

ÂMİRİN EMRİNİ İCRADA, EMRİN MEŞRUYETİNİ KONTROL MESELESİ

Yazan: Dr. Yılmaz GÜNAL

Ceza hukukunda bir hukuka uygunluk sebebi olarak mutalaâ edilen âmirin emrini icra'da sorumluluk konusu tetkik edilirken önemli olan hususlardan bir tanesi de emrin meşruiyetini kontrol meselesidir. Biz bu tetkikimizde munhasıran bu kontrol meselesi üzerinde duracak bu kontrolün nasıl olduğu ve olması gerektiğini ve sınırlarını belirtmeye çalışacağız.

I. Emrin Meşruiyetini Kontrol Hakkında Çeşitli Teoriler :

Âmir, memur ve hiyerarşik münasebet neticesi, emir kavramı meydana çıkmıştır. Memur, hiyerarşik münasebet dolayısıyla âmirine itaat etmek zorunluğundadır. Memur, âmiriyle emirlerin «kanuna, hizmet haidelerine uygun olup olmadığını münakaşa edemez; çünkü memur kanunu ve hizmet kaidelerini kendi görüşüne ve anlayışına göre değil, âmirin görüşüne ve anlayışına göre tatbik etmek mecburiyetindedir» (1). Bu itaat vazifesinin mevcudiyetini münakaşa etmek lüzumsuzdur. Bu vecibe ise, Devletin organları vasıtasıyla hareket edebilmesi mecburiyetinden doğar. Bunlar ise bir hiyerarşik münasebet içinde bulunurlar. Madun durumda olan merci, üst durumda olan merciin emrini ifa ile zorunludur. Aksi takdirde Devlet faaliyetleri felce uğramış ve sarsılmış olur (2). Bu hiyerarşik bağlılık, disiplin kudreti ile kuvvetlendirildiği gibi, bazı hallerde ceza kanunu müeyyidesi altına alınmıştır. «Memuriyet vazifelerini yapmayanlara ait cezalar»'ın tatbiki halinde olduğu gibi (3). Fakat bu itaat vecibesinin sınırı ne olacaktır? Bu, kanunlara itaat mecburiyeti ile nasıl telif edilebilecektir? Yahut kanunumuzdaki ifadesiyle

(1) Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul, 1952, s. 454

(2) Salvatore MESSINA, *L'Ordine Insindacabile dell'Autorità Come Causa di Esclusione del Reato*, Roma 1942, s. 29,30.

(3) T. C. K. md. 230, 240, Memumurin Kanunu mad. 28, 29 vd.

ne zaman bir emir «selâhiyettar bir merciden verilip, infazı vazifeten zaruri» olarak kabul edilir? Emri icra edecek memur, ne yönlü kontrol yaptıktan sonra cezadan kurtulacak, aynı zamanda disiplin suçunu veya ceza kanununda itaatsızlığı halinde öngörülen suçları işlemeyecektir? (4). İdare hukuku sahasındaki kanunlar itaat vecibi ile ilgili özel hükümler ihtiva etmediği gibi, ceza kanunumuzda bu sınırı kesinlikle belirtmemiştir. Gerçi bu birazda felsefi ve siyasî bir mesele olarak görülebilirse de, Devletin siyasî atmosferine göre de değişebilir (5). Biz bu hususta ki çeşitli teorileri özetledikten sonra, mevzuatımızın hangi teoriyi benimsediğini izaha çalışacağız.

a. Her Türlü Kontrolü Reddeden Teori (Mutlak İtaat Teorisi).

Mutlakiyet, kiralık idaresinde, kanunlar, kiralın, İmparatorun iradesi idi. Bu irade hiyerarşik kademelenme neticesi daha alt mercilere kadar inmekte idi. Memur karşısında âmiri daima üstün bir iradeyi temsil ettiğinden ona itaatsızlık, hükümdara itaatsızlık anlamına gelecekti. Bu esas mutlak itaat teorisine vücut vermiştir (6). Carmignan tarafından ileri sürülen ve Nicolini tarafından takip edilen «mutlak itaat teorisine göre: Âmiri tarafından verilen her emre madun itaat zorundadır. Bu itaatından dolayı ise, emrin icrası dolayısıyla meydana gelecek suçtan dolayı sorumlu değildir. Ceza verilemez (7). Emir kanuna muhalifte olsa, onu itirazsız kabu-

-
- (4) Âmirin emrine itaatın zorunluluğunun sınırının ne olacağı konusunda çeşitli görüşlere değinen FERRARIS, ön şartlardan birincisinin, ahlâka aykırı ve suç teşkil eden emirler olmaması gerektiği hususu itirazsız kabul edilmesine rağmen, ceza kanununun 49 uncu maddesinin meseleyi halletmediğini «ifası vazifeten zaruri emir» demekle yetindiğini, fakat hangi emrin ifasının vazifeten zorunlu olduğunu belirtmediğine işaret ediyor. Carlo, F. FERRARIS, *Diritto, Amministrativo*, V. II, Padova, 1923, s. S. 256, 257.
- (5) Giuseppe BETTIOL, *L'Ordine dell'Autorità nel Diritto Panale*, Milano, 1934, s. 59.
- (6) V. E. ORLANDO, *Principii di Diritto Amministrativo*, 5. bası, Firenze, 1915 s. 111, passif itaatın tenkidi hakkında bkz. Sulhi DÖNMEZER — Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Umumi kısım, c. II/1 İstanbul, 1961, s. 90; ayrıca Guido ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, c. I, bası, Milano, 1950, s. 236; Santi ROMANO, *Corso di Diritto Amministrativo, Principii generali*, 3. bası, Padova, 1937, s. 78; Pietro VIRGA, *Il Pubblici Impiego*, Palermo, 1957, s. 105.
- (7) BENEDICENTI, *Limiti Giuridici del dovere di Obbedienza dell'Inferiore Gererchico*, in Archivio Giuridico, luglio 1932, vol. CXVIII, Fasc. I. ss. 44 vd.; Chauveau - Helie, *Théorie du code Penal*, V. bası, Paris, 1872, c. I. s. 564 vd.

lü lâzımdır. Sorumluluk fiili ika edene değil, emri verene aittir (8). Bu teoriye göre hiyerarşik bağ dolayısı ile, itaat zorunluğunda olan memur tamamen passif durumdadır. Emir ister kanuna aykırı, ister keyfi olsun, itaata zorunlu olunan âmirden gelmiş olması için kâfidir. Bu hallerde itaatı red memur bakımından suç teşkil edecektir (9). Zira itaat olmadan hiyerarşi, hiyerarşi olmadan da Devlet olmaz (10). Bu teoriye göre, hiyerarşik bağın en yüksek olduğu askerî şahıslar arasında, mutlak itaat daha kuvvetli olarak kendini göstermektedir. Fakat doktrinde, memuru, âmirinin iradesinin esiri haline getirdiğinden büyük bir muhalefetle karşılaşmıştır (11).

İnsan maddi bir vasıta olamaz. Şuur ve vicdanından manevi değerlerinden ayrılamaz. Bunları kabul etmeden, passif itaatın gerekliliği kabul edilemez (12). Memurun emri veren âmirin emir, yetkisi dahilinde olup olmadığını araştırmak hakkı değil, aynı zamanda vazifesidir. Bu yüzden de mutlak itaat teorisinin yıkıldığı iddia edilmiştir (13).

Böyle bir prensibin modern Devlet anlayışına uygun olmadığı, hiyerarşik astın, basit bir vasıta seviyesine indirilemeyeceğini ve bugün, hiyerarşik âmir karşısında, memurun bir ruhsuz ceset «perinde ac cadaver» olarak kabul edilemeyeceğini belirten BENEDICENTI, her ne kadar HAURIOU'nun dediği doğru olsa ve astın kendilerine ait karar yetkisi olmasa bile, belki bu, hiyerarşik kademenin en altını işgal edenler için önemli olabilir. Fakat kamusal memurların itaat ödevini nazarı itibare alan bir teori Devlet mekanizmasında en mütevazı mevki ve dereceyi işgal edenleri gaye edinemez demektedir. Belki bu teori Devletin askerî idaresinde nazara alınabilir. Fakat bundan daha ileri gideceğini zannetmiyoruz diye ilâve etmektedir (14).

(8) Vehbi YEKEBAŞ, *Hukuku Ceza*, 1931 — 1932 ders yılı notları, İstanbul, s. 442.

(9) Luigi MAJNO, *Commento al Codice Penale Italiano*, 3. bası, kısım I, Torino, 1911, s. 137.

(10) Maurice HAURIOU, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, IV, bası, Paris, 1938, s. 50.

(11) BENEDICENTI, a. g. e., s. 45; mutlak itaat teorisi ile ilgili olarak bkz. Giulio CRIVELLARI, *Il Codica Penale per il Regno d' Italia*, c. III, Torino, 1892, s. 495, Enrico FERRI, *La teorica dell' Imputabilità e la Negazione del Libero Arbitrio*, Firenze 1878, ss. 565, 566.

(12) P. ROSSI, *Trattato di Diritto Penale*, Torino, 1895, s. 263.

(13) J. ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, 5. bası, Paris, s. 192.

(14) BENEDICENTI, a.g. e.; s. 73 aynı mahiyette, MASSARI, *Le Dottrine Generali*

MAJNO ise, böyle bir prensibin modern ceza hukuku prensipleriyle bağdaşamayacağını ve ceza kanununun zaten böyle bir prensibi reddettiğini belirtiyor (15).

Passif itaata değinen LONGHI, bunun çağımızın bir sesi değil, uzaktan gelen bir yankının yankısı olduğunu belirtiyor. «İzah edilir, münakaşa edilmez» tıpkı tarihi Roma ailesinde patria potestas karşısında münakaşa edilemediği gibi. Yahut feodal devrede olduğu gibi. Passif itaat etrafında halâ polemik yapanlar, çağdaş modern Devlet anlayışına girmediklerini ve düşünce itibariyle o çağlarda kaldıklarını gösterirler (16).

İnsanın kişiliğine hürmet edilmesine hakkı vardır. Bu kamusal memur olduğu zamanda da böyledir. Diğer yandan toplumun, yetki aşımından, zor ve şiddetten kanuniliği ayırma yetisine sahip memurlara ihtiyacı vardır, yoksa âmirinin emriyle hareket eden makinelere değil, diyen MAURO (17) her türlü kanuna açıkça aykırı emirlere, körü körüne itaat dolayısı ile uymak düşünülemez demektedir (18).

İnsan olması dolayısıyla, âmir de bazı hallerde, objektif hukukun yorumunda yanılabilir, yahut daha az emin ve konuyu daha az müşahede etmiş olabilir. Fakat madun ise yanılmayabilir. Passif itaat ise bu hususun çözümüne imkân vermemektedir (19). İdare

del Diritto Penale, Napoli, 1930, s. 78; E. FLORIAN, *Trattato di Diritto Penale*, 2. bası, c. I. dei reati e delle pene in generale, Milano, 1934, ss. 408, 409 da mutlak itaat durumu olmadığını, askerî emirlerde bile eğer emrin icrası «açık bir şekilde suç teşkil ediyorsa itaat mecburiyeti yoktur. Hatta mukavemet hakkı vardır» diyor. Aynı mahiyette. Giulio BATTAGLINI, *Diritto Penale*, Parte Generale üçüncü bası, Padova, 1949, s. 315, ayrıca bkz. Arturo SANTORO, *L'Ordine del Superiore nel Diritto Penale*. Torino, 1957, ss. 229 vd.

(15) MAJNO, *a. g. e.*; s. 137

(16) Silvio LONGHI, *La Legittimità della Resistenza agli atti dell' Autorità nel Diritto Penale*. Milano (tarihsiz), s. 101.

(17) G. B. MAURO, *L'Ubbidienza Gerarchica*, Rivista di Diritto Penale e Sociologia Criminale, yıl, VIII, Pisa 1907, s. 379; ayrıca MUECCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1895, s. 231.

(18) ORLANDO, *a. g. e.*, s. 110; MAURO, *a. g. e.*, s. 386; «insan insan olması dolayısı ile itaat eder, yoksa makine olması dolayısı ile değil. İnsana yahut kanuna itaat bahis mevzuu olduğunda, insana itaat etmek için, kanuna itaatsızlık eden meşruiyet sebebinden istifade edemez:» NOCITO, «*Il Concorso...*», s. 340; DUGUIT, ise aynı fikri şu şekilde ifade etmektedir: «Kamu hizmeti gören memurlar, ancak kanuna itaat ederler, eğer emir kanuni ise icra ederler, değilse kanunu tercih ederler, yahutta bu taktirde emre uymuş olmak onları sorumluluktan kurtarmaz.» *L'Etat.* c. II. s. 620.

(19) FERRARIS, *a. g. e.*, ss. 257, 258.

edenin, sadece otomatlara değil, iş birliğinde bulunacak kimselere ihtiyacı vardır (20).

b. Şekli Kontrol Teorisi

LABAND'ın savunduğu, emrin şekil bakımından kontrolü teorisine göre (21): Ast (memur) verilen emir şu sınırlar dahilinde ise itaat edecektir. Âmiri yetkili ise, ait olduğu dairenin yetkileri dahilinde emir vermişse itaat edecek, şayet bu sınırı emir aşıyor ise itaat etmeyecektir. Ayrıca ast emrin kendi yetkileri dahiline girip girmediğine bakacaktır. Bunun dışında emir uygun olması gereken şartlara uygun olarak verilmemişse bu hususu da göz önünde bulunduracaktır. Genellikle emri sözlü olabilir. Yazılı şekil şart koşulmuşsa buna riayet etmiş olması şarttır.

