

# ULUSLARARASI HUKUKTA AMİRİN EMRİNİ İFA

*Act Of Superior Order In International Law*

*Araş. Gör. Efe BİLKE\**

## Özet

Ulusal ve uluslararası hukuk bazında amirin emrini ifa konusu hakkında mutabakat yoktur. Bu durum Türk hukuku açısından da geçerlidir. Amirin emri savunması tarihin ilk çağlarından itibaren sıklıkla kullanılmıştır. Dönem içerisinde konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Farklı yaklaşımların çıkış noktası bir ikilemdir. Zira ast, emre itaat etmezse ulusal hukuk tarafından cezalandırılma tehlikesiyle karşı karşıyadır. İtaat etmesi durumunda da uluslararası hukuk tarafından yaptırım görme tehlikesi vardır. Temel olarak üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Bunlar; amirin sorumluluğu yaklaşımı, mutlak sorumluluk yaklaşımı ve koşullu sorumluluk yaklaşımıdır. Amirin sorumluluğu yaklaşımında ast, sorumlu tutulmaz. Mutlak sorumluluk yaklaşımında ise ast da amiriyle birlikte sorumludur. İki yaklaşımı uzlaştıran üçüncü yaklaşım, koşullu sorumluluk yaklaşımıdır. Buna göre, belirli kıstaslar vardır. Eğer bunlar sağlanırsa ancak o zaman amirin emri savunma olarak kabul edilebilir.

## Anahtar Kelimeler

Amirin emrini ifa savunması, uluslararası hukuk, Türk hukuku, yaklaşımlar

## Abstract

There is no consensus about act of superior order in national and international law. It is valid in terms of Turkish law. The defense of obedience to superior order have been frequently used since the early ages. The different approaches about this issue have showed up in time. The origin of the different approaches is a dilemma. In fact, national and international law put subordinate in a dilemma. If subordinate disobeys superior order, he can face the risk of punishing by national law. On condition

*H: Hakemli Makale*

*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı*

that subordinate obeys superior order, he can be punished by international law. There are basically three approaches in this issue. These approaches are respondeat superior, absolute liability and conditional liability. In respondeat superior approach, subordinate isn't responsible for his action. In absolute liability, subordinate is responsible for his action along with his superior. Conditional liability approach compromises these two different approaches. According to this approach, there are specific criterions. If all criterions are met, the defense of obedience to superior order can be acceptable.

### Keywords

The defense of obedience to superior order, international law, Turkish law, approaches

### GİRİŞ

Çalışmamızın konusu uluslararası hukukta amirin emrini ifadır. Amirin emrini ifa konusu yazılı mevzuatı, yetkili mahkemeleri ve mahkemeler önünde sürekli olarak görülen uyuşmazlıkları olan ulusal hukuklarda dahi tartışmalı bir konudur. Uluslararası alanda ise bu tartışmalar daha da karmaşık hale gelmektedir. Zira uluslararası alanda meydana gelen amirin emrini ifa ile ilgili vakıaların durumu büyük belirsizlikler içermektedir. Roma Statüsü ile birlikte kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi, belirsizliklerin bir kısmını doldurmuş olsa da bardağın diğer kısmı hala boştur. Diğer yandan Roma Statüsü'nün kabulüne kadar geline süreçte amirin emrini ifa müessesesi açısından yapılageliş hukuku şeklinde tezahür eden bir uygulama yoktur. Roma Statüsü'ndeki kabule yakın bir anlayış yargısal içtihatlarda oluşmuşsa da araya fasılalar ve farklı uygulamalar girmiştir. Uluslararası hukukun içerdiği belirsizliklerin en büyük sebeplerinden birisi, siyasetin etkilerinin doğrudan görülebileceği bir alan olmasıdır. Ortaya çıkan sorunun ya da yargı önüne taşınan uyuşmazlığın çözümünde salt öğretideki görüşler ve insancıl hukuku uygulanamamaktadır. Devletlerin siyasi gereklilikler sonucu yer aldığı tarafı belirlemesi kimi zaman adaletin tam olarak tezahürüne engel teşkil etmektedir. Son olarak, uluslararası aktörler olan devletlerin iç hukuklarında amirin emrini ifa müessesesi farklı olarak düzenlenmiştir. Devletlerin kendi mevzuatlarındaki düzenlemeler dahi ulusal düzeyde tartışmalar yaratırken, birbirinden farklı düzenlemelere sahip devletlerin bir araya geldiği uluslararası hukukta tam bir mutabakatın beklenmesi imkânsızdır.

Çalışmanın birinci bölümünde amirin emrini ifa müessesesinin tarihçesi verilecektir. Buradaki tarihçe kısmında uluslararası hukuktaki gelişim sürecinden bahsedilmeyecek, bu süreç son bölüme bırakılacaktır. İkinci bölümde kısaca Türk hukukundaki düzenleniş biçimi anlatılacaktır. Son bölümde ise uluslararası hukuk boyutu ele alınacaktır.

## A. Amirin Emrini İfa Müessesesinin Tarihçesi

### 1. Genel Olarak

Tarihin ilk dönemlerinden beri insanlar, birlikte ast-üst ilişkisi çerçevesinde yaşamaktadır. Bu ast-üst ilişkisi dönem ve coğrafyalara göre farklı görünümle karşımıza çıkmıştır. Efendi-köle, aile babası-ailesi, komutan-asker ve patron-işçi ilişkileri örnek olarak verilebilir. Üstün, astına emir ve talimat verme hak ve yetkisi her dönem var olmuştur. Ancak dönemin şartlarına, hukuk anlayışına göre emirlerin içeriği, astın hukuki durumu değişiklikler göstermiştir. Değişmeyen tek şey, astın emir aldığı ve içinde bulunduğu durum gereği bunu uygulamak zorunda olduğudur. Amirin emrini ifa da tam bu noktada gündeme gelmektedir. Astlar aldıkları emir doğrultusunda hukuka aykırı ve hatta konusu suç oluşturan eylemlerde veya eylemsizliklerde bulunabilirler. Söz konusu eylemleri ya da eylemsizlikleri sonucunda herhangi bir yaptırım ihtimali gündeme geldiğinde sorumluluk tayini nasıl yapılacaktır? Hukuka aykırı emir verildiğinde her şart altında ast, emri uygulamak zorunda mıdır?

### 2. Roma İmparatorluğu'nda Amirin Emrini İfa Müessesesi

Günümüzdeki hukuk düzeninin temelinde Roma hukuku yatar. Amirin emrini ifa kuralı Roma hukukunda da kendine yer bulmuştur. Ancak amirin emriyle ilgili yaklaşıma gelmeden evvel Roma İmparatorluğu'ndaki hak ehliyeti kavramını bilmek gerekmektedir.<sup>1</sup> Roma İmparatorluğu'nda yaşayan her kişi, hak ehliyetine sahip değildi ve hukuk nazarında kişi olarak görülmezdi. Örneğin; köleler, mal statüsündeydi. Hak ehliyetine sahip olabilmek için vatandaş olmak, hür olmak ve aile reisi (*pater familias*) olmak gerekirdi.<sup>2</sup> *Pater familias*'ın aile üyeleri üzerinde neredeyse sınırsız denilebilecek iktidarı vardı. Buna *potestas* denmektedir. *Pater familias*'a tâbi çocuklar reşit olmakla hak ehliyetine kavuşamazlardı. Hak ehliyeti yaşa değil *pater familias*'ın hâkimiyetine bağlıydı. *Pater familias*'ı ölen Roma vatandaşı bebek, iki yaşında dahi olsa hak ehliyetine sahipti.<sup>3</sup> *Justinian'ın Digest*'inde, *pater familias*'ın emirlerini takip ederek zarara neden olanların sorumluluğunun bulunmadığı, aksine sorumluluğun emri veren *pater familias*'ta olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı esas köleler için de geçerliydi.<sup>4</sup> Görüleceği üzere Roma İmparatorluğu'nda amirin sorumluluğu esası benimsenmiştir. Emri uygulayan köle ya da aile üyesinin sorumluluğu yoktur.

<sup>1</sup> Muhammed DEMİREL, Amirin Emri, İstanbul,2014, s.25.

<sup>2</sup> Bülent TAHİROĞLU ve Belgin ERDOĞMUŞ, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul,2012,s.138-139.

<sup>3</sup> TAHİROĞLU, Bülent ve diğeri, a.g.e, s.157-161.

<sup>4</sup> Nico Keijzer, "A Plea For The Defense Of Superior Order", Israel Yearbook On Human Rights, Volume 8,1978, s.80

### 3. Osmanlı Devleti'nde Amirin Emrini İfa Müessesesi

Osmanlı hukukunda amirin emrini ifa müessesesi, İslam hukukundaki amirin emrini ifa müessesesi ile bağlantılıdır. Zira Osmanlı Devleti'nin hukuk düzeninin temelinde İslam şeriatı yer almaktaydı. İslam hukukuna göre amirin emri ancak hukuka uygun olduğu durumlarda uygulama alanı bulabilir. Hz. Muhammed'in uygulaması da bu yöndedir. Gerçekten İslam Devleti komutanlarından Abdullah bin Huzafe, emrinin yerine getirilmediğini görünce, ateş yaktırarak emri yerine getirmeyen askerlerinin ateşin içine girmesini emretmiştir. Bu emir üzerine kimi askerler emre uymak gerektiğini düşünmüş, kimileri ise: *"Biz ateşten korunmak için peygambere inandık."* diyerek itaat etmemişlerdir. Haberi alan Hz. Muhammed, ateşe girmek gerektiğini söyleyen askerlere: *"Şayet ateşe girseydiniz kıyamete kadar bir daha çıkamazdınız."* demiştir. İtaat etmeyen askerleri de överek: *"Allah'a isyan olan hususlarda amire itaat yoktur, itaat meşru emredir."* diyerek amirin emrini ifa konusunda sınırları belirlemiştir.<sup>5</sup>

Osmanlı hukukunda şeriatın boş bıraktığı hususlar, örfi hukuk denen padişahın buyruklarıyla doldurulmuştur. Bu buyruklar da en nihayetinde şerri hükümlere aykırı olmamak zorundadır. Bu hususu Şeyhülislam Ebusuud Efendi bir fetvasında hükme bağlamıştır. Kapitülasyonlarda şeriata aykırı görülen bir hükmün uygulanabilirliğinin sorulması üzerine: *"Na-meşru olan nesneye emr-i sultani olmaz."* diyerek itaat edilmemesi gerektiğini hükme bağlamıştır.<sup>6</sup>

## B. Amirin Emrini İfa Müessesesinin İç Hukukumuzdaki Düzenleniş Biçimi

### 1. Genel Olarak

Amirin emrini ifa durumu Türk hukukunda Anayasa<sup>7</sup> başta olmak üzere çeşitli mevzuatlarda düzenlenmiştir. Bunların belli başlıları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 24<sup>8</sup> , 657 sayılı Devlet

<sup>5</sup> Mustafa AVCI, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Konya, 2012,s.146.

<sup>6</sup> AVCI, Mustafa, a.g.e, s.64.

