

HARP SUÇLULARI BAKIMINDAN YETKİLİ MERCIİN EMRİNİ İFADA SORUMLULUK

Dr. H. Yılmaz GÜNAL

İkinci Dünya Harbi sonrası kurulan Milletlerarası Mahkemelerde sanıklar tarafından bir müdafa olarak ileri sürülen, iç hukukta olduğu kadar, Devletlerarası Ceza Hukukunda da önemli bir yer işgal eden «Yetkili Merciiin Emrini İfa» müessesenin harp suçluları bakımından ifade ettiği anlam üzerinde, müsbet hukuk ve doktrin bakımından duracak ve kanaatimizi belirteceğiz.

MÜSBET HUKUK (ANTLAŞMALAR) BAKIMINDAN :

Harp suçlarının yargılanması esnasında Milletlerarası Askerî Mahkemelerde ve özellikle Nürenberg yargılamasında «yetkili merciiin emrini ifa» bahis konusu olmuştur (1).

Uzun zamandan beri Devletler Hukukunda «yetkili merciiin emrini ifa»'nın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabulüne genellikle karşı konulmuştur. «Hükümdarın tabîi hukuka aykırı emirler vermeye hakkı yoktu ve bunu sınırlıyamazdı fikri» (2) ileri sürülmüştür.

Birinci Dünya Harbi sonunda Versailles antlaşmasının 228. maddesi ile mağlûp Devletlerinin liderleri «harp kanunlarına ve teahülllerine aykırı fiiller işlemekle» itham edilmişlerdi. Bu aykırı davranışta bulunanlar ise, âmirin emriyle hareket edip etmediklerine bakılmaksızın sorumlu olacaklardı.

Aynı yönlü bir eğilme, 1922 Washington antlaşmasının 3. maddesinde rastlamak mümkündür. Harp künunlarını, ister âmirin

(1) *Procès des Grands Criminels de Guerre devant le Tribunal Militaire International*, Nürenberg, 14, Novembre - 1^{er} Octobre 1946, 1947, c. I, s. 13.

(2) Bkz. Stefan GLASER, *Internation à l'étude du Droit International Pénal*, Paris, Bruxelles, 1954, s. 113; Marcel MERLE, *Le Procès de Nürenberg et le châtimeut des Criminels de Guerre*, Paris, 1949, ss. 9, 10.

emri olsun, ister olmasın ihlâl edenler veya ticaret filolarını tahrip edenler, haydutluk suçunu işlemiş kabul edilerek sorumlu tutulmuşlardı (3).

İkinci Dünya Harbinden sonra ise, Nürenberg mahkemesi sanıklarından bir çoğu âmirin (Führer) emriyle hareket etmiş olduklarından dolayı (4) sorumlu tutulmamaları gerektiğini ileri sürmüşlerdi. Fakat Nürenberg mahkemesi statüsünün 8. maddesi (5): «sanığın, hükümetin veya hiyerarşik âmirin emirlerine uygun olarak hareket etmiş olması onu sorumluluktan kurtarmaz, fakat mahkeme, adalet icap ettiriyorsa, bu hali cezayı azaltıcı bir sebep olarak nazara alabilir» (6) şeklinde idi. Aynı prensibin tekrarına Tokyo mahkemesi statüsünün 6. maddesinde de rastlamak mümkündür. Nürenberg mahkemesi statüsünün başlıca iki mühim özelliği vardır: fert, Devletler Hukukunun bir süjesi olarak kabul edilmekte; ayrıca hükümet tasarrufundan dolayı da bir muafiyet kabul edilmemektedir (7).

Nihayet mesele, harp suçluları hakkındaki «Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonu»nda münakaşa edilmiş «İnsaniyetin sükûn ve emniyetine karşı cürümler hakkında sözleşme» tasarısının 4. maddesinde bir prensibe varılmıştır. Buna göre, bu sözleşmede belirtilen hallerdeki cürümlerden biriyle itham edilen şahıs, manevî irade serbestisine sahipse, Devletler Hukuku bakımından sorumluluktan kurtulamaz (8). Fakat «mütecaviz»in tanımı üzerinde bir anlaşmaya varılamadığından komisyon bir tarih tesbit etmeden dağılmış ve projenin 4. maddesi de henüz bir Devletler Hukuku kaidesi haline gelmemiştir.