Bu teori taraftarlarına göre, şayet bu şartlar tamamsa, emrin muhtevası ile uğraşılmaksızın icra edilmesi lâzımdır. Şayet bu şartlar noksan ise ve emir icra edilmişse, ast disiplin cezasından kurtulur. Fakat hukuku ve cezai sorumluluktan kurtulamaz. Eğer şartlar mevcut değil diye icra etmemiş ise, sonradan mahkeme kanahtıyla mevcut olduğuna karar verilirse, bu taktirde disiplin cezası ile cezalandırılır (22).

MAGGIORE, ise emrin kanuniyetini kontrole taraftar olmakla beraber, bunu adalet (giustizia) ve uygunluk (convenienza) ya kadar görtülmemesinin lüzumuna işaret ediyor (23).

FLORIAN da aynı şekilde, memurun emri icra etmeden önce iki hususa bakması gerektiğine temas ediyor; yetki ve emrin şekil bakımından uygulugu, Yetki, meselesinde ise, âmir tarafından verilen bir emir, âmirin böyle bir emri vermeye yetkili olması, memurunda

(20) Giovanni VACCHELLI, *Il Limite dell' Obbedienza Gerarchica e l' Art. 51 del Nuovo Codice Penale*, Rivista Italiana di Diritto Penale, Annata IV, 1932, Padova, s. 155; ayrıca bkz. CAVALLO, «Diritto...», s. 628; RANELLETTI, *a. g. e.*, s. 234. Bununla beraber, Almanya, Fransa, İsviçre ve İtalya'da ki (mali mevzuat için kabul edilen) teorileri inceleyen FERRARIS, hiç birinin kabule şayan olmadığını ve herkesi memnun idici bir tathik tarzı bulamayacağını belirtiyor. Mutlak itaat teorisinin daha kabule şayan olduğunu âmir ve memur kesin bir şekilde sorumluluklarından haberdar olacağını belirtiyor. *A. g. e.*, s. 263.

(21) BENEDECENTI, *a. g. e.*, s. 77 -den naklen.

(22) Aynı eser, s. 78.

(23) MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale*, c. I, Parte Generale, 2. bası, riveduta e ampliata, Bologna, 1937, s. 265.

bunu icraya mecbur olması (24). MANZINI ise dış kanununun «legalità esteriore» ile ilgili bir kontrole taraftar görünmektedir (25).

Diğer yandan gayet vazıhtır ki kanun meşru bir emirden bahsederken, esas bakımından bir tetkiki kastetmek istememiştir. Bunun böyle olması da mantıktır. Meşruiyetin kontrolünü da tam olarak kabul etmemek lâzımdır. Zira memurun kontrolü ile idari yargı organlarının kontrolünü bir tutmak çok anlamsız olur. Bu bakımdan emri alan memur, dış meşruiyeti kontrolela yetinmelidir (26).

Teoriye yöneltelen başlıca tenkidleri ise şöyle özetleyebiliriz: Âmir bilerek kanuna aykırı bir emir verse, ast' da bunun böyle olduğunu bilerek icra etse, teori böyle bir durumu nazarı itibare almıyor. Madem ki şekil bakımından kontrol edecek ve emir de şekle uygun olduğu için icra edecektir. Böylece hukuken suç teşkil eden bir fiil emir mekanizması ile işlenmiş olacaktır. Âmire, emrin kanunu ihlâl ettiğinin bildirilmesi bir yana, eğer ast da icra ettiği emrin kanuna aykırılığından haberdar ise, emir kanuna şeklen uygundur diye icra edilecek midir? Bu ise idari organizasyon prensibinin ihlâlidir. Memur icra ettiği fiillerin kanunluğundan sorumludur. Kanunun açıkça yasakladığı bir fiili işlememelidir. Teori pozitif hukuku nazara almıyor. Zira yetkilerini icra ederek ne âmir ne de memur, gayri meşru bir fiili ikâ edemezler. Gayri meşru bir fiili emretmekle âmir yetkisini aşıyor. Şimdi mesele, âmir ne zaman bu yetki sınırını aşıyor ve bu yetki sınırını aşarak verdiği emri icra eden memur nasıl sorumlu oluyor? Teori bu sınırı tayin etmekten uzaktır. Zira, şekli yetki dahilinde emir karşılıklı kaldığı sürece ikisi de sorumlu olmayacaklardır (27).

Teorinin kusurlarından bir önemlisi de, emir, şekli bakımından tam olduğu halde, gayri meşru; yahut özü itibariyle suç teşkil edebilir. Bu ise teori bakımından büyük bir yetersizlik gösterir (28).

(24) FLORIAN, «Trattato...», c. I, ss. 407, 408.

(25) VIRGA, a. g. e., s. 105; V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, c. II, 2. bası, 1920, Torino, c. ss. 259 vd.; Salvatore MESSINA, *L' Ordine Insindacabile dell' Autorità Come Causa di Esclusione del Reato*, Roma, 1942, s. 35.

(26) Remo PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale*, 3. bası, Parte Generale, Torino 1962, s. 477.

(27) BENEDICENTI, a. g. e., s. 77, MASSARI, a. g. e., s. 78.

(28) Luigi GALATERIA, *Teoria Giuridica degli Ordini Amministrativi*, Milano, 1950, s. 202, MESSINA, a. g. e., s. 36.

Emri yerine getirecek memurun, emrin gayri meşru olduğunu fark etmesi halinde, âmirin şekli bakımından yetkili olması dolayısıyla, emri icra edecek olanın hiyerarşik bağlılık neticesi bu emri kanunlara uygundur diye icra etmesi düşünülemez. Bundan dolayı, memurun emri özü itibariyle bir kontrol yetkisinden uzak tutmak düşünülemez. Şüphesiz ki memurda kontrolünü, adalet, uygunluk ve icabı hale uymuş olmasına kadar genişletemez (29).

c. Özü (kapsamı) itibariyle Emrin Kontrolü, teorisi:

Mutlak itaat teorisinin karşıtı olan bu teoriye göre itaat zorunluluğunda olan memur almış olduğu emrin şekli bakımından meşruiyet kontrolünü yapacağı kadar özü itibariyle de emrin meşruiyetinin kontrolünü itaat etmeden önce yapmalıdır (30). Aksi takdirde meydana gelecek suçtan kendisi âmiriyle birlikte sorumlu olacaktır. Zira âmirin emri hak ve adalet sınırları içinde değil ise, memurun vazifesi objektik hukuka riayet etmektedir. (31),

Fakat bu teorinin de tenkide tahammül edecek kuvvette olmadığı iddia edilmiştir (32). Emrin özünün (kapsamının) kontrolü kabul edilince, Devlet mekanizması anarşi içinde olabilir. Artık kanuniyeti tayin edecek yargıç, âmir değil, emri icra edecek olan memurdur. Böylece Devlet organizasyonu baş aşağı olacaktır. Meşruiyet üzerinde son sözü söyleyecek olan mahkeme değil, mübaşir, zabıt kâtibî, gümrük genel müdürü değil, gümrük memuru olacaktır. Ayrıca hiyerarşik kademedede alta indikçe memur tamamen icra organı oluyor ve emrin muhtevasını tayin kapasitesi azalıyor. Bunlar için durumun ne olacağı hakkında teori vazih değildir (33).

Diğer yandan, emre itaatı red ile serkeşlik arasındaki sınır ayrımı da oldukça güçtür. Diğer taraftan âmirin elinde disiplin cezası olduğu kadar, başka kanunî müeyyideleri de tatbik edebilme

(29) Vincenzo CAVALLÒ, *Diritto Penale*. Parte Generale, c. II, L' Oggetto del Diritto Penale, 1955, s. 672; çeşitli teoriler hakkında bkz. M. Tahir TANER, *Ceza Hukuku*, Umumi Kısım, 3. bası, İstanbul 1953, s. 398, 399.

(30) Francesco ANTOLİSEİ, *Manuale di Diritto Penale*, 4. bası, Milano, 1960, s. 200; Faruk EREM, *Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, c. I., 6. bası Ankara, 1962, s. 436; DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/1, s. 89.

(31) FERRARİS, *a. g. e.*, s. 258.

(32) CAVALLÒ, «*Diritto..*», s. 627 vd.; GALATERİA, *a. g. e.*, s. 195; PANNAIN *Manuale..*, 528.

(33) BENEDECENTİ, *a. g. e.*, s. 73 vd.

imkânı vardır. Tatbiki güçlükleri olmasa, memura tarafsız ve kanun çevresinde hareket edebilme yetkisi tanıdığından oldukça iyi bir teoridir (34). Fakat hudutsuz ve mutlak kontrol hakkı, gayet tabii olarak hudutsuz ve mutlak sorumluluğu da beraberinde getirecektir. Bunun neticesi üst mercide bulunanların, âmirlerin alt mercilerde bulunan memurlara (maduna) tabi olması gibi bir netice çıkacaktır. Bu bakımdan bu kontrole bir sınır tanımak lâzımdır, bu da şekli şartlar bakımından bir kontrol olmalıdır diye LABAND teoriyi tenkit ediyor (35).

Diğer yandan yöneltilen tenkitlerin hukuki olmaktan ziyade, politik olduğu, teorinin değerini ortadan kaldırmaya kâfi gelmeyeceği de belirtilmiştir. Zira bu teori sıkı bir şekilde hukuki prensiplere dayanmaktadır. Meşğul olunan meseleye doğru bir çözüm bulunmak isteniyorsa, hukuki düzende bulunan bütün tasarrufların kanuna üstünlük tanınmaları lâzımdır. Emri yerine getirecek bir kimse, biri kanundan, diğeri idari bir tasarruftan neşet eden iki zıt emir karşısında kalsa, kanuni olana üstünlük tanımak zorundadır. O halde sadece kanuna ve kanuna uygun olan emirlere itaat zorunluğundadır. Emrin özü itibariyle kontrolü neticesi, kanuna uygunsuzluk halinde, kanuni emre üstünlük tanıyarak, gayri kanuni emire itaatı reddetmelidir (36).

MERKL (37), şayet «idareye hukuki bir fonksiyon tanınıyorsa, kanun tatbikatını bir derecelenme (kademelenme) neticesi emir yoluyla kabul etmek lâzımdır. Bu takdirde emir mevcudiyetinin, haklılığının sebebini bulur. Yoksa sadece mevcut olmasından bu meydana gelmez. Yani fiili olarak mevcut olmasından değil, hukuk sahasına uygunluğundandır. Mevcudiyeti için gerekli şartlara, bilhassa kanuna uygunluğu ile bu gerçekleşir. Sadece hukuk dışı, idarî bir tasarrufu düşünmek, gayri meşruiyetini düşünmek için kâfidir. İdari tasarruflar hukuk kaideleri dışında ayrı olarak düşünülemezler. En üstün dereceyi hiyerarşide işgal eden hukuk kaideleri içinde ve onlara cevap verdikleri nisbette vardırırlar.»

Genel hatları itibariyle emrin (özü), muhtevası itibariyle kontrol teorisi doğru olmakla beraber diyen GALATERIA (38), şu

(34) FERRABİS, *a. g. e.*, s. 528, 529.

(35) LABAND, *Le Droit Public de l' Empire Allemand*, c. II, Paris, 1901, s. 149.

(36) Bkz. GALATERIA, *a. g. e.*, s. 195 vd.

(37) MERKL, *Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1927, s. 198, GALATERIA, *a. g. e.*, s. 197 vd. -dan naklen.

(38) *Aynı eser*, s. 198.

haklı gördüğümüz tenkidi yapmaktadır: Kanun, hukuk düzeni içinde en üst dereceyi işgâl etmekle beraber, emri icra edecek memura gelinceye kadar, kendi aralarında kademelenen diğer dereceler de vardır ve bunlar birbirlerine hiyerarşik bağla bağlıdırlar. Yine kanunun tatbiki ve yaratıcı faaliyette bulunmak her hâlü kârda emri veren âmirin yetkisi dahilindedir, yoksa emrin yöneltildiği kimse- nin değil. Şayet bu sonuncusu emrin özü itibariyle kontrolunu (tenkidi değerlendirilmesini) yaparsa, hukuk kaidelerini belirten, müşahhas hale getiren ve tatbik eden bizzat kendisi olacaktır. Bu ise şeklen değilse bile, esas itibariyle, yetki kademelenmesinin bozulamayacağı prensibine aykırıdır. Şöyle ki emri veren tarafından madenin yorum vetatbiki yapılmayacak, aynı emrin passif süjesi (fiili) olması gereken kimse tarafından yapılacaktır. Bu da pozitif hukuk düzeniyle apaçık bir tezat teşkil edecektir.

d. İtiraz yahut Emrin Tekrarı Teorisi :

İtaat meselesini halletmek için doktrinde ileri sürülen teorilerden bir tanesi de itiraz evrim tekrarı teorisi diye isimlendirilen teoridir.