<sup>7</sup> Madde 137

Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

<sup>8</sup> Madde 24- (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

Memurlar Kanunu madde 11,<sup>9</sup> 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 41'dir.<sup>10</sup> Hükümler birlikte değerlendirildiğinde, astın; hukuka aykırı emri yerine getirmemesi, hukuka aykırılığı amirine bildirmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Amir, emrinde ısrar edebilir. Bu takdirde ısrarını, yazılı bir şekilde astına bildirmelidir. Ast, kendisine yazılı olarak bildirilen ve konusu suç teşkil etmeyen emri yerine getirmek zorundadır. Emrin yerine getirilmesinden doğan sorumluluk amire aittir. Dikkat edilmesi gereken husus, ikinci emrin yazılı olması gerektiğidir. Yazılı emir, astın elinde sorumsuzluğunu kanıtlamak için ispat aracı olacaktır.<sup>11</sup>

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun amirin emrini düzenleyen 24.maddesi, kanunun genel hükümler kısmında düzenlenmiştir. Gerek Türk Ceza Kanunu'nda gerek diğer özel kanunlarda düzenlenen suç tipleri açısından uygulanabilir durumdadır.<sup>12</sup>

Teknik anlamda amirin emrinden bahsetmek için gereken birtakım şartlar vardır. Bunlar; emrin yetkili merci tarafından verilmiş olması, emrin bağlayıcı olması, emrin kanunlara uygun olması şeklinde tasniflenebilir.<sup>13</sup> Ast, aldığı emri verenin yetkili olup olmadığını kontrol etmektedir. Emri veren üst konumunda olsa dahi emri vermeye yetkisi yoksa amirin emrinden bahsedilemez. Emrin konusu, astın görev alanına ilişkin olmalıdır. Ast, kendi görev alanına girmeyen konularda emir bu yönde olsa dahi işlem tesis edemez. Emrin kendi görev alanına girdiğini düşünmekteyse hata hükümleri gündeme gelecektir.<sup>14</sup>

Amirin emrini ifa müessesesi, karşımıza farklı şekillerde çıkabilir. Emir hukuka uygun olabileceği gibi hukuka aykırı da olabilir. Hukuka uygun olması durumunda ortada suç yoktur. Hukuka

<sup>9</sup> Madde 11

Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar. Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.

<sup>10</sup> Madde 41

2 - Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.

3 - Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir:

A: Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise,

B: Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise

<sup>11</sup> DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.17.

<sup>12</sup> Yılmaz GÜNAL, "Yetkili Mercinin Emrini İfa", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara,1967,s.2.

<sup>13</sup> Cumhuriyet ÖZER, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Emrin Yerine Getirilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, s.35 vd.

<sup>14</sup> Olgun DEĞİRMENCİ, "Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı 10, 2012, s.462-463, ÖZER, Cumhuriyet, a.g.t, s.46.

aykırı olabilir. Hukuka aykırı olması durumunda da emrin konusunun irdelenmesi gerekir. Emrin konusunun suç teşkil edip etmemesine göre uygulanacak hükümler farklılaşmaktadır. Aşağıda kısaca bunların üzerinde durulacaktır.

## 2. Hukuka Uygun Emirler

Hukuka uygun emir, hem üst hem ast için hukuka uygunluk sebebidir. Örnek üzerinden gidecek olursak, Cumhuriyet savcısının emriyle kolluğun, şüphelinin evinde arama yaptığını varsayalım. Amirin verdiği emir şekli açıdan bakıldığında suçtur. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunun madde ve manevi unsuru mevcuttur. Günümüzde hâkim olan suç teorisine göre bir suçun oluşması için tipikliğin, yani maddi ve manevi unsurun yanı sıra hukuka aykırılığın da bulunması gerekmektedir.<sup>15</sup> Eğer amirin emri kanuna dayanarak verilmişse ve kanun hükmüne uyulmuşsa amirin emri hukuka uygunluk sebebi olacaktır. Örneğimizde ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 119'a<sup>16</sup> uygun bir emir verilmiştir. Hukuka uygun emrin ifası, hukuka uygunluk sebebidir.<sup>17</sup> Suç oluşmamıştır.

## 3. Hukuka Aykırı Emirler

Amirin verdiği emrin geçerli olabilmesi için gereken şartlar yukarıda sayıldı. Şartlarda eksiklik olması durumunda emir, hukuka aykırıdır. Astın hukuka aykırı emri yerine getirmemesi gerekmektedir. Emrin konusunun suç teşkil edip etmemesine göre ikili bir ayrıma gidilmektedir. Emrin konusu suç değilse ast, durumu amirine bildirir. Eğer bildirmez ve emri icra ederse sorumluluktan kurtulamaz. Amirle birlikte sorumlu olur. Hukuka aykırılığı bildirir ve emir yazılı olarak tekrarlanırsa ast, emri icra etmek zorundadır. Emri yerine getirmesinden ötürü sorumluluk sahibi değildir. Tüm sorumluluk amirdedir<sup>18</sup>.

Buradaki amirin emrinin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Ancak çalışmanın mahiyeti gereği tartışmalara girilmeyecektir. Kanaatimize göre bu durum hukuka uygunluk sebebi veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak nitelendirilemez. Bahsi geçen sebeplerden birisinin olması için eylemin suç teşkil etmesi gerekir. Eylem, hukuka aykırı olmakla birlikte suç olmadığı için adı geçen müesseselerden hiçbiri altında tasniflendirilemez. Konu, tamamen anayasa ve idare hukukunun kapsamındadır.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012,s.158

<sup>16</sup> Madde 119 – (1) (Değişik: 25.5.2005 – 5353/15 md.) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir.

<sup>17</sup> Selman DURSUN, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, 2014,Sayı 2, s.234,DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.55.

<sup>18</sup> DURSUN, Selman, a.g.m, s.237.

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZER, Cumhur, a.g.t, s.58 vd, DEĞİRMENCİ, Olgun, Türk, s.472 vd, DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.63 vd.

Amir tarafından verilen emrin konusu suç teşkil edebilir. Anayasa madde 137'ye göre "Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır." Diğer bir düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 24'te yer almaktadır. "Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur." Görüleceği üzere konusu suç olan emir, hiçbir surette yerine getirilemez. Burada emrin konusu suç olduğu için yetkili mercinin emrinden bahsedilemez ve hatta yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olarak da addedilemez. Ast, kendisi için bağlayıcı olmayan bir emri yerine getirmiştir. Sorumluluktan kurtulamaz.<sup>20</sup> Asıl sorun emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesine kanun tarafından izin verilmediği durumlarda ortaya çıkar. Anayasa madde 137'nin son fıkrası ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 24'ün son fıkrası bu duruma işaret eder. Mutlak itaatin öngörüldüğü düzenlemeler kolluk ve askeri alanla ilgili kanunlarda yer almaktadır. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu madde 2'de: "Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir."<sup>21</sup> hükmü yer almaktadır. 2559 sayılı Polis Vazife

<sup>20</sup> DURSUN, Selman, a.g.m, s.238.

<sup>21</sup> Madde 2: Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilirse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.

Aşağıda yazılı hallerde:

- I – Can, ırz veya mal emniyetini korumak için,
- II – Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için,
- III – Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için,
- IV – Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için,
- V – Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskün veya gayrimeskün yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için,
- VI – Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için,
- VII – İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için,
- VIII – Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak aramalar için,
- IX – Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlularını yakalamak için,
- X – Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için,
- XI – Umuma açık yerlerde yapılan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için,
- XII – Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için,
- XIII – Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emirle yapmaya mecbur tutulduğu haller için,

Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir. (1)

ve Salâhiyet Kanunu'nda konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi yasaklanmıştır. Ancak sonraki fıkrada belirli konularda sözlü olarak verilmesi yeterli görülen emirlere mutlak itaat kuralı getirilmiştir.

Öğretide, 2559 sayılı Kanun'da düzenlenen amirin emrini ifa müessesesinin mazeret sebebi olduğu, hukuka uygunluk sebebi olmadığı ifade edilmektedir. Kanun tarafından emrin denetimini yapma imkânı verilmemiştir. Bu durum, ast için geçerli bir mazeret sebebidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/3-b uyarınca hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmiş suç kapsamında görülerek emri ifa eden ast hakkında kusurun bulunmamasına dayanılarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ortada hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı için eylem suç olma özelliğini devam ettirecektir. Kınanabilirlik yargısı sonucunda her ne kadar asta ceza verilemese de üstün sorumluluğu konusunda duraksama yoktur.<sup>22</sup>

Mutlak itaatin yer aldığı son düzenlemeler 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu madde 14 ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 41'de yer almıştır. 211 sayılı Kanun madde 14: *“Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlere mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.”*, 1632 sayılı Kanun madde 41: *“ - Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. 3- Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir. A: Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B: Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise”*. 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda asta mutlak itaat yükümü verilmiştir. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda ise mutlak itaat kuralının bir sınırı çizilmiştir. Eğer ast, kendisine verilen emrin askeri hizmete ilişkin değil de adli ve askeri bir suç işleme maksadına havi olduğunu biliyorsa emri yerine getirmemelidir. Aksi takdirde sorumluluktan kurtulamaz.<sup>23</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, kanunda öznel bir bilmenin aranmış olmasıdır. Aşikâr hukuka aykırılık yani nesnel bir değerlendirme hakkında hüküm konulmamıştır. Öğretide genel görüş, aşikâr hukuka aykırılık durumunda öznel olarak bilmemenin ileri sürülememesi gerektiğidir.<sup>24</sup> Başka bir deyişle, ast, öznel olarak hukuka aykırılığı bilmiyor olsa bile, aşikâr hukuka aykırılık varsa bilmesi gerektiği varsayılmalıdır. Amirin emri savunmasından yararlanamaz.

Sorumluluk açısından 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'ndaki amirin emrini ifa müessesesi için söylediklerimiz aynen geçerlidir. Ast için amirin emrini ifa müessesesi bir mazeret sebebi olarak değerlendirilecektir. Sorumluluk ise üste aittir.

<sup>22</sup> DURSUN, Selman, a.g.m, s.240-241, DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.103-107.

<sup>23</sup> Yılmaz GÜNAL, “Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2, s.664 vd.

<sup>24</sup> Yılmaz GÜNAL, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 4, 1967, s.198. DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.102 vd.



Mutlak itaatle ilgili değerlendirme yapacak olursak, askeri kanunlardaki düzenleniş şekli daha doğrudur. Emrin sınırlarının aşılması ve hukuka aykırılığın biliniyor olması durumlarında asta da sorumluluk yüklenmektedir. Bu durumlarda amirin emri savunması kabul edilmemektedir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun düzenlemesi ise kötüye kullanımlara açıktır. Astı mutlak itaatle yükümlü tutup onu araç konumuna indirgeyen bir düzenleme, hukuk devleti kavramı açısından kabul edilebilir değildir.<sup>25</sup>

#### 4. Değerlendirme

Amirin emri savunmasının geçerli olması için birtakım şartlar vardır. Bunlar; emrin yetkili merci tarafından verilmiş olması, emrin bağlayıcı olması, emrin kanunlara uygun olmasıdır. Eğer şartlarda eksiklik olursa amirin emri savunması kabul edilemez. Aynı durum uluslararası hukukta da geçerlidir. Savaş sırasında gerçekleştirdiği eyleminden dolayı astın yargılandığını düşünelim. Mahkeme orada da amirin yetkisini, emrin konusunu ve bağlayıcılığını masaya yatıracaktır. Tüm bu konular da iç hukuktan ayırık, salt uluslararası hukuk kuralları bağlamında değerlendirilemez. Diğer yandan devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemeler, uluslararası mahkemeler kurulmadan ve uluslararası metinler kabul edilmeden evvel günümüzdeki uluslararası hukuk kurallarının oluşumunda etkili olmuştur. Bu sebeple, çalışmamızda bir bakış açısı kazanmak ve yeri geldiğinde buraya atıfta bulunmak amacıyla amirin emrini ifa müessesesini Türk hukuku bağlamında incelemeye çalıştık.

