

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

**TÜRK VE FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA
KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME**

MUHAMMED BUHARİ ÇETİNKAYA

2502130197

DANIŞMAN:

PROF. DR. ADEM SÖZÜER

İSTANBUL - 2020

ÖZ

TÜRK VE FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME

Muhammed Buhari ÇETİNKAYA

Ceza kanunlarında tanımlanan fiillerin birer haksızlık olarak ortaya çıkması tipe uyan bu fiillerin aynı zamanda hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olması ilgili fiili suç olmaktan çıkarır. Bu halde fiil hukuk düzeni ile çatışma içerisinde değildir. Kanunun hükmünü yerine getirme Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden birisidir. Kanunun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez. Bir davranışın gerçekleştirilmesinin ceza kanunu tarafından cezalandırılmasına karşın bir başka düzenlemenin aynı davranışa cevaz vermesi halinde ilgili davranış gerçekleştiren kişi, bir suç işlemiş olmayacaktır. Tez çalışmamızın konusunu oluşturan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, Fransız ceza hukuku ile mukayeseli olarak incelenmektedir. Bu hukuka uygunluk nedenine Fransız Ceza Yasası da genel hükümlerinde yer vermektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin Fransız ceza hukukundaki yeri, farklı görünüşleri ve yönleri ile ele alınmaktadır. İkinci bölümde Fransız ceza hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme ile yakın bağlantı içerisindeki ilgilinin rızası ve amirin emri kurumları incelenmektedir. Üçüncü bölümde bu hukuka uygunluk nedeninin hukukumuzdaki yeri değerlendirilmekte ve Fransız hukuku ile mukayesesi yapılmaktadır. Son bölümde ise yine kanunun hükmünü yerine getirme ile çok yakın bir bağlantı içerisinde olan amirin emrini ifa müessesesi Türk hukuku çerçevesinde incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka Aykırılık, Hukuka Uygunluk Nedenleri, Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, Amirin Emrini İfa, İlgilinin Rızası, Türk Ceza Hukuku, Fransız Ceza Hukuku, Kanun, Genel Düzenleyici İşlem.

ABSTRACT

ORDER OF THE LAW IN TURKISH AND FRENCH CRIMINAL LAW

Muhammed Buhari ÇETİNKAYA

The unlawfulness of the acts defined in the criminal laws depends on the fact that the acts that conform to the type are also unjust. The existence of a justification fact makes the act legal. In this case, the act is not in conflict with the legal order. Fulfilling the "order of the law" is one of the justification facts regulated in the Turkish penal code. The person who fulfils the orders or provisions of the law is not punished. Although a conduct is punishable under criminal law, if other regulations allow it, the person who performs the relevant conduct will not have committed an offense. The justification fact, "order of the law", which is the subject of our thesis, is examined in comparative with French criminal law. This justification fact is included in the general provisions of the French Criminal Code.

In the first chapter of our study, the justification fact, "order of the law" is examined in French criminal law with its different aspects and sides. In the second chapter, the consent of victim and the command of legitimate authority are studied within the scope of order of the law. In the third chapter, this justification fact in Turkish criminal law system is evaluated with its different aspects and compared with French criminal law. In the last chapter the command of legitimate authority in Turkish criminal law is examined within the scope of order of the law.

Keywords: Criminal liability, unjustness, justification facts, order of the law, command of legitimate authority, consentment of the victim, Turkish penal law, French penal law, criminal law, law, reglements.

ÖNSÖZ

Suç teorisinde çok önemli bir yeri olan hukuka aykırılık bahsi ile doğrudan ilgili kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dair bu tez çalışmamız, konuyu tüm yönleri ve görünüşleri ile ele almayı amaç edinmiştir. Konu yalnızca Türk hukukundaki teorisi ile değil Fransız ceza hukuku ile mukayeseli olarak incelenmiş ve değerlendirilmiştir. Keza aynı hukuka uygunluk nedenine Fransız Ceza Yasası da 122-4 maddesinde yer vermektedir.

Fransa bu hukuka uygunluk nedenine 1810 Fransız Ceza Yasası'ndan bu yana yer vermektedir. Bu özelliğiyle düzenleme Avrupa'da pek çok ceza yasasına ilham kaynağı olmuştur. Bununla beraber bu hukuka uygunluk nedeninin iki yüzyılı aşkın bir pratiği mevcuttur. Fransız tecrübesinin bu mukayeseli çalışma ile Türk doktrinine kazandırılmasına gayret edilmiştir. Bu uğurda misafir akademisyen olarak TÜBİTAK (2214-A Doktora sırası yurtdışı araştırma bursu) desteği ile Ocak 2018 – Ocak 2019 tarihleri arasında Bordeaux Üniversitesi Ceza Bilimleri ve Adalet Enstitüsü'nde (ISCJ) araştırmalarda bulunulmuştur.

Meselenin hukukumuzdaki yeri bakımından ise konu ile ilgili bu boyutta ve bu kapsamda bir çalışma daha önce yapılmış değildir. Bu konu daha ziyade ceza hukuku genel hükümler eserlerinde ve çeşitli monografilerin içerisinde konuyla ilgili olduğu nispette ele alınmıştır. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ilk kez tüm yönleri ve görünüşleriyle böyle bir çalışmanın konusu olmaktadır. Bu noktada Fransız ceza hukuku ile mukayese, teorinin gelişmesinde önemli bir katkı sunacaktır.

Bu doktora tez çalışması yaklaşık dört yılı bulan bir çabanın ürünüdür. Bu konuyu çalışmam için beni yüreklendiren doktora tez danışmanım ve mensubu bulunduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Adem Sözüer'e teşekkür ve minneti borç bilirim. Yol göstericiliği ve her konudaki destekçiliği ile kendisinin,

bir akademisyen ve ceza hukukçusu olma yolundaki gelişimimde katkısı ve emeği ifade edilemeyecek kadar fazladır.

Bordeaux Üniversitesi'ndeki çalışmalarım süresince Fransız ceza hukuku üzerine gerçekleştirdiğim çalışmalarda bana danışmanlık yapan ve beni araştırmalarda bulunmak üzere davet eden Ceza Bilimleri ve Adalet Enstitüsü Direktörü Sayın Prof. Dr. Valerie Malabat'a şükran borçluyum.

Tez çalışmamın hazırlanması sürecinde çalışmanın ilerleyişini takip eden ve bu aşamalarda rehberliğinden epey istifade ettiğim tez izleme komitemde yer alan saygıdeğer Hocam Prof. Dr. Vesile Sonay Evik'e şükran dolu olduğumu belirtmek isterim. Yine aynı şekilde tez izleme komitemde yer alan ve bu süreçte bana rehberlik eden tez çalışmam nihayetlendikten sonra ortaya çıkan taslağı büyük bir titizlikle inceleyerek beni bu süreçte yönlendiren ve görüşlerinden çokça istifade ettiğim saygıdeğer Hocam Dr. Öğr. Üyesi Serdar Talas'a teşekkür ederim

Gerek tez çalışmam ile ilgili gerek ceza hukukuna ilişkin başkaca çalışmalarım ile ilgili her daim görüşlerine başvurduğum, kapısı her zaman bize açık olan ve öneri ve yorumları benim için hep ufuk açıcı olmuş olan saygıdeğer Hocam Dr. Öğr. Üyesi Selman Dursun'a şükranlarımı sunarım. Yine aynı şekilde ceza hukukuna dair her türlü çalışma ve mesaimde her daim desteğini gördüğüm, görüş ve yönlendirmelerinden her daim istifade ettiğim saygıdeğer Hocam Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Maden'e teşekkür etmek isterim.

Bir üyesi olmaktan gurur ve onur duyduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda belli bir süre ya da halen birlikte mesai yaptığımız ve her zaman her ne konuda olursa olsun desteklerini asla esirgemeyen Dr. Öğr. Üyesi A. Batuhan Baytaz, Dr. Öğr. Üyesi Elif Ergüne, Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Demirel, Dr. Öğr. Üyesi Tuba Topçuoğlu, Dr. Arş. Gr. Melik Kartal, Dr. Arş. Gr. Rahime Erbaş, Dr. Arş. Gr. Tuba Kelep Pekmez, Dr. Arş. Gr. Sertaç Işıka, Arş. Gr. Büşra Demiral Bakırman, Arş. Gr. Kenan Evren Yaşar, Arş. Gr. Selim Erdin, Arş. Gr. Murat Çakır, Arş. Gr. Gizem Kübra Özen Aykotalp, Arş. Gr.

Fatma Betül Şeker, Arş. Gr. Sedat Erdem Aydın, Arş. Gr. Ömer Metehan Aynural, Arş. Gr. H. Begüm Tokgöz, Arş. Gr. Esra Dikmen, Arş. Gr. İpek Altınsaban, Arş. Gr. Cafer Erdem Umudum, Arş. Gr. Gözde İbicioğlu, Arş. Gr. Büşra Özçelik, Arş. Gr. Muhammet Kahveci, Arş. Gr. Muhammet Hasan Kaya, Arş. Gr. Oğuzhan Demir, Arş. Gr. Yağmur Altay, Arş. Gr. Yiğit Yeniyetişme'ye teşekkür ederim.

Benim ve kardeşlerimin hayatta kendimize ve topluma yararlı birer birey olarak yetişmesinde her türlü fedakârlıkla bizleri bugüne getiren ve her zaman üzerimizdeki destek ve dualarını esirgemeyen sevgili Annem ve Babama, bir aile olmanın bilinciyle birbirimizi tamamladığımız sevgili kardeşlerime müteşekkire ve duacıyım.

Birlikte bir hayat kurmaya ahdettiğimiz, acısını paylaşarak azalttığımız, sevincini birlikte çoğalttığımız, dayanışma içinde zor günlerini kolaylaştırdığımız ve çatısı altında mutlu bir yaşam sürdüğümüz yuvamızın başlıca “mimarı” çok kıymetli eşim Seher Çetinkaya'ya olan şükranımı kelimeler ile ifade etmem imkânsızdır. Bu çalışmanın tamamlanmasından çok kısa bir süre önce hayatımıza dâhil olan, yaşama sebeplerimiz ve sevinçlerimizin başlıca sırasına yerleşen, bir tanecik kızımız Buse Feraye'nin varlığı ve bana getirdiği şans bu çalışmanın tamamlanmasını çok daha kolay kılmıştır.

M. Buhari Çetinkaya

İstanbul - 2020

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ.....	iv
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xivv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ

I. Fransız Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi.....	9
A. Genel Olarak	9
B. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Normatif Dayanağının Gelişimi	9
1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kapsamı	15
a. Hukuka Uygunluğun İstisnaları	15
1) İşlenen Suçun Ağırılığından Kaynaklı İstisnalar	17
2) Ölçsüzlük ve Orantısızlıktan Kaynaklı İstisnalar.....	18
3) Gereklilikten Kaynaklı İstisnalar	19
b. Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Taksirli Fiiller	20
C. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartları ..	23
1. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm	26
a. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm Türleri.....	26
1) Fransız Ceza Yasası Md. 122-4 Fıkra 1 Kapsamında Hukuka Uygun Hale Getiren Norm Türleri	26

i. Kanun	28
a) Şekli Kanunlar ve Genel Düzenleyici İşlemler	29
b) Fransız Kanunları	32
c) Ceza Hukuku Normu – Ceza Hukuku Dışı Norm	33
ii. Diğer Norm Türleri	44
a) Örf Adet.....	44
b) İdari İşlemler	50
c) Yabancı Düzenlemeler	56
b. Hukuka Uygun Hale Getiren Normun Konusu.....	58
1) Emir.....	59
i. Kamu Görevlilerine Yönelik Emir	60
ii. Kamu Görevlisi Olmayan Kişilere Yönelik Emir	64
2) Müsaade	66
2. Hukuka Uygun Bir Davranış	72
a. Suç Tanımına Uyan Davranış	72
b. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Aşılması	76

İKİNCİ BÖLÜM

FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME İLE BAĞLANTILI OLARAK İLGİLİNİN RIZASI VE AMİRİN EMRİNİ İFA

I. Fransız Hukukunda İlgilinin Rızasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi	81
A. Giriş.....	81
B. Rıza Fiili Hukuka Uygun Hale Getirmez İlkesi	83
1. İlkenin Gerekçesi.....	83
2. Rızanın Hukuka Uygunluk Sağlamayacağına dair Fransız İçtihadı.....	88

a. Ötanazi Meselesi.....	88
b. Düello	93
c. Birlikte İntiharlar	95
d. Rızaya Dayalı Yaralamalar.....	96
e. Mallara Karşı Suçlar	97
C. İlgilinin Rızasının Suçun Varlığını Ortadan Kaldırdığı Haller	99
1. Rızanın Suçun Olumsuz Unsuru Olması.....	99
a. Rızanın Özellikleri.....	103
1) Evvellik	103
2) Geçerlilik.....	104
3) Serbestlik.....	107
2. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Kapsamında Değerlendirilen İlgilinin Rızası	109
a. Tıbbi ya da Cerrahi Müdahaleler	110
b. Sertlik İçeren Sporların İcra Edilmesi	113
II. Fransız Hukuku'nda Amirin (Meşru Mercii) Emrinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi	116
A. Genel	116
B. Meşru Mercii Emrinin Hukuka Uygunluk Sağlamasının Şartları.....	117
1. Emre İlişkin Şartlar	118
a. Emrin Meşru Bir Merciden Gelmesi	119
1) Kamusal Mercii.....	119
2) Yetkili Mercii	121
b. Emrin Hukuka Uygun Olması	124
1) Emrin Hukuka Uygunluk ya da Hukuka Aykırılık Niteliği	125

i. Emrin Hukuka Aykırı Olması Halinde Astın Sorumluluğu	125
a) Pasif İtaat	126
b) "Akıllı Baston" Teorisi.	126
c) Hukuka Açık Aykırılık Gereksinimi	127
ii. Farklı Hiyerarşik İlişkilerde Emrin Hukuka Aykırılığı	129
2. Asta İlişkin Şartlar	131
a. Astın Hukuki Bilgisi	132
b. Astın Emre Uygun Fiili Gerçekleştirmesi	136
1) Hukuka Açık Aykırılıkta Astın Sorumluluğu	137
2) Açık Olmayan Hukuka Aykırılıkta Astın Sorumluluğu	139
III. Sonuç	139

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ

I. Türk Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi	143
A. Genel Olarak	144
B. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Normatif Dayanağının Gelişimi	149
1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kapsamı	154
C. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartları	159
1. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm	160
a. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm Türleri.....	161
1) Kanun	162
i. Maddi Anlamda Kanun – Şekli Anlamda Kanun Ayırımı	162
ii. Kanunun Yürürlükte Olması	167

iii. Türk Kanunları	179
iv. Ceza Hukuku Normu – Ceza Hukuku Dışı Norm	183
2) Kanun Hükmünde Kararname	187
3) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.....	195
4) Diğer Düzenleyici İşlem Türleri	203
5) Örf Adet, Gelenekler	209
2. Kanun Tarafından Verilmiş Bir Yetki	220
a. Emir	221
1) Kamu Görevlilerine Yönelik Emirler.....	226
2) Kamu Görevlisi Olmayan Kişilere Yönelik Emirler.....	228
b. Müsaade	233
1) Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi.....	238
3. Norma Uygun Davranış.....	255
a. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Aşılması	257
1) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Kasten Aşılması	260
2) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Taksirle Aşılması	265
3) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan Korku veya Telaştan Dolayı Aşılması.....	268
b. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninde Hata ..	274
1) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Varlığında ve Sınırlarında Hata ..	274
2) Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninin Maddi Şartlarında Hata	279

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME İLE BAĞLANTILI OLARAK AMİRİN EMRİNİ İFA

I. Türk Hukukunda Amirin Emrini İfanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi.....	284
A. Genel Olarak	286
B. Amirin Emrini İfanın Hukuka Uygunluk Sağlamasının Şartları	290
1. Emre İlişkin Şartlar	291
a. Bir Emrin Varlığı	291
b. Emrin Meşru Bir Merciden Gelmesi	294
1) Kamusal Merci	294
2) Yetkili Merci	299
c. Emrin Hukuka Uygun Olması	304
1) Emrin Hukuka Aykırılığı	307
i. Mutlak İtaat	308
ii. Emrin Şeklen Kontrolü.....	308
iii. Emrin İçeriğinin Kontrolü	309
iv. İtiraz, Emrin Tekrarı.....	310
d. Emri Yerine Getirmenin Zorunlu Olması.....	312
2. Asta İlişkin Şartlar	314
a. Astın Emri Denetleme Yükümlülüğü	315
1) Kolluk Görevlileri	316
2) Askerler	318
3) Konusu Suç Teşkil Eden Emir	320
b. Astın Emre Uygun Davranışı.....	324
1) Amirin Emrini İfada Sınırın Aşılması.....	325

2) Amirin Emrini İfade Hata	327
SONUÇ	333
KAYNAKÇA	344



KISALTMALAR

a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
As. CK	: Askeri Ceza Kanunu
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.a.	: Bütüne Atıf
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren

DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas No
Fr.	: Fransız
Fr. CY	: Fransız Ceza Yasası
Fr. Yarg. Ceza D.	: Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
JCP	: Jurisclasseur périodique
JTGYK	: Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu
K.	: Karar no
k.n.	: Kenar Notu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KHOBD	: Kara Harp Okulu Bilim Dergisi
LGDJ	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
md.	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
RCA	: Revue Responsabilité Civile et Assurances
RDPC	: Revue de Droit Pénal et de Criminologie
RG	: Resmi Gazete
RPDP	: Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
RSC	: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
S	: Sayı
s.	: Sayfa

T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

GİRİŞ

Konumuzu oluşturan kanunun hükmünü yerine getirme, ceza hukukunda suç teorisinin en önemli konularından olan hukuka aykırılık bahsi ile ilgilidir. Öyle ki ceza kanunları tarafından tanımlanmış bir davranışın gerçekleştirilmesi bir suçun varlığına karine olsa da tek başına bir suçun oluşumunu sağlamaz. Suçun varlığı bu fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Hukuka uygunluk nedenlerinden biri ile meşruiyet kazanan fiilin, hukuk düzeni ile çatışma içerisinde olduğu söylenemez. Kanunun hükmünü yerine getirme, hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ilk fıkrasında düzenlemesini bulmaktadır ve varlığı halinde tipik fiile meşruiyet kazandırmaktadır. Kanunun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmez. Bu bakımdan kişinin, bir kanun hükmünün emrettiği ya da müsaade ettiği davranışı gerçekleştirmesi, bu davranış ceza kanunu tarafından tipik olsa dahi suç oluşturmaz.

Türk Ceza Kanunu'na benzer şekilde Fransız Ceza Yasası da kanunun hükmünü yerine getirmeyi 122-4 maddesinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemektedir. Fransız Ceza Yasası'nın düzenlemesi belirli farklılıklar ile birlikte Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemesine lafzen oldukça benzer bir düzenlemedir. Bununla beraber sistematik açıdan Fransız Ceza Yasası'nda da kanunun hükmü ile amirin emri aynı madde altında farklı fıkralarda düzenlemesini bulmaktadır. Her iki kanun da bu iki hukuka uygunluk nedeninin otonomisini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan oldukça benzer düzenlemelere sahip her iki ülke teorisinin mukayeseli bir çalışmanın konusunu oluşturması bir ilk olacaktır. Özellikle Fransa'da bu hukuka uygunluk nedeni 1810 tarihinden bu yana pozitif hukukun bir parçasıdır. 1810 Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesinde düzenlenen bu hukuka uygunluk nedeninin, anlaşılabilirliği gibi iki yüzyılı aşkın bir tatbikatı söz konusudur. Haliyle iki yüz yılı aşan bu tecrübe ve teorisinin, mukayeseli bir çalışmayla olabildiğince incelenmesi ceza hukuku teorimize katkı sağlayacaktır.

Mukayeseli çalışmamız açısından verimli olabilmesi için Fransa’da kanunun hükmünü yerine getirmenin teorik esasının ve hukuka aykırılık unsuru içindeki konumunun ve daha geniş mahiyette hukuka aykırılığın ceza sorumluluğu içindeki yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Kanunun hükmünü yerine getirme, hukuka uygunluk nedenleri – kusurluluğu etkileyen haller ayrımı yapmadan her iki ceza kanununda da ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan haller başlığı altında düzenlenmektedir.

Fransız ceza hukukunda ceza sorumluluğunun azalması ya da ortadan kalkması bir başlık altında incelenmektedir. Bu minvalde Fransız doktrini ve içtihadı ittifak halinde ceza yasasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran hallerden kanunun hükmünü yerine getirmeyi, amirin (meşru merciin) emrini ifayı, meşru savunmayı ve zorunluluk halini hukuka uygunluk nedenleri (*faits justificatifs*) ya da nesnel sorumsuzluk nedenleri olarak nitelendirmektedir.

Görülebileceği üzere kanunumuzdan farklı olarak Fransız Ceza Yasası ilgilinin rızası ve hakkın kullanılması şeklinde iki neden düzenlememektedir. Özellikle ilgilinin rızasının teorik esası Fransız doktrininde tartışmalıdır. Fransız Ceza Yasası’nda düzenlenen nedenlerden psişik ya da nöropsişik sorun, tahdit, hukuki hata, yaş küçüklüğü ise suçlanabilirliğe etki eden nedenler ya da öznel sorumsuzluk nedenleri olarak adlandırılmaktadır. Hukukumuzda doktrinin önemli bir bölümü ile beraber Yargıtay, zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir mazeret nedeni olarak görürken Fransız doktrini ve Yargıtayı, zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmektedir. Hemen hatırlatalım ki hukukumuzda zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünde olan yazarlar da bulunmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde Fransız ceza hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni incelenmektedir. Kanunun hükmünü yerine getirme (*ordre de la loi*) Fransız Ceza Yasası’nın “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kitap altında 122-4 maddesinin ilk fıkrasında düzenlemesini bulmaktadır. Madde 122-4 ilk fıkra hükmünce “*Kanun ya da genel düzenleyici işlemler hükümlerince emredilen ya da müsaade edilen bir fiili gerçekleştiren kişi cezai olarak sorumlu değildir.*” 1994

tarıhli yeni Fransız Ceza Yasası'nın bu düzenlemesi, selefi olan 1810 Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesi düzenlemesinden oldukça farklı bir düzenlemedir. Eski 327. maddeye göre *“Öldürme, yaralama ve darb kanun tarafından düzenlenmiş ve meşru merci tarafından emredilmiş ise cürüm de cünha da yoktur.”*

Görölebileceği üzere eski düzenleme kanunun hükmünü yerine getirmeyi kasten öldürme ve kasten yaralama fiillerine münhasıran hukuka uygun kabul etmiş ve hukuka uygunluğun dayanak norm türünü kanun olarak belirlemiştir. Yine eski düzenleme kanunun hükmü ile amirin emrini bir aradalık içerisinde aynı fıkrada düzenlemiştir. Fransa'da doktrin ve içtihat eskiden bu yana bu hukuka uygunluk nedeninin tüm suçlar bakımından geçerli olacağını ifade etmektedir. Temel argüman haklı olarak yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığı gibi en değerli haklara yönelik fiilleri meşrulaştıran bir nedenin evleviyetle daha az değerli haklara yönelik fiilleri de meşrulaştıracığıdır. Bununla beraber yine doktrin ve içtihat kanunlar yanında genel düzenleyici işlemlerin de hukuka uygunluğun dayanağını oluşturabileceğini öteden beri ifade etmektedir. 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası olabildiğince içtihadın ve doktrinin ortaya koyduğu çözümlere pozitif bir dayanak sağlama yolunu tercih etmiştir. Bu bakımdan 122-4 maddesi bu hukuka uygunluk nedenini tüm suçlar bakımından geçerli olacak şekilde düzenlemektedir. Yine içtihadın ve doktrinin ortaya koyduğu çözüme uygun şekilde hukuka uygunluğun dayanak normu olarak sadece kanunları saymamış genel düzenleyici işlemleri de hukuka uygunluğun dayanak normu olarak belirlemiştir. Yine doktrinin ortaya koyduğu yaklaşıma uygun şekilde kanunun hükmü ile amirin emrini iki ayrı fıkrada düzenleyerek aralarındaki otonomiye daha belirgin kılmıştır.

Fransız Ceza Yasası'na göre, kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk sağlamasının belirli şartları vardır. Bunun için ilk önce hukuka uygun hale getiren dayanak bir normun varlığı gereklidir. 122-4 maddesi uyarınca şekli anlamıyla kanun ve genel düzenleyici işlemler dayanak norm olabilirler. Bu norm türlerinin de belirli özellikleri değerlendirilmelidir. Hukuka uygunluk sağlayacak düzenleme bir Fransız düzenlemesi olmalıdır. Bununla beraber düzenlemenin ceza hukuku normu ya da ceza hukuku dışı norm olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bunlar dışındaki

norm türlerinin ise hukuka uygunluk sağlama gücü yoktur. Örneğin örf adet kuralları, genel düzenleyici işlem niteliğinde olmayan idari işlemler ve yabancı düzenlemeler bu hukuka uygunluk nedenine hayatiyet kazandırabilecek norm türleri değildirler.

Hukuka uygunluk sağlayacak dayanak normun konusu bir emir hüviyetinde olabilir. Emir çoğunlukla kamu görevlisi olan kişileri muhatap almaktadır. Bunun yanında kamu görevlisi olmayan kişiler de emrin muhatabı olabilirler. Dayanak normun konusu emir dışında belli bir davranışa müsaade edilmesi de olabilir. Dayanak bir normun varlığı sonrası bu hukuka uygunluk nedeninin oluşabilmesi için bir diğer şart, kişinin norma uygun davranmış olmasıdır. Bu bakımdan dayanak normun emrettiği ya da müsaade ettiği davranış, suç tanımındaki davranış ile örtüşmelidir. Yani kişinin davranışı hem dayanak normdaki hem de suç tanımındaki davranış olmalıdır. Bunun ötesinde kişi, dayanak normda belirtilen davranışın sınırları içerisinde hareket etmelidir. Normda belirtilen davranışın sınırlarının aşılmış olması halinde bu hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkmayacaktır. Fail dayanak normda davranışı gerçekleştirmek için aranan şartları yerine getirmeli, bu şartlar konusunda hataya düşmemeli ve dayanak normun çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmelidir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Fransız ceza hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme ile bağlantılı kurumlar incelenmektedir. Bu çerçevede öne çıkan iki mevzu ilgilinin rızasının ve amirin emrini ifanın ceza sorumluluğuna etkisidir. Fransız Ceza Yasası, Ceza Kanunumuzdan farklı olarak ilgilinin rızası şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni düzenlenmemektedir. İlgilinin rızasının teorik esası doktrinde tartışmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi 1994 tarihli yeni yasa içtihadın ve doktrinin ortaya koyduğu çözümleri olabildiği kadar yazılı hale getirerek pozitif dayanağa kavuşturmuştur. Bu durum 1810 Ceza Yasası'nın yürürlükte olduğu dönemde doktrin ve içtihadın ortaya koyduğu çözümlerden 1994 Ceza Yasası'nda yer alanların onaylandığı, yer almayanların ise reddedildiği şeklinde bir okumaya oldukça müsaittir. 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda da bilinçli bir tercih olarak yer verilmeyen ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmediği söylenmelidir. Doktrinde rızayı, özellikle sportif faaliyetler ve tıbbi müdahaleler bakımından kanunun hükmünü yerine getirmeye asimile etme eğilimi vardır. Kanunun hükmünü

yerine getirmeyle bağlantılı şekilde ele alındığı için çalışmamızın ikinci bölümünde ilgilinin rızasının Fransız ceza hukukundaki teorik esası da ortaya konulmuştur.

Hukukumuzda olduğu gibi amirin emrini ifa müessesesi, konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile oldukça yakın bir ilişki içerisindedir. Bu yakın ilişkinin adı otonomi olarak konabilir. Öyle ki kanunun hükmünü yerine getirmeye ilişkin bir çalışma amirin emrini ifaya temas etmeksizin eksik kalır. Tam tersi şekilde amirin emrini ifa müessesesi kanunun hükmünü yerine getirmeden bağımsız düşünülemez. Bu nedenle bu iki hukuka uygunluk nedeninin arasındaki otonomiden kaynaklı olarak çalışmamızın ikinci bölümünde amirin emrini ifanın hukuki esası da inceleme konusu edilmiştir.

Amirin emrini ifa, kanunun hükmünü yerine getirmeyi de düzenleyen Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemesini bulmaktadır. Buna göre *“Fiil açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe meşru merci tarafından emredilen bir fiili icra eden kişi cezai olarak sorumlu değildir.”* Bu düzenleme emre ve asta ilişkin olmak üzere bir takım şartlar getirmektedir. Amirin emrini ifanın hukuka uygunluk sağlamasının Fransız hukukunda emre ilişkin ilk şartı emrin meşru bir merciden gelmesidir. Bu bakımdan meşru merci, kamusal ve yetkili bir mercidir. Bir diğer emre ilişkin şart emrin açıkça hukuka aykırı olmamasıdır. Asta ilişkin şartlar bakımından astın hukuki bilgisinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ast emrin hukuka aykırı olduğunu biliyorsa aykırılık açık olsun veya olmasın fiil hukuka uygun kabul edilmeyecektir. Asta ilişkin bir diğer değerlendirilmesi gereken şart, astın emre uygun davranmış olmasıdır. Ast kendisine verilen emrin sınırlarını aşarsa ya da kendisine verilen emirden başka bir davranış gerçekleştirirse bu hukuka uygunluk nedeni vücut bulmaz.

Amirin emrini ifaya ve özellikle amirin hukuka aykırı emrini ifaya ilişkin olarak Fransız Ceza Yasası’nın ortaya koyduğu rejim Türk Ceza Kanunu’nunkinden farklıdır. Fransız Ceza Yasası, hukuka aykırı emirde astın sorumluluğunu açık hukuka aykırılık belirlemesi üzerinden tespit etmektedir. Hukuka açık aykırılık oldukça belirsiz bir kıstastır. Bu çerçevede geçmişten bu yana Fransız doktrini hukuka aykırı emirlerde

astın ceza sorumluluğu noktasında farklı sistemler ortaya koymuştur. Bunlar pasif itaat sistemi, akıllı baston teorisi ve bugün Ceza Yasası'nın kabul ettiği hukuka açık aykırılık sistemidir. Tüm bu sistemler ve hukuka aykırı emri ifa eden astın ceza sorumluluğu meselesi bu bölüm altında değerlendirilmektedir.

Çalışmamızın üçüncü bölümü Türk ceza hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme üzerinedir. Bu bölüm altında ilkin ülkemizde bu hukuka uygunluk nedeninin normatif dayanağının gelişimine yer verilmiştir. Yine Fransız ceza hukukundaki duruma benzer şekilde her ne kadar 24. maddede belirtilmese de bu hukuka uygunluk nedeninin kapsamını daraltan başkaca nedenlere yer verilerek öncelikle kanunun hükmünü yerine getirmenin kapsamı belirlenmiştir. TCK Md. 24/1 hükmünce *“Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”*

Hukukumuzda kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk sağlamasının bir takım şartları vardır. Bu şartlardan ilki Fransız hukukunda olduğu gibi hukuka uygunluğun dayanağını oluşturacak bir normun varlığıdır. 24. madde dayanak norm türü olarak kanun dışında bir norm türüne yer vermemektedir. Türk doktrininde önemli bir kısım yazar madde metninde yer alan kanun ifadesinden maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiğini söylemektedir. Yani bu görüş çerçevesinde kanunlar dışında diğer yazılı hukuk kurallarının tamamı bu hukuka uygunluk nedenine vücut verecek dayanak norm olma gücüne sahiptir. Kanun gerek maddi anlamıyla anlaşılın gerek şekli anlamıyla anlaşılın bir takım özelliklere sahip olmalıdır. Kanun yürürlükte olan bir Türk kanunu olmalıdır. Kanunun ceza hukukuna ilişkin olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.

Kanunun şekli anlamıyla kanun olması gerektiği yönündeki görüş kabul edilir ise yasama meclisi faaliyeti olan kanun dışındaki diğer norm türlerinin bu hukuka uygunluk nedenine vücut vermesi imkânsızdır. Örneğin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, idarenin genel düzenleyici işlemleri, 2017 Anayasa değişikliği öncesi yürürlüğe giren ve hala yürürlüğünü sürdüren tüzükler ve Bakanlar Kurulu kararları gibi norm türleri bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturamazlar. Bundan farklı olarak 2017 Anayasa değişiklikleri öncesi yürürlüğe giren kanun hükmünde

kararnameler ise hukuka uygunluğun dayanağı olma gücüne sahip norm türleridir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde şekli kanun anlayışı çerçevesinde bu norm türlerinin hukuka uygunluğun dayanağını oluşturma durumu incelenmiştir.

Hukukumuzda kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk sağlamasının bir diğer şartı kanun tarafından bir yetkinin verilmiş olmasıdır. Dayanak normun konusu Fransız ceza hukukundakine benzer şekilde bir emir olabilir. Emirler kamu görevlilerini ya da kamu görevlisi olmayan kişileri muhatap alabilir. Emirler yanında dayanak normun konusu belirli şekilde davranılmasına müsaade edilmesi de olabilir. Son şart ise kişinin dayanak norma uygun davranmasıdır. Fail dayanak normun ortaya koyduğu sınırlar içerisinde hareket etmelidir. Bu bölüm altında dayanak normun sınırlarının kasten ve taksirle aşılmasının hukuki sonuçları incelenmiştir. Yine fail kanunun hükmünü yerine getirmenin koşullarında ve dayanak normun aradığı koşullarda hataya düşmüşse sorumluluğu, bu hukuka uygunluk nedeni dışında değerlendirilmek zorundadır. Bu bölüm altında failin, kanunun hükmünü yerine getirmenin varlığında ve sınırlarında düştüğü hatanın, bu hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında düştüğü hatanın sorumluluğuna ne şekilde etki ettiği değerlendirilmiştir.

Fransız ceza hukukunda olduğu gibi hukukumuzda da kanunun hükmünü yerine getirme, amirin emrini ifadan izole şekilde düşünülemez. Çoğu düzenleme, tanınan yetkilerin ifasında bir denetim mekanizması olarak hiyerarşik üstün emrini zaruri görmektedir. Bu bağıllık nedeniyle çalışmamızın dördüncü bölümünde, ayrı bir başlık altında amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni incelenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi düzenlemesi Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesinin ikinci fıkrası düzenlemesine göre oldukça kazuistik bir düzenlemedir. Bu bağlamda aradığı şartlar da farklılık arz etmektedir. Türk hukukunda yine bu hukuka uygunluk nedeninin şartları, Fransız hukukundaki gibi emre ve asta ilişkin şartlar olarak iki grup altında toplanabilir. İlk şart bir emrin varlığıdır. İkinci olarak emir, meşru bir merciden sadır olmalıdır. Meşru merci kamusal bir mercidir ve yetkili bir mercidir. Türk Ceza Kanunu, Fransız Ceza Yasası'ndan farklı olarak hukuka aykırılığın açık olup olmamasına bakmaksızın emrin hukuka uygun olmasını bir diğer şart olarak ortaya

koymaktadır. Son şart ise emri yerine getirmenin zorunlu olmasıdır. Asta ilişkin şartlar bakımından ise emri denetleme yükümlülüğünün değerlendirilmesi gerekir. Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus astın emre uygun davranmış olmasıdır. Emrin sınırları içerisinde kalmamasının ya da emirdekenden farklı bir davranışın gerçekleştirilmesinin yahut amirin emrini ifada hataya düşülmesinin sorumluluğu üzerinde farklı sonuçları olacaktır. Çalışmamızın bu bölümünde astın emre uygun davranmamasının sorumluluğuna etkisi değerlendirilmiştir.

Çalışmamız bir bütün olarak kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuki esasını, bağlantılı olduğu kadarıyla amirin emrini ifa ve ilgilinin rızasına da temas ederek Fransız ceza hukuku ile mukayeseli bir şekilde ortaya koymaktadır. Metodik olarak Fransız hukukundaki yasal çerçeve ve teorik yaklaşımlar değerlendirilirken Türk hukukundaki durum karşılaştırılmış, aynı Türk hukukundaki yasal çerçeve ve teorik yaklaşımlar incelenirken Fransız hukuku ile karşılaştırılmak suretiyle yapılmıştır. Bu uğurda iki yüz yılı aşkın bir süreyle bu hukuka uygunluk nedenine ilişkin tatbikatı ve tecrübesi olan Fransız hukukunun konuya ilişkin yasal, içtihadi ve öğretisel yaklaşımlarının faydalı görülenlerinin hukukumuza iktibas edilmesine gayret edilmiştir.

Tercih ettiğimiz bir diğer yöntem, kanunun hükmünü yerine getirmenin ve amirin emrini ifanın Fransız ceza hukukundaki ve Türk ceza hukukundaki teorik esasını incelediğimiz birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümde mümkün olduğu kadar aynı başlıklandırma sistematliğini kullanmamızdır. Özellikle bu hukuka uygunluk nedeninin şartlarını mümkün olduğunca aynı başlıklar altında incelemeye çalıştık. Bu şekilde iki ülke hukukundaki durumun olabildiği kadar mukayese edilebilmesine imkân vermeye gayret ettik.

BİRİNCİ BÖLÜM

FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ

I. Fransız Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi

A. Genel Olarak

Ceza Kanunumuzun 24. maddesi başlığı olan “Kanunun Hükmü ve Amirin Emri” ifadesine benzer şekilde Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk nedeni, doktrin ve içtihat tarafından geleneksel olarak “*ordre de la loi*” şeklinde nitelendirilir¹. Bu ifade kanunun hükmü ifadesinin tam manasıyla karşılığı olup kanunun emri, buyruğu, düzenlemesi anlamlarına da gelmektedir. Bu manada bir kavram birliği olduğundan ve hukuka uygunluk emirden ziyade müsaadeleri de kapsadığından bu çalışmamızda aşına olduğumuz, “kanunun hükmü” terminolojisini her iki hukuk düzenindeki hukuka uygunluğun adı olarak kullanacağız.

B. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Normatif Dayanağının Gelişimi

Eski Fransız Ceza Yasası’nın 327. Maddesi, konumuz olan hukuka uygunluk nedeni ve onunla bağlantılı olarak amirin emri ile ilgili olarak şu hükmü

¹ Bkz. Emile Magniez, *L’ordre de la loi et le commandement de l’autorité légitime*, Editör Arthur Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1902.

öngörmekteydi. “Öldürme, yaralama ve darb kanun tarafından düzenlenmiş ve meşru merci tarafından emredilmiş ise cürüm de cünha da yoktur.”²”

1810 tarihli Fransız Ceza Yasası, Napolyon dönemi kodifikasyon çalışmalarının en önemli ürünlerinden biridir. Bu yasa, Kara Avrupası’nda gelişen müşterek hukuk anlayışı çerçevesinde pek çok ülkede yasalaşan ceza kanunlarına esin kaynağı olmuştur. Öyle ki ülkemizde Tanzimat sonrası gelişen kodifikasyon çalışmaları çerçevesinde yürürlüğe giren 1858 tarihli Ceza Kanunnamesi büyük oranda 1810 Fransız Ceza Yasası örnek alınarak hazırlanmıştır³. Napolyon dönemi yasa koyucusunun ürünü olan 1810 tarihli eski Ceza Yasası’nın 327. maddesi, kanunun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedenlerini aynı cümle içinde, bir arada düzenlemekteydi. Rassat’a göre bu düzenleme oldukça yetersizdir. İlk olarak hukuka uygunluğun kapsamı ve kaynağı epeyce dardır ve buna karşın uygulama alanı oldukça geniş bir meseleye temas etmektedir⁴. Yukarıda da yer verdiğimiz gibi “Öldürme, yaralama ve darb kanun tarafından düzenlenmiş ve meşru merci tarafından emredilmiş ise cürüm de cünha da yoktur.” hükmünden anlaşılabilen eski Fransız Ceza Yasası madde 327’deki bu birliktelik yahut iç içelik, 1810 yasasına hâkim anlayış çerçevesinde meşru merciin emrinin kanunun hükmünü icradan ayıramaz olması ve onun varlığı dışında yer alamayacağı, bunun da “ve” bağlacının kullanılması ile ortaya konduğu ile açıklanmaktadır⁵. Bu düzenleme üç yönden eleştirilmekteydi. İlk olarak metin cürümler ve cünhalar dışında kabahatlere yer vermemekteydi⁶. İkinci olarak yasalar dışındaki özellikle genel düzenleyici işlemler gibi başkaca norm türlerinin

² 1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası’nın 327. madde orijinal metni şu şekildedir: “Il n’y a ni crime ni délit, lorsque l’homicide, les blessures et les coups étaient ordonnés par la loi et commandés par l’autorité légitime.” Metinde yer alan *blessure* ifadesi yaralanmayı *coups* ifadesi bere oluşmasını ifade etmektedir.

³ Tahir Taner, **Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku**, Tanzimat, C: I, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 230.

⁴ Michèle- Laure Rassat, **Droit pénal général**, 4. Baskı, Ellipses, 2017, s. 385.

⁵ Aynı yönde Michel Danti-Juan, “Ordre de la loi”, **Répertoire de droit pénal et de procédure pénale** içinde, Dalloz, k.n. 1; Wilfrid Jeandidier, **Droit pénal général**, 2. Baskı, Montchrestien, 1991, k.n. 259, Yazar kanunun hükmünün meşru merciin emrine göre öncelikli ve yaygın (prévalence) olduğunu ifade etmektedir.

⁶ Rassat, **Droit pénal général**, s. 386.

hukuka uygunluk etkisi belirsizdi. Son olarak yukarıda da ifade edildiği gibi kanunun hükmü ve amirin emri sıkı bir “bir aradalık” içerisinde düzenlenmekteydi⁷.

1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası’nın aynı yaklaşımı iktibas ettiği söylenebilir. Her iki hukuka uygunluk nedeni de bir yandan kanunun hükmü bir yandan amirin emri aynı sırayla yeni yasada mevcudiyetini korumuştur. Fakat yeni yasa daha belirli ifadelerle eski yasada var olan muğlaklıkları gidermiştir⁸. İlk olarak her bir hukuka uygunluk nedeni için ayrı bir paragraf hasredilmiş, içtihadın 19. Yüzyılın sonlarından itibaren teyit ettiği otonomi kullanılan ifadeler vasıtasıyla korunmuştur. İkinci olarak her iki hukuka uygunluk nedeninin de varlık şartları ve uygulanma alanı öncesine nazaran daha belirli hale getirilmiştir.⁹ Metin cürümler ve cünhalar yanında “...cezai olarak sorumlu değildir.” diyerek kabahatler¹⁰ bakımından

⁷ Jean Pradel, **Droit Pénal Général**, 21. Baskı, Cujas, Paris, 2016, s. 306.

⁸ Rassat’a göre eski 327. Madde düzenlemesinin kaleme alınışından kanunun hükmü ile beraber amirin emrinin de var olması zorunluluğu çıkmaktadır. Bunlardan birinin varlığı ile hareket eden fail hukuka uygunluktan yararlanamaz. Metin fiilin hukuka uygunluğu için her ikisinin varlığını da şart koşmaktadır. 1994 Ceza Yasası ile bu gereksiz birlikteliğin ayrılması yerinde olmuştur ve böylelikle her iki neden kendine özgü hukuka uygunluk şartları ortaya koymuştur. (Rassat, **Droit pénal général**, s. 387.) Aynı yönde Bernard Bouloc, **Droit pénal général**, 25. Baskı, Dalloz, 2017, s. 355.

⁹ Corrine Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, *JurisClasseur Pénal Code*, LexisNexis., k.n. 40; Danti-Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 2.

¹⁰ Kabahatler ile hukuka uygunluk meselesi bir arada değerlendirildiğinde Fransız ceza hukuku bakımından bazı noktaların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Kabahatler maddi nitelikte haksızlık olarak nitelendirilmekte ve böyle olduğu için de kabahatlerin, hukuka uygunluğun uygulanma alanının dışında bırakılması gerektiği öne sürülebilmektedir. (Rassat, **Droit pénal général**, s. 384.) Bu görüşe göre failin sorumluluğu yalnızca fiile bağlıdır ve maddi olarak, fail düzenleyici işlemin hükümlerini fiili ile ihlal eden kişidir ve bu alanda da hukuka uygunluktan kaynaklı bir beraat imkânı yoktur. Bu yaklaşımın oldukça hatalı olduğu ifade edilmektedir. Öncelikli hata maddi nitelikteki haksızlık nitelendirmesinin ne şekilde değerlendirildiğine ilişkindir. Maddi nitelikteki haksızlık şeklinde kabahatler için yapılan bu nitelendirme, suçun başta manevi unsur olmak üzere kurucu unsurlarının ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Bu nitelendirmenin tek neticesi kabahatle ilgili işlem yürüten makamların, kabahatin fiil dışında diğer kurucu unsurlarını kanıtlama yükümlülüğünün bulunmamasıdır ve kabahat tipine uyan fiilin varlığı halinde karine olarak kabahatin gerçekleştiği ve failin gerçekleştirilen kabahatten sorumlu kabul edilmesidir. (Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 15.) Yani idari merci, cürümlerde ya da cünhalarda olduğu gibi fiil sonrası failin hukuka uygun davranıp davranmadığını ya da kusur yeteneğine sahip olup olmadığını resen araştırmakla yükümlü olmayıp bunları ispat külfeti fiili işleyen üzerindedir. (Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 15.) Dolayısıyla kabahatler bakımından bu nitelendirme hukuka uygunluğun kabahatler ile bağdaşmayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Yine kabahatlerle ilgili yerinde olmayan diğer bir yaklaşım suçların üçlü tasnifi nedeniyle kabahatler bakımından hukuka uygunluğun söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. Ne var ki yasa, herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm hukuka uygunluk nedenleri için aynı ifadeyi kullanarak “cezai olarak sorumlu değildir” diyerek her türlü ceza hukuku haksızlığı için sorumluluğun ortadan kalkacağını belirtmektedir. (Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 15.) Fransız Ceza Yasası, hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte bütün sorumsuzluk nedenlerinin kabahatlerle ilgili olarak uygulama alanı bulmasını yasaklamamaktadır. Özellikle akıl hastalığı ve tahdit bu alanda sıklıkla gündeme gelmektedir. Fransız Ceza Yasası Md. 121-3 son fıkra hükmü mücbir sebep

da hukuka uygunluğun söz konusu olacağını düzenlemiş ve son olarak genel düzenleyici işlemlerin de kanunlar yanında hukuka uygunluk etkisinin olacağına açıkça yer vermiştir¹¹.

1810 Yasası’ndan farklı olarak 1994 yeni Fransız Ceza Yasası, içtihadın ortaya koyduğu otonomiye gözle görülür hale getirmek adına bu iki hukuka uygunluk nedenini herhangi bir bağlaç ile birbirine bağlı olmaksızın ayırmış ve iki ayrı fıkra da düzenleme yoluna gitmiştir. Buna göre madde 122-4 fıkra 1 “*Kanun ya da genel düzenleyici işlemler hükümlerince emredilen ya da müsaade edilen bir fiili gerçekleştiren kişi cezai olarak sorumlu değildir.*” hükmünü¹², madde 122-4, fıkra 2 “*Fiil açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe meşru merci tarafından emredilen bir fiili icra eden kişi cezai olarak sorumlu değildir*” hükmünü¹³ düzenlemektedir.

Sadece kanunun hükmünü yerine getirme için değil tüm hukuka uygunluk nedenleri için kullanılan “... *kişi cezai olarak sorumlu değildir.*” şeklindeki genel formülün yanıltıcı olduğunu söylemekte fayda görüyoruz. Bu ifadeden yola çıkarak her iki hukuka uygunluk hali altında her türlü haksızlığın (cürüm, cünha, kabahat) hukuka uygun hale gelmesinin mümkün olduğu düşünülebilir. Fakat böyle değildir. Bazı suç türlerinin hukuka aykırılık niteliklerinin ortadan kalkması imkânsızdır. Birazdan daha ayrıntılı yapacağımız şu üç belirlemenin ortaya koyduğu istisnalara bağlı olarak ceza sorumluluğundan bağışıklık değerlendirilmek zorundadır. Bu belirlemeleri şimdi kısaca zikretmek gerekirse;

halinde kabahatin oluşmayacağını da özel olarak düzenlemektedir. Yine kanunun hükmü ya da kişiler için meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenleri de kabahatler bakımından mevzu bahis olabilmektedir. Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 15; Mallara karşı meşru savunmayı düzenleyen Fr. C.Y. Madde 122-5 Fıkra 2 mala karşı işlenebilecek kabahatlere karşı gerçekleştirilen fiilleri meşru savunmanın uygulama alanının haricinde tutmaktadır. Keza ikinci fıkra sınırlı bir şekilde bir mala karşı işlenecek cürüm ve cünhayı engellemek için karşılık olarak işlenen fiillerin hukuka uygun olacağını öngörmektedir.)

¹¹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 304.

¹² 1994 tarihli Fr. Ceza Yasası 122-4 maddesi ilk fıkra orijinal metni “*N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires*” şeklindedir.

¹³ 1994 tarihli Fr. Ceza Yasası 122-4 maddesi ikinci paragrafın orijinal metni “*N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illegal*” şeklindedir.

- işlenen suçun ağırlığından kaynaklı istisnalar;
- ölçüsüzlükten kaynaklı istisnalar (fiilin orantısızlığı);
- failin davranışının gereklilikten yoksun olmasından kaynaklı istisnalar

söz konusu olduğunda ceza sorumluluğundan bağışıklık söz konusu olmayacaktır¹⁴.

Şunu tekrar hatırlatmakta fayda görmekteyiz ki bu üç belirlemeden ortaya çıkan istisnalar yalnızca konumuz olan hukuka uygunluk nedeninin değil Fransız hukukunda var olan bütün hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanını daraltan etkiye sahiptir¹⁵.

İşlenen suçun ağırlığıyla ilgili olarak kanunun hükmünü yerine getirme ya da amirin emrini ifa, Fransız Ceza Yasası'nın 211-1 ila 212-3 maddeleri arasında düzenlenen insanlığa karşı suçları, bu hukuka uygunluk nedenlerinin şartları görünüşte oluşmuş dahi olsa hukuka uygun hale getirmeyecektir. Zaten Fransız Ceza Yasası 213-4 maddesi de bu durumu açık bir şekilde ifade etmektedir. Aynı kural her ne kadar bunu düzenleyen bir metin yoksa da işkence ve barbarca fiiller (*Fr. C.Y. Md. 222-1 ila 222-6*) veya tecavüz (*Fr. C.Y. Md. 222-23 ila 222-26*) gibi her ne olursa olsun işlenmesine neden olan vakıalar her zaman için hukuka aykırı kalacak olan başkaca suçlar için de geçerlidir¹⁶.

Diğer hukuka uygunluk nedenleri (meşru savunma, zorunluluk hali) sosyal bünye için bunların yararlanılabilir olmalarından mütevellit yasalarda suç olarak düzenlenen bir fiilin icrasının hangi şartlar dâhilinde gerekli ve caiz olabileceğini düzenlediği halde madde 122-4 fıkra 1'de düzenlenen bu hukuka uygunluk nedeni, “yasal olduğu özel olarak belirtilen bir fiilin ya da normun” uygulanmasının mantıklı

¹⁴ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 4

¹⁵ A.g.e

¹⁶ A.g.e, k.n. 5

sonucudur¹⁷. Madde metninin ifadesi doğrultusunda fiili gerçekleştiren ve kanunun hükmünü ya da amirin emrini ifa çatısı altına alınan kişi¹⁸ “cezai olarak sorumlu değildir” ve nesnel (objektif) bir sorumsuzluk sebebi bulunduğundan cezalandırılmazlık kaçınılmaz bir şekilde müsterek fail ya da yardım etme suretiyle fiilin işlenişine katılan diğer kişilere de şamildir¹⁹. Yasaya uygun davranan ya da meşru merciin emrine uygun hareket eden kişi hukuka uygun bir konumdadır ve medeni hukuk alanında da sorumsuzdur²⁰.

Eski 327. maddeden farklı olarak 1994 Fransız Ceza Yasası’nın 122-4 maddesi, bu iki hukuka uygunluk nedenini bir birinden ayırarak şartlarını da bağımsızlaştırmıştır. Böylelikle 122-4 fıkra 1’de düzenlenen ve doğrudan bir metinden kaynaklanan hukuka uygunluk ve fıkra 2’de düzenlenen ve bir metinden ziyade bir meşru merci emrinden kaynaklanan hukuka uygunluk²¹ artık farklı şartlara tabidir. Mevzuat bu iki hukuka uygunluk nedenini farklılaştırma eğilimindeyse de amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni ile konumuzu oluşturan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni arasında sıkı bir ilişki olduğu da kabul edilmelidir. Bu nedenle ileride bu hukuka uygunluk nedeninin şartları ve nasıl ele alındığı da her iki hukuk düzeni bakımından değerlendirilecektir.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartlarına geçmeden önce bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını, daraltıcı mahiyette çizmekte fayda görüyoruz. Kapsama ilişkin yapılacak genel sınırlandırma tüm hukuka uygunluk nedenleri için geçerli olacağından aşağıda yalnızca kanunun hükmünü

¹⁷ Jacques Henri Robert, **Droit pénal général**, 6. Baskı, Thémis, PUF, 2005, s. 251; Danti-Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 3; Pradel ise bu nedenlerin cezalandırılan bir fiili hukuka uygun hale getirmesinin temelini toplum için daha büyük bir fayda ortaya koyması olarak göstermektedir. Bu bağlamda bütün hukuka uygunluk nedenleri failin sosyal faydaya hizmet etmesi sebebiyle fiili meşrulaştırır. (Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 304)

¹⁸ Jean Claude Soyer, **Droit pénal et procédure pénale**, 20. Baskı, LGDJ, 2008, k.n. 237

¹⁹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 305.

²⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 19 Kasım 1903, **Gazette du Palais** Yıl: 1903, S: 2, s. 594; Fr. Yarg. Ceza D. 18 Şubat 2003, Karar no: 02-80095, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. no 41; Fr. Yarg. Ceza D. 14 Haziran 2005, Karar no: 04-82208, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. no 177.

²¹ Dreyer, kanunun hükmünü yerine getirmeyi doğrudan kanundan doğan yetki, amirin emrini ifayı dolaylı olarak kanundan doğan yetki olarak nitelendirmektedir. (Emmanuel Dreyer, **Droit pénal général**, 4. Baskı, LexisNexis, Paris, 2016, s. 886 vd.)

yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin kapsamı değil hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamı incelenecektir.

1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kapsamı

Hukuka uygunluk nedenleri şeklinde adlandırılan ve ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin özel bir türünü oluşturan bu sorumsuzluk nedenlerinin kapsamı bu hukuka uygunluk nedenlerinin şartları ile ilgilidir. İlgili hukuka uygunluk nedenini düzenleyen normda hukuka uygunluğun şartları düzenlenmektedir. Kural olarak hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiği her olay ilgili hukuka uygunluk nedeninin kapsamındadır. Ne var ki normatif olarak bu şartlar tamam olsa da belli istisnalar yine de normatif şartların gerçekleştiği olayı kapsam dışı bırakabilir. Bu başlık altında tüm hukuka uygunluk nedenleri ve tabi kanunun hükmünü yerine getirme bakımından geçerli olan ve aşağıda incelenecek şartlar gerçekleşse dahi ilgili olayı hukuka uygunluğun kapsamı dışında bırakan istisnalar incelenecektir.

a. Hukuka Uygunluğun İstisnaları

Hukuka uygunluk nedenleri yukarıda da belirttiğimiz gibi sübjektif sorumsuzluk nedenlerinin aksine ağırlığı ne olursa olsun her suça uygulanabilme yeteneğine sahip değildir.

