âmir, fiilî hata neticesi gayri meşru bir emir verebilir. Memur da bunun suç olduğunu bile bile icrada bulunabilir (105). Bu takdirde âmir mazur görülebileceği halde, memur sorumlu olmalıdır. Şayet âmir kasten gayri meşru bir emir verir, memur da bunu

(102) Bkz. DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 99; Enzo CAPALAZZA, *L'Obbedienza Gerarchica Come causa Escludente della Imputabilità* Rivista Italiana di Diritto Penale, Padova, 1932, s. 380.

(103) Fiilî hata halinde memur beraet etmelidir. Emri yerine getirdiğinden dolayı değil, icra ettiği fiilin suç teşkil ettiğini bilmemesinden dolayı, ORTOLAN, a. g. e., s. 197; «Irak Ceza Kanununa göre: Emre itaat vazifesi olduğuna hatalı olarak inanan ve hüsnüniyetle onu ifa eden memur, bütün sorumluluktan kurtulur.» JASSIM, a. g. e., s. 208.

(104) ROCCA, *Lavori Preparatori*, C. IV, kısım II, s. 161; BRASIELLO, a. g. e., s. 312; İt. Tem. Mah. (kısım II, 12 Ocak 1940, *La Giustizia Penale*, 1941, kısım II, kol. 522, md. 586).

(105) İfa ettiği emrin gayri meşru olduğunu bilen memur 51. maddedeki suçsuzluk sebebinden istifade edemez. «İt. Tem. Mah. Kısım II, celse I, Mart 1935, Aynı mecmua, 1935, kısım II, kol. 1519».

hataen icra ederse âmir sorumludur. Memur hatanın tesiri nisbetinde sorumlu olmamalıdır (106).

Eğer emri yerine getiren kendi lehine bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu zannederek, bir fiilî hataya düşmüş ise, mevcutmuşcasına bu hukuka uygunluk sebebinden istifade eder (107). Fiilî hata halinde emri icra eden sorumlu olmamalıdır. Meğer ki meşru bir emri yerine getirdiğini zannetmesin; aksi takdirde sorumludur (108). Ayrıca fiilî hata memurun ihmâl ve terahisi neticesi meydana gelmemiş olmalıdır (109).

O halde memur, amirinden emir aldığı takdirde bunun mevzuata uygunluğunu kontrol edecektir. Bu hususta tereddüde düşerse, âmirine durumu bildirecektir, âmir yazılı olarak emrini yenilirse bu takdirde emri yerine getirecektir. Ancak, memur, Anayasanın (md. 125/1) ve Devlet Memurları Kanununun (md. 11) ifadesine göre «suç» teşkil ettiği takdirde emri icra etmeyecektir. Şayet yerine getirirse kendisi sorumluluktan kurtulamıyacaktır. «Bir memur kanunun suç olarak tasrih ettiği bir fiili bilmediğini iddia edemeyeceği cihetle, yanlış olduğunu da ileri süremez; bu gibi hallerde emir kanunda suç olarak gösterilmekle açıkça kanuna aykırıdır ve binnetice memurun bilgisizliği veya emrin meşruluğu hakkında yanlış olması mefhuz hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyetinin» kabul edilemeyeceği belirtilmektedir (110). Ancak, DÖNMEZER-ERMAN'ın ayrıca işaret ettikleri gibi (111) : «emrin bizatihî suç teşkil etmesi ile esasında kanuna uygun ve hukukî bir emrin kanunun tesbit eylediği maksat, saik unsurları bakımından sakat bulunması halini birbirinden ayırmak lâzımdır. Bizatihî suç teşkil eden emrin icrasında yanlışlık mevzuubahis olmaz ise de, esas itibariyle meşru ve fakat hâdisede suç teşkil eden emirlerin icrası bakımından yanlışlığa ait genel esaslar tatbik edilir.»

Memurun, emrin meşruiyetini araştırması, şüphesiz yargı organlarının bir dâva dolayısıyla yapacakları tetkik ile aynı mahiyette mütalâa edilmemelidir. Fakat, emrin konusunun bir suç teşkil ettiğinde hiç bir şekilde tereddüde yer vermeyecek bir açıklık var-

(106) FROSALI «L'Errore..», s. 462.

(107) FROSALI, aynı eser, aynı yer.

(108) VACCHELLI, a. g. e., s. 157; bkz. PANNAIN, «Manuale..», s. 640.

(109) MANZINI, «Trattato..», 2. bası, C. II, s. 156.

(110) DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 100.

(111) DÖNMEZER - ERMAN, aynı eser, aynı yer; aynı mahiyette ONAR, a. g. e., s. 478.

sa, memurun yanılması bir önem taşımaz (112). «Kızılay meydanına gideceksiniz, bizden olanlar bir tarafa, olmayanlar bir tarafa diyeceksiniz. Bizden olmayanlara ateş açacaksınız» şeklindeki emrin şekil, mahiyeti ve tatbikatının pek iptidaî olduğu ancak aşiret hayatında yaşayanların davranışlarına uyduğu kabul edilmiştir (113). Böyle bir emrin meşruiyetinde memur aldandığını veya hataya düştüğünü iddia edemeyecektir; çünkü yanılması esaslı olarak kabul edilemez. Ayrıca fiilî hatayı mümkün olduğu kadar geniş anlamak ve memur lehine tatbik etmek düşünülebilirse de, bu hiçbir zaman hukukî hatayı mâzur gösterebilecek bir dereceye varmamalıdır.

d. Menfi Fiilî Hata :

Emir, kanunlara aykırı olmamakla beraber, memur yanlış takdirle, korku, endişe vs. gibi sebeplerle, emrin konusunun suç teşkil ettiği kanaatına sahip olursa, gecikmesinin zarar getirebileceği hallerde, âmir verdiği emrin, muhakkak yerine getirilmesini sağlamak için emri gerekirse başka görevlilere yaptırabileceği gibi, kendisinde yapabilecektir (D.M.K. md. 11). Âmir, verdiği emrin suç teşkil etmediğine inanıyorsa, emrin gereğinin yerine getirilmiş olması en tabiî neticedir. Ancak, memurun emri suç olacağı zanni ile icra etmemesi halindeki «hata» da nazara alınmalıdır (114). Belki yanılmasının derecesine göre, memura disiplin cezası tatbik edilebilir.