Türk hukukundaki amirin emrini ifa müessesesinin hukuki niteliği koşullara göre farklılık göstermektedir. Ortada hukuka uygun bir emir bulunduğu hukuka uygunluk nedenidir.<sup>26</sup> Hukuka aykırı fakat konusu suç olmayan bağlayıcı emirler ceza hukukunun inceleme alanı dışındadır. Anayasa ve idare hukukunun kapsamındadır.<sup>27</sup> Hukuka aykırı, konusu suç ve denetlenme imkânı bulunmayan emrin bulunduğu durumlarda ikili bir ayrıma gidilir. Ast, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmiyor ve aşikâr hukuka aykırılık da yoksa mazeret sebebidir.<sup>28</sup> Sorumluluk amirdedir. Ast, emrin hukuka aykırı olduğunu biliyor ya da aşikâr hukuka aykırılık olduğu için bilmesi gerekiyorsa fail olarak sorumludur.<sup>29</sup>

Konusu suç ve denetlenme imkânı bulunan emirlerde, ast durumu biliyorsa fail olarak sorumludur. Durumu bilmiyorsa denetleme imkânı bulunmayan emirlerde olduğu gibi mazeret nedeni olarak amirin emrini ifa müessesesini ileri süremez. Burada, emri hukuka uygun zannettiği için hukuka uygunluk sebeplerinde maddi hataya düştüğü kabul edilerek taksirli sorumluluğu gündeme gelir.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> DURSUN, Selman, a.g.m, s.241-242.

<sup>26</sup> ÖZGENÇ, İzzet, a.g.e, s.387.

<sup>27</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZER, Cumhur, a.g.t, s.58 vd, DEĞİRMENCİ, Olgun, Türk, s.472 vd, DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.63 vd.

<sup>28</sup> ÖZGENÇ, İzzet, a.g.e, s.388.

<sup>29</sup> DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.103-107.

<sup>30</sup> DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.174-175.

## C. Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa Müessesesi

### 1. Genel Olarak

Uluslararası hukukta amirin emri savunmasına çok sık rastlanılmaktadır. Sık olduğu kadar tarihi geçmişinin de eski olduğu bilinmektedir. Amirin emri, savaş hukuku kuralları içerisinde kaldığı sürece hukuka uygunluk sebebidir. Ancak amirin emri, savaş hukuku kurallarının dışına da çıkabilir ve hatta emir, savaş hukuku kurallarının dışına çıkmakla birlikte ulusal mevzuata uygun olabilir. Ulusal hukukun evrensel hukuk seviyesine çıkamadığı ülkelerde bu durum daha sık görülür.<sup>31</sup> Söz konusu şartlar altında astlar tarafından ilk yapılan savunma, amirin emri savunmasıdır. Astlar, ki bunlar savaş hali söz konusu olduğu için ekseriyetle asker kişilerdir, kendilerinin itaat ile yükümlü olduklarını ve emre karşı geldikleri takdirde gerek hukuki gerek fiili yaptırımlarla karşılaşmalarının kaçınılmaz olduğunu ileri sürerler. Gerçekten de askerler burada tam bir ikilemin içerisindeyler. Bir yandan amirin emrine itaat göstermezlerse mensup oldukları devletin hukuk düzeni tarafından itaatsizlikleri sebebiyle cezalandırılacaklardır. Diğer yandan da emre itaat etmeleri durumunda, uluslararası hukukta meydana gelen neticelerden dolayı sorumlulukları gündeme gelecektir.<sup>32</sup>

Emre itaat etmek ve verilen emri zamanında yerine getirmek askeri disiplin içerisinde olmazsa olmazlardandır. Askeri düzenek içerisinde kişiler, birey olarak önemsizlerdir. Onların önemi kendilerine verilen görevi eksiksiz olarak yerine getirmelerinden ve düzeneği kusursuz şekilde işler kılmalarından gelir.<sup>33</sup> Askeri harekâtları düşündüğümüzde bu durum daha da net anlaşılacaktır. Düşmanla her an burun buruna gelme tehlikesi mevcuttur ve sıcak temas kaçınılmazdır. Hatta amacın kusursuz bir sıcak temasla düşmanı etkisiz hale getirmek olması da çoğu zaman muhtemeldir. Savaş şartları altında emirlerin sorgulanması başarı ihtimalini düşürecek belki de başarısızlığın sebebi olacaktır. Bu sebeple ast durumda bulunan askerler; amirin emrini ifa etmezler, her emri sorgulamaya kalkarlarsa devletin faaliyetleri tıkanma noktasına gelir.<sup>34</sup>

Konunun askerin içinde bulunduğu şartlar açısından da değerlendirilmesinin yapılması gerekir. Askeri harekât sırasında askerin kendisinin ve mensup olduğu ekipteki arkadaşlarının hayatı, emirlere eksiksiz itaat etmesine bağlıdır.<sup>35</sup> İtaat ve disiplin kavramları birbirleriyle bağlantılıdır. Disiplin, aklın duygulara egemen olması olarak tanımlanabilir. Heyecan ise aklın duygular üzerindeki egemenliğinin azalması, kaybolması durumudur. Heyecanın tepe noktası da paniktir. Yukarıda bahsettiğimiz şartlar altında askeri personel, disiplin halinden panik haline doğru evrilir. İşte askeri eğitim de tam bu noktada gündeme gelir. Askeri eğitimin amacı askeri personelin paniklemesini engelle-

<sup>31</sup> Olgun DEĞİRMENÇİ, "Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu", Legal Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 120, 2012, s.58.

<sup>32</sup> Paola GAETA, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law", European Journal International Law, 1999, s.173.

<sup>33</sup> Gökhan GÜNEYSU, Uluslararası Hukukta Amirin Emri, İstanbul, 2015, s.9.

<sup>34</sup> GÜNAL, Yılmaz, Meşruiyet, s.635.

<sup>35</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.13.

mek, en kötü ihtimalle panik halinde dahi itaat çerçevesinden çıkmasını önlemektir. Zira astı değerli kılan muhakeme yeteneği değil emre itaat ederek verilen görevi eksiksiz yerine getirmesidir. Amirin emrini ifa müessesesi değerlendirilirken meselenin tüm boyutları değerlendirilmeli, tek zaviyeden olaya yaklaşılmamalıdır.

Aşağıda amirin emrini ifa müessesesine ilişkin uluslararası hukuktaki yaklaşımlar ele alınacaktır. Yaklaşımlar kuramsal olarak verildikten sonra tarihi süreç içerisinde amirin emrini ifa savunması ile ilgili davalar inceleme konusu yapılacaktır. Son olarak da Roma Statüsü'nde konunun nasıl düzenlendiğine bakılacaktır.

## 2. Amirin Emrini İfa Müessesesine İlişkin Yaklaşımlar

Amirin emrinin sonuçları konusu, ülkelerin ulusal mevzuatlarında farklı şekillerde düzenlenmiştir. Devletlerin iç hukuklarında, hâlihazırda yazılı hukuk kuralları, yetkili mahkemeler ve sürekli olarak mahkemeler önüne gelen uyuşmazlıklar olmasına karşın konumuza ilişkin görüş birliği yoktur. Devletin kendi içindeki öğreti ve yargı uygulamasında dahi görüş birliği yokken uluslararası alanda mutâbakatın sağlanması makûl bir beklenti değildir. Devletler, kendi mevzuatlarının ve tarihsel süreçte amirin emriyle ilgili yaşanmışlıklarının sonucu olarak konuyla ilgili farklı tutumlar sergilemişler, öneriler getirmişlerdir. Yaklaşımlar hususunda öğretilerdeki görüşlerin de büyük etkisi olmuştur.

Amirin emrini ifa eden askerin sorumluluğu ne olacaktır? Hukuka aykırı emirle karşı karşıya kalan askerlerin içinde bulunduğu ikilemin yansması olarak temelde iki farklı yaklaşım ortaya çıkmıştır. İlki *respondeat superior* ilkesi olarak da geçen, sadece amirin sorumluluğunu öngören yaklaşımdır. Emri uygulamak zorunda kalan askere herhangi bir sorumluluk yüklenmez.<sup>36</sup>

İkinci yaklaşım ise amirle birlikte hukuka aykırı emri icra eden askeri de sorumlu tutmak gerektiğini savunur.<sup>37</sup> Mutlak sorumluluk yaklaşımı olarak adlandırılır. İki farklı yaklaşımı uzlaştıran üçüncü bir yaklaşım vardır. Kaynaklarda ara yaklaşım ya da koşullu sorumluluk olarak geçer.<sup>38</sup> Ara yaklaşımda amaç, uluslararası hukukun ihlalini karşılıksız bırakmamak kadar zorlanma altında bulunan astın durumunu da göz ardı etmemektir.

### 2.1. Respondeat Superior İlkesi

*Respondeat superior* ilkesi öğretilerde pasif itaat (*passive obedience*) ya da *befehl ist befehl* olarak da geçer.<sup>39</sup> Amirin sorumluluğunu esas alır. Amirin emri altında bulunan astın, hiçbir sorumlu-

<sup>36</sup> James B. Insko, "Defense of Superior Order Before Military Commissions", 13 Duke Journal of Comparative & International Law, 2003, s.392.

<sup>37</sup> James B. Insko, a.g.m, s.390-391.

<sup>38</sup> DEMİREL, Muhammed, a.g.e,s.230, GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.100.