Emre itaatın sınırına ilk hukuki şeklini vererek bunu bir teori şeklinde, çok tenkit edilmiş olmasına rağmen, formüle eden Alman hukukçusu GÖNNER olduğu kabul edilmektedir (39). Buna göre, âmirinden emir alan memur, bunu kendi kanaatına, kamu haklarına ve Devletin hayrına aykırı olduğu inancına varırsa, bunu mütevazi bir şekilde âmirine sebepleriyle, kendisini emrin gayrimesruiyetine yahut uygunluğunda şüpheye düşüren hususları bildirmesine müsaade edilmiş değil vazife olarak yüklenmiştir. Şayet âmiri emrin gayri meşruluğuna ikna olmazsa, maduna itaat etmekten başka birşey kalmıyor. Kendisi de söylemiş olmakla sorumluluktan kurtulmuş oluyor (40).

Bu teoriye taraftar görünen FERRARIS ise (41), şüphesiz ki âmir, kendi emrini yazılı olarak teyit edince, memurun eline yazılı bir belge vermiş oluyor. Memur âmirinin, vermiş olduğu emrin gayri kanuni olduğu gerekçesi ile uyarmış olacak, vazifesini yapmış

(39) BETTIOL, «*L' Ordine..*», s. 60 -dan naklen.

(40) Teori hakkında bkz.. GALATERIA, *a. g. e.*, s. 199, BENEDICENTI, *a. g. e.*, s. 75, 76; FERRARIS, *a. g. e.*, s. 261, 262; CAVALLO, «*Diritto..*», s. 628; LABANDE, *a. g. e.*, s. 150.

(41) FERRARIS, *a. g. e.*, s. 262.

bulunacaktır. Âmir emrini teyite daha ihtiyatlı olacak ve tamamen kanun çerçevesinde kaldığı zaman teyit edecektir. Yoksa memuru tarafından kabul edilen sebeblere hak verecektir. Malî mevzuatta da üstelik kısmen bu usul kabul edilmiş bulunmaktadır (42).

Kanun hükümlerine girecek kadar taraftar bulmasına rağmen (43), teori şiddetli tenkitlere uğramıştır. Bir kere, gayri meşru bir fiilin iki defa emredilmiş olması, kabul edilemez. Diğer yandan bu teori tamamen pratik açıdan hareket ediyor deniyor (44), ayrıca bu teori bir nevi mutlak itaat teorisine münker oluyor. Ast, âmirinin tekrar edilen emrine uyunca, kanunun bir maddesi veya kanun âmirin emriyle tâdil edilmiş oluyor. Halbuki hukuk devletinde ise, kanunlar ancak kanunla tadil edilir. İdari bir tasarruf ve emirle değil. Diğer yandan tekrar edilen emrin, madunu disiplin cezasından kurtarabileceği, fakat hukuk' sorumluluktan da kurtaracağını kabul zordur denmektedir (45).

Bu teori belki tatbikat sahası bulabilir. Yalnız alınacak tedbir ve kararları meydana getiren şartların maddi elemanlarını astın, âmirinden daha iyi bilmesi ipotezinin gerçekleşmesi ile bu da mümkün olabilir. Bu ipoteze de pek fazla ümit bağlanamayacağı ve birçok mahzurları olduğu meydandadır. Üstelik bu teorideki itirazın kapsamı da iyi belirtilmiş değildir. Âmirin, emir verme yetkisi üzerinde ısrar edelim. Fakat GÖNNER itirazın reddi halinde, madunun yetki dolayısıyla, gayri meşru emre itaat zorunluluğu var mıdır? meselesini belirtmemektedir. Buna rağmen iddia edilebilir ki emir ister şeklen, ister kapsam itibariyle gayri meşru olsun bu taktirde yazara göre madun itaat zorundadır (46). Böyle bir teori biraz önce belirtmiş olduğumuz mutlak itaat teorisine irca olmaktadır. Üstelik itiraz sisteminin müstacel hallerde tatbikat bulması da oldukça güçtür (47).

Emre itaat konusunda üç mühim meselenin kesin ve sınırlı bir şekilde dikkatle belirtilmesi lâzımdır. Emrin kanuniliği, hukuki değerlendirilmesi ve sorumluluk. Şüphesiz itiraz teorisi birinci

(42) 26 Mayıs 1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebeyi Umumiye Kanunumuzun 13 ncü maddesi bu teoriyi kabul etmiştir.

(43) GALATERIA, *a. g. e.*, s. 199.

(44) BENEDICENTI, *a. g. e.*, s. 75, 76.

(45) *Aynı yer.*

(46) BETTIOL, «*L' Ordine...*», s. 61.

(47) CAVALLO, «*Diritto...*», s. 628.

meselenin halinde faydalıdır. Emrin kanuniyetini sağlayabilmek bakımından memurun elinde pozitif bir vasıta vardır. Sorumluluk konusunda ise, itirazını yapmakla memur cezadan muaf olmaktadır. Fakat emrin hukuki değerlendirilmesine gelince, teori bunun ne esasını ne niteliğini, ne mahiyetini ne de madûn tarafından yapılacak değerlendirmenin sınırını belirtiyor. Böylece meselenin en can alıcı noktası halledilmemiş kalıyor. Bu da teorinin kabulü için büyük manilerden birini daha teşkil ediyor (48).

e. Diğer Çeşitli Teoriler :

«İcra edici» ve «karar verici» durumda olan memurlar diye emiri icra edecek memurun mahiyetine göre, emrin meşruiyetini kontrol bakımından bir ayırım yapıyorlar. Bunlardan icra edici durumda olanlar sadece emrin şekli bakımından kontroluyla yetinmeleri gerektiği halde, «karar verici» durumda olanlar kapsam (özü, muhtevası) itibariyle de emri kontrol etmelidirler. Fakat birinciler bakımından da itaatın sınırı, katiyetle yetkisiz yahut esaslı şekil şartından noksan (yazılı olması gereken emrin sözlü olması gibi), yahut idare dalının takip ettiği gayesine aykırı (polis müdürünün önleyici tedbirleri emredeceği yerde, karışıklığı teşvik etmesi gibi) hallere kadar götürülemez (49). Bunun da dışında olan memurlar ise kapsam itibariyle de kontrol yapmalıdırlar. Zira bunların bizzat karar alma ve direktif verme yetkileri vardır (50).

Diğer bir teoriye göre, gayri meşruluğu bilmesi halinde itaat zorunluluğunun olmayacağıdır. Gerçi bunda büyük bir gerçek payı, olmakla beraber, bunun kabulü hukuki hataya kadar götürebilir. Kanunen ise, hukuki hata bir muafiyet sebebi olarak ileri sürülemez (51).

Bazıları ise yargıça geniş takdir hakkı verilmesine taraftardır. Yargıç âmirin yetkili olup olmadığına, emrin usulü dairesinde verilip verilmediğine bakarak sorumluluğu ve itaat edilip edilme-

(48) GARATERIA, *a. g. e.*, s. 201 vd.; ayrıca bkz. VIRGA, *a. g. e.*, s. 105; LABAND, *a. g. e.*, s. 150

(49) BENEDİCENTI, *a. g. e.*, s. 93.

(50) ORLANDO, *a. g. e.*, s. 111, 112, ROMANO, *a. g. e.*, s. 119; BETTIOL, «*Diritto...*», s. 269.

(51) MASSARİ, *a. g. e.*, s. 78.; Âmirin yetkili olup olmadığı hususunda astın hüsnüniyetle hareket etmiş olmasını meşruiyet sebebinden istifade için kabul ediyor. «ASUA, *a. g. e.*, c. VI, s. 827.»

me gerektiğini tayin etmelidir (52). Bu teori ise meseleyi çok baside irca edici görünüyor. Halbuki bir teorinin yargıça yol gösterici bir kriter getirmesi lâzımdır.

«Açık bir şekilde gayrî hukukî olan emre itaat etmemelidir» teorisi de (53) emrin icrası neticesi meydana gelen suçun nevi nazara alınarak ağır suçlar «*reati atroci*» ve hafif suçlar «*reatiilevi*» ayırımı yapılmakta, birincilere itaatta emrin gayrî meşru olduğu açık olduğundan, itaat, emri icra eden sorumluluktan kurtarmazsa da; ikinci halde emrin icrası bir muafiyet sebebi olarak kabul edilebilir, denilmektedir. Doktrinde ki bu açık ve şüpheli gayrî meşru ayırımı ROSSI'den itibaren gelir (54). Teori gayrî vazih olduğu gibi, kanunun ifadesine de uygun değildir (55). Bir kere suçları bu şekilde ayırım oldukça güçtür. Hele hafif suçlar içine adam öldürmeyi de koyduklarına göre, güçlük meydandadır. Sonra sadece suç karakterini, gayrî meşruiyetin ayırımı için göz önünde bulundurmakta yeterli olmamalıdır. Zira yaralama olayı büyük bir önem taşımamakla beraber, kendisine emanet edilen bir şahsı yaralayan kamusal memurun suçu özel bir ağırlık gösterir. Halbuki nöbet beklediği yere, sesizce girmeye çalışan yabancı birisinden korkup ateş eden ve öldüren nöbetçinin durumu farklıdır. Suçun işlenmesi ve suç özellikle bu ayırımı yapmaya yetmiyor. Suçun hallerine de bakmak icap ediyor. Ayrıca bu ayırım emri icra edenin zihniyetine de bağlıdır (56).

f. Mevzuatımızda kabul edilen teori.

Mevzuatımızda kabul edilen teori daha ziyade «itiraz» yahut «emrin tekrarlanması» teorisidir. Gerek Anayasa (57), gerekse memurun kanunu (58), il idaresi kanunu (59), Polis Vazife ve Selâ-

(52) BENEDİCENTİ, a. g. e., s. 86; Habeşistan Ceza Kanununun 70 inci maddesinde yargıça bazı kriterler verildikten sonra, cezayı hafifletmek, veya büsbütün kaldırmaya kadar geniş bir takdir hakkı verilmektedir. «*Le Code Pénal de l'Empire d'Euhiope du 23 Temmuz 1957, Paris, 1959, s. 53, md. 69, 70.*»

(53) MASSARI, a. g. e., s. 78.

(54) BENEDİCENTİ, a. g. e., s. 44.

(55) MASSARI, a. g. e., s. 78.

(56) BENEDİCENTİ, a. g. e., s. 45 vd.

(57) Md. 125.

(58) Md. 40.

(59) Md. 23, Md. 38.

hiyet Kanununun 2. maddesinin tadili hakkında kanunun teklifi (60), Jandarma Teşkilâtı ve Vazife Nizamnamesi (61), Muhasebeyi Umumiye Kanunu (62), Belediye Memur ve Mustahdemleri Nizamnamesi (63) de emrin tekrarı kabul edilmektedir. Şöyleki memur, âmirinden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasaya aykırı görürse yerine getirmeyecektir. Bu aykırılık emri veren âmire bildirecektir. Ancak âmirin yazılı olarak ısrarı karşısında emri yerine getirecek ve sorumluluktan kurtulacaktır. Buraya kadar meselenin izahı basit ve itiraz teorisine yöneltilecek tenkitleri burada da tekrarlamak mümkünse de, Anayasamız «konusu suç teşkil eden emir, hiç bir suretle yerine getirilmez, yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz» demekle emrin kapsamı (özü, muhtevası) itibariyle de kontrol teorisine taraftar görünmektedir.

Diğer yandan, Memurin Kanunu, il idaresi kanunu ise emri veren vali veya kaymakamın emrin mevzuata uygunluğunda ısrarları halinde, kendi sorumlulukları altında emrin icrasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Anayasa hükmüne göre yine memur emri kapsamı itibariyle kontrol edecek genel veya özel ceza kanunlarına göre bir kabahat dahi teşkil etse, nihayet kabahatta suç olduğuna göre icra etmeyecektir. Halbuki memurun kanunumuza göre ise, ancak «cürüm teşkil eden mevattan» ise infaz etmeyecektir. Netice olarak Anayasa, muhteva itibariyle (kapsam, özü) de bir kontrolü öngörmektedir.

Ceza kanunumuz ise, memura emri icra etmeden önce bir kontrol hakkı tanınmış ve bunun sınırının ve buna göre itaatın derecesinin ne olacağını kesinlikle belirtmemiştir. Yalnız «selâhiyettar bir merciden» emrin verilip verilmediği ve «infazı vazifeten zarurî» olup olmadığını kontrol edecektir. Bu iki ifadeye verilecek anlamaya göre, ceza kanunumuzun kabul ettiği teorilerin passif itaattan (64), şekli kontrolla (65), ve hem şekil hem muhteva itibari-

(60) Md. 2/B.

(61) Md. 97.

(62) Md. 13.

(63) Md. 34.

(64) G. VACCHELLI, *Il Limite Dell'Obbedienza Gerarchica e L'Articolo 51 del Nuovo Codice Penale*, Rivista Italiana di Diritto Penale, Annata IV, Padova, 1932 (X), s. 156.