Bunun için Devletler Hukukunda, yetkili merciin emrini ifa başlı başına bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemekle bera-

(3) MERLE, *a. g. e.*, s. 33; GLASER, «*Introduction...*», s. 114.

(4) Bkz. «*Procès...*», C. I., s. 33; C. II., s. 116; C. IV., s. 363 ve 189; C. XVIII., s. 8; C. XIX, s. 33.

(5) «*Procès...*», C. I., s. 13.

(6) MERLE, *a. g. e.*, s. 67 vd.; Faruk EREM, *İnsanlığa Karşı Cürümler*, Ankara, 1948, s. 18.; İlhan LÜTEM, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk*, Ankara, 1951, s. 136.

(7) GLASER, *La charte du tribunal de Nürenberg*, s. 14.

(8) *Troisième Rapport de J. Spiropoulos Rapporteur Spécial*, Yearbook of the International Law Commission, 1954, C. II., United Nations, ss. 120, 121. de madde hakkında özel raportörün teklif ettiği şekil ise şöyleydi : «Le fait d'une personne accusée d'un des crimes définis dans le présent code a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité dans les circonstances existantes de ne pas se conformer à l'ordre».

ber, müşahhas şartlar, hukukun önem atfettiği sebeblere uyuyorsa, cezadan veya sorumluluktan failin kurtulmuş olması veya cezasının azaltılması gerektiği kabul edilmektedir. Bunu, İkinci Dünya Harbi sonunda hazırlanan bazı memleketler mevzuatında da görmek mümkündür (9).

DOKTRİN BAKIMINDAN :

Devletler Hukukunda yetkili merciin emrini ifa müdafaasının hüküm ifade edeceği kanaatinde olanlar vardır. Bu muellifler şunu ileri sürmektedirler: Bu kaide şayet kabul edilmeyecek olursa, sırf askerî vazifelerini ifa etmiş binlerce asker harpten sonra mahkemeye celp edilecek ve âmirlerine itaat etmiş olduklarından dolayı ceza göreceklere (10). «Asker fiili ika ederken bunun kanunî olup olmadığını bilmediği gibi, şayet verilen emri ifadan çekinirse, belki de derhal kurşuna dizilecektir. Harbi bir usul olarak kabul edersek onun tevlit edeceği fevkalade durumları da kabullenmemiz lâzımdır. Gayri kanunî bir harekette bulunması emrolunan ast emri yerine getirmektense istifa etmek yolunu tutmaz (11). Üstelik yüksek

(9) 28 Ağustos 1944 tarihli bir Fransız Kararnamesinde, «âmirin veya işgal kuvvetleri kumandasında hareket etmiş olmanın bir hukuka uygunluk sebebi olmayacağı belirtilmiştir. Fakat şartlar icabettiriyorsa bir tahfif veya mutlak muafiyet sebebi olarak nazarı itibare alınabilecektir.» Donnedieu De VABRES, *Cours de Droit Criminel Approfondi, Le Procès de Nürenberg, Diplome d'Etude Supérieurs*, Paris, 1946 - 1947, ss. 160, 161.

12 Temmuz 1946 tarihli Danimarka kanununun 4. maddesi : «cürüm teşkil eden bir hareketin emirle hareket eden veya ast sıfatıyla davranan bir şahıs tarafından ika edilmiş olması onu sorumluluktan kurtaramazsa da cezayı tahfif edici ve bazı özel hallerde tamamen ortadan kaldırıcı bir sebep olarak nazarı itibare alınabilir». Diğer memleketler kanunlarıyla da ilgili hususlar için bkz. LÜTEM, *a. g. e.*, ss. 137, 138; harple ilgili suçlar ve Nürenberg Mahkemesi kararlarının tartışılması ile ilgili hususlar için de bkz. Seha L. MERAY, *Devletler Hukukuna Giriş*, Ankara, 1962, C. II., 2 bası, ss. 549 vd; 29 Mart 1957 tarihli Alman Askerî Adalet Kanununda : Cürüm teşkil eden veya insaniyet ilkelerine aykırı olan âmirin emrine aykırı davranış itaatsızlık suçunu teşkil etmez prensibi vardır. GLASER, *«Introduction..»*, s. 95.