<sup>39</sup> KEIJZER, Nico, a.g.m, s.79.

luğu yoktur. Bu görüşü savunanlar, ilke kabul edilmezse her savaş sonrasında yalnızca hükümetinin ve amirlerinin emirlerini uygulamış binlerce askerin mahkemeye celp edilmesi gerekeceğini ifade etmektedir. Emri reddeden astın savaş şartlarında durumunun ne olacağı ve daha sonrasında uluslararası camiadan koruma görüp görmeyeceği diğer argümanlarıdır.<sup>40</sup> Görüşün en çok eleştirilen tarafı, amirlerinin emrini büyük bir istekle yerine getiren astların cezai sorumluluktan kurtulacak olmalarıdır.<sup>41</sup> Totoliter devletlerde durum daha da ilginçtir. Zira amirin emri silsilesi, en üstteki diktatöre kadar gidebilir ve onun haricinde kimsenin sorumlu tutulmamasına neden olabilir. (*reductio ad absurdum*)<sup>42</sup>

Amirin sorumluluğu yaklaşımının tarihi, kadim Roma İmparatorluğu'na kadar dayanmaktadır. *Pater familias* tarafından verilen emri yerine getiren aile üyeleri ve kölelerin sorumlulukları yoktu. Aksine bu tür durumlarda aile üyesi veya kölenin teslim edilemeyeceği, zararın karşılanması gerektiği kuralı vardı. İtaat gerekliliği sadece sivil hayatta değil askeri alanda da zorunluydu. Komutanının emirlerini yerine getirmeyen veya yasakladığı davranışlarda bulunan askerin cezası ölümdü. Justinian'ın Digest'inde yer alan hükümde, görev başarı ile tamamlansa dahi cezanın değişmeyeceği hükme bağlanmıştı.<sup>43</sup> Öğretide ise bu görüş Çiçero'ya kadar dayanır. Yine Thomas Hobbes, "*Ben, herhangi bir amir için onun komutuyla yanlış bir eylemde bulunduğumda, emri veren meşru amirim ise sorumlu olmam*" demiştir.<sup>44</sup> Yakın tarihte ise Oppenheim tarafından savunulmuştur. Oppenheim 1906 yılında yayımlanan "International Law" adlı eserinde hükümetinin emriyle ihlalde bulunan ordu mensuplarının, savaş suçlusu olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. 1912 yılında yayımlanan kitabın ikinci baskısında ise görüş değiştirerek ancak düşman devlet tarafından savaş suçlusu olarak cezalandırılabilirliğini savunmuştur.<sup>45</sup> Yani astın, kendi ülkesinde herhangi bir şekilde yaptırımıyla karşılaşma durumu söz konusu değildir. I.Dünya Savaşının öncesinde 1914 yılında hazırlanan Amerikan Kara Savaş Kuralları El Kitabı'nda amirin sorumluluğu yaklaşımı kendine yer edinmiştir. Yine 1914 tarihli Büyük Britanya Kara Savaş Kuralları El Kitabı'na da bizzat Oppenheim tarafından, bu yaklaşım dahil edilmiştir.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Yılmaz GÜNAL, "Harp Suçları Bakımından Yetkili Mercinin Emrini İfade Sorumluluk", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1, 1966, s.3.

<sup>41</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.65, GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.101.

<sup>42</sup> GÜNAL, Yılmaz, Harp Suçları, s.4.

<sup>43</sup> KEIJZER, Nico, a.g.m, 80.

<sup>44</sup> KEIJZER, Nico, a.g.m, 81.

<sup>45</sup> Koji Kudo, Command Responsibility and The Defence of Superior Orders, Yayımlanmamış Doktora Tezi, University of Liecester, 2007, s.8

<sup>46</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.30-31.

## 2.2. Mutlak Sorumluluk Yaklaşımı

Mutlak sorumluluk yaklaşımında amirin emri, savunma olarak kabul edilmez. Ast da amiriyle birlikte sorumludur. Bu görüşün temelinde astın, bir birey olması hasebiyle kendisine verilen emri değerlendirebilme yeteneğine sahip olduğu savı yatar.<sup>47</sup> Bu yaklaşımı ilk ortaya koyan uluslararası hukukun babası olarak nitelenen Hugo Groitius'dur. 17.yüzyılda yazdığı eserinde “Eğer yetkililer doğal hukuk ve tanrı buyruklarına aykırı emir verirlerse, emir uygulanmamalıdır” diyerek görüşün öğretilerdeki temelini atmıştır.<sup>48</sup> Esasen ortaya çıkışı, *respondeat superior* ilkesine bir tepkidir. *Respondeat superior* ilkesi çok az kişinin sorumlu olmasını sonuçlayabilecek yaklaşımı bünyesinde barındırdığı için eleştirilmişti. II. Dünya Savaşının sonlarına doğru İngiliz ve Amerikan Silahlı Kuvvetleri, kara savaş kuralları el kitaplarından *respondeat superior* ilkesini çıkarmıştır. Bunu yapmaktaki maksat, Alman savaş suçlularının bu savunmaya dayanmasını önlemektir.<sup>49</sup>

Tam sorumluluk yaklaşımının ana çıkış noktası, yukarıda ifade ettiğimiz gibi amirin emri savunmasına dayanarak savaş suçlularının muhtemel cezai yaptırımlardan kaçmasını engellemektir. Mutlak sorumluluk yaklaşımı, her ne kadar büyük bir istekle hukuka aykırı emirleri yerine getiren askerlerin cezalandırılmasını sonuçlasa da diğer yandan iradesi zorlanmış ve savaş sırasında mantıklı düşünme yeteneğini içinde bulunduğu koşullar sebebiyle tam olarak kullanamayacak durumda olan askerleri de göz ardı etmiştir. Yargılama konusu vakıanın vuku bulunduğu andaki koşulları dikkate almadığı için gerçeklikten uzaktır. Astın başka türlü hareket etme imkânının olmadığı, maddi ve manevi cebir altında bulunduğu koşullarda dahi ast, sorumlu tutulduğu için adalet kavramı ile bağdaşmamaktadır.<sup>50</sup> Bu yaklaşıma göre ast, sadece hukuka uygun emirleri yerine getirmelidir. Emir altında olup olmadığı fark etmeksizin işlediği tüm suçlardan dolayı sorumludur.<sup>51</sup> Savaşın şiddetini arttıran bir yaklaşımdır. Amirlerinin emirleriyle birtakım eylemlerde bulunmak zorunda kalan askerler, teslim olduklarında ne olursa olsun sorumlu tutulacaklarını bildikleri için silahlarını son ana kadar bırakmamayı tercih edecektir. Savaşların gerilimi ve süresi uzayacaktır. Savaş hukukunun amacı ise savaşın en az gerilim ve şiddet ile son bulmasını temin etmektir.<sup>52</sup> Bu sebeple dahi, savaş hukuku kurallarının temel felsefesine aykırıdır.

II. Dünya Savaşı sonrasında Alman savaş suçlularını yargılamak için kurulan Nürnberg Mahkemesi'nin Şart'ında(1945) da mutlak sorumluluk ilkesinin biraz yumuşatılmış hali yer aldı. Mutlak sorumluluk ilkesinin en ateşli savunucusu ise Sovyet Rusya' idi. Nürnberg Şart'ında kendine yer bulan bu tutum, daha sonra kurulan mahkemelere de bir dönem esin kaynağı olmuştur.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.229.

<sup>48</sup> James B. Insko, a.g.m, s.390.

<sup>49</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.56.

<sup>50</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.63.

<sup>51</sup> KEIJZER, Nico, a.g.m, s.79.

<sup>52</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.100.

<sup>53</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.178-179.

Nürnberg Şartı madde 8: Hükümetinin veya amirinin emirlerine uygun davranan davalı, sorumluluktan muaf tutulmayacaktır, ancak Mahkeme adaletin gerektirdiğine karar verirse cezada tenkis sebebi olarak değerlendirilebilir.<sup>54</sup>

Görüleceği üzere Şart'ın 8.maddesi mutlak sorumluluk yaklaşımına uygun olarak kaleme alınmıştır. Maddenin sonunda ise cezada tenkis sebebi olarak değerlendirmek mahkemenin takdirine bırakılarak yaklaşım yumuşatılmıştır. Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme "Nürnberg Yargılamaları" başlığı altında verilecektir.

### 2.3. Koşullu Sorumluluk Yaklaşımı

Öğretide ara yaklaşım olarak da geçmektedir. Nitekim Güneysu, ara yaklaşım olarak tasniflendirmesinin yanında esasen "ana" yaklaşım olması gerektiğini de ileri sürmüştür.<sup>55</sup> Bu görüş bizce de isabetlidir. Zira yukarıda bahsettiğimiz yaklaşımlar adaletin sağlanmasında gerekeni verememektedir. *Respondeat superior* ilkesi, hukuka aykırı emri büyük bir istekle yerine getiren askeri de sorumsuz tutmaktadır. Mutlak sorumluluk yaklaşımı ise iradesi zorlanan ve suç işleme kastı (*mens rea*) olmayan astı sorumlu tutmaktadır.

Koşullu sorumluluk yaklaşımında ise bir takım kıstaslar mevcuttur. Kıstasların hepsinin sağlanması şartıyla amirin emrini ifa müessesesi, savunma olarak ileri sürülebilecektir. Kıstaslara geçmeden önce yaklaşımın ortaya çıkışıyla ilgili bilgi vermekte fayda görüyoruz. Koşullu sorumluluk yaklaşımı ilk olarak yargıçlar tarafından ortaya atılmıştır. Yargıçların ortada uluslararası hukuk metinleri bile olmadığı dönemlerde ortaya koyduğu, temellendirdiği ve uygulamaya geldiği bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım, Oppenheim'in etkisi ve devletlerin siyasi ve askeri kaygılarla takındıkları tutumlar sebebiyle yerini mutlak sorumluluk ilkesine bırakmıştır. En azından kâğıt üstünde öyle görünmektedir. Zira uluslararası metinlerde, ki başta Nürnberg Mahkemesi Şartı gelir, mutlak sorumluluk ilkesi kendine yer bulsa da yargıçlar, kendilerinden önceki meslektaşlarının hâmesi olduğu kıstasları uygulama eğilimi göstermişlerdir.<sup>56</sup> Bu durum ilerleyen bölümlerde ayrıntılarıyla açıklanacaktır.

Kıstaslara gelince, astın, amirin emirlerine tâbi olması, hukuka aykırılığın ast tarafından bilinmemesi ve emrin aşikâr şekilde hukuka aykırı olmaması gerekmektedir.<sup>57</sup> Görüleceği üzere bilme konusu, hem öznel hem nesnel kıstasa göre yargıya tâbi tutulur. Öznel kıstas, astın, emrin hukuka aykırılığını bizzat kendisinin bilmesidir. Emir aşikâr şekilde hukuka aykırı olmasa dahi ast, bu durumu bilmekteyse amirin emri savunmasını ileri süremeyecektir.

<sup>54</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.178, 16 nolu dipnottan.

<sup>55</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.100 vd.

<sup>56</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.22 vd.

<sup>57</sup> GAETE, Paola, a.g.m, s.175.

Nesnel kıstas ise aşikâr hukuka aykırılık ölçütüdür. Verilen emir ortalama zekâ seviyesine sahip standart bir birey tarafından bile hukuka aykırı olarak anlaşılabilir haksızlığı bünyesinde barındırıyorsa amirin emri savunması, yine ileri sürülemeyecektir. Emri ifa savunması, iki ayrı süzgeçten geçip hala makûl olarak değerlendirilebiliyorsa o takdirde savunma aracı olarak kullanılabilir. <sup>58</sup> Güneysu, değerlendirme sırasında bireyin özel bir eğitimi varsa bunun da göz önünde tutulması gerektiğini, zira hukuk eğitimi almış ast ile lise mezunu askerin emri tartma yeterliliklerinin farklı düzeylerde olduğunu belirtmektedir. <sup>59</sup>

Ayrıca öğretide, amirin emri savunmasının irade sakatlığı hallerinden olan tehdit ve hata ile bağlantısı da tartışılmıştır. <sup>60</sup> Örneğin; obüs içinde amirinden vurulacak hedefin bilgilerini bekleyen ast, kendisine verilen 5 kilometre uzaklıktaki hedefi kusursuz bir atışla etkisiz hale getirmiştir. Burada amiriyle telsiz üzerinden haberleşen astın ve hatta astların, emri hukuka uygun zannetmesinden daha doğal bir durum yoktur. Obüslerin uzak mesafe atışlar yaptığı da göz önüne alındığında durumu tahlil etme fırsatlarının olmadığı görülecektir. İşte bu durumda, hukuka aykırılığı öznel olarak bilmedikleri ve hukuka uygun zannetmelerinde de kusurlarının olmadığı izahtan varestedir.

