

EMRİN İCRASI SURETİYLE İŞLENİLEN SUÇLAR

Hakkı DEMİREL

Ceza Hukuku Asistanı

Burada tetkik etmek istediğimiz mesele şudur: üst tarafından verilip te icrası vazifeten zarurî olan bir emri icra suretiyle işlenen suçtan emri icra eden memur mesul tutulacak mıdır? Yoksa üstünün emrine itaat etmiş olması keyfiyeti kendisini sorumluluktan kurtaracak mıdır? Başka bir ifade ile, tetkik edeceğimiz mesele, suç teşkil eden bir işte üstün emrine uymuş olmanın memurun sorumluluğuna tesir edip etmeyeceğidir.

Bu meselenin halli büyük bir müşkülât arz etmektedir. Zira burada “kanuna itaat” lüzumu ile “Devlet memurları arasında bir hiyerarşi bulunması, yani memurun üstünün emirlerine itaatle mükellef olması” lüzumu gibi, ikisi de hakikî bir Devletin mevcudiyeti için elzem olan iki husus birbiriyle çatışmaktadır.

Gerç denilebilirki, eğer memur üstünün emirlerine itaate mecbur ise, mecburiyet olan yerde mesuliyetten bahsolunamayacağına göre, üst tarafından verilen bir emrin icrası suretiyle işlenen suçtan memurun mesul tutulamaması icab eder. Ancak bu suretle mesele halledilmiş olmamakta, sadece diğer bir ifade şekli ile yeniden vazedilmiş bulunmaktadır. Filhalka memur ne zaman üstünün emirlerine itaate mecburdur? Amir tarafından verilen her emre memur itaatle mükellef midir?

Duguit'ye göre (1), memur hiç bir zaman üstünün emrine riayete mecbur değildir. Memur yalnız kanuna itaatle mükelleftir. Üstün verdiği emir kanuna uygunsa memur ancak bu halde üste itaate mecburdur ki bu takdirde de emre değil, kanuna uymuş olur. Verilen emir kanuna aykırı ise memur emri yerine getirmemek suretiyle kanuna uymak mecburiyetindedir. Dolayısıyla, üstün emrine uymuş olmak memuru sorundan kurtarmaz.

Hauriou ise, Duguit'nin tamamen aksine olarak, memurun üstünün emirlerini mutlak bir itaatle yerine getirmek mecburiyetinde olduğu fikrindedir (2). Zira itaat olmaksızın hiyerarşi, hiyerarşi olmaksızın da

(1) L'Etat, les gouvernants et les agents, T. II, p. 620. m

(2) Les idées de M. Duguit, s. 7; Precis de Droit Administratif, 11 inci bası. s. 50, n. 2.

devlet mevcut olamaz. Hauriou'ya göre Duguit'nin noktai nazarı devlette anarşi doğuracaktır.

Bu iki büyük hukukçunun burada bizi alakadar eden meselede, böyle birbirine tamamen zıt fikirler ileri sürmüş olmaları meseleyi "a priori" olarak halletmek istemelerinden ileri gelmektedir. Halbuki bahis mevzuu olan mesele "a priori" olarak şu veya bu şekilde, yani kanunun amirin emrine racih olması lâzımgeldiği veya üstün emrinin kanuna racih olması icabedeceği şeklinde halledilecek bir mesele değildir. Zira yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, bu iki hususun ikisi de, umumi olarak, devletin mevcudiyeti için elzemdir. (Fihakika, mutlak surette, memurun üstünün emrini kanuna aykırı olsa bile yerine getirmekle mükellef olduğunu kabul etmek, idare edenlerin kanunu hiçe saymanlarına ve memleketi keyfi şekilde idare etmelerine imkân vermek olur. Aynı şekilde memurun, üstünün emirlerini kanuna uygun ise icra edeceği, değilse etmeyeceği kabul edilecek olursa her memur verilen emrin kanuna uygun olup olmadığını amirile münakaşa etmeye kalkışacak ve bunun neticesi olarak hükûmetin idaresi mümkün olmayacaktır (3).

Bu itibarla biz burada meseleyi umumi bir şekilde halletmeye çalışmayıp, muhtelif ipotezleri ayrı ayrı ele alarak bu ipotezlerden herbiri için meseleye bir cevap araştıracağız.

Evvla emrin açıkca kanuna aykırı olması halini, daha sonra da emir kanuna aykırı olmakla beraber, bu aykırılığın ancak memur tarafından yapılacak bir tetkikten sonra anlaşılabilir mahiyette olması halini tetkik edeceğiz.

Ancak daha evvel şuna işaret edelim ki, yukarıda "icrası vazifeten zaruri olan emir" tabiri ile de işaret edilmek istendiği gibi, emrin icrası dolayısıyla memurun sorumluluğunun hafiflemesi veya tamamen ortadan kalkması ancak bahis mevzuu emrin memurun kendisine itaatle mükellef bulunduğu bir üstü tarafından verilmiş olması halinde mevzuubahs olur. Memurun itaate mecbur olduğu üstleri ise, esas itibarile, kendisinin bağlı bulunduğu, yani kendisinin dahil olduğu idari teşkilâtın üst makamlarını işgal eden memurlardır (4). Meselâ il özel idaresi teşkilâtına mensup bir memur genel idare teşkilâtına mensup memurlara - kanundaki istisnalar dışında - ancak her vatandaşın göstermekle mükellef olduğu kadar bir itaat göstermekle mükelleftir (5).