Belirli suçların, Fransız Ceza Yasası'nın düzenlediği kanunun hükmü, amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerinden özel bir veya birkaç tanesinin hukuka uygun hale getirme yeteneğinden hariç tutulması özel hükümlerden ileri gelmektedir. Fransa'da doktrin mantık kuralları çerçevesinde var olan istisnaları bu dört neden için de geçerli olacak şekilde kabul etmektedir²². Hukuka uygunluk nedenlerinin varlık koşulları üzerine yapılan çalışma göstermektedir ki her ne kadar aralarında bir farklılık bulunsa da hukuka uygunluk nedenleri koşulları

²² Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 13 vd.

itibarıyla geçişkenliğe müsaittirler ve devamlılık sorunu yaşamaksızın çeşitli unsurları ile birbirlerine bağlı şekilde iç içe geçmiş bir vaziyet sunmaktadırlar²³.

Konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme ve onunla bağlantılı olarak amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenleri bu bakımdan incelenirse her ikisinden neşet eden emri ifaya bağlanan sonuç aynıdır ve bu sonucu yasanın aynı maddesi düzenlemektedir. (Eski Fr. C.Y. Madde 327, Yeni Fr. C.Y. Madde 122-4) Öte yandan kanunun hükmü ile meşru savunma arasındaki bağlantı oldukça dardır. Kanunun hükmünü yerine getirme aslında 122-4 maddesi düzenlemesinden de çıkarılabileceği gibi amirin emrini ifayı kaynaklık etmektedir. Yine fail meşru savunma içerisindeyken bu şartlar aslında kanunun müsaade etmesine de etkinlik kazandırmaktadır²⁴. Yani meşru savunmada bulunma aynı zamanda kanunun meşru savunmada bulunmaya müsaade eden hükmünün yerine getirilmesine de işlerlik kazandırmaktadır. Aynı değerlendirme zorunluluk hali ile ilgili de yapılmaktadır²⁵. Beraberinde kanunun hükmünü yerine getirmenin en tartışmalı görünümü olan kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi pek çok durumda meşru savunmanın koşullarına da hayat vermektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özelliklerinden biri de gereklilik şartıdır. Fail suç tipine uyan bir davranışı gerektiği için hukuka uygunluk nedenleri kapsamında gerçekleştirmekte ve hukuka uygun davranmaktadır. Gereklilik şartı kanunun hükmünü yerine getirme ya da amirin emrini ifayı düzenleyen metinlerde özel olarak zikredilmese de meşru savunmaya ilişkin ve pek tabi olarak zorunluluk haline ilişkin düzenlemede açık bir şekilde yer almaktadır. Alman hukukunda, bu dört objektif sorumsuzluk nedeni “Gereklilik Teorisi” ile bağlantılı şekilde tasnif edilmektedir²⁶.

²³ Rassat, **Droit pénal général**, s. 412; Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 13.

²⁴ Aynı yönde Gaston Stefani - Georges Levasseur - Bernard Bouloc, **Droit pénal général**, 22. Baskı, Dalloz, 2011, k.n. 386 vd; Pradel hukuka uygunluk nedenlerini düzenlemeden kaynaklanan ruhsat ve meşru merciden kaynaklanan ruhsat olarak ikiye ayırmaktadır. Yazar’a göre kanunun hükmünü yerine getirme, meşru savunma, zorunluluk hali yasa bu yönde davranmaya ruhsat tanıdığı için ve bu çerçevede işlenecek fiillerin sosyal faydaya hizmet edeceğini öngördüğü için hukuka uygunluk nedenleridir. (Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 311 vd.)

²⁵ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 311 vd.

²⁶ Bkz. Corrine Mascala, “Art. 122-7: Fasc. 20”, **JurisClasseur Pénal Code**, LexisNexis., k.n. 13.

Fransa’da doktrin, hukuka uygunluk nedenlerinin belli unsurları ile iç içe geçmişlik özelliği göstermesinden ve açıkça düzenlenmese de belli unsurların tüm hukuka uygunluk nedenleri için ortak olmasından şu sonucu çıkarmaktadır. Hukuka uygun hale gelmesi mümkün olan suçlar ele alındığında bu dört hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı tamamen aynıdır ve bunlardan birisi için herhangi bir suça yönelik getirilen istisna her ne kadar yasa bunun aksini açıkça düzenlememiş olsa da diğerleri bakımından da geçerlidir²⁷.

Bu istisnalar bu dört hukuka uygunluk nedeninden her birinin incelemesinde yeniden ele alınması gereken üçlü bir değerlendirmeye dayanmaktadır. İlk olarak işlenen suçun esasının ağırlığı değerlendirmesine göre; ikinci olarak ölçülülük niteliği yahut gerçekleştirilmesi ile verilen zararın orantısızlığı değerlendirmesine göre²⁸; son olarak da bir gerekliliğin²⁹ varlığı ya da yokluğu değerlendirmesine göre bu istisnaların esasları ortaya konulmaktadır³⁰. Şimdi bu üçlü değerlendirmeler sonucu ulaşılabilecek yukarıda da kısaca zikredilen bu belirlemelere detaylı olarak değinmek isteriz.

1) İşlenen Suçun Ağırlığından Kaynaklı İstisnalar

Bu istisna tüm hukuka uygunluk nedenlerini ilgilendirmekle beraber konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme ve daha önemlisi amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni bakımından daha bir önem arz etmektedir. İşlenen suçun ağırlığı ile kast edilen insanlık dışı yani failin, mağdurun insanlığını reddettiği ve onun haysiyetini yaraladığı fiillerin vücut verdiği suçlardır³¹. Fransız Ceza Yasası’nın 211-1 maddesi ile 212-3 maddeleri arasında düzenlenen insanlığa karşı suçlar, objektif sorumsuzluk nedenlerinin hukuka uygun hale getirme yeteneğinin haricinde tutulmuş suçlardır. 213-4 maddesi bu istisna düzenlemesinde açık bir şekilde kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin emrini ifayı belirterek bunu ifade etmektedir. Her ne kadar herhangi bir düzenleme bunu açıkça ifade etmese de söylenenler işkence ve barbarca fiiller (*Fr.*

²⁷ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 304; Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 14.

²⁸ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 304

²⁹ A.e.

³⁰ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 13.

³¹ A.e, k.n. 14.

C.Y. Md.222-1 ila 222-6) ya da tecavüz (Fr. C.Y. Md. 222-23 ila 222-26) için de geçerlidir³². Hiçbir şey bu şekildeki suçların işlenmesini hukuka uygun hale getiremez. Her ne durumda olursa olsun bu fiiller hukuka aykırılık niteliğini korurlar, kanunun hükmetmesi ve amirin emri bunları hukuka uygun hale getiremeyeceği gibi meşru savunma ya da zorunluluk hali dahi bu fiillerin hukuka uygun görülmesine sebep olamaz.

2) Ölçsüzlük ve Orantısızlıktan Kaynaklı İstisnalar

Her hukuka uygun fiil bir hukuksal değeri korurken aynı anda başkasına ait bir hukuksal değere zarar vermekte ve başkasına ait bir hukuksal değeri ihlal etmektedir. Fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi korunmak istenen hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında bir orantının bulunmasına bağlıdır. Hukuka uygunluktan bahsedilebilmesi nitelik yönünden yasanın çizdiği sınırlar içerisinde kalınmasına bağlıdır³³. Bu orantısızlık yahut ölçsüzlük hali meşru savunmaya (Fr. C.Y. Md. 122-5³⁴) ve zorunluluk haline (Fr. C.Y. Md.122-7³⁵) ilişkin düzenlemeler dâhilinde yasa tarafından açıkça ifade edilmektedir. Korunmak istenen hukuksal değer, ihlal edilen hukuksal değer ile kıyaslandığında ondan daha değerli ya da onunla eşdeğer olmalıdır. Sırf mülkiyet hakkını korumak için kasten öldürme fiilinin işlenmesi halinde meşru savunma halinin bu fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği açıktır. Her ne kadar meşru savunmaya ilişkin düzenlemede bu bir koşul olarak düzenlenmişse de bu orantısızlık hali şart olarak açıkça öngörülme dahi her türlü hukuka uygunluğun istisnasını oluşturmaktadır³⁶. Fransız Ceza Yasası'nın 122-5 maddesinin ikinci fıkrası da mallara karşı meşru savunmayı düzenlerken açık bir şekilde kasten öldürme suçunu istisna tutmuştur. Maslahat konumuza uygulandığında kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından da aynısı benimsenmelidir.³⁷

³² A.e, k.n. 14.

³³ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 868.

³⁴ Corrine Mascala, "Art. 122-5 et 122-6: Fasc. 20", **JurisClasser Pénal Code**, LexisNexis.

³⁵ Mascala, "Art. 122-7: Fasc. 20."

³⁶ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 868

³⁷ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 304.

3) Gereklilikten Kaynaklı İstisnalar

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuka uygun her fiil bir hukuksal değeri korumakta iken aynı anda bir başka hukuksal değeri ihlal etmektedir. Korunan hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında bir orantının bulunması ancak fiili hukuka uygun hale getirir³⁸. Bununla da kalmayıp bu hukuksal değeri korumak adına başkasına ait bir hukuksal değer ihlal edilmesinin de gerekli olması zorunludur³⁹. Yani her ne kadar fail kanunun belirttiği koşullara uygun olarak bir hukuksal değeri korumak adına, orantılı bir şekilde bir başkasına ait hukuksal değeri ihlal ettiyse de hukuksal değeri korumak adına başkasına ait hukuksal değeri ihlal etmesi gerekli değilse hukuka uygun davranmış olmayacaktır. Fransız Ceza Yasası'nın meşru savunmaya ilişkin (*Fr. C.Y. Md. 122-5*), zorunluluk haline ilişkin (*Fr. C.Y. Md. 122-7*) hükümleri, açık bir şekilde failin davranışının hukuka uygunluğunu, davranışın gerekliliğine bağlamaktadır. Fakat Ceza Kanunumuzun 24. maddesi düzenlemesiyle aynı şekilde Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi kanunun hükmünü yerine getirme bakımından gereklilikten bahsetmemektedir⁴⁰.

Bu gereklilik şartının kanunun hükmünü yerine getirme bakımından da bir hukuka uygunluk şartı olduğu içtihat tarafından ortaya konmaktadır⁴¹. Yani kanunun

³⁸ A.e.

³⁹ “Temyizen incelenmesi istenen karar, yargılama ve usulü belgeler göz önüne alınarak, cezaevi şefi Bay X asliye ceza mahkemesinde tutuklu bulunan Bay C üzerinde göz yaşartıcı bomba kullanmak suretiyle ağırlaştırılmış yaralama fiilinden yargılanmıştır. İlk derece mahkemesi sanığı suçlu bulmuş erteleme ile altı aylık hapis cezasına mahkum etmiştir. Bay X ve cumhuriyet savcısı bu karar hakkında kanun yoluna başvurmuşlardır.

Muhakeme sırasındaki ifadeler, savunmalar, karşılıklı ve tekrar edilen şahitlikler, mahkumiyet hükmü ve gerekçesi göz önünde tutularak, karar onanmıştır. Mahkeme şu hususu da ekler, Bay X göz yaşartıcı gazı hücrenin parmaklıkları kapalı iken kullanmıştır. Mahkumun disiplin bölgesindeki hücreye kapatılmasından sonra göz yaşartıcı gaz bombası kullanımı gerekli değildir.” Fr. Yarg. Ceza D. 1 Eylül 2015, Karar no 14-86736.

⁴⁰ Dreyer orantılılık unsurunu gereklilik unsurunun bir görünümü olarak ele almaktadır. Yazar'a göre Gereklilik önce niceliksel ardından niteliksel olarak değerlendirilir. Hukuka uygunluğun varlığı iki aşamayı geçtikten sonra kabul edilir. Nicel anlamda failin suç tipine uyan bir fiili gerçekleştirmek ile onu buna sevk eden vakiya katlanmak bunu sineye çekmek arasında kalmış olması gerekir. Bir tehdidin muhtemel olması suç işlemeyi meşrulaştırmaz. (Fr. Yarg. Ceza D., 1 Haziran 2005, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2005, no 168.) Bu manada gereklilikte ilk aşama mevcudiyet, aktualitedir. Yine fail için suç tipine uyan fiil dışında başkaca seçenekler varsa bunlara başvurulmalıdır. Gerekliliğin niteliksel değerlendirmesi orantılılık ölçülülük değerlendirmesidir. (Dreyer, **Droit pénal général**, s. 867.)

⁴¹Fr. Yarg. Ceza D., 9 Aralık 1959, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1959, no 541; Fr. Yarg. Ceza D. 22 Mayıs 1959, **JCP**, Général, Yıl: 1959, C: II, s. 11162; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Haziran 1980, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1980, no 174; Fr. Yarg. Ceza D. 5 Ocak 2000, Karar no 98-85.700.

bir hukuksal değeri korumak adına bir başkasının hukuksal değerinin ihlal edilmesini emrettiği ya da buna müsaade ettiği hallerde hukuksal değerin korunması adına başkasının hukuksal değerinin ihlal edilmesi gerekli değilse bu hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemeyecektir⁴².

b. Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Taksirli Fiiller

Hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamını belirleme bakımından tartışılması gereken bir diğer husus, taksirli fiillere uygulanıp uygulanamayacağı sorunudur. Yani kişi taksirli bir davranışı hukuka uygunluk nedenleri kapsamında gerçekleştirebilir mi? Bu meseleyi Türk hukuku ele aldığı gibi Fransız hukuku da ele almaktadır.

Fransız doktrinde failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması için davranışı hür bir iradeyle, bilerek gerçekleştirmesi gerektiği savunulmaktadır⁴³. Bu da demektir ki failin iradesi baskı altındayken (cebir veya tehdit altında) gerçekleştirdiği ya da neticeye ilişkin herhangi bir tasavvuru olmadan gerçekleştirdiği (taksirli) fiiller hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamı dışındadır. Bu manada hukuka uygunluktan bahsedilebilmesi için şu sorunun sorulması gerekir. Fail bu davranışı bilerek ve hür bir iradeyle gerçekleştirseydi fiil hukuka uygun kabul edilecek miydi? Cebir ve tehdit altındaki kişinin davranışı cezalandırılır bir davranış değildir. Keza fail iradesi tahdit edildiği için (Fransız Ceza Yasası md. 122-2) sorumlu değildir. Fakat aynı davranışı hür irade ile gerçekleştirseydi bu davranışından ötürü sorumlu kabul edilecekti⁴⁴. Lakin aynı önermeyi taksirli fiillere uyguladığımızda durum farklılaşacaktır. Failin bilerek gerçekleştirmediği davranış bilerek gerçekleştirilseydi hukuka uygun kabul edilecektir.

Doktrinde bir görüş hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmak için gerçekleştirilen eylemin farkında olunmasını aramaktadır. Failde eylemi gerçekleştirmeye ve bu eylemin hukuk düzenince meşru karşılandığına dair bir bilinç

⁴² Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 304.

⁴³ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 865

⁴⁴ A.g.e.

olmalıdır⁴⁵. Fail eylemini hür iradeyle ve bilerek gerçekleştirmeli ve bu eylemin hukuka uygun olduğunu hesaba katmalıdır.

Fransız Yargıtayı kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin emrini ifade taksirle sınırı aşmaların hükmün ya da emrin infazı sırasındaki kasıtlı olmayan fiiller olarak kabul edileceği ve bu sebeple hukuka uygunluktan yararlanacağı yolunda kararlar vermektedir⁴⁶. Meşru savunma bakımından ise taksirli fiillerin hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı yönünde kararları vardır. Yargıtay bu kararlarında meşru savunmanın işlenen suçun taksirli doğası ile bağdaşmayacağını gerekçe göstermektedir⁴⁷.

Bu yöndeki ilk gerekçe emsal niteliğindeki *Cousinet Kararı*’nda ortaya konmuştur. Ardından Yargıtay müstakar bir şekilde meşru savunma iddiasında bulunulan taksirli fiillerle ilgili aynı gerekçeyi yinelemiştir. "*Meşru savunma muhakeme edilen suçun taksirli niteliği ile bağdaşmamaktadır.*"⁴⁸

Taksirli suçlar *a priori* olarak hukuka uygun hale gelmesi mümkün olmayan suçlardır demek yukarıda açıklananlar ışığında öne sürülebilir bir argüman ve hatta ilke olarak görülebilir. Bunu tersinden ifade etmek gerekirse hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamı kasıtlı suçlar ile sınırlıdır. Fransız doktrininde bazı yazarlar, eşitsiz olduğu ve pratik anlamda mantıksız ve ağır olduğu ve vicdanları yaralayacak sonuçlara yol açabileceğinden bu yaklaşımı eleştirmektedir⁴⁹.

Belirtildiği gibi Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi, *Cousinet Kararı*’ndan sonraki yıllarda müstakar bir biçimde aynı tutumu sürdürmüş olsa da *Cousinet Kararı*’ndan kaynaklı içtihadın bugün reddedilmek zorunda olduğu görüşü dile getirilmektedir⁵⁰.

⁴⁵ A.g.e.

⁴⁶ Fr. Yarg. Ceza D., 5 Ocak 2000, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2000, no 3.

⁴⁷ Fr. Yarg. Ceza D., 28 Kasım 1991, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1998, no 446; Olayda evine girmek isteyen kişiye karşı kapıyı sertçe kapatan anne konut dokunulmazlığını ihlale teşebbüs eden kişinin parmaklarını kapıya kıstırması ve kişinin parmakları çok ağır bir şekilde yaralanmıştır. Yargıtay kararda taksirle yaralama fiilini meşru savunma kapsamında görmemiştir.

⁴⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 16 Şubat 1967, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1967, no 70, Jean Pradel - André Varinard, **Les grands arrêts du droit criminel**, Dalloz 2009, no: 22.

⁴⁹ Bkz. Mascala, "Art. 122-5 et 122-6, Fasc. 20"

⁵⁰ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 16.

Bu görüşü savunanlar dayanak olarak Fransız Ceza Yasası'nın düzenlemelerini öne sürmektedir. Daha evvel dile getirdiğimiz gibi 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası doktrinin üzerinde ayrılığa düştüğü pek çok noktadaki ihtilafa son vermiştir. Bunu da kabul görmüş içtihadî çözümleri teyit ederek yapma yolunu seçmiştir⁵¹. İctihadi çözümleri açık ifadelerle yasalaştırmaya gayret eden yeni Ceza Yasası'nın başkaca çözümler konusunda ise suskunluğun muhafaza etmesi, bunların teyit edilmediği şeklinde yorumlanmaktadır⁵². Bu bağlamda Cousinet Kararı'ndan kaynaklanan içtihadın Fransız Ceza Yasası tarafından iktibas edilmemesi, kasıtlı olmayan suçların kanunun hükmü ve amirin emrini de kapsayacak şekilde tüm hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanının haricinde tutulmasının reddedildiği anlamına gelmektedir⁵³. Yani Yasa müstakar bir içtihadı iktibas etmeyip sessiz kalarak taksirli fiillerin de hukuka uygunluğun kapsamında olduğunu ifade etmektedir.

Genel kabul gören görüş; taksirli fiillerin de kasten işlenen fiiller gibi hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanına dâhil olduğu yolundadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin ölçülülük koşulu, yerine getirilmesi oldukça güç olan bir şarttır ve Cousinet Kararı'nda yüksek mahkemenin belirttiği gibi taksirli fiil bu yönü ile meşru savunmanın niteliği ile bağdaşmamaktadır. Kasıtlı olmayan suçların doğası gereği istenmeyen neticeye yol açan davranış da istenmeyen bir davranıştır. Haliyle davranış failin ölçülü davranmaya yönelmiş iradesinin ürünü değildir. Tam tersi şekilde ölçsüzlük de failin buna yönelik bir iradesinin tezahürü değildir. Yine kasıtsız fiillerin doğası gereği netice, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı ve ölçsüz davranmasının sonucudur. Yani tesadüfi olmak dışında büyük bir ihtimalle ölçsüz bir netice ortaya çıkacaktır ve bu da hukuka uygunluğun kapsamının dışında olmak demektir.⁵⁴

⁵¹ Konumuzla bağlantılı şekilde içtihadî yaklaşım iktibas edilerek 122-4 maddesi metninde kanunun müsaade etmesine, kanunun emretmesi ile asimile edilerek yer verilmiştir. Yine içtihat temelinde karşılık fiilin orantılılığı esasî meşru savunmaya ilişkin düzenleme içerisinde yer almıştır. İctihadın kabul ettiği bir sorumsuzluk nedeni olan zorunluluk hali yasa tarafından da tanınmıştır.

⁵² Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 16.

⁵³ Bkz. Mascala, "Art. 122-5 et 122-6, fasc. 20"

⁵⁴ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 16

Son olarak Fransız yargı mercilerinin, taksirli fiillere hukuka uygunluk nedenlerini uyguladığı kararlarının bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu noktada Fransız yargı pratiği, hukuka uygunluk nedenlerinin taksirli fiiller bakımından uygulama alanı bulamayacağı yolundaki kendi yaklaşımından sapmaktadır⁵⁵.

Tüm hukuka uygunluk nedenleri için geçerli olacak şekilde çeşitli istisnalara değindikten ve bu yolla hukuka uygunluğun daraltılmış kapsamı belirlendikten sonra aşağıda, konumuzu oluşturan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartları incelenecektir.

C. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartları

Her hukuk sistemi belirli düzenlemelerle bir takım fiilleri cezalandırma yoluna giderken yine başkaca düzenlemeler ile aynı fiilin gerçekleştirmesini emretmekte ya da bu fiillerin gerçekleştirilmesine müsaade etmektedir. Mukayeseli hukukta bu hale oldukça sık rastlanmaktadır⁵⁶.

Hukukumuzda olduğu gibi bu görünüşteki normlar çatışmasına Fransız hukukunda da rastlamak mümkündür. Gerçekten emredilen ya da müsaade edilen bir fiilin, cezalandırılan bir fiil olarak düzenlendiği çok sayıda norma rastlamak mümkündür. Bu durum zaten kanunun hükmünü yerine getirme şeklinde ifade ettiğimiz hukuka uygunluk nedeninin varlık gayesidir. Yasalarda yer alan bir hükmün yerine getirilmesi ile suç tipine uyan fiilin gerçekleştirilmesi söz konusu olduğunda fail birine uymak suretiyle diğerini ihlal etmek zorunda kalmaktadır ve bu sorun *pro*

⁵⁵ Rouen İstinaf Mahkemesi, 17 Mart 2004, Karar no 03/00499, **JCP Général**, Y: 2005, C: IV, s. 1432: Kararda istinaf mercii kolluk görevlisinin kasıtsız yaralama fiilinin kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde meşru kabul edileceğini ve fakat failin en azından tedbirsizlikten kaynaklı tazminat yükümlülüğünün bulunduğu yolunda karar vermiştir. Bu karar hukuka uygunluk nedenlerinin yalnızca ceza sorumluluğu değil medeni hukuk sorumluluğu da dahil olacak şekilde sorumluluk üzerinde küll olarak etki doğuracağı yönündeki ilkeden de sapma göstermektedir.

⁵⁶ Mukayeseli hukukta kanunun hükmünü yerine getirmeye ilişkin düzenlemeler için bkz. Jean Pradel, **Droit pénal comparé**, 3. Baskı, Précis Dalloz, 2008, k.n. 101.

libertate özgürlük lehine çözüme kavuşturulmalıdır⁵⁷. Bunun için de izin veren norma cezalandıran norm üzerinde bir değer verilmektedir.

Hiç kimse kendi şahsi inisiyatifi ile her ne suç olursa olsun ve hangi gayeyi güderse gütsün suç oluşturan bir fiili işleme yetkisine sahip değildir. Eski 327. Madde ile bir hukuka uygunluk nedeni yaratılmasının temelinde yatan gaye budur. Kişileri ancak kanun ya da yetkili bir merci ile suç oluşturan bir fiili işlemek konusunda yetkilendirmek⁵⁸. Suç tanımına uyan bir fiilin gerçekleştirilmesinin hukuka uygun kabul edilmesi, kanun tarafından ya da yetkili merci tarafından kişilerin yetkilendirilmiş olmasıyla mümkündür.

Eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. Maddesi düzenlemesi dikkate alındığında bu hukuka uygunluk nedeninin kapsamı oldukça dar bir vaziyet arz etmekteydi. Buna göre yalnızca kanun tarafından “emredilmiş” davranışlar hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilirdi. Yine düzenleme sadece “kanunlar” tarafından emredilmiş davranışların hukuka uygun hale gelebileceğini söylüyordu. Eski 327. maddenin kapsamını içtihat genişletmişti. Buna göre sadece emredilmiş davranışlar değil müsaade edilmiş davranışlar da hukuka uygun hale gelebilirdi. Öte yandan sadece kanunlarda emredilmiş ya da müsaade edilmiş davranışlar değil genel düzenleyici işlemler tarafından emredilen ya da müsaade edilen davranışlar da pek ala hukuka uygunluk nedeninin kapsamı içerisindedir.⁵⁹.

İçtihat böylelikle hukuka uygun hale gelebilecek davranışları, emredilenler ve müsaade edilenler olarak genişletmiş beraberinde emreden ya da müsaade eden norm türünün kanun yanında genel düzenleyici işlemler olabileceğini de söyleyerek kapsamı geliştirmiştir. Bu genişlik yeni Fransız Ceza Yasası tarafından gayet saf ve belirli bir metinle yasalaşmıştır. Madde 122-4, emir ile müsaade arasında ayırım yapılmasını reddederek buyurucu ya da yol gösterici nitelikteki emirler ile beraber müsaadelerin de hukuka uygun hale getirme yeteneğinin olduğunu açık bir biçimde

⁵⁷ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 23

⁵⁸ Aynı yönde Rassat, **Droit pénal général**, s. 387.

⁵⁹ A.g.e, s. 388.

düzenlemektedir. Diğer bir yandan yine açık bir şekilde objektif sorumsuzluk nedeninin herhangi bir ayırım olmaksızın kanunda ya da genel düzenleyici işlemlerde bulunuyor olabileceği düzenlenmektedir⁶⁰.

Kanunun hükmünden doğan hukuka uygunluk nedeninin kapsamı, içtihadı teyit eder mahiyette yasal bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu hukuka uygunluk nedeninin sınırları artık içtihat yoluyla yaratılan alanın sınırları değil daha kuvvetli bir dayanak olan yasal düzenlemenin yarattığı alanın sınırlarıdır⁶¹.

Aşağıda öncelikle kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartları, hukuka uygunluğun dayanağı olan norm türleri, özellikle “kanun” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmak ve 122-4 maddesi ilk fıkrasının alanına nelerin dâhil olabileceği ve nelerin bu alanın dışında olduğu aydınlatılmak suretiyle incelenecektir.

Aşağıda Türk hukukundaki durum incelerken görülebileceği üzere hukukumuzda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartları: Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Normun Varlığı, Kanun Tarafından Verilmiş Bir Yetki, Norm Tarafından Emredilen ya da İzin Verilen Hukuka Uygun Bir Davranış şeklinde incelenmektedir⁶². Bu tasnif Türk doktrinde, bu hukuka uygunluk nedeninin unsurlarının genel olarak bu şekilde ele alınmasına dayanmaktadır. Fransız ceza hukukunda kanunun emretmesi ya da müsaade etmesi şeklinde ortaya çıkan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, doktrinde de kabul edildiği şekliyle ilkin hukuka uygun hale getiren, meşrulaştırıcı dayanak norm ile alakalı olarak, ikincisi bu norma dayanan kişinin davranışına ilişkin olarak belirli şartların bir araya gelmesi ile varlık bulmaktadır. Fransız hukukundaki şartların hukukumuzdaki şartlar ile benzer olduğu görülmektedir.

⁶⁰ A.g.e.

⁶¹ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 23

⁶² Bkz. Zeynel T. Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Y: 2012, C: 8, S: 89-90, s. 28 vd.

1. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mukayeseli hukukta hukuk sistemleri, bir düzenleme ile bir davranışın gerçekleştirilmesini emrederken ya da bir davranışa müsaade ederken başka bir düzenleme ile aynı davranışın gerçekleştirilmesini yasaklayabilmektedir. Bu çatışma nedeniyle Ceza Kanunumuz gibi ceza yasaları emreden ya da müsaade eden normun cezalandıran normun hukuka aykırılığını ortadan kaldıracığını kanunun hükmünü yerine getirme şeklinde bir hukuka uygunluk nedenine yazılı olarak yer vererek düzenlerken, Alman Ceza Yasası gibi ceza yasaları ise buna gerek görmemektedir. Fransız Ceza Yasası, 1810 Fransız Ceza Yasası'nda olduğu gibi bu hukuka uygunluk nedenini yazılı olarak düzenlemeyi tercih eden ceza yasalarındandır. Ceza yasalarınca yasaklanan bir davranış hukuka uygun hale getiren normun şekli özelliklerinin ve bu normun amacının doğru değerlendirilmesi bu noktada önem kazanmaktadır.

a. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm Türleri

Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesi ilk paragrafı hangi tür normların bu hukuka uygunluk nedenine vücut vereceğini saymaktadır. Bu norm türleri şekli özelliklerine bakılarak sınıflandırılabilirler. Bu şekli özellikteki norm türleri 122-4 maddesi 1. fıkra çerçevesinde hukuka uygun hale getirme özelliği kabul edilen norm türleridir. Bunlar dışında 122-4 maddesinde sayılmayan bazı norm türlerinin de hukuka uygun hale getirme özelliğinin bulunup bulunmadığı da tartışılmalıdır. Aşağıda bu norm türleri bu ayırım esas alınarak incelenecektir.

1) Fransız Ceza Yasası Md. 122-4 Fıkra 1 Kapsamında Hukuka Uygun Hale Getiren Norm Türleri

Suç tipinde tanımlanan fiilin gerçekleştirilmesi başka bir yasa tarafından emrediliyor olabilir. Yahut bir başka yasa suç tipinde düzenlenen bu fiilin gerçekleştirilmesine müsaade ediyor olabilir. Bu türlü bir ilişkiye her hukuk düzeni yer verir ve bunların sayılamayacak kadar çok örneği vardır. Suç tipinde yer alan fiili

emreden ya da bu fiile müsaade eden hüküm, bazı durumlarda doğrudan suç tipi ile ilgilidir. Fransız hukukunda bu tür sorumsuzluk nedenlerinin örnek vermek gerekirse: ekonomik alandaki düzenlemeler ön plana çıkmaktadır. Keza bu alanda sıklıkla yeni ceza müeyyideleri getiren düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak çoğunlukla bu yasalar yapılırken göz önünde bulundurulmuş şey, ekonomik alana özgü, tecrübeye ya da varsayıma dayalı arazi durumlara yönelik cezai normlar oluşturmaktır. Sıklıkla da bu yasaların kapsadığı yasak fiiller listesi oldukça uzun ve hatta açık kalmaktadır⁶³. Örneğin ilkesel olarak rekabete aykırı tüm anlaşmalar yasaklanmıştır. (*Ticaret Yasası, Md. L. 420-1*) Fakat ekonomik gelişimi sağlamaya meyyal olan ve kanunda özel olarak sayılan türden bir takım anlaşmalar hukuka uygun kabul edilmiştir. (*Ticaret Yasası, Md. L. 420-4*)

Çoğaltılabilecek başkaca örnekler de söz konusu olmakla beraber yukarıdaki örnek gibi özel bir takım alanları düzenleme amacıyla getirilen ve suç tipi niteliğinde olan yasakların yürürlüğe konulmasındaki amaç özel olarak ilgili alanı düzenlemek genel olarak kamu düzeni adına zorlayıcı ve baskıcı olmaktır. Bu yasakların yürürlüğe konması ile tezatlık içerisinde bazı fiillere müsaade edilmesi ise yasa koyucunun ceza hukuku alanında baskıcı ve zorlayıcı olması kadar gerçekçi olması gereğinin de bir görünümüdür⁶⁴. Dolayısıyla bu tür düzenlemelerde suç tipi düzenlemesi ile bu düzenlemelerdeki fiillere belirli şartlar dâhilinde sorumsuzluk tanınması bir arada yer almaktadır. Bu durum hukuka uygunluk alanını ilgilendirdiği kadar tipiklik bahsini de ilgilendirmektedir.

Yukarıdaki paragrafta bahsedilenin aksine çoğu zaman suç tipi düzenlemesi ile bu düzenlemedeki fiili emreden ya da bu fiile müsaade eden norm birbiri ile ilgi

⁶³ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 24

⁶⁴ A.g.e.; Uyuşturucu ticareti ile mücadeleyle yönelik olarak 19 Kasım 1991 tarihli Uyuşturucu Ticareti ile Mücadelenin Kuvvetlendirilmesine İlişkin Yasa’nın getirdiği düzenlemeler de kamu düzeni sağlamak yanında gerçekçi olmanın bir görünümünü sunmaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde Fransız Ceza Muhakemesi Yasası’na eklenen madde 706-32 uyarınca Polis “kontrollü teslimatlar” şeklinde adlandırılan uyuşturucu madde temin etme, bu kişilere kontrollü şekilde finansal nitelikte araç ve depo, ulaşım vasıtası vs. sağlama fiillerini yerine getirebilirler. Bu fiiller anılan madde hükmü uyarınca bir suçun işlenmesini azmettirmemek kaydıyla hukuka uygun kabul edilmektedir. Yasa ile ilgili değerlendirme için bkz. Jean Pradel, “Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi”, **Recueil Dalloz**, Yıl: 1992, S: 29, s. 229 vd; Fr. Yarg. Ceza D. 5 Mayıs 1999, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1999, no 87.

kurulamayacak mahiyette birbirinden bağımsız düzenlemeler içinde yer almaktadır. Hukuka uygunluk sağlayan norm ilgisiz bir kanunda ya da genel düzenleyici işlem içerisinde bulunabilir. Bu anlamda hukuka uygunluğun dayanak normlarının neler olabileceğini ve neler olamayacağını incelemekte fayda görüyoruz.

i. Kanun

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, 1810 tarihli Eski Ceza Yasası'nda da düzenlenmekteydi. Farklı olarak bu hukuka uygunluk nedeni, Eski Fransız Ceza Yasası'nın genel hükümler kısmında değil "kanun tarafından emredilen" kasten öldürme, kasten yaralama ve darb ile bağlantılı olarak 327. maddesinde düzenlemesini bulmaktaydı. Yeni Fransız Ceza Yasası'nın "Genel Hükümler" kısmında düzenlemesini bulan 122-4 maddesi ilk fıkrasındaki kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ise kanunca emredilmiş ya da müsaade edilmiş her türlü fiil ile bağlantılıdır. Bu düzenleme ilk olarak şekli anlamda kanun terimine yollama yapmaktadır. Yani genel ve zorunlu bir takım şekli niteliklere sahip ve ceza normlarını da içine alan yasama gücü tarafından gerçekleştirilen işleme vurgu yapılmaktadır⁶⁵.

İncelemekte olduğumuz hukuka uygunluğun nesnel temeli olan "kanun" şu üç özelliğe sahip olmak zorundadır.

İlk olarak bu hukuka uygunluk nedenini tanımlarken kullanılan kanun ifadesi ile sadece şekli anlamdaki kanun anlaşılmamalıdır. Şekli anlamdaki kanunlar yanında genel düzenleyici işlemler hükümleri de hukuka uygunluğun dayanağı olabilir. Zaten eski 327. maddenin bu eksikliğini gideren içtihadı teyit eder surette yeni 122-4 maddesi düzenlemesi, hukuka uygunluğun kaynağının kanunlar yanında genel düzenleyici işlemler de olabileceğini söylemektedir. Yani başlıklandırırken ifade edilen "kanunun hükmü" teriminden "kanunun ve genel düzenleyici işlemin hükmü" anlaşılmalıdır.

⁶⁵ Jean Pradel, **Droit pénal général**, 20. Baskı, Cujas, Paris, 2014, k.n. 346.

İkinci olarak ancak Fransa Cumhuriyeti'nin hâkimiyeti altındaki topraklarda zorunlu olarak uygulanma gücü olan “kanun” hukuka uygun hale getirme değerine sahiptir.

Üçüncü olarak göz önünde bulundurulan ilgili kanunun ceza hukuku normu ya da ceza hukuku dışı norm olması özelliği önem arz etmektedir.

a) Şekli Kanunlar ve Genel Düzenleyici İşlemler

Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi hükmü dikkate alındığında görülmektedir ki söze konu hukuka uygunluk nedenini adlandırırken kullandığımız “kanunun hükmü” ifadesinde geçen “kanun”, kaynağını yasama faaliyetleri sonucu ortaya çıkan metinlerden alabileceği gibi genel düzenleyici işlem hükmündeki metinlerden de alabilir. Zira 122-4 maddesi bu hukuka uygunluk nedeninin kaynağı olabilecek norm türü olarak kanun yanında genel düzenleyici işlemlere metninde yer vermektedir.

Failin fiilini hukuka uygun hale getirecek olan “kanun” ifadesi her şeyden evvel şekli anlamı ile kanuna atıf yapmaktadır. Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesi ilk fıkra hükmü de bunu açık bir şekilde ifade etmekle beraber eski 327. madde düzenlemesi düzenleyici işlemleri madde metninde hususan zikretmemekteydi. 122-4 maddesinin genel düzenleyici işlemlere de yer veren ifade tarzı eski 327. maddenin yürürlükte olduğu dönemdeki içtihadın teyidi anlamına gelmektedir⁶⁶. Eski Fransız Ceza Yasası'nın yürürlükte olduğu dönemde her ne kadar yasa zikretme de içtihat düzenleyici işlemlerin de yasama gücünün ürünü olan yasalar kadar hukuka uygun hale getirme değerine sahip olduğunu kabul etmekteydi⁶⁷. Bu yaklaşım bugün Fransız ceza hukukunda yasal düzleme kavuşmuştur.

Yeni Fransız Ceza Yasası tarafından ortaya konulan bu daha açık ifadelendirme 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 34 ve 37. maddelerinin bir arada

⁶⁶ Bouloc, **Droit pénal général**, s. 355-356.

⁶⁷ A.g.e

okunmasından doğan ve Fransız Ceza Yasası'nın 111-2 maddesinin de tasdik ettiği, kabahatlere ilişkin meselelere dair yetki devrinin mantığına şüphesiz uygun düşmektedir⁶⁸. 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 34. maddesi hangi tür düzenlemelerin ancak kanunla yapılacağına dair geniş bir listeyi düzenlemektedir. Anayasa'nın 37. maddesi uyarınca da bu alanlar dışında kalan alanlarda düzenleyici işlem (*reglementaire*) yapma yetkisi yürütme erkine delege edilmiştir. 34. maddenin ilk fıkrası hükmünce cürüm ve cünhalar ancak kanunla düzenlenir. 34. ve 37. madde bir arada ele alındığında kabahatlerin genel düzenleyici işlemler ile düzenlenebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu da demektir ki kaynağını düzenleyici işlemde alan emir veya müsaade pek ala bir kabahatin hukuka aykırılığını ortadan kaldırma gücüne sahiptir. Beraberinde bu düzenleyici işlemin soyut ve genel olması ile uygulanmakla tükenme niteliğini haiz olması arasında bir fark yoktur⁶⁹. Bu yüzdendir ki cürüm ve cünhaları düzenleyen (şekli anlamıyla) kanun nasıl ki bunları suç olarak düzenlemekle beraber bunları neyin hukuka uygun hale getireceğini belirleyebilmektedir, düzenleyici işlemlerin de kabahatler üzerinde aynı gücü bulunmaktadır.

1958 Anayasası'nın 34 ve 37. maddeleri ile birlikte Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi bir arada okunduğunda cürüm ve cünhaların kanun tarafından düzenleneceği, kanun tarafından unsurları tanımlanan bu suç türlerini yine kanunların hukuka uygun hale getireceği kabahatlerin genel düzenleyici işlemler tarafından düzenlenebileceği ve başkaca genel düzenleyici işlemlerin de bunları hukuka uygun kılabilceği yorumu yapılabilir⁷⁰. Bu noktada sorulması gereken soru ancak kanunlar tarafından düzenlenebilecek olan cürüm ve cünhaları teşkil eden bir davranışa genel düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluk sağlayıp sağlayamayacağıdır.

Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesi, hiçbir ayırım ve tasnife gitmeksizin düzenleyici işlemlere, kanunlar gibi bir hukuka uygunluk değeri tanımaktadır. Ayrıca bu hüküm 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası öncesi dönemde var olan; düzenleyici işlemlerin yalnız kabahatler bakımından değil her türlü suç bakımından hukuka

⁶⁸ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 26.

⁶⁹ Bouloc, **Droit pénal général**, s. 355-356.

⁷⁰ A.g.e, s. 356

uygunluk sağlama kabiliyeti olduğu şeklindeki içtihadın teyit ve tasdik edilmesi şeklinde yorumlanmalıdır⁷¹. Kanunların düzenleyici işlemlere bir takım alanlardaki düzenlemeleri delege etmesi gerçeği göz önünde tutulduğunda bu kaçınılmazdır⁷². Bu çerçevede örnek vermek gerekirse Kamu Sağlığı Yasası'nın Düzenleyici İşlemler bölümünde yer alan ve genel düzenleyici işlem hüviyetindeki R. 3354-1 ve devamı maddeleri, adli ya da idari polis görevlilerinin, bir cürüm ya da cünhanın ortaya çıkarılması ya da trafik kazası halinde kan örneği almasının usulüne ilişkin düzenlemeleri öngörmektedir. Madde bu niteliğiyle bir muhakeme kuralı ihdas etmektedir. Bu düzenlemenin uygulama alanı çerçevesinde, Fransız Ceza Yasası'nın kişilerin fiziki ve ruhi bütünlüğüne yönelik saldırılara ilişkin hükümleri⁷³ tarafından suç olarak tanımlanan bir takım fiillere düzenleyici işlem ile hukuka uygunluk sağlanmaktadır.

Yine pek çok sebepten birçok suç düzenlemesi içeren yasa, öngördüğü suçun unsurlarının bütünüyle belirlenmesi zorluğu karşısında düzenleyici işlemlere atıf yapmayı çare olarak görmektedir. Bu çarenin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir görünümü olan belirlilik ilkesi ile ters düştüğü düşünülebilirse de kanunların suçun belirli unsurları bakımından düzenleyici işlemlere atıf yapması Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi tarafından kabul edilmektedir⁷⁴. Burada hukukumuz ile kısa bir karşılaştırma yapmak gerekirse düzenleyici işlemlere atıf yapan suç düzenlemeleri, ceza hukukumuzun sistemi göz önünde tutulduğunda suçun konusu olarak nitelendirdiğimiz unsur bakımından genellikle bu yollamayı yapmaktadır. Fransız ceza genel hukuku, suçun konusu şeklinde bir unsur nitelendirmesi yapmadığı için düzenleyici işlemin suç tanımında yer alan unsurları belirlemesi ve bu unsurlara ilişkin

⁷¹ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 26 vd.

⁷² Kamu Sağlığı Yasası'nın L. 3113-1 maddesi uyarınca hekimlere ve biyoloji medikal laboratuvarları sorumlularına belli hastalıkları taşıyan kişilerin kişisel verilerinin ulusal makamlarla paylaşılması ve bu hastalıklarla ilgili bilgi verilmesi yükümlülüğü getirilmektedir. Aynı maddenin son fıkrası bu hastalıkların listesinin Kamu Sağlığı Yüksek Konseyi tarafından kararname ile belirleneceğini hükmetmektedir.

⁷³ "Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne" başlıklı Fr. CY Madde 222-1 vd.

⁷⁴ Kamu Sağlığı Yasası'nın L. 5432-1 maddesi uyarınca suç olarak düzenlenen zehirli maddelerin ticareti fiillerinin konusu olabilecek maddelerin neler olduğu düzenleyici işlemler tarafından belirlenmektedir. Konuya ilişkin örnek kararlar: Fr. Yarg. Ceza D. 27 Şubat 1995, Karar no: 94-82099; Fr. Yarg. Ceza D. 13 Mart 1995, Karar no: 94-81.343.

belli davranışlara meşruiyet tanınması, bu hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde suçun varlığını engellemektedir.

İçtihadın düzenleyici işlemler ile suçun içeriğinin doldurulmasını kabul etmesi uyarınca düzenleyici işlemler, hukuka uygun hale getirme yeteneğine sadece kabahatler bakımından değil diğer suçlar bakımından da sahiptir. Öte yandan pek çok hukuki metin bu durumu açık bir şekilde ifade de etmektedir. Ticaret Yasası'nın 420-4 maddesi, bu yasa tarafından cezalandırılan rekabete aykırı sözleşmelere ilişkin fiillerin, yasalar veya uygulanmaları ile ilgili olan düzenleyici işlemler hükümleri ile hukuka uygun hale gelebileceğini açık bir şekilde ifade etmektedir⁷⁵.

b) Fransız Kanunları

“Kanunun hükmü” olarak başlıklandırılan ve yukarıda izah ettiğimiz ilk özellik gereğince şekli kanunlar yanında genel düzenleyici işlemler hükmü olarak da anlaşılması gereken, bu hukuka uygunluğun dayanağı olan normun sahip olması gereken ikinci özellik; hukuka uygunluk sağlama gücüne sahip normun ancak Fransız kanunu olabileceğidir.

Kanunlar tarafından düzenlenen tipe uygun fiili, hukuka aykırı olmaktan çıkaran kanun yahut genel düzenleyici işlem ancak Fransa topraklarında uygulanması zorunlu olan kanun ya da düzenleyici işlem olabilir⁷⁶.

Mefhumu muhalifinden ifade edilecek olursa yabancı bir norm tarafından vaz edilen hiçbir hüküm hukuka uygunlukta dikkate alınmayacaktır⁷⁷. Yabancı yasa, Fransa'da bulunan birisi için bağlayıcı bir hüküm olsa da Fransa'da uygulanması zorunlu bir yasa olmadığı sürece hukuka uygunluk etkisi yaratamayacaktır⁷⁸.

⁷⁵ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 27.

⁷⁶ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 887.

⁷⁷ A.g.e.

⁷⁸ Fransız Yargıtayı bir kararında Fransa'ya iniş yaptıktan sonra mühimmat ve silah taşıdığı tespit edilen uçağın pilotunun yabancı yasa hükmünü öne sürmesine itibar etmemiş ve failin Fransa'da suç olarak düzenlenen bu fiilinden ötürü cezalandırılmasını onamıştır. (Fr. Yarg. Ceza D. 27 Haziran 1973, Karar no: 73-90057, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, No: 305.)

Fransız Askeri Yargı Yasası'nın L. 311-14 maddesi de buna ilişkin bir düzenlemeyi içermektedir. Buna göre: *“Düşman mercilerinden sadır yasa, kararname ya da düzenleyici işlemler, bu merciler tarafından verilen emir ya da yetkiler... Ceza Yasası'nın 122-4 hükmü manasında sorumsuzluk nedeni olarak ileri sürülemezler. Ancak Mahkeme bu durumu cezayı ve miktarını belirlerken dikkate alır⁷⁹”*.

Ülkemizde olduğu gibi Fransa'da da bir hükmün iç hukukta uygulanabilirliği bu hükmün ulusal mercilerce ihdas edilmiş olmasını zorunlu kılmamaktadır. Hukuka uygunluğun dayanağı olacak norm, Fransa'da uygulanması zorunlu olan bir uluslararası hukuk kuralı hüviyetinde olabilir. Fransız Anayasası'nın 55. maddesi uyarınca usulüne uygun şekilde onaylanan uluslararası sözleşme hükümleri yayımlanmakla birlikte kanunların üzerinde bir güce sahiptir. Mahkemeler, ekonomik suç mahiyetindeki tipe uygun fiillerin hukuka uygunluğu noktasında Topluluk (AB) hukukundan kaynaklanan kurallar ile eskisinden çok daha fazla meşgul olmaktadır⁸⁰.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine vücut verecek normun özelliği ile ilgili tartışılması gereken son mesele: kanunun ve genel düzenleyici işlemin esasının hangi niteliğe sahip olduğu ile ilgilidir.

c) Ceza Hukuku Normu – Ceza Hukuku Dışı Norm

Hukuka uygunluğun kaynağı olan norm, ceza hukuku normu yanında ceza hukuku dışı norm olabilir mi ya da ceza hukuku normu ile ceza hukuku dışı normun, hukuka uygunluk bakımından tesirleri birbirinden farklı mı olmaktadır? Fransız ceza

⁷⁹ Fransız Askeri Yargı Yasası'nın L. 311-14 maddesi orijinal metni şu şekildedir: *“Les lois, décrets ou règlements émanant de l'autorité ennemie, les ordres ou autorisations donnés par cette autorité ou par les autorités qui en dépendent ou en ont dépendu ne peuvent être invoqués comme cause d'irresponsabilité au sens de l'article 122-4 du code pénal. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant.”*

⁸⁰ Alkollü içkilerin reklam ve tanıtımlarına ilişkin düzenlemelere dair meselelere ilişkin örnek kararlar: Fr. Yarg. Ceza D., 01 Ekim 1979, Karar no: 79-90259, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, No: 262; Fr. Yarg. Ceza D. 16 Haziran 1983, Karar no: 81-92316, Ceza Dairesi Bülteni 1983, No: 187; ala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 29.

hukukunda bu hukuka uygunluk nedeni bakımından bu hususa özellikle değinilmektedir. Aşağıda bu hususa açıklık getirmek isteriz.

İlk olarak ceza kanunları maddi ceza hukukuna dair düzenlemeleri ile kendi içinde aynı davranışı cezalandıran hükümler ve buna müsaade eden ya da bunu emreden hükümler birlikteliğinden bir norm bütünü yaratmaktadır. Örneklendirmek gerekirse Fransız Ceza Yasası 226-14 maddesi, belli hallerde bir sırrın açıklanmasına izin vermekte ya da bunu emretmektedir. Fransız Ceza Yasası'nın 226-13 maddesi ise kişilerin yerine getirdikleri meslek veya vazifeler sırasında öğrendikleri sırları açıklamasını cezalandırmaktadır. Yani bir sırrın açıklanmasını bir yasa hükmü cezalandırılırken başka bir yasa hükmü bu sırrın açıklanmasına müsaade etmekte ve hatta bunu açıklamayı emretmektedir. Fransız Ceza Yasası 226-14 maddesi çerçevesinde bir doktorun yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ya da fiziksel yetersizliği sebebiyle kendini koruyamayacak durumdaki kişiye karşı işlenen cinsel suçlara dair emareleri adli makamlara iletmesi zorunludur. Yani yasa bu fiilin gerçekleştirilmesini doktora emretmektedir. 226-14 maddesi tarafından yani yasa tarafından emredilen bu fiili gerçekleştiren doktor 226-13 maddesinde düzenlenen fiili de gerçekleştirmiş olacaktır. Fakat aynı fiili emreden bir yasa bulunduğundan bu davranışı hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Yine ceza kanunları maddi ceza hukukuna ve muhakeme hukukuna dair düzenlemeleri ile kendi içerisinde aynı fiili cezalandıran ve hukuka uygun hale getiren normları bir bütün halinde ortaya koymaktadır. Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın 100 ve devamı maddelerinde düzenlenen belirli şartlar dâhilinde telefon görüşmelerinin elde edilmesi tedbiri bu hale örnek gösterilebilir. Bu düzenlemelere uygun şekilde telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınması aynı zamanda özel hayatın mahremiyetine karşı suçların fiil unsuruna karşılık gelmektedir. Fakat yasa tarafından bu fiile müsaade edilmesi bir hukuka uygunluk sağlamaktadır. Ceza hukuku alanında düzenleme getiren bir norm tarafından müsaade edilen ya da emredilen fiil, bu hukuka uygunluk nedeninden ötürü ceza hukuku normu tarafından cezalandırılabilir değildir.

Yukarıda değindiğimiz örnekte olduğu gibi tipe uygun herhangi bir suç fiilinin hukuka uygunluğu konusunda dayanak olan kanun hükmü sıklıkla gerek maddi ceza

hukuku gerekse muhakeme hukukuna dair olsun ceza kanunlarında yer almaktadır. Haliyle ceza kanunları birbirine tezat ama birbirini tamamlayan düzenlemeler ile bir norm bütünü ortaya koyabilmektedir⁸¹.

Fransız ceza hukukunda, ihtilaf halindeki iki normdan hukuka uygunluk sağlayan norma öncelik tanınmasının teorik temeli özel - genel norm ilişkisine dair ilkedir. Latince ifadesi ile *specialia generalibus derogant* şeklindeki bu ilkeye göre; özel norm, genel normdan önceliklidir ya da özel norm, genel normu devre dışı bırakır⁸².

Bazı yasa maddeleri ise bu kanunlar ihtilafı durumunu kendi metninde açıklığa kavuşturarak çözümlemektedir. Yani aynı davranışı cezalandıran norm, bu davranışa hukuka uygunluk sağlayan aksi yöndeki kanun hükmünden doğan ihtilafı açık bir şekilde öngörmektedir. Örneğin Fransız Ceza Yasası'nın 226-14 maddesi, bir mesleği icra etmek sebebiyle edinilen sırları açıklama suçunun, yasa gizli kalması gereken bu sırrı açıklamayı emrediyor ya da buna müsaade ediyorsa oluşmayacağını açık bir şekilde kendi metninde düzenlemektedir. Bu düzenleme bağlamında 15 yaşından küçük bir çocuğa yönelik kötü muamele ya da suiistimalin bildirilmesi halinde sırrın açıklanması suçu oluşmayacaktır. (*Fr. Ceza Yasası Md. 434-3*). Bu halin, madde düzenlemesinin kendi içinde bir hukuka uygunluk nedeni yaratması hali olmadığını, doğrudan suçun tipikliğine ait bir hal olduğunu söylemek gerekir.

Fransız doktrininde bu konu ile ilgili değerlendirmede bulunan yazarlar bu tür bir ceza kanunları ihtilafından kaynaklı meseleler analiz edilirken temkinli ve hatta uyanık olunması gerektiği uyarısında bulunmayı da ihmal etmemektedirler. Keza yargısal uygulama göstermektedir ki sanıklar kendilerini hukuka uygun bir pozisyona kavuşturmak için oldukça zeki hareket etmekte ve ciddiye alınamayacak kanunlar ihtilafını ya da yükümlülükler çatışmalarını öne sürmektedirler⁸³. Alternatif tedavi adı

⁸¹ Danti-Juan, "Ordre de la loi", k.n. 8.

⁸² Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 30.