Amirin emrini hukuka aykırı bularak reddeden ast, savaş şartlarında amiri tarafından ölüm tehdidi altında da suç konusu eylemi gerçekleştirmiş olabilir. Kusurluluğun olmadığı bahsettiğimiz durumlarda, görüşümüze göre, amirin emrini ifa müessesesinin hukuka uygunluk sebebi olarak değil de mazeret sebebi olarak görülmesi yerinde olacaktır. Zira hukuka uygunluk sebebi olması, iştirakte bağlılık kuralı uyarınca amirin cezalandırılmasını da engelleyecektir. <sup>61</sup>

Koşullu sorumluluk yaklaşımına göre, amirin emrini ifa savunmasının kabul şartları ile ulusal hukukumuzdaki amirin emrini ifa müessesesinin düzenleniş biçimi değerlendirildiğinde birbirleriyle uyum içinde olduğu söylenebilir. Eylem sonunda amirin sorumluluğu ve astın mazeret sebebiyle sorumlu olmaması gerektiği de diğer bir benzer durumdur.

### 3. Tarihsel Süreç İçinde Mahkemelerin Yaklaşımı

Amirin emrini ifa müessesesine ilişkin üç farklı yaklaşım gündeme gelmiştir. Yaklaşımlar arasından gerçekliğe en uygun olanı ve adaletin tesisinde en işlevseli, kanaatimize göre, koşullu sorumluluk yaklaşımıdır. Koşullu sorumluluk yaklaşımının oluşumunda ise en büyük katkı hiç şüphesiz ki mahkemelerindir. Bu durumun sebebi, hukuk kavrayışı (nosyonu) almış yargıçların, önlerindeki metin her ne olursa olsun merkeze adalet ve hukuk kavramlarını koymasındadır. Aşağıda tarihsel sırasına da riayet edilerek mahkeme kararları ele alınacaktır. Tarihsel süreçte görülen tüm davaları ayrı ayrı inceleme konusu yapmak yerine, konu hakkında yeterli kanaat uyandıracak sayıda ve önemde davanın incelenmesiyle yetinilecektir.

<sup>58</sup> GÜNAL, Yılmaz, Harp Suçları, s.189-190, GAETA, Paola, a.g.m, s.175, DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.230 vd,

<sup>59</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, 102 vd.

<sup>60</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.130- 131.

<sup>61</sup> ÖZGENÇ, İzzet, a.g.e, s.498.

### 3.1. Hagenbach ve Axtell Davaları

Tarihin kaydettiği en eski amirin emri savunmalarından birisi, Peter von Hagenbach'a aittir. Hagenbach, Breisach kentinin yöneticisi olarak görev yapmaktaydı. Cinayet, tecavüz ve kundakçılık suçlamalarından dolayı 1474 yılında mahkeme önüne çıkartıldı. Ancak savunması mahkeme tarafından kabul görmedi ve idam edildi.<sup>62</sup>

Hagenbach'ten yaklaşık 130 yıl sonra Kaptan Axtell de İngiliz mahkemeleri önünde amirin emrini ifa ettiği savunmasını yapmıştır. Axtell, I.Charles'ın idamında görev almıştır.

Mahkeme kararında: *“Kaptan, yaptıklarını amirinin emrine itaat etmek ya da ölmek zorunda olan bir asker olduğu gerekçesine dayandırmıştır. Bu bir mazeret değildir. Amiri haindir. Emrin hıyanet içerdiği yerde emre itaat etmek de hainliktir.”* demiştir.<sup>63</sup>

### 3.2. McCall v. McDowell Davası

1867 yılında Amerika'da, hukuka aykırı ve konusu suç olan emri yerine getiren ast, yargılanmıştır. Mahkeme kararında günümüzdeki koşullu sorumluluk yaklaşımına çok yakın bir anlayış ortaya koymuştur. Kararda, en yaygın anlayışa göre bile apaçık ve aşikâr şekilde hukuka aykırı olan emirler haricinde, amirinin emrine uygun davranan astın korunacağı hükme bağlanmıştır.<sup>64</sup>

### 3.3. Liepzig Yargılamaları

I. Dünya Savaşı'ndan sonra kaybeden devletler ağır antlaşmalara imza atmak zorunda kalmıştır. Bunlardan birisi de Almanya'nın imzaladığı Versailles Andlaşması'dır. Versailles Andlaşması uluslararası alanda beraberinde yenilikler de getirmiştir. Savaş sonrası, savaş sırasında olan biteni hukuk önüne getirmeme, amiyane tabirle sümen altı etme anlayışı terk edilmiştir.<sup>65</sup> Versailles Andlaşması'nda içinde Alman imparatorunun da bulunduğu Alman savaş suçlularının yargılanması hükme bağlanmıştır. Yargılamayı yapacak olan makamlar, pek tabii ki Alman mahkemeleri olmayacaktı. Ancak Alman toplumunda kendi asker ve yöneticilerini kazanan devletlere teslim etme fikri infiale yol açtı. Almanya, bunun üzerine Alman ulusal mahkemelerinde yargılamanın yapılması teklifini yaptı. Almanya'nın o dönem için güçlü olmayan siyasi bütünlüğünün korunmasını menfaatlerine daha uygun bulan İngiltere teklife olumlu yaklaştı. Terazinin bir kefesinde suçluların adil şekilde yargılanması sonucu hüküm verilmesi, diğer kefesinde ise ulusal çıkarlar vardı. Nihayet ulusal çıkarlar ağır

<sup>62</sup> Gary D. Solis, *Obedience of Orders and the Law of war: Judicial, Application in American Forums*, Vol. 15, Issue 2, 1999, s.485.

<sup>63</sup> SOLIS, Gary D., a.g.m, s.486.

<sup>64</sup> SOLIS, Gary D, a.g.m,s.490. GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e,s.27.

<sup>65</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.37-38.



bastı ve teklif kabul edildi.<sup>66</sup> Liepzig’de Alman Yüksek Mahkemesi’nde yargılamaların yapılmasına karar verildi. Liepzig’de Alman imparatorunun yargılanması mümkün olmamıştır. Zira savaş sonrasında Hollanda’ya sığınmıştır. Hollanda ise ulusal ve uluslararası hukukta kendisini bağlayan hiçbir hüküm olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir.<sup>67</sup> Savaş sonrasında yüzlerce kişinin yargılanması beklenirken dönemin siyasi atmosferi sonucunda, sadece 12 Alman vatandaşı yargılanmıştır. Bunların bir kısmı ceza dahi almamıştır. Verilen cezalar ise oldukça semboliktir, ki bunların da hepsi infaz edilmemiştir.<sup>68</sup> Görüleceği üzere Liepzig yargılamalarının temel mantığı, uluslararası hukukta devrim niteliğinde olsa da sonucu itibarıyla bu gerçekleşmemiştir. Aşağıda Mahkeme tarafından görülen Dover Castle ve LLoandoverey Castle davaları incelenecektir.

### 3.3.1. Dover Castle ve LLoandoverey Castle Davaları

Dover Castle davası, amirin emrini ifa savunmasını içeren uluslararası hukuktaki önemli davalardan birisidir. Lieutenant Karl Neumann, Alman denizaltısının komutanıdır. Dover Castle isimli İngiliz hastane gemisini torpidoyla batırmıştır. İlk torpido darbesini vurmasının ardından mürettebatın gemiden tahliye edilmesini beklemiş akabinde de ikinci torpido atışıyla gemiyi batırmıştır. Olay sırasında 6 kişi hayatını kaybetmiştir.<sup>69</sup>

Olayın gerçekleşmesinden önce, Alman makamları, düşman hastane gemilerinin uluslararası teamüllere aykırı olarak askeri amaçlarla hareket ettiğini iddia etmiş ve verilen rotaya uymayan gemilerin batırılacağını duyurmuştur. Tüm bunları değerlendiren mahkeme, Alman Ceza Kanunu madde 47’yi de göz önüne alarak amirin emri savunmasını kabul edip beraat kararı vermiştir.<sup>70</sup>

LLoandoverey Castle davası da benzer niteliktedir. LLoandoverey Castle isimli İngiliz hastane gemisi, Amerikan askeri ve askerî mühimmat taşıdığı gerekçesiyle Alman güçleri tarafından batırılmıştır.<sup>71</sup> Gemi batırıldıktan sonra Alman güçleri, gemi kaptanı ve diğer iki çalışanı kendi gemilerine çıkarmıştır. Yapılan sorgunun ardından batırılma gerekçesini haklı gösterecek hiçbir delilin olmadığı ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine Kaptan Patzig, askerleri Ludwig Dithmar ve Johann Boldt’a gemiden filikalara inmiş artta kalanları makineli tüfekle taramaları emrini verdi. Aksi takdirde arkalarında delil bırakmış olacaktı. Mahkeme olay sonrası kaç kişinin hayatını kaybettiğini saptama konusunda çaresiz kaldı. Zira kurtulan askerler arasından boğulan ve köpek balıklarının kurbanı olanlar da vardı.<sup>72</sup> Mahkeme, geminin batırılmasıyla ilgili hukuka aykırılığı içeren emirlerin yerine getirilmesinde

<sup>66</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.39-40.

<sup>67</sup> SOLIS, Gary D, a.g.m, s.499.

<sup>68</sup> SOLIS, Gary D, a.g.m, s.499.

<sup>69</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.45-45.

<sup>70</sup> SOLIS, Gary D, a.g.m, s.500.

<sup>71</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.34-35.