(65) MAGGIORE, a. g. e., s. 265; FLORIAN, a. g. e., ss. 407, 408; C. B. İMPALOMENİ, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, 3 bası, s. 303; VIRGA, a. g. e., s. 105; MANZINI, «Trattato..», c. II, s. 147 vd. PANNAIN, «Manu-

le kontrole (66) kadar değiştiği iddia edilmiştir.

Mütevazi görüşümüze göre, ceza kanunumuz, emrin şekil itibariyle kontrolu teorisini kabul etmiştir. Şöyleki emri icra edecek memur, emri şekil bakımından kontrol edecektir. Âmir tarafından verilen bir emir, âmirin böyle bir emri vermeye yetkili olması memurun da bunu icraya mecbur olması ve emrin gerekli şekil şartlarına uygun olarak verilmiş bulunması kontrol edeceği hususlardandır. Daha sonraki kısımda temas etmek kaydıyla şu kadarını belirtelim ki şekli kontrolla yatınmeye marjinal bir itaat sınırının tanınması lâzımdır. Bu da kamusal memurlar bakımından «açıkca kanuna aykırı emirlerin» (67) ötesine kadar geçmemelidir.

II. İtaat Vecibesi ve Meşruiyetin Kontrolunun Sınırı.

Emrin meşruiyeti için gerekli ön şartları ve itaat sınırı ile ilgili çeşitli teorleri belirttikten sonra «itaat vecibesi ve meşruiyetin kontrolunun sınırı»nın ne olacağı üzerinde durmaya çalışacağız. FERRARIS'in haklı olarak belirttiği gibi «halli güç ve çok tartışılan bir konu» (68) olduğuna iştirak ediyoruz. Gerçi bu sınırı tâyin daha ziyade «idare hukuku ve kamu hukuku» sahasına girerse de (69) inleme konumuz olan ceza kanunumuzun 49/«1 ve 3 inci maddesi ve ona paralel bazı kanunlar ışığı altında bir sınırlama yapmaya çalışacağız.

ale..», s. 477, EREM, «*Türk..»*, c. I., s. 436; Enrico FERRI, *Principii di Diritto Criminale, Delinquente e Delitti*, Torino, 1928, ss. 465, 466; Burhan KÖNİ, *Ceza Hukuku Ders Notları*, (Polycopié), Siyasal Bilgiler Fakültesi notları, Ankara, 1959 — 1960, s. 97; mehaz İtalya ceza kanunu içtihatlarında da hususu teyit eder hususlar vardır. «Celse 30 ocak 1899» (*La Giustizia Penale* 1899 ,kol. 233); 12 nisan 1917, «*aynu mecmua*», 1932, kısım, I., kol. 1941, m. 174.

(66) DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/1, s. 89; ANTOLİSET, «*Manuale..»*, s. 200; BETTIOL, «*Diritto..»*, s. 268; Raoul FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, Parte generale, Diritto Penale Sostanziale, c. II., Torino, 1958, s. 246, 247; BATTAGLINI, *a. g. e.*, s. 318.

(67) Şilvio RANIERI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, c. I., Padova, 1952, s. 141; VIRGA, *a. g. e.*, s. 105; BENEDICENTI, *a. g. e.*, ss: 80, 81, MESSINA, *a. g. e.*, ss. 52 vd.; BETTIOL, «*L' Ordine..»*, s. 69; Turhan FEYZİOĞLU'nun Temsilciler Meclisinde Anayasanın 125 uncu maddesi görüşülürken yaptığı konuşma. «T. C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B. 50, 21.4.1961, O. 3. ss. 52 53.

(68) FERRARIS, *a. g. e.*, s. 255.

(69) Cesare CIVOLI, *Trattato di Diritto Penale*, c. I, Parte Generale Milano, 1912, s. 465.

Meselenin güçlüğü büyük çapta ceza kanunumuzun 49 uncu maddesinin 1 ve 3 üncü fıkralarının «noksan ve kifayetsiz» (70) olmasından ileri gelmektedir. Bu ihtiyaçlardır ki, Yeni İtalyan Ceza Kanununda, mehzaz Zanardelli kanununun bu maddesi tereddütleri iza- le edebilecek bir bir aydınlığa kavuşmuştur. Yahut Fransız, Belçika, İsviçre (71) sisteminde olduğu gibi, «kanunun hükmünü ve âmirin emrini icra» bir arada incelenmiş olsa idi, pratik ve doktriner güç- lükleri yenecek şekilde madde açıklık kazanmış olacaktı (72).

Kanunumuz 49 uncu maddesinde: «**Selâhiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî olan bir emri icra suretiyle... iş- lenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez «demekte ve » Bir nu- maralı bentte gösterilen halde, merciinden sadır olan emir hilâfı kanun olduğu takdirde neticesinden hâsıl olan cürüme mürettep ceza, emri veren âmire hükmolunacağı» nı belirtmektedir. Bu du- rumda, «selâhiyettar bir merci», «infazı vazifeten zarurî» ve «hilâfı kanun kavramlarının belirtilmesi itaatın sınırını çizecek nitelikte- dir.**

Hiyeraşık itaat bir vazifedir ve emrin meşruluğu lehinde bir kari- ne de mevcuttur. Fakat şekil şartlarına uymayan bir emrin lehindeki meşruiyet karinesinden bahsedilemez. Zira hiyeraşık itaat körü kö- rüne ve passif değildir. Bilâkis müsbet bir haktır (73). O halde emrin gerekli şekil şartlarına uygun olması lâzımdır (74). Fakat bunun dışındaki kontrol ve itaat ne olacaktır?

Kanunumuz «âmir» ve «fiil» ayrımı yapmayıp, «hilâfı kanun» emir neticesi «cürme mürettep cezayı» her ikisine de verse idi bu halde üzerinde durulacak bir mesele olmayacaktı. Fakat birinci ve fıkra açıklıkla bu ayrımı koymuştur.

(70) MASSARI, *a. g. e.*, s. 79.

(71) Belçika ceza kanunu md. 70; Fransız ceza kanunu md. 64,114,327; İsviçre Ceza kanunu, md.

(72) Yeni Habeşistan ceza kanunu ise 69 ve 70 inci maddesi ile daha teferruatlı hüküm getirmiştir.

(73) ROSSI, *a. g. e.*, ss. 265, 266.

(74) SANTORO, «*L'Ordine* s. 231; DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/I, s. 91; EREM, «*Türk..*», c. I., s. 436; BETTIOL, «*L'Ordine..*», 66; MASSARI, *a. g. e.*, s. 79; MESSINA, *a. g. e.*, s. 79! MESSINA, *a. g. e.*, s. 50 vd.; ANTOLISEI, «*Manuale..*», s. 200; askeri şahıslar ayrımı yaparak onlar bakımından şekli kontrole da taraftar olmuyor. MAGGIORE, *a. g. e.*, s. 265; MANZINI, «*Tratta- to..*», c. II, Torino, 1933, s. 264.

Yahut, «kanuna uygun emirlere» sadece itaat bahis mevzu olsa idi, o zaman «kanuunsuz suç ve ceza olmayacağına «göre ne emri yerine getiren «fail» ne de emri veren «âmirin» sorumluluğundan ve ne de cezadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Demek oluyor ki, ceza kanunumuzun 49 uncu maddesinde bahsedilen fiil suç teşkil eden bir fiildir. Zaten suç teşkil etmiyorsa, ceza kanununda yer almasına da lüzum yoktu. VACHELLI'nin dediği gibi eğer fiil suç teşkil etmese idi emri icra ile herşey gayet iyi gitmiş olacaktı» (75).

MANZINI'nin itaat vecibesinin en sert sınırının ceza kanunu ile konmuş olduğu, emri yerine getireni, cezai bakımdan sorumlu tutan bir emre itaatın ve böyle bir emrin memuriyet vazifesi arasında sayılmasının mümkün olamayacağına, BETTIOL'un kanaatine uyarak iştirak etmiyoruz (76). Zira bu yönlü bir yorum 49 uncu maddenin ve Yeni İtalyan Ceza kanununun 51 inci maddesinin anlamının inkârı demek olacaktır. Maddeler, suç teşkil eden bir fiilin işlenmiş olmasını, yani bir ceza kanunu maddesinin, himaye ettiği değer, âmrin emrinin icrasını takben ihlâl edilmiş olmasını öngörmektedirler. Şayet gerçekten ceza kanunu, memurun itaatı bakımından bir sınır koymuş olsa idi, bahsedilen maddelerin hükümlerinin anlaşılması mümkün olmayacaktı. Zira bunlar âmirinin emri ile suç işleyen memurun cezaî sorumluluktan muaf tutmaktadırlar (77). Ceza kanunun olduğu gibi, diğer kanunlarında emrin yerine getirilmesi veya getirilmemesi bakımından kesin bir itaat sınırı çizmiş olmalarına da iştirak mümkün değildir. Zira o takdirde, bir suç işlemek bahis konusu olmayacağına göre, emri yerine getirenin olduğu kadar, emri verenin de cezaî sorumluluğundan dolayısıyla cezalandırılmasından bahsetmeye imkân yoktur (78). Halbuki bu ise kanunun sarib ifadesine aykırıdır. Zira kendi emri

(75) VACCHELLI, *a.g.e.*, s. 156.

(76) BETTIOL, «*L' Ordine..*», s. 55; MANZINI, «*Trattato..*», c. II, 1933, s. 260; Emirle bir suç işlemek bahis mevzu olduğu zaman itaat vecibesi de sona erer». Giuseppe CIARDI, *Obbedienze Gerarchica Militare Sindacato sulla Legittimità del Ordine*, Rivista Penale, 1931, c. I., s. 634; «amirin emrine itaat, hattâ askeri münasebetlerde de ceza kanununun da bir sınır bulur», (Temyiz; 2. kısım, 13 şubat 1933, *Giurisprudenze Penale*, 1933, kısım II, kol 118).

(77) BETTIOL, «*L' Ordine..*», s. 55. «Emrin şayet gayri meşru olması halinde kanun emri veren âmire cezayı yüklemektedir.» (Celse, 30 ocak 1899, *La Giustizia Penale*, 1899, kol. 233).

(78) Aynı mahiyette, BETTICI, VECHELLI, MASSARI, BENEDICENTI, PESSINA, MANJO, CIOLI, «*Della Imputabilità..*», s. 141 vd.

ile hareket edilen ve neticesinden bir suç meydana gelen halde âmir sorumlu tutulmuş ve cezalandırılmak istenmiştir. Bu demektir ki âmir bakımından bir meşruiyet, cezasızlık halî bahis mevzu değildir ve verilen emir hukuk düzeninin talep ettiği icaplarla ahenkli değildir. Diğer yandan, «âmirin emrini icra» ile «kanunun hükmünü icra aynı olarak kabul edilemez. Şayet yukarda belirtmiş olduğumuz gibi olsa idi, o zaman «hilâfî kanun» bir emrin, yani «gayrî meşru» bir emrin olmaması icap ederdi (79). Emir, daima ister doğrudan doğruya kanundan, ister dolaylı olarak âmir aracılığı ile emir şeklinde olsun hiç bir zaman gayrî meşru ve hilâfî kanun kabul edilemezdi. Böyle bir ipotezde emri yerine getirenin durumunda değişiklik olmayacak zira her iki halde de sorumluluğundan ve cezadan bahsedilemeyecektir. Fakat âmir bakımından ise «hilâfî kanun» emrin kabulü ile sorumluluk ve ceza doğacaktır.

İtaatin sınırını tâyin bakımından memur ve askerî şahıslar ve polis ayrımını yaparak incelememize devam edeceğiz.

a) Memurlar (sivil şahıslar) bakımından itaatın sınırı.

Bir zamanlar, bir yazarın dediği gibi, idarenin bir kaç yüksek kademedeki âmirlerinden (üstlerinden) başkasında karar verme yetkisi toplanmamıştır. Diğerleri ise iaat göreviyle yükümlenmişlerdi. Bu âmirler idarenin bir nevi beyni gibiydiler. Diğerleri ise itaat edeceklerdi. Memurların, emir ve itaat iki çeşit hareket tarzları idi. Bu gün ise, her şeyi yazılı kanun ve tüzükler ve yönetmelikler halletmiş vaziyettedir. En mütevazî memur bile, bütün hayatı boyunca, âmirinin bir emri olmaksızın, mesleğini bilip icrada bulunur. Bu bakımdan emir müessesesi bir nevî tâli hal almaktadır (80), fikrine gerçeklere uygun olmaması ve daha yukarda belirtmiş olduğumuz «kanunun hükmünü icra» ve «âmirin emri» ayrımı dolayısıyla iştirakî mümkün görmüyoruz. Eğer öyle olsa idi memurlar bakımından itaatın sınırı «kanunların, tüzüklerin, yönetmeliklerin» tatbikidir der ve kolaylıkla sınırı belirtmiş olurduk.

Şayet mesele VACCHELLI'nın dediği gibi de olsa idi (81), yani mehz ZANARDELLI kanunu pasif itaatı kabul etmiş olsa idi,

(79) BETTIOL, «L'Ordine..», s. 56.

(80) GEORGIN, *Le Statut des Fonctionnaires*, Paris, 1911, s. 299 vd. GALATERIA a . g. e., s. 196 — dan naklen.