⁸³ A.g.e.

altında yasadışı gerçekleştirilen faaliyetler ile ilgili⁸⁴, elindeki kamusal yetkileri siyasi rakipleri aleyhine kullanan yetkililerle ilgili⁸⁵, iddia ve savunma hakkını kötüye kullananlarla ilgili⁸⁶ ve sayılabilecek başka meselelerle ilgili Fransız mercilerinin hukuka uygunluk iddiasını ciddiye almadığı pek çok karar vardır.

Ceza hukuku dışı alanlarda düzenlemeler getiren kanunlar dikkate alındığı zaman ise durum Fransız hukukunda görece farklı sonuçlar doğurabilmekte ve ceza hukuku dışı düzenleme getiren normun meşrulaştırıcı gücü ceza kanunlarına göre zayıflayabilmektedir⁸⁷.

Elbette ki cezalandırılan bir fiile hukuka uygun hale getirici şekilde müsaade eden normlar ceza hukuku ile alakalı olmak mecburiyetinde değildir. Fakat Fransız Yargıtayı ilkesel olarak ceza hukuku dışı kanuni düzenlemelerin otomatik olarak bu yönde bir meşruiyet kazandırmasının da lehinde değildir. Biraz önce de belirttiğimiz gibi iki ceza kanunu ihtilafı arasında ortaya çıkabilecek olanlar gibi ceza kanunu ve ceza hukuku dışı kanun arasındaki kanunlar ihtilafı iddiaları mesnetsiz olabilmektedir ve bu tarz iddiaları Fransız Yargıtayı çoğu kez ciddiye almamaktadır.

Az evvelki paragrafta belirttiğimiz duruma farklı yönden bir örnek verecek olursak Fransız Medeni Kanunu'nun 215. maddesinde düzenlenen eşlerin bir arada yaşama yükümlülüğü, sistematik bir biçimde eşinin fuhuş yapmasından elde ettiği

⁸⁴ Örneğin Fransız yargı pratiğinde üfürükçülerin durumu budur. Yasadışı gerçekleştirdikleri tıbbi faaliyetler sebebiyle ilgili suçlardan yargılandıklarında sıklıkla, uymamanın cezai olarak da yaptırıma tabi olduğu tehlikedeki kişiye yardım etme yükümlülüğünün kendilerini hukuka uygun hale getirdiği savunmasını yapmaktadırlar. (Fr. Yarg. Ceza D., 09 Aralık 1959, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1959, No 541; Douai İstinaf Mahkemesi, 22 Şubat 1951, **Gazette du Palais** Yıl: 1951, S:1, s. 268.)

⁸⁵ Yine kamu görevlilerinin yazışmaları suiistimali suçundan (Fr. C.Y. Md. 432-9) yargılanan bir kaymakam, seçim döneminde, emirleri ile bir muhalefet partisine gönderilen postaların dağıtılmasını geciktirme fiilini meşrulaştırmak adına tamamıyla varsayımsal suçların işlenmesini engelleme kastı ile bunu yaptığını öne sürmüştü fakat bu savunmaya itibar edilmemiştir. (Fr. Yarg. Ceza D., 22 Mayıs 1959, **JCP**, Général, Yıl: 1959, C: II, s.11162.)

⁸⁶ İlginç bir örnek olarak kişi mirasa konu malları, haksız ve kötü niyetli olarak edinmiştir. Mağdur diğer mirasçılar tarafından kendisi aleyhine başlatılan davada kişi sahte belgeleri mahkemeye sunmuştur. Sonrasında sahte belge kullanmaktan açılan ceza davasında aleyhine yürütülen davada kendisi ile ilgili belgeleri sunma yükümlülüğünün bu suçtan cezalandırılmasını engelleyeceğini öne sürmüştür. Kanunun hükmü hukuka uygunluk nedeninin varlığına dair bu savunma elbette itibar görmemiştir. (Fr. Yarg. Ceza D., 25 Kasım 1992, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1992, no 391; Fr. Yarg. Ceza D. 3 Mayıs 2012, Karar no 11-82431.)

⁸⁷ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 893.

geliri paylaşan eşin ceza sorumluluğunu kaldıran bir etki yaratmaz⁸⁸. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen evlilik hakkı ile de uyumludur. Aksi şekilde çok ağır hileli durumlara müsaade edilmiş olur. Fuhuş yapandan faydalanan kişinin ceza baskısından kaçmak için fuhuş yapan ile evlenmesi kâfidir anlamına gelecektir ki bu hileli durumlara mevzuatın bizatihi kendisi izin vermiş olur⁸⁹. Fuhuş yapan bir kişi ile birlikte yaşamak Eski Fransız Ceza Yasası'nın 334. maddesinin 3. bendi gereği fuhuşa aracılık etme suçu çerçevesinde değerlendirilen yasaklanmış bir fiildir. Fransız Medeni Kanunu'nun 215. maddesi ise eşlerin bir arada yaşama ödevini düzenlemektedir. Yani Medeni Kanun'un 215. maddesinin müsaade ettiği hatta ötesi emrettiği davranış, Ceza Yasası'nın 334. maddesinin 3. bendi uyarınca yasaklanan bir davranıştır. Yargıtay somut olayda bu fiilin yasaklılığının, bu fiile verilen müsaadeye ağır bastığını söyler şekilde Medeni Kanun tarafından müsaade edilen bu davranışın, Ceza Yasası tarafından yasaklanan davranış bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁹⁰. Bu içtihadın, pek çok açıdan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 12. madde ile ihtilaf içerisinde olduğu eleştirileri yapılmıştır. AİHS madde 12 çerçevesindeki bu eleştiriler nedeniyle, eski 334. madde 3. bent uygulaması noktasındaki içtihat dönüşmüş⁹¹ diğer yandan Yeni Fransız Ceza Yasası'nda, eskisinden farklı olarak sırf bir arada yaşamayı cezalandırma yoluna gidilmemiştir. Öyle ki aynı fiili cezalandıran Yeni Fr. Ceza Yasası'nın 225-6 maddesinin 3. bendi, kişinin bu şekildeki bir kişi ile yasamasını, yaşam şeklinin şartları bakımından haklı gösterememesi halinde faili fuhuşa aracılık etme suçu çerçevesinde cezalandırmaktadır. Bu değerlendirme ve yeni yasal mevzuat çerçevesinde eşlerin bir arada yaşama hakkı ve ödevinin, fuhuşa aracılık etmek fiilini meşrulaştırdığını yine de dile getiremeyiz. Burada yasa koyucu eski düzenlemeyi esnetme yoluna gitmiştir. Son tahlilde makul görülebilecek yaşam biçiminin şartları nedeniyle fuhuş yapan ile birlikte yaşayan kişinin bu fiilinin hukuka uygunluğu, 225-6 maddesi bu hali yasa

⁸⁸ Fr. Yarg. Ceza D., 20 Haziran 1946, **Recueil Dalloz**, Yıl: 1946, s. 360

⁸⁹ Bkz. Fr. CY Md. 225-5 ve 225-6; Aynı yönde Fr. Yarg. Ceza D. 4 Haziran 1980, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1980, no: 174.

⁹⁰ Danti-Juan, "Ordre de la loi", k.n. 9.

⁹¹ Aynı yönde bkz. Jean Pradel - Michel Danti-Juan, **Droit pénal spécial**, 6. Baskı, Cujas, Paris, 2014, k.n. 801.

metninde bir şart olarak belirtmeseydi de AİHS madde 12 bir uluslararası sözleşme olduğu için normlar hiyerarşisinden kaynaklı olarak tanınacaktı⁹². Fakat Medeni Kanun'un eşlerin bir arada yaşama ödevine ilişkin düzenlemesinin bu fiile meşruiyet kazandırmayacağı yani ceza hukuku dışı kanun hükümlerinin otomatik olarak hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı yönündeki yaklaşım varlığını korumaktadır⁹³.

Aynı yaklaşım, medeni bir kurum olan evliliğin, yolsuz bir şekilde gerçekleştirilmesi meselelerinde de söz konusu olmaktadır. Evliliğin yolsuz bir şekilde gerçekleştirilmesi ile Fransa'ya yasadışı yollarla giren bir yabancı, bir Fransız ile evlenerek durumunu yasallaştırmak istemekte ve bu surette bir ikamet belgesi alarak yasadışı durumunu yasal gibi göstermektedir. Evliliğin hükümsüzlüğü kararı verilmemiş olsa bile yabancı, Fransız Ceza Yasası'nın 441-6 maddesi gereği kendisine yasal nitelik sağlayan bir belgeyi (ikamet belgesi) elde etmede sahtecilik suçundan cezalandırılmıştır⁹⁴.

Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi, Medeni Kanun'da yer alan düzenlemelerin, eşler arası tecavüz fiillerine (*Fr. C.Y. Md. 222-23 vd.*) hukuka uygunluk sağlamayacağını kesin bir şekilde belirtmekte ve bu yöndeki savunmalara itibar etmemektedir. Tecavüz suçu ile ilgili meselelerde evliliğin hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi içtihat tarafından eskiden beri kabul görmemektedir⁹⁵. Eş, eşine karşı gerçekleştirdiği tecavüz fiilinden, cinsel ilişkiyi de kapsamına alan ve Medeni Kanun'un dayattığı bir arada yaşama yükümlülüğünün varlığına rağmen soruşturulup mahkûm edilebilir⁹⁶. Bu cürmün eşler arası birlikte yaşama ve cinsel ilişki ödevi ile meşrulaştırılması 1994

⁹² Benzer yorumların hakaret suçuna ilişkin olarak ifade hürriyetini düzenleyen AİHS 10 madde çerçevesinde ortaya konan içtihatlar çerçevesinde de yapılması mümkündür. Bkz. AİHM 15 Temmuz 2010, Dumas – Fransa'ya karşı kararı, Karar No: 34875/07; Bu yönde Fr. Yarg. Ceza D. 8 Nisan 2014, Karar no: 12-88095; Aksi yönde Philippe Conte - Jean Languier - Patrick Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, 22. Baskı, Mémento Dalloz, 2014, s. 58.

⁹³ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 35.

⁹⁴ Eski Fr. CY Md. 154; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Kasım 1992, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1992, no 357; Fr. Yarg. Ceza D. 18 Mayıs 1993, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 185.

⁹⁵ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 893.

⁹⁶ Fr. Yarg. Ceza D. 5 Eylül 1990, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1990, no 313; Fr. Yarg. Ceza D. 11 Haziran 1992, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1992, no 232; **Recueil Dalloz**, Yıl: 1993, s. 117, Michèle-Laure Rassat notuyla.

tarıhli Fransız Ceza Yasası öncesi dönemde Yargıtay tarafından kabul görmediğı gibi⁹⁷ yasa koyucu, bu suçlar için öngörölen cezaların evlilik birliğinin varlığı halinde de aynen geçerli olacağını yeni Fransız Ceza Yasası'nın 222-22 maddesinin 2. fıkrasında, nikâhsız birliktelik veya medeni dayanışma sözleşmesi çerçevesinde birlikte yaşam halinde de bu durumun geçerli olacağını 222-24 maddesinin 11. bendinde ayrıca belirtmiştir. Fakat evliliğın, tecavüz suçunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceğı, daha basit bir şekilde tecavüzün hukuka uygunluk nedenlerinin tamamının uygulama alanı dışında yer alan öncelikli suçlardan olduğı ve yukarıda da değindiğimiz kapsamı daraltan belirlemeler çerçevesinde açıklanmalıdır. Meşru savunma ya da zorunluluk halinin tecavüz fiili ile bağdaşamayacağını açıklamaya gerek yoktur. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından da tecavüz fiili hiçbir şekilde kabul edilemez. Bu çözüm Fransız Ceza Yasası'nın 222-22 maddesinde değışiklik yapan 4 Ağustos 2006 tarihli ve 2006-399 sayılı yasa ile 9 Temmuz 2010 tarihli ve 2010-769 sayılı yasa tarafından da kabul edilmiştir. Buna göre evlilik bağı ile birlikteliğı de kapsar şekilde fail ve mağdur arasındaki ilişkinin türü ne olursa olsun tecavüz suçu oluşur. Yani evliliğe ilişkin düzenlemelerin tecavüz fiillerine hukuka uygunluk sağlamaması, ceza hukuku dışı kanun düzenlemelerinin hukuka uygunluk sağlamada ceza kanunları gücünde olmamasından kaynaklanmamaktadır⁹⁸.

Fransız doktrininde bir kısım yazar, ceza hukuku normu olmayan normların hükümleri ile ceza hukuku normlarının ihtilafa düşmesi halinde kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağını öne sürmektedirler. Bu yazarlara göre⁹⁹ yalnızca ceza hukuku normları bir suçu ihdas eder ve suç oluşturan fiili hukuka uygun hale getirebilir. Bu oldukça tartışmalı yaklaşıma şu üç noktadan eleştiriler getirilmektedir.

⁹⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 5 Eylül 1990, Karar no: 90-83786, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1990, no 313; Fr. Yarg. Ceza D. 11 Haziran 1992, Karar no 91-86346, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1991, no 232; Fr. Yarg. Ceza D. 26 Eylül 1994, Karar no 94-83277.

⁹⁸ Aynı yönde Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 37.

⁹⁹ Bu görüşteki yazarlar için Bkz. Roger Merle – André Vitu, **Traité de droit criminel**, C: 1, "Droit pénal général", 7. Baskı, Cujas, Paris, 1997, s. 425 vd, k.n. 417; Marc Puech, **Droit pénal général**, Litec, 1988, k.n. 761; Jean Pradel, **Droit pénal général**, Cujas, Paris, 2010, k.n. 309; Frederic Desportes – Francis Le Gunehec, **Le nouveau droit pénal**, 17. Baskı, Économica, 2010, k.n. 700.

Bu yaklaşıma getirilen ilk eleştiri ya da reddiye bu yaklaşımın ceza kanunu – ceza hukuku dışı kanun ayrımı temeline oturtulmuş olmasının hiçbir temel dayanağının olmaması ve kabul edilemez bir hiyerarşi oluşudur. Ceza hukuku kuralı cezalandırıcı olmak dışında diğer düzenlemelerden normatif anlamda ayrılan bir norm türü değildir. Ceza kanunu, kamu düzeni için bir takım yasaklara ya da emirlere uyulmamasını yaptırım altına alır ve bu uğurda başkaca hukuk disiplinlerinin hükümleri ile uyum içerisinde olmak mecburiyetindedir. En önemlisi kamu düzeni için başkaca hukuk disiplinlerinin tamir (*r paration*) hükümlerinin yeterli olmadığı anda son çare olarak yaptırım baskısı (*r pression*) ile özeni saęlar¹⁰⁰. Bir hiyerarşiden bahsedilecekse ceza hukuku normları en son uygulanması gereken normlardır.

 kinci eleştiri, hukuka uygunluğun dayanağının ceza hukuku normu olması demek tipe uyan fiili ancak başka bir yaptırım gerektiren fiil hukuka uygun hale getirebilir anlayışına yönelmektedir. Zira kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağı ceza hukuku normu olmak zorundadır, bu da zorunlu olarak bir yaptırım gerektiren davranış ihtiva eden hükmün varlığını gerektirmektedir. Buna paralel olarak cürüm ve cünhaları ancak cürüm ve cünha düzenlemeleri kabahatleri de ancak kabahat düzenlemeleri hukuka uygun hale getirebilir.

Bu yaklaşıma bir cürüm ya da cünhanın işlenmemesi için bir kabahat yaptırımına katlanmayı mecbur kılmaktadır. Böyle absürt bir hukuka uygunluk ilişkisinin mantıklı bulunmasına imkân yoktur¹⁰¹. Yani bir davranış gerçekleştirmek cürüm ve c nhadan dolayı cezalandırılmayı gerektirirken bundan kaçınmak için bu davranış gerçekleştirmeyerek bir kabahat yaptırımına katlanmak dışında bir seçeneğin bulunmaması ceza hukuku siyaseti bakımından kabul edilemez. Fransız Yargıtayı da pek tabi olarak içtihadını bu yönde geliştirmiştir. Buna göre kabahat düzenlemelerinden sadır bir hükmün, bir cünha düzenlemesindeki tipik fiili hukuka uygun hale getirme yeteneği tartışmasız bir şekilde bulunmaktadır¹⁰².

¹⁰⁰ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 33 vd.

¹⁰¹ A.g.e.

¹⁰² 1 Temmuz 1901 tarihli Yasa’nın 5. maddesi gereği Resmi Gazete müdürünün usulüne uygun olarak kurulmuş olan bir derneğin tüzüğünü yayımlama görevi vardır ve bu görevine aykırı davranması idari

Eleştirel üçüncü ve son yaklaşım, hiçbir ceza hukuku normu niteliği taşımayan, bir işin nasıl gerçekleştirileceğine dair yetkiler, müsaadeler ve hatta haklar tanıyan düzenlemelerin hukuka uygunluğun kapsamı dışında tutulmasının anlamsızlığına vurgu yapmaktadır. Cezasızlık garantisi sunan bir müsaadenin tarif ettiğinden başka türlü davranma olanağı olmayan failin elindeki yetki kadük ve kullanılamaz bir yetkiden başka anlam ifade etmeyecektir ve fail, fiilinin hukuka uygunluğunu öne süremeyecektir¹⁰³. Bunun en bariz örneği, şikâyet ve savunma hakkı çerçevesinde kamusal ya da adli birimlere, ilgili olabilecek kişiler ya da kurumlar aleyhine isnat ve ithamlar içeren sözlü ya da yazılı beyanlarda bulunmaktır. Kişiler şikâyet ya da savunmada bulunurken itham etmek ve hakaret suçunun maddi unsurunu oluşturan fiili gerçekleştirmek dışında başka türlü davranma imkânından yoksundur¹⁰⁴. Kanun buna müsaade etmektedir. Ceza hukuku normu dışında bir normun hukuka uygunluk sağlamayacağı iddia edilirse sadece emirler bir hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilir. Çünkü ceza hukuku normu ihmalî ya da icrai olsun bir davranışı emretmektedir. Oysaki bugün 122-4 maddesi ile yasal temele oturtulmuş Fransız Yargıtayı'nın müstakar içtihadına göre; kanunun emretmesi ile kanunun müsaade etmesi eşdeğer hukuka uygunluk gücündedir.

para cezasını gerektirmektedir. Olayda hakaret içeren bir dernek adını yayımladığı için yargılanan kişi, sırf bu kabahat düzenlemesi bir cünha olan hakaret fiilini hukuka uygun hale getirdiği için beraat etmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 17 Şubat 1981, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1981, no 63; Fr. Yarg. Ceza D. 14 Kasım 1989, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1989, no 418.)

¹⁰³ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 33 vd.

¹⁰⁴ Şikâyet ve dilekçe hakkının kullanılması noktasında bu hakların kötüye kullanılmasını yargı mercileri çoğu zaman kanunun hükmü hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde meşru görmemektedir. Yakın tarihli bir karara değinilecek olursa: Bölgesel Yönetimler Genel Yasası'nın L. 2132-5 maddesi uygulamasında, idare mahkemesinin müsaadesiyle, yönetime ait olup reddedilen ya da ihmal edilen faaliyetleri yerine getirmeyi öneren vergi mükellefi öncelikli olarak yönetim organlarına müzakere için çağrıda bulunmak zorundadır. İlgili belediye başkanı, kendisini itham eden, toplum adına yasadışı gelirlerin zaptının tutulması faaliyetini yerine getirmeyi talep eden ve bunun yukarıda zikredilen Bölgesel Yönetimler Genel Yasası'nın L. 2132-5 maddesi uyarınca ön talep anlamına geldiğini belirten bir mektup göndermesi sebebiyle talep sahibini, kamu otoritesini elinde bulundurana karşı alenen hakaret fiilinden ötürü doğrudan ceza mahkemesine vermiştir. Sanığın iyi niyetten yararlanmasının reddeden ve kamu gücünü elinde bulundurana karşı aleni olmayan hakareten sanığı mahkum eden istinaf mercii; ihtilaf konusu mektubun, Bölgesel Yönetimler Genel Yasası'nın L. 2132-5 maddesinin ihdas ettiği böyle bir girişimde bulunmaya ilişkin müsaadenin ciddi bir şekilde unsurlarını yansıtmadığı, belediye başkanına isnat edilen vakıalara ilişkin ifadelerinin belediye başkanının onur ve saygınlığını zedelediği gerekçelerini ortaya koymuştur. (Fr. Yarg. Ceza D. 27 Mayıs 2015, Karar no 14-83061, JCP, Général, 2015, s. 692, Stephane Detraz yorumuyla).

Özetle ifade etmek gerekirse hukuka uygunluğun dayanağı olan emir ya da müsaade ceza hukuku normunda yer alabileceği gibi ceza hukuku dışı bir normda da pek ala yer alabilir. Örneğin vergisel bir düzenleme çeşitli faaliyetlerden doğan ürünlere özel bir vergi öngörüyorsa bu faaliyetin ve ürünün yasadışı kabul edilmesi ve yargılanma tehdidi ile karşı karşıya olunması mümkün değildir¹⁰⁵. Ceza kanunu – ceza hukuku dışı kanun şeklindeki bir ayırımın konumuz olan hukuka uygunluk nedeni bakımından bir manası ve gereği yoktur. Yani ceza hukuku dışı kanun düzenlemelerinin gerek hukukumuzda gerek Fransız hukukunda hukuka uygunluk etkisi ceza hukuku düzenlemelerinden daha zayıf değildir. Öte yandan yasa koyucunun tek bir erk olarak, ceza hukuku dışı bir yasa ile iyi olduğunu söylediği bir şeyi ceza kanunu ile kötü demek suretiyle cezalandırması tutarlı değildir¹⁰⁶.

Kanunun ceza kanunu niteliği ya da ceza hukuku dışı kanun niteliği, ceza kanunları içerisindeki baskı ağırlığı derecesi (suç düzenlemesi ya da kabahat düzenlemesi olması) Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi'nin ortaya koyduğu içtihadta kullanılan kriterler değildir¹⁰⁷. İchtihadın teyit ettiği şekliyle emir ya da müsaade, kaynağını hiçbir ayırım olmaksızın ceza kanunu düzenlemesinden ya da ceza hukuku dışı kanun düzenlemesinden alabilir ve her ikisi de fail için eşit düzeyde hukuka uygunluk etkisine sahiptir. Kişi hakkında beraat kararı verilebilmesi için bir kanunun emrinin ya da müsaadesinin varlığı yeterli bir hukuki delildir¹⁰⁸. Düzenlemenin hangi hukuk disiplini ile ilgili olduğunun önemi yoktur¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Üst dereceden vergiye tabi X sınıfı filmler ve iyi ahlakın terzili meselesinin çatışmasına dair bkz., Fr. Yarg. Ceza D. 23 Ocak 1979, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, no 37.

¹⁰⁶ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 33.

¹⁰⁷ A.g.e, k.n. 34.

¹⁰⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 17 Şubat 1981, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1981, no 63; Fr. Yarg. Ceza D. 14 Kasım 1989, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1989, no 418. Yer verilen her iki kararın da gerekçesinde Fransız Yargıtayı aynı argümana yer vermiştir: "suçlanan reklam kanun tarafından düzenlendiğinde hakaret suçu oluşmaz."

¹⁰⁹ Bir kararında Fransız Yargıtayı, cinsel istismar fiilleri ile suçlanan çalışana iletilen işten çıkarma ihbar mektubunda yer alan ifadeleri, hakaret suçu bakımından hukuka uygun kabul etmiştir. Zira Fransız İş Yasası'nın L. 122-14-2 maddesi (değişen İş Yasası, Md. L. 1232-6 ve devamı), çalışanın işten çıkarıldığının ve gerekçelerinin aynı kanunda öngörülen işten çıkarma ihbar mektubunda bildirilmesini düzenlemektedir. (Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ekim 2004, Karar no 03-86262, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2004, no 239.)

Ceza hukuku dışı düzenlemelerden dikkat çekici olan son örnek 2005-370 sayılı ve 22 Nisan 2005 tarihli Hasta Hakları ve Yaşamın Sonlanmasına İlişkin Yasa hükümleridir. Belirtilen bu yasa ile Kamu Sağlığı Yasası'na getirilen hükümler (Md. L. 1110-5 vd.) Ceza Yasası'nın 223-6 maddesinin 2. fıkrasını uygulanamaz hale getirerek pasif ötanaziyi cezalandırılabilir olmaktan çıkarmıştır¹¹⁰.

Hukuka uygun hale getiren “kanun” ifadesinin ne tür özelliklere sahip olması gerektiğini açıkladık. Buna göre hukuka uygun hale getiren kanun yukarıda değindiğimiz üç özellik çerçevesinde ilk önce teknik ve şekli anlamda kanun ile sınırlı değildir, genel düzenleyici işlemler de bu hukuka uygunluk nedenini adlandırırken kullandığımız kanun ifadesinin içeriğine dâhildir. Yani şekli anlamıyla kanun yanında 122-4 maddesinde özel olarak zikredildiği haliyle genel düzenleyici işlemlerin de hukuka uygun hale getirme yeteneği vardır. İkinci olarak hukuka uygun hale getiren kanun bir Fransız kanunu olmalıdır ve son olarak kanunun ceza kanunu ya da ceza hukuku dışı kanun olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Doktrinde kanunun hükmü şeklinde adlandırılan bu hukuka uygunluk nedeninin adında geçen kanun ifadesi bu özellikler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Fransız Ceza Yasası'nın kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini düzenleyen 122-4 maddesinin ilk fıkrası, hukuka uygunluğa dayanak olacak norm türü olarak kanunlar ile birlikte genel düzenleyici işlemleri de saymaktadır. 1810 tarihli Fransız Ceza Yasası genel düzenleyici işlemlerden bu manada bahsetmemektedir. 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'nın genel düzenleyici işlemlerden bahsetmesi bu bakımdan tam bir yenilik ya da dönüşüm olarak nitelendirilemez. Daha ziyade içtihadın ortaya koyduğu eski halin, normatif olarak teyidi anlamına geldiği söylenebilir. Gerçekten de genel düzenleyici işlem şeklindeki norma dayanan hukuka uygunluğun var olabileceği uzun zamandan beri kabul edilmektedir¹¹¹. Aslına bakılırsa normlar hiyerarşisi göz önünde tutulduğunda kanunların altında yer alan düzenleyici işlemlerin kanun hükümlerini akim bırakması düşünülemez. Ama örneğin

¹¹⁰ Aynı yönde Bkz. Jean Pradel, “La Parque assistée par le Droit”, **Recueil Dalloz**, Yıl: 2005, S: 31, s. 2106.

¹¹¹ Aynı yönde Bkz., Pradel, **Droit pénal général**, 2010, k.n. 346.

Kamu Sağlığı Yasası'nın L. 3113-1 maddesinin uygulaması ile bağlantılı aynı yasanın düzenleyici işlem hüviyetindeki bulaşıcı hastalıklara dair listelere ilişkin R. 3113-1, D. 3113-6 ve D. 3113-7 maddeleri bu hastalıkların belirtileri ile karşılaşan doktorların bunları raporlayarak bildirimde bulunmalarını zorunlu tutmaktadır. Bu hal ise Ceza Yasasınca öngörölmüş meslek sırrının ihlali demektir¹¹². Genel düzenleyici işlem kendisi hukuka aykırılık noktasında arıza taşııyorsa meşrulaştırıcı değeri haizdir. Pradel'e göre genel düzenleyici işlem hüviyetindeki hükümlerin hukuka uygunlukta referans olduklarını kabul etmek hukuka uygunluğun şu ana kadar kabul edilmiş kısıtlı kapsamını deęiştirmeyecektir¹¹³.

ii. Diğer Norm Türleri

Çalışmamızın konusunu teşkil eden hukuka uygunluk nedenine yer veren Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesi bu hukuka uygunluk nedenine dayanak olacak norm türleri olarak kanun ve düzenleyici işlemleri saymaktadır. Bir hukuk düzeni içerisinde yer alan kural türleri ise 122-4 maddesinin saydığından çok daha fazladır. Dolayısıyla bu kural türlerinin cevaz verdiği bir davranışın ceza yasaları tarafından cezalandırılıyor olması meselesi de çalışmamızın konusu dâhilinde incelenmelidir. Bu başlık altında Fransız ceza hukukunun meseleye nasıl yaklaştığına değineceğiz.

a) Örf Adet

Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesinin saymadığı türlerden biri örf adet kurallarıdır. Fransız içtihadı, bir eylemde bulunmayı örf adet zorunlu kılıyorsa bu kuraldan kaynaklanan meşruiyeti uzun süre müspet karşılayarak bazı durumlarda bir suçun tipik eyleminin gerçekleştirilmesini hukuka uygun bulmaktaydı¹¹⁴. Her ne kadar 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası, yalnızca 122-4 maddesinde değil yasanın genelinde bu kural türünün meşrulaştırma kabiliyetine yönelik herhangi bir şey söylemese de örf adetin meşrulaştırma kabiliyetinin bugün de Fransa'da yer yer geçerli olduğu

¹¹² Desportes – Le Guehec, **Le nouveau droit pénal**, k.n. 701

¹¹³ Pradel, **Droit pénal général**, 2010, k.n. 346; Bkz. Yeni Ceza Kanununun Yürürlüğe Girişine dair 14 Mayıs 1993 tarihli Genelge (Circulaire).

¹¹⁴ Aynı yönde Bkz. Jean Pradel, **Le nouveau code pénal**, 2. Baskı, Dalloz, 1995, k.n. 38.

söylenbilir¹¹⁵. Özellikle spor müsabakalarındaki yaralama ya da sakatlanmalar bakımından fiili gerçekleştiren rakibin hukuka uygun bir konumda olması yargı mercileri tarafından; bu sporların icrasının geleneğe dayanması ve genel bir toplumsal kabule mazhar olması ile de açıklanmaktadır¹¹⁶.

Fransız Ceza Yasası'nın, yasalar ve genel düzenleyici işlemler dışındaki kurallar bakımından sessiz kalması, örf adet bakımından bazı özellikli durumları ortaya koymaktadır. Uygulamada, fiilin geniş kabul gören, normal olarak ele alınan, cezalandırılmayan bir davranış olarak benimsenen bir adet olduğu öne sürülerek hukuka uygun olduğu savunması yapılabilmektedir. Pek çok yargı kararı, beraat kararının ana ya da alternatif gerekçeleri olarak; ilgilinin davranışının göreneklere uygun olduğuna, kamuoyunca ya da yerleşmiş adetlerce benimsendiğine hükmetmektedir¹¹⁷.

Örf adetten kaynaklanan özellikli durumları iki halde değerlendirebiliriz. İlk halde genel hüküm mahiyetindeki 122-4 maddesi metnindeki örf âdetin hukuka uygun hale getiriciliğindeki eksiklik, özel hüküm mahiyetindeki metinler ile tamamlanarak örf adet ya da alışlagelmiş uygulamalara hukuka uygunluk kazandırılmaktadır. Örneğin Ceza Yasası'nın 521-1 maddesi, hayvanlara yönelik kötü muamele ya da gaddarlıkları, aralıksız süren yerel gelenekler çerçevesinde belli yerlerde düzenlenen boğa güreşi ya da horoz dövüşü etkinlikleri bakımından cezalandırmamaktadır¹¹⁸. Bir diğer özellikli durum ise bir öncekinin aksine yasada herhangi bir hukuka uygunluk düzenlemesinin söz konusu olmamasıdır. Bu noksanlığa rağmen gelenek, aynı hukuka uygunluk etkisini tam olarak göstermektedir. Örneğin çocukların eğitimi çerçevesinde ebeveynler, kurum yetkilileri ya da öğretmenlerin, otorite sağlamak adına çocukları

¹¹⁵ Danti-Juan, "Ordre de la loi", k.n. 11.

¹¹⁶ Pierre Bouzat – Jean Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, 2. Baskı, C: 1, Dalloz, Paris, 1970, s. 380.

¹¹⁷ A.g.e.

¹¹⁸ Fr. Ceza Yasası 521-1 maddesinin 5. fıkrası şu şekildedir: "*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie*". Bu maddenin uygulanması ile ilgili olarak bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 10 Kasım 1992, Karar no 90-84874. Düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin olarak bkz. Anayasa Konseyi, QPC, 21 Eylül 2012, Recueil Dalloz, Yıl: 2012 s. 2174.

hafifçe tecziye etmesine müsaade edilmektedir¹¹⁹. Yine aynı şekilde örf adet, doğası gereği şiddet içeren boks, güreş, ragbi gibi sporlara bu oyunların kurallarına uyulduğu sürece iştirak eden kişilerin ceza sorumluluğundan muaf tutulmalarına izin vermektedir¹²⁰.

Tedip hakkı bakımından içtihat, 19. Yüzyıl'ın başından beri, ölçülülük koşulu ile kayıtlı olarak ebeveynlerin tedip edici davranışlarını örf adetten kaynaklı olarak hukuka uygun kabul etmektedir. Yine ebeveynlere benzer şekilde bakıcıların, ustaların ve eğitimcilerin de tedip yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir¹²¹. Okuldaki disiplinin sağlanması için çocuklara gereken boyutta hafif tokat atılması hukuka uygun kabul edilebilmektedir¹²².

Tedibe dair örf âdetin meşrulaştırıcı etkisi noktasında tedip edici davranış, içtihadın ortaya koyduğu şu ölçüte uygun bir şekilde icra edilmelidir. “*Tedip yetkisi çocuklar üzerinde şiddet uygulanmasına ve hayatlarını ve sağlıklarını tehlikeye atacak kötü muamelelerde bulunulmasına ruhsat vermez.*”¹²³ Bu içtihadın Fransız Yargıtayı tarafından bin sekiz yüzlü yılların başında getirildiğini ve istikrarla tekrarlandığını özellikle belirtelim.¹²⁴ Tedip hakkı ceza hukuku yanında insan haklarını da ilgilendiren bir meseledir. Meselenin bir yanında ebeveynlerin çocuklarını eğitme hakkı diğer

¹¹⁹ Robert, **Droit pénal général**, s. 254; Fr. Yarg. Ceza D. 31 Ocak 1995, Karar no: 93-85711, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 38; Fransa bu yaklaşım nedeniyle Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından, Avrupa Sosyal Şartı'nın bedensel cezalandırmayı yasaklayan 17. Maddesini ihlal etmekten mahkum edilmiştir. Bu mahkumiyetin gerekçeleri ve aleyhe görüşler için bkz. Remy Libchaber, “Qui aime bien...?”, **Recueil Dalloz**, Yıl: 2015, S: 16, s. 913 vd.

¹²⁰ Conte - Larguier - Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, s. 60; Robert, **Droit pénal général**, s. 254

¹²¹ Fr. Yarg. Ceza D. 18 Ocak 1889, **Recueil Sirey**, Y: 1889, C:I, s. 234; Fr. Yarg. Ceza D., 21 Şubat 1967, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1967, no 73; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Aralık 1908, Gazette du Palais, Yıl: 1909, S:1, s. 45; Pau İstinaf Mahkemesi, 24 Nisan 1996, Karar no: 314-96; Bourges İstinaf Mahkemesi, 1 Nisan 1999, Karar no: 99/00167.

¹²² Bordo Polis Mahkemesi, 18 Mart 1981, **Recueil Dalloz**; Y: 1982, s. 182.

¹²³ Fr. Yarg. Ceza D. 17 Aralık 1819, **Recueil Sirey**, Chronique 1819 - 1821, s. 152; Nîmes İstinaf Mahkemesi, 31 Ocak 1879, **Recueil Sirey**, Y:1879, S:2, s. 169; Pau İstinaf Mahkemesi, 25 Mart 1899, **Recueil Sirey**, Y: 1899, S:2, s. 165.

¹²⁴ Tedip yetkisine ilişkin bu Fransız içtihadının, 25 Şubat 1882 tarihli Campbell ve Cosans – Birleşik Krallığa karşı davası kararında esasları ortaya konulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile de uyumlu olduğunu söylemek gerekir. İskoçya'daki bir devlet okulu öğrencilerine çektirilen deri kayış ile avuç içlerine vurmak şeklindeki bedensel ceza, Mahkeme'ye göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi anlamında ne işkence ne de insanlık dışı muamele teşkil etmektedir. (AİHM, Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık'a karşı davası kararı, Başvuru No:7511/76 - 7743/76.)

yanında çocukların eğitim ve terbiye gerekçesiyle işkence ve kötü muamele görmeme hakkı yer almaktadır. Dolayısıyla bu mesele sadece ceza mahkemelerinin değil aynı zamanda insan hakları organlarının da içtihiadına konu olmuştur¹²⁵. Geçmişte sadece çocuklar üzerinde değil kocanın da eşi üzerinde böyle bir hakka sahip olduğu yönünde adetler görülmekteydi¹²⁶. Bugün böyle bir uygulamanın gerek insan hakları organlarınca gerek ceza hukuku mercilerince tasvip edilmesi imkân dâhilinde değildir.

Çocuk üzerindeki tedip yetkisine örf adet hala müsaade etse de bu yetkinin kullanılış şeklinin ölçülülüğü zamanla dönüşmüştür. Çok sert tokat atılması ya da altı yaşındaki bir çocuğun kafasının klozete daldırılarak sifonun çekilmesi elbette ki hukuka uygun olarak görülemeyecektir¹²⁷. Yine kişide iş göremezlik halinin oluşması tedibin sınırlarının ötesine geçildiğini gösterir ve bu boyuttaki fiil tedip hakkı çerçevesinde hukuka uygun kabul edilmez¹²⁸. Aynı şekilde ne profesyonel bir bakıcı hizmeti veren kişi tarafından çocuğun sırtına çok sert bir şekilde uygulanan süpürge darbesi¹²⁹ ne meslektaşları tarafından “ağır tedip” olarak nitelendiren eğitimcinin attığı çok sert tokat¹³⁰ ne de bir öğrencinin kulağını çekip sonrasında çok güçlü bir şekilde kıstırmak¹³¹ 122-4 maddesi düzenlemesi ile bağdaşır nitelikte fiiller olamayacaktır¹³².

Tedip hakkı dışında başkaca alanlarda da Fransız içtihiadı, yer yer örf adetten neşet eden hukuka uygunluğu kabul edebilmektedir. Bunların münferit kararlar olduğunu ve (tedip hakkı gibi) bir meselenin teorisini oluşturmakta yeterli nitelik ve

¹²⁵ Vincent Berger, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, Paris, 1984, k.n. 37.

¹²⁶ Tamamen ortadan kalkmış şekilde kocanın da eşi üzerindeki elle tedibi aynı mahiyette (adetler müsaade ettiği için) hukuka uygun görülmekteydi. Fransız Yargıtayı son derece haklı bir şekilde kocanın eşi üzerinde bu şekilde bir yetkisinin bulunmadığını ve adetlerin böyle bir uygulamayı daha fazla onaylamadığını içtihat eylemiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 9 Şubat 1923, *Dalloz Périodique*, Y:1924, S:1, s. 114.)

¹²⁷ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 64

¹²⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 21 Şubat 1990, *Revue Droit pénal*, Y: 1990, s. 216.

¹²⁹ Bourges İstinaf Mahkemesi, 1 Nisan 1999, Karar no: 99/00167.

¹³⁰ Pau İstinaf Mahkemesi, 24 Nisan 1996, Karar no: 314-96;

¹³¹ Fr. Yarg. Ceza D. 31 Ocak 1995, *Bülten Fr. Yarg. Ceza D.* 1995, no 38.

¹³² Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 64

nispette olmadığını belirtmek gerekir¹³³. Münferiden örf adete dayalı olarak hukuka uygunluğun kabul edildiği karara konu olaya benzer bir başka olayda ise hukuka uygunluk kabul edilmeyebilmektedir. Örneğin Eski Ceza Yasası'nın yürürlükte olduğu dönemde istinaf merci, diğer gerekçeler yanında kabul edilmiş göreneklere atfen sex-shop işleteninin iyi ahlakın terzili (*outrage aux bonnes mœurs*) fiilinden sorumlu tutulamayacağı yönünde karar vermiştir¹³⁴. Tam aksi yönde Paris İlk Derece Mahkemesi¹³⁵, bir şeyin örf adet, gelenek durumunun değerlendirilmesi konusunda hassas bir bakış açısıyla sex-shop işletmelerinin elde ettiği gelirin fazlalığının ve taşkın bir biçimdeki aşırılık yanlılarının beyanlarının ve toplumdaki temsillerinin ciddi bir sosyal göreneğin göstergesi olamayacağını, bunların örf adet olarak değerlendirmemesi gerektiğini söylemektedir¹³⁶.

Münferit olaylarla ilgili verilmiş, bir teori oluşturmaktan yoksun ve yer yer bir biri ile çelişen kararlar göz önünde tutulduğunda örf adetin konumuz olan hukuka uygunluk nedenine dayanak oluşturamayacağı pek ala söylenebilir. Zira bu¹³⁷ ve benzer kararlar hukuki güvence sağlamamakta ve kanunilik ilkesinin ihlaline kapı aralama riski taşımaktadır. Hukukla çelişen bir adetin, bir geleneğin, bir göreneğin ceza hukukunun uygulanmasını ilkesel olarak devre dışı bırakma kabiliyeti yoktur ve çelişkili içtihatlar buna dayanak oluşturma yeteneğine sahip olamamalıdır¹³⁸.

İçtihat yukarıda arz edilenlerden farklı olarak pek çok meselede ise hukuka uygunluğun örf adetlerden neşet edemeyeceği noktasında sabittir. Yani bu konularda içtihadın, örf adetten kaynaklı hukuka uygunluk noktasında teorisinin ne olduğunu belirleme yeteneği tamdır¹³⁹.

¹³³ Profesyonel anlamda riayet edilen adetlere temas eden karara konu olayda yasaklanmış bir silah bulunduran bekçi hakkında beraat kararı verilmiştir. (Épinal Asliye Ceza Mahkemesi, 3 Ocak 1936, Gazette du Palais, Y: 1936, S:1, s. 462.)

¹³⁴ Besançon İstinaf Mahkemesi, 9 Mayıs 1972, *JCP*, Général, Y:1973, C: II, s. 17305.

¹³⁵ *Tribunal de grande instance* (TGI) kanunda belirtilen özel ihtilaf türlerini yargılamaya yetkili hukuk mahkemesi.

¹³⁶ Paris İlk Derece Mahkemesi, 8 Kasım 1976, Recueil Dalloz, Y: 1977, s. 320, Patrice Roland notuyla.

¹³⁷ Üstteki iki dipnotta yer alan kararlar.

¹³⁸ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 67.

¹³⁹ Tüketicilere yönelik dolandırıcılık ve sahtecilik meselelerinde (Fr. Tüketici Yasası Md.. L. 213-1 ila L. 213-6) içtihadın benimsediği çözüm, bir düzenleme yokluğu halinde yerel adetlerin ve alışlagelmiş

Fransız içtihadı incelendiğinde şöyle bir ilkenin varlığını pek ala öne sürebiliriz. Örf adet kuralları konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme çerçevesinde hukuka uygunluğun dayanağını oluşturacak kurallar değildir. Örf adet ya da geleneklerin tipe uyan eylemi hukuka uygun hale getirmesi isteniyorsa bunun ceza yasasında hüküm olarak ifade edilmesi ve yukarıda örf adetler ile ilgili olarak belirttiğimiz ilk özellikli durumun yaratılması gerekmektedir. Her ne kadar tedip gibi uygulamalarda mahkemeler beraat kararı verebilseler de Fransız hukukunda örf adetin yazılı hukuk kuralına dönüştürülmediği sürece hukuka uygunluk sağlama kabiliyetinin olmadığı tespiti yapılmalıdır. Örf adetin özel bir hüküm ile yazılı bir hukuka uygunluk nedenine dönüştürülmesi, aslında örf adet ve geleneğin, kanunun hükmünden doğan hukuka uygunluğun bir dayanağı olamayacağının da delilidir. Yasa koyucu örf adeti yazılı hukuk kuralına dönüştürme ihtiyacı hissetmektedir. Aksi takdirde örf adet hukuka uygunluk etkisini yaratamayacaktır. Az evvel kısaca değindiğimiz hayvanlara yönelik acımasız fiillere dair düzenlemeler bunun bir görünümüdür. Fransız Ceza Yasası'nın 521-1 maddesinin yedinci fıkrası açık bir şekilde; “kesintisiz bir şekilde sürdürülen yerel gelenekler” (boğaların öldürülmelerini içeren) İspanyol tarzı boğa güreşleri ya da aynı şartlar altında horoz dövüşü organizatörleri bakımından bir cezasızlık temin eder hükmünü öngörmektedir¹⁴⁰. Bu açıkça öngörülmüş yasal muafiyet¹⁴¹ bulunmasaydı geleneğin yerel olmasının ve aynı şekilde kesintisiz bir şekilde sürdürülüyor olmasının hiçbir hukuka uygunluk değeri bulunmamaktadır¹⁴².

Ceza hukuku hükümleri ile çelişen ve toplumun bir bölümü tarafından kabul görmüş ve süreklilik arz eden uygulamalar, toplumsal gelenekler olabileceği gibi bir mesleğin icrası ile de ilgili olabilir. Meslek erbaplarının önemli bir bölümünün bu uygulamayı teyit etmesi ve hatta bu mesleğin kamusal bir meslek olmasının¹⁴³ da

uygulamaların hukuka uygunluk sağlamanın kabul edilemeyeceği yönündedir. (Bal isimlendirmesi ile ilgili bkz. Fr. Yarg. Ceza D., 15 Ocak 1985, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1985, no 26; Şarap karışımı ile ilgili bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 3 Temmuz 1984, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1984, no 253.)

¹⁴⁰ Bu hüküm öncelikli mesele olarak anayasallık denetiminin konusu edilmiş ve Anayasa Konseyi Fransız Ceza Yasası'nın 521-1 maddesinin Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiştir Anayasa Konseyi, QPC, 21 Eylül 2012, Karar no: 2012-271.

¹⁴¹ Boğa güreşlerine tanınan bu yasal “muafiyet” için bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 27 Mayıs 1972, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1972, no 171; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Haziran 1994, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1994, no 225.

¹⁴² Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 69

¹⁴³ Bu minvalde Yargıtay, polisin basit kimlik kontrolü gerçekleştirmek için başvurduğu gözaltı tedbirinin (bu yönde bir tedbir Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nda öngörülmemektedir) olağan kabul

hukuka uygunluk bahsi çerçevesinde bir önemi yoktur. Tekrar hatırlatmak gerekirse Fransız Yargıtayı, ceza hukukuna aykırı örf adet ve geleneklerin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağı ilkesini açık bir şekilde teyit etmektedir¹⁴⁴.

b) İdari İşlemler

122-4 maddesinde sayılmayan kural türleri bakımından değerlendirilecek bir diğer grup, genelgeler, izinler ya da idari göz yummalar şeklinde ortaya çıkabilen, genel düzenleyici işlemler dışında kalan idari işlemlerdir. Fransa’da içtihat, genelgelerin, izinlerin ya da daha güçlü bir gerekçeyle basit idari göz yummaların kanunlarda suç olarak düzenlenen bir davranışı hukuka uygun hale getirme özelliğinin olduğu yönündeki anlayışa karşı gelmektedir¹⁴⁵. İdarenin bir davranışı hoş görmesi, kendisinin de uymakla yükümlü olduğu yasa ya da genel düzenleyici işlem hükmünün uygulanma kabiliyetini devre dışı bırakmaz¹⁴⁶.

Doktrinde pek çok yazar, birçok durumda belli fiillerin ya da belli faaliyetlerin idari bir izin alınarak gerçekleştirildiğini, yine buna paralel olarak idare tarafından verilen iznin başka şekilde gerçekleştirilemeyecek olan fiile yasallık vasfı kazandırdığının altını çizmektedirler. Örneğin Robert, Çevre Yasası’nın su kirliliğine yol açan fiilleri cezalandıran L. 216-6 maddesinin yerel izinler ya da bakanlık izinleri ile gerçekleştirilen kirli maddelerin atılması fiillerini cezalandırmadığına atıf yapmaktadır.¹⁴⁷ Gerçekten de anılan düzenleme kirli maddelerin bir izne dayalı olarak atılması eylemlerinin bu düzenlemenin şartlarını ihlal etmesi halinde

edilmesini reddetmektedir. Bu çerçevede bu tedbire polis tarafından sıklıkla başvuruluyor olması gerçeğinin hukuka uygunluk bakımından öne sürülemeyeceğine hükmetmektedir. Bu türden adetleri Ceza Dairesi “kanunun öngörmediği bir hukuka uygunluk ya da mazeret nedeni oluşturulamaz” diyerek yok saymaktadır. (Fr. Yarg. Ceza D. 5 Ocak 1973, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, no 7, **Recueil Dalloz**, Y: 1973, s. 541, Gabriel Roujou de Boubée notuyla)

¹⁴⁴ Bu yaklaşımın Fransız ceza hukukunda zorluk yarattığı alanlardan birisi de geleneksel olarak icra edilen sünnet uygulamalarıdır. Mahkemeler yukarıda dile getirdiğimiz adet ve geleneklerin ceza hukukunu devre dışı bırakamayacağı yaklaşımı çerçevesinde sünnet uygulamalarına bir hukuka uygunluk değeri vermeyi reddetmektedir. Afrika geleneklerinde yeri olan ve küçükler üzerinde icra edilen kadın sünneti (eksizyon) için bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 22 Nisan 1986, Karar no: 84-95759, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1986, no 136; Fr. Yarg. Ceza D. 3 Kasım 1988, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1988, no 188; Fr. Yarg. Ceza D. 10 Ağustos 1983, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1983, no 229.

¹⁴⁵ Conte - Larguier - Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, s. 60.

¹⁴⁶ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 888

¹⁴⁷ Robert, **Droit pénal général**, s. 254.

cezalandırılacağını düzenlemektedir. Burada tartışmalı olan husus şudur. Bir idari izin, gerçekleştirilen eylem için bir hukuka uygunluk nedeni midir? Yoksa idari iznin yokluğu söz konusu olabilecek suçun bir ön şartını mı teşkil etmektedir. Bir idari izin alınmaksızın gerçekleştirilen eylem her durumda bir suç oluşturuyorsa idari iznin varlığı suçun oluşumunu hukuka uygunluk nedeni ile engellemektedir görüşü ortaya konduğu gibi bir ön şart yokluğu nedeni ile suç oluşmamaktadır görüşü de savunulmaktadır¹⁴⁸.

Bir idari izin olmaksızın söz konusu olan faaliyeti icra etmek her durumda bir suç ise idari iznin varlığı hukukumuzdaki yaklaşım ele alınırsa bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Çünkü hukukumuzda pek çok yazar aşağıda da ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere kanun ifadesinden yazılı hukuk kurallarının tamamının anlaşılması gerektiği görüşündedir. Fransız hukukunda ise ifade ettiğimiz gibi hukuka uygunluk sağlama yeteneği olan norm türleri yalnızca kanunlar ve genel düzenleyici işlemlerdir.

İzne dayalı olarak gerçekleştirilen ve iznin konusu olan faaliyetin icrası bakımından bu açıklananlar geçerlidir¹⁴⁹. İzin verilen faaliyetin gerçekleştirilmesi sırasında işlenen başkaca suçlar elbette ki bu değerlendirmenin konusu değildir. İctihadın yaklaşımı açık bir şekilde bu yöndedir¹⁵⁰. Aksi zaten mantığa da aykırı olur. Belirtmek gerekir ki idareden neşet eden genelgelerin, izinlerin, onayların ya da idari hoş görmelerin ilkesel olarak hukuka uygunluk sağlama etkisi bulunmamaktadır¹⁵¹. Örneğin bir ilacın pazarlanmasına müsaade edilmesi ilacın üretiminden kaynaklanan sebeplerle oluşacak zararlar bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil

¹⁴⁸ Farklı yöndeki görüşler için bkz. Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 12.

¹⁴⁹ Terbiyeye aykırı afiş kullanmaktan (Eski Fr. C.Y. md. R. 38, bent 9) yargılanan sinema salonu işletmecisi, kullanılan reklam materyalleri ile ilgili idari merciin vermiş olduğu sinematografik sansür ruhsatına hukuka uygunluk iddiasında gerekçe olarak dayanmış fakat bu gerekçe kabul görmemiştir. Fr. Yarg. Ceza D. 1 Haziran 1965, **Recueil Dalloz**, Y: 1965, s. 667; Aynı yönde Fr. Yarg. Ceza D. 26 Haziran 1974, **JCP Général**, Y:1975, C:II, s. 18011; Lyon İstinaf Mahkemesi, 22 Ocak 1964, **JCP Général**, Y:1964, C:II, s.13633.

¹⁵⁰ A.g.e.

¹⁵¹ Paris şehrinin münhasır haklarını ihlal ederek belediye başkanının ya da emniyet müdürünün vermiş olduğu gömme ve nakletme müsaadesinin herhangi bir hukuka uygunluk değeri bulunmamaktadır. (Fr. Yarg. Ceza D. 1 Haziran 1999, JurisData no 1999-003170.)

etmeyecektir¹⁵². Aynı şekilde bir sinema filminin afişine yönelik verilen izin, ahlaka aykırı mesajları kamusal alanlarda sergileme kabahatinden kişilerin soruşturulmasını engellemeyecektir¹⁵³. İçtihat bu yaklaşımı özellikle pornografik filmlerle ilgili olarak benimsemiştir¹⁵⁴. Yine içtihat doğrultusunda kaymakamlık tarafından izin verilmiş olmasına rağmen koruma altındaki bir bölgede içkili bir tesisin açılması halinde sorumluluk varlığını sürdürecektir, bu izin hukuka uygunluk sağlamayacaktır¹⁵⁵. Kamusal bir alanda yapılan faaliyet sırasında bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi halinde faaliyetin idare tarafından verilen onay ile yapılıyor olması yürütücüsünün tedbirsizlik ile öldürme fiilinden sorumluluğunu tabii ki kaldırmayacaktır¹⁵⁶. Yine idari genelgeler, iş kanunundan kaynaklanan haftalık izin ve yasal bayram günlerine ilişkin hükümlere muhalefet bakımından hukuka uygunluğun bir dayanağı olarak ileri sürülemeyecektir¹⁵⁷.

Gerçekleştirilmekte olan faaliyete idare tarafından izin verilmiş olmasının, bu faaliyet sonucu bir suçun ortaya çıkması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı Fransa’da yerleşik bir içtihatır¹⁵⁸. Faaliyete ilişkin izinler dışında başkaca özellikli örneklerle değinilecek olursa tütün mamulleri lehine yasadışı reklamdan yargılanan sanık reklam müdürü, Yayınlar ve Basın Ajansları Ortak Komitesi tarafından reklamı yayınlayan dergiye bir sicil numarası tahsis edilmesi

¹⁵² Kamu Sağlığı Yasası md. L. 5121-8, 6. fıkrası verilen iznin bu yönde bir cezasızlık sağlamayacağını düzenlemektedir. Seine Asliye Ceza Mahkemesi, 19 Aralık 1957, **Recueil Sirey**, Y: 1958, S:1, s. 137.

¹⁵³ Fr. Yarg. Ceza D. 1 Haziran 1965, Karar no 64-90692, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1965, no 148; Fr. Yarg. Ceza D. 26 Haziran 1974, Karar no: 73-92547, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1974, no 241.