<sup>72</sup> SOLIS, Gary D, a.g.m, s.500-501.

esasen emri veren üstün sorumlu olduğunu belirtmiştir. Ancak ast, böyle bir emrin hukuka aykırılığını biliyorsa cezai yaptırım konusunda yükümlüdür. Kıstasları olaya uygulayan mahkeme, sanık Dithmar ve Boldt'un mevcut hukuka aykırılığı bildiği ya da bilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.<sup>73</sup>

Ayrıca mahkeme, yargılama sırasında sanıkların emre itaatsizliği durumunda karşılaşması muhtemel yaptırımları da masaya yatırmıştır. İtaat etmeme durumunda hayati tehlikelerinin olmadığı kanaatine varmıştır. Görünen o ki, mahkeme, tehdit ve cebir durumlarında emirlere uyulabileceğini kabul etmektedir. Sonuç olarak, tüm bu değerlendirmeler ışığı altında, iki sanık hüküm giymiştir. Patzig ise bulunamadığı için yargılanamamıştır.<sup>74</sup>

### 3.4. Nürnberg Yargılamaları

II. Dünya Savaşı'nın son bulmasıyla birlikte Alman savaş suçlularının yargılanması fikri ortaya çıktı. Liepzig yargılamaları sonucunda alınan acı tecrübe, bu defa yargılamanın Alman mahkemelerine bırakılmaması gerektiğini ortaya koydu. Bu sebeple, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Nürnberg Mahkemesi'nin kurucu metni Londra Antlaşması'dır.<sup>75</sup> Nürnberg yargılamalarında mahkeme önüne çıkarılanlar, üst düzeydeki savaş suçlularıydı. Diğer bir deyişle, amir konumunda bulunanlardı. Sonraki yargılama (*subsequent trials*) diye ifade edilen ikinci aşamada yargılananlar ise konum olarak daha aşağı kademelerde bulunanlardı.<sup>76</sup>

I. Dünya Savaşı'nın arifesinde Amerikan ve Büyük Britanya kara savaş kuralları el kitaplarında *respondeat superior* ilkesi yer almaktaydı. Oppenheim'in etkisiyle mevzuatlara giren amirin sorumluluğu yaklaşımı, el kitaplarından ancak II. Dünya Savaşı'nın son zamanlarında çıkartılabildi. Amacın Alman savaş suçlularının, amirin emri savunmasına dayanmalarını engellemek olduğu açıktır. Adolf Hitler'in diktatörlüğünün söz konusu olduğu yerde *respondeat superior* ilkesi, vahim sonuçlar doğurabilirdi. Zira ilke, diktatörlükle yönetilen ülkelerde, sadece tek adamın sorumluluğuna kadar gidebilecek vahameti bünyesinde barındırmaktaydı. (*reductio ad absurdum*)<sup>77</sup>

Nürnberg Şartı'nın 8.maddesinde, amirin emri savunması reddedilmiştir. Ancak adaletin gerektirdiği durumlarda mahkeme tarafından cezada indirim sebebi olarak değerlendirilebilmesine olanak tanınmıştır. Aslında yargılamaların hukuki alt yapısını hazırlama sürecinde anlatmış olduğumuz yaklaşımların hepsi, öneri konusu olmuştur.<sup>78</sup> Yargılananların üst düzey savaş suçluları olması ve işledikleri suçların vahşeti, mutlak sorumluluk ilkesinin yumuşatılmış halinin kabul edilmesine sebep olmuştur.

<sup>73</sup> SOLIS, Gary D, a.g.m, s.501.

<sup>74</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.48

<sup>75</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.71.

<sup>76</sup> KUDO, Koji, a.g.t, s.65.

<sup>77</sup> GÜNAL, Yılmaz, Harp Suçları, s.186.

<sup>78</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.72-73, GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.56vd.

Güneysu'ya göre mutlak sorumluluk yaklaşımının kabul edilmesi, savaş suçlularının cezalandırılması için elzem bir durum değildi. Zira koşullu sorumluluk yaklaşımında amirin emri savunması sıkı şartlara bağlanmıştır. Öznel ve nesnel bilme durumlarının, savunmayı ileri süren kişide bulunması gerekmektedir. Alman savaş suçluları açısından ise ortada aşikâr hukuka aykırılık vardır. Amirin emri savunması ileri sürülemez. Diğer yandan ise Nürnberg yargılamalarında sanık sandalyesinde oturanlar, amir konumundaki üst düzey komutan ve yöneticilerdir. İşin doğası gereği kendilerinin lehine olarak bilmeme durumunu ileri süremezler.<sup>79</sup>

Şart'taki düzenlemeye göre, amirin emri savunması, ayrıksı hallerde ancak cezada indirim sebebi olarak kabul edilebilir. Nitekim Gaeta da amirin emri savunmasının ancak indirim sebebi olabileceğini ve emri yerine getiren astın, amiriyle birlikte sorumlu olacağını belirtmiştir.<sup>80</sup> Nürnberg Mahkemesi'nin Şart'ın 8. maddesi ile ilgili yorumu şu şekildedir:

*“Bu maddenin hükümleri, ülkelerin hukuk sistemleriyle uyum içerisinde. Uluslararası savaş hukukunun hilafına, kendisine işkence etme veya adam öldürme emri verilen asker, asla böyle bir vahşiliğe karşı amirin emrini savunma olarak ileri süremez. Böyle bir emir, Şart'ın vazettiği gibi cezada indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Çoğu ülkenin ceza hukukunda çeşitli derecelerde bulunan gerçek test, emrin varlığı değil ahlaki seçimin(moral choice) mümkün olup olmadığıdır”.*<sup>81</sup>

Mahkeme her ne kadar yorumunda ahlaki seçimin, yani emre karşı seçimde bulunma fırsatının olup olmadığının önemli olduğuna vurgu yapmışsa da ahlaki seçim fırsatının olmadığı durumlarda, sadece cezada indirime gidilebileceğini de ifade etmiştir. Bu durum, kendi içinde çelişmektedir. Ahlaki seçim şansı olmayan astın, kusurluluğunun bulunmadığı açıktır. Kusuru bulunmayan kişiye ceza vermek, cezalandırma hususunda en temel ilkelerden birisi olan kusursuz ceza olmaz düsturunun ihlalidir.<sup>82</sup>

*Subsequent trials* diye ifade edilen ve daha düşük rütbe ve kademelerdeki kişilerin yargılandığı davalarda amirin emri savunması doğrudan reddedilmemiştir. Yargılamaların temelini Müttefikler Kontrol Komisyonu Kanunu No.10 oluşturmaktadır. Müttefikler Kontrol Komisyonu Kanunu No.10'un 4.maddesinde Nürnberg Şartı'nda yer alan tam sorumluluk anlayışı benimsenmiştir.<sup>83</sup> Yargılamalarda amirin emri savunması esastan incelendikten sonra şartları taşımadığı gerekçesiyle incelenen davalar bazında kabul görmemiştir.<sup>84</sup> Kategorik olarak reddedilmemiştir. Amerikan Askeri Mahkemesi'nin baktığı Einsatzgruppen davası güzel bir örnektir. Mahkeme yakın, gerçek ve kaçınılmaz tehlikenin olduğu durumların ceza sorumluluğunu etkileyeceğini belirtmiştir. Bunun yanında

<sup>79</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.63.

<sup>80</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.178.

<sup>81</sup> KUDO, Koji, a.g.t, s.68.

<sup>82</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.74.

<sup>83</sup> KUDO, Koji, a.g.t, s.65.

<sup>84</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.168.

emrin yerine getirilmesi durumunda meydana gelecek zararın, itaat etmeme durumunda meydana gelecek zarardan ölçülülük ilkesi (*proportionality principle*) uyarınca daha büyük olmaması gerektiğini de kıstas olarak kararında ortaya koymuştur.<sup>85</sup> Son olarak, emrin ifası durumunda, mazur görülebilir bilmeme yoksa savunmanın ileri sürülemeyeceğini hükme bağlamıştır.<sup>86</sup> Mazur görülebilir bilmeme ifadesiyle mahkemenin, aşikâr hukuka aykırılık hallerinde savunmanın kabul edilmeyeceğini hükme bağladığı açıktır.

Londra Antlaşması'nın 8.maddesinde geçen mutlak sorumluluk ilkesi kendisinden sonraki düzenlemelere de ilham vermiştir. Bunlar; Tokyo Mahkemesi Şartı, Eski Yugoslavya Mahkemesi ve Rwanda Mahkemesi Statü'leridir.<sup>87</sup>

### 3.5. Ranko Cesic Davası

Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır. Ranko Cesic tam on iki ayrı vakıadan dolayı suçlanmıştır. Kendisi de hepsini kabul etmiştir. Ancak amirin emrini ifa ettiği savunmasında bulunmuştur.<sup>88</sup> Mahkeme, savunmanın ileri sürdüğü Cesic'in hiyerarşik sıralamanın en altında bulunan sıradan bir asker olduğu iddiasını kabul etmiştir.<sup>89</sup> Bu kabul üzerine de emre itaatsizlik etmesi durumunda karşılaşılabileceği yaptırımları tartışmıştır. Her ne kadar Cesic hiyerarşik silsilenin en alt kısmında bulunuyorsa da mahkeme, otoritesini kullanarak bazı suçların işlenmesine etrafındakileri zorladığını görmüştür.<sup>90</sup> Yani mahkeme, salt en düşük rütbe sahibi olmasını ve emir almasını doğrudan indirim sebebi olarak kabul etmemiştir.<sup>91</sup> Diğer yandan da karşılaşılabileceği yaptırımları tartarak cebir ve tehdit durumlarının bulunup bulunmadığını incelemiştir.<sup>92</sup> Sonuç olarak, savunması kabul edilmemiş ve amirin emri indirim sebebi olarak kabul görmemiştir.<sup>93</sup>

---

<sup>85</sup> KUDO, Koji, a.g.t, s.21.

<sup>86</sup> Mark W.S. HOBEL, "So Vast An Area of Legal Irresponsibility?" The Superior Orders Defense and Good Faith Reliance on Advice of Counsel", Columbia Law Review, Volume 111, Issue 3, 2011, s.586-587.

<sup>87</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s. 178-179, 179' daki 18 numaralı dipnot.

<sup>88</sup> Prosecutor v. Ranko Cesic, <http://www.icty.org/en/press/judgement-case-prosecutor-v-ranko-cesic>, E.T:2.5.2017

<sup>89</sup> KUDO, Koji, a.g.t, s.90.

<sup>90</sup> Prosecutor v. Ranko Cesic, <http://www.icty.org/en/press/judgement-case-prosecutor-v-ranko-cesic>, E.T:2.5.2017

<sup>91</sup> KUDO, Koji, a.g.t, s.90.

<sup>92</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.86-87.

<sup>93</sup> Prosecutor v. Ranko Cesic, <http://www.icty.org/en/press/judgement-case-prosecutor-v-ranko-cesic>, E.T:2.5.2017

#### 4. Roma Statüsü'nde Amirin Emrini İfa Müessesesi

Roma Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu metnidir. 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında Roma'da Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı düzenlenmiştir. Statü 120 devletin olumlu, 7 devletin olumsuz, 21 devletin ise çekimser oyu ile kabul edilmiştir. Statü'nün 126.maddesinde geçen 60 devletin Statü'yü onaylaması şartı da sağlanınca Mahkeme 1 Temmuz 2002 tarihinde göreve başlamıştır.<sup>94</sup> Roma Statüsü'nün 5. maddesine göre, soykırım, savaş, saldırı suçları ve insanlığa karşı suçlar Mahkeme'nin yargı yetkisine girmektedir.<sup>95</sup> Çalışmamızda da görüleceği üzere uluslararası suçların yargılanmasında dönemin galip devletlerinin istekleri belirleyici rol oynamıştır. Adalet ve hukuk kavramları tahakküm altına alınmıştır. Ulusal ve Ad Hoc mahkemeler her ne kadar kararlarında aşikâr hukuka aykırılık gibi belirli başlı kıstaslardan bahsetmiş ve uygulamaya katkıları olmuşsa da üzerlerine düşeni tam anlamıyla yapamamışlardır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu boşluğu doldurması umulmaktadır.