B. İtaat Mecburiyeti (Zorunluluğu) Arttırılmış Olanlar :

a. Genel Olarak :

Yeni Anayasamızın 125. maddesinin 3. fıkrasında «askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar» olabileceği ve bu hallerde kanunsuz veya icabında suç teşkil eden emirlere de itaat mecburiyetinin bulunabileceği kabul edilmiştir. Böylece Anayasamız, aynı maddesinin 1 ve 2. fıkralarında kabul etmiş olduğu prensibe istisna koymuş, «askerî hizmetlerin görülmesi», «acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması» durumlarında, itaat mecburiyeti daha arttırılmış ve «mutlak itaat» a yaklaşan bir

(112) DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. EREM, «Türk..», C. I, s. 566.

(113) Y. A. D. K. Bölüm I, Esas : 1960/I, s. 156.

(114) EREM, «Türk..», C. I, ss. 566, 567; DÖNMEZER - ERMAN, a. y. e., C. II, s. 100.

itaat emri yerine getirecek olandan istenmiştir. Böylece emrin meşruiyetini araştırma hak ve vecibesinin istisnası konmuş bulunmaktadır (115).

Anayasamızın bu prensibi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 11. maddesinin son fıkrasında da benimsenmiştir. «Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunda gösterilen istisnalar saklıdır» demek suretiyle bazı istisnalar konarak, bu hallerde memurların da emrin meşruiyetini kontrol hak ve vazifelerinin sınırlanabileceği, dolayısıyla mutlak itaata yaklaşan bir itaat mecburiyetinin kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Mevzuatımızda itaat mecburiyetinin arttırılmış olduğu kanunlardan biri, «Askerî Ceza Kanunu» diğeri ise «Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu» dur.

Kanunlarda belirtilen bu hallerde, itaat mecburiyeti arttırılmış olduğundan, memur muhteva itibariyle kanuna aykırı bir emri icra edecek olursa kendisi sorumlu tutulmıyacak ve bu sorumluluk emri veren âmire ait olacaktır.

b. Askerler Bakımından :

Askerler yönünden, âmir veya üstün vermiş olduğu emre itaat etmek zorunluluğu çok daha fazladır ve bu emre muhalefet mümkün değildir. Askerler, âmir veya üstlerine «derhal mutlak ve hürmetkâr bir şekilde» itaat etmek mecburiyetindedirler. Hattâ emir kanuna açık bir şekilde aykırı olsa bile (116). Yalnız, emri şekli bakımından kontrol yetkisi askerî münasebetlerde kalkmamış olduğundan, şekli bakımından kanuna uymayan ve hizmete ait olmayan emirler yerine getirilmeyecektir. Aksi takdirde emir neticesi bir suç ikainda, hem emri veren hem de itaat eden sorumlu olacaktır (117). Emir şekil bakımından kanuna uygunsa ve ast gerekli şekli kontrolü yapmışsa, sadece emri veren sorumlu olacaktır. Meğer ki emrin «adlî veya askerî bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu» ast tarafından bilinmiş olsun (Askerî Ceza Kanunu md. 41).

O halde, askerî mevzuatımız, emrin şeklen kanuna uygunluğunun kontrol hak ve vazifesini kaldırmamıştır. Şayet, ast şeklen kanuna aykırı bir emri yerine getirirse sorumlu olacaktır. Fakat, em-

(115) Bkz. DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II., s. 97.

(116) BENEDICENTI, a. g. e., s. 29.

(117) ERMAN, a. g. e., s. 131.

rin kanuna uygunluğunda yanılma da mümkündür. Yanılmaya ait şartlar mevcutsa ast sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık, ast, emrin muhteva itibariyle kanuna uygunluğunu kontrol edemeyecektir; bu hususta tereddüdü dahi olsa, emri derhal yerine getirme durumundadır. Emrin meşruiyetini kontrol hakkının kaldırılmış olduğu bu hallerde, artık astın sorumlu tutulmasından bahsedilemez. Çünkü, kanun, muhteva itibariyle suç olan bir emrin verilebileceğini, buna da astın itaat mecburiyetinin olduğunu kabul etmiştir. O halde kanun hükmü icabı, ast bakımından bir cezalandırılmama durumu vardır. Sorumluluk bu takdirde emri verene aittir. Bununla beraber, ast, emrin «bir suç işletmek maksadiyle verildiğini herhangi bir şekilde biliyorsa, emri yerine getirmemelidir. Aksi takdirde kendisi de sorumlu olur».