(81) VACCHELLI, a. g. e., s. 156.

yani kayıtsız şartsız itaat olsa idi, yine sınırı belirtmek kolaydı. Hattâ sınırdan bahsetmeye bile lüzüm yoktu. Zira bu halde sadece basit bir icra edenden başka birşey olmayan memura ceza verilmiş olmayacaktı. Almış olduğu emri yerine getirmekten ibaret bir faaliyette bulunmuş olacaktı. Yalnız burada bir ayırım yapan yazar, «katiyetle memuriyet vazifesi dışında» (82) olan emre itaatın mümkün olmayacağı zira memuriyetin kölelik demek olmadığını, kontrol yasağı sınırının dolayısıyla itaatın sınırının buraya kadar götürülmiyeceğini belirtiyordu.

Bu iki ekstrem (uç) arasında, esasen meseleyi halletmekten uzak T. C. K. 49/1 — 3 e göre (83) «ifası vazifeten zarurî emirden» ne anladığımız — zira madde hangi emrin ifasının vazifeten zarurî olduğunu belirtmiyor — açıklamaya çalışacağız.

Diğer meşruiyet hallerinde olduğu gibi, burada meseleyi muhasıran objektif açıdan almamak lâzımdır. Zira aksi takdirde emri verenle emir yerine getirenin müştereken sorumluluğu gibi bir neticeye varılması mümkündür. Âmirin emrini icra da sorumlulukla ilgili şartların sübjektif bakımdan değerlendirilmesi lâzımdır (84). Yahutta kanuna «âşikâr surette aykırılık» ile, alınan emrin «zahiran kanuna uygun görünmesi» halini ayırmak lâzımdır (85). Âşikâr surette kanuna aykırılık halinde emir, «ifası vazifeten zaruri» bir emir olmayacaktır.

Emrin meşruiyetinden şüphe edilirse, ifadan sakınılması, zira itaatsızlık bir cürümden daha az vahim bir netice ve sorumluluk doğuracağı ileri sürülmüşse de (86), genellikle basit bir şüphe halinin, meşru emre itaatsızlığın husule gelmesine sebep olabilmesi bakımından tehlikeli olacağı da belirtilmiştir. Ancak emredilen şeyin gayri meşru olduğuna tam inanırsa bu hakkı tanımanın yeterli olacağına, şüphe halinde karinenin âmirinin lehine yorumlanmasına temas edilmiştir. (87). Ancak, ifası vazifeten zaruri olan emrin âşikâr şekilde, tereddüde yer vermeyecek derecede «hilâfı kanun» olmaması lâzımdır.

(82) Aynı yer.

(83) FERRARIS, *a. g. e.*, 256.

(84) MAJNO, *a. g. e.*, s. 138.

(85) Hamza EROĞLU — Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Ceza Hukuku Dersleri*, - Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi, 1962 — 1963, s. 107.

(86) GROTIUS, ADOLPHE — HELE, *a. g. e.*, c. I, s. 574 - den naklen

(87) BARBEYRAC, aynı yerden — naklen; BATTAGLIGINI, *a. g. e.*, s. 320

BONNARD, itaat derecelerini incelerken ikiye ayırıyor: Kanuni emirler ve gayri kanuni emirler. Kanunî emirlere madunluk münasebeti dolayısıyla da itaat mecburiyeti vardır. Gayrî kanunî emirlere gelince doğru çözümün iki ekstrem arasında olduğu belirtiliyor. Haklı olduğu zaman, asta emre itaatı reddedebilme imkânının tanınması lâzımdır. Bunu şekili gayrî kanunilik ve bariz gayrî kanunilik hallerinde yapabilmelidir. Emri verenin bunu vermeye yetkisi yok ise, açıkca kanuna aykırı emir ise, yerine getirmemelidir, demektedir. (88).

Kanunun ifadesine göre, icra edilebilmesi., itaat edilebilmesi için, şekil şartlarına uygunluğu yani, emrin, emri verenin olduğu kadar, emri yerine getirecek olanın da yetkisi dahiline girmiş girmiş şolması lâzımdır. Ayrıca âmirin de bu hususta yetkili olması gerekli şekil şartlarına uygun emir vermiş bulunması lâzımdır (89). Bunsuz meşruiyet, ve netice olarak emrin icrasının bir meşruiyet sebebi olarak ileri sürülmesi mümkün değildir (90). Hattâ bu hususta yani açıkca suç teşkil etmesi halinde emri icra edenin asker sivil şahıs olması arasında fark görmeyip bu hallerde itaat edilmesine taraftar olanlar vardır (91). Böyle bir ayrımın medenî olmayacağına işaret eden IMPALLIOMENI, üstelik kanunda da böyle bir ayrımın olmadığını, askeri şahıslar bakımından da mutlak itaatın bahis konusu olmayacağına temas ediyor (92).

Verilen emirle, idarî teşkilâtın bir organı olarak âmirin hareket ederek, yetkisi dahilinde bir davranışta bulunup bulunmadığına bakmak lâzımdır. Yoksa emir, sadece bir ferdin iradesi olarak mı verilmiştir? Eğer böyle ise, hukukî anlamda bir itaat vecibesi yok-

-
- (88) Roger BONNARD, *Précis de Droit Administratif*, IV. bası, Paris, 1943. s. 480; GIRIODI, *a. g. e.*, s. 396; DUVERGER, *a. g. e.*, s. 298, 199.
- (89) MAJNO, *a. g. e.*, s. 137; BENEDICENTI, *a. g. e.*, s. 54; C. VALENTI, *La Responsabilità degli Amministratori e degli Impiegati*, Roma 1927, ss. 770 771; ANTOLISEI, «*Manuale..*», s. 200, FERR, «*Principii* ss. 465, FLORIAN, *a. g. e.*, 407.
- (90) *Relazione Ministeriale sul libro del Progetto di Codice Penale*, presentato alla camera dei deputati, Roma, 1888, s. 277! *Codice Penale del Regno d'Italia*, Firenze, 1889, s. 91; ALIMENA, *a. g. e.*, c. I, s. 542 de «itaat vecibesinin bir meşruiyet sebebi olabilmesi, emrin suç teşkil etmesi ve gayrî kanuniliğinin açık olması halinde sona erer» demektedir.
- (91) «Açıkça suç teşkil eden emri icra eden asker ve sivil şahıslara sorumluluk yönelir», HAUS, *a. g. e.*, s. 347.
- (92) IMPALLOMENI, *a. g. e.*, 304.

tur. (93). Fakat emir bir organın ifadesi ise, bu takdirde memuriyet ihlâl etmedikçe, madun bakımından bir itaatsızlık düşünülemez (95).

Şöyle bir ipotezi nazarı itibare alabiliriz. Aksiyon olarak şöyle bir durumu kabul etsek: Emrin ifası vazife icabı olsun ve memurun kanunen bizatihi ifası kendi yetkisi dahilinde bulunan işleri arasına girmesin. Bu şartla altında itaat zorunluğu vardır. Bu noktada tereddüt yok, itaat sadece hizmet vazife münasebeti çevresinde mümkündür ve bulunur. Eğer memur tarafından ifası gereken husus, tamamen kendi yetkisi dahiline giren bir konuda bahis konusu ise, kimse kendi yetkisine giren bir konu da müdahale edip, emir veremez. Eğer buna rağmen emir verilmişse ve memurda ifa etmiş ise, neticeden hasıl olacak kanuna aykırı durumdan memurun sorumlu olması gerekir (95). Kaymakamın yetkisi dahilinde olan bir işe, valinin emir vermiş olması halinde olabileceği gibi.. 5917 sayılı kanuna göre, karar verme yetkisi kendi bölgesini ilgilendiren hususlarda kaymakama aittir. Valinin emri ile hilâfı kanun bir karar verilmiş ise, bundan kaymakamın sorumlu olması lâzımdır.

Diğer yandan, madun, âmirin kendi özel hayatını ilgileyen veya vatandaş olarak kendisinin özel hayatıyla ilgili emirlerine itaat etmek zorunda değildir. Meselâ: şu gazeteyi okumuyacaksın, çocuğuna şu dinî eğitim vereceksin gibi. Fakat bağlı olduğu memuriyet yahut hizmetin genel icabı özel hayatla bağbulunabilir. Hizmet dışında hükümetin genel politikasına aykırı faaliyetleri tanzim ve idare etmesi gibi (siyasetle iştigâl) bu hallerde hizmet menfaati olup olmadığına karar vermek mahkemenin yetkisine girer (96).

Şayet memur iki zıt durumla karşı karşıya ise, birinde âmirin emri, diğerinde kanun bahis mevzu ise, kanuna üstünlük tanımak ve itaat etmek lâzımdır (97). Zira hilâfı kanun emir hiç bir

(93) MANZINI, «*Trattato.*», 2. bası, c. II, s. 148 ve 150; BENEDICENTI, *a. g. e.*, s. 29.

(94) *Aynı yer.*

(95) FERRARIS, *a. g. e.*, s. 256, 257; GIRIODI, *a. g. e.*, s. 367 de «Muhtariyet olan yerde itaat vecibesinin olmadığını belirtiyorum».

(96) BENEDICENTI, *a. g. e.*, ss. 26, 27.

(97) MANZINI, «*Trattatto.*», 2. bası, c. II, s. 147 ANTOLISEI, «*Manuale.*», s. 200; RANIERI, «*Manuale.*», 140; DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/s. 89 vd.; EREM, «*Türk.*», c. I., s. 437.

zaman ifası vazefiten zarurî emir olarak kabul edilemez. Hilâfı kanun emir, âmirin ya yetki aşımından, ya yetkisizliğinden veya emrin muhtevasının kanunu ihlâl etmiş olmasından ileri gelebilir (98). Bu durum karşısında emri yerine getirecek memur emrin muhtevası (kapsamı, özü) itibariyle bir kontrol yapacak mıdır?

Zira, Anayasamızın 125 inci maddesi «konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez» demektedir. Memurun kanunumuzun 40 inci maddesi ise: «emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevattan bulunmamasını» şart koşturmuştur. Ceza kanunumuza göre, ise, «kanunsuz emri icra eden memurun ceza görmeyeceği manasını da çıkarmak mümkündür» (99).

Kanuna aykırı ve suç teşkil eden emri, icra etmemek prensibi doğru ve memur yetkisinin tabî yargıçı ise de, âmirin yetkisi meselesinde de başkaca yargıç yoktur. Kanun tefsir ve tatbiki ona aittir (100). Üstelik âmirin lehine de kuvvetli bir varsayım vardır, Memur, âmirinin kanun maddesini doğru yorumlayıp yorumlamadığını düşünebilmesi halinde, âmirin doğru bir yorum yapacağı karesi daha kuvvetlidir. Akisini mevcut idarî mekanizmayı alt üst etmeden kabule hemen hemen imkân yoktur. Meselâ: Bir polis, bir komiser, gümrük memuru bir bakanlık genelgesini veya sirküleri kendi düşünceleri daha muvafık daha hukukidir diye icradan imtina etmeleri halinde olabileceği gibi. Modern Devlet anlayışında yetki bütünlüğü, âmi — memur münasebeti ve yardımlaşması vardır. Diğer yandan memurun, âmirinin emrinin «muhtevasının doğruluk ve kanuniyetini» kendi anlayışına göre değiştirme ve ona uyması da düşünülemez. Bu klâsik Devlet anlayışında olduğu kadar, Sovyet Rusya, Sosyalist Devlet anlayışında da böyledir (101). Üstelik böyle bir kontrol onun bakımından da çok güç olacaktır (102). Gerek kültürel, gerekse içinde bulunduğu şartlar, hiyerarşik bağ dolayısıyla bunun tahakkuku güçlük arzedecektir (103).

(98) FROSALI, «Sistema..», c. II, ss. 246 vd.

(99) EREM, «Türk..» c. I, s. 437.

(100) MANZINI, «Trattato..», 2. bası, c. II, s. 147; CRIVELLARI, a. g. e., c: 'III s. 495 de «hiyerarşik itaat bir vazifedir. Âmirin emrine bir meşruiyet karesi refaketeder. Bunu icra eden memur ise genellikle bundan istifade eder» demektedir.

(102) MAYER : BARTHELEMY, a. g. e., s. 532 — den naklen

(103) FERRI, «Principii..», s. 466.

O halde emrin meşruiyetini kontrolde, suç teşkil edip etmediğini tayinde, memura emrin değer ve liyakatı, yerinde ve uygun veya haklılığını kontrolde, ne de emri vermeye âmiri iten saikleri tetkike kadar yani keyfi veya haklı olduğuna dair bir yayılma kabul etmemek lâzımdır (104). Zira yargıçlar bile, idarî tedbir ve kararların «uygunluk»unu kontrol edemedikleri gibi, sadece hukuken mevcut olabilmesi için gerekli şartların yerine getirilip getirilmediğini dikkata almak zorunluğundadırlar (105). O halde memur için böyle bir kontrolü da yüklemeye doğru değildir. Fakat memur, âmirinin kasti olarak bu şekilde hareket ettiğini biliyorsa, o zaman durum farklı olup, itaat etmemesi gerekmektedir (106). Âmirin şahsi intikam hissiyle hareket etmesi, evrakta tafrifat yapması hallerinde olduğu gibi.