(10) Ernest J. COHN; -LÜTEM, *a. g. e.*, s. 124 den naklen; Tokyo Mahkemesi ise 1949 senesinde çalışmalarını bitirmiş ve 4.200 Japondan 700 ü idama ve 2.500 ü de muhtelif hapis cezalarına uğramışlardı. Bilhassa bu idam edilenlerden hepsinin verilen emirlere aykırı hareket edebilme yetkilerinin bulunduğu kolaylıkla söylenemez. Bkz. MERAY, *a. g. e.*, C. II., s. 557.

(11) EAGLETON; -LÜTEM, *a. g. e.*, s. 124 den naklen; Nürenberg Mahkemesinde yapılan duruşmada sanıklardan birine, vicdanen emrin kendisini rahatsız etmesine rağmen nasıl icra ettiği hususundaki suale karşılık olarak : «Bence

bir mevkide bulunan yahut hükümette sorumlu bir yer işgal eden fert, hükümetinin emirlerine bu emirlerin Devletler Hukukunun cürüm teşkil eden bir ihlâli olduğunu kabul ederek itaatı reddetmesi halinde, milletlerarası bir himaye görecektir midir? Bunun cevabı biraz da Devletler Hukukunun geleceği problemine bağlıdır (12). Bu sebeple, âmirin emrini ifanın şartları mevcutsa bir sorumluluktan kurtarmanın veya cezayı azaltıcı bir sebep olarak kabulünün yerinde olacağı savunulmuştur.

Diğer yandan bu fikri kabul etmeyenler de şöyle bir misal vermektedirler: Bir an için Devletlerarası Ceza Hukukunda, yetkili merciin emrini ifanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğini düşünsek, bütün harp suçları mahdut sayıdaki âmirlere yüklenecek, hattâ totaliter bir Devlet söz konusu olduğunda tek şahıs, diktatör, sorumlu olacaktır. Bu ise «reductio ad absurdum» dan başka birşey olamaz (13). Ayrıca, şöyle bir itiraz daha ileri sürül-

devlet idaresinden verilen bir emri ast durumda bulunan bir şefin icra etmemesi tasavvur edilemez birşeydir» cevabını veriyor. Diğer yandan bunun şahsî kanaati olduğu, diğer emri yerine getirenlerin aynı kanaatta olmadıkları sualine ise : «tek bir halde asabı bozuk ve tahammül edemiyenleri yurtlara yolladığını» belirtmektedir. Emrin kanunîliğini icra edecekler izah edip etmediği yolundaki suale ise : «sualinizi anlamadım. Emir, âmir tarafından verilmiş olmakla bu şahısların zihninde kanunîlik suali yer almaz. Zira, verilen emirlere sadakat yemini ile bağlılıklarını belirtmişlerdi» diye cevap vermiştir. Bu da EAGLETON'a hak veren örnek olaylardan biri olabilir. «Procès..», C. IV., s. 363; yine duruşmada «mutlak itaat prensibi bir askeri ne kadar bağlıyor ise bir general de aynı şekilde bağlar ve bayrak üzerine yapılan yeminle de garantisini bulurdu» denmiştir. «Procès..», C. XVIII., s. 8.

- (12) J. C. WITENBERG, *De Grotius à Nürenberg*, R. G. de D. J. P. 3. seri, C. XVIII., ss. 103, 104; J. DANIEL, *Le Problème du Châtiment des Crimes de Guerre*, Kahire, 1946, ss. 152, 153; Nürenberg Mahkemesinde de aynı noktaya temas edilmiştir. Şöyle ki, Nazi Partisi «Führerprinzip» sayesinde demir gibi kuvvetli bir disiplinle idare ediliyordu. Teşkilât bir pramide benzetilirse bunun da en uç kısmını Hitler, işgal ediyordu. Partide geniş bir idare ediciler zümresi vardı. Parti mensupları ise Hitler'in şahsına mutlak bir şekilde itaat edeceklerine dair bir nevi partiye giriş yemini yaparlardı Bkz. «Procès..», C. I., s. 33; C. II., s. 116; C. IV., s. 189.
- (13) G. A. FINCH, *The Nürenberg Trial and International Law*, A. J. I. L. C. I., 1949, no: I, s. 21; Nürenberg yargılamasında bu hususa da temas edilmiştir. Hükümet tasarruflarına istinaden bir cürüm işleyen kimse bu tasarrufun arkasına sığınarak sorumlu olmamasını talep edemez denmiştir. Zira, ast durumda olan, âmirinden emir aldığı iddia edecektir. Âmiri ise bir hükümet, Devlet tasarrufunda bulunduğunu beyan edecek ve böylece zincirleme bir şekilde sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Yahut sorumlu «Devlet» kalacaktır ki onun da cezaî sorumluluğuna gidilemeyeceğine göre harp suçları cezasız kala-