Ayrıca astın, verilen emrin sınırını aşmış olması halinde de sorumluluk vardır. Askerî Ceza Kanununun 41. maddesinin 3. fıkrası iki halde asta, müşterek fail cezası verileceğini ifade etmektedir. Bunlardan birincisi yukarıda bahsedilen, astın, «âmirin emrinin adlî ve askerî bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu» nu bilmesi halidir (As. C. K. md. 41/3 - b). Astın, âmirle müşterek failmişcesine cezalandırılacağı ikinci hal ise, «kendisine verilen emrin hududunu aşmış» olması durumudur (As. C. K. md. 41/a). Verdiği emrin konusu suç teşkil ediyorsa ve bu emir ast tarafından icra edilmişse, âmir sorumlu olacaktır. Ancak, ast emri yerine getirirken sınırını aşmışsa kendisi de sorumlu olacak ve müşterek fail gibi cezalandırılacaktır. Astın, kendisine verilen emrin sınırını kasten veya taksirle aşmış olmasının önemi yoktur (118).

Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları hakkındaki 477 sayılı Kanunun 48. maddesi «kast veya ihmal ile hizmete ait emri tam yapmamak, değiştirmek veya sınırını aşmak suretiyle itaatsizlik edenlere» disiplin cezası verileceğini öngörmektedir. Demek ki, emrin sınırının aşılması bir itaatsizlik suçu olarak vasıflandırılmıştır. Bu maddede söz konusu edilen emir, bir suç ikaini istilzam etmeyen emirdir. Ast, bu emrin sınırını aşmış olması halinde, şayet suç teşkil eden bir fiil ika etmemiş ise, sadece itaatsizlik suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak, ast, konusu suç teşkil etmeyen bir emri aldıktan sonra, bunun sınırını aşmak suretiyle bir suç işlerse, hem bu işlediği suç ve hem de itaatsizlik suçundan dolayı cezalandırılacaktır (119). Âmir

(118) ERMAN, a. g. e., s. 134.

(119) ERMAN, aynı eser, s. 133.

veya üst ise, kanuna uygun ve konusu suç teşkil etmeyen bir emir vermiş olduğu için sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

İtalyan Askerî Ceza Kanunu sistemine göre : «Açıkça cürüm» teşkil eden emirlere astın itaat etmemiş olması lâzımdır. Aksi takdirde hem emri veren hem de itaat eden sorumludur. Meğer ki fiilî bir hata bahis mevzuu olsun. Şüphe halinde emre itaat etmek gerekmektedir. Ancak, durumu, yargıç emrin mahiyetine, verildiği zamana (harp veya sulh) göre tayin etmeli ve askerî emirlere itaatsizlik halinde, bunun cezasının da ağır olduğunu gözönünde bulundurmalıdır ((120). Normal bir zamanda bir subay kendi bölüğünden bir ere, sokaktan gelip geçenlere hedef gözeterek ateş etmesini emretse, hiç bir ümanist kanun askerî böyle açıkça cürüm teşkil eden emri icraya, emrin muhtevasını kontrol yetkisi olmaması dolayısıyla zorlayamaz. İtalyan tatbikatında bu hallerde, bilâkis askerinin isyan etmesinin ve emre riayetsizliğinin haklı olduğu belirtilmektedir (121).

Hernekadar askerî mevzuatımızda, emrin muhtevasını kontrol hakkı asta tanınmamış ve emrin ancak şeklen kanuna uygunluğunu araştırma hak ve vazifesi tanınmışsa da, bizde de, verilen emir «açıkça cürüm» teşkil eder mahiyette ise, astın buna riayet etmesi lâzımdır. Çünkü, emrin «bir suç işletmek maksadiyle verildiğini bilmesi gerektiği» gözönünde tutulunca, emir, «açıkça cürüm» teşkil ettiği takdirde bunun bir suç işletmek maksadiyle verildiğini bilmediğini astın iddia etmesi pek kolay olmayacaktır. Gerçi, askerler, gayri meşru emirlere de itaat mecburiyetindedirler; emrin muhtevasını kontrol hakları sınırlıdır. Fakat, astın, bu itaat mecburiyetini, «suçluluğu aşikâr emir» lere kadar götüremeyiz (122).

(120) CIARDI, a. g. e., s. 639; bkz. *Rev. de Droit pen. et de Crim.* 1957 - 1958.

(121) CIARDI, aynı eser, s. 636; Bkz. İt. Tem. Mah., 2. kısım, 13 Şubat 1933, s. 401, *La Giustizia Penale*, 1933, kısım II, kol. 476; İt. Tem. Mah kısım II, 27 Şubat 1946, aynı mecmua, 1945 - 46, kısım II, kol. 480, m. 257; aynı mecmua, 1948, kısım II, kol. 294, m. 289; aynı mecmua, 1949, kısım II, kol. 37, m. 59; *Archivio Penale*, C. X. kısım II, 1954, s. 134. Aynı mecmua, C. IX, kısım II, 1953, s. 680; aynı mecmua, C. XVIII, kısım II, 1962, s. 256.

(122) Aynı mahiyette EREM, «Türk..», C. I, s. 566, BETTIOL, «Diritto..», s. 270; bu fikri destekler mahiyette Yüksek Adalet Divanının şöyle bir kararı vardır : «Orfi İdare Kumandanı, Hukuk Fakültesinin, Siyasal Bilgiler tarafındaki kapısı önüne bir manga askeri saf halinde dizdirerek silâhlarını doldurmalarını emretmiştir. Bunu görerek mukabele etmek isteyen grup kumandanına (benim yaptığım işlere burnunu sokma, bu manganın kumandasını eline al ateş ettir) emrini vermiş,

Açık şekilde olmamakla beraber suç teşkil eden emirlere itaat halinde gayri meşru, meşru hale gelmemekte muhtemel bir suç teşkil eden emirden ast sorumlu olmamaktadır. Fakat emri veren âmir daima sorumludur (123).

4. YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFADE SINIRIN AŞILMASI

A. Sınırın Aşılması :

a. Genel Olarak :

Âmirin emrini icrada kanunun veya âmirin (selâhiyettar makamın) tayin etmiş olduğu sınır, memur tarafından aşılmış olabilir. Bu hali kanunumuz 50. maddesiyle şu şekilde belirtmektedir : «49. maddede yazılı fiillerden birini icra ederken kanunun veya selâhiyettar makamın veya zaruretin tâyin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ölüm cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden onbeş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça mürettep ceza altında birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis, hapse tahvil olunur ve âmme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir».

Kanunumuzun 49. maddesinde öngörülen, emrin icrası için gerekli şartlar ve emrin icrası sınırı içinde kalındığında memurun fiilinin hukuka aykırılığı kaldırılmakta idi. Fakat, sınırın aşılması

grup kumandanı da ateş ettirecek bir durum olmadığını ve bu tasarrufun kanunlara aykırı bulunduğunu bildirmiş olmasına rağmen örfi idare kumandanı, bu isabetli ikazı yapan birlik kumandanını (şimdi seni tevkif ettiririm) diye tehdit ederek oradan uzaklaşmıştır. Grup kumandanı bu uzaklaşmadan derhal faydalanarak birliğin tüfeklerini teğmen vasıtasıyla boşalttırmış ve bu teğmene kim emir verirse versin katiyetle ateş etmemesini tenbih eylemiştir. Fakat, bilâhare, grup kumandanına ateş ettirme emri tekrarlanmıştır. Grup kumandanı (kanun ve emirler muvacehesinde ateş edilecek bir hal yoktur, ateş ettirmem) diye karşılık vermiştir. Aldığı cevap (sizi tevkif ediyorum) olmuştur ve bizzat örfi idare kumandanı ateş emrini vermiştir. Bu takdirde sorumluluk sadece emri verene aittir» (Y. A. D. K. B. II, E, No. 1960/4, ss. 23, 24).

(123) BACHALET, a. g. e., s. 198; CIARDI, a. g. e., s. 637; MAGNIEZ, a. g. e., ss. 29; BARTHELEMT, a. g. e., ss. 505 vd.; CIARDI, a. g. e., ss. 637 vd.; ALTAVILLA, «Lineamenti..», s. 136; LABARDE, a. g. e., s. 109; ANGIONI, a. g. e., s. 196.

ile artık onun bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bahis mevzuu olmayacaktır (124). O halde sınırın aşılmasından bahsedebilmek için evveleminde hukuka uygunluk şartlarının bulunması lâzımdır. Sınırın aşılması, başlangıçtaki fiilin hukuka uygunluğunu temel olarak almakta, daha sonra da, kanunun veya âmirin veya zaruretin tâyin etmiş olduğu sınırın aşılmış olması gerekmektedir (125). Aksi takdirde, sadece sınırın aşılması değil, şartlar bulunmasından hukuka uygunluk sebebinin mevcut olmaması bahis konusu olmaktadır (126).

Âmirin emrini icrada sınırın aşılmasında üç ihtimâl mevcut olabilir : sınır ya bir mücbir sebep dolayısıyla, yahut kasden veya hut da taksirle aşılmıştır.

b. Sınırın Mücbir Sebeple Aşılması :

Âmirin emrini icrada sınırın aşılması, mücbir sebebe dayandığında, faile 49. maddenin çeşitli fıkraları, hukuka uygunluk sebebinin nev'ine göre tatbik edilir ve artık 50. madde bahis mevzuu olmaz. Sınırın aşılmasının mevcudiyeti tahkik edilecek olursa bunun fiile göre değil, failin sübjektif durumuna göre olması lâzımdır (127). Sınırın aşılması sübjektif bir haldir. Bu bakımdan, sınırın mücbir sebeple aşılmasında, failin içinde bulunduğu ruhî halet nazarı itibara alınarak, tecavüz ve tehlike karşısında lüzumundan fazla ve sınırı asıcı bir karşı koymada bulunduğu farkına varıp varmadığını araştırmak iktiza eder. Fail, içinde bulunduğu hali ruhiye dolayısıyla sınırı aşmışsa ve kendisi de kusurlu telâkki edilemiyorsa, «sınırın aşılması» ile ilgili madde tatbik edilmeden, sınırı hiç aşmamışcasına hukuka uygunluk sebebinden istifade eder (128).

id

(124) ANGIONI, a. g. e., s. 197; bkz. *La Giustizia Penale*, 1940, kısım II, kol. 497. m. 738.

(125) FLORIAN, a. g. e., s. 425; «geceleyin ağılda hayvanlarını bekleyen suçlunun hırsızlara attığı silâhla ölüm vukua geldiği anlaşılmasına göre 49. maddede yazılı hallerden birinin mevcut olup olmadığı tetkik edilmeksizin fiilin zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz mahiyetinde ad ve telâkkisiyle 50. maddeye göre cevazının tenzili yolsuzdur» (Y. 1. C. D. nin E. No. 5443, K. no. 2639 sayılı ve 22.6.937 günlü kararından. -Zikreden Mahmut ALİCANOĞLU, *Tarihçeli İzahlı Notlu Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay Kararları ve Adliye Harç Tarifesi Kanunu*, İstanbul, 1951, s. 168.

(126) Bkz. FROSALI, «Sistema..», C. II, s. 350.