Mütevazi görüşümüze göre, ceza kanunumuzun, Anayasa ve memurun kanunlarının ifadeleri karşısındaki tezadı uzlaştırmada, memur bakımından emrin suç teşkil edip etmediği hususunda bir ayırım yapmanın gerekli olduğudur. Emrin «kanuna açıkça aykırı» olması dolayısıyla suç teşkil etmesi yahut «kanuna zahiri bir uygunluk olduğu halde neticeden bir suç meydana gelmiş olmasını» ayırmak lâzımdır. Eğer «kanuna açıkça aykırı bir emir verilmişse (107), «müşahhas bir şekilde gayrî meşru» (108), «mantıki bir şekilde inanarak hiçbir kanuna aykırı bir emir (109) olmadığı kanısıyla hareket etmiş ise, gerekli kontrolü yapmış demektir.

Zaten kanunumuzda cezasızlık halini «infaz vazifeten zarurî» emre hasretmekle hiç bir kontrol yapmadan emre itaat edilmesini kabul etmemiştir. Mevaz kanun içtihadları da 49 uncu maddenin yukarda yapmış olduğumuz ayırım şeklinde anlaşıldığı yolundadır. «İtaatın sınırı emrin açıkça gayri kanuniliğindedir. Bu halde itaat etmemek memurun hakkı değil, aynı zamanda vazifesidir (110).

(104) RANIERI, «Manuale..», s. 140; BENEDICENTI, a. g. e., 54; Carlo SALTELLI - Enrico Romano di FALCO, *Commento Teorico Pratico del Codice Penale*, c. I. 3 bası, Roma, 1956, 345.

(105) BRICHETTI, a. g. e., s. 298.

(106) De MARSICO, a. g. e., s. 99.

(107) TANER, a. g. e., s. 399 da emir açıkça kanuna muhalif ise, itaata mecbur olmama halini daha mülayim bulduklarını belirtiyorlar.

(108) VIRGA, a. g. e., s. 105.

(109) COGLIOLO, a. g. e., c. I. s. 48

(110) Temyiz(26 ocak 1925), *Rivista Penale*, CIV, 67; *La Giustizia Penale*, 1907,

Normal olarak memurun yapması gereken kontrolla meydana çıkacak gayrî kanunî emirlere itaat etmemesi lâzımdır. BETTIOL'un vermiş olduğu misale göre (111): Millî Eğitim Bakanı, Rektöre, evrakta tahrifat yaparak bir gençin üniversiteye kabulünün sağlanmasını emretse, Rektörde, sekretere orta okul diplomasından da da yoksun bu gençin Üniversiteye kaydı için emir verse, sekreterin olduğu kadar, Rektörün de şekil ve kapsam itibariyle kanuna açıkça aykırı olan bu emri icra etmeyi reddetmiş olmaları lâzımdır (112).

Diğer yandan, sorgu yargıcı bir tevkif müzekkeresi verse ve polise gereğinin yapılması için yollansa. Kanundaki tevkif sebeplerine uygun olarak müzekkerenin verilmemiş olması halinde, polisin emri yerine getirdi diye, şahsî hürriyeti keyfî olarak tahditten sorumlu tutulmaması ve kontrolü buraya kadar yapmış olmasını istemek mümkün değildir. Zahirî olarak kanuna uygun olarak polis hareket etmiştir. (113).

Doktrinimizde, genellikle, emrin kanuna aykırı olup olmadığının şekli yönden olabileceği gibi, muhteva itibariyle de olacağı sa-

kol, 1945; aksi içtihad, «yetkili merciin kanuni emri omaksızın itaat vecibesinin olmayacağı aşikârdır», Temyiz, 26 Nisan 1898.

(111) BETTIOL, «*Diritto...*», s. 269; «itaat vecibesi, memurdan tabiyet dolayısıyla şuur ve hareketinin sorumluluğu gerektirip gerektirmeyeceğinin idrakini kaldıracak derecede mutlak değildir. «GIRIODO, *a. g. e.*, s. 307; ayrıca, GALATERIA, «memur, âmirinin emri verdiği zamanki ehliyetini de nazara alması delirme, çılgınlık, ipnotize, tam sarhoşluk hallerinde verilen emirlere meşru olarak itaat etmeyebilir», *a. g. e.*, s. 230.

(112) BETTIOL, *aynı yer*.

(113) Aynı mahiyette, EROĞLU — GÖLCÜKLÜ, *a. g. e.*, s. 107; IMPALOMENI, *a. g. e.*, s. 303; BETTIOL, «*Diritto...*», s. 268; «İfası vazifeten zaruri olan yetkili bir merci tarafından verilen emrin madun tarafından icrası fiilî onun bakımından bir suç teşkil etmez. Keyfî tevkif halinde olduğu gibi. Emrin kayrî kanunî olması halinde, kanun âmir bakımından cezayı öngörmektedir» (Celse 30 ocak 1899, *La Giustizia Penale*, 1899, kol. 233); «Sorgu hâkimi bir şahıs hakkında tanzim ettiği tevkif müzekkeresini zabıta memuruna gönderse, o da müzekkerede adı yazılı şahsı tevkif etse ve fakat sorgu hâkimi bu tevkif muamelesini yolsuz ve kanuna muhalif olarak vermiş bulursa bu halde zabıta memuruna hiçbir mesuliyet teveccüh edemez. Çünkü sorgu hâkimi umumî surette tevkif müzekkeresi vermeye yetkili bir mercidir. O merciden verilmiş bir tevkif müzekkeresini alan zabıta memuru, bu emrin kanuna uygunluğunu tetkik ve münakaşa edemez. Bu itibarla eğer tevkif emri, yolsuz ve kanununa muhalif ise... bütün mesuliyet tevkif emri, vermiş olan sorgu hâkimine teveccüh eder» TANER, *a.g.e.*, 1934, s. 262; Bu hususun tartışılabilir olduğu hakkında bkz, DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/s, 89.

vunulmuştur (114). Binaenaleyh emir muhteva itibariyle de meşru olmalı, yani kanuna aykırı olmamalıdır. Bunun için «açıkca kanuna aykırılık» ile «zahiren uygunluk ayrımı» pek yapılmamıştır. Hattâ DÖNMEZER — ERMAN tarafından savunulan fikre göre, ceza kanunumuzun 49 uncu maddesinin son fıkrası, emre itaat edebilmek için «hilâfı kanun» olmadığını memurun tetkik etmesi şartını koyduğunu, son fıkranın, «emrin yetkili bir merciden verilmesi» ve «ifasının memurun vazifesi arasına» girmesine bir de «hilâfı kanunun olmaması şartını üçüncü bir şart olarak getirdiği yolunda dır. Böylece tevkifi müstelzim bir durum yok iken, tevkif müzekkeresi verilmiş ise, emrin kanuna aykırılığında bahsedilenebilecektir. (115). Memur şekil ve muhteva itibariyle kanuna aykırı bir emri yerine getirecek olursa, 49 uncu maddeye göre uygun hareket etmiş olmayacaktır. denilmektedir (116).

Yukarda belirtmiş olduğumuz görüşe, şekil ve muhteva bakımından kontrolün gerekli olduğunu kabul ederek iştirak ediyorsak da, burada daha önce yapmış olduğumuz ayırmada olduğu gibi, muhteva (özü, kapsamı) itibariyle kontrolün kanuna «zahiren uygun» emirlere, yahut açıkca gayrî kanuni olmayan emirlere kadar götürmemek lâzımdır. Aksi takdirde, muhteva itibariyle kontrolü, emrin durumun şartlarına uygunluğuna, yanlış kullanılan bir takdir hakkına kadar götürmek mümkünüdür. O zaman da, 49 uncu maddenin emri yerine getiren bakımından bir meşruiyet (hukuka uygunluk)) sebebi getirmesi mümkün olmayacağı gibi, 49 uncu maddenin bir ve sonuncu fıkralarının da bir anlamı kalmaz. Esasen böyle bir kontrol, memurun âmiri kadar bilgili ve onun kadar kültürel ve cesaretli olması karinesine dayanır ki bunun da gerçeklere uygun olacağına inanmıyoruz. Hiç olmazsa kanunumuzun mevcut ifadesi, aksini anlamamıza mani olmaktadır.

«Kanuna aykırı olan ve hele suç teşkil eden bir fiile müteallik bir emrin vazife cümlesinden sayılamıyacağını» belirten, muhterem Hocamız KÖNİ (117), «İnfazı vazifeden zarurî olan emirden» gerek emri veren «âmirin gerekse icra edecek memurun vazifesine dahil olmasını anlamaktadırlar. Kanuna aykırı ve hele suç teşkil eden bir emrin vazifeden zarurî olamayacağına işaretle, sav-

(114) DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/, s. 89.

(115) *Aynı yer.*

(116) *Aynı eser*, s. 92.

(117) KÖNİ, *a. g. e.*, s. 98.

cının, zabıtaya bir sanığın tevkif edilmesini emretmesi halinde itaatın zarurî olmayacağına değinmektedirler. Hocamızın kanuna aykırı ve suç teşkil eden emirden maksatlarının vermiş oldukları misâlde de belirttikleri gibi açık bir şekilde suç teşkil eden emirlerle itaat edilmemesini anladıklarını ve itaat için bu sınırı kabul ettiklerine inanıyoruz (118).

Belirtmiş olduğumuz sınırlar içinde suç teşkil eden «hilâfı kanun» bir emir olursa memur nasıl hareket edecektir? Memurun kanunumuzun 40 inci maddesi ve Anayasamızın 125 inci maddesi bu hususta memurun yapması gereken kontrolden ve sınırdan bahsetmektedir. Memurin kanunumuza göre (119), memur, emir, ve talimatname ve kanun kanun hükümlerine aykırı görürse durumu emri veren âmirine veya makama bildirir. İlk emirde ısrar vâki olur ise, memuru bütün sorumluluğu kendi âmirine ait ve münhasır olduğunu yazılı olarak bildirerek emri infaz eder. Fakat bu yönlü emirlerin kanunen cürüm teşkil etmemesi lâzımdır. Aksi takdirde durumu daha yüksek makâma, emri infaz etmeyerek bildirmek durumun dadır.

Anayasamızın 125 inci maddesi ise, aynı usulü benimsemiş olmakla beraber, âmirin ısrarı halinde emrin âmir tarafından yazı ile yenilenmesi şeklinde usulü değiştirmiştir. Ayrıca emrin konusunun «cürüm» teşkil etmemesi yerine «suç» teşkil etmemesi halinde infaz edilmemesini öngörmüştür (120).

Ceza kanunumuzun 49 uncu maddesi ile memurin kanunu ve anayasamızın arasındaki tezadın görünüşte mi olduğu hükümleri-

(118) Aynı yer.

(119) Anı prensip diğer kanunlarla da benimsenmiştir. İl İdaresi kanunu no: 5442. md. 23; Muhasebeyi Umumiye Kanunu, md. 13; Jandarma Teşkilât ve Vazife nizamnamesi, no: 2/7756, md. 97 de de Jandarma Komutanlarının vâliler tarafından kendilerine resen verilen emirlerin kanun ve nizamnamelere uygun olmadığı ictihadında buldukları takdirde keyfiyeti yazı ile vâlilere bildirmelerini âmirdir. Ayrıca bkz., aynı nizamname md. 98.

(120) FEYZİOĞLU'nun Temsilciler Meclisinde yapmış olduğu konuşmada: Anayasamızın 125 inci maddesine (tasarının 124 üncü) «açıkca» kelimesinin ilâvesinin maddeyi daha vazıh hale getireceğini, bu suretle «kanuna açıkca aykırı bu gibi emirleri yerine getirenler mesuliyetten kurtulmaz» tarzında bir cümlenin ilâvesini n yerinde olacağını; «açıkca» kelimesi olmadığı takdirde, âmirlerle memur arasında bunun suç olup olmadığı hususunda hiyerarşik bir tartışmaya yer verilmiş olacaktır şeklindeki haklı iddialarına rağmen, teklifi kabul edilmemiştir. (T. C. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, B. 50, 21.4.1961, 0.3. ss. 53 vd.)

nin telifinin mümkün olup olmayacağı, dolayısıyla Anayasaya bir ayrılıktan bahsedilip edilemeyeceği ayrı bir tetkik konusudur. (121).

b. Askerî Şahıslar Bakımından İtaatın Sınırı.

Askerî şahıslar bakımından(âmirin (üst)'ün emrine itaat hususunda, memurlarınkinden daha dar bir kontrolun yapılarak itaat edilmesi prensibi gerek doktrinde (122), gerek mevzuatta kabul edilmekle beraber (123), bu ayrımın doğru olmayacağını da belirtenler vardır (124).

Askerî emirlere itaat konusunda, eski hukukçuların «hafif cürümler» (crimes legers) ve «ağır cürümler» (crimes atroces) ayrımı yapıp, bunlardan birincilerin icrasının meşru olacağı, iddia ediliyordu (125). Diğer bir fikre göre ise, emrin meşruiyet derecesi ne olursa olsun, itaatı reddeden asker sorumlu olmalıydı. Şayet emri yerine getirirse sorumlu olmayacaktı. Yani mutlak ve körü körüne bir itaat ileri sürülüyordu. Bu mutlak itaat sistemi ise kabul şayan değildir (126). Askerlerin, memurlardan daha fazla itaata mecbur olmaları, itaatları için, emrin sadece üstü tarafından verilmiş olması yeterli değildir. Askerî münasebetlerde disiplin esas ve itaat sakınılmaz bir kaide olmakla beraber, hatta harp ve fevkâlâde hallerde askerin itaat vecibesi daha kuvvetli ise de hiç bir zaman

(121) KÖNİ, *a. g. e.*, s. 98.