(3) R, Garrand, *Traité de Droit pénal francais*, C. II, s. 59.

(4) Waline, *Les Rapports du Droit administratif et du droit penal*, s. 117.

(5) Waline, *loc. cit.*

Bu noktayı da bu şekilde belirttikten sonra şimdi verilen emrin kanuna açıkça muhalif olması halini tetkike geçebiliriz.

I. Üst tarafından verilen emrin açıkça kanuna aykırı olması

Emir açıkça kanuna aykırı ise böyle bir emri icra eden memurun ceza sorumluluğundan kurtulması kabul edilemez (6). Zira, kanunun, herhangi bir kimsenin suç teşkil eden bir fiili işlemeye zorlanabilmesine cevaz vermesi tasavvur olunamaz. Anyasamız 94. üncü maddesinde "kanuna aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmanın memuru sorumdan kurtarmıyacağını" açıkça söylemektedir. Anayasadaki bu hüküm kanunlarla idare edilen her memlekette kabul edilmiş bulunan bir esastır. Filhakika, meselâ bir bakanın emri üzerine dâvetlilerinden birini çayına zehir döküp öldüren bir valinin, bakanın emrini mazeret sebebi olarak ileri sürmek suretiyle cezadan kurtulamaması gayet tabiidir. Hatta, üstünün emriyle hareket eden memurun işlediği memnu fiilden mes'ul tutulmaması lâzım geldiğini o kadar kat'i bir şekilde ifade eden Hauriou'nun (7) dahi bu misalde valinin sorumlu tutulmaması lâzımgeleceğini iddia etmesinin kabil olacağını zannetmiyoruz. Zaten meseleyi mütalâa eden bütün müellifler üst tarafından verilen emrin açıkça kanuna muhalif olması halinde memurun üstüne itaat görevinin yerini üstün böyle bir emrine itaat etmemek görevine bıraktığı hususunda müttefiktirler (8).

II Üst tarafından verilen emrin kanuna açıkça aykırı olmaması

Demek oluyor ki üstünün açıkça kanuna aykırı olan bir emrini icra eden memur bu emri ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulamıyacaktır. Fakat asıl müşkülât emrin kanuna aykırılığının ancak memur tarafından yapılacak bir tetkikten sonra anlaşılabilir mahiyette olması halinde kendini gösterir. Çünkü kanuna itaat lüzumunun üstün emrine itaat görevini, devletin idaresini gayrimümkün kılacak şekilde sarsması ihtimali bu halde ortaya çıkar. Filhakika, daha önce de işaret ettiğimiz gibi, sorumluluk bahanesiyle her memur üstü tarafından verilen emirlerin kanuna aykırı olup olmadığını tetkike kalkışacak olursa idarenin iş görmesi imkânı kalmıyacak ve devlet anarşiye sürüklenecektir.

Bu müşkülâtın halli için muhtelif çareler öngörülebilir :

1 — Bir kere kanun koyucu, emrin icrası keyfiyetinin memurun sorumluluğunu kaldırmaması kaidesine bazı istisnalar vazetmek suretiy-

(6) Garraud, s. g. e., c. II, s. 57; Roux, Cours de Droit criminel, 2 inci bası, C. I, s. 214, not 4; J. Barthelemy, L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents, R. D. P. 1914, s. 508.

(7) Les idées de M. Duguit, s. 7.

(8) J. Barthelemy, s. g. makale, s. 509.

le bu meseleyi halledebilir. Ancak bu istisnaları koyarken de iki surette hareket etmesi mümkündür: Koyacağı istisnalarla ya kanunun mutlak surette hakim olacağı bir saha çizer, yahutta, bunun tamamen aksine olarak, üstün emrine bir tesir sahası tesbit eder :

Meselâ kanun koyucu muayyen bazı kanun kaidelerine - faraza Anayasa prensiplerine - mutlak surette riayet edilmesi lâzım geleceğini, bu kaidelere muhalefetin hiç bir suretle mazur görülemeyeceğini ve dolayısıyla böyle bir kanun kaidesinin ihlâli bahis mevzuu olabilecek hallerde memurun üstünün emrini münakaşa edebileceğini hüküm altına alabilir. Bu suretle kanun vazının koyduğu istisnalarla tesbit ettiği saha dahilinde kanuna uygun surette hareket lüzumu üstün emrine itaat mükellefiyetini bertaraf edecektir.