(127) FLORIAN, «Trattato..», s. 425.

(128) MAGGIORE, a. g. e., ss. 325, 326; EREM, «Türk..», C. I, s. 567; KÖNİ, a. g. e., s. 103; MANZINI, «Trattato..», C, II, s. 159 MASCI, a. g. e., s. 286; DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 154.

c. Sınırın Kasden Aşılması :

Fail sınırı kasden aşacak olursa fiilinin cezası tam olarak verilir (129). Hukuka uygunluk sebeplerinden istifade edemez. hattâ haiz olduğu memuriyete ait kuvvet ve vasıtaları kullanmış» olursa cezası daha da ağırlaştırılmış olacaktır (130). Hernekadar kanunumuz, me haz kanunda olduğu gibi taksirle sınırın aşılması diye bir ifade kullanmıyorsa da, me haz kanunun yürürlükte olduğu zaman İtalyan Mahkemeleri failin 50. maddeden faydalanması için sınırı kasden aşmaması şartını aramışlardır (131). Yeni İtalyan Ceza Kanunu ise, sınırı aşmanın kasden olduğu takdirde cezadan her hangi bir indirim sağlamıyacağını, açıkça belirtmek maksadıyla bunun «taksirli» olmasını zikretmiştir (Yeni İtalyan Ceza Kanunu md. 55). Kanunumuzun «hududu tecavüz edenler» mutlak ifade tarzına rağmen sınırın kasden aşılmasında faile işlemiş olduğu suçun tam cezası verilmelidir (132).

d. Sınırın Taksirle Aşılması :

Sınırın taksirle aşılmasından bahsedebilmek için, 49. maddede öngörülen hukuka uygunluk şartlarının bulunması lâzımdır. Öyle ki emri yerine getiren, taksirle sınırı aşmamışsa, hukuka uygunluk sebebinden istifade edebilme imkânına sahip olabilmelidir (133). Böylece memur hukuka uygunluk şartlarına uygun olarak emri icra ederken dikkatsizlik tedbirsizlik, acemilik aşırı işgüzarlık gibi

(130) Bkz. T. C. K., II, kitap, 3. bab. ve ayrıca md. 281; MANZINI, «Trattato..», C. II, s. 159; «Sınırın aşılması kasdî olursa ağırlaştırıcı bir hal teşkil eder» (CRIVELLARI, a. g. e., s. 524).

(131) «Müdafaa sınırının aşılması, tehlikenin ağırlığı ve bundan kaçınmanın mümkün olup olmadığı hususunda yanlış bir hesaplama dayandığı cihetle, cezalandırılma, sebebini kasıta değil, taksirde bulur.» Roma Mahkemesi 18 Nisan 1907. Naklen - DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 155, dip not. 289, ayrıca aynı içtihadın İtalyanca metni için bkz. Bruno, **Codice Penale**, s. 198 dip not 1.

(132) MANZINI, a. g. e., C. II, s. 159; MAGGIORE, a. g. e., (1955) s. 325; DÖNMEZER - ERMAN, a. g. e., C. II, s. 155; «Gerek mevcut delillerin sarahatı ve gerekse sanığın tevil yolu ifadeleri kendisinin vazifesini ifa sırasında kanunun ve zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz ettiğini ve bu fiillerin tam teşebbüs halinde kaldığını, diğer taraftan gerek Üniversite olaylarında ve gerekse Emniyet Müdürlüğünde kanun ve nizamın tâyin ettiği ahvalden başka surette birçok talebe hakkında sui muamelede bulunduğu ve cismen eza verecek hale cür'et ederek bu kimseleri düğünü göstermiş ve mevcut deliller karşısında savunması kabule değer görülmemiştir» (Y. A. D. K. B. II, E. no. 1960/4, s. 111).

(133) Bkz. BATTAGLINI, a. g. e., ss. 33 7vd.; Bkz. FLORIAN, a. g. e., s. 425,

kusurlu hareketlerle sınırı aşarsa «taksirle sınırın aşılması» bahis mevzuu olur (134). Faile işlemiş olduğu suçun cezası verilmekle beraber kanunlarda belirtilen nisbetlerde indirilir. Ancak, bu şartlar değerlendirilirken sadece objektif olayı değil, emri yerine getiren memurun içinde ruhî durumu da nazara almak lâzımdır. Ayrıca sınırın aşılması gayede değil, kullanılan vasıtada olmalıdır (135). Kanun veya yetkili makam tarafından talep edilenden farklı bir gaye tahakkuk ettirilirse, başlı başına bir suç işlenir. Nihayet, âmirin emrini icra dolayısıyla sınırın taksirle aşılmış olabilmesi için, ika edilen suçun taksirle işlenebilen bir suç olması da gerektir (136). Şayet kasden işlenebilen bir suç ise, memur taksirle hareket ettiğinden ve kastı da bulunmadığından cezalandırılmayacaktır.

Bazan sınırın aşılması, taksirden değil de, fiilî hatadan ileri gelebilir. Kanunda belirtilen şartlara uygun bir emri icra ettiğinde memur fiili hataya düşebilir ve suç teşkil eden bir emri yerine getirebilir. Bu takdirde «fiilî hata»nın şartları mevcutsa artık emri yerine getiren 50. maddeden değil, hata ile ilgili 52. maddeden veya bu hata neticesinde «kasdının» ortadan kalkıp kalkmamasına göre 45. maddeden istifade edebilir (137).