müştür (14): âmirin emri ile hareket edildiğini kabul edilince ün-anist bir hâle getirilmek için uğraşılan harp hukuku ihlâllerini ce-zalandırmamak neticesi doğacaktır. İkinci Dünya Harbi sonunda Hitler'in emri ile hareket ettiklerini ileri sürülen sanıkların bu iddi-aları kabul edilse idi hukuku bertaraf etmek gibi anlamsız bir neti-ceye varılmış bulunulacaktı.

Devletler Hukukunda, yetkili merciin emrini ifadan dolayı so-rumluluk meselesini iç hukuka göre halletmek gerektiği üzerinde de durulmuştur (15). Buna göre, modern ceza hukuku prensiple-rine uygun olarak yetkili merciin emrini ifa mutlak bir hukuka uy-gunluk sebebi olamayacaktır. Zira, bu, despotluk demek olacaktır. Bunun dışında, emri yerine getirenin aklını kullanarak emrin gerçek kapsamını anlaması ve yerine getirmesine mâni olucu bir hususun bulunamayacağı da belirtilmiştir (16). Bu, olmazsa en azından, emrin hukuka uygunluğunun kontrolü kabul edilmelidir. Emrin, üstü tarafından ve yetkisi dahilinde verilip verilmediğini araş-tırmak yetkisinin ast durumunda olana tanınmasının gerektiğine de işaret edilmiştir. Böylece her hal, özel olarak tetkik edil-melidir. Şayet âmirin emrini yerine getiren, fiilin gayri kanunîliğini bilmiyorsa ve zaruret hali şartları var ise, sorumlu olmayacaktır. Bunun, Devletler Umumî Hukuku tatbikatına da uygun olduğu idda edilmiştir (17).

«Yetkili meri» ye, âmirin emrine icrada geniş bir anlam veril-mesi, askerî otoritelerden başka, sivil mercilerin de anlaşılması ge-rektiği belirtilmiştir (18). Bunların kanuna uygun olmayan hattâ ay-kırı olan emirlerinin icrası halinde hukuka uygunluk sebebinden bahsedilmeyeceği, zira kanunî unsur dolayısıyla suçun teşekkül et-tiği belirtilmiştir. Buna karşılık emri yerine getirenin her zaman

caktır. Yahut, çok geniş bir çevre içinde kanunî bir şekilde sorumsuzluğunu kabullenme neticesine varılacaktır. Bununla beraber basit bir askerin almış ol-duğu emrin muteberlik derecesi hakkında bir tahkikat yapması beklenemez. Nürenberg Mahkemesi statüsü sınır olarak aklı selimi koyuyor. Aynı zamanda aklı selime de bir sınır tanıyor. Bununla beraber bugün mahkeme huzurunda olanlar tâlî rol oynamamış, bizzat emir verme durumunda olan liderlerdi. So-rumluluklarının ise fiktif bir varlık olan Devlete izafe edilemeyeceği belirtil-miştir. «*Procès..*», C. II., s. 161.

(14) FINCH, *a. g. e.*, s. 21.

(15) GLASER, «*La Charte..*», s. 30.

(16) DANIEL, *a. g. e.*, s. 155, 156.

(17) GLASER, «*La Charte..*», s. 30.

(18) Paul CUCHE, *Précis de Droit Criminel*, 7. bası, Paris, 1939, s. 53, ASUA *a. g. e.*, C. VI., ss. 853 vd.

sorumlu olamayacağına, manevî cebir ve kasdın bulunmaması iddialarını dermeyen edebileceğine de temas edilmiştir (19).