Statünün amirin emrini ifa savunmasıyla ilgili maddesinin kabulünden önce iki farklı yaklaşım gündeme gelmiştir. Bunlar; tam sorumluluk yaklaşımı ile koşullu sorumluluk yaklaşımıdır. Tam sorumluluk yaklaşımını savunanlar arasında Almanya başı çekmektedir. Temel savları, Londra Antlaşması ile birlikte tam sorumluluk yaklaşımının yapılageliş hukuku haline geldiğidir. İkinci yaklaşımının başını çeken devlet ise Amerika Birleşik Devletleri'dir. Sonuç olarak, uzun tartışmalar sonunda aşağıda anlatacağımız madde metni üzerine mutabık kalınmıştır.<sup>96</sup>

Statü'de amirin emrini ifa müessesesi 33. maddede düzenlenmiştir. Buna göre;

“Divan'ın yargı yetkisine giren bir suçun bir hükümet yahut askeri veya sivil olsun, bir üst makam emrine uyan şahıs tarafından işlenmesi aşağıdaki hususlar haricinde o şahsı cezai sorumluluktan kurtaramayacaktır:

- (a): şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni zorunluluk ise;
- (b): şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde;
- (c): emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.

<sup>94</sup> Yusuf AKSAR, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 2, 2003, s.126.

<sup>95</sup> Divan'ın yargı yetkisine giren suçlar tüm uluslararası toplumu yakından ilgilendiren çok ciddi suçlarla sınırlı olacaktır. Statü'ye uygun olarak Divan aşağıdaki suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir.

- (a) Soykırım suçları;
- (b) İnsanlığa karşı suçlar;
- (c) Savaş suçları;
- (d) Saldırı suçları

[https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge\\_cezadivani\\_b1.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b1.pdf), E.T:2.5.2017

<sup>96</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.188.

2. Bu maddenin amaçları bakımından soykırım veya insanlığa karşı suç emirlerinin kanunsuzluğunun her zaman bilindiği kabul edilir.”<sup>97</sup>

Maddenin düzenleniş şekline de anlaşılabileceği üzere kural, amirin emri savunmasının kabul edilmemesidir. İstisna ise şartları varsa savunmanın dikkate alınacağıdır.<sup>98</sup> Roma Statüsü koşullu sorumluluk yaklaşımını benimsemiş gibi görünmektedir. Koşullu sorumluluk yaklaşımında, belirli şartların sağlanması durumunda savunma kabul edilmekte aksi takdirde hukuken değer atfedilmekteydi.

Statü, emri veren makamın hükümet, asker veya sivil olabileceğini hükme bağlamıştır. Diğer yandan emri yerine getiren şahsın da asker olma zorunluluğu bulunmamaktadır.<sup>99</sup> Maddenin dar kapsamlı, sadece askeri makamlar açısından bir hüküm getirmeyerek sorunu bütünüyle ele alması kanaatimizce yerinde olmuştur.

Kural, savunmanın kabul edilmemesidir. Kabul edilmesi için üç ayrı şart sayılmıştır. Şartların hepsinin aynı anda gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde amirin emri savunması kabul görmeyecektir.<sup>100</sup> Bunlar; hükümet veya üst makamın emirlerine uymanın kanuni zorunluluk olması, şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi ve emrin de açıkça kanunsuz olmamasıdır. Maddenin düzenleniş biçimi, iç hukukumuzla da uyumluluk göstermektedir. Yukarıda inceleme konusu yaptığımız 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu madde 41’de, özel bilme durumunda amirin emri savunmasının kabul görmeyeceği hükme bağlanmıştır. Öğreti ise maddenin yorumunda nesnel bilme yani aşikâr hukuk aykırılık ölçütünün de kullanılması gerektiği konusunda hem fikirdir.<sup>101</sup>

Diğer yandan ortada emrin bulunması, emrin yetkili kişi tarafından verilmesi, astın görev alanına ilişkin bir emir olması gibi şartlar da Roma Statüsü açısından mevcuttur. Bu konulara çalışmamızın “Türk Hukukunda Amirin Emrini İfa Müessesesi” kısmında değindiğimiz için tekrara kaçmamak amacıyla oraya atıfla yetiniyoruz. Burada sadece ilave etmemiz gereken hususları belirteceğiz.

Astın emirlere uymama hakkı varsa a bendinde geçen emirlere uymanın kanuni zorunluluk olması şartı sağlanmadığı için amirin emri savunması kabul edilmeyecektir.<sup>102</sup> Emri verenin yetkili olması da savunmanın kabulü için gereken şartlardandır. Ancak bu durum, ulusal mevzuatlara nazaran daha esnek düşünülmelidir. Zira savaş durumunda kayıpların verilmesi muhtemeldir. Verilen kayıp sonucunda, aslında emri vermeye yetkili olmayan daha alt rütbedeki bir kişinin verdiği emir de kabul edilmelidir. Sırf bu sebeple savunmanın reddedilmesi gerçekçi bir yaklaşım olmaz.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.147’deki tercüme aynen aktarılmıştır. Yazar, eserinde, TBMM İnsan Hakları Komisyonu resmi sayfasındaki çeviriyi kullandığını ama çevirideki fahiş hatanın kendi tarafınca düzeltildiğini belirtmiştir.

<sup>98</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.173.

<sup>99</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.82.

<sup>100</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.173.

<sup>101</sup> GÜNAL, Yılmaz, Askeri Münasebet, s.198. DEMİREL, Muhammed, a.g.e, s.102 vd.

<sup>102</sup> DEĞİRMENCİ, Olgun, Uluslararası, s.83

<sup>103</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.151-152.

Ast, hukuka aykırılığı biliyorsa amirin emri savunmasına dayanamaz. Öznel bilme durumu mevcutsa aşikâr hukuka aykırılık açısından bir değerlendirme yapmaya dahi gerek yoktur. Yine hukuka aykırılık, ancak uzman hukukçuların değerlendirmesi sonucunda bilinebilecek olsa dahi ast durumu biliyorsa sorumluluktan kurtulamayacaktır. Mevcut durum, astın, hukuka aykırılığı bildiği yönünde intiba yaratabilir. Bu gibi haller için mahkemeler objektif ölçüt geliştirmiştir.<sup>104</sup> Sıradan zekâ ve sağduyuya sahip insanların, mevcut şartlar altında, durumu bilmesi gerektiği sonucuna varılabiliyorsa savunma yine ileri sürülemeyecektir. Kanaatimizce yerinde bir uygulamadır. Zira kural, amirin emri savunmasına dayanılmamasıdır. İstisna ise savunmanın geçerli kabul edilmesidir. Savunmanın geçerli kabul edilmesi için şartların oluştuğunun ispatı gerekmektedir. İspat külfeti de ispat durumundan yararlanana, yani sanığa aittir. Ortada şartların oluştuğu hususunda şüphe kalmışsa sanık ispat külfetini yerine getirememiş demektir ve savunmadan yararlanamaz.<sup>105</sup>

Son şartımız, aşikâr hukuka aykırılığın olmamasıdır. Ast, öznel olarak emrin hukuka aykırılığını bilmiyor olsa dahi olayda, aşikâr hukuka aykırılık varsa sorumluluktan amirin emrini ifa savunmasına dayanarak kurtulamayacaktır. Hukuka aykırılığın aşikâr olup olmadığının belirlenmesinde nesnel ölçüt uygulanmaktadır. Ortalama zekâ seviyesine sahip bir insanın kavrayış durumu ölçüt olarak kabul edilir.<sup>106</sup> Ancak astın kişisel özellikleri, ilgi alanları yahut aldığı eğitim gibi koşullar da göz önüne alınır.<sup>107</sup> Sonuç olarak, hükümet veya üst makamın emirlerine uymanın kanuni zorunluluk olması, şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi ve emrin aşikâr olarak hukuka aykırı olmaması koşulları sağlanıyorsa amirin emri savunması tam bir koruma sağlayacaktır.<sup>108</sup>

Roma Statüsü'nün 33.maddesi 2.fikrasında görüleceği üzere insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçları bağlamında amirin emri savunmasının kabul görmeyeceği hükme bağlanmıştır. Son olarak, öğretilde saldırı suçu açısından amirin emri savunmasının ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.<sup>109</sup> 31 Mayıs-11 Haziran tarihleri arasında Uganda'nın başkenti Kampala'da Roma Statüsü'nü Gözden Geçirme Konferansı düzenlenmiştir. Konferans'ta alınan 6 sayılı kararla saldırı suçunun tanımı yapılmış ve oy birliği ile kabul edilmiştir.<sup>110</sup> Statü'ye eklenen 8 bis maddesinde "*bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından...*" ifadesi geçmektedir.<sup>111</sup> Görüleceği üzere saldırı suçunun failleri, amir konumunda bulunan kişilerdir. İşin doğası gereği amirin emri savunmasında bulunamazlar.

<sup>104</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.153-154.

<sup>105</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.190.

<sup>106</sup> INSCO, James B. , a.g.m, s.393, HOBEL, Mark W.S. , a.g.m, s.618.

<sup>107</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.102 vd.

<sup>108</sup> GAETA, Paola, a.g.m, s.173.

<sup>109</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.160.

<sup>110</sup> Nergiz EMİR, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2015, s.119-122.

<sup>111</sup> Maddenin ilgili kısmı İbrahim KAYA, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.412-414'den alınmıştır.

## 5. Amirin Emrini İfa Müessesesinin Hukuki Niteliği

Şimdiye kadar, amirin emrini ifa savunmasına dair yaklaşımlar, yaklaşımların sonuçları ve yaklaşımlara göre amirin emri savunmasının ileri sürülebilme şartları inceleme konusu yapıldı. Peki, şartlar sağlandığında söz konusu savunma nasıl bir koruma sağlayacaktır? Hukuki niteliği nedir? Roma Statüsü'nde koşulların sağlanmaması durumunda astın sorumluluktan kurtulamayacağı hükme bağlanmıştır. Şartlar sağlanır ve ast sorumluluktan kurtulursa amirin durumu ne olacaktır? Kanaatimizce tüm bu sorulara sağlıklı cevap verilebilmesi için amirinin emrinin hata, tehdit, cebir gibi irade sakatlığı halleriyle birlikte değerlendirilmesi yapılmalıdır. Amirin emri savunmasının kabul edilmesi için öznel olarak bilmeme durumu, şartlardan bir tanesidir. Ast, yaptığı eylemi ya da eylemsizliği hukuka uygun sanmaktadır. Ortada hata, diğer deyişle yanılma vardır. İşte bu yüzden denilebilir ki amirin emrini ifa, hatanın özel bir görünümüdür.<sup>112</sup>

Öznel olarak bilmeme-hata durumu söz konusu olduğunda diğer iki şart da varsa yani yetkili amir tarafından bağlayıcı emrin varlığı ve hukuka aşikâr aykırılığın yokluğu, amirin emri savunması ceza verilmesini ast açısından engelleyecektir. Bu takdirde savunmanın hukuki niteliğine mazeret sebebi demek ve hukuka uygunluk sebebi olmadığını kabul etmek daha isabetli bir yaklaşımdır. Zira hukuka uygunluk sebebi dendiği zaman ortada suç bulunmayacağı için iştirakte bağlılık kuralı gereğince amire ceza verilemeyecektir. Yukarıda verdiğimiz obüs örneğine dönecek olursak, ast, amirin telsizden verdiği emir sonucu kilometrelerce uzaklıktaki hedefi isabetli bir vuruşla yok etmiştir. Hedefimizin terörist grup olduğu varsayımında, ilk bakışta ortada suç varmış gibi görünmektedir. Zira gerçekleştirilen eylemde kasten adam öldürme suçu açısından maddi ve manevi unsur mevcuttur. Ancak amirin kanuni emri bir hukuka uygunluk sebebidir.<sup>113</sup> Hedefin mülteci grup olduğu varsayımında ise ast, kilometrelerce uzaklıkta bulunan hedefinin ne olduğunu amirinin kendisine bildirdiği kadarıyla bilmektedir. Mesafenin fazlalığı ve kendisine verilen koordinatlara göre obüsü derhal ateşleme yükümü de göz önüne alındığında astın hedef hakkında detaylı bir inceleme yapamayacağı ortadır. Amirin emri sonucu yaptığı eylemin hukuka uygun olduğu konusunda hataya düşen ve durumun hukuka uygunluğunu savaş atmosferinde tahlil etme imkânı olmayan ast, amirin emrini ifa savunmasında bulunabilecektir. Söz konusu savunmanın hukuki niteliği mazeret sebebidir.