- (134) RANIERI, «Manuale..», (1952), s. 152; EREM, «Türk..», C. I, s. 567; FERRI, «Principii..», s. 478; COGLIOLO, a.g.e., s. 53; «Görevini ifa sırasında zaruretini tayin ettiği müdafaa hududunu tecavüz suretiyle M. K. yı kasten öldürmekten sanık Jandarma eri B. E.'nin T. C. K. md. 448, 251, 49 ve 50. maddeleri gereğince 4 sene 5 ay 10 gün mahkûmiyetine dair Uşak Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 16/12/959 günlü hüküm sanık tarafından temyiz edilmekle : görev nazara alınarak 49. madde delâletiyle 50. madde ile indirme yapıldığı halde 251. madde ile cezanın arttırılmasının tenakuz teşkil edeceği ve 251. maddedeki kanunda yazılı olmayan hallerde kaydına göre hâdisede 251. madde ile artırma yapılması yolsuz görüldüğünden hükmün bozulmasına ittifakla karar verilmiştir. «Y. I. C. D., 12/3/1960 E. 97, K. 655, **İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi**, Yıl I, sayı 6, Haziran 1961, Ankara s. 402; «Jandarkarakola götürmek istediği suçlunun kaçması ve tabancasını korkutmak maksadıyla ateşlemesi üzerine silâh atmaya kanunen mezundur. Ancak öldürücü olmayan bir nahiyeye ateş etmek imkânı mevcut iken suçluyu başından yaralayıp öldüren fail, müsaadenin hududunu aşmış olur». T. I. C. D., 9/2/1954 E. 4176, K. 501, Ferit Hakkı SAYMEN, Sahir ERMAN, Halid K. ELBİR, **Türk İçtihatları Kütüphanesi**, 1955/I - II, s. 436, İstanbul, 1959.
- (135) FLORIAN, a.g.e., s. 425; BATTAGLINI, a.g.e., s. 338; MAGGIORE, a.g.e., s. 325; IMPALLOMENE, a.g.e., s. 329; BETTIOL, «Diritto..», s. 287; DÖNMEZER - ERMAN, a.g.e., C. II, s. 156.
- (136) DÖNMEZER - ERMAN, a.g.e., C. II, s. 156; RANIERI, «Manuale..», (1952), s. 152.
- (137) Aynı mahiyette. ANTOLISEI, «Manuale..», s. 229; RANIERI, «Manuale..», (1952), s. 153.

Kanunumuzun 50. maddesinde belirtilen bu hususlarda açıklık yoksa da, maddenin taksirle sınırın aşılması haline inhisar ettiğini kabul ederek (138) yukarıda açıkladığımız neticeleri çıkarmak mümkündür. Yeni İtalyan Ceza Kanunu ise, 55. maddesinde bu hususa daha bir açıklık kazandırmak maksadiyle «taksirle sınırın aşılması» ndan bahsetmektedirler.

Bu açıklamalar ışığında sınırın aşılması ile ilgili tatbikî bazı misaller verelim (139).

Elinde bir tevkif müzekkeresi bulunan bir zabıta memuru, birini tevkif etmeye gitse ve tevkif edeceği kimse de kendisinin can düşmanı birisi olsa ve tevkif edeceğine fırsat bu fırsat deyip öldürse, ika etmiş olduğu suçun, vazifesini ifa ile bir bağlılığı yoktur. Hiyerarşik bir itaat bahis konusu olamaz; kasden adam öldürme suçundan cezalandırılır.

Aynı zabıta memuru, bu sefer, tevkif etmek istediği şahsın tecavüzüne uğraması üzerine kendini müdafaa ederken karşısındaki öldürse, hiyerarşik itaatla ilgili bir davranışta bulunmakla beraber, meşru müdafaa veya sınırın aşılması ipotezlerinden istifade edebilir.

Yahut tevkif edeceği kimsenin kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine cebir istimâl ederek, kendisini tevkif etse, kanuna uygun ve belirtilen sınırlar içinde icrada bulunduğundan hukuka uygunluk sebebinden tam istifade eder.

Bu defa şöyle bir durum düşünelim : tevkif ettiği şahsı cezaevine naklederken, zabıta memuru kanunun rıza göstermiyeceği şekilde şiddet kullansa; âmirin emrini hiyerarşik itaat dolayısıyla icra ederken lüzum olmadığı halde ve kasdî olarak kanun tarafından konulan sınırı aştığı ve yetkisini kötüye kullandığı için sorumludur ve bu sorumluluğu da tamdır. Tevkifin menşe itibariyle kanunî bir tevkif olması, sınırın aşılması dolayısıyla cezanın indirilmesinde nazara alınmaz. T.C.K. nun 186. maddesine göre sorumludur.

Tevkif etmeye gittiği şahıs tarafından bir mukavemetle karşılaşan zabıta memurunun silâhını çekip tedbirsizlikle yaralamaya sebebiyet vermesi halinde ise «kanun» ve «selâhiyettar merciin» tayin etmiş olduğu sınırın âmirin emrini ifa ederken, taksirli bir

(138) Aynı mahiyette, FLORIAN, «Trattato...», s. 425; MAGGIORE, a.g.e., (1952), s. 325; MANZINI, «Trattato...», C. II, s. 159; DÖNMEZER-ERMAN, a.g.e., C. II, s. 156.

(139) Çeşitli misaller için Bkz. COGLIOLO, a.g.e., ss. 55, vd.