Millî mevzuat açıkça hukukî düzene aykırı olan emirlerden dolayı sorumluluk kabul etmektedir. Nürenberg'teki sanıkların arkasına sığınmak istedikleri emirler ise, iç hukuk bakımından açıkça suç teşkil etmemekle beraber, Devletler Umumî Hukuku bakımından açıkça kanuna aykırı emirlerdi. Bundan dolayı da sorumlu olmaları lâzımdı, fikri de savunulmuştur (20).

Bu konuda ileri sürülen bir fikir de şudur (21): harp suçları, ne meşru müdafaa, ne yetkili bir merciin emrini, ne de kanunun hükümünü icra ile hukuka uygun gösterilmez. Bilakis harp âdet ve kanunlarına uygunluğu nazarı itibare alınmalıdır. Ancak, bu taktirde sorumluluk mevzuubahis olmaz. Aynı düşünüş tarzı Nürenberg ve Tokyo mahkemelerinde de doğrulanmış, âmirin emri bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemekle beraber kusurluluğu kaldırıp kaldırmadığı üzerinde durulmuştur (22).

(19) CUCH, *a. g. e.*, s. 53.

(20) Paul BASTID, *Les Grands Procès Politiques de l'Histoire*, Fayard, s. 377; Nürenberg mahkemesinde duruşmalarda sanıklardan Jodl'un avukatı EXNER, müvekkilinin parafe emirlerden dolayı sorumlu olamayacağını zira vazifesinin Hitler'in sözle vermiş olduğu emirleri yazılı şekle çevirmekten ibaret olup, sorumluluğun esas emri verene ait olması gerekeceğini ile sürmüştür. Emri yazmaktan ibaret gayret ne olabilir? Şayet emrin bütünü teferruatlı bir şekilde tesbit edilmişse, Jodl'un gayreti tamamen şekli olacaktır. Daha önce tesbit edileni formüle edecek, muhtevası ne olursa olsun askerî emir mekanizmasında alışılan şekilde tebliğini yapacaktır ve bunu sağlayacaktır. Burada muhtevadaki hatayı kabul etmemek mümkün değil, fakat astta bunu değiştirebilme kudreti yoktur. Burada kusurluluğun bulunmamasının sebebi âmirin emrini icradan değil, muhtevada değişiklik yapamamadandır. Emri kaleme alanın bir sekreter veya bir general olması arasında fark vardır. Fakat bu, hukukun vazifesi olmaktan ziyade ahlâkın vazifesidir ve üstüne tereddütlerini bildirmeyi gerektirir. «*Procès..*», C XIX., s. 33; buna mukabil mahkeme bu hususu nazara almamış hiç bir asker böyle bir cinayete iştirâke zorlanmadığı gibi Jodl da icrada bulunmuş olduklarını meşru gösterebilmek için kör bir askerî iteatın mistik anlayışı arkasına sığınamaz, denmiştir, «*Procès..*», C. XXII., s. 612.

(21) JUGLART, «*Repertoire..*» ss. 242, 243; V. V. PELLA, *Procès-verbaux de la Commission*, séance du 10 Janvier 1931, *Revue International de Droit Pénal*, 1931, no : 3, s. 199.

(22) GLASER, «*Infraction Internationale, Ses Eléments Constitutifs et ses Aspects Juridiques exposé sur la base du Droit Pénal Comparé* Bruxelles, Paris, 1957, s. 92; ayrıca çeşitli teoriler için bkz. : Stephan GLASER, *L'Ordre Hiérarchique en Droit Pénal International*, *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 1952 - 53, ss. 283 vd.

Emri verenler ve icra edenler ayrımı yaparken sadece basit bir icra ediciden ibaret olanlara daha az ceza verilmesinin uygun olacağı fikri de savunulmuştur (23).