Yahutta kanun koyucu bunun aksine olarak, memurun üstünün emirlerine itaat etmesinin, devlet için hayatî ehemmiyet arzettiği hususları tespit ederek bu hususlarda üstün emrine itaat mükellefiyetinin kanuna uygun hareket mülâhazasına tekaddüm edeceğini hüküm altına alabilir. Fransız hukukunun kabul ettiği sistem budur. Filhakika Fransız ceza kanunu 114 üncü maddesinde ferdi hürriyet veya vatandaşların kamu haklarına taarruz teşkil eden bir muamelenin yapılmasını emreden veya böyle bir muameleyi yapan memurun cezalandırılacağını söyledikten sonra, ikinci paragrafında “üstün selâhiyeti dahiline giren hususlara teallük eden emri ile hareket ettiğini ispat edecek olursa memurun ceza görmeyeceğini” ilâve etmektedir.

2 — Kanun koyucu böyle hususî kaideler koyacak yerde umumî bir kaide olarak amir tarafından verilip te açıkça kanuna muhalif olmayan bir emri icra suretiyle suç işliyen memurun bu suçtan sorumlu tutulamıyacağı esasını da vaz edebilir. Meselâ Brezilya ceza kanunu 229 uncu maddesinde kanuna muhalif bir emri icra eden memurun bu emri mazeret sebebi olarak ileri süremeyeceğini söyledikten sonra “kanuna muhalif emirler yetkili merciden sadır olmayan, gerekli bütün kanuni formalitelere uyulmuş olarak verilmemiş bulunan emirlerle açıkça kanuna muhalif olan emirlerdir” demek suretiyle kanuna açıkça muhalif olmayan bir emri icra suretiyle işlenen suçlardan emri icra eden memurun sorumlu tutulamıyacağını genel bir kaide olarak vaz etmektedir (9).

Bizde de kabul edilmiş bulunan sistem budur. Ceza kanunumuzun 49 uncu maddesi “Selâhiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zarurî olan bir emri icra suretiyle işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemeyeceğini, böyle bir emrin neticesinden hasıl olan cürme terettüp eden cezanın

(9) J. Barthelemy, s. g. makale, s. 511.

emri veren âmire hükmolunacağını” söylemektedir. (Kanun koyucu emrin yetkili merciden verilmiş ve memurun üstüne itaatla mükellef olduğu hususlara teallük etmiş olması keyfiyetini memurun üstü tarafından verilen emrin kanuniliği için kâfi bir karine saymasını ve icrası dolayısıyla kendisine hiç bir cezai mesuliyet terettüp etmiyeceğini bilmesini istemiştir. Böylece vazı kanun, memurun kendisine verilen her türlü talimatı, mesuliyet bahanesiyle münakaşa etmesine mahal bırakmamış ve hiyerarşik disiplini muhafaza etmiş olmaktadır.)

Fakat bu halde de, yani emrin yetkili bir merciden sadır olmuş ve üstün yetkisi dahiline giren hususlara müteallik bulunmuş olması halinde de, cezasızlık kat'i değildir. Zira bu madde sadece iyi niyet sahibi memuru himaye etmektedir. Bu sebeple verilen emrin, ceza kanununun 49 uncu maddesine uygun olarak, yetkili merciden ve yetkisi dahiline giren hususlara müteallik olarak verilmiş olmasının memuru her hadisede sorumluluktan kurtaracağı zannedilmemelidir. Aksi takdirde ne anayasanın 94 üncü maddesinin, ne de memurun kanununun 40 ıncı maddesini izah etmek imkânı kalmaz. Filhakika, Anayasamızın daha önce zikrettiğimiz 94 üncü maddesi “kanuna aykırı işlerde üstün emrine uymuş olmanın memurun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını”, memurun kanunu da 40 ıncı maddesinde “emrin suç sayılan hususlara taallük etmesi halinde infaz edilmemesi lâzım” geldiğini söylemektedir.

III. Buraya kadar izah ettiğimiz sorumluluk şekillerinde ceza hukukunun genel prensiplerinin tatbik edilmesi dolayısıyla bazı tebeddüller husule gelebilir. Meselâ bazı Fransız hukukçularının mütalâalarına göre üstün emrinin istisnai bazı ahvalde memur için bir mücbir sebep teşkil etmesi mümkündür (10). Böyle bir halde, her ne kadar açıkça kanuna aykırı bir emri icra eden memurun ceza sorumluluğundan kurtulamaması icab ederse de, ceza hukukunun genel prensipleri memurun sorumlu tutulmasına engel olacaktır.

NETİCE :

Üstün emrini icra hususunun memurun ceza sorumluluğuna tesiri meselesi üzerinde yaptığımız bu incelemeden çıkan neticeleri şöylece hülâsa edebiliriz :

Esas itibariyle, emre itaat etmiş olmak memuru cezadan kurtarır. Ancak;

(10) Garçon, code penal annoté, Etat de nécessité, n. 158.

1. Yukarıda etraflıca izah etmiş olduğumuz hiyerarşik düzeni muhafaza mülâhazası ile ve kanundaki sarahat dairesinde;
 2. Ceza hukukunun genel prensipleri dolayısıyla;
- bu genel kaideden ayrılmak mümkündür.