şekilde aşılması (140) bahis konusu olmaktadır. Fiil hukuka uygun olmakla beraber tehlike mübalağanlandırılarak sınır aşılmıştır. 50. madde tatbik edilmelidir. Mukavemetle karşılaşan zabıta memuru karşısındakine engel olmak için silâhına müracaat etme durumunda kalsa mücadele halinde iken, silâh patlayıp, tevkif edilecek şahıs ölse, polisin silâhını iradî mi, yoksa bir tedbirsizlik ve gayretkeşlik, yanılma neticesi mi tetiği çektiği bilinmese; bu şüpheli durumda fail lehine olan ipotéz kabul edilerek silâhını çekerek taksirli bir şekilde ölüme sebebiyet verdiği, dolayısıyla taksirle sınırı aştığı kabul edilip 50. maddenin tatbiki cihetine gidilmelidir. Ayrıca «mücbir sebeple» sınırı aşma da düşünülebilir. Bu takdirde artık 50. madde değil, «hukuka uygunluk» sebebinin nevine göre, 49. maddenin muhtelif bentleri tatbik olunur (143).

B. Yetkili Mercinin Emrini İfade Sınırın Aşılmasında Üçüncü Şahısların Mukavemeti

a) Mukavemet Hakkı :

Âmirin verdiği emirler çoğunlukla üçüncü şahıslara karşı bir takım davranışları gerektirebilirler. Bu davranışlar hukuka uygun davranışlar olarak kaldığı müddetçe üçüncü şahısların itaat mecburiyetleri vardır; aykırı herhangi bir davranışları kanunlarca müeyyide altına alınmıştır. Ancak, gerek âmirin kanunların kendisine tanıdığı sınırları aşmak suretiyle veya yetkileri çerçevesinde fakat gerekli şartlar olmaksızın hukuka aykırı bir emir vermesi; gerekse âmirin yetkileri dahilinde ve hukuka uygun olarak verdiği emrin icrasında memurun, emrin sınırlarını aşması suretiyle üçüncü şahıslar hukuka aykırı davranışlar karşısında bırakılabilirler. Bu takdirde, bu kimseler mukavemet hakkına sahip midirler? Mukavemet ederlerse sorumluluk durumları ne olacaktır. ?

Kamusal memurlara ve emirlere vatandaşların itaat vecibesi, kamusal kudretin suistimali ve ifratı halinde bir vecibe olmaktan çıkacaktır (142). Zira, bu takdirde, artık kamusal bir memur olarak bir vazifenin ifası zımında bir hareketten ziyade keyfî bir mu-

(140) BETTIOL, «L'Ordine..», s. 100; KÖNI, a.g.e., s. 103; ANTISEI, «Manuale..», s. 229; RANIERI, «Manuale..», s. 153, 151; «Hapishanede gardiyen ekmek ve su cezasına çarptırılan birine hiç bir şey vermeyip, açlıkla ölüme terksetse, müstakil bir suç işler ve vazifenin icrasıyla ilgisi yoktur». IMPALLOMENE, a.g.e., s. 328.

(141) DÖNMEZER - ERMAN, a.g.e., C. II, s. 154.

(142) GIRIODI, a.g.e., ss. 395, 396.

amele mevzubahis olmakta ve bu davranışlar, resmî sıfatı haiz olmayan üçüncü şahısların davranışlarından farklılık göstermektedir (143). id

Bu bakımdan, üçüncü şahsın sorumlu olup olmadığını tesbit etmek için, mukavemet fiilinin hukuka uygun bir davranışın sonucu olup olmadığını incelemek gerekir. Şayet mukavemet fiili, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin şartlarını taşıyorsa üçüncü şahıs sorumlu olmayacaktır. Eğer şartlardan biri veya birkaçı mevcut değilse fail sorumlu olacak; hukuka uygunluk sebebi bulunmasına rağmen sınırı aşmış T.C.K. 50. maddeye göre daha hafif bir ceza ile cezalandırılacaktır.

İfası vazifeten zarurî olmayan, hukuka aykırı bir emrin icrası halinde astın fiili de hukuka aykırılık arzeder. Bu yönlü bir emre itaat mecburiyeti, hukuk düzeni tarafından yüklenmemiştir. Bu takdirde üçüncü şahısların karşı koyma hakkını reddetmek bizi, kanunla belirtilen sınırlar dışında idare organlarının istedikleri gibi keyfî davranışlarının kabul edilmesine götürecektir. Hukuka aykırı bir emrin icrasına, olumlu veya olumsuz basit bir mukavemete uygun olanlardan daha vahim vasıtalarla da karşı konabilir. Ancak, bu karşı koymanın, başka türlü bertaraf edilmesi mümkün olmayan, şahsa karşı yakın ve vahim bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak zaruretinden doğması yahut ceza kanununun özel meşru müdafaa şekillerini kullanmak için koyduğu diğer şartlara ve sınırlara riayet ederek yapılması gerekir (144).

Müşahhas hadiselere göre, memurun, âmirinin emrini icrası halinde, şayet emir hukuka aykırı ve suç teşkil eden bir emir ise üçüncü şahısların mukavemeti bir meşru müdafaa durumu meydana getirebilir. Fakat, meşru müdafaa kanunî şartları tahdidi olduğu için, bu şartlar mevcut değil ise, durumu T.C.K. md. 485/3. fıkrası hudutları içinde incelemek ve «şahsı hakkında şiddet kullanılmasından dolayı hakaret eden kimsenin hakareti cezayı müstelzim değildir» şeklindeki bu, hüküm dolayısıyla üçüncü şahsın davranışının hukuka aykırılığının kalkıp kalkmayacağını düşünmek de mümkündür (145). Yahut T.C.K. 272. maddeye göre hukuka aykırılığın kalkıp kalkmayacağı duruma göre münakaşa edilebilir (146).