(122) EREM, «*Türk...*» c. I., s. 437; DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, C : II/I. ss. 94 vd.; KÖNİ, *a. g. e.*, s. 91; TANER, *a. g. e.*, ss: 398, 399; BETTIOL, «*Diritto...*», s. 268; FROSALLI, «*Sistema...*», c. II, ss.245 vd. ANTLISEI, «*Manuale...*», s. 200; RANIERI, «*Manuale...*», c. I., s. 140; BATTAGLINI, *a. g. e.*, s: 318; BOUZAT — PINATEL, *a. g. e.*, c., s. 265; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée*, 2. bası, Paris, 1961, s. 103; ADOLPHE — HELIE, *a. g. e.*, c. III, s. 570 vd. GARRAND, *a. g. e.*, c. II., s. 57 vd.; SANTORO, «*L'Ordine...*», s: 233; ERMAN, *a. g. e.*, ss. 130 vd.

(123) T. C. K., md. 49/I — 3; Yeni İtalyan Ceza kanunu md. 51; Tc. Anayasası md. 125; Yunan Ceza Kanunu md. 21; Belçika Ceza kanunu md. 70; Fransız ceza kanunu md. 327; Lüksemburg Ceza Kanunu md. 70; Portekiz Ceza Kanunu md. 44; İstanya Ceza Kanunu md. 8; Kolombiya Ceza Kanunu md. 25; Habeşistan Ceza Kanunu md. 70;.

(124) IMPALLOMENI, *a. g. e.*, s. 304.

(125) LABORDE, *a. g. e.* 110.

(126) MANZINI, «*Trattato...*», 2. bası, c. II, s. 153, ve di_p not2; GARÇON, *a. g. e.*, c. I.s. 222; COGLIOLO, *a. g. e.*, c. I/2, s. 50,

askeri kör bir vasıta olarak kabul ve tasavvur mümkün değildir (127). Harp sırasında emirlerin passif itaata göre icrasının zorunluluğunu benimseyen BONNARD, sulh zamanında ise, ordunun modern anlayışının bir okul olduğu ve yetişmekte olanların bir passif itaatla bağlanmamalarını yahut bunun mutlak olmamasını kabul ediyor (128).

Diğer bir fikre göre ise, askerlerin ancak kanuna uygun emirlere itaat etmeleridir ki (129) buda askerî disiplinle bağdaşması zor olan bir düşüncedir ve askerî disiplini yıkan bir teoridir (130). Ayrıca askerî emirlere mukavemet, askerî hiyerarşik münasebette bir basınçla karşılaşır. Bu halde emir, hemen hemen tamamen astın kontrolü dışındadır. Hatta kaidelere uygun olmayan (irregolare) bir emir olsa bile (131). Fakat askerî disiplinin bizzatihi gayeleri ve medeni bir düzen içinde yaşamasının esaslı kaidelerine riayet edilmesi bakımından, kanunun açıkca ihlâli olan ve cürüm teşkil eden emirlere itaat bir vazife değildir (132).

Şayet emir «cürüm» (criminoso) teşkil etmekle beraber bu açıkca değilse itaat zorunluluğunun yine olmaması ileri sürülmüştür (133). Zira üstün, astına suç teşkil eden emir vermeye hakkı yoktur. Astın itaatsızlıktan dolayı takip edilmemesi lâzımdır. Şayet emrin meşruiyeti şüpheli ise, itaat gereklidir (134).

Askerî emirlerin de, meşruiyeti için gerekli önşartlardan, şekil şartlarına uygun olması lâzımdır. Şekli şartlara uygun olmadan verilen emir (yazılı veya sözlü olabilir) riayeti gerektirmeyen bir emirdir. Zira şekli kontrol hiçbir halde ortadan kaldırılamaz (135). Ayrıca emir, askerî disiplin ve hizmetin açıkça ve katiyetle dışında veya askerî disiplin ve hizmete aykırı ise, itaat edilmemelidir (136).

(127) Adolphe PRINS, *Science Pénale et Droit Positif*, Bruxelles, Paris, 1899, s 20.

(128) BONNARD, «*Précis..*», ss. 482, 483.

(129) DUGUIT, «*L'Etat..*», c. II, s. 633, 634; GARÇON, *a. g. e.*, c. I, s. 222.

(130) BOUZAT — PINATEL, *a. g. e.*, c. I, s. 266; De VABRE, «*Traité..*» s. 246; GARÇON, *a. g. e.*, c. I, s. 222.

(131) LONGHI, *a. g. e.*, s. 346.

(132) Aynı yer; GARRAUD, «*Traité..*», 3. bası, c. II, s. 57.

(133) BACHELET, *a. g. e.*, s. 185 vd.

(134) PRINS, *a. g. e.*, s. 202.

(135) RANNIERI, «*Manuale..*», s. 140; BETTIOL, «*Diritto..*», s. 269; ANTOLISEI, «*Manuale..*», s. 200.

(136) CIARDI, *a. g. e.*, s. 637.

Sokaktan geçen, masum vatandaşlar üzerine ateş açılmasını emreden, açık bir şekilde çılgınlık geçiren ve bu esnada emir veren kumandana itaatın mümkün olmaması gibi (137). Yahut geceleyin bir istasyona varan bir subayın istasyondaki bir ere, hamal bulamadığından valizini otele kadar taşımalarını emretmesi halinde er bu emri icrayı reddedebilmelidir. Zira vazifeye taallük eden bir emir bahis mevzu olmadığı gibi, şeklen de gayri meşru bir emirdir (138).

Askerler verilen emirleri özü (muhtevası) itibariyle kontrol edemezlerse de, askerî disiplinin sert ve itaatsizliğin cezasının ağır olması bakımından, bu itaat hiçbir zaman açıkca cürüm teşkil edecek bir sınıra kadar da götürülemez (139). Aksi takdirde, hiç bir sınır olmazsa Devlete karşı isyana bile itaat etmek gerekecektir. Burada ki «açıkca» 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 (140).

Esas konumuz olmaması dolayısıyla kısaca askerî emirler bakımından belirtmeye çalıştığımız itaat sınırı hakkında özet halindeki fikirlerin yanında, müsbet hukukta meselenin nasıl halledildiğine de değinmek istiyoruz. Bunu yaparken de ceza kanunumuza mehzaz teşkil eden İtalyada ki durumada teması uygun buluyoruz.

Yeni İtalyan Ceza Kanununun 51 inci maddesi ve İtalyan Askerî Ceza Kanununun 40 inci maddesi meseleyi kesinlikle halletmiştir. «Kanun emrin meşruiyeti hakkında hiç bir kontrola müsaade

(137) Aynı yer.

(138) BETTIOL, «Diritto..», s. 269; EREM, «Türk..», c. I., s. 438 de «şahsi işlere taalluk eden emirler, hizmete taalluk eden emirler sayılmazlar», demektedir.

(139) CIARDI, a. g. e., s. 639; Manlio CASCIO, *Diritto Penale Militare*, s. 51 de askerlerin emrin kanuniliğini kontrol edememelerinin kör bir itaat anlamına gelmediği yolunda bir içtihadtan bahsediyor (2 Ekim 1871); Aynı yer, 'den «Talimatnamelerle âmire ait olduğu belirtilen yetkilere istinaden ve hizmete ait hususlarda üste karşı olan itaat vecibesi, netice olarak askerî düzenin temeli olarak, suç ikama kadar götüren kayıtsız ve sınırsız bir itaatın bulunduğu varılmamalıdır» (Yüksek Askerî Mahkeme, 13 Aralık 1935), «Askerî emirlerin açıkca gayri meşru olması halinde itaat bahis mevzuu değildir.» (Askerî Mahkeme, Padova, karar no: 38, celse 27 Mart 1953) *Archivio Penale*, c. IX, kısım II, 1953, s. 340, 341; RANIERI, a. g. e., s. 140.

(140) BATAGLINI, a. g. e., s. 318.

etmediği takdirde» diyen ceza kanununa bu emrin icrası «açıkca cürüm» teşkil etmeme kaydını, askerî ceza kanunu koyarak bir sınırlama yapmıştır (141). 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 (142).

Türk Silâhlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 13 üncü maddesi disiplini belirtirken «kanunlara, nizamla ve âmirlere mutlak

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

(142) ERMAN *a. g. e.*, s. 131. Bu hususta ki bir İtalyan askerî mahkemesi kararına göre, sadece açıkca cürüm teşkil eden değil, fakat açıkca kanuna aykırı olan emirlere de ast'ın itaat etmemesi bir itaatsızlık suçunu teşkil etmez şeklindedir. «Askerî mahkeme, Padova, karar no: 38, celse 27 Mart 1953». Karara esas olan olay şöyle cereyan etmiştir: Cavaliere Germano adlı bir asker, izinli olarak Venedikte bulunuyor. Bir miktar içki içiyor. Saat 15,45 civarında da kahve içmek için bir bara (kahveye) giriyor. O sırada barda bulunan tanıdığı iki kişiye de şarap ısmarlıyor. Fakat barmen bu isteğini fazla sarhoş olduğu gerekçesi ile yerine getirmiyor ve barı terketmesini söylüyor. O da ortalığı kırar döker yine çıkmam diyor. Bar-men 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 askerinin teskin edici kahve istediği, binanaleyh jandarmalara verilen götürme emrinin «açıkca gayri meşru» çünkü haklı bir sebebe dayanmadığı, emre itaatsızlığın bahis konusu olmayacağı ve beraatine karar veriyorlar. «*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 Limiti all'obbedienza Gerarchica*, Aynı mecmua, c. X, kısım I, 1954, s. 385. PAOLI' ise askerî emirlere - itaat etmemek için ancak «açıkca suç teşkil etmesi» gerektir. Ayrıca haklı bir sebep olmamasından dolayı açıkca «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 Cosiddetta Obbedienza Gerarchica*, *Archivio Penale*, c. IX, kısım II, 1953, s. 407 vd.»; PANNAIN, ise yüksek askerî mahkemenin bu hususta vermiş olduğu -savcının itirazı- bozma kararından bahisle DOMINICIS'in kanatına iştirak etmiyor. Askerî emirlere itaat etmemek için «açıkca cürüm» (manifestamento criminoso) olmayı arıyor. Bozulan kararı ise mülga kanunun bu hususu nazara aldığı bahisle reddediyor. «Remo PANNAIN, *Postilla in tema di "Obbedienza Gerarchica"* Aynı mecmua, c. X, kısım I, 1954, s. 327,. Fakat Yüksek Askerî Mahkemenin 7 Temmuz 1961 tarihli kararı «aşkeri hizmet ve disiplinin dışında, açıkca gayri kanunî olan» emirler itaat bakımından bir sınır teşkil edeceklerini belirterek DOMINICIS'e hak veriyorlar. Aynı mecmua, c. XVIII, kısım, II, 1962, s. 512.

bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Askerliğin temeli disiplindir.» Ayrıca 14 üncü maddesinde de «ast âmir ve üstüne umumi âdap ve askerî üsullere 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 (143). Fakat aynı kanunun 22 inci maddesi mücbir sebep halinde, ast emirde uygun göreceği değişiklikleri yaparak kendi sorumluluğu altında da icrada bulunabilmektedir. Fakat durumdan ilk fırsatta âmirlerini haberdar etmelidir (144). Askerî Ceza Kanunumuzun 41 inci maddesinde ise, «hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse, bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur» 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 mevzuatımızın, maduna emri verenin selahiyettar olup olmadığını araştırma yetkisi vermediği halde, emrin hizmete aidiyetini tetkik ve binaenaleyh imtina halini tanımıştır (145). Kanunumuz İtalyan Askerî Ceza Kanununda olduğu gibi, emrin açıkca suç (cürüm) teşkil etmesi veya kanuna açıkca aykırılık hallerini tetkik imkânını vermemiştir. Hatta tereddüdü olsa bile icra edecektir. Yeterki suç işletmek maksadıyla kendisine emir verilmiş olduğuna vâkıf olsun. Kanunumuz burada da İtalyan Askerî Ceza Kanunundan ayrılarak sübjektif bir kıstas koymuş «bilme-yi» aramıştır. Halbuki diğerinde ise «objektif» kıstas kabul edilmiştir (146).

Anayasamızda da 125 inci madde de 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 Kanunumuzda ki prensibin Anayasaya uygunluğu da bu şekilde belirmiş olmaktadır (147).

(143) ERMAN, *a. g. e.*, s. 130.

(144) *Aynı yer.*

(145) Askerî Ceza Kanunu, md. 41.

(146) ERMAN, *a. g. e.*, s. 134.