¹⁵⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 26 Nisan 1983, Çevrimiçi (14.07.2018)

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007520401&fastReqId=1441647173&fastPos=1>

¹⁵⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 29 Aralık 1949, **JCP**, Y: 1950, C: II, s. 5386; Jean Pradel - André Varinard, **Les grands arrêts du droit criminel**, 9. Baskı, Dalloz, 2014, no: 25; Fr. Yarg. Ceza D. 24 Ekim 1983, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1983, no 260

¹⁵⁶ Fr. Yarg. Ceza D. 16 Temmuz 1987, Karar no: 86-94776, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1987, no 297.

¹⁵⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 18 Ocak 2005, Karar no: 04-81404, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2005, no 22; Gabriel Roujou de Boubée – Marie-Hélène Gozzi – Solange Mirabail – Marc Segonds, “Droit pénal: panorama 2004”, **Recueil Dalloz**, Y: 2005, s. 1521 vd.

¹⁵⁸ Örneğin yetkili kamusal idarenin tanıdığı ecza izni ile piyasada satışa sunulmuş zehir ihtiva eden bir ilacın, kullanıcısında ölüme sebebiyet vermesi halinde üretici taksirle öldürmeden sorumlu tutulacaktır. Sırf bu iznin verilmiş olması bir hukuka uygunluk etkisi doğurmayacaktır. Bu yöndeki izinler ile ilgili farklı sektörleri ilgilendiren pek çok karar bulunmaktadır. (Paris İstinaf Mahkemesi, 30 Nisan 1957, **Recueil Dalloz**, Y: 1957, s. 550; Seine Asliye Ceza Mahkemesi, 19 Aralık 1957, **Recueil Dalloz**, Y: 1958, s. 257; Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1961, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1961, no 51; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Mayıs 2009, Karar no 08-85335; Fr. Yarg. Ceza D. 31 Mayıs 1962, **JCP**, Général, Y: 1962, C: II, s. 12760.)

sebebiyle fiilinin hukuka uygun olduğunu ileri sürmüş fakat bu iddiasına itibar edilmemiştir. Keza bu komisyon yayımlanan bilgilerin doğruluğu üzerinde herhangi bir denetim icra etmemekte sadece dergilerin yollanmasına özgü posta tarifesinden yararlanma izni tanımaktadır. Bu bakımdan 122-4 maddesi anlamında herhangi bir müsaade hali oluşmamıştır¹⁵⁹.

İdarenin kamusal yetkiye dayanarak bir faaliyete izin vermesi dışında idare ile gerçekleştirilecek özel hukuk sözleşmesindeki şartlar dâhilinde bir faaliyetin icra edilmesi de tipik fiiller bakımından hukuka uygunluk etkisi yaratmaz¹⁶⁰.

Yukarıda zikredilen hallerde Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk nedeninin olası uygulamasının reddinde esas olarak rol oynayan ve tersine bir çözümün benimsenmesini neden olan, güçler ayrılığı ilkesinin çift taraflı (yasama-yürütme, yargı-yürütme) ihlalidir¹⁶¹. Eğer basit bir idari müsaade ceza hukukunun uygulanmasını ortadan kaldıracak bir etkiye sahip olursa; bu durum ilk olarak yasama gücü ile yürütme gücü ayrımı ilkesinin inkârına neden olur¹⁶². Zira idare, verdiği karar ile kanun ya da düzenleyici işlem niteliğindeki bir hükmün uygulamasını engellemektedir. İkinci olarak bu durum yürütme gücü ile yargı gücü arasındaki ayrımın da ihlaline kapı aralayacaktır. Zira aynı kararlar ile idare, bir nevi ceza yargıcının yetkisini kullanmasını ve bir suçun varlığını tespit etmesini yasaklamış olacaktır¹⁶³.

Yukarıda anlatılanlar ve verilen örnekler idarenin resmi usullerle gerçekleştirdiği idari işlemlerle ilgilidir. Bu işlemler idare tarafından resmen ilan edilmiştir ve muhatabının elinde idareyi bağlayan bir resmi evrak vardır. Bazı durumlarda ise idare, resmen bir işlemi yapmamakta ve fakat tutumu ile zımnen

¹⁵⁹ Paris İstinaf Mahkemesi, 14 Kasım 2008 Çevrimiçi (19.08.2018)

<http://www.lexisnexis.com/fr/droit/auth/checkbrowser.do?rand=0.6142500711940482&ipcounter=1&cookieState=0&bhcp=1>

¹⁶⁰ Yeni tamamlanmış bir yolda çakıl taşlarından kaynaklı ölümcül trafik kazası ile ilgili bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 16 Temmuz 1987, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1987, no 297.

¹⁶¹ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 57

¹⁶² A.g.e.

¹⁶³ Fr. Yarg. Ceza D. 16 Temmuz 1987, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1987, no 297; Fr. Yarg. Ceza D. 1 Haziran 1965, **Recueil Dalloz**, Y: 1965, s. 667.

faaliyete müsaade etmekte, müsamaha göstermektedir. İdarenin genel düzenleyici işlemleri dışında kalan resmi şekildeki işlemlerinin hukuka uygunluğun dayanağı olarak görülemeyeceğine dair ilkenin evleviyetle idarenin zımni müsaade ve müsamahaları için geçerli olduğunu söylemek zor olmaz¹⁶⁴. Hukuka aykırılığın idare tarafından hoş görüldüğü ve beyan edilmiş bir müsaade olmasa da zımni bir müsamaha ile karşılandığı durumlarda tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde bir önemi yoktur¹⁶⁵.

İdare tarafından bir takım faaliyetlere zımnen müsaade edilmesi yahut müsamaha gösterilmesinin sonrasında idarenin bu tutumu, resmi şekildeki genelgeler¹⁶⁶ ya da resmi kanaatleri havi formlar¹⁶⁷ tarafından teyit edilmiş de olabilir. Açıkçası resmiyet taşımayan bu tutumun resmi işlemlerle teyit edilmesinin içtihat tarafından bir değeri yoktur. Bu türden meselelere özellikle gümrük¹⁶⁸ ve maliye¹⁶⁹ işlerinde sıklıkla rastlanmakta bunlar dışında başkaca alanlarda da örnekleri bulunmaktadır¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 58.

¹⁶⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 27 Aralık 1924, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1924, no 429; Fr. Yarg. Ceza D. 13 Mart 1957, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1957, no 249; Fr. Yarg. Ceza D. 31 Mayıs 1962, **JCP Général** 1962, C:II, s. 12760; Paris İstinaf Mahkemesi, 30 Kasım 1965, **JCP Général**, Y: 1966, C: II, s. 14804: Bu son kararda bir gazete genel yayın yönetmeni, at yarışı tahminleri satmaktan, medyanın büyük bir bölümü bu tahminleri günü birlik olarak satmaktayken yargılanmış ve ceza almıştır.

¹⁶⁶ Fr. Yarg. Ceza D. 20 Şubat 1979: Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, no 75: karayolu taşımacılığında çalışma koşullarının denetimi araçlarının yanlış kullanımı alanında polis mercilerine hoşgörülü olunmasını tavsiye eden genelge ile ilgili; Yabancılar polisine yönelik benzer bir genelge ile ilgili olarak bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ekim 1993, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 285, **Recueil Dalloz**, Y: 1993, s. 129.

¹⁶⁷ Merle - Vitu, **Traité de droit criminel**, k.n. 474; Fr. Yarg. Ceza D. 22 Nisan 1941, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1941, no 21; Fr. Yarg. Ceza D. 9 Şubat 1956, **JCP Général**, Y: 1956, C: II, s. 9380; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Mayıs 1957, **Recueil Dalloz**, Y: 1957, s. 526: gıda suiistimali ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 28 Ekim 1986, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1986, no 311; Fr. Yarg. Ceza D. 16 Temmuz 1987, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1987, no 297.

¹⁶⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 13 Mart 1974, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1974, no 107: Daha fazla trafiğin ortaya çıkarılmasını sağlama amacıyla anethol ithalatına gümrük tarafından müsamaha gösterilmesi

¹⁶⁹ Fr. Yarg. Ceza D. 20 Şubat 1989, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1989, no 83: Eğlence yerleri ile ilgili biletçilik konusunda.

¹⁷⁰ Genel kabul görmüş bir şekilde olsa da 1 Mayıs vesilesiyle geleneksel olarak kamusal alanlarda müge satılmasına göz yumulması, işporta satıcılığı cezalandıran Fransız Ceza Yasası’nın R. 644-3 maddesinden doğabilecek sorumluluğu ortadan kaldırmayacaktır. (Fr. Yarg. Ceza D. 30 Ekim 1984, **JCP Général**, Y: 1985, C: IV, s. 12; Aynı yönde, Paris İstinaf Mahkemesi, 13 Şubat 1992, **Recueil Dalloz**, Y: 1992, s. 143.)

İdarenin aslında yapmaması gereken bir hukuki işlemle suç oluşturan bir faaliyete izin vermiş olması ya da bu faaliyetin bir şekilde hukuka uygun olduğunu teyit etmesi sonrasında idarenin bu işlemine güvenip faaliyeti gerçekleştirenler bakımından elbette ki hata bahsi gündeme gelecektir. Fransız Yargıtayı da şartları oluşmuşsa hukuki hatanın uygulama alanı bulacağını söylemektedir. Örneğin bir şirketin yöneticilerinin, sendika delegesinin şirket komite üyesine erişimini engellemekten yargılanmasında, ilgililerin bu yöndeki bir engellemenin hukuka aykırılık teşkil edip etmeyeceğini tavsiye görüşü olarak Çalışma Bakanlığı'na önceden sorması ve olumlu yanıt alması üzerine bu engellemeyi yapmaları durumu buna benzerdir¹⁷¹. Asliye Ceza Mahkemesi sanıklar hakkında beraat kararı vermiş bu karara yönelik aleyhe temyiz istemleri de “gerçekleştirilen eylemler atılı suçun oluşumu için gereken kasıtlılık karakterini arz etmemektedir” gerekçesi ile reddedilmiştir. Yargıtay “yetkili idari merci tarafından kendilerine iletilen görüşün varlığı ışığında sanıklar yanlış bir eylem gerçekleştirme bilincine sahip olmamayı formüle eder şekilde tüm iyi niyetleriyle reddin hukuka uygun olduğuna inanmaktadırlar.” Gerekçesini de eklemektedir¹⁷².

Eski ceza yasası “ceza kanunlarını bilmemek mazeret değildir” ilkesini katı bir şekilde uygulayarak failin düşmüş olduğu hukuki hatayı bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul etmemekteydi. İçtihat çok istisnai durumlarda hata durumunda failin cezasızlığına hükmetmekteydi. Yeni Ceza Yasası 122-3 maddesi ile hukuki hatayı bir sorumsuzluk nedeni olarak kabul etmekte ise de yargı mercileri sözü geçen ilkeyi hala aynı katılıkta uygulamaktadır¹⁷³. Hatanın Fransız Ceza Yasası'nın 122-3 maddesi anlamında kaçınılmaz bir hata olması gerekir. Katılık da bu şart ile ilgilidir¹⁷⁴. Hukuki hata kurumunun bir sorumsuzluk nedeni olarak düzenlenmesi 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası'nın içtihadı çözümleri teyit eden en önemli reformlarından biridir. Konumuzla ilgili olarak idarenin genelgeleri, idari mercilerin zımni bir takım

¹⁷¹ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 60.

¹⁷² Fr. Yarg. Ceza D. 9 Ekim 1958, Recueil Dalloz, Y:1959, s. 68.

¹⁷³ Fr. Yarg. Ceza D. 11 Mayıs 2006, Karar no 05-87099.

¹⁷⁴ Bu anlamda yabancılar biriminde görevli polis memurunun bakanlık genelgesinin anlamı ile ilgili düştüğü hatanın kabul görmemesine dair bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ekim 1993, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 285.

müsaadeleri ve müsamahaları ve sayısı artırılabilircek uygulamalar failleri, fiilin suç vasfında olmadığına meşru bir şekilde inanmalarına yol açacak şekilde hataya düşürebilir. Bu durumda bu uygulamaların kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bağlamında hukuka uygunluğun dayanağı olmaları yukarıda açıklanan esaslar çerçevesinde mümkün olmasa da hukuki hata bağlamında sorumsuzluk halinin dayanağını teşkil edebilirler¹⁷⁵.

Hata bahsi dışında suçun oluşması için gerekli unsurlardan bazılarının tanımlanması noktasında idari merciler ihtilaf içerisinde bulunabilir. Yani suçun belirli bir unsuruna temas eden bir meselede idarenin tam bir birlik içerisinde bulunmadığı görülmektedir¹⁷⁶. Bu ihtilaf da yargı mercilerinin beraat kararı vermesine neden olabilmektedir. Burada şunu önemle vurgulamak gerekir ki burada beraata neden olan idarenin işlemlerinden neşet eden bir hukuka uygunluk değil, doğrudan suçun tipikliğidir¹⁷⁷.

c) Yabancı Düzenlemeler

122-4 maddesinde sayılmayan bir diğer norm türü de Fransız iç hukukundaki düzenlemeler dışındaki düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler yabancı yasa hükümleri olabileceği gibi ulusal üstü örgütler bünyesinde akdedilen anlaşmalar ya da bu örgütler bünyesinde oluşturulan mevzuat hükümleri olabilir. Bu gruptaki kural türlerini ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Yabancı yasa hükümleri bakımından meselenin çözümü basittir. İçtihadı ve doktrine göre herhangi bir yabancı yasa hükmünden neşet eden emrin ya da iznin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturamayacağı açıktır¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 61

¹⁷⁶ Örneğin yasadışı tıp faaliyetleri icra etmekten yargılanan kineziterapist, göz jimnastiğinin bir tıp faaliyeti olup olmadığının belirlenmesi hususunda “ciddi bir ihtilaf” bulunması gerekçesiyle beraat etmiştir. Pau İstinaf Mahkemesi, 18 Kasım 1958, **Recueil Dalloz**, Y: 1954, s. 229.

¹⁷⁷ Pau İstinaf Mahkemesi, 3 Ocak 1961, **JCP Général**, Y:1961, C:II, s. 12040.

¹⁷⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 27 Haziran 1973, Karar no: 73-90.057, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, no 305.

Fransız iç hukuk sisteminden doğmayan mevzuat türü açısından asıl değerlendirilmesi gereken ulusal üstü düzenlemelerdir. Fransa'nın imzaladığı ve onayladığı uluslararası sözleşmelerde yer alan emredici ya da müsaade edici hükümlerin yasa üstü (*supra légale*) emredici veya müsaade edici vasfı önemlidir. Burada devreye normlar hiyerarşisi de girmekte ve yapılacak değerlendirmeler her zaman için hiyerarşide üstte yer alan normun altta yer alan normun etkisini sıfırlaması (nötralize etmesi) ve cezalandırılır olmaktan çıkarması gibi tartışmalı bir meseleyi de beraberinde getirmektedir¹⁷⁹. Zira kanunun emretmesi ya da müsaade etmesi şeklindeki hukuka uygunluk nedeninde, cezalandıran norma eş seviyede ya da alt seviyede bir norm tarafından cezalandıran normun yasakladığı fiilin hukuka aykırılığı ortadan kaldırılmaktadır. Oysaki hiyerarşide üstte yer alan normun bir harekete müsaade etmesi ya da bir hareketi emretmesi halinde cezalandıran normun etkisi nötralize olmakta ve cezalandırma gücü sıfırlanmaktadır. Burada değerlendirilmesi ve çözümlenmesi gereken sorun ise hiyerarşik olarak üstte yer almayan ulusal üstü mevzuat hükümleri ile ceza yasalarının çatışması halidir. Örneğin bir hareketin müsaadesi ya da emri, kaynağını ulusal üstü yapının düzenleyici işlemlerinden alabilir. Bu düzenleyici işlem hatta ulusal üstü yapının kurucu metinlerinin uygulanmasıyla bağlantılı olmayabilir. Örneğin Fransa Avrupa Birliği'nin üye ülkelerindendir ve Avrupa Birliği'ni kuran ulusal üstü anlaşmaların tarafıdır. Haliyle bu metinlerin müsaade ettiği ya da emrettiği bir hareketin gerçekleştirilmesini cezalandıran ceza hukuku normu devre dışı kalacaktır. Bununla beraber Avrupa Birliği'nin yürütme organları tarafından çıkarılan bir takım düzenleyici işlemler de bulunmaktadır. Bunlar normlar hiyerarşisi içerisinde Fransız yasalarının üstünde yer almazlar. Bunların müsaade ettiği bir hareketin ceza kanunlarında cezalandırılması durumunda durum oldukça belirsizdir¹⁸⁰.

Yargısal uygulamada olabildiği kadar topluluk hukuku ile iç hukuk arasında yeknesaklık sağlama gayreti vardır. Yine hâkimler ilkesel olarak iç hukukun Topluluk hukuku ile çatışıp çatışmadığını da incelemek zorundadırlar¹⁸¹. Fakat bu onlara söz

¹⁷⁹ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 9 ve 13.

¹⁸⁰ A.g.e, Philippe Conte – Patrick Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, 7. Baskı, Armand Colin, 2004, k.n. 117 - 119 ve 240. Conte - Larguier - Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, s. 58.

¹⁸¹ Fr. Yarg. Ceza D. 2 Haziran 1993, Karar no: 92-83576, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 198.

konusu olabilecek muhtemel bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını araştırma mükellefiyeti yüklememektedir¹⁸². Bu da demektir ki her durumda uluslararası sözleşmeler kendiliğinden bir hukuka uygunluk durumu yaratmamaktadır ve ulusal üstü metin ile ceza normu bir arada değerlendirilmektedir¹⁸³. Örneğin Fransız yargısı, AİHS'nin 8 ve 10. maddeleri ve Sözleşme'ye ek 4 nolu Protokol'ün 2. maddesini göz ardı etmeksizin gösteri yürüyüşü hakkının karayolu trafiğini engelleme suçu¹⁸⁴ veya transgenik kültür bitkilerine zarar verme¹⁸⁵ suçları bakımından meşruiyet sebebi oluşturmayaacağı yönünde kararlar vermiştir.

b. Hukuka Uygun Hale Getiren Normun Konusu

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini düzenleyen Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi, hukuka uygun hale getiren normun konusunu “... *emredilen ya da müsaade edilen bir fiil*...” ifadeleri ile açıklamaktadır. Düzenleme kanun ya da genel düzenleyici işlem tarafından emredilen ya da müsaade edilen bir eylemi gerçekleştiren kişiyi ceza sorumluluğundan muaf tutmaktadır. Hukuka uygun hale getiren norm bu sebeple aralarında sonuç olarak herhangi bir fark olmayacak şekilde konu itibarıyla bir emri ya da bir müsaadeyi ihtiva ediyor olabilir. Bu bağlamda Fransız Ceza Kanunu'nun 122-4 maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedeninin geleneksel olarak doktrin tarafından kanunun emri “*ordre de la loi*” şeklinde adlandırılması hukuka uygun hale getiren normun konusunu tam anlamı ile yansıtmamaktadır. Bu sebeple kanunun emri ifadesinden dar anlamıyla emri, geniş anlamı ile emir ve müsaadeyi yani “hükmü” anlamak gerektiği söylenmektedir¹⁸⁶. Zaten 122-4 maddesi metni de selefi Eski 327. maddeden farklı olarak emir yanında müsaade ifadesini de kullanarak her iki tür hükmü asimile etmiştir ve müsaadelerin hukuka uygunluk sağlayacağı yönündeki içtihadi çözümü normatif temele de oturtmuştur.

¹⁸² Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 13.

¹⁸³ A.g.e.

¹⁸⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 8 Mart 2005, Karar no: 04-83979, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2005, no 77.

¹⁸⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 19 Kasım 2002, Karar no: 02-80788; Fr. Yarg. Ceza D. 3 Mayıs 2011, Karar no: 10-81529

¹⁸⁶ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 53.

Aşağıda ilk olarak hukuka uygun hale getiren normun konusu olarak emirler ardından müsaadeler incelenecektir.

1) Emir

Kanunun bir şeyi emretmesinin bir hukuka uygunluk şemsiyesi sağlaması, kavramsal bir temele oturtulmamış da olsa tüm hukuk sistemlerinde kabul gören klasik bir anlayıştır. Bu anlayışın temelleri 1810 Fransız Ceza Yasası'ndan çok önceye Fransa'da Eski Rejim (*l'Ancien Régim*) olarak adlandırılan cumhuriyet öncesi monarşi dönemine dayanmaktadır. Kanunun emretmesinin hukuka uygunluk yarattığına dair bu klasik anlayış, askerler, yargıçlar ve cellatlar yararına Eski Rejim döneminde üzerinde ittifak edilen bir anlayıştır¹⁸⁷. Bu klasik anlayışın yansımasını 1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesinde kavramsal temele oturtulmuş halde görmek mümkündür. Maddeye göre “kanun tarafından emredilen” öldürme, yaralama ve darb fiilleri hukuka uygundur. 1810 Fransız Ceza Yasası'nda yer alan bu klasik görüş 1994 Fransız Ceza Yasası'nda da yerini almaktadır.

Bu klasik anlayış günümüzde dahi etkisini o denli kuvvetli göstermektedir ki her ne kadar 122-4 maddesi düzenlemesinde işlenen fiilin müsaade edilen fiil olması özelliği emredilen fiil olması özelliğine eşit derecede değer ifade etse de doktrinde bu hukuka uygunluk nedeni hala kanunun emri (*ordre de la loi*) ismi ile anılmakta ve pek çok eserin içindekiler kısmi ya da kavram endeksinde bütün meseleyi kapsayıcı şekilde bu ad kullanılmaktadır¹⁸⁸.

Fransız iç hukukunda bir emir ihtiva eden gerek kanun gerek düzenleyici işlem niteliğinde sayısız düzenleme bulmak mümkündür. Hatta bu emri doğrudan ceza yasasının bizzat kendisi de verebilmektedir. Örneğin Fransız Ceza Yasası'nın 223-6 maddesinin 2. fıkrası düzenlemesi, herkese kendisini ve üçüncü bir kişiyi tehlikeye atmadan tehlike altındaki bir kişiye yardım etme mükellefiyeti yüklemektedir. Bu

¹⁸⁷ André Laingui – Arlette Lebigre, *Histoire du droit pénal*, C: 1, Cujas, Paris, 1979, s. 104 (Aktaran: Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 15.

¹⁸⁸ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 15.

durumda suya düşmüş bir çocuğu kurtarmak için bir başkasına ait tekne ile suya açılan kişi tipe uyan hırsızlık eyleminden sorumlu olmayacaktır. Yine emir, ceza kanunları dışında değişik alanlarda düzenlemeler getiren mevzuattan kaynaklanıyor olabilir¹⁸⁹. Örneğin Para ve Finans Yasası'nın L. 561-15 maddesi, kişilere ve kurumlara faaliyetlerini yerine getirirken sermaye hareketlerini ifa eden operasyonları kontrol etmeyi, bunlara yönelik tavsiyeler vermeyi, bu tip operasyonlara nezaret etmeyi, kara para aklama veya terörizmin finansmanı ile ilgili olduklarından şüphe etmeleri halinde bunlara ilişkin bildirim süreçlerini işletmelerini emretmektedir. İlgili kişinin bu emirleri yerine getirip bildirimde bulunması durumunda tipe uyan meslek sırrının ihlal edilmesi suçundan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁹⁰.

Pek çok durumda ilkesel olarak bir suçun kurucu unsuru olan ve aynı zamanda icra edilmesi kanun tarafından emredilen fiil, kamu gücünü elinde bulunduran kişilere yönelik emredilmiş fiildir. Yani bu kişi bir memur ya da çeşitli surette kamu hizmetine dâhil olmuş kişidir. Fakat bunun dışında hüküm kamu görevlisi olmayan kişiler ile ilgili de olabilir. Bu durumda emirler bir memura ya da kamu görevlisine yönelik emir ya da memur yahut kamu görevlisi olmayan kişilere yönelik emir şeklinde iki farklı surette görülebilmektedir.

i. Kamu Görevlilerine Yönelik Emir

Kanunun hükmünü yerine getirmeden kaynaklı hukuka uygunluğun konusunu oluşturan emirler çoğunlukla kamu görevlilerini muhatap almaktadır. Yine bu hukuka uygunluk nedeni ile çok yakın bağlantı içerisinde olan amirin emrini ifa ile de bir arada düşünüldüğünde sıklıkla hüküm, bu hükmü yerine getirecek memuru doğrudan muhatap almayabilmektedir. Bakıldığında kanuni hükümler, açık bir şekilde ya da

¹⁸⁹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 306.

¹⁹⁰ Para ve Finans Yasası Md. L. 561-22; Bu çerçevedeki içtihat için bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 7 Aralık 1995, Karar no: 95-80888; Fr. Yarg. Ceza D. 3 Mayıs 2000, Karar no 99-84796, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2000, no 176; Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ekim 2004, Karar no: 03-86262, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2004, no 239.

zımnen, soyut hüküm ile bunu icra edecek memur arasına yerleştirilmiş, hukuka uygunluğu emri ile sağlayacak bir merciin kontrolünü öngörmektedir¹⁹¹.

Bir hükmün yerine getirilmesi durumunda bir başkasına ait hukukça korunan hukuki değer ile çatışılması, özellikle bu değer bir insan hakkı olması ve bu hakkın ihlali tehlikesinin söz konusu olması halinde durum böyledir¹⁹². Ceza muhakemesi hukuku kurumları olan koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından istisnai haller dışında bir üst merciin emri ve denetimi zorunludur.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenini birbirinden ayıran en önemli yönlerden biri de budur. Kanunun hükmünü yerine getirmede bir başka merciin emrine ihtiyaç duyulmaksızın hüküm muhatap tarafından doğrudan uygulanabilir. Kanun tarafından verilmiş emir, bir merciin emrinin varlığına ihtiyaç duyuyor olsa da bazı durumlarda bu olmadan da kendiliğinden hukuka uygunluk etkisine sahiptir. Bu önerme eski kanunun yürürlükte olduğu dönemde ise bu denli kesin bir şekilde öne sürülemezdi¹⁹³. Eski Ceza Yasası'nın 327. Maddesi bu bakımdan yoruma oldukça muhtaç bir metne sahipti ve metin, kanunun hükmü ile amirin emrini biri diğerini içine alacak şekilde yorumlamaya oldukça müsaitti. Bu bakımdan kanun tarafından muhataba bir emrin yöneltmesi yeterli değildi. Muhatap bu hükmü, bir merciin emri de söz konusu ise uygulayarak hukuka uygun bir davranış gerçekleştirmiş olurdu¹⁹⁴. Bu şüphe bugün yeni yasanın kanunun hükmüne ayrı bir fıkra (fıkra 1) amirin emrine ayrı bir fıkra (fıkra 2) hasretmesi ve bu iki objektif sorumsuzluk nedeninin her birine tam bir otonomi sağlaması ile ortadan kalkmıştır¹⁹⁵.

19. Yüzyıldan itibaren içtihat, vazife yerine getirilirken hizmetin acil eylemde bulunulmasını gerektirdiği hallerde bireysel özgürlüklere, beden bütünlüğüne ve hatta kişi yaşamına yönelik saldırı gerçekleştiren kişi için kanun hükmünün bizatihi

¹⁹¹ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 39

¹⁹² Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 307-308

¹⁹³ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 39

¹⁹⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 31 Mart 1949, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1949, no 122.

¹⁹⁵ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 39

kendisinin hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu söylemektedir. Fransız Yargıtayı, tehlikeli hale dönüşen bir durumun kontrol altına alınması için silahını kullanan jandarma görevlisi hakkındaki beraat kararını onayan 1 Ağustos 1878 tarihli kararı ile bunu teyit etmektedir¹⁹⁶. Yani eski Ceza Yasası döneminde var olan kafa karışıklığına rağmen içtihat hiyerarşik üstten gelen bir emir olmasa da kanunun bizatihi kendisinin hukuka uygun davranışın dayanağı olabileceğini doğrulamaktadır.

Kanunun verdiği yetkinin kullanılabilmesi için bir hiyerarşik üstün emrinin gerekli olduğu durumlarda kanunun hükmünü yerine getirme ile amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenleri aynı hukuka uygunluk nedeninin farklı türleri görünümünü arz etmektedir. Amirin emrinin hukuka uygun olması halinde aslında hukuka uygunluğun dayanağı ilgili davranışı emreden ya da bu davranışa müsaade eden hükümdür. Bu halde amirin hukuka uygun emrini yerine getirme, kanunun hükmünü yerine getirmeye işlerlik kazandırır da hukuka uygunluk emre ve asta ilişkin başkaca şartları da gerektirdiğinden ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmaktadır. Kanunun hükmünü yerine getirme ile bağlantılı olarak amirin emrini ifa konusuna ikinci bölümde ayrıntılı değinilecektir.

İçtihadın 19. Yüzyıldan bu yana, hiyerarşik üstten sadır emri şart olarak gördüğü hallerde bu emir bulunmasa da emre dayanak oluşturacak hükmü hukuka uygunluğun dayanağı olarak gören anlayışını yansıtan kararlarını artırmak mümkündür.¹⁹⁷.

¹⁹⁶ A.g.e, k.n. 40.

¹⁹⁷ Paris İstinaf Mahkemesi pek çok kişiyi yaraladıktan sonra kaçmaya teşebbüs eden tehlikeli bir suçluya karşı ölümcül ateşli silah kullanan bir başka jandarma yetkilisinin sorumluluğunun olmadığına hükmetmiştir. (Paris İstinaf Mahkemesi, 6 Haziran 1963, **Recueil Dalloz** Y: 1964, s. 276); Vazife sırasında olan, üniforma giymiş jandarma görevlisinin, kaçmasını engellemek için bir tanesi ölümcül olacak şekilde sarhoş haldeki araç şoförü doğrultusunda birden fazla kez ateş etmesi ve aracın devrilerek şoförün bacağından yaralanması olayında Fransız Yargıtayı jandarmanın, vazifenin kanuni sınırları içerisinde olduğuna ve ceza sorumsuzluğu nedeninden yararlanmasına hükmetmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 5 Ocak 2000, karar no 98-85700, JurisData no 2000-000360); Başka bir olayda jandarma görevlisi motosiklet kullanmaktadır. Birkaç kilometrelik bir kovalamaca sonunda “dur” emrine uymayan aracın şoförüne karşı jandarma görevlisi ateş eder. Tartışmalı bir şekilde jandarma lehine sorumluluktan bağışık tutulması yönünde benzer gerekçe ortaya konmuştur. (Rouen İstinaf Mahkemesi, 17 Mart 2004, Karar no 3/00499, **JCP Général** Y: 2005, C: IV, s. 1432); Yine (sonrasında Yerel Yönetimler Genel Yasası’nın L. 2212 ila L. 2122-24 maddelerine dönüşen) Toplum İdareleri Yasası’nın 31. Maddesine uygun olarak belediye meclisi toplantısı esnasında polis gücü üzerinde doğrudan yetkiye sahip olan ve dinleyicileri salonun dışına çıkarıp toplantıyı sabote eden bir kişiyi yakalatan bir belediye başkanı

Pek çok durumda kolluk kuvvetlerinin silah kullanmak için üstünün emrini beklemesine gerek yoktur. Kanun, silah kullanma yetkisinin kolluk tarafından bir emre ihtiyaç duyulmaksızın kullanılabileceği halleri de düzenleyebilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki silah kullanacak kolluk görevlisinin mutlak bir gereklilik altında olması zorunludur¹⁹⁸. Örneğin Savunma Yasası'nın L. 2338-3 maddesinin 4. bendi jandarmaya “*Kullananı dur emrine uymayan kara vasıtaları, deniz taşıtları ya da diğer ulaşım araçları başka şekilde durdurulamadığında*” silah kullanma yetkisi vermektedir¹⁹⁹. Kolluğun silah kullanma yetkisi çerçevesinde şartları karşılanıyorsa²⁰⁰ kolluk tarafından silah kullanılması hallerinde sorumsuzluğun dayanağı kanunun hükmünü yerine getirme olmaktadır²⁰¹.

Bu zikredilen kararlara benzer şartlar altında, üstünden emir almadan yetkisini kullanan kamu görevlilerinin fiilini meşru savunma²⁰² temelinde ya da zorunluluk hali²⁰³ temelinde hukuka uygun gören kararlar da bulunmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu durum bazı durumlarda birden fazla hukuka uygunluk nedeninin şartlarının aynı olayda bir araya gelmesi ile ilgilidir.

hakkında da aynı şekilde karar verilmiştir. (Besançon İstinaf Mahkemesi, 28 Ocak 1975 **Recueil Dalloz**, Y: 1975, s. 20);

¹⁹⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 18 Şubat 2003, Karar no 02-80095, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2003, no 41.

¹⁹⁹ Fransız Yargıtayı bu hükme karşı öne sürülen Öncelikli Anayasallık Meselesini Anayasa Konseyi'ne yollamayı reddetmiştir ve aynı davada şartları göz önünde bulundurarak kendisine çarpmaya teşebbüs eden bir araç kullanıcısını öldürme fiilini işleyen jandarma lehine bu hükmü uygulamıştır. Fr. Yarg. Ceza D. 1 Nisan 2014, Karar no 13-85519, JurisData no 2014-024918.

²⁰⁰ Şunu da belirtelim ki Savunma Yasası'nın ve Savunma Yasası öncesi 20 Mayıs 1903 tarihli kararnamenin (3 Ağustos 2009 tarihli ve 2009-971 sayılı yasa ile yürürlükten kalkmıştır) de düzenlediği gibi; kullananı dur emrine uymayan aracı durdurmak için belirtilen şartlar altında silah kullanma yetkisi yalnızca askeri üniforma içinde vazifesini yapan jandarmaya tanınmıştır. Bu nedenle, üniformasız ve meşru savunma halinde bulunmayan, bir aracı durdurmak için silah kullanan jandarma yetkilisi tipe uyan fiilden sorumlu olacaktır. (Fr. Yarg. Ceza D. 16 Ocak 1996, **JCP Général**, Y: 1996, C: IV, s. 827, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1996, no 22; Benzer yönde Fr. Yarg. Ceza D. 30 Nisan 1996, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1996, no 178.)

²⁰¹ Fr. Yarg. Ceza D. 21 Ekim 2014, Karar no 13-85519: JurisData no 2014-024921.

²⁰² Fr. Yarg. Ceza D. 16 Temmuz 1986, **Recueil Dalloz**, Y: 1988, s. 390; Paris İstinaf Mahkemesi, 9 Ekim 1978, **JCP Général**, Y: 1979, C: II, s. 19232.

²⁰³ Fr. Yarg. Ceza D. 16 Temmuz 1986, **Recueil Dalloz**, Y: 1988, s. 390.

ii. Kamu Görevlisi Olmayan Kişilere Yönelik Emir

Tipe uygun fiilleri hukuka uygun hale getiren kanuni emir kamu görevlisi olmayan kişilere yönelik olarak hükmedilmiş olabilir. Burada suçüstü halinde faili yakalama yetkisini herkese veren Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın 73. maddesi düzenlemesine atıf yapmak gerekmektedir²⁰⁴. Burada kişi bir kamu görevlisi olmasa da bir ceza muhakemesi kurumu olan ve belirli şartların bir araya gelmesi halinde hukuka uygun kabul edilecek yakalamayı gerçekleştirmekle görevlendirilmiştir. Yakalama doğası gereği belli bir cebrin tatbikini ve kişinin hürriyetinin kısıtlanmasını da gerektirir²⁰⁵. Yakalamayı gerçekleştirme için gereken zor kullanmanın muhakkak kişinin bedeni üzerinde tatbik edilmesine gerek yoktur²⁰⁶.

Herkesin yakalama yapma yetkisi yalnızca suçüstü halinde mümkündür. Yine suçüstü halinden bahsedilebilmesi için Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın madde 53 ila 74-2 arası hükümlerdeki düzenlemelere uyan bir suç söz konusu olmalıdır. Tüm bunların yanında 73. maddede düzenlenen yetki, hapis cezasını gerektiren en azından cünhalara rastlanması halinde kullanılabilir²⁰⁷.

²⁰⁴ Örnek olayda, kendisine rahatsızlık veren cinsel saplantılı kişinin yakalanması adına, rahatsızlık veren kişinin kullandığı otomobili durdurmak niyetiyle bir trafik kazasına bilinçli olarak neden olan kadının fiili bu düzenleme temelinde hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. (Fr. Yarg. 2. Huk. D. 10 Haziran 1970, **Recueil Dalloz**, Y: 1970, s. 691).

²⁰⁵ Suçüstü halinde yakaladıkları faili etkisiz hale getirerek olabilecek en kısa sürede polise durumu bildiren yankesicilik teşebbüsü mağduru kişilerin eylemleri hukuka uygundur. (Fr. Yarg. Ceza D. 1 Ekim 1979, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, no 263); Aynı yönde Douai İstinaf Mahkemesi, 15 Haziran 1977, **JCP Général**, Y: 1979, C: II, s. 19232; İçtihat bu konu ile ilgili şu vakıaların yaşandığı olaydaki sanık hakkında cezasızlık kararı verebilmektedir. Şirketinin yerleşkesi içerisinde hırsızları yakalayan sanık, durmaları için havaya ateş etmiş, tamamen etkisiz hale gelmeleri ile hırsızları yerleşkenin çıkışına kadar götürmüş ve orada polisi beklemeye başlamıştır. Hırsızların tahrik etmesi nedeniyle, (hırsızlar üzerindeki hakimiyetini göstermeye yönelik olarak) onları etkilemek için bozuk bir araca doğru ateş etmiş fakat kurşun sekerek hırsızlardan birini yaralamıştır. İstinaf mercii sanığın Ceza Muhakemesi Yasası'nın 73. Maddesinde hükmedilen bir fiili gerçekleştirmenin dışında bir şey yapmadığı yolunda karar vermiştir. (Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi, 9 Şubat 2007, Karar no 198 D/2007, JurisData no 2007-336148.)

²⁰⁶ Tartışmalı bir kararda istinaf mercii, arkadaşına alenen hakaret eden kişiyi takip eden şüphelinin, takip ettiği kişinin arabasına beysbol sopası ile vurup onu zorla araçtan çıkarmasını söze konu yasa hükmü çerçevesinde hukuka uygun bulmuştur. (Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi, 11 Nisan 2007, Karar no 574/D/2007, JurisData n° 2007-344132) Kanaatimizce kişinin araçtan çıkmaya zorlanması herkesin gerçekleştireceği yakalama yetkisi çerçevesinde gereksizdir. Öte yandan hakaret fiiline karşılık bu şekilde bir yakalama gerçekleştirilmesi ölçülülük bakımından da sorunludur.

²⁰⁷ Örnek olayda eşyaları çalınan malik, eşyalarını elinde bulunduran kişiye gidip bunları geri vermesini istemiştir. Çalan kişi bir bıçak çıkararak eşyaların sahibine vurmaya yeltenmiş ve eşyaların maliki,

Suçüstü halinde yakalamayı mağdurun bizzat kendisi de gerçekleştirebilir. Bu halde eğer bitmemiş bir saldırı ya da tekrarı muhakkak bir saldırı söz konusu ise yakalama faaliyeti, meşru savunmanın da şartlarını karşılamış olacaktır. Failin mağdur tarafından etkisiz hale getirilmesi ile ilgili olaylarda Fransız yargı mercileri mağdurun davranışının hukuka uygunluğunu meşru savunma temelinde değil kanunun hükmünü yerine getirme temelinde izah etmektedir²⁰⁸. Meşru savunma bir hak ve aynı zamanda kanun tarafından tanınmış bir müsaade olsa da kişinin bir suç mağdurunu yakalaması, kamusal yönü de olan bir yetki ve hatta uymamanın bir karşılığı olmasa da kanunca düzenlenmiş bir talimattır²⁰⁹. Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunu da ilgilendirecek şekilde kişi aslında suç failini yakalamak istememekte ve hatta gitmesini emretse de failin kişiye saldırmaya kalkışması sonucu silahıyla saldırıyı engellemesi ve bu sayede failin yakalanmış olmasını da yargı mercileri meşru savunma temelinde değil kanunun hükmünü yerine getirme temelinde hukuka uygun kabul etmektedir²¹⁰.

Kamu görevlisi olmayan kişilere yönelik emir, tipe uygun fiili tarif etmiyorsa da bu emrin yerine getirilmesi olayın koşulları dikkate alındığında tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesini zorunlu kılıyor olabilir. Yukarıda da değindiğimiz gibi Fransız Ceza Yasası'nın 223-6 maddesinin 2. fıkrası, herkese kendisini ve üçüncü bir kişiyi tehlikeye atmadan tehlike altındaki bir kişiye yardım etme mükellefiyeti yüklemektedir. Burada tipe uyan herhangi bir fiil tarif edilmemektedir. Bu durumda suya düşmüş bir çocuğu kurtarmak için zorunlu olarak bir başkasına ait tekne ile suya açılan kişi tipe uyan hırsızlık eyleminden sorumlu olmayacaktır.

saldırganı etkisiz hale getirerek onu polis karakoluna götürmüştür. Silahla yaralamaya teşebbüs hapis cezası gerektirdiğinden mağdur, yukarıda belirtilen yasa hükmü çerçevesindeki yetki ile uyumlu bir davranış sergilemiştir ve fiili hukuka uygundur. (Fr. Yarg. Ceza D. 7 Nisan 1994, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1994, no 139).

²⁰⁸ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 43.

²⁰⁹ Cam vitrinden tırmanarak girmiş olan ve fark edilince kaçmaya çalışırken ateş eden bir hırsız ateşli silahının yardımı ile yakalayıp etkisiz hale getiren sinema sahibinin davranışının hukuka uygunluğun temeli Ceza Muhakemesi Yasası'nın tanıdığı yakalama yetkisidir. (Dijon İstinaf Mahkemesi, 8 Ocak 1965, **Gazette du Palais**, Y: 1965, S: 1, s. 155).

²¹⁰ Geceleyin kulübesindeyken çiftliğindeki ışıkları fark eden, yanına tüfek alarak çıkıp çiftliğine giren kişilerin çıkmalarını emreden çiftçinin, birden bire yaklaşan kişiye ateş ederek yaralaması olayında çiftçi, Ceza Muhakemesi Kanunu 73. madde kapsamında kanunun hükmüne uygun davranmıştır ve bu davranışı hukuka uygundur. (Nancy İstinaf Mahkemesi, 9 Mart 1979, **Recueil Dalloz**, Y: 1981, s. 462).

2) Müsaade

Yeni Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi metninde yer alan “*kanun ya da genel düzenleyici işlemler hükümlerince emredilen fiil...*” ifadesini, tercümede bir yanlış anlamaya yol açmaması için açıklamak istiyoruz. “Emredilen” şeklinde tercüme ettiğimiz ibare Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi orijinal metninde “*prescrit*” olarak yer almaktadır. Bu ifade emir anlamına gelen “*ordre*” ya da “*commande*” kelimeleri kadar sert bir içeriğe sahip olmayıp daha az zecri nitelikte buyurucu, talimat verici bir içeriğe sahiptir²¹¹. Dolayısıyla kanun eski Ceza Yasası'nın 327. maddesinde yer alan emretmek “*ordonner*” fiili yerine bu ibareyi tercih ederek daha geniş şekilde yapılması emredilen ve istenen fiilleri kastetmektedir. Dolayısıyla yasa ya da düzenleyici işlem tarafından emredilen fiiller ile birlikte bunlar tarafından emir düzeyinde olmasa da istenen fiiller yönüyle de bu hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmaktadır.

122-4 maddesinin düzenlemesinin emir ifadesini yumuşatmak yanında daha önemli diğer genişletici reformu, emir boyutunda olmasa da hukuk düzeni için yapılmasının iyi olacağı fiilleri ve müsaadeleri de bu kapsamda saymasıdır. Bu yönü ile yasa, yeni Fransız Ceza Yasası öncesi dönemdeki içtihadın kanunun veya aynı şekilde düzenleyici işlemin müsaade etmesini, emretmesi ile eşdeğer meşrulaştırıcı nitelikte kabul eden yaklaşımını onaylamıştır²¹².

1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası 327. md. düzenlemesi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin konusunu “emirler” olarak düzenlemekteydi. Her ne kadar düzenleme metni müsaadeleri emirler ile asimile etmediyse de içtihat müsaadelerin de emirler gibi hukuka uygunluğun konusunu oluşturabileceğini söylemekteydi. Tipik olarak kanunun hükmünü yerine getirmeye vücut veren bir takım özel düzenlemelerin varlığı sayesinde içtihadın bu yaklaşımı benimsemesi hiç de şaşırtıcı değildir. Aksine bu yaklaşım daha akla ve adalet idrakine

²¹¹ Fiilin yalın hali olan *prescrire* fiilinin anlamı (*Donner comme ordre, comme consigne, comme règle de conduite : Accomplir les formalités que prescrit le règlement*) için bkz. Çevrimiçi (21.08.2018) <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/prescrire/63677>

²¹² Bordo Polis Mahkemesi, 18 Mart 1981, **Recueil Dalloz**; Y: 1982, s. 182.

yatkındır. Zira bu düzenlemeler emirler ve müsaadeler asimilasyonunu bünyesinde barındırmaktadır²¹³. Örneğin tıbbi sırların ihlali meselelerinde eski Fransız Ceza Yasası, kanunun doktora sırrı açıklamayı emretmesi ya da sırrı açıklamaya müsaade etmesi halinde suçun oluşmayacağına hükmetmekteydi (*Eski Fr. C.Y. Md. 378*)²¹⁴. Aynı şekilde 27 Eylül 1941 tarihli yasa²¹⁵ defin ihlali suçunun tipik fiilini, bilimsel amaçlı arkeolojik çalışmalar çerçevesinde gerçekleştirildiğinde hukuka uygun hale getirmektedir.

İçtihadın en baştan beri kabul ettiği müsaadelerin de emirler kadar hukuka uygunluğun konusunu oluşturabileceği yaklaşımı 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası ile normatif temel kazanmıştır. Dediğimiz gibi makul ve adil olan budur. Bu bakımdan Ceza Kanunumuzun 24. Maddesi düzenlemesi bağlamında emir ya da müsaade ifadesini kullanmadan hem emirleri hem de müsaadeleri kapsayıcı şekilde kanunun hükmü ibaresinin tercih edilmesi çok yerindedir. Çünkü bakıldığında bir hükmün bir emri mi yoksa müsaadeyi mi tanımladığı çoğu zaman belirsiz olmaktadır. Kanun belli bir davranışı hukuka uygun olarak düzenlemektedir. Fakat böyle davranılmasının emredildiği mi yoksa böyle davranmaya müsaade mi edildiği anlaşılamayabilmektedir. Örneğin Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın 73. maddesinde düzenlenen, suçüstü halinde yakalanan failin etkisiz hale getirilmesi yetkisine yukarıda emir başlığı altında yer verdik. Herkesin yakalama yapma yetkisine dair hüküm bir müsaade hükmüdür denebileceği gibi bu yetkinin çok ayrıntılı ve kesin şartlara tabi tutulmuş olması ile hükmün adeta bir talimatname olduğu da söylenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 90. maddesi düzenlemesine benzer bir düzenlemeyle Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın 73. maddesine göre herkesin, işlenmesine rastlanılan bir cürmün ya da hapis cezasıyla cezalandırılan cünhanın failini, en yakın adli polis yetkilisinin önüne çıkarmak adına yakalama yetkisi vardır. Burada yasa koyucu sıradan vatandaş, bir polis ya da jandarma yetkilisi gibi davranmaya hiçbir şekilde zorlamamaktadır. Haliyle bu uyulmamasını bir yaptırımın takip ettiği şiddetli bir emir değildir. Burada kişiden sosyal barışa katkı anlamında

²¹³ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 46.

²¹⁴ Bulaşıcı hastalıkların ihbarına ilişkin düzenleme için bakınız Kamu Sağlığı Yasası Md. L 3113-1

²¹⁵ 26 Mayıs 2011 tarihli yasa ile ilga edilmiş ve kısmen Ulusal Miras Yasası'nda yer edinmiştir. Bkz. Ulusal Miras Yasası Md. L. 531-1 ila L. 621-26

belirli talimatlar altında yakalama yapması istenmekte ve kişiye yakalama ruhsatı verilmektedir. Bu talimatlara uyulduğunda kasten yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (keyfi tutma - *arrestation arbitraire*) gibi suçların tipikliğini oluşturan davranışlar hukuka uygun kabul edilecektir²¹⁶. Haliyle bu hükme bir emir demek de mümkündür bir müsaade demek de mümkündür.

Kanunun emretmesi çoğunlukla kamu görevlilerini muhatap alırken kanunun müsaade etmesi genellikle kamu görevlisi olmayan kişileri muhatap almaktadır. Bununla beraber kanun kamu görevlilerine de çeşitli müsaadeler tanıyabilmektedir. Örneğin yasa koyucu, uyuşturucu madde ticareti ve organize suçluluk ile mücadele çerçevesinde adli kolluk yetkililerinin, suçluları suçüstü yakalamak adına çeşitli şekillerdeki provokatif fiilleri gerçekleştirmesine müsaade etmektedir²¹⁷. Aynı şekilde Fransız Savunma Yasası'nın L. 2338-3 maddesinin, belirtilen bir takım hallerde jandarmaya, idari ya da adli herhangi bir makamdan talimat verilmemiş olduğu halde silah kullanma izni vermesi, kanunun kamu görevlilerine belirli şekilde davranmaya müsaade etmesidir.²¹⁸.

Şunu da belirtmek gerekir ki kanunun müsaade etmesine benzeyen ve fakat aynı şekilde farklılığa sahip bir takım benzer kurumlar bulunmaktadır. Örneğin doktrin, üstü örtülü bir tarzda kanunun müsaade etmesi hukuka uygunluk nedeninin, yasa koyucunun yalnızca meşru bir gerekçe "*motif légitime*" olmadığında cezalandırdığı davranışlar bakımından hukuka uygunluğun dayanağı olduğunu söylemektedir²¹⁹. Bu durumda bir suç soruşturmasında metinde belirtilen meşru gerekçenin varlığı özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak 122-4 maddesinin koruma şemsiyesi altına girecek ve

²¹⁶ André Vitu, "Un fait justificatif spécial: la permission légale instaurée par l'article 73 du code de procédure pénale", **RSC**, Y: 1990, s. 327 vd.

²¹⁷ Gizli devlet görevlisinin sızması şeklindeki tedbirleri düzenleyen hükümler için bkz. Fr. CMY Md. 706-81 vd. ve Gümrük Yasası Md. 67 bis; Bu düzenlemelerin doğurduğu başlıca tartışmalara içtihadî yaklaşım için bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 26 Eylül 1995, Karar no 95-83071, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1995, no 283.

²¹⁸ Yasa hükmü ile ilgili bir temyiz yargılamasında anayasallık önmeleşesi iddiasında bulunulmuş Yargıtay Ceza Dairesi Anayasa Konseyi'ne gönderme talebini reddetmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 1 Nisan 2014, Karar no: 13-85519)

²¹⁹ Conte – Maître du Chambon, **Droit pénal général**, k.n. 249, Yazarlar bu sakıncayı dile getirirken özellikle ebeveynlerin meşru bir neden olmaksızın "*sans motif légitime*" çocuklarının sağlığı, güvenliği ve esenliği için gerekli yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesini cezalandıran Fr. CY 227-17 maddesine vurgu yapmaktadırlar.

bunun yokluğunu (meşru gerekçenin yokluğunu) ispat etme mükellefiyeti soruşturma makamlarının üzerinde kalacaktır²²⁰. Yani tipiklik hukuka aykırılığın karinesiyken ve hukuka uygunluk nedeninin ayrıca araştırılması gerekirken kanunun meşru bir gerekçe olmadıkça cezalandırdığı suçlar bakımından kanunun müsaadesi ve hatta onun önüne geçen meşru gerekçe tipiklik ile birlikte araştırılacaktır²²¹.

Kanunun müsaade etmesi şeklinde ortaya çıkan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bazı durumlarda diğer hukuka uygunluk nedenleri ile çatışabilmektedir. Fransız Yargıtayı; önüne gelen, gebeliğin iradi olarak sonlandırılmasına engel olma suçuyla²²² ilgili bir dosyada, fiil kanun tarafından izin verilmiş bir fiilse bu fiile karşı eylemlerin zorunluluk hali gerekçesiyle hukuka uygun hale gelmeyeceğini söylemiştir²²³. Yasanın izin verdiği bir eyleme karşı koymak *a priori* olarak zorunlu olarak ele alınamaz denilebilir²²⁴.

Doktrinin genel olarak ortaya koyduğu ve uygulanacak kuralın ceza ya da ceza hukuku dışı fonksiyonuna göre değerlendirmenin yapılması gerektiği (ceza kuralı olması durumunda sorumsuzluğun olacağı ceza hukuku dışı kural olması durumunda sorumsuzluğun söz konusu olamayacağı) şeklindeki yaklaşım, kanunun açık ya da örtülü müsaadesinden çıkarılan bu hukuka uygunluk alanında kanunun emretmesi

²²⁰ Catherine Caillé, “Le motif légitime en droit pénal”, **Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal** (RPDP) Y: 1998 S: Temmuz – Eylül ve Ekim – Aralık, s. 701 vd.

²²¹ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 18.

²²² 2017-347 sayılı 20 Mart 2017 tarihli yasa ile kapsamı daha da genişletilen Kamu Sağlığı Yasası Md. L. 2212-1 ve L. 2223-2 maddelerinde düzenlenen suç.

²²³ Fr. Yarg. Ceza D. 31 Ocak 1996, Karar no: 95-81319, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1996, no 57; Benzer yönde Fr. Yarg. Ceza D. 27 Kasım 1996, Karar no: 96-80318; Fr. Yarg. Ceza D. 5 Mayıs 1997, Karar no: 96-81462; Michel Danti-Juan; “État de nécessité”, **Répertoire de droit pénal et de procédure pénale** içinde, Dalloz, k.n. 42.

²²⁴ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 19. Zorunluluk hali dışında bazı fiiller saik ile meşrulaştırılmak istense de Fransız Hukuku saikin önemsizliği ilkesini göz önünde bulundurarak bunu kabul etmemektedir. Örneğin Kamu Sağlığı Yasası’nın L. 2212-8 maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre ihtisası kadın doğumu olmayan bir doktorun hamileliği asla kasıtlı olarak sonlandırma yetkisi yoktur. Aynı şekilde hemşireler ve ebelerin bu işlemlere hiçbir şekilde yardım etme yetkileri tanınmamıştır. Benzer şekilde Kamu Sağlığı Yasası Md. L. 2123-1, fıkra 7, bir hekimin asla doğum kontrolü amaçlı kısırlaştırma operasyonlarını gerçekleştiremeyeceğini öngörmektedir. Hakaret suçuna ilişkin saikin önemsizliği ile ilgili bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 25 Şubat 1992, Karar no 90-86775, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1992, no 85.

alanında olduğundan daha az yoğunluktadır. Burada bir kere daha ifade edilmelidir ki müsaadenin ceza hukuku kuralı niteliğine sahip olmasına gerek yoktur.