Diğer bir görüşe göre ise, suçu ika eden subay, fiilin suç mahiyetini bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, üstün emrine itaat muteber bir mazeret teşkil eder. Aynı şekilde, meşru misilleme hareketleri, ne muharip tarafından Devletler Hukukunun ihlâli ne de bunu emredenler ve icra edenler bakımından harp suçu teşkil ederler. Gerçi, âmirin emrine itiraz yapılmış olması harp disiplini de nazara alınarak tahfif edici sebep olarak kabul edilmiştir. Fakat, emrin icrası hiç bir zaman Devletler Hukukunda mutlak bir müdafaa olarak kabul edilmemiştir. Devletler Hukukunda mağdur Devletin, emrin icrası mazeretini hafifletici bir sebep olarak kabul etmesini isteyen bir kaide yoktur. Kanun tanımayan bir hükümetin işgal edilen yerlerin halkının öldürülmesini emretmesi halinde mağdur Devlet hem emredenleri, hem de bu emri icra edenleri cezalandırmakta haklıdır (24).

Harp suçları bakımından özellik arzeden bir doktrine göre de (25), bir harp kaidesinin muharip hükümetin veya muharip bir komutanın emrine uyularak ihlâl edilmiş olması keyfiyeti, mevzu bahis fiilin harp suçu vasfını kaybettirmez. Fakat şüphesiz ki, mahkemeler âmirin emri mazereti ile karşılaşabilirler. Mahkemeler böyle bir durumda, açıkça kanuna aykırı olmayan askerî emirlere itaat keyfiyetinin silâhlı kuvvetlerin her mensubunun vazifesi olduğunu ve askerlerin bunun hukuka uygunluk derecesini ölçmesinin ümit edilemeyeceğini nazara almak mecburiyetindedirler. Diğer taraftan harp suçu, misilleme şeklinde de tasavvur edilen hareketlere karşı işlenmiş olabilir. Bu konuda harp suçunun münakaşalı mahiyeti de unutulmamalıdır. Bütün bunların yanında, muharip devletlerin siyasî makamları da bir harp suçunu cezalandırmalarının karşılığı olarak kendi vatandaşlarının misilleme hareketlerine maruz kalebileceğini düşünebilirler. Fakat bütün bunlara rağmen prensip şudur: silâhlı kuvvetler mensupları, sadece kanunî emirlere itaat etmek suretiyle hem harp kaidelerini ihlâl etmişler ve hem de insaniyet duygusuna tecavüz etmişlerse sorumluluktan kurtulamazlar. Sorumluluğu sadece emirden sorumlu olan kimseye inhisar

(23) MERLE, *a. g. e.*, s. 99.

(24) A. N. SACK, -naklen LÜTEM, *a. g. e.*, s. 124, 125.

(25) OPPENHEIM, *International Law, A Treatise*, Edited by H. Lauterpacht, London, 1955, C. II., s. 566.

ettirmek tatbikatta mahzur doğurur. Çünkü, bu suretle sorumluluk, gerek Devletler Hukuku, gerekse Anayasa bakımından sorumluluğu münakaşalı olan Devlet Başkanı üzerinde temerküz eder. Burada önemli olan diğer bir mesele de astlarının fiillerinden dolayı komutanların sorumluluğu meselesidir. Böyle bir halde komutanın kusurlu olarak önleyici tedbirleri almaması halinde sorumluluğu mutlak-tır. General Yamashito bu sebeple 1946 senesinde ölüme mahkûm edilmiştir (26).

Suç teşkil eden emrin bağlayıcı olup olmamasına, iç hukuka uygunluğuna, Devletler Hukuku ve insan haklarına aykırı olması hallerinde astın kontrol yetkisi olup olmamasına göre durumu inceleyenler, kusurluluk üzerinde durmakta, kusurluluğun kalkıp kalkmamasına göre de meselenin çözümlenebileceğini belirtmektedirler (27).

EREM ise (28), suç teşkil eden hususlarda, sorumluluk o suçun icrasına maddeten iştirak şartına bağlı değildir, dedikten sonra, emir verenin emir vermekten ibaret fiilinden dolayı «azmettirici olarak suça ortak olduğunu» belirtmektedir. Alman harp suçluları bakımından durumu incelerken de bu suçları (insanlığa karşı cürümleri) işlemek için vücuda getirilmiş bir teşkilâtın, birbirine bağlı halkalar, zincirler halinde düzenlenmiş bir Devlet makinesi halinde çalıştığını ve bu makine işlemeye başlayınca da ortaya muazzam bir suç ortaklığının çıkacağına temas etmektedir.