Amirin emrini ifa savunmasıyla bağlantılı olan diğer irade sakatlığı sebebi tehdittir. Tehdit durumunda öznel olarak bilmeme durumu yoktur. Ast, hukuka aykırılığı bilmekte ve ilk etapta emri yerine getirmemektedir. Ancak kendisine uygulanan tehdit ve hatta cebir sonucu emri yerine getirmek

<sup>112</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.162.

<sup>113</sup> 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği suç teorisine göre suçun üç unsuru vardır. Bunlar; maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılıktır. Ortada hukuka uygunluk sebebinin olduğu hallerde suç oluşmaz. Kusurluluk ise suçun unsurları dışında bırakılmıştır. Kusurluluk, failin işlediği suç dolayısıyla hakkında yapılan bir değerlendirme yargısıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, a.g.e, s.158.



durumunda kalmıştır. İşte bu durumda da savunmanın hukuki niteliği mazeret sebebidir.<sup>114</sup>

Görüleceği üzere amirin emri savunması tek başına hukuki açıdan sonuç doğurmayacaktır. Amirin emri savunması, hata ve tehdit durumlarında mazeret sebebi olarak kabul edilebilir.

Ast, emrin hukuka aykırı olduğunu bilmekle ve aslen yerine getirmek istememekle birlikte amirinden geldiği için direnmeden yerine getirmiş de olabilir. Bu durumda doğrudan cezada indirim sebebi olarak düşünülmemelidir. Mahkeme ancak adaletin gerektirdiğine kanaat ederse böyle bir indirime gitmelidir.<sup>115</sup>

## Sonuç

Tarihsel sürecin en başından itibaren insanlar ast-üst ilişkisi içerisinde yaşaya gelmiştir. Emir ve talimat verme yetkisi günümüzde dahi mevcuttur. Ancak verilecek emir ve talimatların içeriği konusunda insan hakları doğrultusunda büyük gelişmeler kaydedilmiştir.

Tarihsel süreç içerisinde, ulusal ve uluslararası mecralarda amirlerinin emriyle suç işlemiş olan sayılamayacak kadar çok kişi vardır. Söz konusu kişiler, mahkemelerin yahut uyuşmazlığı çözecek olan kurumların önüne geldiklerinde ilk olarak amirlerinin emirlerini ifa ettikleri ve hiçbir sorumlulukları olmadığı savunmasında bulunmaktadır. Bu savunmaya tarihi süreç içerisinde farklı yaklaşımlar olmuş ve uygulanmıştır. Roma hukukunda sorumlu olmadıkları kabul edilmiştir. İslam ve Osmanlı hukukunda tam aksine sorumlu olacakları kabul edilmiştir. İtaatin ancak meşru emre olacağı kaidesi konulmuştur. 15.yüzyıldan itibaren mahkeme içtihatlarında hukuka aşikâr aykırılık ölçütü geliştirilmeye başlanmıştır. Söz konusu ölçüt, günümüzdeki koşullu sorumluluk yaklaşımının hâmişi olarak görülebilir. 15.yüzyıldan I. Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte hukuka aşikâr aykırılık ölçütü mahkemeler tarafından farklı zamanlarda uygulanmıştır. I.Dünya Savaşı arifesinde ise Oppenheim etkisiyle *respondeat superior* ilkesi, başka deyişle amirin sorumluluğu ilkesi savaş kuralları el kitaplarına girmiştir. Bu ilke ancak II. Dünya Savaşı'nın son günlerinde el kitaplarından çıkarılacaktır. Her ne kadar aradaki süreçte Büyük Britanya ve Amerikan savaş kuralları el kitaplarında bu ilke yer alsada Liepzig yargılamalarında Alman mahkemesi tarafından hukuka aşikâr aykırılık ölçütü kullanılmıştır.

*II. Dünya Savaşı*'nin sonunda ise tam sorumluluk anlayışı gündeme gelmiştir. Savaş sonrasında yapılacak yargılamalarda Hitler Almanya'sı tarafından yapılan zulüm, işkence ve katliamların amirin emri savunmasıyla geçiştirilmemesi esas amaçtır. Nürnberg Mahkemesi'nin Şartı'nda amirin emri savunmasının ancak adaletin gerektirdiği hallerde indirim sebebi olarak kabul edilebileceği

<sup>114</sup> Nitekim Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi, ki Nürnberg etkisiyle kurulmuştur ve kurucu metni amirin emri savunmasını hukuka uygunluk ve mazeret sebebi olarak reddeder, Erdemoviç davasında bu yönde bir hüküm vermiştir. İlk başta hukuka aykırı emri reddeden Erdemoviç, ölüm tehdidi sonucunda emri yerine getirmek zorunda kalmıştır. Mahkeme, statüsü gereği amirin emri savunmasını cezasızlık sebebi olarak görememiştir. Ancak cezada önemli miktarda indirime gitmiştir. Bkz. GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.83 vd.

<sup>115</sup> GÜNEYSU, Gökhan, a.g.e, s.165.

hükme bağlanmıştır. Yapılan yargılamalarda ve özellikle *subsequent trials* diye adlandırılan sonraki yargılamalarda, amirin emri savunması kategorik olarak reddedilmemiştir. Sonraki yargılamalarda mevki olarak daha düşük kademede olan kişiler yargılanmıştır. Mahkeme amirin emri savunmasının şartlarını önüne gelen dosyalarda esastan incelemiş, şartları gerçekleşmediğinden hareketle reddetmiştir.

Son ve günümüzde de Roma Statüsü ile benimsenen yaklaşım, koşullu sorumluluk yaklaşımıdır. Buna göre belirli şartlar varsa amirin emri savunması kabul edilebilir. Yetkili merci tarafından verilen bağlayıcı emrin olması, astın hukuka aykırılığı bilmemesi ve aşikâr hukuka aykırılık olmaması söz konusu şartlardır. Şartların hepsi bir arada bulunmalıdır. Aksi takdirde savunma ileri sürülemez.

Denilmektedir ki, Nürnberg yargılamalarında sanık sıfatına haiz kişiler amir konumunda bulunan üst düzeydeki rütbeliler ve yöneticilerdi. Bunların, kendileri lehine bilmeme durumunu savunabilmeleri koşullu sorumluluk yaklaşımına göre mümkün değildi. Bu sebeple, tam sorumluluk yaklaşımının kabul edilmesi, cezalandırılabilmesi açısından olmazsa olmaz şart değildi.

Roma Statüsü'nde, Nürnberg'in mirası olan tam sorumluluk yaklaşımı terk edilerek koşullu sorumluluk yaklaşımına ve mahkeme içtihatlarına uygun bir düzenlemeye gidilmiştir. Amirin emrini ifa savunmasının mazeret ya da hukuka uygunluk sebebi olarak mahkemece kabul edilebilmesinin önü açılmıştır. Ancak amirin emri savunması tek başına ileri sürüldüğünde hukuken değere haiz olmayacaktır. Savunmanın, irade sakatlığı hallerinden olan hata veya tehdit ile birlikte ileri sürülmesi gerekmektedir. Hata yoksa öznel bilmeme durumu da olmayacağından şartlar sağlanmamış olacaktır. Öznel bilme var da tehdit yoksa suç işleme kastı bulunacağından savunma yine kabul edilmeyecektir. Son olarak, soykırım ve insanlığa karşı suçlar bağlamında amirin emri savunmasının ileri sürülmesi Roma Statüsü'nün 33.maddesinin 2.fıkrası hükmüyle engellenmiştir. Bu suçlar açısından tam sorumluluk yaklaşımı kabul edilmiştir.

## KAYNAKLAR

**AKSAR**, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 2, 2003

**AVCI**, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Mimoza Yayınları, Konya, 2012

**DEMİREL**, Muhammed, Amirin Emri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014

**DEĞİRMENCİ**, Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı 10, 2012 (Türk)

**DEĞİRMENCİ**, Olgun “Uluslararası Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa Sorumluluğu”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt 10, Sayı 120, 2012 (Uluslararası)

**DURSUN**, Selman, “Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18,Sayı 2, 2014

- EMİR**, Nergiz, “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, 2015
- GAETA**, Paola, “The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law”, European Journal International Law, Volume 10, 1999
- GÜNAL**, Yılmaz, “Yetkili Merciiin Emrini İfa”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1967
- GÜNAL**, Yılmaz, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 22, Sayı 4, 1967 (Askeri Münasebet)
- GÜNAL**, Yılmaz, “Harp Suçları Bakımından Yetkili Merciiin Emrini İfada Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, , Cilt 21, Sayı 1, 1966 (Harp Suçları)
- GÜNAL**, Yılmaz, “Âmirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 2 (Meşruiyet)
- GÜNEYSU**, Gökhan, Uluslararası Hukukta Amirin Emri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
- HOBEL**, Mark W.S, ” ‘So Vast An Area of Legal Irresponsibility?’ The Superior Orders Defense and Good Faith Reliance on Advice of Counsel”, Columbia Law Review, Volume 111, Issue 3, 2011
- INSCO**, James B. , “Defense of Superior Order Before Military Commisions”, 13 Duke Journal of Comparative & International Law, 2003
- KAYA**, İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- KEIJZER**, Nico, “ A Plea For The Defense Of Superior Order”, Israel Yearbook On Human Rights, Volume 8, 1978
- KUDO**, Koji, Command Responsibility and The Defence of Superior Orders, Yayımlanmamış Doktora Tezi, University of Liecester, 2007
- ÖZER**, Cumhur, Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Emrin Yerine Getirilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012
- SOLIS**, Gary D., Obedience of Orders and the Law of war: Judicial, Application in American Forums, American University International Law Review, Volume 15, Issue 2, 1999
- TAHİROĞLU**, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2012

## İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.icty.org/en/press/judgement-case-prosecutor-v-ranko-cesic>