Fransız ceza hukukunda içtihat, nesnel olarak bir emir ile bir suç tipi düzenlemesinin çatışması halinde yargılananların iddialarını kendiliğinden ciddiye alarak hukuka uygunluğun varlığını kabul etmemektedir. Yukarıda emir bahsini incelerken örneklerini verdiğimiz kararlar doğrultusunda kanun tarafından düzenlenen emirdeki fiilin söze konu olayda bir suç tipine vücut veren emir olup olmadığını özellikle değerlendirmektedir. Fakat kanunun bir şeye müsaade ediyor olması bu hukuka uygunluk türünden yararlanmak için yeterli görünmektedir²²⁵. Bu minvalde de içtihat özellikle medeni hukuk ile ceza normlarının çatışması hallerinde iyi niyet ve hileli kast kavramlarını her olay özelinde değerlendirmektedir.

Örneğin mülkiyete karşı işlenen suçları cezalandıran metinler ile borçlunun mirası üzerinde alacaklının hak iktisabını düzenleyen medeni hukuk hükümleri arasında ortaya çıkan kanunlar ihtilafında bu durumu müşahade etmek mümkündür²²⁶. Yine pek çok medeni hukuk sözleşmesi ya da medeni hukuktan doğan haklar ceza hukuku - medeni hukuk çatışmasının konusu olabilir²²⁷. Örneğin bir alıcı, medeni hukuk kurallarına göre eşya ve fiyat üzerinde anlaşma söz konusuysa o eşyanın malikine dönüşebilir. Bu alıcının, anlaşılan fiyatı ödemediği eşyayı alıp götürmesi durumunda medeni hukuk normu ile hırsızlık suçunu düzenleyen ceza hukuku normu çatışmaktadır²²⁸. Yahut hapis hakkının kullanılması durumunda emniyeti suiistimal suçuna ilişkin ceza hukuku normu ile medeni hukuk normu çatışmaktadır²²⁹. Başkaca örneklerle²³⁰ bu çatışma durumunun sayısını artırmak mümkündür.

²²⁵ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 51.

²²⁶ Merle - Vitu, **Traité de droit criminel**, k.n. 471; Ceza Hukuku ve Medeni Hukuk çatışması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Patrice Roland, Les contradictions du droit pénal et du droit civil, Lyon Üniversitesi Doktora Tezi, Lyon, 1957, s. 798.

²²⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Reynald Ottenhof, **Le droit pénal et la formation du contrat civil**, LGDJ, Paris, 1970

²²⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 4 Haziran 1915, **Dalloz Périodique**, Y: 1921, s. 57; Fr. Yarg. Ceza D. 18 Temmuz 1963, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1963, no 262.

²²⁹ Fr. Yarg. Ceza D. 17 Kasım 1970, **JCP Général**, Y: 1971, C: II, s. 16692.

²³⁰ Hapis hakkının kullanılacağı söylenmesi ile borcun ödenmesinin sağlanması ve şantaj suçu ilişkisi için bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 22 Haziran 1972, **JCP Général**, Y: 1973, C: II, s. 17326.

İlkin tüm bu yetkilerin medeni hukuk tarafından sağlanmış olması halinde ceza hukuku bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğu söylenir. Yalnız Fransız ceza hukuku başlı başına yalın bir şekilde bu müsaadenin medeni hukuk tarafından sağlanmış olmasını yeterli görmemektedir. Davranış medeni hukuka uygun olsa da failin hileli kastının varlığı ortaya çıkarılabiliyorsa bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemeyecek ve suçun varlığı ortadan kalkmayacaktır²³¹. Türk ceza hukukunda karşılaşmadığımız bir kavram olan hileli kast, Fransız hukukunda ceza sorumluluğu alanında medeni hukuk mekanizmalarının etki doğurmasının önüne geçmek için kullanılan içtihadi bir kavramdır²³².

Medeni hukuktan kaynaklı yetkiler yine medeni hukuk gereği dürüstlük ve iyi niyet çerçevesinde tatbik edilirse medeni hukuk tarafından korunur. Medeni hukuktan kaynaklı yetkilerin ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk değeri taşıyabilmesi de bu yetkinin medeni hukuk tarafından korunuyor olması ön şartına bağlıdır. Bu anlamda Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi de medeni hukuktan kaynaklı yetkileri hileli kast yoksa bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir²³³.

Sonuç olarak bir müsaade, suçun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırıyorsa da uygulayanın müsaadeye uygun davranmak konusundaki samimiyeti de ayrıca değerlendirilmektedir. Samimi değilse yani Fransız içtihadının ifadesiyle hileli kast mevcut ise bir hukuka uygunluk nedeni varlık bulamayacaktır. Bu yönde kararlara hırsızlık²³⁴, mala zarar verme²³⁵ gibi artırabilecek pek çok²³⁶ medeni hukuk ile ceza hukukunun kesiştiği konularda rastlamak mümkündür²³⁷.

²³¹ Mascala, “Art. 122-5 et 122-6, fasc. 20”, k.n. 52.

²³² A.e.

²³³ Ceza Dairesi, zilyetliğin hukuka uygunluğu ve alıcının iyi niyeti, Medeni Kanun’un 2283. maddesinin (Eski Medeni Kanun Md. 2279) ilk fıkrasının uygulanma şartlarını oluşturduğundan sanık hırsızlık konusu bir taşınır malı satın alarak kabul etmekten suçlu bulunamaz kararını vermiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 24 Kasım 1977, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1977, no 371).

²³⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 5 Haziran 1940, **Recueil Dalloz**, Y: 1941, s. 30.

²³⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 5 Ağustos 1926, **Recueil Sirey**, Y: 1928, C: I, s. 36; Fr. Yarg. Ceza D. 20 Haziran 1963, **Recueil Dalloz**, Y: 1963, s. 660.

²³⁶ Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1984, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1984, no 33.

²³⁷ Sadece medeni hukuk değil mali hukuk ile ceza hukukunun kesiştiği konularda da benzer kararlara rastlamak mümkündür. İctihat tarafından çeşitli X sınıfı filmlerin gösterimi bağlamında iyi ahlakın terzili meseleleri ile ilgili olarak da aynı yaklaşım benimsenmektedir. İctihat mali hukukun

Özetle hukuka uygunluk, ancak failin müsaade düzenlemesindeki fiile uygun davranması ve de müsaadeye uygun davranırken iyi niyetli olması ile mümkündür. Kişi kötü niyetli olarak ya da bir savunma vasıtası olarak kanunun hükmünü yerine getirdiği iddiasında olabilir. Bu yüzden kanunun emrettiği ya da müsaade ettiği bir davranışın gerçekleştirildiğinin tespiti önem arz etmektedir. Davranışın hukuka uygun bir davranış olması zorunludur. Ayrıca hukuka uygun davranış bu hukuka uygunluk nedeninin bir diğer şartını teşkil eder.

2. Hukuka Uygun Bir Davranış

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden kaynaklanan sorumsuzluk hali, yukarıda incelediğimiz hukuka uygun hale getiren bir normun varlığı yanında gayet tabii olarak hukuka uygun hale gelecek bir davranışı da incelemeyi gerektirmektedir. Öncelikli olarak bu davranışın en belirgin özelliği bir suç tanımına uyuyor olmasıdır. Zira hukuka uygunluğu tartışılacak bir fiilden bahsedilebilmesi için onun öncelikle tüm görünümleri ile yasa koyucunun icra etmeyi ya da ihmal etmeyi yasakladığı davranış kalıbına uyup uymadığı tespit edilmelidir.

a. Suç Tanımına Uyan Davranış

Muhakkak ki 122-4 maddesinde tanımını bulan ve çalışmamızın konusunu da teşkil eden hukuka uygunluk nedenleri için her şeyden önce suç tanımına uyan bir fiilin varlığı elzemdir. Aksi takdirde ceza sorumluluğunun varlığı üzerine tartışmaya konu olacak bir fiil bulunmadığından ceza sorumluluğunun da tartışılması gereksizdir. Bu suç tipine uygun davranış skalası, eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesinin kısıtlayıcı düzenlemesi nedeniyle öncesinde oldukça dardı. Gerçekten de eski 327.

müsaadesinin bunun suiistimal edilmesine imkân tanımayacağını ortaya koymaktadır. Mali hukuktan doğan müsaadenin bir sınırı vardır ve mali hukuk “insanı küçültücü cinsel sapkınlıkları ve şiddeti ayrıntılı bir şekilde gösteren ve daha fazlasını yapan” pornografik eserleri göstermenin sorumluluktan bağışıklığını temin etmemektedir. (Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1979, **JCP** Général, Y: 1979, C: II, s. 19044); Benzer bir davada Fransız Yargıtayı, sinema salonu işletmecilerinin, pornografik filmler ile ilgili titiz bir rejim belirleyen mali hukuka tek başına dayanamayacağını, gerektiğinde iyi ahlakın terzilinden (Eski Fr. C.Y. Md. 283) de sorumlu olabileceğine hükmetmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1979, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, no 37; Benzer yönde Fr. Yarg. Ceza D. 6 Mayıs 1986, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1986, no 152)

madde yalnızca öldürme, yaralama, darb fiillerinden bahisle bu hukuka uygunluk nedenini düzenlemekteydi. Bu durum, içtihadın bu hukuka uygunluk nedeninin etki alanını düzenlemenin ötesinde genişletmesine neden olan başlıca etmendir²³⁸. 122-4 maddesinin bugünkü metninin, içtihadın bu genişletici yaklaşımını ve uygulamasını onayladığını ve hukuka uygun hale gelebilen davranışlar noktasında eski 327. maddeye göre çok daha anlaşılır bir hüküm ifade ettiğini söyleyebiliriz.

1810 Fransız Ceza Yasası'nın ceza sorumsuzluğuna dair en önemli diğer iki maddesi (md. 64 ve md. 328) gibi 327. madde de aynı ibare (...halinde cürüm de cünha da oluşmaz) ile sonlanmaktaydı. (*"Il n'y a ni crime ni délit..."*²³⁹). Bu ibarenin tercih edilmesinin nedeni, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerin eski Fransız Ceza Yasası düzeninde bulunduğu yer ile bağlantılıdır. Böyle bir ibare tercih edildiği zaman da hemen akla şu soru gelmektedir. Bu nedenler kabahatlerden kaynaklı sorumsuzluğu kaldırmakta mıdır²⁴⁰? Kanunun ceza sorumsuzluğu nedenlerinin her türlü ceza sorumluluğunu kaldıracağını açık açık söylememesi elbette bir eksikliktir. Fakat bu eksikliğin doktrinde ve içtihadta bir karşılığı olmamıştır. Hemen hemen ittifak halinde doktrin cürümler ve cünhalar için yani daha ağır suç kategorileri için ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedenin evleviyetle kabahatler için yani daha hafif suç kategorisi için de işler olduğunu söylemektedir. Yargısal uygulamalarda da 327. Maddenin bu sınırlı sayma yöntemi dikkate alınmamış ve ceza sorumsuzluğu kabahatleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmıştır²⁴¹.

Hangi suç kategorilerinin hukuka uygun hale gelebileceğine dair eski 327. maddenin bu görünüşte kısıtlayıcı düzenlemesi doktrin tarafından pek itibar görmemişse de madde sınırlamayı sadece suç kategorileri bakımından yapmayıp hangi tür fiillerin de hukuka uygun hale gelebileceğini sınırlı bir şekilde saymıştır ve bu kısıtlama itibar görmüştür. Suç kategorilerinin kısıtlılığının pek itibar görmemesi hakikati, fiillerin de kısıtlanmasının itibar görmemesi bakımından geçerli değildir.

²³⁸ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 21.

²³⁹ Türkçe'de öğelerin cümle içerisindeki yerleri nedeniyle Fransızca formül "*Il n'y a ni crime ni délit..."*" tercüme edildiğinde sona gelmektedir. Orijinal kanun metninde formül başta yer almaktadır.

²⁴⁰ Pradel, **Le nouveau code pénal**, k.n. 38.

²⁴¹ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 22; Desportes – Le Guehec, **Le nouveau droit pénal**, k.n. 694

327. madde düzenlemesine bakıldığında ilk olarak metnin, kanun tarafından emredilen “öldürme, yaralama ve darb” fiilleri bakımından hukuka uygunluğun değer ifade ettiğini söylediği anlaşılmaktadır. Metnin bu hali, pek çok yazarın bu hukuka uygunluk nedeninin yalnızca bu sayılan fiiller bakımından geçerli olacağını ve ancak bu fiillerin işlenmesi halinde bunun tartışılabileceğini öne sürmelerine neden olmuştur²⁴². Diğer yandan ise tam aksi yönde, bu hukuka uygunluk nedeninin öldürme yaralama ve darb fiillerinin ötesinde temel bir prensip olarak ele alınması, bu suçlar bakımından ise belirtici bir mahiyette düzenlemenin bunları saydığı görüşü dile getirilmekteydi²⁴³. İkinci görüşün taraftarlarının çoğunlukta olduğunu²⁴⁴ ve yukarıda da zikrettiğimiz gibi Fransız Yargıtayı’nın görüşünün de bu yönde olduğunu söylememiz gerekir²⁴⁵. Kanaatimizce de öldürme, yaralama gibi en ağır fiiller bakımından meşruiyet dayanağı sağlayan bu hukuka uygunluk nedeninin daha az ağır fiiller bakımından bir değer ifade etmemesi düşünülemez. Kaldı ki örneğin arama faaliyeti için bir konuta giren polisin bu fiilinin, eski 327. maddede sayılı meşrulaşabilir sınırlı fiillerden olmaması nedeniyle konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturduğunu söylemek hukuken gerçekçi bir değerlendirme olamayacaktır²⁴⁶.

Bugün Fransız Ceza Yasası’nın 122-4 maddesi, eski 327. maddenin içtihatça oluşturulan geniş uygulamasını kabul eder bir düzenlemedir. “*Öldürme, yaralama ve darb... ise cürüm de cünha da yoktur.*”²⁴⁷ ifadesinin yerini “... *emredilen ya da müsaade edilen bir fiili gerçekleştiren kişi cezai olarak sorumlu değildir.*”²⁴⁸ ifadesi almıştır.

²⁴² Bkz. Faustin Hélie – Adolphe Chauveau, **Théorie du Code pénal**, 6. Baskı, C: 1, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1887, k.n. 317 vd.

²⁴³ Emile Garçon, **Code pénal annoté**, nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel (Art. 1 à 294), Sirey, Paris, 1952 C: 1, art. 64, s. 221 vd; Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 22.

²⁴⁴ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 22.

²⁴⁵ Rassat, **Droit pénal général**, s. 386.

²⁴⁶ Merle - Vitu, **Traité de droit criminel**, k.n. 443

²⁴⁷ Eski Fr. CY 327. maddenin kullandığı formülün orijinal metni: “*il n’y a ni crime ni délit, lorsque l’homicide, les blessures ou les coups...*”

²⁴⁸ Fr. CY Md.122-4 kullandığı formülün orijinal metni “*n’est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé...*”

1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi metni çerçevesinde bazı yazarlar, kanunda emredilen veya izin verilen hareketlerin tamamının *a priori* olarak suç tipine uyan hareketler olmadığını, 122-4 maddesinin bu ifade biçiminin yanlış olduğunu dile getirmektedirler. Buna göre kanun koyucunun, belirlilik bakımından daha uygun düşen bir ifade olarak “normalde cezalandırılan bir fiil” lafzını tercih etmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁹. Diğer taraftan madde lafzındaki izaha muhtaç yanlardan biri de “fiil” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Fransızcada “acte” kelimesi icrai manada hareket ya da fiil anlamına gelmektedir. Dolayısıyla metnin bizzat kendisinin ihmali nitelikteki eylemleri kapsayıp kapsamadığı ve ihmali nitelikteki davranışların belirtilmesinin ya da bunlara izin verilmesinin ihmali hareketin doğasına uygun olup olmadığı, haliyle 122-4 maddesinin ihmali hareketleri de içine alacak şekilde yorumlanma yeteneğinin olup olmadığı sorunu dile getirilmektedir²⁵⁰. Örneğin fuhuşa yardım fiillerini cezalandıran metinler, fuhuş yapma niyetindeki kişilere yer kiralama eylemini cezalandırmaktadır. Yani tam tersi manasıyla fuhuş yapma niyetindeki kişilere yer kiralamaktan kaçınmayı otelcilere ve hatta diğer özel kişilere emretmektedir. (Fr. C.Y. md. 225-10). Bu fiil aynı zamanda ahlaki nedenlerle hizmet sunmaktan kaçınmayı cezalandıran 225-1 maddesindeki suçu oluşturmaktadır. Bu şartlarda kuşkusuz 122-4 maddesinde yer alan ilkeyi “... emredilen ya da izin verilen normalde bir suçun kurucu unsuru olan davranışı gerçekleştiren kişinin ceza sorumluluğu yoktur.” şeklinde okumak icrai hareketlere göre daha kapsayıcı olduğundan tercihe şayandır ve ihmali hareket de görülebildiği üzere emredilen bir davranış olabilmektedir²⁵¹.

Son olarak failin davranışı fikren ya da gerçek olarak birden fazla tipe uygun davranışı gerçekleştirmek yönündeysen kanunun müsaade etmesi ya da emretmesi aynı anda birden fazla tipe uygun davranışı hukuka uygun hale getirebilir²⁵². Örneğin mesleklerinin icrası gereği sermaye hareketlerini gerçekleştiren, bunları kontrol eden, bunlara yönelik danışmanlık veren kişiler bu hareketlerin karapara aklama ya da terörizmin finansmanı amacıyla yapıldıkları yönünde şüphe duymaları halinde gerekli

²⁴⁹ Robert, **Droit pénal général**, s. 252.

²⁵⁰ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 23.

²⁵¹ A.g.e.

²⁵² A.g.e, k.n. 24.

bildirim süreçlerini işletmek zorundadırlar. (Para ve Finans Yasası Md. L. 561-15). Böyle bir ihtimalde bildirimde bulunan kişinin davranışları öncelikli olarak karapara aklama ya da terörizmin finansmanı fiillerine iştirak ile uyumlu ve sonrasında meslek sırrını ihlal suçunun tipik fiilini oluşturmuş olabilir²⁵³. Bu halde kanunun hükmünü yerine getirdiği için her iki fiil bakımından da hukuka uygunluk etkisini gösterecektir.

b. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Aşılması

Kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk neticesi sağlaması için yalnızca hukuka uygun hale getiren bir normun varlığı ve tipe uygun davranışın gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Bu iki şartın bir biri ile örtüşmesi yani tipe uyan davranışın ayrıca kanun tarafından düzenlenen emre ya da müsaade edilen harekete karşılık gelmesi gerekmektedir. Bu yönde bir araştırmanın neticesinde her iki unsurun konusu olan hareket aynı hareketse hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilir.

Kişilerin suç oluşturan davranışlarının hukuka uygun hale getiren normda belirtilen davranış ile tam bir uyum içerisinde olması zorunludur. Bazı hallerde hukuka uygun hale getiren norm, metninde açık ve kesin bir şekilde uygulanabilirliği için bir takım şartları zorunlu kılmaktadır. Aşağıda örneklerini vereceğimiz Ceza Muhakemesi Yasası'nda düzenlenen koruma tedbirleri bakımından, kolluk kuvvetlerinin silah kullanma yetkisi bakımından durum böyledir. Bu hallerde 122-4 maddesinin aradığı şartlar yanında dayanak normun aradığı şartların da hukuka uygunluk için bir araya gelmesi zorunludur. Bazı durumlarda ise hukuka uygun hale getiren norm, metninde herhangi bir özel şart ortaya koymamaktadır²⁵⁴. Bu durumda dayanak normun aradığı şartların ötesinde her hukuka uygunluk nedeninde olduğu gibi ölçülülük ve gerekliliğe ilişkin bir değerlendirme yapılması zorunludur.

Kanuni emrin veya müsaadenin, metinde belirtilen özel şartlar ile birlikte ancak hukuka uygun hale getirme özelliği kazanacağı örnekler bulunmaktadır. Örneğin Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın 100. maddesi, telekomünikasyon yoluyla

²⁵³ Fr. Yarg. Ceza D. 7 Aralık 1995, Karar no: 95-80888

²⁵⁴ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 25

gerçekleştirilen iletişimin zapta alınması tedbirine, bilgi elde etmenin gerektirmesi koşuluyla cürümlere ve cünhalara ilişkin meseleler ve iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin soruşturmalar dâhilinde izin vermektedir. Böyle bir fiil, normalde Fransız Ceza Yasası 226-1 maddesi muvacehesinde özel hayata saldırı suçunun kurucu hareket unsurunu oluşturur. Maddenin aradığı şartlar dışında telekomünikasyon yoluyla iletişimin zapta alınması halinde kanunun hükmünü yerine getirmeden kaynaklı bir hukuka uygunluk nedeni varlık bulamayacaktır. Aynı yasanın 73. maddesi yukarıda da değinildiği gibi bir cürüm ya da hapis cezasını gerektiren bir cünhaya ilişkin suçüstü hali varsa herkese şüpheliyi yakalama yetkisi vermektedir²⁵⁵. Bu yetki kapsamındaki davranış normalde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (Fransız Ceza Yasası'ndaki ismiyle keyfi alıkoyma - *séquestration arbitraire*) suçunun kurucu hareket unsurunu oluşturur²⁵⁶. Bu yetki çerçevesindeki düzenlemelerin aradığı şartların karşılanmaması halinde ceza sorumluluğu tamdır. Yine kişinin yakalandıktan sonra en kısa sürede adli mercilere teslim edilmesi gerekirken bu sürenin anlamsız olarak uzatılması halinde sınır aşılmış olacaktır ve ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Yargıtay sınırın aşılması noktasındaki en önemli ölçüt olan ölçülülük ve gerekliliğe yakalamanın her aşamasında ve kullanılan araçlarda dikkat etmektedir²⁵⁷. Yine Yargıtay yukarıda sayılan yetkiler dışında kamu görevlisi olmayan kişilere tanınan müsaadelere uygun davranılmasında da gereklilik ve ölçülülüğü değerlendirmektedir. Bu gereklilik bazen dayanak normun kendisinde de özel olarak düzenlenmektedir²⁵⁸. Gereklilik bazı yetkiler bakımından oldukça sıkı bir rejime tabidir. Öyle ki silah kullanma yetkisinde olduğu gibi bazı yetkilerin kullanılması son

²⁵⁵ Yakalamanın hukuka uygun görülmemesine ilişkin olarak bkz. Fr. Yarg. Ceza D. 13 Nisan 2005, Karar no: 04-83939, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2005, no 131; Fr. Yarg. Ceza D. 28 Mart 2006, Karar no: 05-81706, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2006, no 88.

²⁵⁶ Fr. Yarg. Ceza D. 16 Şubat 1988, Karar no: 87-84407, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1988, no 75.

²⁵⁷ Ulusal Av ve Yaban Hayatı İdaresine bağlı memurlar tarafından gerçekleştirilen bir yakalama eyleminde failler, hiçbir direniş göstermeyen mağdura karşı sert derecede şiddet kullanarak ölçüsüz ve orantısız bir süreç neticesinde yakalamayı gerçekleştirdikleri için Fransız Yargıtayı hukuka uygunluğu kabul etmemiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 26 Haziran 2012, Karar no: 11-87416).

²⁵⁸ Kırsal Bölgeler Kanunu'nun L. 411-28 maddesi (eski düzenlemenin 836. maddesi) çiftçilere, yalnızca bitişik bir kaç parselin bir araya getirilmesi ve birleştirilmesi ihtiyacı gerektirdiğinde kiralanan yerdeki bentleri, çitleri, arkları ve ağaçları kaldırma izni vermektedir. Bu gereksinim yoksa hukuka uygunluktan bahsedilemez. (Fr. Yarg. Ceza D. 25 Nisan 1979, Karar no: 78-92152, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, no 149).

çare (*ultime recours*) olması koşuluna bağlıdır²⁵⁹. Bununla beraber yine silah kullanma yetkisinde olduğu gibi içtihat sınırın aşılması sakıncasını öngörerek sınırın aşılması ihtimali söz konusu olacaksa yetkinin kullanılmaması gerektiğini söylemektedir²⁶⁰. İlgili normun aradığı şartlara uyulmaması ya da ölçüsüz bir şekilde bu yetkinin kullanılması ilgisinin hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaması sonucunu doğurur²⁶¹. Düzenlemelerin aradığı şartlar yanında içtihadın aradığı gereklilik, ölçülülük şartlarının ve hatta silah kullanma yetkisinde olduğu gibi silahın kullanılacağı ortamın sınırı aşma riski doğurmayacak şekilde müsait olması gibi başkaca şartların da karşılanması zorunludur²⁶².

Şartların gerçekleşmesi halinde ancak etki doğurabilecek hukuka uygun hale getiren emir veya müsaadenin yanında emir ve müsaadenin dışında herhangi bir ayrıntı içermeyen yani emri ya da müsaadeyi herhangi bir şarta bağlamayan düzenlemeler de bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki bu durum hukuka uygunluğun herhangi bir şarta bağlı olmaksızın emredilen ya da müsaade edilen şeyin gerçekleştirilmesiyle kendiliğinden söz konusu olacağı anlamına gelmemektedir²⁶³. Yukarıda da ifade edildiği gibi tüm hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özelliği ölçülülük - orantılılıktır ve emredilen ya da müsaade edilen davranış ölçülülük - orantılılık ilkesi ile uyumlu olmalıdır²⁶⁴. Düzenlemenin ister kanun olsun ister genel düzenleyici işlem olsun hiçbir

²⁵⁹ Fransız Ulusal Savunma Yasası'nın silah bulundurmaya, sevk etmeye ve kullanmaya ilişkin düzenlemeleri jandarma yetkilileri ve alt yetkililerinin, L 2338-3 maddesinde sayılan adli ve idari otorite yokluğu halinde ancak silahlı kuvvet olarak vazife göreceğini belirtmektedir. (Fr. Yarg. Ceza D. 16 Ocak 1996, Karar no: 94-81585, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1996, no 22; Fr. Yarg. Ceza D. 30 Nisan 1996, Karar no 95-82500, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1996, no 178).

²⁶⁰ Fransız Yargıtayı L 2338-3 maddesinin silah kullanmayla ilgili olarak öngördüğü şartlar dışında silahın kullanılabilmesi için silahın kullanılacağı ahvalin silah kullanmayı mutlak olarak zorunlu kılmasını ve silah kullanmaya müsait olmasını aramaktadır. (Olivier Décima - Stéphane Detraz - Edouard Verny, **Droit pénal général**, 3. Baskı, LGDJ, 2014, k.n. 250; Fr. Yarg. Ceza D. 18 Şubat 2003, Karar no: 02-80095, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2003, no 41).

²⁶¹ Fr. Yarg. Ceza D. 23 Mart 2004, Karar no: 03-82852, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2004, no 77; AİHM Douet – Fransa'ya karşı davasında Mahkeme, bir otomobil sürücüsünün yakalanması eyleminde eylemin insanlık dışı olduğuna karar vererek Fransa'yı AİHS 3. Maddenin ihlalinden mahkum etmiştir. (AİHM 3 Ekim 2013 tarihli 16705/10 Başvuru no'lu kararı)

²⁶² Fr. Yarg. Ceza D. 12 Mart 2013, Karar no: 12-82683, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2013, no 63.

²⁶³ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 27.

²⁶⁴ "7 Şubat 2011 tarihinde saat 17,55 sularında içlerinde Bay Frederic Y. 'nin de olduğu üç güvenlik kuvvetinden oluşan devriye, Audincourt şehir merkezinde vazife yürütürken iki farklı mahalleden yüz kadar gencin karıştığı taş ve demir çubukların kullanıldığı bir kavgaya rast gelmişler ve müdahale etmeye yeltenen ve takviye isteyen iki belediye güvenlik görevlisine destek vermeye karar vermişlerdir. Birini diğerinden ayırmak için iki grubun arasına giren Bay Y. Genellikle flashball olarak bilinen ve adlandırılan gerçek mermi atmaya savunma silahını ateşlemiştir. Fakat bu ateşlemenin ardından 17

başkaca şart koymaksızın yalnızca bir emri ya da müsaadeyi ihtiva ediyor olması karşısında failin yine de sınırı aşmadan düzenlemede tanımlanan ve tipe uyan davranışı gerçekleştirmesi gerekir²⁶⁵. Gerçekten kanun koyucu pek çok metinde gerekliliğe ve ölçülülüğe özel olarak yer verirken pek çok metinde ise buna gerek duymamaktadır²⁶⁶. Yetki düzenlemesinin buna yer vermemesi böyle bir şartın aranmadığı anlamına gelmeyip tam tersi buna yer verilmesi gereklilik ve ölçülülüğün hem emre ya da müsaadeye göre davranacak faile hem de yargı mercilerine hatırlatılması anlamına gelmektedir.

Aynı durum örf adete dayalı gerçekleştirilen fiillerin hukuka uygunluğu bakımından da söz konusudur. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi örf adet, ebeveyn ve eğitimcilere, çocukların eğitim ve gelişimleri yararına onları oldukça hafif şiddette

yaşındaki ve polisin bulunduğu yöne doğru ilerleyen gruptan birkaç metre uzakta bulunan Bay X gözünden ağır şekilde yaralanmıştır. Bay Y aleyhine kasıtsız yaralama fiilinden ötürü soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma Yargıcı Bay Y hakkında kasıtlı yaralama ile ilgili nitelendirme yapmadan kasıtsız yaralama fiili ile ilgili kamu davası açılmasına yer olmadığı emrini vermiştir. Bu karara Bay X itiraz etmiştir.

Verilen emrin onaylanması için, Toplanma esnasında gerçekleşen vakıaların tamamının Ceza Yasası'nın 431-3 maddesi anlamındaki vakıalar olduğunu ve güvenlik güçlerinin kendilerine karşı şiddet ya da saldırı olması halinde doğrudan kuvvet kullanmalarına olanak sağlayan ve kamusal bölgeyi başka türlü savunma imkanı yoksa ilk üç fıkradaki yükümlülüklerden muaf tutan bu maddenin 4. fıkrasının uygulanmasının olanağı bulunduğu karar verilmiştir. Mahkeme taşımaya ve kullanmaya yetkili Bay Y tarafından gerçek mermi atmayan savunma silahının kullanılması şartlarının, bu silah kullanmanın yalnızca kanunun öngördüğü ve somut olaydaki gibi toplanmalar çerçevesindeki düzenlemelerde yer alan şartların bir araya gelmesi halinde kullanımına müsaade edilen kuvvet kullanmaya benzediğini belirleyen 31 Ağustos 2009 tarihli kullanma doktrinine uygun görünmekte olduğunu ve bu yüzden göz yaşartıcı gaz gibi başkaca caydırıcı araçların kullanılmamış olmasının yersiz olduğunu ekler. ;

Polis memurları gerçekleşmekte olan şiddete bir son vermeye yönelik operasyonu kendi bulguları doğrultusunda kalabalığı dağıtarak gerçekleştirmişlerdir. Öyle ki düzeni sağlama misyonlarını değil adli polis memuru misyonlarını yerine getirmişlerdir. Bu bağlamda polis memurlarının flash ball silahını meşru bir şekilde kullanıp kullanmadığını araştırmayan Soruşturma yargıcı bu kararı meşrulaştırmamıştır.” Fr. Yarg. Ceza D. 21 Şubat 2017, Karar no 16-80080.

²⁶⁵ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 27; Michèle-Laure Rassat, **Le droit pénal**, Dalloz, 2005, s. 49. – Georges Vermelle, **Le nouveau droit pénal**, Dalloz, 1994, s. 65

²⁶⁶ Yasa tehlike altındaki kişiye yardım ulaştırmayı herkese emrederken (Fr. C.Y. madde 223-6, fıkra 2) bu yardımın orantılı olması gerektiğini de söylemeye gerek duymamaktadır. Arkadaşlarına taş atmak üzere olan bir çocuğu yakalayan kişinin bu tehlikelilik haline son vermek adına çocuğun elinden taşı almak için kolunu kıvrıp kırması halinde emrin orantılı bir şekilde yerine getirilmediği açıktır. Fail yardım etme emrine aykırılıktan değil fakat yaralama fiilini meşrulaştıran emri ölçülü bir şekilde yerine getirmediğinden duruma göre kasıtlı ya da kasıtsız yaralamadan sorumlu olacaktır. (Alger İstinaf Mahkemesi, 9 Kasım 1953, **Recueil Dalloz**, Y: 1954, s. 369; Benzer yönde Fr. Yarg. Ceza D. 17 Eylül 2003, Karar no: 03-80524, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2003, no 165, Kararda Portekiz’de bir ateşli silah ile yaralanan, kilometrelerce yol katettikten sonra Fransa’ya gelen yaralı kişiyi evine kabul eden ve bir hafta süreyle bakımını üstlenen bir hemşire, yardım yükümlülüğünün sınırlarını kasten aştığı için suçluyu saklama cünhasından (*recel de malfaiteur*) mahkum edilmiştir.)

cezalandırma müsaadesini vermektedir ve bu durum içtihat ile de tasdiklenmektedir. Fakat bu müsaade çocuğa sert bir tokat atma ya da mahkeme kararlarına konu olmuş şekilde altı yaşındaki bir çocuğun kafasını tuvalet klozetine daldırma ve kafasından aşağı sifonu çekme gibi eylemleri kapsamamaktadır. Bu yöndeki eylemler çok açık bir şekilde kabul edilebilir bir zorlamanın sınırlarının ileri derecede aşılmasıdır²⁶⁷.

Failin emreden ya da müsaade eden hükmü yerine getirirken sınırı kasten aşması halinde ilgili norm hukuka uygunluk etkisini doğurmayacak ve fail kasten işlediği fiilden sorumlu tutulacaktır. Bunun dışında Fransız Ceza Yasası hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması haline özgü bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Failin sınırı kast olmaksızın aşması halinde kasıtsız suçlara ilişkin genel düzenlemeler çerçevesinde sorumluluk kendini gösterecektir. Lakin failin bir kanun hükmünü yerine getirirken sınırı aşması Fransız Ceza Yasası'nın 132-1 ve devamı maddelerinde düzenlenen cezaların belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilir ve failin kasıtlı ya da kasıtsız suça ilişkin cezası azaltılarak ferdileştirilebilir.

Çalışmamızın ilk bölümünde Fransız ceza hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni tarihi gelişimi ve şartları ile birlikte incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde Fransız ceza hukukunda bu hukuka uygunluk nedeni ile bağlantılı konular ele alınacaktır. Ceza Kanunumuzda ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen (TCK Md. 26/2) ve öğretide kanunun hükmünü yerine getirmeden farklı bir başlık altında incelenen “ilgilinin rızası” Fransız hukukunda tipikliğe dâhil olmadığı sürece kanunun hükmünü yerine getirme ile bağlantılı olarak değerlendirilip incelenmektedir. Yine hukukumuzda olduğu gibi amirin emrini ifa konusu kanunun hükmünü yerine getirme ile bağlantılı ve birlikte incelenmesi gereken bir konudur. İkinci bölümde kanunun hükmünü yerine getirmeyeyle bağlantılı olarak ilgilinin rızası ve amirin emrini ifa konuları değerlendirilecektir.

²⁶⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 21 Şubat 1990, Karar no: 89-80726.

İKİNCİ BÖLÜM

FRANSIZ CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME İLE BAĞLANTILI OLARAK İLGİLİNİN RIZASI VE AMİRİN EMRİNİ İFA

I. Fransız Hukukunda İlgilinin Rızasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi

A. Giriş

Fransız Ceza Yasası, ilgilinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlememektedir. Rıza bazı suçlar bakımından suçun tipikliğinde yer almaktadır. Bu şekilde olmayan suçlar için ise özellikle tıbbi ve cerrahi müdahaleler çerçevesinde dermeyeran edilen rıza, müdahaleyi gerçekleştiren açısından kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde fiili hukuka uygun hale getirir. Aşağıda ilk olarak konumuz ile bağlantılı olarak ilgilinin rızası mefhumunun Fransız ceza hukukunda ne şekilde ele alındığı, ardından kanunun hükmünü yerine getirme ile çok yakın bir bağlantı ve hatta otonomi ilişkisi içerisinde olan amirin emrini ifa konusu çalışmamız ile bağlantılı olduğu kadarıyla incelenecektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi Fransız Ceza Yasası, Ceza Kanunumuzda yer alan ilgilinin rızası muadili bir hukuka uygunluk nedenini düzenlememektedir. Dahası rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yorumu Fransız Ceza Yasası'nın bütününden çıkarılamamaktadır. Bu sebeple ilgilisinin bir suçun tipiklik unsurunu oluşturan fiile rıza göstermesinin faili hukuka uygun bir konuma getirip getirmeyeceği sorunu eskiden beri Fransız hukukunda tartışılmaktadır.

Latince ifadesiyle “*volenti non fit injuria*” yani rıza bir zarara yol açmaz kuralı, bu soruna toplum duyarlılığı uygun şekilde, eğer ilgilisi rıza göstermişse suçun mevcudiyetinden bahsedilemez şeklinde yaklaşmaya bizi sevk etmektedir¹. Öyle ki rıza, onam, talep, icazet ve muvafakat gibi kavramların hukuk düzeninde oldukça sık karşılıkları ve sonuçları olmaktadır. Bu bakımdan hukukumuzda bakıldığında ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmekte (TCK Md. 26/2) ve üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilir bir hakka dair verilen rıza ile gerçekleştirilen fiiller suç oluşturmamaktadır. Mukayeseli hukukta rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak gören pek çok ceza yasası olmakla beraber Fransız ceza hukukunun rızaya biçtiği anlam ve kılıf ülkemiz gibi ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak gören sistemlerden farklılık arz etmektedir.

Öyle ki Fransız Ceza Yasası, hukuka uygunluk nedenlerinin de arasında yer aldığı ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan sebepler içinde ilgilinin rızasını düzenlememektedir. Durum böyle olsa da Fransız ceza hukukunda “ilgilinin rızası” yahut Fransız doktrinindeki ifadesiyle “mağdurun rızası” (*consentement de la victime*) bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmekte midir sorusunun yanıtı verilmelidir. Bu noktada Fransız pozitif hukuku genel nitelikli ilkesel bir yaklaşım ortaya koyabilir mahiyette herhangi bir düzenleme ihtiva etmemektedir. Hemen başta belirtelim ki bu konu her ne kadar Fransız hukuk terminolojisinde “mağdurun rızası” şeklinde adlandırılrsa da biz bu çalışmamızda aşına olduğumuz “ilgilinin rızası” terimini tercih edeceğiz.

Ceza yasalarının, toplumun genel çıkarlarına yönelik olanlarla birlikte mağdurun kişisel çıkarlarına yönelik işlenen fiillere karşı da bunları suç saymak suretiyle bir mücadele içinde olduğunda şüphe yoktur. Yani ceza hukuku, kamu düzeninin sağlanması amacıyla yalnızca kamunun zararına yol açan fiillerle değil sadece ilgilisinin zararına yol açan fiillere karşı da baskı fonksiyonunu yerine getirmektedir.

¹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 502.

Ceza hukuku baskısı (*répression pénale*), ceza hukuku yoluyla mücadele her zaman için kişilerin menfaatleri pazarlığının dışında kamu düzenini korumaya mütealliktir².

İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemesi Fransız hukukunda eskiden beri tartışılan bir konudur. Sorunun Fransız ceza hukuku alanındaki özellikli durumunun ne olduğunun ortaya konulması amacıyla öncesinde ilkesel mahiyette kuralın ne olduğu açıklanacak akabinde rızaya sonuç bağlanan farklı haller bir teorik bütün içerisinde incelenecektir.

B. Rıza Fiili Hukuka Uygun Hale Getirmez İlkesi

Yukarıda da değinildiği gibi Fransız Ceza Yasası'nda ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak yer bulmamaktadır. Beraberinde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu söyleyen pozitif herhangi bir genel düzenleme de yoktur. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere ilgilinin rızası ile ilgili ilke, ilgilinin rızasının Fransız ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı yönündedir. Yani ceza kanunlarında tipe uyan bir fiilin cezalandırılmazlığı ya da hukuka uygunluğu, mağdurun bu fiile rıza göstermesi ile temellendirilemez³.

Bu kuralın içeriğini ve kapsamını kavramak için ilk olarak bu kuralın teorik gerekçesini ardından da yargı kararlarına bu kuralın ne şekilde yansıdığını, kararların gerekçelerine de vurgu yaparak değerlendireceğiz.

1. İlkenin Gerekçesi

Bu kuralın başlıca teorik gerekçesi, ceza hukukunun kişisel menfaatleri değil kamu düzenini esas aldığı ve ceza hukukunun temel vazifesinin kamu düzenini koruma ve bozulduğunda geri sağlama olduğudur⁴. 1810 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda olduğu gibi yürürlükteki 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda da ilgilinin rızasını, failin eylemi için hukuka uygun hale getiren özel bir düzenleme mevcut değildir.

² Corrine Mascala, Art. 122-4 à 122-7: Fasc. unique, JurisClasseur Pénal Code, LexisNexis, k.n. 1.

³ A.g.e.

⁴ Pradel, *Droit Pénal Général*, 2016, s. 502.

Fransız Ceza Yasası'nın 122-1 ve devamında düzenlemesini bulan "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ya da Azaltan Nedenler" arasında ilgilinin rızası zikredilmemektedir. Yani ilgilinin rızasına dair yaklaşım Fransa'da sabittir ve bu mevzuat geleneği esaslı bir şekilde korunmaktadır. İlgilinin rızası meselesi modern zamanda ortaya atılmış ve bu yeni mesele içtihatlar yoluyla ceza hukukunun hukuka uygunluk nazariyesinin içine dâhil edilmiş değildir ve bu sebeple 1994 Ceza Yasası ile somutlaşan Fransız ceza hukuku reformu ile sisteme bilinçli olarak entegre edilmemiştir⁵. Mevzuat ve aşağıda görüleceği üzere içtihat bu hukuka uygunluk nedenini istikrarlı bir şekilde reddetmektedir.

19. yüzyılın başlarından itibaren yani 1810 Fransız Ceza Yasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi mevzuatın konuya ilişkin bu suskunluğundan vazife çıkararak soruna ilişkin bir takım saptamalar ortaya koymuştur⁶. Yargıtay tarafından müstakar bir şekilde ileri sürülen argüman, mağdurun rızasının, ceza hukukunu ve kamu düzenini sağlamak demek olan ceza ve ceza muhakemesi hukuku süreçlerini devre dışı bırakmaya yönelik eylemin faili ile mağduru arasında bağışıklık etkisi yaratmaya matuf bir anlaşmaya eşdeğer olduğudur⁷. Yani Yargıtay'ın rızaya ilişkin tutumu fail ile mağdur arasındaki hukuken geçerli olmayan bir sözleşme olduğu yönündeydi. Bu kuralın temeli Fransız Yargıtayı Birleşik Daireler Kurulu'nun 1837 yılında ortaya koymuş olduğu içtihatı⁸. İchtihat ilgilinin rızasının ceza hukukundaki yerinin belirlenmesi noktasında bugün dahi kuvvetini korumaktadır.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi kamu düzeni, ceza hukukunun temel mücadele nedenidir ve bu yüzden belirtildiği gibi kişisel menfaatler pazarlığının dışındadır⁹. Ceza hukuku, uygulanmasını devre dışı kılan ya da yeniden düzenleyen özel bir takım

⁵ Rassat, **Droit pénal général**, s. 410 vd.

⁶ Mascala, "Art. 122-4 à 122-7", k.n. 3

⁷ A.g.e.

⁸ "Hukuk düzenimizin bir kuralıdır ki iyi niyete ve kamu düzenine aykırı hiçbir sözleşmenin hukuk bakımından geçerliliği yoktur (Fr. Medeni Kanunu Md. 6) ; böylesi bir sözleşme bir etki doğurmayacağı gibi daha da önemlisi adaletin işleyişini devre dışı bırakamaz, kamusal takibatları sonlandıramaz ve yasanın sessizliğini suça vücut veren, ahlaken ve doğal hukukça kınanan bir eylemin mazereti olarak gösteremez..." (Fr. Yarg. Birl. Daireler Krl. 15 Aralık 1837, Recueil Sirey, Y: 1838, S: 1, s. 5 vd.)

⁹ Bouloc, **Droit pénal général**, s. 379

sözleşmelerin konusu olamaz. Ceza hukuku kuralları yedek hukuk kuralları değildir. Böyle bir durum ancak bilinen tüm eski toplumların sistemi olan, adaletin şahsi düzen olduğu zamanlarda ancak gerçekleşebilir ve bu durum kamusal adalet demek olan modern hukuk şeklinde genellenebilecek sistem tarafından temel olarak yadsınmaktadır¹⁰.

Kuralın bir diğer gerekçesi bu nedenle kişisel menfaat çatışmalarını ve bu menfaatlerden vazgeçmeyi medeni hukuk alanına bırakmaktır. Fransız hukukunda ilgilinin rızası fail bakımından sorumluluktan bağışıklık etkisini bugün yalnızca medeni hukuk alanında göstermektedir ve bu alandaki menfaatler ihtilafında mevzu bahis olmaktadır¹¹. Bu alandaki mevzuat, kamu düzenine müteallik düzenlemeler içermemektedir ve eğer mağdur menfaatine yönelik oluşan zarara rıza göstermişse ya da bu zararı meydana getiren fiilin işlenişine katılmışsa, geleneksel kural *volenti non fit injuria* uygulanma alanı bulmakta ve failin, zararı giderme sorumluluğunu bertaraf etmektedir¹².

Bu yaklaşım, Fransız pozitif metinleri tarafından da onaylanmaktadır. Pozitif hukuk uyarınca suçun mağduru zararının giderilmesi hakkında vazgeçebilir veya talep ettiği tazminat üzerinde uzlaşmaya gidebilir. (Fr. Medeni Kanunu Md. 2046). Fakat bu varsayımların tamamı yalnızca suçtan kaynaklı kişisel menfaatlerin talep edilmesi için yürütülen özel hukuk süreçleri ile bağlantılıdır ve bundan farklı olarak kamunun menfaatlerinin korunması temelinde yürütülen ceza muhakemesi sürecinde herhangi bir etki doğurmazlar. Fransız Ceza Muhakemesi Yasası da bu konuda bir kafa karışıklığı oluşmaması için hemen ilk maddelerinde bu ayrımı vazıh bir şekilde ortaya koymuş ve 2. maddesinin 2. fıkrasında belirttiğimiz yaklaşımı açıkça düzenlemiştir. Buna göre: “*özel hukuk taleplerinden vazgeçme kamu davasının yürütülmesini ne durdurur ne de sonlandırır...*”¹³ Zikredilen bu düzenlemeyle ahenk içerisinde Fransız Medeni Kanunu’nun 2046. maddesinin ilk ve ikinci fıkralarında ayrım makes

¹⁰ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 3

¹¹ Boulloc, **Droit pénal général**, s. 379

¹² A.g.e.

¹³ Fr. CMY Md. 2/2 alıntılanan kısmın orijinal metni şu şekildedir. “*La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique...*”

bulmakta ve ilgili düzenlemenin ilk fıkrasında “*bir cünhadan meydana gelen kişisel zararlar üzerinde uzlaşılabilir*¹⁴” demekte ve hemen ikinci fıkrada ise “*uzlaşma savcılık soruşturmasını engellemez*¹⁵” denilerek bu durumun ceza hukuku süreçleri üzerinde bir etkisinin olmayacağı hükme bağlanmaktadır.

Ana kural her ne kadar tarafların şahsi iradelerini ceza hukuku süreçlerinin dışında bırakarak rızaya bir sonuç bağlamamak olsa da bu kuralın eskisine nazaran daha az esnek olduğunu da belirtmek gerekir¹⁶. Yukarıda yer verilen 1837 tarihli Birleşik Daireler Kurulu içtihadı zaman zaman uyarlanarak bugün için de geçerliliğini korumaktadır. Lakin sonradan yürürlüğe girmiş yasal düzenlemelerin belirttiğimiz kurala ve bunun gerekçelerine nüanslar getirdiği söylenebilir. Keza modern ceza hukuku öncesine nazaran, katı bir kamu düzeninin gerekliliklerine daha az tabidir ve ceza hukukunun sertlik ve esnetilemezliğinden eskisine nazaran daha az bahsedilebilir¹⁷.

Ülkemizde olduğu gibi Fransa’da da yeni tarihli çeşitli metinler, açık bir şekilde kamu hukuku mahkemelerinin gerek mağdur gerek fail tarafında yer alan tarafların iradelerinin etkisini yadsımamaktadır. Bu metinler, sadece suçun işlenmesinden önce ortaya konulan iradeleri değil sonrasında ortaya konulan iradelerin de ceza hukuku süreçlerine olan etkisini öngörmektedir.

Tarafların suçun işlenmesinden sonraki iradi adımlarının ceza muhakemesi safahatına olan etkisinin örnekleri oldukça fazladır. Tekrar hatırlatalım ki ceza hukuku kamu düzenini sağlamaya yönelik bir mücadelenin teori ve kurallarını ortaya koyar ve bu minvalde prensip olarak sivil tarafların vazgeçme ya da uzlaşmaya yönelik iradelerinin bir anlamı yoktur¹⁸. Fakat ülkemizde de olduğu gibi ceza uyuşmazlığının alternatif çözüm yollarına dair pek çok kurumu ihdas eden metinler, mağdur ve fail

¹⁴ Fr. Medeni Yasası Md. 2046/1 alıntılanan kısmın orijinal metni şu şekildedir. “*On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit.*”

¹⁵ Fr. Medeni Yasası Md. 2046/2 alıntılanan kısmın orijinal metni şu şekildedir. “*La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.*”

¹⁶ Boulloc, **Droit pénal général**, s. 379

¹⁷ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 5

¹⁸ A.g.e.

arasındaki, bir arabulucu ya da uzlaştırıcının yürütmesi sonucu varılan anlaşmanın soruşturmayı devre dışı kılacağını düzenlemektedir¹⁹. Bu şekildeki bir ceza uyuşmazlığına alternatif çözüm usulünün, her ne kadar suçun tamamlanmasından sonra da gerçekleşse mağdurun rızası olmadan gerçekleşmesi elbette ki mümkün değildir.

Suçun tamamlanmasından önce ortaya konan iradeye ceza hukuku bakımından bir değer atfeden düzenlemelere örnek olarak hamileliğin yasadışı sonlandırılması gösterilebilir. Bu suç tipi ile yapılan aslında rızayı bu suçun özel bir kurucu unsuru olarak düzenleme şeklinde bir yöntem ile rızaya, hukuka aykırılık alanında değil maddi unsurlar alanında bir değer biçmektir. Eski Fransız Ceza Yasası'nın 317. maddesi düzenlemesi, hamile kadının rızası olsun veya olmasın hamileliğin kasten sonlandırılmasını cezalandırmaktayken yeni Fransız Ceza Yasası madde 223-10 düzenlemesi yalnızca "ilgilinin rızasının olmaması" halinde bu cünhanın cezalandırılacağını hükmetmektedir. Haliyle suçun kurucu unsurları arasında sayılan rızanın yokluğunun bilinmesi kast bakımından değer taşıyacak ve manevi unsur çerçevesinde failin bu rızanın olmadığına dair bilgisi kasten hareket edip etmediğinin tespitinde önem kazanacaktır.

Doktrinde rızaya değer verme taraftar bulmaktaysa da kuralın mevcut haliyle hala cari olduğunu söylemek gerekir. 1837 tarihli içtihat revizyona uğramış ve esnemişe de ilgilinin rızası ceza hukuku alanında fail için bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemektedir. İçtihat da açık bir şekilde ilgilinin rızasından neşet edecek hukuka uygunluğun karşısındadır ve ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nazariyesinin içine dâhil olamamasında içtihat önemli bir rol oynamaktadır²⁰. Kuralın teorik temellerine dair açıklamalardan sonra aşağıda içtihadın meseleyi nasıl ele aldığı incelenecektir.

¹⁹ Bkz. Fr. CMY Md. 41-1 vd. maddelerde düzenlenen uzlaştırmaya ilişkin düzenlemeler.

²⁰ İlgilinin rızası üzerine Fransız içtihadına dair kapsamlı değerlendirme için bkz. Antoun Fahmy Abdou, **Le consentement de la victime**, LGDJ, Paris, 1971

2. Rızanın Hukuka Uygunluk Sağlamayacağına dair Fransız İctihadı

İlgilinin rızası doğal olarak mağdurun bir özel hukuk kişisi olduğu suçlarda söz konusu olabilir. Devlete ve topluma karşı suçlarda menfaatleri ihlal edilen kişilerin göstermiş olduğu rızanın bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle rıza meselesi en fazla bireysel haklara ya da değerlere yönelen suçlarda su yüzüne çıkmaktadır. Fransız uygulamasında da ilgilinin rızası çerçevesinde işlenen suçlar ve bu suçlara dair ortaya çıkan içtihatlar özellikle hayata ya da vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen eylemler ile ilgili olmaktadır. Rızaya ilişkin baştan beri ifade ettiğimiz içtihat yaklaşımı ekseriyetle kişilere karşı suçların yargılandığı davalarda kendisini göstermektedir. Bunun yanında mallara karşı suçlar gibi başkaca alanlara dair içtihat niteliğinde kararlara rastlamak mümkündür.

Hayata karşı suçlara ilişkin rızanın özellikli durumunun içtihat tarafından ortaya konulduğu olaylar, ötanazi, düello, birlikte intiharlar ve rıza ile kısırlaştırma tarzı olaylarda kendisini göstermektedir²¹. Hakikaten de bu olaylarda kişilerin rızaları özellikli bir takım haller ortaya çıkarmaktadır. Her ne kadar düellolara artık rastlanmasa da Fransız Yargıtayı'nın düello olayları vesilesiyle ortaya koyduğu teorik tezler geçerliliğini hala korumaktadır.

a. Ötanazi Meselesi

İctihadın hayata karşı suçlarda rızaya ilişkin yaklaşımının toplandığı ilk grup mesele ötanazidir. Tedavisi mümkün olmayan hastalıklar veya dayanılmaz acılar çekme ve yakın bir tarihte gerçekleşecek ölümü öne alma gibi farklı hallerde karşımıza çıkabilen ötanazi olayları, konuyla ilgili içtihadın değerlendirdiği önemli bir başlıktır. Mağdurun rızası sorunu burada bazen dramatik hikâyelerle su yüzüne çıkar ve fail genelde kasten öldürme suçunun faili gibi bir katil motivasyonu ile değil gayet insancıl bir şekilde acıma ve bir insanı bir dertten kurtarma motivasyonu ile hareket eder. Faildeki bu saike dayalı hissiyat hali, yargı makamlarını farklı çözümler bulmaya

²¹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 502.

zorlayabilmektedir. Ötanazi, benzer başkaca kavramlar ile de karıştırılabilmektedir. Örneğin rıza gösterme imkânı olmayan kişinin yerine geçerek ya da pasif ötanazi diye de adlandırılan ortotonazi, ötanaziye ilişkin değerlendirmelerin dışında tutulmaktadır²².

Mukayeseli hukukta pek çok ülke mevzuatı, bu tür fiilleri kasten öldürmeden farklı ve ondan daha az cezayı gerektiren bir suç olarak düzenlerken²³ Fransız mevzuatı bu konuda sessiz kalmaktadır. İçtihat da ötanazi olaylarına kasten öldürme fiillerinden farklı olarak yaklaşılması gerektiğine dair bir pozitif dayanak bulunmaması sebebiyle bu olayları tipikliğini karşıladığı kasten öldürmeden farklı bir konumda ele almayıp rızaya ilişkin mevcut sabit konumunu korumaktadır²⁴. 19. Yüzyıl'ın başlarından itibaren içtihat, ötanaziden daha genel bir şekilde mağdurun rızasına dayanarak gerçekleştirilen öldürmeye yönelik kasıtlı fiillere hukuka uygunluk tanımamaktadır²⁵.