KANAATİMİZ :

Belirtmiş olduğumuz bu açıklamaların ışığında diyebiliriz ki bugün için Devletler Umumî Hukukunda «yetkili merciin emrini ifa» bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemektedir. Devletler Umumî Hukuku kaynakları bakımından bu neticeyi değerlendi-

(26) GLASER, «*Infraction...*», s. 21, 22; aynı mahiyette Faruk EREM, *İnsanlığa Karşı Cürümler (Génocide)*, Ankara 1948, s. 18.

(27) Pietro NUVOLONE, *La Punizione dei Criminali di Guerra e le Nuove Esigenze Giuridiche*, Collezione Archivio Penale, Roma, 1945 ss. 115 vd. Aynı mahiyette Stefan GLASER, *Remarques sur les projets élaborés au sein des Nations Unies en Matière de droit International pénal*, Revue Internationale de Droit Penal, 35, sene no : 1-2 Paris 1964, ss. 329.

(28) EREM, «*İnsanlığa...*», s. 18; PELLA ise emri yerine getirenin suça azmettiren karşısında bir vasıta bir aletten ibaret olduğunu belirtiyor. Vespasien PELLA, *La Criminalité Collective des Etats et le Droit Pénal de l'Avenir*, 2 ed. groupe Interparlementaire, Roumain, s. 203.

rirsek: teamülî hukuk bakımından bu hususta tam bir teamül tesis etmemekle beraber, az da olsa tatbikat vardır. Birinci Dünya Harbi sonunda kurulan mahkemeler ve özellikle Nürenberg ve Tokyo mahkemelerinde «yetkili merciin emrini ifa» bir mazeret sebebi, bir hukuka uygunluk sebebi olarak nazara alınmamıştır. Bu tatbikatlardan teamülün bu yolda olduğunu belirtebiliriz. Sözleşmeler, yani Devletler Umumî Hukukunun ahdî kaynağı bakımından sarîh bir durum mevcut değildir. Her ne kadar Birleşmiş Milletler Milletlerarası Hukuk Komisyonunda bu husus bahis konusu olmuş, görüşülmüşse de bir neticeye varılamamıştır. O halde geriye kaynak olarak bir de medenî milletlerce kabul edilen prensiplere göre hareket imkânı kalmaktadır. Bu da, İkinci Dünya Harbi sonunda muhtelif memleketlerin kanunlarında yaptıkları tâdil veya yeni kabullerde bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemiştir (29).

Netice olarak diyebiliriz ki Devletler Umumî Hukukunda bir hukuk kaidesi olarak teamülî hukuka uygun «yetkili merciin emrini ifa» müessesesi vardır. Fakat bu, bir hukuka uygunluk sebebi şeklinde kabul edilmemektedir (30). Yalnız adalet veya emri yerine getirenin kusurluluk derecesi ve itaat mecburiyeti nazara alınarak değerlendirilen müşahhas hâdiseler icap ettiriyorsa, yetkili merciin emrini ifa bir tahfif sebebi veya cezayı büsbütün kaldırıcı bir sebep olarak kabul edilebilir.

(29) 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi 146. maddesi âkit Devletlere şu taahhüdünü yüklemektedir : «Yüksek âkit taraflar aşağıdaki maddede tayin edilen işbu sözleşmeyi vahim surette ihlâl eden hareketlerden birini irtikâp eyleyenlere veya irtikâp etmek emrini veren şahıslara tatbik olunacak münasip cezaî müeyyideleri tesbit için lüzumlu biçimle teşriî tedbirleri almayı taahhüt ederler»; 147. maddede ise irtikâp edilmemesi istenen suçlar belirtilmiştir. Bkz. *Kızılay ve Kızıllaç'ın Milletlerarası Kaynakları, Sözleşmeler, Tüzükler, Kararlar*, Ankara, 1964, ss. 275, 276.

(30) Aynı mahiyette, EREM, «*İnsanlığa..*», s. 18; BOUZAT - PINATEL, *a. g. e.*, C. I., s. 268; aynı mahiyette, Jacques Bernard HERZOG, *Vingt ans Après*, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 35 sene, no : 1 - 2 Paris 1964, s. 56.