(147) *Aynı eser*, s. 130; EREM «*Türk..*», c. I., s. 438.

c. Poliste İtaatin Sınırı:

Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunumuzun 2 inci maddesinin B fıkrası, «polisin göreceği vazifelerde, selâhiyettar âmir tarafından verilecek emirlerde memurun kanunun 40 ıncı maddesi hükmünün cari» olmadığı belirtilmişti (148).

Ayrıca polisle ilgili bir talimatname (149), «polis mesleğinde disiplin temeldir», «madun, âmir ve mafevkine mutlak surette hürmet ve itaat borçludur» (150) demek suretiyle polisler bakımından farklı bir itaat sınırı çizilmiş oluyordu.

Söz konusu kanunun 2 inci maddesinin B fıkrası, Memurin Kanununun 40 ıncı maddesi ile genel olarak memurlara tanınmış olan bir hakkı polis mensuplarına tanımamakta idi. Diğer yandan Yeni Anayasamızın 125 inci maddesi, kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışan kimseler için «kanunsuz emir» konusunda geniş ölçüde bir hak tanınmış oluyordu. Bu hususları gözönünde bulundurarak Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin değiştirilmesine dair kanun tasarısı, 15.5.1963 tarihinde Millet Meclisi Başkanlığına verilmiştir (151).

Anayasa Mahkememiz ise, Türkiye İşçi Partisinin, mezkûr maddeyi, Anayasaya aykırılığı iddiası karşısında iptâl etmiştir. Türkiye İşçi Partisi gerekçe olarak şu hususu ileri sürmüştür: «2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendinin ikinci cümlesi ile polisın göreceği vazifelerde yetkili âmirden verilecek emirlerde memurun kanununun 40 ıncı maddesi hükmü cari olmayacağı esasının konulmuş olmasının, polisın görevini yaparken, âmirinden aldığı emri, suç teşkil etse bile, düşünmeden yerine getirmek zorunda bıraktığını bunun ise, Anayasamızın 125 inci maddesine aykırı olduğunu» ileri sürerek mezkûr hükmün iptâlini istemiştir (152).

Anayasa Mahkememiz ise şöyle bir gerekçe ile iptâl kararı vermiştir: «Memurin Kanununun 40 ıncı maddesi, memurun yetkili âmirden aldığı emirin yönetmelik, tüzük ve kanun hükümlerine

(148) DÖNMEZER — ERMAN, *a. g. e.*, c. II/1, s. 95 vd.

(149) Polisın Disiplinine, Merasim ve Topluluklardaki Rolüne ve Polis Karakollar Teşkiâtlı ile Vazifelerine dair Talimatname, Halil TUFAN, *Zabıta Kılavuzu*, 2. bası, 1949 İstanbul, s. 84.

(150) *Aynı yer.* md. 5.

(151) *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, sayı I, Ankara, 1964, s. 308

(152) *Aynı yer.* s. 309.

aykırı olduğunu görürse, bunu âmirine bildireceğini âmiri ısrar ederse memurun bütün sorumluluğu kendi âmirine ait olduğunu yazı ile bildirerek emri yerine getireceğini, bu misli emirlerin kanunen cürüm teşkil eden mevattan bulunmamasının lâzım geldiğini ve aksi halde memurun bu emri hiçbir surette yerine getirmiyerek keyfiyeti daha yüksek makama bildireceğini âmir bulunmaktadır.

2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2. maddesinin B bendine, «polisin göreceği vazifelerde selâhiyetli âmirden verilecek emirlerde memurun kanununun 40 ıncı maddesinin hükmü cari değildir.» hükmü konmak suretiyle, memurun kanununun 40. maddesinin konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği» şeklinde hükmü polis memurları için bertaraf edilmiş bulunmaktadır.

344 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasınının 125 inci maddesi kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin üstünden aldığı emri yönetmelik tüzük, kanun ve Anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmiyerek bu aykırılığı emri verene bildireceğini, ancak üstü emrinde ısrar ederse ve bu emrin yazı ile yenilirse emri yerine getireceğini bu halde emri yerine getirenin sorumlu olmıyasağını belirttikten sonra (konusu suç teşkil eden emir hiç bir surette yerine getirilemez, yerine getiren kimse, sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır) hükmünü koymuştur.

Polis vazife ve selâhiyet Kanununun 2 inci maddesinin B bendininin 2 inci cümlesi kanuna Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Komisyon raporunda bu hükmün gerekçesini şu şekilde ifade edilmiştir: «Polisin selâhiyetli âmirleri tarafından verilecek emirleri derhal infaz etmeleri ve vazifelerinin ehemmiyet ve müstaceliyet noktasından mültezem olduğundan memurun kanununun 40 ıncı maddesinde mevcut ve âmirin vereceği emre müteallik umumî hükümlerin polis vazifelerinde cari olmıyacağı kayıt olunmuştur.

Şu kadar ki polis âmirlerinin vereceği bir emrin sarıh ve fahiş surette kanunsuzluğun anlaşılabilir hususlardan olmaması pek tabii olup maddeye ilâve edilen fıkra ile bu kabil açık surette taktiri mümkün olan kanunsuzluklardan dolayı maksat âmirden verilmiş diye teveccüh edecek kanunî mesuliyetlerin polisi mutlak surette beri olacağı kastedilmemiştir.)

Adalet Komisyonunun bu gerekçesinden her ne kadar Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2 inci maddesinin B bendine eklenen ve davacı tarafından iptâli istenen hüküm ile, konusu suç teşkil eden emirlerin polis tarafından yerine getirilmesinin kastedilmediği anlaşılmakta ise de yetkili âmir tarafından verilecek emirlerin, yönetmelik, tüzük veya kanunun hükümlerine fâhiş surette aykırı olup olmadığının takdiri her zaman kolayca kabil olamayacağı gibi, bu hüküm polisi memurun kanununun 40 inci maddesinden mutlak surette istisna etmiş olduğundan konusu suç teşkil eden emirlerin dahî infaz edilmesi gerekeceği hakkında bir anlayışa da müsait bulunmaktadır.

Halbuki Anayasamızın 125 inci maddesinin 2 inci fıkrası ile konusu suç teşkil eden emirlerin hiçbir surette yani âmir emrini yazılı olarak yenilese dahi yerine getirmeyeceği ve yerine getiren memurun âmirinden aldığı yazılı emre dayanmasının kendisini sorumluluktan kurtarmıyacağı açıkca belirtilmiştir.

Anayasanın sözü geçen maddesi, kamu hizmetlerinde âmir ile memur münasebetini düzenlerken son fıkrası ile acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğunu belirtmek suretiyle âmir ve memur münasebetlerinde bazı hususların düzenlenmesini de kanun koyucuya bırakmıştır.

Dava konusu Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2 inci maddesinin B bendinin 2 inci cümlesi 344 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasından çok önce yürürlüğe konmuş olduğundan bu kanunun Anayasanın son fıkrası uyarınca, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş bir kanun sayılması mümkün değildir ve Anayasanın sözü geçen maddesi ile yasaklanan bir davranışa yer yerir nitelikte olması bakımından da Anayasaya açıkca aykırı olan bu hükmün iptali gerekir» (153).

Yüksek mahkemenin, iptal kararının gerekçesine iştirak mümkün değildir. Bu bakımdan başkan vekili ve üç üyenin muhalefet serhlerinde isabet vardır. Şöyle ki: «2559 sayılı kanunun 2 inci maddesi memurun kanunun 40 inci maddesinin polise ait vazifelerde tatbik edilemeyeceğini göstermekte, fakat 40 inci maddedeki hükme istisna teşkil edebilecek başka bir hüküm de ihtiva etmemektedir.

Ortada Polis ait vazifeler bakımından tatbiki mümkün bir hüküm bulunmadığına nazaran, Anayasaya aykırılık değil, hüküm eksikliği bahis konusu olabilir. Bu eksikliğin hukuki neticelerini ele alarak Anayasanın maksadına aykırı düştüğü mulâhazasına iştirak ederek 2559 sayılı kanundaki hükmü iptâl etmek, polise ait vazifelerde de memurin kanununun 40 ıncı maddesi hükmünün uygulanması sonucunu doğurur ki bu sonuç Anayasaya aykırı düşer.

Filhâkika, Anayasanın 125 inci maddesinin son fıkrasında (acele hallerde kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumak için kanunun gösterdiği istisnalar saklı bulunduğu) yazılıdır. Yani Anayasa da da polisin görevlerini ilgilendiren bu konuların istisnaî hükümlere tâbi tutulması lüzumlu görülmüş ve bunun ayrı bir kanunla düzenlenmesi derpiş edilmiştir.» (154).

DÖNMEZER — ERMAN'ın kanaatları da Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2 inci maddesinin memurin kanununun 40 ıncı maddesinin tatbik edilemeyeceğini belirtmesiyle, polisi mutlak itaat vecibesine tâbi tutmadığı yolundadır (155).

Kanunun 2 inci maddesinin B fıkrası, emrin «polisin göreceği vazifelere aidiyeti» ve «selâhiyetli âmirden» verilmiş olması şartlarını aramış yani polise emri icra etmeden önce bir şekli kontrol hakkı tanımıştır. Zaten emir şekil şartlarını haiz değilse hukuki anlamda bir emirden bahsedilemez (156).

Polis muhteva itibariyle emri kontrol edemeyecektir. Âmir selâhiyetli ve emir kendi göreceği vazifeler arasında ise, emri yerine getirme durumundadır (157). Yoksa polis her türlü emri yerine getirecek anlamı yoktur. Emrin verilmesinde kanunî icap ve lüzum yanlış takdir edilerek emir verilmişse bundan da âmirin sorumlu tutulması gerekecektir. Yani polis açıkca kanuna aykırı emirleri yerine getirecek anlamı 2 inci maddenin B fıkrasından çıkmıyordu. madde polisin gördüğü işlerin mahiyeti icabı acil müdahalelerde bulunmaya gerektirmesi, yazılı emirle hareketle hızı ağırlaştırmak için sözlü emir mekanizmasını getirmiş olduğu, memurin kanununun 40 ıncı maddesi cari değil derken sözlü emrin poliste esas

(154) Aynı yer.

(155) DÖNMEZER — ERMAN, *a. g.e.*, c. II/I, s. 97.

(136) RANIERI, «*Manuale...*», 140.

(157) Zabıtayla ilgili bibliyografaya için bkz. H. Yılmaz GÜNAL, *İdare Âmirlerine Tanınan Zabıta Selâhiyetlerinin Kullanılma Şekilleri ve Tahdidi*, S. B. F. D., c. XIV, no: 2 — 3, Temmuz 1959, s. 118 vd.

olduğunu yoksa kanunsuz ve suç olan emirlerin yerine getirileceği anlamı hakim değildi. Üstelik polisle ilgili bir talimatnamenin (158) 15 inci maddesi «âmir madûna hizmetle münasebeti olmayan emirler veremez» demektedir.

Bu açıklamaların ışığında ve Anayasamızın 125 inci maddesinin son fıkrası sarahatı karşısında emir mekanizmasında zaten «kanunla gösterilen istisnalar» saklıdır denmektedir. Anayasa Mahkemesinin dediği gibi Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun, yeni Anayasamızdan önce kabul edilmiş olması bu kanunun Anayasanın son fıkrası uyarınca düzenlenmiş bir kanun sayılmasının mümkün olamayacağına belirtilmesinde de isabet yoktur. Zira kanun maddesi «kanunla gösterilecek istisnalar» deyimini yerine «acele hallerde ve kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için gösterilen istisnalar saklıdır» derken geçmişe şamil bir anlam da taşımaktadır. Bu bakımlardan Anayasaya bir aykırılık göremediğimizi, bilâkis iptalin Anayasaya aykırı olduğuna inanıyoruz.

Hazırlanan «Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 2 inci maddesinin değiştirilmesine dair kanun tasarısı ise, polisi güç durumda bırakacak, adeta felc edecek bir sistem getirmektedir. Polise âmirinden aldığı her emri muhteva itibariyle de kontrol yetkisi vermekte ve Anayasamızın 125 inci maddesine paralel hüküm ihtiva etmektedir. Âmirinden aldığı emri, kanun, tüzük, ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyip bu aykırılığı âmirine bildirecek ancak ısrar vukuunda yazılı emir isteyecek ve ona göre emri icra edecek, konusu suç teşkil ediyorsa hiç bir surette yerine getirmeyecektir, aksi takdirde sorumlu olacak dedikten sonra, 12 fıkra halinde İstisnalar koyup bir de 13 üncüyü ilâve ederek «yukarda ki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabıtanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için» deyip sözlü emirle «yetkili âmirin» emrini «derhal» yerine getirecektir. Bu hallerde sorumlu değildir.

Tasarı da tadât (sayma) sistemine gidilmesi ve son bir fıkra ile de bununda teşmiline gidilmesi iyi bir sistem değildir. Sayılan hallerde ilgili «yetkili âmir tarafından verilen her emri yerine getirecek midir? «Derhal itaatın» sınırı ne olacaktır? Verilen emir açıkca kanuna aykırı veya suç teşkil ediyor, yahut açıkca keyfî bir emirse ve poliste bunu biliyorsa yine itaat edecek midir? Tasarı bunları cevaplandırmaktan uzaktır ve bir prensip ve bir kriter getirmemektedir.

(158) A. g. talimatname, bak. TUFAN, a. g. e., s. 86.