Ötanazi olaylarının bazen dramatik bir biçimde ortaya çıkması hallerinde faile ceza vermemek için (her ne kadar bunlar adli uygulamada bir anlam ifade etmese de) doktrinde iki argüman ortaya konmaktadır:

İlk olarak öldürme eylemini gerçekleştiren failde bu yönde bir kastın olmadığını savunan tez failin eyleminin manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle failin kasten öldürme suçundan cezalandırılmayacağını öne sürmektedir²⁶. Hukukumuzda olduğu gibi Fransız ceza hukuku bakımından da kasten öldürme suçunun tipik bir şekilde ortaya çıkması, failin kastının varlığına bağlıdır ve manevi unsur olarak kast dışında başka bir ögenin varlığı önemsizdir ve yine kastı ortadan kaldıracak herhangi bir manevi unsur öngörülmemiştir. Faildeki saik velev ki insani yönler taşısa da kasten

²² Merle – Vitu, **Traité de droit criminel**, 1997, k.n. 477

²³ Alman Ceza Yasası, Md. 216, Avusturya Ceza Yasası, Md. 77, İsviçre Ceza Yasası, Md. 114, İtalyan Ceza Yasası, Md. 57. (Bilal Kılınç, **Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 95 vd.)

²⁴ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 503 vd.

²⁵ Fr. Yarg. Huk. D., 16 Kasım 1827, **Recueil Sirey**, Y: 1828, C: 1, s. 135 vd; Fr. Yarg. Huk. D. 2 Temmuz 1835, **Recueil Sirey**, Y: 1835, C: 1, s. 861 vd; Fr. Yarg. Huk. D. 1 Temmuz 1937, **Recueil Sirey**, Y: 1938, C: 1, s. 193 vd.

²⁶ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 14

öldürme suçunun tipik bir şekilde ortaya çıkmasını engellemeyecektir. Bu halde failin kasten öldürme fiilini tasvip ve takdir edilecek bir amaç ya da saikle işlemesi, Fransız Ceza Yasası'nın 221-1 maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunun oluşumunu engellememektedir²⁷.

Kişideki suça ilişkin kast yokluğu argümanının mevcut ceza hukuku teorisi içerisinde işler bir tarafı yoktur. Keza argüman kast ile saiki birbirine karıştırmakta ve argüman bu karışıklık temeline oturtularak açıklanmaya çalışılmaktadır²⁸. Öte yandan uygulamada bu karışıklığa ağır ceza mahkemesindeki jüri üyeleri de düşmektedir ve bu tip vakalarda, her şeyden önce saike hassasiyetle yaklaşarak ve odaklanarak sanık hakkında suçlu olmadığı yönünde kanaat bildirmektedirler ve sonuçta beraat kararı çıkmaktadır²⁹.

Ortaya atılan ilkinin göre daha etkili olan ikinci bir argüman, fiziki yeterliliğe sahip, tedavi edilemez hastalıktan muzdarip kişinin intihar ederek ölmeyi istemesine ilişkindir³⁰. Gerçekten de bazı hallerde ötanazi kişinin kendisine sunulan öldürücü maddeyi bizzat kendisinin uygulaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin felçli kişi kendisine getirilen öldürücü içeceği kendisi içmektedir. Bu durumdaki kişi hastalıktan artık daha fazla yakınmamak ve çektiği acılara bir son vermek için birisinin kendisini öldürmesi şeklinde değil intihara yardım olarak nitelendirilebilecek yardım edilen intihar ile ölümü tercih etmektedir.

Bu argümana göre intihar başlıca cezalandırılabilir bir fiil değildir ve şerik bu sebeple cezalandırılmayacaktır. Bu tip yardım edilen intihar yoluyla ölüm olaylarında intiharın cezalandırılmazlığı argümanının uygulama alanı bulabileceği ortaya konulmaktadır³¹. Hemen belirtelim ki bu argüman, tüm ötanazi olaylarına şamil bir bakış açısı sağlamamaktadır. Her şeyden önce ölüme yol açan fiilin bizzat ölen tarafından gerçekleştirildiği ihtimallerde bu tez kabul edilebilir. Bu da oldukça nadir

²⁷ Rassat, **Droit pénal général**, s. 411.

²⁸ Mascala, "Art. 122-4 à 122-7", k.n. 14

²⁹ Kast ile saikin karıştırılması sonucu bazı ötanazi olaylarında çıkan beraat kararlarına dair ayrıntılı açıklama için bkz. A.g.e.

³⁰ A.g.e.

³¹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 503-504

bir şekilde gerçekleşmektedir. Oldukça sık rastlanan diğer hallerde öldürülen ilgili kişi bir başkasının gerçekleştirdiği fiil ile ölmekte yani fiilin faili değil azmettirenini olmaktadır³².

Mascala'ya göre genel manada ceza siyasetine dair bir bakış açısıyla aynı tez, şayet intihar, kişilerin kendi hayatları üzerindeki mutlak hakkının kabulü ve kendi varlıklarını sonlandırmanın cezalandırılmazlığı ile tanımlanırsa doğru temellendirilebilir. Hâlbuki intihar modern hukukta yalnızca, ceza hukuku yolu ile mücadele politikaları böyle dayattığı, bu yönde bir siyaset izlendiği için cezalandırılmamaktadır.³³ İntiharın suç olarak düzenlenmesi ve intihara ceza verilmesi hiçbir şekilde ceza hukuku yolu ile mücadelenin amaçlarına uygun düşmeyecektir. İntihar bir suç tipi haline getirilirse cezaların işlevi (önleme, bedelini ödetme, topluma tekrar kazandırma) bu vakıaların doğası gereği anlamsız ve güvencesiz kalacaktır³⁴. İntihar eden ve fakat bunu neticelendiremeyen kişinin cezalandırılmazlığı ile bu fiile iştirak eden kişilerin fiillerinin kınanabilirliği farklı temellerde ele alınması gereken hususlardır. İntiharın cezalandırılmazlığı, intihara yardım mahiyetindeki fiillerin kabul edilemez olarak değerlendirilmesini engellemeyecektir ve intiharın gerçekleşmesine azmettirme, yardım etme gibi iştirak türlerini gerçekleştiren kişiler sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Ceza Kanunumuzun 84. maddesinde düzenlendiği gibi mukayeseli hukukta pek çok yabancı ceza kanunu açık bir şekilde intihara yardım fiillerini de içine alacak şekilde intiharın gerçekleşmesini sağlayacak etkisi olan fiilleri cezalandırma yönünde hükümler ihtiva etmektedir³⁵. Fransız hukukunda ise intihara yardımı cezalandıran herhangi bir düzenleme neredeyse seksenli yılların sonuna kadar mevcut değildi. Fransız içtihadı, mevzuatın bu sessizliği nedeniyle intihara azmettirmeyi cezalandırmanın yolunu bu fiili umursamazlıkla öldürme (*homicide par imprudence*)

³² A.g.e.

³³ Mascala, "Art. 122-4 à 122-7", k.n. 14

³⁴ İntiharın cezalandırılmazlığının teorik temelleri için bkz. Isabelle Lucas-Gallay, "Le suicide, le tiers et le droit", Bordeaux Üniversitesi Doktora Tezi, 1995

³⁵ İspanyol Ceza Yasası, Md. 409, İtalyan Ceza Yasası, Md. 580, Norveç Ceza Yasası, Md. 232, Avusturya Ceza Yasası, Md. 77.

niteliğinde³⁶ ya da tehlikedeki kişiye yardım etmeme niteliğinde görerek bulmaktaydı³⁷. İlk kez 87-1133 sayılı ve 31 Aralık 1987 tarihli yasa³⁸ ile intihara katkı yönündeki fiiller bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası da md. 223-13 hükmü ile intihara yönlendirmeyi suç olarak düzenlemektedir.

Ötanazi Fransa’da kabul edilmiş bir uygulama değildir. Ötanazinin ne şekilde hangi usullerle icra edileceğine dair kurallar konulmuş değildir. İster insancıl saiklerle bir kişiyi öldürecek fiili bizzat icra etmek şeklinde olsun ister kendisini bizzat öldürecek kişinin eylemine iştirak mahiyetinde olsun ötanazi anlamındaki fiiller tipe uygun ve cezalandırılır fiillerdir³⁹.

Fransa’da ötanazinin neden kabul görmediği ve ötanazi saikiyle öldürmenin neden kınandığı, kötüye kullanma benzeri uygulamaların ortaya çıkması riskleri ile açıklanmaktadır. Her ne kadar laik bir ülke olsa da ötanazi karşıtlarının en fazla dayandığı metinlerin başında 30 Mart 1995 tarihli Papalık Genelgesi “*Evangelicum Vitae*” gelmektedir⁴⁰. Ancak şunun da altını çizmek gerekir ki 2002-303 sayılı ve 4 Mart 2002 tarihli yasa ve 2005-370 sayılı ve Leonetti Yasası olarak bilinen 22 Nisan 2005 tarihli Yaşamın Sonuna dair Yasa’dan bu yana, herkes hastalığına en uygun tedavileri görme hakkına sahiptir fakat hasta kendisine uygulanacak tedaviyi reddedebilir. (Fr. Kamu Sağlığı Yasası, md. L. 1110-5). Bu halde hekim, hastayı tedavi olmamasının sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Hastanın tedaviyi reddetmesi halinde hekim hastayı yapay olarak hayatta tutmaktan başka bir etkisi

³⁶ Marsilya Çocuk Mahkemesi, 11 Haziran 1964, **RSC**, Y: 1965, s. 654.

³⁷ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 16

³⁸ Bu yasanın kabul edilmesinin temelindeki meşhur olay şudur: 1982 yılında yayınlanan ve pek çok kesimden skandal olarak nitelendirilerek tepki çeken bir eserin başlığı “İntihar, yöntemleri, tarihi, teknikleri, güncelliği” şeklindedir. Bir kişinin, yanında bu eserle ölü bulunması akabinde soruşturma başlatılmış fakat eserin müelliflerinin eylemini, kişinin ölümüne iştirak olarak nitelendirmenin bir yolu bulunmadığından soruşturma sonuçsuz kalmıştır. (A.g.e.)

³⁹ Ötanazinin cezasızlığı Fransa’da zaman içinde taraftar bulmaktadır. 1980 yılında kurulan ADMD (*Association pour le Droit de Mourir dans la Dignité*) gibi örgütler, yakın gelecekte gerçekleşecek olan hastanın ölümünün erkene alınması vakıası üzerinden şartları belirlenmiş bir biçimde ve hastanın açık bir irade beyanına dayalı olarak yasanın doktor için bir cezasızlık nedeni ihdas etmesini talep etmektedirler. Adi geçen örgüt’ün bu konuda bir yasa önerisi de bulunmaktadır. Öneriye ulaşmak için <https://www.admd.net/qui-sommes-nous/une-association-humaniste/notre-proposition-de-loi.html>

⁴⁰ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 16

olmayan tedavileri uygulamazsa (pasif ötanazi – ortotonazi) sorumlu addedilmeyecektir⁴¹.

Cezanın bireyselleştirilmesi bakımından Fransız Ceza Yasası yargı mercilerine oldukça geniş bir alan tanımıştır ve beraberinde cezada indirim bakımından bir alt sınır öngörmemiştir (Fr. Ceza Yasası, Md. 132-24). Bu durum kasten öldürme suçlarını yargılayan ağır ceza mahkemelerinin, ötanazi ve ortotonazi olaylarında birbirine tezat şekilde bir taraftan yasaya dikkat çekme ve olası kötüye kullanmaları caydırma yönünde kararlar vermesine diğer taraftan failin insancıl saiki göz önünde tutularak sadece sembolik cezalara hükmetmesine imkân tanımaktadır⁴².

b. Düello

Ötanaziye ilişkin yaklaşımın benzeri 19. Yüzyılda düello olayları çerçevesinde gerçekleşen öldürme ya da yaralama fiilleri bakımından da söz konusuydu⁴³. Tarafların rızalarının bu eylemleri meşrulaştırmasına yönelik savunmalar hiçbir zaman sonuç vermemiştir. Fransa’da içtihat, düello çerçevesinde tarafların rızalarının eyleme hukuka uygunluk vasfı kazandırmayacağını söylemektedir⁴⁴.

Düello olayları sonucu gerçekleşen kasten öldürme ya da kasten yaralama fiillerine ilişkin düellocuların cezasızlığına karar verilen bazı yargılamalar da olmuştur. Bunlar rızanın bu fiilleri hukuka uygun hale getirdiği temelinde değil suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yanlış yorumlanması ve 1810 Ceza Yasası’nın düelloyu suç olarak düzenleyen eski Monarşi rejiminin kraliyet kanunnamelerini tekrarlamadığı

⁴¹ Stefani – Levasseur – Bouloc, **Droit pénal général**, k.n. 435

⁴² Seine Ağır Ceza Mahkemesi, 10 Temmuz 1962, D. H. Davası: çaresiz bir hastalıktan muzdarip kızını asarak öldüren babaya üç yıl hapis cezası verilmiş ve ceza ertelenmiştir; Seine Ağır Ceza Mahkemesi, 6 Ocak 1983, B. Davası: Çok ağır ağırlara neden olan ve tedavisi mümkün olmayan bir kanserden muzdarip eşini ateşli silahla öldüren eş iki yıl hapis cezasına mahkum edilmiş ve bu ceza ertelenmiştir. (Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 18)

⁴³ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 505

⁴⁴ A.g.e.

ve dolaylı olarak düelloyu yasallaştırdığı yönündeki değerlendirmeler muvacehesinde verilmiş kararlardır⁴⁵.

Kendisini 19. Yüzyılın ilk çeyreğinde⁴⁶ ortaya koyan kafa karışıklığına dayalı içtihat Başsavcı Dupin'in kanun yararına bozma talebiyle Fransız Yargıtayı Daireler Kurulu tarafından 15 Aralık 1837 tarihli karar ile ortadan kaldırılmıştır⁴⁷. Yargıtay, kazananın hayatta kalacağı, kaybedenin öleceği bir düelloya ilişkin sözleşmenin tatbik edilmesini ceza hukukunu devre dışı bırakacak bir sözleşmenin tatbiki olarak değerlendirmemektedir ve kasten öldürme ya da yaralama suçu için öngörülen cezalar düello marifetiyle hasmını öldüren ya da yaralayan kişiler için de uygulanır demektedir⁴⁸.

Düellonun hukuka uygunluğu meşru savunma bakımından da değerlendirilemez. Zira meşru savunma için öldürme mahiyetindeki fiilin mevcut bir saldırının karşılığı olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Düelloda saldırı ögesi eş zamanlılık arz etmektedir⁴⁹.

Öldürmeye ya da yaralamaya dayalı düello Fransa'da ceza hukuku bakımından bir takım anomalilere de sebep olmaktadır. Mağlup olan ölmüşse galip taraf kasten öldürme suçu bir cürüm olduğu için ve bu cürmü ağır ceza mahkemeleri yargıladığından ağır ceza mahkemesi önüne çıkacaktır ve burada da bizi daha evvel ötanazi bahsi incelenirken değindiğimiz kast yokluğu argümanına ilişkin sorun beklemektedir. Öldürmenin faili, jüri üyeleri bu tip olaylarda kastın varlığını değerlendirmek noktasında oldukça hassas oldukları için ve belirttiğimiz gibi kast ile saiki karıştırmaları sebebiyle eylemin istekle yapılmadığı gerekçesini ortaya koyarak suçun varlığını yadsımakta bir beis görmediklerinden beraat yönünde kanaat belirtebileceklerdir⁵⁰. Aksi yönden mağlup taraf sadece yaralanmışsa galip taraf asliye ceza mahkemesi önüne çıkacak ve kasten yaralama fiilinden ötürü gereken ceza neyse

⁴⁵ Mascala, "Art. 122-4 à 122-7", k.n. 20.

⁴⁶ Fr. Yarg. Birl. Daireler Krl. 4 Aralık 1824, (Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 505, dnp. 6.)

⁴⁷ Fr. Yarg. Birl. Daireler Krl. 15 Aralık 1837, **Recueil Sirey**, Y: 1838, S: 1, s. 5 vd.

⁴⁸ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 505.

⁴⁹ A.g.e, s. 505-506

⁵⁰ A.g.e, s. 506

ona çarptırılacaktır. Zira Yargıçlar jüri üyeleri gibi kast ile saik bakımından bir karışıklık yaşamamaktadırlar⁵¹.

c. Birlikte İntiharlar

İçtihadi nitelikteki kararların yoğunlaştığı bir diğer mesele neticelendirilememiş birlikte intiharlardır. Kişiler çeşitli motivasyonlarla birbirlerini destekleyerek toplu bir şekilde ölüme karar verebilmektedirler. Bu birlikte ölüm kararına iki kişi varabileceği gibi bazı vakalarda onlarla ifade edilen sayılardaki kişiler bu şekilde ölüme gitmeye karar verebilmektedirler. Birlikte intihara karar verip bunu icra ederken tesadüfi bir şekilde başkalarının intiharına katkı sağlayan kişilerin hayatta kalması ihtimalinde, intihar etmiş diğer kişilerin buna rıza göstermesinin, bu kişilerin kasten öldürme suçundan sorumluluğuna etki edip etmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

"Boulogne Korusu Âşıkları" olarak da bilinen Copillet davası bu noktada örnek olarak gösterilebilir. Bu olayda birbirine âşık iki genç birlikte intihar etmeye karar verirler. Yanlarında dolu iki silah vardır ve sevgililerden erkek olan Copillet her iki silahın da tetiğini çekmek suretiyle hem intihar edecek hem de sevgilisini öldürecektir. Birlikte intihar bu şekilde planlanır ve Boulogne Korusu'nda icra edilir. Sevgililerden kadın olan Julienne ölür ne var ki tetikleri çeken Copillet yaralı bir şekilde hayatta kalır. Copillet hakkında kasten öldürme suçundan dolayı kamu davası yürütülür ve sonuç olarak ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir⁵². Bu kararın iki gerekçesi vardır. İlk olarak mahkeme sanığın ölümden kaçmadığını kendisinin de ölmek istediğini tartışmıştır. Bu vakıalar muvacehesinde bir suç oluşmayacaktı. Suçun varlığına sebep olan şey tamamen rastlantısal bir şekilde kişinin hayatta kalmasıdır.

⁵¹ Fransız Ceza Hukuku genel teorisi bakımından öldürmeye yönelik irade varsa kasten öldürme suçundan kaynaklı sorumluluk diğer kurucu unsurlar da mevcut ise kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Failin asil bir saik ile öldürme eylemini gerçekleştirmesinin suçun oluşumu noktasında herhangi bir önemi yoktur. Amma velakin öldüreni suçlu bulmayacak bir jüri önünde yargılanma anlamındaki uygulama düelloocuları beraattan faydalanmak için hasımlarını öldürmeleri konusunda adeta teşvik etmektedir. Ancak düello meselesinin, mağdurun rızası konusundan neşet eden meseleleri örnekleme kabiliyeti dışında artık günümüzde çok fazla dikkate değer bir yönü kalmadığını söylemek gerekir. Mascala, Art. 122-4 à 122-7, k.n. 21

⁵² M. Dalloz, M. Armand Dalloz, *Jurisprudence Générale du Royaume*, Bureau de la Jurisprudence Générale du Royaume, Paris, 1838, s. 464

İkinci olarak mahkeme intiharın herhangi bir suçun kurucu unsuru olmadığı gerekçesini ileri sürmüştür.

Bugün hukukumuzda olduğu gibi Fransız Hukukunda da kabul edildiği haliyle kendi intiharı ile birlikte diğerinin intiharını gerçekleştiren kişinin yargılanamaması ölüye karşı ceza muhakemesi işlemlerinin yürütülemeyecek olmasındandır. Kişinin tesadüfen hayatta kalması suçun varlığına vücut veren bir unsur olmayıp ancak failin yargılanabilmesini sağlayan bir tesadüf olabilir. Fakat Başsavcı tarafından yapılan kanun yararına bozma talebi üzerine Fransız Yargıtayı'nın verdiği bozma kararı bu noktaya temas etmeyip : *"Kanun tarafından kişilere sağlanan korumanın kamusal güvence oluşturması beklenir. Bu bakımdan bir şekildeki öldürme fiiline yönelik mağdurun gösterdiği rıza bu fiili meşrulaştırmaz, failin ölüme iradesiyle rıza göstermesi ve aynı anda kendi hayatına da kastetmesi bu ilkenin bir istisnasını oluşturamaz."* şeklinde gerekçelendirilmiş ve yukarıda anılan gerekçelerle verilen cezasızlık kararı bozulmuştur⁵³.

d. Rızaya Dayalı Yaralamalar

Öncesinde incelediğimiz ötanazi, düello ve birlikte intihar meseleleri yaşam hakkına ilişkin meselelerdi. İctihadın önem arz ettiği bir diğer grup mesele ise rızaya dayalı yaralamanın tipikliğini oluşturan bir takım müdahalelerdir. Mağdurun talebi ya da rızasıyla kişilerin beden bütünlüğüne yönelik bazı tıbbi müdahaleler de konumuz bakımından su yüzüne çıkmaktadır. Meşhur bir karar olan “Bordo kısırlaştırmaları” davasında verilen karar ile önemli bir şekilde resmedilen bu yöndeki içtihat yaklaşımı, yaralama fiilleri bakımından geçerliliğini korumaktadır. Yaralama fiillerinde rıza konusunun farklı görünüşleri ile ne şekilde ele alındığına ileride değinilecektir. Bu başlık altında yalnızca bu karara yer verilecektir.

Bordo şehrinde, Neo Malthusçuluk mezhebi üyelerine, bu kişilerin dini gerekçeli açık isteklerine dayalı olarak meni kanalı ameliyatları icra eden Doktor Bartosek yerel

⁵³ Fr. Yarg. Ceza D. 23 Haziran 1838, **Recueil Sirey**, Y: 1838, C: 1, s. 636 vd; Aynı yönde Fr. Yarg. Ceza D. 17 Temmuz 1851, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1851, no 287.

mahkeme tarafından kasten yaralama suçundan cezalandırılmış ve aldığı bu ceza Yargıtay Ceza Dairesi tarafından da onanmıştır⁵⁴. Yargıtay kararında “*ameliyat edilenlerin kendi bedenleri üzerindeki rızalarının, (faile) kamu düzenini koruyan kuralları ihlal etme hakkı vermediği*” gerekçesini ortaya koymuştur. Bu kararlar uyumlu şekilde yakın tarihlerde de benzer kararlar verilmektedir⁵⁵.

İlgilinin rızasının geçmişte tartışma yarattığı konulardan biri de transseksüelliktir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mevzuatının transseksüelliğe karşı düşmanca olması ve bunun etkilerinin de özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile 1992 yılında Fransa’yı mahkûm etmiştir⁵⁶. Karar sonrası Birleşik Daireler Kurulu transseksüelliğin medeni hal değişikliği suretiyle hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir⁵⁷. Mahkeme bu kararı ile kişinin dış görünümü ile uyumlu olmayan medeni halinin, kişinin yaşamını olumsuz etkilemesi, sosyal davranışları ile tezat teşkil etmesinin bu yönde bir müdahaleyi tedavi amaçlı müdahale haline getireceğini ve cinsiyet değişimine yönelik müdahalenin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

e. Mallara Karşı Suçlar

Yukarıda değinilen meseleler yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelik fiiller olmak bakımından kişilere karşı suçlara ilişkindi. İlgilinin rızasının fail bakımından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediğine dair ilke mallara karşı suçlar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.

İçtihat bu ilkeye mallara karşı suçlar bakımından küçük bir değişiklik getirmekte ve yalnızca rıza verene karşı gerçekleştirilen eylemin zarara yol açması ihtimalinde

⁵⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 1 Temmuz 1937, Recueil Sirey Y: 1938, S: 1, s. 626.

⁵⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 30 Mayıs 1991, *Revue Droit Pénal*, Y: 1991, s. 271; Büyük Britanya mahkemelerinde yaralama fiilinden ötürü mahkûm edilmiş bir başvurucunun Büyük Britanya’ya karşı yaptığı başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruyu ihlal bulunmadığından reddetmiştir. Mahkeme Sado-mazoşist uygulamalar çerçevesinde gerçekleştirilen “asla kabul edilemez seviyede aşırı nitelikteki” şiddete rıza gösteren ve yetişkin bireyleri cezalandırdığı için ilk derece mahkemesi yargıçlarına herhangi bir inkisarda bulunulamaz şeklinde hüküm kurmuştur. Mahkeme Devletin vatandaşlarını gerçek bir bedensel zarar ya da ağır yaralanma riskinden korumaya yönelik takdir marjının ötesine geçmediğini tespit etmiştir. (AİHM, 19 Şubat 1997, Laskey ve diğerleri Birleşik Krallık’a karşı davası, Başvuru no: 21627/93; 21628/93; 21974/93.

⁵⁶ AİHM 25 Mart 1992, B. Fransa’ya karşı davası, Başvuru no: 13343/87

⁵⁷ Fr. Yarg. Birl. Daireler Krl. 11 Aralık 1992, Karar no: 91-11900.

suçun oluşmadığını kabul etmektedir. Bu yaklaşım yalnızca rıza veren nezdinde bir zarar gerçekleşmesi ihtimalinde söz konusu olacak, üçüncü kişilerin haklarını etkilemesi halinde rızaya ilişkin ilke yine varlığını muhafaza edecektir⁵⁸. Bu minvalde Fransız Tüketici Yasası'nın L. 213-1 ve devamı maddelerinde cezalandırılan aldatma suçu “*tromperie*” eğer satın alan, aldatıcı bir şekilde sunulan ürünün gerçek niteliğini biliyorsa ve yeniden satma niyeti olmaksızın kendi kişisel kullanımı için bunu edinmişse oluşmayacaktır⁵⁹. Aksine satın alan, bu ürünü kuvvetle muhtemel dolaşıma sokacak biri ise ürünün ayıplı halini kabullenerek bu ürünü satın alması satıcıyı sorumluluktan kurtarmayacak ve Tüketici Yasası'nda düzenlenen aldatma suçu oluşacaktır⁶⁰. Alıcının bu niteliği, yasa maddesindeki suç tanımında, unsurlar arasında sayılmış değildir. Alıcının bu kabullenme halini temel alan içtihat, buradaki rızaya bir değer biçerek sorumluluğun olmadığını ortaya koymaktadır. Alıcının bu ürünü üçüncü kişilere satabilecek bir profesyonel vafına sahip olması halinde ise bu rıza bir değer taşımayacak, bizzat kendisinin aldatılmamış olması satıcının ceza sorumluluğu üzerinde bir etki doğurmayacaktır. Zira aldatma kabilinden eylem alıcıdan bağımsız bir şekilde pazardaki diğer alıcılara yöneliktir⁶¹.

Aynı düşünce şirket varlıklarının kötüye kullanılması suçu “*abus de biens sociaux*” ya da hayali kar payı dağıtımı “*distribution de dividendes fictifs*” suçları hakkındaki içtihadın da gerekçesidir. Ortaklar ya da hissedarlar tarafından genel kurulda verilecek icazet ya da yönetimin ibrası bu cünhanın oluşumunu, başka kişiler bakımından zarara yol açması muhtemel olması hesabıyla engellemeyecektir. Söze konu şirket başlıca mağdur olmakla beraber bu topluluğa güven besleyen diğer kişiler de mağdurdur⁶². Rıza konusunda ilgi çekici başka yönde bir karardan da bahsetmek gerekirse mağdura içecek alması için şifresiyle birlikte kredi kartı teslim edilen failin,

⁵⁸ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 22

⁵⁹ Fr. Yarg. Ceza D. 27 Ocak 1976, Karar no 75-90494 Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1976, no 30; Fr. Yarg. Ceza D. 10 Mayıs 1993, Karar no 92-84451.

⁶⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 29 Ocak 1970, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1970, no 42.

⁶¹ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 22

⁶² Şirket varlıklarının kötüye kullanılması suçu bakımından: Fr. Yarg. Ceza D. 26 Ocak 1961 **Gazette du Palais Y**: 1963, S: 2, s. 438. – Fr. Yarg. Ceza D. 19 Ekim 1971, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1972, no 272; Fr. Yarg. Ceza D. 19 Mart 1979, Karar no 78-92386, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1979, no 112; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Mart 2006, Karar no 04-86648; Hayali kar payı dağıtımı suçu bakımından: Fr. Yarg. Ceza D. 10 Kasım 1942, **JCP Edition General Y**: 1943, C: II, s. 2332.

mağdurun ihtiyacının çok ötesinde içecek alması halinde her ne kadar rızaya ilişkin bir emare bulunmasa da güveni kötüye kullanma suçu oluşmamaktadır. Zira ihtiyacın çok ötesinde de olsa mağdurun tüketmek suretiyle faydasına bu eylem gerçekleştirilmiştir⁶³.

Görüldüğü üzere mallara karşı suçlar mevzu bahis olduğunda Fransız içtihadı zararın yalnızca mağdur nezdinde doğup doğmadığı ile ilgilenmektedir. Mağdurun zarar doğurucu eylemleri kabullenmesi failin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Hatta bu yönde bir emare olmasa da zararın bir başka yönden ortaya çıkardığı yarardan mağdurun faydalanması halinde suçun oluşmayacağı yaklaşımı ortaya konulmaktadır⁶⁴.

C. İlgilinin Rızasının Suçun Varlığını Ortadan Kaldırdığı Haller

İlgilinin rızası bazı durumlarda suçun oluşumunu engeller. Pradel, ilgilinin rızasının bu hallerde dahi bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmadığını fakat hukuka uygunluk nedenleri dışında bir başlıkta bu hususun değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁶⁵. Gerçekten bakıldığında pek çok farklı sebepten ilgilinin rızası her ne kadar bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaya da eylemin failinin cezalandırılmasının önüne geçebilir. Aşağıda bu durumlar incelenecektir.

1. Rızanın Suçun Olumsuz Unsuru Olması

Bazı suç tipi düzenlemelerinde ilgilinin rızasının yokluğuna suçun kurucu unsurları arasında yer verilir. Suça ilişkin vakıalar mağdurun rıza gösterdiğine delalet ediyorsa suçun yasal unsurlarından birinin oluşmadığı yani suçun oluşmadığı ve varsa yürütülen soruşturmaların sonuçsuz kalacağı söylenebilir. Fakat şu duruma özellikle dikkat çekmek gerekir ki ilgilinin rızasının bir unsur olması hukukumuzdan farklı olarak Fransız hukukunda suçun tanımında bizzat yer almamaktadır. Bu durum suç

⁶³ Amiens İstinaf Mahkemesi, 17 Ekim 2007, Karar no 07/00096.

⁶⁴ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 22.

⁶⁵ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 507

tipinin doğasından ortaya çıkmaktadır. Dar bir mantık ile yapılacak değerlendirmede rıza yokluğunun tabii olarak suçun unsuru olduğunun anlaşıldığı hallerde rızanın yokluğu bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu halde failin bu unsura ilişkin bilgisi de kastın kapsamına dâhil olacaktır. Örneğin hırsızlık, hürriyeti tahdit, cinsel saldırı gibi suçların varlığı doğal olarak hak sahibinin bu fillere rıza göstermemesine bağlıdır. Bu durum aşağıda örnekleri verilecek suçlar bakımından içtihat tarafından da onaylanmaktadır. Bunun yanında suçun oluşumu, dar bir mantık gereği ilgilinin rızasının yokluğuna bağlı olmayan suçlar bakımından yasa, bu noktada ilgilinin rızasının yokluğunu kurucu unsurlar arasında saymak istiyorsa bunu özel olarak belirtmektedir. Örneğin yukarıda örneğini verdiğimiz hamileliğin yasadışı sonlandırılması suçu bu şekildedir. Hamileliğin sonlandırılması fiilinin bir suça vücut vermesi üzerine yapılacak mantıki değerlendirmede rızanın yokluğunun bu suçun doğasında yer aldığı söylenemeyecektir. Yani rıza ile de olsa hamileliği sonlandırmak pek ala suç olarak düzenlenebilir. Bu bakımdan Fransız Ceza Yasası rızaya aykırılığı 223-10 maddesinde özel olarak zikretmektedir. Buna göre “*İlgilisinin rızası olmadan hamileliğin sonlandırılması 5 yıl hapis ve 75.000 Avro para cezası ile cezalandırılır.*”⁶⁶ Hamileliğin yasadışı sonlandırılmasına ilişkin suç tipi rızayı bu suçun özel bir kurucu unsuru olarak yasa metninde zikrederek rızanın varlığına pozitif bir değer vermektir. Zaten bakıldığında 1810 tarihli Eski Fransız Ceza Yasası’nın aynı suç tipini düzenleyen 317. maddesi düzenlemesi, hamile kadının rızası olsun veya olmasın kasten hamileliği sonlandırmayı cezalandırmaktayken yeni Fransız Ceza Yasası madde 223-10 düzenlemesi yalnızca “ilgilisinin rızası olmadan” fiilin işlenmesi halinde bu cünhanın cezalandırılacağını hükmetmektedir. Haliyle suçun kurucu unsurları arasında sayılan rızanın yokluğunun bilinmesi kast bakımından değer taşıyacak ve manevi unsur çerçevesinde failin bu rızanın olmadığına dair bilgisi kasten hareket edip etmediğini tespitimizde önem kazanacaktır.

⁶⁶ Fr. C.Y. 223-10 maddesinin orijinal metni: “*L'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.*” Şeklinde. Md. 223-11 hükmüne göre de bu suça teşebbüs aynı şekilde cezalandırılır.

Bu varsayım dâhilinde aşağıda örnek verilen suçlarda bu anlatılanlar söz konusudur.

Yargıtay'ın, rızanın varlığı halinde suçun oluşmadığını içtihat eylediği ilk grup suçlar mallara karşı işlenen suçlardır. Örneğin Yargıtay'a göre bir şeyin mağdur tarafından sebebi bilinmesi suretiyle alınması halinde hırsızlık suçu oluşmamaktadır⁶⁷. Bazı yargı kararları, bir şeyin alınmasına yönelik verilen rızanın manevi unsur olarak kast unsurunun yokluğunu sonuçlandırdığını söylemektedir⁶⁸.

Rızanın suçun varlığını ortadan kaldırdığının kabul edildiği bir diğer suç grubu hürriyete karşı suçlardır. Bir yerde tutulan kişi bu tutulmaya rıza gösteriyorsa tutmanın keyfi olduğundan bahsedilemez. Yine kişi kaçırılmasını rızası ile takip ediyor ve onunla beraber gidiyorsa kaçırmaya rıza gösteriyor demektir. Tüm bu hallerde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmayacaktır⁶⁹.

Cinsel suçlar bakımından da içtihat rızaya ehemmiyet vermektedir. Bu bakımdan cinsel ilişkiye rıza gösteren kişiye yönelik cinsel eylemler cinsel saldırı suçu oluşturmayacaktır⁷⁰. Cinsel suçlara ve özellikle çocuklar ile cinsel davranışlara yönelik rızanın suçun varlığını engellediğine dair tartışmalı kararlar da bulunmaktadır. Bu manada mahkemelerin, sanığın küçük tarafından cinsel teşhirlere maruz kalması akabinde buluşmalar ayarlamasının bu cinsel ilişkiler mağdurun onayı ile farklı zamanlarda tekrarlanması göz önünde tutulduğunda küçüğün istismarı suçu oluşturmayacağına yönelik kararları vardır⁷¹. Aynı şekilde bilgisayarlar vasıtasıyla homoseksüel ilişki teklifine karşılık veren küçüklerin, eylemlerine yönelik olarak karşılıklı rıza gösterdiğine hükmedilmiştir⁷². Aynı şekilde her ne kadar trizomisi sebebiyle hassas da olsa bir erkekle karavanında bir araya gelip birlikte soyunarak yatan kadının cebir, tehdit ya da iradeyi tahdit eden bir neden söz konusu olmadıkça

⁶⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 9 Temmuz 1853, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1853, no 351

⁶⁸ Montpellier İstinaf Mahkemesi, 24 Nisan 2001, Karar no 00/00484-BF/JR

⁶⁹ Mascala, "Art. 122-4 à 122-7", k.n. 25.

⁷⁰ Bouloc, **Droit pénal général**, s. 379

⁷¹ Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi, 8 Ekim 2001, Karar no: 1533/D/2001CL.

⁷² Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi, 2 Mart 1998, Karar no 351D/13/98.

bu cinsel münasebete rızasının olduğu söylenebilir şeklinde kararlar verilmiştir⁷³. 19 yaşındaki sanığın 16 yaşındaki arkadaşının bedenine yönelik cinsel temas şeklindeki eylemleri bu eylemler cebir, tehdit ya da iradenin tahdit edilmesi niteliğinde olmadığı sürece cezalandırılabilir bir davranışı oluşturmaz. Zira sanık mağdur üzerinde bir otorite sağlamış değildir şeklinde hükümler de söz konusudur⁷⁴.

İçtihadın değiştiği bir diğer grup suç, hayatın özel alanına ilişkin suçlardır. Özel hayata yönelik saldırılar Fransız Ceza Yasası'nın 226-1 maddesi mucibince cezalandırılmaktadır. Örneğin bir kişinin özel bir alanda rızası olmaksızın fotoğraflarının çekilmesi bu kapsamdadır. Bir araç bu bakımdan özel bir alandır ve bu bağlamda kişileri aracının içinde gösteren fotoğraflarının izinsiz çekilmesi bu suça vücut verecektir. Bu belirtilen örneğe benzer bir vaka, bir kaza vesilesiyle mahkeme kararına konu olmuştur. Kararda, ağır bir şekilde yaralanmış ya da ölmüş bir kazazedenin acil müdahaleye imkân tanımak için fotoğraflanması aracın özel alan niteliğini kaybetmesine yol açmaz ve bu şartlar dâhilinde de ilgili kişilerin rızası olmaksızın fotoğrafların çekilmesi yasaklanmıştır ve tüm bu fotoğraflar özel hayatın gizliliğine karşı bir suç mahiyetindedir denilmiştir⁷⁵. Benzer karar aynı gerekçeyle eski sevgilisinin özel bir yerde çekilmiş ve bir bilgisayar hafızasında bulunan çıplak fotoğraflarını rızası olmadan birden fazla meslektaşına gösteren bir hemşire hakkında da verilmiştir⁷⁶.

Fransa'da doktrin 1994 Ceza Yasası ile kasten yaralama mahiyetindeki fiillerin isimlendirmesini değiştirdiğinden beri kişi varlığına yönelik kasıtlı eylemleri de bu kapsamda ele alma eğilimindedir⁷⁷. 1810 Ceza Yasası döneminde “kasıtlı yaralama ve darb” (1810 Fr. C.Y. Md. 309 vd.) şeklinde bu suçlar isimlendirilirken 1994 Ceza Yasası döneminde “cebir” (*violence*) olarak isimlendirilmektedir (1994 Fr. C.Y. Md. 222-7 ila 222-16-3). Fakat rızanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacağına

⁷³ Montpellier İstinaf Mahkemesi, 16 Ocak 2007, JurisData no 2007-325677.

⁷⁴ Montpellier İstinaf Mahkemesi, 12 Ocak 2010, Karar no 44,09/01723.

⁷⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 12 Nisan 2005, Karar no 04-85637; Benzer yönde Fr. Yarg. Ceza D. 20 Kasım 2007, Karar no 06-82753.

⁷⁶ Paris İstinaf Mahkemesi, 27 Mayıs 2008, Karar no 07/01902.

⁷⁷ Bouloc, **Droit pénal général**, s. 381; Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 507; Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 26.

ilişkin kural kasten yaralama fiilleri bakımından hala geçerliliğini korumaktadır. Özellikle 94-653 sayılı ve 29 Temmuz 1994 tarihli yasa ile Medeni Kanun’da yapılan değişiklik sonrası bu kural vücut bütünlüğüne yönelik fiiller bakımından daha da kuvvetlenmiştir⁷⁸. Değişiklik sonrası: “*insan bedeni üzerinde cebir icra edilemez...*” (Fr. Medeni Yasası Md. 16-1); “*yalnızca tıbben gerekli haller veya bu başlık altında tedaviye yönelik başkaca yararlar vücut bütünlüğüne yönelik saldırı niteliği taşımaz...*” (Fr. Medeni Yasası Md. 16-3) hükümleri ihdas edilmiştir.

Vücut bütünlüğüne yönelik fiiller bakımından rızaya bir hukuka uygunluk değeri atfedilmemekle beraber Medeni Kanun’daki yukarıda belirtilen değişiklikler ile de bağlantılı şekilde, bu fiillerin hukuka uygunluğu, aşağıda da inceleneceği üzere konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme ile ancak meşrulaşabilir. Bunun dışında, yukarıda sayılan ve içtihadın rızaya sonuç bağladığı, rızanın suçun olumsuz unsuru olarak kabul edilen hallerde, kurucu olumsuz unsur oluşturan rızanın belirli özellikleri taşıması gerekmektedir. Bunlar rızanın evvelliği, geçerliliği ve bağımsızlığıdır.

a. Rızanın Özellikleri

Rızanın yokluğu suçun kanuni tanımında yer alsın ya da almasın, içtihat tarafından suçun olumsuz kurucu unsuru olarak kabul edildiği hallerde bu olumsuz unsurun varlığı için rızanın belirli şartlara sahip olması zorunludur. Bunlar evvelik, geçerlilik ve bağımsızlıktır⁷⁹. Aşağıda bu özellikler sırasıyla incelenecektir.

1) Evvelik

Rızanın evvelik (*ant riorit *)  zelliği rızayı, benzer kavramlar olan bağışlama, tahammül etme, icazet, onam gibi kavramlardan ayırmaktadır. Ceza hukuku

⁷⁸ Pradel, **Droit P nal G n ral**, 2016, s. 506; Mascala, “Art. 122-4   122-7”, k.n. 26.

⁷⁹ Mascala, “”Art. 122-4   122-7”, k.n. 27 vd.

bakımından geçerli olan rıza, suç tamamlanmadan ya da en azından suça teşebbüs edilmeden evvel söz konusu olan rızadır⁸⁰.

Rızanın bir değer ifade etmesi bakımından hukukumuzdan ayrı bir yaklaşım söz konusudur. Hukukumuz bakımından ilgilinin rızasının geçerlilik şartı suçun tamamlanmasından önce rızanın verilmiş olmasıdır. Oysaki Fransız hukuku bakımından rıza suçun kurucu unsurları gerçekleşmeden verilmelidir. Keza suçun unsurlarının varlığı ya da yokluğu, suçun tamamlandığı ya da suça teşebbüs edildiği bu anda ancak dikkate alınır. Mağdurun bağışlaması ya da boyun eğip sineye çekmesi, kabullenmesi ya da katlanması suçun varlığını ortadan kaldırmaz ve bu bağlamda ceza hukukunun devreye girmesini engellemez⁸¹.

2) Geçerlilik

Hukukun değer verdiği rıza geçerli bir rıza olmak zorundadır. Rıza akli melekelerle sahip kişi tarafından verilmiş olmalıdır. Yani rıza veren, verdiği rızanın kapsamını ve sonuçlarını takdir edebilecek yeteri yaşta ve temyiz kabiliyetinde olmak zorundadır. Aynı zamanda yasa, mağdurun yaşı temelinde rızanın geçerlilik (*validité*) şartlarını da düzenleyebilmektedir. Örneğin cinsel saldırı bağlamında her ne kadar ortada bir cebir söz konusu olmasa bile aksi öngörülemez şekilde rızanın bulunmadığının kabul edildiği yaş eşikleri düzenlenmiştir (Fr. C.Y. Md. 227-25).

Yargı mercileri de rızanın geçerliliği bakımından pek çok kararda yaşa vurgu yapmaktadır. Örneğin bir kararda rıza gösterme ehliyetine sahip olmayan sekiz yaşındaki kuzenine yönelik duhul fiilini gerçekleştiren sanık tecavüz suçunu işlemiştir denmektedir⁸².

Yine başka bir kararda cinsel saldırı suçunda ilgilinin rızasının yokluğu, yalnızca mağdurun çok küçük yaşlarda olması (fiil gerçekleştiğinde bir ila dört yaş arasında

⁸⁰ A.g.e.

⁸¹ A.g.e.

⁸² Amiens İstinaf Mahkemesi, 5 Kasım 2009, Karar no 09/00027-M, JurisData no 2009-018753; Aynı yönde Fr. Yarg. Ceza D. 31 Ağustos 1899, Recueil Sirey, Y: 1901, S: 1, s. 478; Fr. Yarg. Ceza D. 25 Mayıs 1938 **Dalloz Hebdomadaire**, Y: 1938, s. 453.

olması) üzerinde değil arzu ettiği emeline ulaşmak için doktorculuk oynayan failin (mağdurun babası) kullandığı araçlar üzerinde de sonuç doğurmaktadır denilerek yaş dışında hilenin de rızanın geçerliliğini etkileyeceği vurgulanmaktadır⁸³.

Bir başka kararda dokuz yaşındaki kız çocuğu ile düzenli olarak oldukça tahrik edici erotik oyunlar tertip eden çocuğun annesinin sevgilisinin eylemleri suç oluşturmaktadır denilmektedir⁸⁴.

Fransız Ceza Yasası'nın 225-25 maddesi ve devamında 15 yaş ve üstü çocuklarla cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Bu suç çocuğun üst soyu ya da çocuk üzerinde otorite sahibi olan kişiler tarafından işlenebilmektedir. Örnek kararda bir yetişkin ve eğitimci statülerinden yararlanan sanık öğretmen, öğrencilerinden biri ile kurduğu cinsel birliktelik de içeren ask ilişkisi, 15 yaşından büyük çocuklara karşı cinsel saldırı (*atteinte sexuelle sur mineur de plus de quinze ans*) suçuna vücut verir, kız öğrencinin tahrikkar davranışları ve ilişkiye rıza göstermesi bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmez gerekçeleri ortaya konmuştur⁸⁵.

Rızanın belli bir eşik yaştan itibaren geçerli olacağının kabul edildiği haller dışında yargı mercileri, yetişkinlerin vermiş olduğu rızaya ilişkin beyanların da belirli sebeplerle geçersiz olduğu yönünde kararlar vermektedir⁸⁶.

⁸³ Montpellier İstinaf Mahkemesi, 14 Mart 2002, Karar no 01/01185, JurisData no 2002-192061.

⁸⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 18 Haziran 2003, Karar no 02-87216.

⁸⁵ Rouen İstinaf Mahkemesi, 8 Mart 1999, Karar no 98/00890, JurisData no 1999-045318.

⁸⁶ Tecavüz suçu bakımından, Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1975, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1975, no 45; Fr. Yarg. Ceza D. 16 Mart 1989, Karar no 88-83445, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1989, no 133; Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1973, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, no 45; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Mayıs 1973, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, no 207.

Akli sorunlardan muzdarip⁸⁷, sarhoş⁸⁸, ya da hipnoz altındaki⁸⁹ ya da iradi ya da irade dışı uyuşturucu madde etkisi altındaki⁹⁰ ya da özellikli hassasiyet durumundaki⁹¹ kişiler gibi belirli durumlardaki kişiler tarafından açıklanan rıza beyanları geçerli bir rıza olarak kabul edilmezler⁹². Örneğin bir olayda fail, hassas durumu açık olan ya da fail tarafından bilinen bir kişinin zihni yetersizliğini hileli yollarla suiistimal ederek mağdurun kendisine toplamı 120.000 Avroyu bulan çekler düzenlemesini ve kendisi ile evlenmesini sağladığı için Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûm edilmiştir. İstinaf Mahkemesi, bir yandan bu denli yüklü miktarda çeklerin düzenlenmesinin, iradi olmaya karşılık gelen mağdurca da önceden tasdik edildiği haliyle cömertlik demek olduğunu, diğer yandan mağdurun, hastalığı öncesinde fail ile evlenme isteğini ortaya koyduğunu göz önünde tutarak ilk derece mahkemesince manevi unsurun yanlış tayin edildiğini söylemek suretiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararına varmıştır, Yargıtay, zihni sorunların suiistimalinin, mağdur menfaatlerinin ağır bir şekilde aleyhine olan eylemlerin gerçekleştirildiği andaki özel hassasiyet durumu gözetilerek olaya tatbik edilmesi gerektiği gerekçesiyle bu kararı bozmuştur⁹³.

⁸⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 18 Mayıs 1876, **Recueil Sirey**, Y: 1876, S: 1, s. 327; Fr. Yarg. Ceza D. 17 Ocak 1978, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1978, no 20; Nîmes istinaf Mahkemesi, 2 Aralık 1999, Karar no 99/01035, JurisData no 1999-114140: “mağdurun fiilin gerçekleştirildiği andaki yaşı, fiziksel ve ruhi durumu ve rıza vermeye muktedir olamaması sebebiyle hilenin var olduğu söylenir”; Douai İstinaf Mahkemesi, 15 Mayıs 2001, Karar no 00/02135, JurisData no 2001-196471: “engelli bireylerle iştigal eden bir derneğin başkanı tarafından zihinsel engelli genç adama yönelik fiiller cinsel saldırı niteliğindedir.”; Angers İstinaf Mahkemesi, 5 Aralık 2006, Karar no 06/00506, JurisData no 2006-323341: “Yaşlı ve hassas mağdur, mülklerinin idaresini, kendisinin ağır bir şekilde aleyhine olan eylemleri kabul etmesinden faydalanan oğlu ve gelinine vermeyi kabul etmiştir. Mağdurun tüm bu eylemleri anlamadığı ve bunlara rıza vermediği ve hala bunların geleceğini tayin hakkının kendisinde olduğunu düşündüğü açıktır.”

⁸⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 14 Ekim 1842, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1842, no 280.

⁸⁹ Versailles Asliye Ceza Mahkemesi, 13 Mayıs 1970, **Gazette du Palais**, Y: 1971, S: 1, s. 34.

⁹⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 19 Aralık 2007, Karar no 07-86712; Paris İstinaf Mahkemesi, 5 Şubat 2007, Karar no 06/05289, JurisData no 2007-338938.

⁹¹ Fr. Yarg. Ceza D. 8 Haziran 1994, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1994, no 6: “ciddi bir patoloji etkisi altında bir hastane odasında tecrit edilen hasta, vazifesi başındaki hemşirenin dayattığı cinsel ilişkiye teşvik edici herhangi bir davranışı ve bu davranışa aktif katılımı yapabilecek durumda değildi.”; Montpellier İstinaf Mahkemesi, 9 Haziran 2009, Karar no 969, 08/01195, JurisData no 2009-006789: “Kinesiterapi masajı icra etmesinden faydalanan masajcının, bir düşme sonrası reçete edilen masaj seanslarına gelen 88 yaşındaki hassas durumdaki kişiye yönelik gerçekleştirdiği cinsel nitelikli eylemler cinsel saldırı suçunu oluşturur.”

⁹² Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 27.

⁹³ Fr. Yarg. Ceza D. 26 Mayıs 2009, Karar no 08-85601, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2009, no 104.

3) Serbestlik

Rızanın bir diğer özelliği serbestliktir (*liberté*). Rıza hür olmalıdır. Bu bakımdan rıza mutlaka sebebi bilinerek, neticelerinin ne olduğuna tam bir şekilde vakıf olunarak ve tam bir serbestlikle verilmelidir.

Örneğin tecavüz suçu yalnızca failin tipe uyan fiili, fiziki cebir uygulayarak mağdura dayatması ile değil mağduru bu fiile katlanmaya mahkûm etmesi ile de işlenebilir. Zaten Fransız Ceza Yasası'nın madde 222-22, fıkra 2 hükmünde “*evlilik bağı da anlaşılacak şekilde fail ile mağdur arasındaki ilişki ne olursa olsun tecavüz ve diğer cinsel saldırılar bir önceki bölümde öngörülmüş olan şartlar dâhilinde bunların mağdura dayatılması halinde gerçekleşir.*⁹⁴” denilmektedir. Yani tecavüz ve diğer cinsel saldırı suçları fiillerinin gerçekleşmesi, bu fiilin mağdura dayatılması ile olmaktadır. Mağdurun bu fiile katlanmaya mecbur edilmesi için fiziki cebir kullanılmak zorunda değildir⁹⁵. Bu durumda kişiye karşı cebir, tehdit veya hile kullanılmasa ve kişi rıza vermeye ehil bir yaşta ve temyiz kudretinde olsa dahi rıza tam bir serbestlik ile verilmediğinden suçun bu olumsuz kurucu unsurundan bahsedilemeyecektir⁹⁶.

Rızanın serbestliği sorunu cinsel saldırı suçları bakımından özellikle partnerlerin ve eşlerin rızalarına ilişkin meselelerde ortaya çıkmaktadır. İçtihat evlilik ilişkisi çerçevesinde, eşlerin cinsel eylemlere yönelik aksi kanıtlanmadığı sürece rızalarının varlığına yönelik basit bir karineyi kabul etmektedir⁹⁷.

Mağdur tarafından verilmiş olan rıza sebebi bilinerek verilmelidir. Bu bakımdan rızanın sahtecilik ve hile gibi art niyetli eylemlerle sakatlanmamış olması gerekir. Bir

⁹⁴ Fr. C.Y. md. 222-22 fıkra 2 orijinal metni “*Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.*” Şeklindedir.

⁹⁵ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 27.

⁹⁶ Aynı yönde Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 27.

⁹⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 11 Haziran 1992, Karar no 91-86346, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1992, no 232; Fr. Yarg. Ceza D. 24 Nisan 2003, Karar no 02-86744: “vakıyalardan anlaşıldığı üzere sanığın mağdur eşini kanepeye zorla bloke etmek suretiyle arzu ettiği emele ulaşmak için zor kullanması rızanın yokluğuna delalet eder.”

takım suçlarda rızanın bu şekilde verilmiş olması hukukumuzda olduğu gibi suçun kurucu unsurlarındandır. Örneğin dolandırıcılık suçunun yasal tanımı gereği bu suçun unsurlarından biri bir fonun, değer in ya da eşyanın sahte bir isim ya da nitelik veya gerçek bir niteliğin kötüye kullanılması yolu ile ya da hileli davranışlar ile kendisi ya da üçüncü bir kişi yararına alınmasıdır (Fr. C.Y. Md. 313-1).

İçtihat alıkonulan eşyanın mağdur tarafından “gerekli ve zorunlu olarak teslim edilme” veya “basit elde bulundurma için teslim edilme” şeklinde önceden teslim edilmesiyle hırsızlık suçunun bağdaşacağını, bu rızanın elde tutulan şeyden mağdurun yoksun kalmasına rıza anlamına gelmeyeceğini söylemektedir⁹⁸. Yine aynı şekilde mağdur hile dışında rızasını sakatlayan bir başka etmenle kendisine ait bir değeri teslim mecbur edilmiş olabilir. Hukukumuzda yağma suçuna denk gelen cebren teslim için de içtihadın aynı yaklaşımı söz konusudur⁹⁹. Bu halde malın serbest bir rıza ile teslim edildiği söylenemez.