(143) GIRIODI, aynı eser, s. 397.

(144) BETTIOL, «L'Ordine..», s. 130 dan naklen.

(145) VENDITTI, a.g.e., s. 187 vd.

(146) Bkz. EREM, «Türk..», C. II, s. 238, 373, 384 ve 934.

İdarenin emirlerinin meşruiyeti ve icra mecburiyeti hakkında karine varsa da ceza yargıcı, memurunun hukuka aykırı davranışı karşısında, şartları mevcut ise, üçüncü şahsın davranışının hukuka uygunluğunu ve cezaî sorumsuzluğunu kabul etmek zorundadır (147).

İfası vezifeten zarurî olmayan ve suç teşkil eden emri yerine getiren memur, bu hususta bir fiilî hataya düşmüş olsa bile, davranışı üçüncü şahıslar karşısında daima «haksız bir taarruz» teşkil edecektir (148).

Üçüncü şahısların mukavemet hakkının doğabilmesi için emrin sadece şekil bakımından noksan ve kusurlu olması kâfi değildir. Fiilin mahiyeti itibariyle haksız, hukuka aykırı veya suç teşkil eden mevaddan ve keyfî olması da lâzımdır (149).

Emir, hukuka uygun olsa bile, şayet memur emri icra ederken kanunun, âmirin veya zaruretin tayin ettiği sınırları aşarak hareket ediyorsa, üçüncü şahısların tahammül edip kabullenme mecburiyetleri yerine, karşı koyma hakları vardır (150). Her ne kadar üçüncü şahısların mukavemeti T.C.K. 258, 260. maddelere göre cezalandırılıyorsa da (151) emrin vazifeye ait ve kanun hükümlerinden birinin icrası ile ilgili olması lâzımdır. Gerek şekil ve gerekse esas bakımından kanunun çizmiş olduğu sınırlar ve yüklediği vecibeler dahilinde bir emrin icrası bahis mevzu ise üçüncü şahısların her türlü mukavemetleri cezalandırılmaktadır. Emrin sadece şekil bakımından hukuka uygun olması da üçüncü şahısların mukavemetlerini kırmak için kâfi gelmez, esas bakımından da hukuka uygun olması lâzımdır (152).

Bütün bunların dışında, üçüncü şahıslara, hiç olmazsa kanuna aykırı emir dolayısıyla veya icrada sınırın aşılması suretiyle işlenecek suçlardan dolayı, «tahrikle» ilgili hükümlerin tatbiki düşünülebilir (153).

aa. Kamusal memurun, yetkilerinin sınırı keyfî şekilde aşan bir davranışta bulunmuş olması,

(147) LASCHI, a.g.e., s. 19.

(148) BETTIOL, «L'Ordine..», ss. 130, 131.

(149) Rodolfo LASCHI, *La Legittima Resistenza* (nel Diritto Italiano) Padova, 1905, s. 21; GIRIODI, a.g.e., s. 395.

(150) MESSINA, a.g.e., s. 27.

(151) Bkz. EREM, «Türk..», C. II, ss. 408 - 412; 416 - 428.

(152) Bkz. CAVALLO, «Diritto..», s. 634, 635.

(153) T. C. K. md. 51 e bkz.

bb. Karşı koymanın, buna sebep olan kamusal memura karşı ve derhal yönelmesi,

cc. Kamusal memurun keyfî davranışına karşı şiddet, mukavemet veya hakaretin bu suçlarla ilgili sınırı geçmemesi, mukavemet ile tecavüz arasında nisbet bulunması şarttır (155). Aksi takdirde üçüncü şahıs mukabelede ifrata gitmiş olmaktan sorumlu tutulacaktır.

dd. Üçüncü şahıs, mukabelede sınırı aşması veya sebep yokken mukavemette bulunması halinde, kendisini resmî sıfatı haiz olanlar aleyhinde işlenen suçlarla (156) ilgili hükümler karşısında bulacaktır. Çünkü artık, T.C.K. 272. maddenin himaye edici hükmünden faydalanmasına imkân kalmıyacaktır.

(154) LASCHI, a.g.e., s. 37.

(155) Bkz. «Mukavemetle tecavüz arasındaki nisbet şartı» için DÖNMEZER-ERMAN, a.g.e., C. II, s. 130 vd.

(156) LASCHI, a.g.e., s. 4; BATTAGLINI, a.g.e., s. 321 de emrin icrasında memurla işbirliği yapan üçüncü şahsın durumunu tetkik için bağlayıcı olan ve olmayan hukuka aykırı emir ayrımını yapmak gerektiğini ifade ediyor. Buna göre hukuka uygun bir emrin icrasında işbirliği yapılması halinde, kanun koyucunun sarih iradesine uygun olarak ikisi de cezalandırılmayacaktır. Hukuka aykırı ve bağlayıcı olmayan emrin icrası halinde ise ikisinin fiili de cezalandırılır. Ancak fiilî hata durumu bahis mevzuu ise sorumlu olmayacaklardır. Bağlayıcı, hukuka aykırı emirde memur, itaat mecburiyeti ile hareket ettiği için cezalandırılmaz. Üçüncü şahıs ise, fiilî hata mevcut olması hali hariç, sorumluluktan kurtulamaz. Kanun, hukuka aykırı bağlayıcı emrin icrasına memuru, tâbiyet ve hiyerarşik münasebet bakımından mecbur eder. Üçüncü şahıslar için böyle bir mecburiyetten bahsedilemez. Zira bunların itaat mecburiyetleri yoktur.