Mağdur failden bağımsız nedenlerden ötürü suça katlanmayı tercih etmiş olabilir. Bu durumda yine rızanın serbestliğinden bahsedilemeyecektir. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalan mağdurun yaşadığı psikolojik sorunlar nedeniyle kendisine yönelik fiillere katlanması durumu serbest rızaya engel teşkil eder. Örnek olayda bir şirket yöneticisi, asistanına yönelik cinsel saldırı suçundan suçlu bulunmuştur. Karar mağdurun, dört yıllık işsizlik sebebiyle yaşadığı psikolojik sorun, işini kaybetme konusunda duyduğu hastalıklı korku nedeniyle işverenin ileriye gitmesine ve hareketlerine tüm enerjisi ile karşı koymasına engel olmuştur gerekçesiyle rızanın varlığını kabul etmemektedir¹⁰⁰.

⁹⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 1 Mart 1951, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1951, no 70; Fr. Yarg. Ceza D. 10 Nisan 1959, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1959, no 209; Fr. Yarg. Ceza D. 21 Nisan 1964, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1964, no 121; Fr. Yarg. Ceza D. 21 Şubat 1968, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1968, no 58; Fr. Yarg. Ceza D. 5 Aralık 1984, Karar no 82-90300, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1984, no 387; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Şubat 1993, Karar no 91-86622, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 65.

⁹⁹ Fr. Yarg. Ceza D. 29 Eylül 1898, **Recueil Sirey**, Y: 1900, S: 1, s. 249; Fr. Yarg. Ceza D. 26 Kasım 1898 **Dalloz Périodique**, Y: 1899, S: 1, s. 239; Fr. Yarg. Ceza D. 31 Ağustos 1899, **Recueil Sirey**, Y: 1901, S: 1, s. 475; Fr. Yarg. Ceza D. 25 Ocak 1973, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, no 45; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Mayıs 1973, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1973, no 207; Fr. Yarg. Ceza D. 26 Haziran 1974, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1974, no 243.

¹⁰⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 15 Ocak 2003, Karar no 02-84179.

Cinsel saldırı ile bağlantılı olarak rıza, aldatma ya da hile ile şaşırtılmışsa dayatma unsuru varlığını devam ettirir¹⁰¹.

Yine mağdur rızasının neticelerinin ne olduğu konusunda tam bir vukufiyet içinde olmalıdır. Verdiği rızanın sonuçları ile ilgili cehalet içinde olan kişinin verdiği rıza serbest bir rıza değildir. Örnek olayda mağdurun rızası ve isteği ile birçok kişi tarafından icra edilen şeytan çıkartma seansı sonrası mağdurun ölümünün, ölümcül darb (*coups mortels*) cürmünü (hukukumuzdaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu) oluşturduğuna karar verilmiştir. Ölüme bazı kişilerin mağduru yerde tutarken birisinin onun göğsünde ve karın boşluğunda durması sebebiyle boğulma neden olmuştur. Mağdurun önceden göstermiş olduğu rıza vakıaların ne şekilde nitelendirildiği ile ilgisizdir keza mağdur kendisinin karşılaşacağı sondan bihaberdir¹⁰².

Suçun kurucu unsurları arasında ele alınması suretiyle rızaya ceza hukuku alanında değer biçilmesi konusu incelendikten sonra rızanın konumuzu teşkil eden kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde ele alınması değerlendirilecektir.

2. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Kapsamında Değerlendirilen İlgilinin Rızası

Fransız hukukunda yaralamanın tipikliğini oluşturan bir takım ağır fiillerin cezalandırılabilirliği ilgilinin rızası ile açıklanmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ilgilinin rızası suçun bir olumsuz unsuru olarak düzenlenmemişse cezasızlığın başlı başına bir dayanağını oluşturamaz. Rıza ancak tipikliğin bir olumsuz unsuru ise suçun varlığını ortadan kaldırır ve bu durumda rızanın varlığı halinde kanun koyucu suçun tipik olarak ortaya çıkmadığını söylediğinden fail ilgili fiilden cezalandırılmaz.

¹⁰¹ Fr. Yarg. Ceza D. 23 Tammuz 1885, **Recueil Sirey**, Y: 1885, S: 1, s. 516. Bkz. Açık bir şekilde aldatmayı cebir ve tahdit ile eşdeğer tutan aynı yöndeki yasa düzenlemesi : Fr. Ceza Yasası, Md. 222-22; Paris İstinaf Mahkemesi, 30 Kasım 2000, Karar no 00/04085, JurisData no 2000-136095: trende seyahat sırasında, uykusu gelen yolcuya yönelik cinsel saldırı ile ilgili; Bordo İstinaf Mahkemesi, 15 Ocak 1997, JurisData no 1997-042113: işverenin çalışanına yönelik aldatma ile işlediği cinsel taciz ile ilgili.

¹⁰² Paris İstinaf Mahkemesi, 7 Haziran 2007, Karar no 06/09879, JurisData no 2007-341350.

Rıza suçun tipiklik alanı dışında hukuka aykırılık alanında da kendisini gösterebilir. Bu halde suçun hukuka aykırılık unsuru içerisinde değerlendirilecek rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak da ortaya çıkmamaktadır. Burada suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldıran neden konumuzu oluşturan kanunun hükmünü yerine getirmedir. Tıbbi müdahale ile hasta üzerinde yaralamanın tipik fiillerini icra eden cerrah ya da rekabet nedeniyle bedensel yaralanmalara neden olan sporcular bakımından durum budur. Bu hallerde cezasızlık, dayanağını ve kaynağını kanunun hükmünü yerine getirmenin konusu olan müsaadelerden almaktadır¹⁰³.

a. Tıbbi ya da Cerrahi Müdahaleler

Tıbbi ya da daha özel bir alan olarak cerrahi müdahaleler hastanın vücut bütünlüğüne müdahaleyi gerektiren eylemlerdir. Hastasına iğne vuran doktor, hastasını ameliyat eden cerrah yaralama suçunun tipikliğini oluşturacak şekilde hastasının vücut bütünlüğüne yönelik bir fiilde bulunmaktadır. Bu eylemler bir hukuka uygunluk nedeni yoksa *a priori* olarak bir ceza haksızlığını oluşturmaktadır. Oysaki bu sanatları icra eden kişiler hiçbir hukuk düzeninde ilkesel olarak kasten yaralama suçundan cezalandırılmazlar. Eylemlerinin bir suça vücut vermesi fakat cezalandırılmaz olmalarının ne şekilde açıklanacağı Fransız hukukunda rıza bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmadığı için teorik bir tartışmayı doğurmaktadır. Hukukumuzda hastaların bu müdahalelere rıza gösterdiği dolayısıyla bu rızanın fiiller bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu ve bu nedenle hekimlerin cezalandırılmayacağı söylenir. Ne var ki Fransız hukuku bakımından durum böyle değildir. Gerçekten yukarıda ayrıntılı olarak incelenen mağdurun rıza göstermesinin fail için bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediğini ortaya koyan ilke çerçevesinde hukukumuzdaki bu teorik temellendirme esas alınamaz. Dolayısıyla bu cezasızlık halinin dayanağı rıza başlığı dışında başka bir başlıkta aranmalıdır¹⁰⁴.

Başta Deontoloji Yasası ve Kamu Sağlığı Yasası olmak üzere tıp mesleğinin yapılanmasını, eğitimini, araştırmalarını, hukuken tanınmış sıfatlarını düzenleyen

¹⁰³ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 11; Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 48 vd.

¹⁰⁴ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 502

yasalar ve hükümler, bu sanatın icrasına ilişkin yer yer emir yer yer müsaade hüviyetinde düzenlemeler içermektedir. Bu nedenle doktorlar, cerrahlar ya da diğer tıbbi personel, ölüm ya da yaralanma ile neticelense bile tıbbi tedavi ve cerrahi operasyonlar bakımından ilkesel olarak kanunun hükmünü yerine getirmektedirler. Keza Fransız hukukunda mağdurun rızası bir suçun varlığını ortadan kaldırmaya yeterli görülmemektedir. Rızanın niteliği itibarıyla yukarıda incelenen yaşam hakkının ihlaline yönelik verilen rızaların geçersizliği ile bağlantılı olarak kişinin kendisini öldürecek bir müdahaleye rıza göstermesi kabul edilmez¹⁰⁵.

Tıbbi müdahalenin kasten yaralama suçunu oluşturmadığı bazen failin kasten hareket etmediği ile temellendirilmek istenmektedir¹⁰⁶. Bu argüman da hukuki anlamda çok bir anlam ifade etmemektedir. Zira yaralanmaya neden olan cerrahi müdahale hekim tarafından iradi olarak bilerek ve istenerek gerçekleştirilmektedir. Bu da Fransız Ceza Yasası 121-3 maddesinde düzenlenen kastın oluşumu için yeterlidir.

Kanunların çeşitli meslek erbablarına belirli yetkiler ve müsaadeler tanınması halinde ilgili sanat ya da zanaatın icrası bunlara ilişkin kurallara uyulması suretiyle hukuka uygun kabul edilir. Doktorlar ve cerrahlar bakımından mesleklerinin icrası yerine göre bir yükümlülük halini almaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla tıp mesleğinin icrasına dair kurallar yerine göre emir yerine göre müsaade hüviyetinde ortaya çıkmaktadır.

İlgili müdahalenin gerçekleştirilmesi için yasanın aradığı şartlara uyulması mecburidir. Bu şartlardan birinin yokluğu bile artık bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilememesine neden olabilir¹⁰⁸. Bu sebeple sanatın icrasına dair kurallara ve ilgili müdahale için gerekli şartlara uyulmaması halinde kanunun hükmünü yerine getirmeden neşet eden bir hukuka uygunluktan bahsedilemez¹⁰⁹. Fransız Yargıtayı, özellikle müdahalenin tedavi amacıyla gerçekleştirilmesi üzerinde durmaktadır.

¹⁰⁵ A.g.e

¹⁰⁶ Frederic Desportes – Francis Le Gunehec, **Droit Pénal General**, 13. Baskı, Economica, Paris, 2006, s. 714.

¹⁰⁷ Deontoloji Yasası Md. 2 ila 31 hükümleri genel yükümlülükleri 32 ila 55 hükümleri hastalara karşı yükümlülükleri düzenlemektedir.

¹⁰⁸ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 30.

¹⁰⁹ Paris İstinaf Mahkemesi, 30 Haziran 1983, **Gazette du Palais**, Y: 1984, S: 1, s. 146; Fr. Yarg. Birl. Daireler Krl. 30 Mayıs 1986, Karar no 85-91432; Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1986, no 184.

Yargıtay'ın başkaca amaçlarla gerçekleştirilen müdahalelerin hukuka aykırılığı üzerine çokça kararı bulunmaktadır.

Tedavi etme amacının yokluğu, müdahalenin kasten vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı şeklinde ele alınarak soruşturulmasına yol açacaktır. İçtihadın bu yaklaşımının 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda da korunduğu söylenebilir. Bu yaklaşımın mevzuattaki bir diğer karşılığı yukarıda da yer verdiğimiz 1994 yılında Medeni Kanun'da yapılan değişiklik ile bu yasanın 16-1 ve 16-3 maddeleridir. 94-653 sayılı ve 29 Temmuz 1994 tarihli yasa ile değişik Fransız Medeni Kanunu'nun 16-1 maddesine göre "*insan bedeni üzerinde cebir uygulanamaz...*" 16-3 maddesine göre de "*Yalnızca kişi için tıbbi gereklilik hali vücut bütünlüğüne saldırı teşkil etmez...*".

Müdahalenin tedavi etme amaçlı olmasına dair ilke oldukça katidir ve gerçekleştirilen ameliyatlara ve yapılan müdahalelerle bağlantılı olarak sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır¹¹⁰. Hastanın onayıyla fakat tedavi amacı gütmeyen gerçekleştirilmiş müdahalelere dair oldukça fazla karar verilmiştir.

Müdahalenin tedavi amacı dışında örneğin deneysel ve bilimsel amaçlar dâhilinde¹¹¹, dini amaçlar dâhilinde¹¹², ticari amaçlar dâhilinde¹¹³, hastanın sahsına özgü durumlar için¹¹⁴ gerçekleştirilmesi, müdahaleyi, mesleğin icrasına dair kurallara uyulsa dahi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Örnek olayda hastasının çene implantlarını geri alan diş doktorunun bu fiilinin beden bütünlüğüne saldırı oluşturduğuna karar verilmiştir. Zira diş doktoru gerçekleştirilen tedavinin ücreti konusunda hastası ile anlaşmazlığa düşmüştür ve uygulanan implantlar hastanın da

¹¹⁰ Dominique Thouvenin, "De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle", **Recueil Dalloz**, Y: 1991, s. 221; Fr. Yarg. Ceza D. 9 Kasım 1961, **JCP**, Y: 1962, C: II, s. 12777.

¹¹¹ Lyon Asliye Ceza Mahkemesi, 8 Aralık 1859, **Dalloz Périodique**, Y: 1859, S: 3, s. 87; Aix İstinaf Mahkemesi, 22 Ekim 1906, **Dalloz Périodique**, Y: 1907, S: 2, s. 41; Lyon İstinaf Mahkemesi, 27 Haziran 1913, **Dalloz Périodique**, Y: 1914, S: 2, s. 73; Angers İstinaf Mahkemesi, 11 Nisan 1946, **JCP Général**, Y: 1946, C: II, s. 3163; Fr. Yarg. Ceza D. 12 Temmuz 1952, **Recueil Dalloz**, Y: 1952, s. 667; Fr. Yarg. Ceza D. 30 Mayıs 1991, Karar no 90-84420, **Bülten Fr. Yarg. Ceza D.** 1991, no 232.

¹¹² Fr. Yarg. Ceza D. 1 Temmuz 1937, **Recueil Sirey**, Y: 1938, S: 1, s. 193.

¹¹³ Fr. Yarg. 1. Huk. D. 23 Şubat 1972, **JCP**, Général, Y: 1972, C: II, s. 17135.

¹¹⁴ Daha fazla çocuk sahibi olmamak için kesin ve sorunsuz bir çözüm bulma arzusu dışında herhangi bir gerekliliği ve aciliyeti olmayan kısırlaştırma işlemini kadına talebi doğrultusunda gerçekleştiren cerrah ile ilgili karar: Chambéry İstinaf Mahkemesi, 2 Mart 2000, Karar no 99/00521, **JurisData** no 2000-110207.

rızası üzerine diş cerrahisi yoluyla geri alınmıştır. İmplantların geri alınması tedavinin gerekliliği ile açıklanmayan bir nedene ve tedavi amacı dışında bir amaca dayanmaktadır¹¹⁵.

Estetik amaçlar bakımından ise estetik cerrahi uzun müddet ceza hukuku bakımından bir meşruiyet dayanağı görünmese de bu müdahalelerin de tedavi amacına uygunluğu yani hukuka uygunluğu sonradan kabul edilmiştir¹¹⁶. İctihat psikosomatik tıbbın gelişiminin de etkisiyle bu tarz ameliyatların sıklıkla salt estetik gayelerle gerçekleştirilmediğini, tedavi mefhumunun bir görünümü¹¹⁷ olan özellikle hastanın psikolojisinin iyileştirilmesi ile de uyumlu olduğunu onaylayan kararlar vermiştir¹¹⁸.

b. Sertlik İçeren Sporların İcra Edilmesi

Spor faaliyetleri doğası gereği yaralanma ve sakatlanmaları bünyesinde barındırır. Hele ki sporun icrası bir rakibin varlığını şart koşuyorsa bu yaralanma ya da sakatlanma bir başkasının fiilinden ileri gelebilmektedir. Bu halde spor faaliyetleri bakımından kaçınılmaz olan rakipten kaynaklı yaralama fiillerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, cezalandırılmayacaksa bunun nedeninin ne olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır¹¹⁹. Özellikle boks, ragbi, futbol gibi sertlik içeren sporların icrası meselesinde müsabakanın oynanması esnasında yaralanan kişilerin rızası bu fiillerin hukuka uygunluğunun dayanağını oluşturur denilmektedir¹²⁰. İlgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp spor müsabakasında yaralanmaya neden olan fiili gerçekleştiren kişiler için meşrulaştırıcı bir öneme sahip değildir¹²¹. Burada hukuka uygunluk dayanağı yine kanunun hükmünün yerine getirilmesidir. Bu sporların icrasına Anayasalar, toplumun ve gençliğin beden terbiyesi amacıyla koruma

¹¹⁵ Fr. Yarg. Ceza D. 9 Kasım 1961, **Gazette du Palais**, Y: 1962, S: 1, s. 104

¹¹⁶ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 502

¹¹⁷ Mascala, “Art. 122-4 à 122-7”, k.n. 32.

¹¹⁸ Fr. Yarg. Huk. D. 22 Kasım 1920, **Gazette du Palais**, Y: 1921, S: 1, s. 68; Paris İstinaf Mahkemesi, 22 Ocak 1913, **Gazette du Palais**, Y: 1913, S: 1, s. 260; Paris İstinaf Mahkemesi, 12 Mart 1931, **Gazette du Palais**, Y: 1931, S: 1, s. 590; Lyon İstinaf Mahkemesi, 27 Mayıs 1935, **Dalloz Hebdomadaire**, Y: 1936, s.. 465; Paris İstinaf Mahkemesi, 13 Ocak 1959, **Recueil Dalloz**, Y: 1959, s. 26; Poitiers İstinaf Mahkemesi, 19 Kasım 1953, **Recueil Dalloz**, Y: 1954, s. 150.

¹¹⁹ Bouzat – Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, s. 380.

¹²⁰ Rene Demogue, “Examen Doctrinal: Jurisprudence Criminelle”, **Revue critique de législation et de jurisprudence**, Y: 1914, s. 262.

¹²¹ Bouzat – Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, s. 380.

getirmekte, yasalar izin vermektedir ve böylelikle failin cezalandırılmazlığının dayanağını oluşturmaktadır¹²².

Fransız yargı mercilerinin bu tür faaliyetlerde gerçekleşen yaralama fiilleri bakımından suçun oluşmamasını rakibin kastının yokluğuna bağladığı kararlar da vardır. Örneğin bir istinaf merci kararına göre; yaralama fiilinin kast unsurunun bir nefret-kin ile gerçekleştirilmesi gerekir, bu da bir ihtilaftan kaynaklanan bir nefret ya da kin olabilir, boks müsabakasında nefret ve kin dışında rekabetten kaynaklı olarak taraflar bir birlerini yaralamaktadır, dolayısıyla failin kasten hareket etmediği söylenir¹²³. Bu yaklaşımı elbette ki kabul edilebilir tarafı yoktur. Bu bakımdan istinaf merci yukarıda ötanazi ve düello bahsinde de anlatıldığı üzere kast ve saik bakımından bir kafa karışıklığı yaşamaktadır. Failin kastının belirlenmesinde saikin bir önemi yoktur. Boks müsabakasında rakip nefret ya da kin saiki ile hareket etmese de kasten hareket etmektedir¹²⁴.

Fransız yargı mercileri spor müsabakalarındaki yaralamaya yönelik fiilleri daha ziyade bu müsabakaların gerçekleştirilmesinin mevzuata dayanması ve bu sporlardaki müdahalelerin gelenekten kaynaklanması¹²⁵ ile hukuka uygun görmektedir. Fransız içtihadının geleneğin meşrulaştırıcı etkisine yönelik kabulüne yukarıda değinilmişti. Bu çerçevede ister kanuna ve genel düzenleyici işlemlere dayansın, ister geleneğe dayansın, müsaade edilen fiiller bakımından hukuka uygunluk dayanağını kanunun hükmünün yerine getirmeden almaktadır. Fransız içtihadı da doğrudan bu kavramsallaştırmayı yapmasa da spor müsabakalarına ilişkin verdiği kararların

¹²² Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 502.

¹²³ Douai İstinaf Mahkemesi, 3 Aralık 1912, **Recueil Sirey**, Y: 1914, C: 2, s. 117.

¹²⁴ Aynı yönde Bouzat – Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, s. 380.

¹²⁵ Boulloc spor müsabakalarındaki yaralama fiillerinin hukuka uygunluğunu rıza ile bağlantılı şekilde örf adete dayandırmaktadır. Boulloc, **Droit pénal général**, s. 356, 383.

geneli¹²⁶ incelendiğinde kanunun hükmünü yerine getirmenin bu fiilleri meşrulaştırdığının resmini çizmektedir¹²⁷.

Son olarak spor müsabakalarındaki yaralamanın tipikliğini oluşturan fiillerin kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için failin, oyun kurallarının sınırladığı alan içerisinde hareket etmesi gerekir¹²⁸. Sporcunun oyunun kurallarının dışına çıkarak örneğin rakibine kızarak ona oyun ile alakasız şekilde saldırması halinde bu hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmayacak ve oyuncunun bu fiili kasten yaralama suçunu oluşturacaktır. Yine oyun kuralları çerçevesinde faul olarak nitelendirilen kontrolsüz, dengesiz ve istemsiz müdahaleler de taksirli fiilleri oluşturacak ve sorumluluğu doğuracaktır¹²⁹. İçtihat oyun kurallarına riayet edilmemesi halinde ilgili fiillerin ne yasadan ne de gelenekten kaynaklı olarak meşru görülemeyeceği yolunda çok sayıda karar vermiştir¹³⁰.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni ile aynı madde altında (Fr. C.Y. Md. 122-4) düzenlenmektedir. Bu yönüyle Fransız Ceza Yasası ile Ceza Kanunumuz aynı yöntemi takip ederek benzeşmektedir. Zaten Ceza Kanunumuzun kanunun hükmü ve amirin emri şeklinde başlıklандığı bu iki hukuka uygunluk nedeninin bağımsız birer neden olduğunu söylemek olanaksızdır. Aralarında otonom bir ilişki bulunan bu iki hukuka uygunluk nedeninden kanunun hükmü, amirin emrine kaynaklık etmektedir. Kanunun özellikle kamu görevlilerine yönelik hükümlerinin uygulanması noktasında çoğu zaman hüküm ile bu hükmü uygulayacak kişi (memur) arasına denetimi sağlayacak

¹²⁶ Bordeaux Asliye Ceza Mahkemesi, 22 Ocak 1931, **Dalloz Périodique**, Y: 1931, S: 2, s. 45; Bordeaux İstinaf Mahkemesi, 14 Nisan 1931, **Recueil Sirey**, Y: 1932, S: 2, s. 55; Riom İstinaf Mahkemesi, 30 Kasım 1931, **Gazette du Palais**, Y: 1932, S: 1, s. 141; Versailles Hukuk Mahkemesi, 2 Şubat 1932, **Gazette Tribunal**, Y: 1932, S: 2, s. 42; Bourg Asliye Ceza Mahkemesi, 6 Nisan 1938, **Gazette du Palais**, Y: 1938, S: 2, s. 308.

¹²⁷ Adrienne Honorat, “La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports”, **Recueil Dalloz**, Y: 1969, s. 207; Louis Lorvellec, “Les aspects juridiques de la violence sportive”, **Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat** içinde, Pedone, Paris, 1980, s. 285; Mascala, Art. 122-4 à 122-7, k.n. 33.

¹²⁸ Pierre Gode, “Règles du jeu et responsabilité”, **Les problèmes juridiques du sport** içinde, Centre du droit du sport de l'Université de Nice, Économica, Nice, 1984, s. 51 vd.

¹²⁹ Bouzat – Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, s. 381.

¹³⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 21 Ekim 1965, **Recueil Dalloz**, Y: 1966, s. 26; Toulouse İstinaf Mahkemesi, 20 Ocak 1977, **RSC**, Y: 1977, s. 578; Fr. Yarg. Ceza D. 16 Ekim 1984, Karar no: 83-94343, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1984, no 303.

bir idari ya da adli kişi (amir) girmektedir. Aşağıda konumuz olan hukuka uygunluk nedeni ile sıkı bir bağı içerisinde bulunan amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin Fransız ceza hukukunda ne şekilde ele alındığı incelenecektir.

II. Fransız Hukuku’nda Amirin (Meşru Mercii) Emrinin Ceza Sorumluluğına Etkisi

A. Genel

Ceza kanunumuzun 24. madde düzenlemesine benzer şekilde amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni, Fransız Ceza Yasası’nın 122-4 maddesinde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile peş peşe gelen fıkralarda düzenlenmiştir. 122-4 maddesi 2. fıkra düzenlemesi uyarınca fiil açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe meşru bir merci tarafından verilen emir gereğı bir fiili icra eden kişinin ceza sorumluluğı bulunmamaktadır.

Meşru mercii emri Fransız doktrinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir ve tıpkı ilk fıkradaki kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni gibi yazılı olan bir kuralın uygulanmasının görünümü olarak kendini gösterir. İlk fıkradaki hukuka uygunluk nedeninden yani kanunun hükmünü yerine getirmeden farkı ise yazılı bir hukuk kuralının ifası, kanunun hükmünü yerine getirmede fail tarafından doğırudan yerine getirilmekteyken amirin emrini ifada yazılı kural ile fail arasında bir aracı olarak meşru merci, hiyerarşik st girmektedir¹³¹.

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninde var olan l; yazılı kural – emri veren st – emri ifa eden ast mekanizması, bu hukuka uygunluk nedeni için gerekli şartları ve aynı şekilde hukuka uygunluğı karmaşıklaştırmaktadır. Özellikle emri veren st ile prensipte emri yerine getirmesi zorunlu olan ast neyin hukuka uygun, neyin hukuka aykırı olduğı hususunda farklı fikirlere sahip iseler uygulanacak rejim

¹³¹ Boulloc, **Droit pnal gnral**, s. 358 vd.

çok farklı tezahürleri ile kendini göstermektedir. Dolayısıyla verilen emir ve astlık ile ilgili koşulların net bir şekilde değerlendirilmesi zorunludur¹³².

Eski Ceza Yasası'ndakinin aksine (*Eski Fr. C.Y. Md. 327*) çok belirli bir şekilde yeni Ceza Yasası (*Fr. C.Y. Md. 122-4*), kanunun hükmünün ilgili olduğu fıkradan ayrı bir fıkrayı amirin emri hukuka uygunluk nedenine hasretmiştir. Bu düzenlemeye göre *“Fiil açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe meşru merci tarafından emredilen bir fiili icra eden kişi cezai olarak sorumlu değildir.”* (fıkra 2). Bu objektif sorumsuzluk nedeninin otonomisi bugün artık şüpheyi yer bırakmayacak kadar açıktır¹³³.

İtaat etmesi gereken meşru bir merciin emrine yalnızca itaat etmek suretiyle tipe uyan bir fiili gerçekleştiren kişi *a priori* olarak hukuka uygun bir konumdadır. Failin cezalandırılmazlığı her şeyden önce şartları sağlamasına bağlıdır. Bu bakımdan bu şartların ne olduklarının belirlenmesi önemlidir.

B. Meşru Merciin Emrinin Hukuka Uygunluk Sağlamasının Şartları

Meşru merciden neşet eden emri ifanın Fransız ceza hukukunda hukuka uygun olabilmesi belli şartların bir araya gelmesi ile ancak mümkün olabilmektedir. Bu şartları verilen emre ilişkin şartlar ve asta ilişkin şartlar şeklinde ikili bir ayırım ile incelemek mümkündür. Bu şartlardan bazıları gerçekleştirilen suç tipinin karakteri ile alakalıdır ve bu şartlar hangi suçun işlendiğinin önemi olmaksızın meşru merciin emrinin fiili hukuka uygun hale getiremeyeceğini açığa vurur.

Ciddi ağırlıktaki çeşitli suçlar, meşru merciin emri ile hukuka uygun hale gelemeyiz. Bu hukuka uygunluk nedeni bu fiillerin hukuka aykırılık niteliğini ortadan kaldırmazlar. Yeni Fransız Ceza Yasası, insanlığa karşı suçlar ile ilgili olarak bu durumu açık bir şekilde ifade etmektedir. (*Fr. C.Y. Md. 213-4*) Aynı şekilde her ne kadar buna ilişkin bir hüküm bulunmasa da aynı yaklaşım işkence veya barbarca

¹³² Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 28; Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 71

¹³³ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 21 ve 40.

muameleler ya da tecavüz için de bütün hukuka uygunluk nedenleri bakımından¹³⁴ kesinlikle benimsenmelidir.

İşlenen suçun ağırlığından, insanlık dışılığından kaynaklanan bu istisnalara failin davranışının ölçülülük ve gereklilik noksanlığından kaynaklanan diğer halleri de eklemek gerekmektedir. Bu bahse daha öncesinde yer verilmiştir ve bu konu bağlamında daha önceki açıklamalarımızın tamamı caridir. Aşağıda emre ve asta ilişkin şartlar ayrımı çerçevesinde Fransız ceza hukukunda meşru merciin emrinin hukuka uygunluk sağlamasının şartları detaylı olarak incelenecektir.

1. Emre İlişkin Şartlar

Emre itaatin farklı hiyerarşik disiplinler içerisinde farklı gevşeklik ya da sıklıkta bir zorunluluk arz ettiği görülmektedir. Keza emre itaatsizlik hiyerarşik yapının disiplinine bağlı olarak farklı yaptırımları gerektirmektedir. Gevşek ya da sıkı, emre itaat bir zorunluluk arz ediyorsa da bu itaat kayıtsız şartsız bir zorunluluk olmayıp emrin belirli şartları taşıması halinde mevzu bahis olacak bir zorunluluktur. Meşru merciin emrini bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenleyen madde 122-4 fıkra 2 muvacehesinde üst merciden gelen emre iki şart dâhilinde itaat etmek zorunludur. Emre itaat etmenin ve bu emir nedeniyle gerçekleştirilen tipe uygun fiilin hukuka uygun olmasının ilk şartı emrin bir meşru otoriteden, merciden gelmiş olmasıdır. Emre ilişkin ikinci şart ise madde 122-4 fıkra 2'nin eski Fransız Ceza Yasası 327. maddeden farklı olarak gayet açık bir şekilde ifade ettiği gibi verilen emrin hukuka uygun olmasıdır.¹³⁵ Bu iki şart aynı zamanda tartışmalı konular olması münasebetiyle üzerinde durulması gereken hususları da bünyesinde barındırmaktadır¹³⁶. Bu meselelerden ilki meşru mercii kavramı ile diğeri ise söze konu merciden gelen emrin yasallık veya gayrı yasallık niteliği ile ilgilidir.

¹³⁴ Aynı yönde A.g.e. k.n. 5, 14, 22

¹³⁵ A.g.e, k.n. 73

¹³⁶ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 308.

a. Emrin Meşru Bir Merciden Gelmesi

Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesinin 2.fikrasının “merci” olarak atıfta bulunduğu otorite her şeyden önce kamusal bir mercidir. Merciiin sivil ya da askeri bir otorite olmasının önemi bulunmamaktadır. Her durumda kamusal güç ve yetkileri havi bir memur veya birim olarak hareket etmek zorundadır¹³⁷.

Meşru merciiin emri hukuka uygunluk nedenini düzenleyen Madde 122-4 fıkra 2, eski Fransız Ceza Yasası 327. maddede var olan ifadeyi tekrarlayarak emrin muhakkak surette “meşru bir merciden” gelmesi gerektiğini düzenlemektedir. Meşru merciden, otoriteden ne anlaşılması gerekir sorusu ise; iki karakteristik özelliği bünyesinde barındıran merci, emrine itaat edilmesi gereken meşru mercidir şeklinde yanıtını bulmaktadır. Bu karakteristik özellikler çerçevesinde meşru merci kamusal bir mercidir ve meşru merci yetkili bir mercidir¹³⁸.

1) Kamusal Mercii

Tipe uyan fiili hukuka uygun hale getirme yeteneğine sahip ve kanunun hükmünü yerine getirme yönündeki emri veren merciiin ilk olarak kamusal mercii yahut kamusal hiyerarşik üst olması gerekir¹³⁹.

Kamusal mercii karşılığını doğrudan kamusal alanında bulmaktadır ve kamu gücünün¹⁴⁰ ve Fransa Cumhuriyeti'nin yasal sisteminin yansıması olarak herkesçe göz önünde bulundurulması gereken ve dikkate alınması zorunlu bir makamdır¹⁴¹. Bu bağlamda astına emir veren bir komutan, erlere emir veren bir jandarma yetkilisi askeri bir meşru otorite olarak ele alınır. Bu hukuka uygunluk nedeni askeri hiyerarşilerde daha fazla söz konusu olmakla birlikte elbette sivil hiyerarşilerde de kendini göstermektedir. Yani tipe uyan fiili hukuka uygun hale getiren emir bir sivil otoriteden

¹³⁷ Boulloc, **Droit pénal général**, s. 359.

¹³⁸ Pradel, **Droit pénal comparé**, k.n. 101.

¹³⁹ Dreyer, **Droit pénal général**, s. 897 vd.

¹⁴⁰ Javier Pin, **Droit pénal général**, 6 Baskı, Cours Dalloz, 2014, k.n. 228.

¹⁴¹ Yves Mayaud, **Droit pénal général**, 2. Baskı, PUF, 2007, k.n. 429

de gelebilir. Bu sivil otorite yargısal bir otorite olabileceği gibi idari bir otorite de olabilir¹⁴². Buna mukabil adli işlemler için geçici süreyle atanan kayyım gibi kişiler, görevlendirildikleri özel müesseselerde kamusal nitelikte bir hiyerarşik üst değildir¹⁴³.

Merciin kamusal bir merci olması gerekliliğinden anlaşılabileceği gibi var olan otoritelerin tamamı bu hukuka uygunluğun varlığı için göz önünde bulundurulamaz. Kamusal gücü olmayan bir otorite tarafından verilen emrin yerine getirilmesi durumunda Madde 122-4 fıkra 2’de yer alan hukuka uygunluk nedeni işlerlik kazanamayacaktır¹⁴⁴. Aile içi ilişkilerde ister ebeveynlerin çocukları üzerindeki otoritesi olsun ister pederşahi aile anlayışı çerçevesinde çeşitli aile büyüklerinin otoritesi benimsenmiş olsun var olan ya da kabul edilmiş ailevi otoritelerin emirleri bu hukuka uygunluk nedeninin konusunu oluşturmazlar¹⁴⁵.

Meşru merciin emri hukuka uygunluk nedeni, şirket içerisindeki hiyerarşik ilişkilerden kaynaklı verilen emirler dâhilinde işlenen suçlar bakımından da yukarıdaki gerekçelere benzer şekilde herhangi bir etki değerine sahip değildir. Zira anne, baba veya aile büyüğü gibi şirketin önde gelen yöneticileri, amirleri, müdürleri de herhangi bir kamu gücünün temsilcisi konumunda değildir¹⁴⁶. Gerek kamusal niteliği bulunmayan, otoritesi kabul edilmiş bir kişiden gelsin gerek kamusal niteliği haiz

¹⁴² Bunun ötesinde seçilmiş bir temsilcinin işlevi ve görevi dikkate alındığında işlevi ve görevi çerçevesinde kamusal bir merci yerini alabileceği ve bunlara itaat etmek yükümlülüğünün olduğu öne sürülebilir. (Douai İstinaf Mahkemesi, 10 Ekim 2012, **RSC** Y: 2013, s. 343).

¹⁴³ “Ticari şirketlere mahkeme kararı ile atanan Kayyumların kamu gücü adına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda Fransız Ceza Yasası’nın 122-4 maddesi 2. fıkrası anlamında bir yetkili merci kabul edilemez. Bu sebeple kayyumdan aldığı izinle çeşitli bankaların borcunun teminatı olarak rehnedilen şarapları satan şirket yöneticisinin ceza sorumluluğu devam edecektir.” Fr. Yarg. Ceza D. 20 Nisan 2017, Karar no 16-80808.

¹⁴⁴ Bu bakımdan aile içerisindeki otorite ilişkisi meşru merciin emri hukuka uygunluk nedenine vücut verecek bir otorite ilişkisi değildir. Örneğin annesinden aldığı emir ile suç eşyasını gizleme suçunu işleyen çocuk için ceza sorumluluğu varlığını sürdürmektedir. (Fr. Yarg. Ceza D. 28 Nisan 1866, **Dalloz Périodique**, Y: 1866, S: 1, s. 356).

¹⁴⁵ Kadını, kocanın otoritesi altında kabul eden klasik dönemde eşinin dayatması sonucu suçluyu gizleme fiilini işleyen kadın bakımından da bu hukuka uygunluk nedeninin varlığı kabul görmemiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 23 Mart 1854, **Dalloz Périodique**, Y: 1854, S: 5, s. 171).

¹⁴⁶ Astarın, şirket içerisindeki üstün dayatmasıyla işlediği iftira suçundan (Fr. Yarg. Ceza D. 4 Ekim 1989, Karar no 89-80643, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1989, no 338.), şirket varlıklarını kötüye kullanma suçundan *abus de biens sociaux* (Fr. Yarg. Ceza D. 14 Ocak 1980, Karar no 77-92082, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1980, no 21.) cezalandırıldığı Fransız Yargıtayı kararları bulunmaktadır.

olmayan bir tüzel kişilikten gelsin ast konumundaki kişi için bu emir hiçbir hukuka uygunluk etkisi sağlamayacaktır¹⁴⁷.

Sonuç olarak mevzu bahis olan kanun hükmü ve bununla bağlantılı olarak meşru merciin emrinden doğan hukuka uygunluk nedeni, fiil özel bir otoritenin verdiği emir ile gerçekleştirildiğinde işlev kazanmayacaktır. Denildiği gibi bir babanın evlatlarına¹⁴⁸, kocanın eşine¹⁴⁹, işverenin çalışanına¹⁵⁰ verdiği emir ile işlenen suçların 122-4 maddesi ikinci fıkrası anlamında hukuka uygun hale gelmeleri mümkün değildir.

2) Yetkili Mercii

Emri veren merciin kamusal bir hiyerarşik üst olması gerektiği şeklindeki ilk koşuldan sonra kanunun hükmünü yerine getirme mahiyetindeki emre itaat edilebilmesi için gereken ikinci koşul, bu emrin yetkili bir merciden gelmiş olmasıdır. Madde 122-4 fıkra 2 kapsamında verilen emrin hukuka uygun hale getirme etkisinin olabilmesi için emri veren merci, otorite bu emri vermeye yetkili olmak zorundadır¹⁵¹. Fransız mercii olan, kamusal olan söze konu merciin yetkili merci olma vasfı, verilen emirlerin geçerliliğini belirlemektedir¹⁵².

Bir kamu makamı pek ala kamu gücünü kullanan ve gösteren bir merci olabilmekle beraber söz konusu emri vermeye yetkili olmayabilir. Diğer bir deyişle

¹⁴⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 13 Mart 1997, Karar no 96-81081, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1997, no 107.

¹⁴⁸ Fr. Yarg. Ceza D. 5 Mayıs 1837, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1837, no 143: Bir çocuk tarafından babasının emri üzerine işlenen orman suçu ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 28 Nisan 1866, **Dalloz Périodique**, Y: 1866, C: I, s. 356; Fr. Yarg. Ceza D. 31 Mart 1933, **Gazette du Palais**, Y: 1933, S: 1, s. 973

¹⁴⁹ Fr. Yarg. Ceza D. 30 Ağustos 1836, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1836, no 297: tefecilik ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 28 Nisan 1853, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1853, no 143; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Ekim 1868, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1868, no 214: dolandırıcılık ile ilgili.

¹⁵⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 20 Kasım 1834, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1834, no 380: mali suçlar ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ocak 1977, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1977, no 18: nehrin kirletilmesi ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Ekim 1989, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1989, no 338: iftira ile ilgili; Paris İstinaf Mahkemesi, 19 Kasım 1952, **JCP Général**, Y: 1953, C: II, s. 7483: konut dokunulmazlığının ihlali ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 13 Mart 1997, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1997, no 107; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Şubat 2006, Karar no 05-84247: işverenin, el yazısında sahtecilik yapılması için emir vermesi ile ilgili.

¹⁵¹ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 308.

¹⁵² Dreyer, **Droit Pénal Général**, s. 898.

verilen emrin meşrulaştırıcı etkisinin olabilmesi için emri veren makamın kamu makamı olması yeterli olmayıp “meşru merci” olması için bu emri verme yetkisi ile de donatılmış olması gerekir¹⁵³. Her kamu hizmetinde hiyerarşik bir ilişki bulunmaktadır. Hiyerarşik olarak kendinden üst bir makamda bulunan bir yetkili, ast bakımından bir kamu otoritesidir. Fakat üstünün bir kamu otoritesi olması ve aynı zamanda kendisine emir verecek üst bir makamda bulunması yeterli değildir. Emir aynı zamanda kamusal hiyerarşik üstün görev alanı içerisinde vermeye yetkili olduğu bir emir olmalıdır. Adli kolluk hizmetleri dâhilinde bir komiser, polis memuruna emir vermeye yetkili olsa da telefon dinlemesi yapması emrini veremez. Bu kararı ancak Fransız Ceza Muhakemesi Yasası 100 ve devamı maddelerindeki usule göre Sulh Ceza Hâkimi verebilir¹⁵⁴. Hiyerarşik üstün görevinin konusu olmayan ve vermeye yetkili olmadığı bir emri vermesi ve astın buna uygun davranması halinde meşru merciden sadır bir emir ile hukuka uygun gerçekleştirilmiş bir davranıştan bahsedilemez.¹⁵⁵

Yetkili mercii olmak yanında merciin, meşru merci olması ile de ilgili olan bu hususta, kamu otoritesi ve meşru kamu otoritesi arasındaki nüansı bazen birtakım belirlemelerle yasa koyucunun kendisi de yapmaktadır¹⁵⁶. Örneğin işgal halinde işgal kuvvetleri ülkenin tamamı ya da bir kısmında egemen bir güç olarak mutlak bir kamu otoritesi kurabilirler. Böyle bir durumda bu merciler Fransız hukukuna göre meşru merci, otorite olarak değerlendirilemezler. Keza Fransız Askeri Yargı Yasası’nın L.311-14 maddesine göre bu birimlerin emir ve görevlendirmeleri, Ceza Yasası’nın 122-4 maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedeninin sağladığı ceza sorumsuzluğu halinin konusu olamazlar.

¹⁵³ A.g.e, s. 900.

¹⁵⁴ Yine aynı şekilde Fransa’da oldukça meşhur olan “telefon dinlemeleri” diye adlandırılan olay ve davada Elysee Sarayı’nda kurulan bir hücre, terörizmle mücadele ve Cumhurbaşkanı’nın ve yakınlarının güvenliği ve özel hayatlarının korunması için kendisine verilen sınırlı yetkiyi aşmak suretiyle ve kendi alanları dışında dinlemeler yapmaya Cumhurbaşkanı’nın talimat verebileceğini varsayarak Cumhurbaşkanı’nın verdiği talimat doğrultusunda dinlemeler yapmıştır. Oysaki Cumhurbaşkanı’nın böyle bir karar vermeye yetkisi ve gücü bulunmamaktadır. (Fr. Yarg. Ceza D. 30 Eylül 2008, Karar no: 07-82249, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2008, no 197).

¹⁵⁵ Cumhurbaşkanı’nın emri ile icra edilen idari telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınması meselesinde karar verildiği gibi örneğin Cumhurbaşkanı ilgililer için kamusal üst olsa dahi bu emri verebilecek bir yetkili merci değildir. (Paris İstinaf Mahkemesi, 13 Mart 2007, Karar no 06/00285, JurisData no 2007-332226; Onama kararı Fr. Yarg. Ceza D. 30 Eylül 2008, Karar no 07-82249).

¹⁵⁶ Boulloc, **Droit pénal général**, s. 359; Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 32.

Bu konu çerçevesinde astın hata ile yetkili veya meşru olduğuna inandığı fakat gerçekte öyle olmayan bir otoritenin emrini yerine getirmesi meselesi de ortaya çıkmaktadır. Merciiin yetkili olmadığını bilmemek konusundaki hatanın dikkate alınmaması telefon dinlemeleri meselesinde çok da adaletsiz görünmese de özellikle Fransız bağımsızlık sürecinde çokça tartışılan bir mevzuuydu. Bu çerçevede meşru merciiin ne olduğunu tespit noktasında yukarıdakine benzer bir yaklaşıma 9 Ağustos 1944 tarihli bildiride de rastlamak mümkündür. Bildiri, İkinci Dünya Savaşı sırasında işgale uğrayan Fransa’da, Nazi Almanyası’nın güdümünde kurulan ve işgalcilerle işbirliği içerisinde olan Vichy Hükümeti’nin egemen olduğu döneme ilişkindir. Bildiriye göre Vichy Hükümeti meşruiyeti olmayan fiili bir otorite olarak görülmektedir ve 1940 ila 1944 tarihleri arası gerçekleştirdiği tüm eylemler yasadışı olarak kabul edilmiştir. Meşru olmayan otoritenin emirlerini yerine getirme konusunda ise 28 Kasım 1944 tarihli diğer bir bildiriden bahsetmek gerekmektedir. Bildiri ile aldığı emirleri yerine getiren kişilerin, kişisel inisiyatifleri sıkı bir şekilde sınırlanmış olması kaydıyla takibata uğramayacakları belirtilmektedir¹⁵⁷. Zira Vichy Hükümeti’ni *de facto* gayrimeşru addeden 9 Ağustos 1944 tarihli Bildiri ile oluşan durumun mantıki sonucu şöyle olmaktaydı: Zamanaşımına uğrayanlar hariç, üstlerinden aldığı emirle örneğin, yakalama, gözaltına alma, tutuklama vs. gibi olağan usulü fiilleri yerine getiren kamu görevlilerinin muhakkak ki bir ceza muhakemesi sürecinin süjesi haline getirilmesi gerekiyordu. Fakat bu çözümün fiiliyatta hayata geçirilmesi, failler hata ile hareket etmişlerse ki örneklerin büyük bir çoğunluğunda vakıa açık bir şekilde böyle oluyordu gayri adil sonuçlar doğuruyordu. Bu durum göz önünde tutularak, işbirlikçilerin ve fiillerinin yargılanması ile ilgili 28 Kasım 1944 tarihli Bildiri yürürlüğe sokuldu. Bu bildiri 1940 ila 1944 tarihleri arasında farklı derecelerde vazife ifa eden ve hiyerarşik üstlerine itaat dışında bir şey yapmayan astlar lehine özel bir hukuka uygunluk nedeni tesis etmekteydi. Bu sayede sıkı bir şekilde uygulanan ve meşru olmayan otorite emrini hukuka uygunluğun dayanağı görmeyen eski Fransız Ceza Yasası’nın 327. maddesinden de sapılmış olundu¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Pradel, **Droit Pénal Général**, 2016, s. 308; Conte – Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, k.n. 252.

¹⁵⁸ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 32.

b. Emrin Hukuka Uygun Olması

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni, Ceza Kanunumuzun sistematığına benzer şekilde aynı madde altında kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile beraber düzenlenmiştir. Yine ifade edildiği üzere amirin emrini ifa, kanunun hükmünü yerine getirme gibi bir hukuk kuralının uygulanması şeklinde ortaya çıkar. Dolayısıyla bu iki hukuka uygunluk nedeni bir birinden ayrı ve tam olarak bağımsız düşünülemez. Bu iki hukuka uygunluk nedeni, farklı yapıda olmakla beraber aralarında bir bağ bulunmaktadır.

Eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesinde, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile meşru merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedenini aynı cümle içerisinde düzenlemesinden bu iki hukuka uygunluk nedeninin aynı hukuka uygunluk nedeninin farklı görünüşleri olduğu sonucu çıkmaktaydı. Eski 327. madde metnine göre ceza sorumsuzluğunun sonuç doğurabilmesi için kanun tarafından veya meşru merci tarafından emredilmiş olan öldürme, yaralama ve darb söz konusu olmalıydı. Eski 327. maddenin bu ifade tarzından anlaşılabileceği üzere amirin emri kendi başına bir varlığa sahip olmayıp kanunun hükmü ile birlikte ancak bir anlam ifade etmektedir. Kanunun hükmü ile bağlantılı bir değere sahip olduğu için eski 327. maddenin ruhundan emrin kanuna ve haliyle hukuka uygun olması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Bu ifade tarzı, kanunun hükmünü yerine getirmenin amirin emrini ifa üzerinde bir önceliğe sahip olduğunun doktrin tarafından kabul etmesine sebep olmuştur¹⁵⁹.

Yeni Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi, meşru merciin emrini ifanın kanunun hükmünü yerine getirmeye olan bağlılığını ve bu iki hukuka uygunluk nedeni arasındaki öncelikliliği gevşetmiştir. Yasa metninden bu bağlılık ve önceliklilik daha az çıkarılabilmektedir. Hal böyle olsa da hukuka aykırı emrin meşru bir merciden gelmesi ceza sorumluluğunu kaldırmayacaktır ve bu prensip tartışmaya mahal

¹⁵⁹ Jeandidier, **Droit pénal général**, k.n. 259; Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 33.

vermeyecek şekilde madde metninde ifade edildiği gibi içtihat da bu noktada oldukça sağlam durmaktadır¹⁶⁰.

1) Emrin Hukuka Uygunluk ya da Hukuka Aykırılık Niteliği

Meşru merciden sadır emir eğer kanuna uygun ise bunu icra eden kişinin fiili, öncelikle kanunun hükmünü yerine getirme gereği sonrasında amirin emrini ifa gereği herhangi bir suç oluşturmayacaktır. Zira bu emre itaat edilmesi de kanuni bir zorunluluktur ve bu fiil şüphe götürmez bir biçimde hukuka uygundur¹⁶¹. Böylelikle şu ilginç olayda şu ilginç karar verilebilmiştir. Kişi Fransa’da usulsüz bir şekilde kalmaktadır ve bu nedenle de yargılanmaktadır. Kişinin Asliye Ceza Mahkemesi’nin kendisine gönderdiği mahkeme celbine uymak için kaldığının sabit görülmesi üzerine meşru merciin emri hukuka uygunluk nedenlerinin tüm görünümünün gerçekleştiği gerekçesi ile beraatına karar verilmiştir¹⁶².

i. Emrin Hukuka Aykırı Olması Halinde Astın Sorumluluğu

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin astın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması, ifa edilen emrin hukuka uygun olması halinde mümkündür. Bu durumda sorulması gereken en önemli soru; Fransız ceza hukukunda astın verilen hukuka aykırı emri yerine getirmesinin kendisinin ceza sorumsuzluğunu otomatik olarak sonuçlandırıp sonuçlandırmayacağıdır.

Astın aldığı emir hukuka aykırı nitelikteyse hem ast bakımından hem de ceza sorumluluğunun değerlendirilmesi bakımından çeşitli zorluklar doğmaktadır. İlkesel olarak ast, üstünden aldığı emirleri yerine getirmekle mükelleftir. Peki, bu itaat ödevi

¹⁶⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 22 Mayıs 1959, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1959, no 264; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Mayıs 1961, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1961, no 236; Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ocak 1977, Karar no 75-91613, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1977, no 18; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Ekim 1989, Karar no 89-80643; Fr. Yarg. Ceza D. 13 Ekim 2004 tarihli altı karar, Karar nolar 03-81763, 00-86727, 00-86726, 01-83943, 01-83945 ve 01-83944, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2004, no 41; Fr. Yarg. Ceza D. 8 Şubat 2006, Karar no 05-84247; Fr. Yarg. Ceza D. 30 Eylül 2008, Karar no no 07-82249, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2008, no: 197.

¹⁶¹ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 39, 40.

¹⁶² Paris İlk Derece Mahkemesi, 19 Mart 1984, **JCP** Général, Y: 1986, C: II, s. 20557.

(ki bazen aksine davranmak ceza yaptırımını gerektirmektedir¹⁶³), hukuka aykırı emirlerin yerine getirilmesi suretiyle işlenen suçları hukuka uygun hale getirme yeteneğine sahip midir?

Bu soruya yanıt verebilmek için doktrine, çok sayıda ihtilafa sahip öne sürülmüş farklı tezlere başvurmak gerekmektedir. Geçmişten bu yana Fransız doktrini astın hukuka aykırı emri yerine getirmesinin ceza sorumluluğuna etkisi meselesi üzerine teorik olarak üç sistemi ortaya koymaktadır.

a) Pasif İtaat

Bu sistemlerden ilki pasif itaat olarak nitelendirilen sistemdir. Bu sisteme göre kişi kendisine verilen emrin hukuka uygunluğunu asla sorgulayamaz. Bu sistem uyarınca, itaat edilmesi gereken kişi tarafından verilen emri yerine getirmek dışında bir şey yapmayan astın cezalandırılmayacağı söylenmektedir. Ast kendisine verilen talimatlara itaat ile kısıtlanmıştır ve kendisine emredilenleri ifa etmeyi reddetmediği sürece ceza sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir. Her durumda disiplin (meşhur “*emir demiri keser*” deyişi ile açıklanacak olursa orduların temel gücüdür) hukuka uygunluğu da beraberinde getirir. Böyle bir sistemin son derece katı bir yaklaşım olduğu ve insanlık dışı emirlerin ifa edilmesine ve çok ciddi ve olumsuz aşırılıkların ortaya çıkmasına sebep olabileceği ve olduğu açıktır. Bununla beraber başkaca ağır risklerin doğması da muhtemeldir. Buna göre hukuka aykırılıkların ve hatta zorbalıkları kamu adına uygulayanlar ve bu emirleri yerine getirenler yaptıklarının cezasız kalacağını bu muafiyet sayesinde önceden bileceklerdir.¹⁶⁴

b) "Akıllı Baston" Teorisi.

İkinci sistem akıllı itaat veya “akıllı baston teorisi” (*baïonnette intelligente*) olarak nitelendiren sistemdir. Bu sisteme göre ilk sistemden farklı olarak failin,

¹⁶³ Bkz. Fr. Askeri Yargı Yasası Md. L. 323-6

¹⁶⁴ Henri Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, C: 1, Sirey, Paris, 1938, k.n 410; Bouzat – Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, s. 355; Desportes – Le Guehec, *Droit Pénal General*, s. 717; Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 80.

gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı emirden kaynaklanan ceza sorumluluğu tamamen varlığını sürdürür ya da tam tersi şekilde hukuka aykırı olan emri yerine getirmemesi halinde emri yerine getirmemekten yani verilen emre itaat etmemekten dolayı sorumlu tutulamaz. Akıllı baston teorisini savunan yazarlara göre; üstlerinin aldığı kararları otomatik olarak yerine getiren basit bir araç değerinde görülemeyecek olan asta, aldığı emri sorgulama hakkı ve ödevi tanınmıştır. Bu bağlamda kişisel olarak ceza sorumluluğunu doğurup bir cezaya çarptırılmasını gerektiren hukuka aykırı emirleri yerine getirmeyi ast reddetmek mecburiyetindedir. Akıllı baston sisteminin pasif itaat sistemine oranla daha az kaygı verici olduğu açıktır. Şüphesiz böyle bir sistemin öncelikli faydası pasif itaat teorisini anlatırken ortaya koyduğumuz zorbalık riskini ortadan kaldıracak olmasıdır. Fakat genelleştirilen emri sorgulama hak ve ödevinin (hususan askeri) disiplin ile nasıl bağdaştırılacağını çözmek güçtür. Bu sistem ordu faaliyetlerinin yerine getirilmesinde ve savaşta emirlere itaatsizliğin başkaca sorunlara yol açabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Öte yandan astlar üstlerine nazaran neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğunun daha az farkındadırlar. Böylelikle üçüncü bir sistemin ortaya atılması gerekmektedir.¹⁶⁵

c) Hukuka Açık Aykırılık Gereksinimi

Son sistem yukarıda izah edilen sistemlerin aşırılıklarından kaçınmayı gerektiren bir tezi ortaya koymaktadır. Buna göre ast ne pasif itaat teorisindeki gibi hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinde hiçbir denetim yapamayan bir konumda ele alınmaktadır ne de akıllı baston teorisindeki gibi verilen emrin hukuka aykırılığı bakımından katı bir şekilde sorumlu kabul edilmektedir. Bu son sistem uyarınca emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığı incelemesi yapılmalıdır. İlk durumda yani astın aldığı emrin açıkça hukuka aykırı olması durumunda astın hukuka aykırılığı tespit etme ve emre itaat etmeme yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde verilen emrin yerine getirilmesi astı sorumluluktan bağışık tutmayacaktır. İkinci durumda yani hukuka aykırılığın açık olmadığı durumda astın hukuka aykırılığı tespit edemeyeceği kabul edilir ve bu durumda emrin yerine getirilmesinden doğacak ceza sorumluluğu emri veren üste

¹⁶⁵ A.g.e.

aittir. Astın bu sisteme göre yine aldığı emri reddetme ve yerine getirmeme görevi vardır fakat alınan emrin yalnızca açıkça hukuka aykırı olması halinde astın hukuka aykırı emri yerine getirmeyi reddetme hakkı ve ödevi bulunmaktadır. Bunlar dışında açık olmayan hukuka aykırılığın ast farkındaysa yine sorumluluğu sürmeye devam edecektir.¹⁶⁶

1810 Fransız Ceza Yasası'nın bu sistemler arasında herhangi bir tanesini kesinlikle tercih ettiğini söylemek güçtür. Yine içtihadın da bu sistemlerden birini kabul ettiği söylenemez¹⁶⁷. Eski Fransız Ceza Yasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, eski 327. maddenin kullandığı terimler meşru merciin emrinin kayıtsız, genel bir hukuka uygunluk nedeni yarattığı izlenimini vermiştir ve düzenlemenin bu hali pasif itaat sisteminin benimsendiği sonucuna ulaşmaya müsait gibi görünmektedir. Fakat 327. maddenin bu kayıtsız ve genel hukuka uygunluk düzenlemesi, özel yasalar tarafından kısıtlanmıştır ve de bu geniş hukuka uygunluk hali genel hükümler çerçevesinde kabul görmemektedir¹⁶⁸.

Yukarıda belirttiğimiz gibi eski Fransız Ceza Yasası'nın öngördüğü pasif itaat sistemine yakın rejimin sakıncaları özel bir takım yasalar tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Örneğin hürriyetlerin engellenmesi (*Eski Fr. C.Y. madde 114, fıkra 2*) ya da görevi kötüye kullanma (*Eski Fr. C.Y. madde 190*) suçlarının tipikliği memur tarafından amirinin emri ile gerçekleştirilmiş olsalar da amirin emrini ifadan kaynaklı ceza sorumluluğu kendiliğinden ortaya çıkmayacaktır¹⁶⁹. Yine bu durum ast bakımından bir mazeret nedeni teşkil etse dahi kusurlu kabul edilmesine ve mağdurların zararını gidermeye mahkûm edilmesine engel teşkil etmeyecektir¹⁷⁰.

Yine yukarıda belirtildiği şekliyle genel hükümler bakımından eski Ceza Yasası'nın ihdas ettiği astın her halükarda hukuka uygun bir konumda olduğu içtihat tarafından kabul görmemektedir. İştirake dair hükümlere göre yasadışı emri yerine

¹⁶⁶ A.g.e.

¹⁶⁷ Pradel, **Le nouveau code pénal**, k.n. 38.

¹⁶⁸ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 35; Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 81.

¹⁶⁹ Bkz. Yabancılar şubede görevli polis memurunun gerçekleştirdiği keyfi alıkoyma hususunda Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ekim 1993, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1993, no 285, **Recueil Dalloz**, Y: 1993, s. 129.

¹⁷⁰ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 82.

getiren ast (tipe uygun fiili maddi olarak tükettiği için) suçun başlıca failidir, üstü ise şeriktir ve fail olan astı hukuka uygun bir pozisyona koyup şerik olan üstü cezalandırmak imkânsızdır¹⁷¹.

Yargıtay'ın bu mevzu ile ilgili eski Ceza Yasası döneminde sıklıkla başvurduğu gerekçe: "*Sanığın hiyerarşik üstünden aldığı emre uygun davranmak dışında hiçbir şey yapmamış olması, işlenmiş olan suçun medeni ve cezai sonuçlarından kaçınmasını sağlayacak bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmez.*"¹⁷² Şeklindeydi. Bu anlamda Yargıtay hiyerarşik ilişkide emri verenin konumu ne olursa olsun astın "kayıtsız şartsız itaat" yükümlülüğü altında olmadığını sıklıkla tekrarlamaktaydı¹⁷³. Özellikle Nazi işgali döneminde memurların gerçekleştirdiği insanlığa karşı suçların işgal sonrası yargılanmalarında, bu fiillerin işlenmesi emirlerinin hukuka aykırılığının açık olduğu ve astın emre itaat etmeme yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmekteydi¹⁷⁴.

ii. Farklı Hiyerarşik İlişkilerde Emrin Hukuka Aykırılığı

Emrin hukuka aykırılığı söz konusu ise astın bu emre itaat etmeme kabiliyeti içinde bulunduğu hiyerarşik disiplin ile de doğru orantılıdır. Hiyerarşik ilişki bir askeri ilişki ise ya da polis ve jandarmaya özgü bir hiyerarşik ilişki ise astın emre itaat etmeme serbestisi hem yasalar tarafından kısıtlanmıştır hem de içinde bulunulan hiyerarşinin ve görülen vazifenin disiplini, astın bu şekilde davranmasını güdüsel olarak zorlaştırmaktadır. Az evvel sayılanların dışında, bir sivil hiyerarşi söz konusu olduğunda ise astlar hukuka aykırı emre riayetsizlik konusunda daha rahat olabilmektedir. Yasalar da sivil hiyerarşide astlara bu hareket alanını sağlamaktadır. Sivil hiyerarşik ilişkilerde kişiler konuları gereği ast ile üst mevkilerinde bulunsalar da birbiri ile daha dostane sosyal ilişkiler kurabilmektedir. Oysa bir erin komutanları ile

¹⁷¹ Pradel - Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, no: 20.

¹⁷² Karar postaları kabul eden bir memurun seçim döneminde bölge valisinin emri üzerine muhalefet partisine yönelik mektuplara ayrı bir muamele uygulaması hakkındadır. Fr. Yarg. Ceza D. 22 Mayıs 1959, *JCP Général*, Y: 1959, C: II, s. 11162; Aynı yönde, Fr. Yarg. Ceza D. 12 Ocak 1977, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1977, no 18: nehir kirliliği ile ilgili; Fr. Yarg. Ceza D. 31 Mart 1933, *Gazette du Palais*, Y: 1933, S: 1, s. 973.

¹⁷³ Fr. Yarg. Ceza D. 25 Şubat 1998, Karar no 97-82732: belediye meclisindeki görüşmeler çerçevesindeki imar planının eki olan bir belgede failin belediye başkanının emri ile tahrifat suretiyle yazıda sahtecilik yapması ile ilgili.

¹⁷⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 23 Ocak 1997, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1997, no 32.

ya da bir polisin komiserleri ile böyle ilişkiler kurması zordur. Hal böyle olunca da içtihat hukuka aykırı emre itaatsizlik göstermeyen sivil asta karşı daha sert bir tutum takınmaktadır.

Değinildiği gibi 1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası düzenlemesi, pasif itaat anlayışını benimseyen bir metne sahipti. Pasif itaat anlayışı özellikle askerler için geçerli bir anlayış olmakla beraber siviller bakımından bu anlayışın sakıncaları içtihat yoluyla ve özel yasalar ile giderilmeye çalışılmıştır. Askerler bakımından ise pasif itaat anlayışının sakıncalarını gidermek adına 1 Ekim 1966 tarihli “Ordu Genel Disiplini” üzerine düzenleme getiren kararname yürürlüğe girmiştir. Bu kararnamenin 22. maddesi açık bir şekilde “akıllı baston teorisi” şeklinde açıklanan sistemi benimseyerek “pasif itaat” sistemini dışlamıştır¹⁷⁵. Böylelikle 1966 yılı itibarıyla asker kişiler bakımından da bahsedilen kararname ile mutlak itaat yükümlülüğünün olmadığı, astın emri sorgulama hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. Astın kendisinden yapılması istenen hukuka aykırı emri itirazsız yerine getirmesi halinde ceza sorumluluğu ile birlikte disiplin sorumluluğunun da söz konusu olabileceği bu kararname ile öngörülmüş ve askeri hiyerarşi bakımından akıllı baston teorisi kabul edilmiştir.

Bununla beraber ordu genel disiplinine ilişkin kurallar getiren ve bu sistemleri uzlaştıracı bir yönü olan ve aynı zamanda 1966 tarihli yukarıda belirtilen kararnameyi yürürlükten kaldıran 28 Temmuz 1975 tarihli kararnamenin¹⁷⁶ 8. maddesinin 3. fıkrası uyarınca “*ast açıkça hukuka aykırı bir fiili veya savaş geleneklerine ya da uluslararası sözleşmelere aykırı bir fiili işlemesi için verilen yazılı emri yerine getirmemekle mükelleftir.*” Bu anlayış da pasif itaat ve akıllı baston teorisinin terk edilip hukuka açık aykırılık gereksinimi anlayışının kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Yani 122-4 maddesi tarafından ve daha önemlisi yeni Fransız Ceza Yasası tarafından benimsenen anlayışa gelinmiştir¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 84.

¹⁷⁶ 2005-794 sayılı ve 15 Temmuz 2005 tarihli kararname ile yürürlükten kalktı. Bkz. Savunma Yasası Md. L. 4122-1

¹⁷⁷ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 35.

Doktrin de asker kişiler bakımından verilen emrin açıkça hukuka aykırı olup olmaması niteliğinin değerlendirilerek sonuca ulaşılmasını yani üçüncü ve son sistemi önermektedir¹⁷⁸.

Hiyerarşinin sıklığı ve ast üst ilişkisinin disiplini anlamında benzer durum kolluk güçleri için de geçerlidir. Polis memurunun üstünden aldığı emre itaatsizlik edip edemeyeceği meselesi Ulusal Polis Deontoloji Yasası tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Bu yasanın 17. maddesi memurun “...*açıkça hukuka aykırı ve kamu düzenini ağır bir şekilde tehdit etme niteliğindeki emre...*” itaat etmeyeceğini belirterek üçüncü ve son anlayışı yani hukuka açık aykırılık gereksinimi anlayışını benimsemiştir.

1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Yasası uyarınca, 122-4 maddesi 2. fıkranın da belirttiği gibi astın üstünden aldığı emri yerine getirdiği için cezai olarak sorumlu tutulmaması “*fiil açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe...*” mevzu bahis olabilir. Astın ceza sorumsuzluğu bunların yanında ve en az bunlar kadar önemli olacak şekilde astın yetkilerine, yeteneklerine, becerilerine ve fiili gerçekleştirilişine bağlıdır¹⁷⁹.

2. Asta İlişkin Şartlar

Madde 122-4 fıkra 2, fiil açıkça hukuka aykırı olmadıkça astın, üstünden aldığı emri yerine getirmesi halinde ceza sorumluluğunun olmadığı ilkesini ortaya koymaktadır. Yeni Ceza Yasası 122-4 maddesinin ikinci fıkrasının tercih ettiği bu formül, astın kayıtsız şartsız itaat yükümlülüğü altında olmadığı ilkesinin tarafı olduğunu açıkça göstermektedir. Artık sivil veya asker kişiye yönelik hukuka aykırı emir söz konusu olduğunda icra edeninin durumunu belirleyici olan bu emrin açıkça hukuka aykırı olup olmama karakteridir. İlk durumda (emir açıkça hukuka aykırı ise) emri yerine getiren tıpkı emri veren gibi kişisel olarak ceza sorumluluğunu taşır¹⁸⁰. Bu hukuka uygunluk nedeni failin kendisine de bir ölçüde bağlıdır. Zira hukuka açıkça

¹⁷⁸ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 80 ve 84.

¹⁷⁹ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 35.

¹⁸⁰ Fr. Yarg. Ceza D. 25 Şubat 1998, Karar no 97-82732.

aykırılıkta ast da bir ölçüdür. Bu hukuka uygunluk nedeniyle alakalı olarak bir yandan astın hukuki bilgisi ve öte yandan fiili gerçekleştirişi önem arz etmektedir.

a. Astın Hukuki Bilgisi

Meşru merciin emrinden kaynaklanan hukuka uygunluk açıkça hukuka aykırı olan emirleri dışarıda bırakmaktadır. Bu haliyle yasa asttan, itaatsizlik gösterebilmesi için zımni olarak neyin hukuka aykırı olduğunu bilmesini de beklemektedir. Terörle mücadele çerçevesinde ve belirli bir tehdit yokken amirinden aldığı ve pek çok insanın gelip geçtiği bir yere ateş açma emrini yerine getiren kolluk görevlisi bakımından bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olamayacağı açıktır. Zira bu durumda çok daha ölçülü tedbirlere başvurulması gerektiğini, örneğin önleme araması kimlik kontrolü gibi tedbirlere öncelikle başvurulması gerektiğini ast pozisyonundaki kolluk görevlisi bilmelidir¹⁸¹.

Fransız Ceza Yasası madde 122-4 fıkra 2 tarafından benimsenen sistem çerçevesinde aslında sorunlu bir yaklaşımın var olduğu söylenebilir. İlk olarak amirin emri hukuka uygunluk nedenini düzenleyen metin bir ön kabul olarak astların herkesten daha az hukuki bilgiye sahip olduklarını adeta bir karine mahiyetinde ortaya koymaktadır. Belki üstleri kadar olmasa da astların idari ve askeri bir profesyonel olduğu ve kendileri ile ilgili mevzuata sıradan vatandaşlardan daha fazla hâkim olmaları gerektiği düşünüldüğünde paradoksal bir durum göze çarpmaktadır. Fransa’da hukuki hata 1994 Ceza Yasası ile kabul edilmiş ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden biridir. Hukuki hatanın varlık şartları oldukça sıkıdır ve yargı mercileri, herkesin hukuku bildiği ilkesini çok sıkı bir şekilde uygulamaktadır¹⁸². Sıradan vatandaş bakımından hukuki bilgiye sahip olmamak ancak hukuk üzerinde hata kaçınılmaz ise bir sorumsuzluk nedeni yaratabilirken (Fr. C.Y. Md. 122-3) çok

¹⁸¹ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 37.

¹⁸² M. Buhari Çetinkaya, “Fransız Ceza Hukuku’nda Hata”, **13. Türk Ceza Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı** (Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Olası Kast Bilinçli Taksir Ayırımı ve Hata Halleri), s. 331.

daha profesyonel olan ast sırf bir hiyerarşik ilişki altında bulunduğundan ötürü hukuka aykırılığı açık olmayan bir fiili yerine getirmekten ötürü sorumlu tutulamayacaktır¹⁸³.

122-4 madde metninde sorunlu olan ve netleştirilmesi gereken bir diğer mevzu da açıkça hukuka aykırılık ifadesinin ne mana ifade ettiğidir. Açıkça hukuka aykırılık oldukça belirsiz bir tanımlamadır. Hangi kriterler esasında bir fiilin açıkça hukuka aykırı olduğu nitelendirecektir? Yargıtay sağduyulu bir şekilde açık hukuka aykırılıkta söze konu suçun doğası ve ağırlığını dikkate almaktadır¹⁸⁴. Bu çerçevede yine fiili gerçekleştiren failin kişiliğinden bağımsız soyut ve failin kişiliğini de değerlendirmeye katan somut iki değerlendirme bir arada yapılarak sonuca gidilmektedir¹⁸⁵.

Soyut değerlendirme mahiyetinde Fransız doktrinde, genel bir yöntem olarak failin, *in abstracto* olarak ortalama bir vatandaş tarafından kesin bir biçimde hukuka aykırı olduğunu anladığı bir eylemi gerçekleştirmesi halinde açıkça hukuka aykırı bir fiili işlemiş olduğu ve bundan sorumlu olacağı kabul görmektedir¹⁸⁶.

Yukarıdaki soyut değerlendirmeden sonra failin şahsını da dikkate alan somut bir değerlendirme yapılmalıdır. Vazifeli olduğu işi gerçekleştirirken içsel değerlendirme ve eleştiri mekanizmalarını hiyerarşinin disiplinine göre daha fazla ya da daha az kullanabilen yetkilinin *in concreto*, somut hiyerarşik pozisyonundan ve zihni yetkinliğinden soyutlanmak imkânsızdır¹⁸⁷. Bu da aynı zamanda Fransız Yargıtayı'nın en sık kullandığı gerekçelerden biridir ve failin fiili işleyişindeki ağırlık derecesi de göz önünde tutulmaktadır¹⁸⁸.

Yukarıda belirtilen soyut ve somut inceleme çerçevesinde çözüm, her olay bazında yargı makamlarına bırakılmaktadır. Şunu da tekrar belirtmek isteriz ki suçun ağırlığına ilişkin değerlendirme işlenen suçun “yasal” ağırlık derecesi göz önünde

¹⁸³ Pradel, **Droit pénal général**, 2016 s. 310.

¹⁸⁴ Fr. Yarg. Ceza D. 23 Ocak 1997, Karar no 96-84822

¹⁸⁵ Pradel, **Droit pénal général**, 2016, s. 310.

¹⁸⁶ Bkz. Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 37; Conte – Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, k.n. 256.

¹⁸⁷ Claude Lombois, **Droit pénal général**, Les Fondamentaux, Hachette, Paris, 1994, s. 97

¹⁸⁸ Pradel, **Droit pénal général**, 2016, s. 310.

bulundurularak yapılmamaktadır. Genel algılar çerçevesinde idrak edilebilecek olan işlenen suçun “doğal” ağırlık derecesi göz önünde tutulmaktadır¹⁸⁹.

Emrin konusunu oluşturan davranışa tipiklikte yer veren yasanın düzenlediği ceza çok ağır olmasa da davranışın bizzatı kendisinin gerçekleştirilişinden doğal anlamda ağır olduğu ve bu ağırlıkta bir davranışın hukuka aykırı olduğunun anlaşılıyor olması gerekliliği içtihat tarafından ortaya konmaktadır¹⁹⁰. Davranış doğal olarak hukuka aykırılığını açıkça ortaya koyuyorsa astın bu davranışın hukuka aykırılığını anlamaması ve bilmemesi mümkün değildir.¹⁹¹

Yukarıda söylendiği gibi içtihat sivil hiyerarşiler içerisindeki astların itaatsizlik yükümlülüğü noktasında çok daha katı bir pozisyonda durmaktadır¹⁹². Sivil hiyerarşi içerisinde ast hukuka aykırı bir emre itaatsizlik noktasında askerlere nazaran çok daha rahat bir pozisyondayken emre mutlak surette itaat ile yükümlü olduğunu savunamaz¹⁹³. Hiyerarşik üstün atanmış bir bürokrat olmasının ya da seçilmiş bir siyasi

¹⁸⁹ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 86.

¹⁹⁰ Olayda bölge valisi tarafından verilen emrin hukuka aykırılığında tereddüde düşemeyecek jandarma albayına, çeteler tarafından yapılmış olan saizden kulübeleri etrafta başkaca kişilerin ve eşyaların zarar görmemesi için gerekli güvenlik önlemi almaksızın yıkması ve kulübeleri yapan kişiler ile ilgili karalayıcı propaganda yapan broşürler bırakması emri verilmiş albay bu emri yerine getirmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 13 Ekim 2004 tarihli altı karar, Karar nolar 03-81763, 00-86727, 00-86726, 01-83943, 01-83945 ve 01-83944, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2004, no 41).

¹⁹¹ Mahkeme, valinin meşru bir merci olduğuna değindikten sonra “*emredilen yıkımlar adeta karanlık bir eylem tarzında gerçekleştirilmek mecburiyetindeyken, kişilerin ve malların güvenliğini temin için kuvvet talep edilememişken, olay yerine bu eylemleri gerçekleştiren kişilerin kim olduğunu ortaya çıkarmak isteyenleri aldatıcı broşürler bırakılmışken albayın olağandışı kriz hali anlamına gelen verilen emrin açıkça hukuka aykırı olduğunu anlamaması mümkün değildir,*” gerekçesi ile hukuka uygunluğun söz konusu olamayacağına hükmetmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 13 Ekim 2004, Karar no 03-81763, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2004, no 243).

¹⁹² Bir ibadet yerine on yedi metre yakınlıkta dördüncü kategori yasak bir yerdeki kafe işletmecisinin öne sürdüğü belediyenin emriyle alkollü içecek satıldığı savunmasının Ceza Yasası’nın 122-4 maddesi uyarınca bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyeceğine karar verilmiştir. Kararda ilçe belediyesinin içecek sunan bir yerin işletmecisi üzerinde herhangi bir hiyerarşik üstünlüğü bulunmadığı dile getirilmiştir. Bu bakımdan kişinin yasak bir bölgede izin verilmeyen içecek satışından hüküm giymesine karar verilmiştir. (Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesi, 5 Eylül 2007, Karar no 2007/507, JurisData no 2007-345980).

¹⁹³ Aynı şekilde HLM Ofisi (Makul miktarlardaki kira ya da kredi taksitleri ile konut desteği sağlayan kamu finansmanından da faydalanabilen birimler) Başkanının finansal nedenlerle bir çalışanına yazıda sahtecilik yapmayı emretmesi olayında mahkeme “*verilen emir açık bir şekilde hukuka aykırı ise sanığın hiyerarşik üstüne karşı şartsız itaat ile bağlı olması mümkün değildir,*” gerekçesini göz önünde bulundurarak açıkça hukuka aykırılıkta kayıtsız şartsız itaatin söz konusu olamayacağına hükmetmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 8 Şubat 2006, Karar no 05-84247).

yetkili olmasının önemi yoktur¹⁹⁴. Hatta bazı örneklerde bu hiyerarşik üst ülkenin en yüksek makamı olan Cumhurbaşkanlığı da olabilmektedir¹⁹⁵. Ast hukuka aykırı emri veren makam ülkede iktidarı elinde bulunduran ve yürütme erkinin şahsında tecelli ettiği Cumhurbaşkanı da olsa ve bu emre karşı gelmek güdüselle olarak oldukça güç de olsa emre itaatsizlik göstermekle yükümlüdür¹⁹⁶.

Astın kendisine verilen emre yönelik olarak filtreleme denilebilecek denetimden geçirme yönünü en ileri mahiyette ortaya koymasını gerektiren durumlar da vardır. Astın, emir alan kişi olarak ceza sorumsuzluğunun söz konusu olması, 122-4 maddesinin 2. fıkrasının ortaya koyduğu genel prensip gereğince ancak açıkça hukuka aykırı bir emre itaat etmemesi halinde mümkündür. Fakat burada bazı istisnai haller mevzu bahistir. Daha açık ifade etmek gerekirse bazı durumlarda açık olsun ya da olmasın her türlü hukuka aykırılık halinde ast, emre itaat etmeme yükümlülüğü altındadır¹⁹⁷.

Almanya'nın kayıtsız şartsız teslim olması ile İkinci Dünya Savaşı'nın Avrupa'da sona ermesi akabinde imzalanan 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması'nda tanımlanan suçlar için amirin emrini ifa bir hukuka uygunluk neticesi yaratmayacaktır. İkinci Dünya Savaşı boyunca işlenen suçlardan sorumlu üst düzey Nazi Almanyası yetkililerinin yargılandığı Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin statüsünü belirleyen Londra Antlaşması hükümleri, özellikle insanlığa

¹⁹⁴ Yine bir teçhizat hizmetleri memurunun, belediye başkanının talimatları doğrultusunda belediye meclisindeki değerlendirmelere aksi yönde arazi kullanım planının eklerini değiştirdiği için sahtecilikten suçlu bulunmasında Yargıtay benzer gerekçeleri dile getirmiştir. (Fr. Yarg. Ceza D. 25 Şubat 1998, Karar no 97-82732).

¹⁹⁵ Yukarıda dile getirdiğimiz telefon dinlemeleri olayı ile ilgili olarak açıkça hukuka aykırı emirleri uygulayan yüksek düzeyli jandarma yetkilileri ve yüksek görevliler hakkında da Yargıtay tarafından benzer gerekçe ortaya konulmuştur. (Fr. Yarg. Ceza D. 30 Eylül 2008, Karar no 07-82.249, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2008, no: 197).

¹⁹⁶ Telefon dinlemeleri olarak bilinen olayda vakıalar 1983 ile 1986 yılları arasında idari telefon dinlemelerine ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmadığı bir dönemde gerçekleşmiştir. Mahkeme bu kararında “Cumhurbaşkanı'nın özel hayatının korunması için verdiği hukuka aykırı emrin, demokratik bir ülkede idare için bağlayıcı olmayacağını, anayasal ilkelere karşı sadakat yükümlülüğü altında olan sivil ya da askeri memurlar için hiyerarşik üstün emri mahiyetinde bir muafiyet oluşturmayacağını, böyle bir emri vermeye yetkili olmayan mercinin verdiği emir ile fiilin meşrulaştırılamayacağını” göz önünde bulundurmıştır. (Paris İstinaf Mahkemesi, 13 Mart 2007, Fr. Yarg. Ceza D. 30 Eylül 2008, Karar no 07-82249).

¹⁹⁷ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 38.

karşı suçları düzenlemektedir. Antlaşmanın 8. maddesi: “*Sanığın fiili, hükümetinin talimatları ya da üstlerinin emirleri doğrultusunda hareket ederek işlemiş olması sorumluluğunu kaldırmaz fakat Mahkeme adaletin böyle gerektirdiğine karar verirse cezanın indirilmesinde bir neden olarak bu durumu göz önünde bulundurulabilir.*” hükmünü öngörmektedir¹⁹⁸. Londra Antlaşması’nın ihdas ettiği bu kurala insanlığa karşı suçların fail ve şerikleri bakımından Fransız Ceza Yasası’nın 213-4 maddesinde de “...sırf kanunda, düzenlemede belirtilmiş ya da emredilmiş yahut meşru bir merci tarafından emredilmiş olması ceza sorumluluğundan muaf tutulmayı gerektirmez...” şeklinde yer verilmektedir. Bu düzenleme 122-4 maddesinde belirtilen ceza sorumsuzluğu halinin insanlığa karşı suçlar bakımından kesin bir istisnasıdır¹⁹⁹.

İnsanlığa karşı suçlar, yukarıda da belirttiğimiz hukuka aykırılığın açık olup olmamasının bir öneminin olmadığı ve astın mutlak surette itaat etmemesi gereken emirler grubunun tek örnek suç grubu değildir. 10 Aralık 1984 tarihli Fransa’nın da imzalayıp onayladığı²⁰⁰ İşkence ve Başkaca İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Ceza ve Muamelelere Karşı New York Konvansiyonu, 2. maddesinin 3. paragrafında “*bir üstün ya da kamusal merciin emri işkencenin meşrulaştırılmasında öne sürülemez.*” diyerek hem konumuz olan hukuka uygunluk nedeni hem de onunla bağlantılı olarak amirin emrini ifanın ast bakımından işkence suçu çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak ileri sürülemeyeceğini teyit etmektedir.

b. Astın Emre Uygun Fiili Gerçekleştirilmesi

Astın neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğunu tam olarak bildiği ve kendisinin bilgilendirildiği varsayıldığında ceza sorumsuzluğunun söz konusu olması

¹⁹⁸ Benzer yönde bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Statüsüne ilişkin 1998 tarihli Roma Sözleşmesi’nin 33/2 maddesi; Almanya üzerinde Müttefik Kontrol Konseyi’nin 10 sayılı Yasasının II-4-b maddesi; Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına ilişkin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 827 sayılı Kararının 7- § 4 maddesi; Ruanda için Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasına ilişkin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 955 sayılı Kararının 6- § 4 maddesi.

¹⁹⁹ 1942-1944 yılları arasında Alman işgali altındaki Fransa’da yüksek kademeli bir devlet görevlisiyken çok sayıda Yahudinin toplama kamplarına gönderilmesindeki suç ortaklığı sebebiyle yargılanan Maurice Papon’un davasında da Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi bu istisnaya atıf yapmıştır. (Fr. Yarg. Ceza D. 23 Ocak 1997, Karar no 96-84822, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1997, no 32).

²⁰⁰ 85-1173 sayılı ve 12 Kasım 1985 tarihli Yasa ile onaylanmıştır, Resmi Gazete 13 Kasım 1985.

kendisinin verilen hukuka uygun emre harfiyen riayet ederek uygun fiili gerçekleştirmiş olmasına bağlıdır²⁰¹. Bunun dışında failin emir dışında başkaca fiilleri gerçekleştirmesi bu hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Yine astın kendisine verilen emrin sınırlarını kasten ya da taksirle aşması halinde yukarıda kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın aşılması ile ilgili söylediklerimizin tamamı geçerli olacaktır.

Yukarıdakinin aksine asta verilen emrin hukuka aykırı olması halinde astın emre uygun fiili gerçekleştirmesinin de farklı sonuçları olmaktadır. Bu çerçevede emrin hukuka açıkça aykırı olmasını ve hukuka aykırı olmasının açık olmamasını birbirinden ayırarak incelemek gerekmektedir.

1) Hukuka Açık Aykırılıkta Astın Sorumluluğu

Yukarıda açıklandığı gibi ast, açıkça hukuka aykırı bir emirle karşı karşıya ise bu emri yerine getirmeme ve itaatsizlik gösterme yükümlülüğü altındadır. Bunu yerine getirmemesi halinde emre itaatsizlikten doğacak ceza sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Üstünden aldığı emrin açıkça hukuka aykırı olduğunu gören astın bu emre riayet etmemek konusunda bir irade yeteneğinin bulunması gerekir. Her ne kadar ast, işlemiş olduğu suçun bilincinde olsa da kendisine verilen talimatlar emredici bir şekilde o anda yaşanmaktadır ve kişinin özgür iradesiyle davranma yeteneği tahdidi oluşturacak şekilde kısıtlanmış olabilir²⁰². Kişiler ister astlık üstlük ilişkisi içerisinde olsun ister olmasın meşru merciden gelen emre, ancak çok basit, değersiz meselelere dair ise riayetsizlik etmekte ve görece daha önemli meselelere temas eden emirlere itaatsizlik çok daha nadir görülmektedir. Emri veren üstün hiyerarşi içerisinde konumu ve(ya) emri alan astın hiyerarşi içerisindeki konumu da emre itaatsizlikte kişinin bir irade gösterebilmesinde etki sahibi olabilmektedir²⁰³. Hiyerarşinin bizzat kendisi de

²⁰¹ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 39.

²⁰² Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 87; Bu anlamda trafik memuru tarafından, otomobil sürücüsüne verilen ve bir kazanın nedeni teşkil eden öncelikli geçiş hakkını ihlali emri, otomobil sürücüsü için tahdit anlamına gelecek sorumluluğunu kaldıran öngörülemez ve kaçınılmaz bir vakıadır şeklinde karar verilmiştir (Fr. Yarg. 2. HD, 14 Kasım 1963, *JCP*, 1964, II, s. 13490)

²⁰³ Danti Juan, “Ordre de la loi”, k.n. 40; Lombois, *Droit pénal général*, s. 97

emre itaatsizlik kapasitesini belirleyen bir olgudur. Bu anlamda tüm bu sayılan etkenler dikkate alındığında astın irade yeteneği ortadan kalkıyorsa bir ceza sorumsuzluğu nedeni olan tahdidin (Fr. CY madde 122-2) değerlendirmeye alınması gerekir. Bu bağlamda doktrinde bazı yazarlar emrin ast üzerindeki zorlayıcılık derecesi üzerinden bir ayırım yapmayı ve sivil hiyerarşiler ile askeri hiyerarşiler bakımından farklı değerlendirmelere gitmeyi önermektedir. Zira askeri hiyerarşi içerisindeki kişilerin emre itaat noktasında irade gösterebilme özgürlükleri kısıtlanmış durumdadır²⁰⁴. Burada hukukumuzda var olduğu gibi hukuka aykırı ve bağlayıcı emir şeklinde bir ayırım yapılmamakta ve hukuka aykırı fakat yerine getirilmesi zorunlu bir emri yerine getirenin cezasızlığı amirin emrini ifa konsepti içerisinde çözümlenmemektedir. Böyle bir durumda, yani astın tüm hareket serbestisinin ortadan kalkması şeklinde tecelli eden emrin zorlayıcılığı varsayımlarında eskiden bu yana Fransız içtihadı ve doktrini ceza sorumsuzluğunu meşru merciin emri hukuka uygunluk nedeni alanında değil tahdit alanında yapmaktadır²⁰⁵.

Özetlemek gerekirse kural olarak açıkça hukuka aykırı olan emirlerin yerine getirilmesi halinde ast madde 122-4/2 hükmü kapsamında hukuka uygun bir davranış gerçekleştirmiş olmamaktadır. Buna karşın ast, hiyerarşinin disiplinine dair özel düzenlemeler gereği ya da emri aldığı ve yerine getirmesi gereken andaki koşullar gereği bu emre itaatsizlik gösteremeyebilir. Yani bu noktada irade serbestisi çok önemli ölçüde kısıtlanmış olabilir. Bu durum bizim hukukumuz bakımından (TCK md. 24/4 ve CMK md. 223/3-b hükümleri gereğince) amirin emrini ifa konsepti içerisinde çözümlenecek bir meseleyken Fransız Ceza Yasası böyle bir normatif dayanak sunmamaktadır. Hukuka açıkça aykırı ve bağlayıcı emrin yerine getirilmesi halinde cezasızlık bir başka ceza sorumsuzluğu nedeni olan tahdit alanında ele alınmaktadır.

²⁰⁴ Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, k.n. 410.

²⁰⁵ Pradel, *Droit pénal général*, 2016, s. 310-311; Fr. Yarg. 2. HD, 14 Kasım 1963, *JCP*, 1964, II, s. 13490.

2) Açık Olmayan Hukuka Aykırılıkta Astın Sorumluluğu

Yukarıdaki başlık altında izah edilen ihtimalden farklı olarak ast hukuka aykırılığı açık olmayan bir emir ile karşı karşıya ise ve ast hukuka aykırılığı açık olmayan bu emri yerine getirmişse ilkesel olarak bu fiilden kaynaklı ceza sorumluluğu kendisine yüklenemez.

Ancak kanunun emretmesi ya da müsaade etmesi konusunda olduğu gibi fail meşru merciin emrini yerine getirirken de kendisinden beklenen emre uygun, doğru fiili gerçekleştirmelidir ve bu fiili gerçekleştirirken hukuka uygunluk nedeninin sınırları içerisinde davranmalıdır.²⁰⁶ Bu anlamda yukarıda ilk bölümde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın kasten ya da taksirle aşılması bağlamında söylenenlerin tamamı meşru merciin emri hukuka uygunluk nedeni bakımından da geçerlidir. Tekrara düşmemek adına burada sadece yukarıda anlatılanlara atıf yapmakla yetiniyoruz²⁰⁷.

III. Sonuç

Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi ilk fıkrasında düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin ve ikinci fıkrasında düzenlenen meşru merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin ilk sonucu, ceza hukuku ve medeni hukuk sorumluluğunun ortadan kalkmasıdır. Eğer fail tarafından gerçekleştirilen eylemin, kanunun hükmünü yerine getirme ya da meşru merciin emrini ifa hukuka uygunluk nedenini teşkil ettiği ve hukuka uygun olduğu anlaşılırsa bunun sonucu olarak ne ceza hukuku alanında ne de medeni hukuk alanında failin herhangi bir sorumluluğuna gidilemez²⁰⁸. Bu sorumsuzluk hali, objektif sorumsuzluk nedenleri olarak adlandırılan ve suç niteliğinde ya da daha genel olarak haksızlık

²⁰⁶ Danti Juan, "Ordre de la loi", k.n. 41.

²⁰⁷ Ast emir gerek hukuka uygun olsun gerek hukuka aykırılığı açık olmasın, emre bağlı bir şekilde itaatkâr davranmalıdır. Örneğin bir kişinin yakalanarak gözaltına alınması emrini yerine getiren astın bu fiillerin uygun olduğu tipteki suçlar bakımından herhangi bir ceza sorumluluğu yoktur. Fakat failin, yasanın ve emri veren üstlerinin beklentilerinin dışında yakaladığı kişiye vurması ve kötü muamele uygulaması halinde açıkça sınırı aşmış olacak ve bu durumda meşru merciin emri hukuka uygunluk nedeni kendisi için uygulanabilir olmayacaktır. (Fr. Yarg. Ceza D. 19 Ekim 1994, Karar no 93-85237).

²⁰⁸ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 88.

niteliğinde görülen davranışların tamamı üzerinde *in rem*, külli olarak hukuka uygunluk etkisi doğuran tüm hukuka uygunluk nedenlerinin ortak sonucudur²⁰⁹.

Gerek kanunun hükmünü yerine getirme olsun gerek meşru merciin emrini ifa olsun bu hukuka uygunluk nedenlerinin şartları çerçevesinde hareket eden failin fiili ile ilgili olarak kamu davası şeklinde görülen yargılama sonunda beraat kararı verilir ve kamu davası ile birlikte yürütülen şahsi hak (medeni hukuk) davasında da talep edenler lehine tazminata hükmedilemez²¹⁰.

Kanunun hükmünü yerine getirmenin ya da meşru merciin hukuka uygun emrini ifanın sonucu, yerine getirenin herhangi bir haksız fiilden sorumsuz olmasıdır. Çünkü ortada bir haksız fiil yoktur. Bu nedenle haksız fiile bağlanan sonuçlar gerek ceza hukuku alanında gerekse medeni hukuk alanında sonuçlarını doğuramayacaktır²¹¹.

Ceza hukukundan farklı olarak medeni hukuk kişinin kusurlu sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluğu cihetine de gidebilmektedir. Failin, kanunun hükmünü yerine getirdiği yahut amirin hukuka uygun emrini ifa ettiği hallerde medeni hukuk sorumluluğu yalnızca kusurlu sorumluluk çerçevesinde ortadan kalkmayacak bu sorumsuzluk hali kusursuz sorumluluğa da uygulanacaktır²¹². Failin kendi fiilinden (kusurlu) ileri gelen sorumluluğunun (Fr. Medeni Kanunu Md. 1240) ortadan kalkması²¹³ ve failin şahsi olmayan fiilinden (kusursuz) ileri gelen sorumluluğunun

²⁰⁹ A.g.e, k.n. 4-5.

²¹⁰ A.g.e, k.n. 88.

²¹¹ Bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmek suretiyle medeni hukuk sorumluluğunun ortadan kalkması çerçevesinde şu kararı yeniden hatırlatmak isteriz. Cinsel tacıtlı kişi tarafından rahatsız edilen kadın kendisine rahatsızlık veren kişiyi yakalayıp adli mercilere teslim etmek ister. Bunun için kişiyi kendi hususi aracı ile takibe başlar ve kişi tam arkasındayken bir trafik kazasına neden olarak kişiyi etkisiz hale getirir. Kendisine rahatsızlık veren kişinin sigortacısı, müşterisinin aracına kasten verilen hasarın kadın tarafından tazmin edilmesi talebinde bulunur. Kasten araca hasar verme fiilinin Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 73. maddesi temelinde Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesi bağlamında hukuka uygun olduğu göz önünde tutularak sigortacının tazminat istemi reddedilir. Yargıtay bu kararı "suçlunun yakalanması amacıyla kişinin şahsına ve mallarına yönelik gerçekleştirilen cebri eylemler kanun tarafından hukuka uygun addedilir ve failin sorumluluğunu doğurmaz" gerekçesini ortaya koyarak onar. Kişi hem ceza hukuku bakımından kasten yaralamaya ilişkin fiilinden sorumsuzdur. Keza fiili hukuka uygun hale getiren bir neden vardır. Hem de bu hukuka uygunluk nedeni fiilin sigorta hukuku çerçevesinde doğuracağı sonuçlara da engel olmaktadır. (Fr. Yarg. 2. Huk. D. 10 Haziran 1970, **Recueil Dalloz**, Y: 1970, s. 691).

²¹² Fr. Yarg. Ceza D, 5 Ocak 2000, Karar no: 98-85700, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 2000, no 3.

²¹³ Bkz. Fr. Yarg. Ceza D, 19 Kasım 1903, Gazette du Palais, Y: 1903, S: 2, s. 594.

(Fr. Medeni Kanunu Md. 1241) ortadan kalkmasına ilişkin²¹⁴ çok eski tarihlerden bu yana müstakar kararlar verilmektedir²¹⁵.

Sorumsuzluğa ilişkin ilkesel sonuçlar yukarıda anlatılanlar gibi olsa da hukuka uygunluk nedeninde sınırın taksirle aşılması hallerinde Fransız yargı mercilerinin ceza hukuku bakımından sorumsuzluğa, medeni hukuk bakımından ise failin sorumluluğuna hükmettiği kararlara rastlamak mümkündür. Kanunun hükmünü yerine getirmenin varlığı halinde Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın 4-1 maddesi temelinde beraat kararı verilmesi gerekir. Bazı hallerde ise yargı mercileri beraat ile beraber Fransız Medeni Yasası'nın 1241 maddesi (Eski Fr. M.Y. Md. 1383) bağlamında tedbirsizlik nedeniyle haksız fiilden kaynaklı tazminat kararı verilebilmektedir²¹⁶. Bunlar istisnai kararlar olmakla beraber kanaatimizce hukuka uygunluk kavramının esası ile de bağdaşmayacak ve yukarıda açıkladığımız ilkeden sapılmasını gerektirmeyecek kararlardır. Zira hukuka uygunluğun varlığı yukarıda açıkladığımız gibi ancak ölçülü olarak ifa edilmesine bağlıdır. Sınırın kasten ya da taksirle aşılması, hukuka uygunluk sonucunu doğurmayacaktır. Kaldı ki sınırın taksirle aşılması halinde de hukuka uygunluğun kabulü taksirli suçların hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamında olup olmadığına ilişkin yukarıdaki açıklamalarımız ile de bağdaşmaz.

Fransız hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme, doktrin ve içtihat yaklaşımları çerçevesinde şartları ve sonucu ile birlikte ilk bölümde incelenmiştir. Bu çerçevede bu hukuka uygunluk nedeni ile aynı başlık altında incelenen ilgilinin rızası

²¹⁴ Douai İstinaf Mahkemesi, 17 Haziran 1977, **JCP Général**, Y: 1979, C: II, s. 19232. Meşru savunma ile ilgili aynı ruha sahip karar olarak Fr. Yarg. Huk. D, 22 Nisan 1992, **Recueil Dalloz**, Y: 1992, s. 353.

²¹⁵ Mascala, "Art. 122-4: Fasc. 20", k.n. 89.

²¹⁶ Örnek olayda jandarma kasıtsız öldürme suçundan yargılanmaktadır. Uzun bir kovalamacanın ardından dur ihtarında bulunduğu araç sürücüsüne aynı anda motosikletini kullanmaktayken ateş eder. Araç sürücüsü ölür. Jandarma hakkında kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin varlığı gerekçesiyle beraat kararı verilir. Fakat istinaf mercii jandarmaya en azından tedbirsizlikten kaynaklı haksız fiil sorumluluğunun ilzam edilebileceğini göz önünde bulundurmıştır. Zira jandarma, çok dikkatli bir şekilde idare etmesi gereken son derece tehlikeli şartlar altında, yüksek hızda ve tek elle motosikletini kullanırken silahını kullanmıştır, öte yandan tek başına mücadele etmemesini emreden talimatlara da uymamıştır. (Rouen İstinaf Mahkemesi, 17 Mart 2004, Karar no 03/00499, **JCP Général**, Y: 2005, C: IV, s. 1432)

ve bu hukuka uygunluk nedeni ile yakın bağlantı içerisinde değerlendirilen amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenine de bu bölüm altında yer verilmiştir.

Meselenin Fransız ceza hukukunda ne şekilde ele alındığına ilişkin değerlendirmeye bu noktada nihayet veriyoruz. Aşağıda hukukumuzda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin ne şekilde ele alındığı incelenecektir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ

I. Türk Hukukunda Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin başlıklandırmasıyla “Kanunun Hükmü”, ceza hukuku sistemimizin en temel konularından olan hukuka aykırılık bahsi içerisinde incelenen ve bir eylemin haksız bir eylem olma niteliğini belirlemek bakımından temel bir fonksiyonu olan hukuka uygunluk nedenlerinden biridir. Bu özelliği sebebiyle, ceza hukuku genel hükümler eserlerinin tamamında temel bir konu olarak, ceza hukuku özel hükümler kitaplarında ilgili olabileceği suç tipleri çerçevesinde incelenmektedir.

Türk ceza hukuku, bu hukuka uygunluk nedenini, kendi yasasında 1810 yılından bu yana düzenleyen Fransız teorisinden, uygulamasından ve doktrininden yeteri kadar faydalanmış değildir. İlk kez bu çalışmamız ile tam manasıyla ceza hukuku genel teorisinin bu en önemli konularından biri Fransız ceza hukuku ile mukayeseli olarak incelenmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni üzerine yazılmış farklı görüşleri ve bakış açılarını havi ceza hukuku genel hükümlere ilişkin pek çok eser bulunmaktadır. Bu minvalde bunları tekrar eder mahiyette bu başlık altında yalın olarak hukukumuzdaki vaziyetin bir resmini çizmeyi faydalı görmüyoruz. Bunun yerine hukukumuzdaki durumu yukarıda ayrıntılı olarak

incelediğimiz Fransız hukukundaki durum ile mukayeseli ele almanın doktrinimize daha fazla katkı sunacağı inancındayız.

Aşağıda hukukumuzdaki durum teorisi ile ele alınırken Türk içtihat ve doktrininin meselelere olan yaklaşımına Fransız içtihat ve doktrini de katılarak teorimizin bu vesile ile zenginleştirilmesine gayret edilecektir. Keza mukayeseli bu çalışma ile teorimizin yerine göre zayıf yerine göre aksayan çeşitli görünümüne yeni çözüm, katkı ve bakış açıları sunma fırsatı yakalanmış olacaktır. Mukayeseli çalışmaların en önemli yararlarından biri de teoriye ilişkin aksayan ya da zayıf olan bir yönün bu aksama ya da bu zayıflık adaletsiz, bir takım sonuçlar ve onarılamaz zararlar ortaya çıkarmadan fark edilebilmesine imkân sağlamasıdır. Çalışmamızda bu tip noktalar ortaya çıkarılırsa Fransız hukukundaki çözümler olabildiği kadar teorimiz ile uyum içerisinde iktibas edilecektir.

A. Genel Olarak

Kanunun hükmünü yerine getirme, ceza hukukumuzda amirin emrini ifa, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile birlikte hukuka uygunluk nedenleri olarak nitelendirilen ceza sorumluluğunu kaldıran hallerden biridir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Kitap, “Ceza Sorumluluğunun Esasları” başlıklı İkinci Kısım, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı İkinci Bölüm altında düzenlenen nedenlerden ilki olarak Kanun’un 24. maddesinin ilk fıkrasında düzenlemesini bulmaktadır.

“Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenen nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni olduğu kanunun düzenlemesinden anlaşılamamaktadır¹. Yani Türk Ceza Kanunu 1994 tarihli Fransız

¹ Mahmut Koca – İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 272; Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 278: Yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlığı altında düzenlenmiş olması ile kanun koyucunun dogmatik bir çelişkiye düştüğünü belirtmektedirler. Yazarlara göre ilk olarak hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu değil fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırırlar. İkinci olarak hukuka uygunluk nedenlerinin kusurluluğu kaldıran haller ile birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir. Çünkü her ikisi farklı iki unsuru ilgilendirmektedir. Üçüncü olarak

Ceza Yasası'na benzer şekilde sorumsuzluk nedenleri arasından hukuka uygunluk nedenlerini ayırt eden bir tasnifte bulunmamaktadır. Ceza hukuku genel teorimize hâkim vasıflandırma ile nitelendirecek olursak kusurluluğa etki eden haller ve hukuka uygunluk nedenleri aynı başlık altında toplanmışlardır. Her ne kadar hukuka uygunluk nedenleri şeklinde vasıflandırdığımız nedenler arka arkaya 24, 25 ve 26. maddelerde düzenlenmiş olsa da bu maddeler bünyelerinde kusurluluğa etki eden nedenlere dair düzenlemeleri barındırdığından madde sırası itibarıyla da bir sistem ortaya konmadığı söylenebilir².

Doktrinde hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğa etki eden hallerin tamamı için “ceza sorumluluğunu kaldıran... nedenler” başlığının tercih edilmesine karşı olanlar vardır³. Bu yazarlara göre hukuka uygunluk nedenleri ceza sorumluluğunu kaldırmayıp suçun oluşumunu engellemektedir. Bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu hallerde suç da oluşmayacağından ceza sorumluluğunun varlığından bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla hiç olmayan bir şeyin kalkmasından da bahsedilemez⁴.

Bu nedenlerin hangilerinin hukuka uygunluk nedeni, hangilerinin kusurluluğu etkileyen haller olduğu noktasında normatif olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi düzenlemesi yol göstericidir. CMK 223. madde düzenlemesinin 2. ve 3. fıkraları bir arada okunduğunda yukarıda belirttiğimiz hallerin kanuni olarak hukuka uygunluk nedenleri olduğu sonucuna ulaşılabilir. Fakat bu belirlemeyi Türk Ceza Kanunu yapmamaktadır. Yine Kabahatler Kanunu 12. maddesine göre: “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır.*” Kabahatler Kanunu bu hallerin hangileri olduğu

ceza sorumluluğu tabiri de doğru değildir. Bu çerçevede cezai ehliyet kavramı vardır ki kusur yeteneği olarak ele alınmaktadır.

² Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272.

³ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 279.

⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 299; Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Kurumsal Raporlar, Toplantılara Sunulan Raporlar, Bilimsel Raporlar, İstanbul, 2004 s. 126

konusunda bir tasnif yapmamakta ve fakat hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran haller ayrımını yapmaktadır⁵.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yasalaşması süresinde Komisyon çalışmalarında hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen nedenler şeklinde bir ayrım ve bu bölümde bir başlıklandırma yapılması teklif edilmiş ise de bu teklif kabul görmemiştir⁶. Bu teklifin reddi ile ilgili olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hazırlık çalışmalarını yürüten Adalet Komisyonu, Raporu'nda; *"bu maddelerin hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu, öğretide ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olunmaması için de bölümdeki hukuki kurumların salt hukuki sonuçları göz önünde bulundurulmak suretiyle bir başlıklandırmaya gidildiği"* gerekçesini ortaya koymuştur⁷. Her ne kadar Adalet Komisyonu Raporu'nda bağlayıcı olunmaması yönünde bir kaygıyla normatif olarak bu ayrıma gidilmediği belirtilse de Ceza Muhakemesi Kanunu, 223. maddesi ile hangi nedenlerin varlığı halinde "beraat" hangi nedenlerin varlığı halinde kusurun bulunmaması nedeniyle "ceza verilmesine yer olmadığı" kararının verileceğini düzenleyerek normatif olarak bağlayıcı nitelikte bu ayrımı yasalaştırmıştır⁸.

Türk Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk nedeni teşkil etsin veya etmesin tüm nedenleri aynı grup altında sırasız düzenlemiş olması bu haliyle Fransız Ceza Yasası'na benzemektedir. Fransız Ceza Yasası'nda 122-1 ve devamı maddelerinde yer alan sorumsuzluk nedenlerinden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiğine dair CMK 223. madde benzeri normatif bir dayanak bulunmamaktadır. Fransız ceza hukuku teorisi, hukuka uygunluk nedenlerini vasıflandırırken bu nedenlerin objektif ve sübjektif yönünü esas almaktadır. Objektif olan, failin kendi şahsi varlığından ve kişiliğinden sadır olmayan nedenler etkisi ile suç tipine uyan fiili işleyen kişi

⁵ Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 353, dpn. 7.

⁶ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 302.

⁷ Elvan Keçelioğlu, "Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:87, Yıl:2010, s.300; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 302.

⁸ Koca – Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 279.

bakımından işlediği fiil hukuka uygun ve meşrudur. Failin şahsi varlığından ve kişiliğinden ileri gelen nedenler etkisi ile suç tipine uyan bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde ise fail hukuka uygun ve meşru bir fiil işlemiş değildir ama cezai olarak sorumlu da değildir.

Yukarıda açıklanan, teorik temelde gerçekleştirilen ayrımın ceza kanunumuzda yer alan ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlere uygulanması ya da uyarlanması kısmen mümkün olabilir. İlk olarak hukuka uygunluk nedenleri olarak nitelendirilen kanunun hükmü, amirin emri, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası Fransız hukukundaki temellendirme esas alınırfa failin şahsi varlığı ve kişiliğinin dışında zuhur eden nedenlerdir. Bu yanı ile bu teorik yaklaşım hukuka uygunluk nedenlerini açıklamaya uygun olmakla beraber zorunluluk hali de bu nitelikte bir sorumsuzluk halidir. Fakat CMK 223. madde yollamasından da anlaşılabilirceği gibi ve doktrindeki pek çok yazarın savunduğu üzere zorunluluk hali hukukumuzda bir hukuka uygunluk nedeni değildir⁹. Fransız hukuku bu teorik temel çerçevesinde zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır. Bunun yanında hukukumuzda, hukuka uygunluk nedenleri dışında yer alan bazı sorumsuzluk hallerinin de objektif görünümünün olduğunu söylemek gerekir. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin son fıkrası hükmüne göre emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde hukuka aykırı emri yerine getiren ast cezalandırılmayacaktır. Fransız hukukunun esas aldığı teorik temelde bu halin bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesi gerekir. Zaten Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesinin ikinci fıkrası emir açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe bu emri yerine getirmeyi bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemektedir. Hukukumuzda

⁹ Zorunluluk halinin hukuksal niteliğine dair ayrıntılı inceleme için bkz. Zeynel T. Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 215 vd, s. 397 vd. Yazar’a göre hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumunun koşulu korunan hukuksal yararın ihlâl edilen hukuksal yarardan önemli ölçüde üstün olmasıdır (s. 303). Mazeret nedeni olarak zorunluluk halinin koşulu bundan farklı olarak korunan hukuksal yararın ihlâl edilen hukuksal yararla eşit olması veya önemli ölçüde bir orantısızlığın bulunmamasıdır (s. 469). Doktrinde zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünde olan yazarlar vardır. Bkz. Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 382 vd; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 299; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 358; Yargıtay da zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu görüşündedir. “... 765 sayılı yasadaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı yasada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olan zorunluluk hali için de bu maddenin uygulanma şansı bulunmamaktadır.” YCGK 200/1-281 E. – 2008/37 K. Sayılı kararı.

ise emrin hukuka aykırılığının açık olup olmamasının bir önemi yoktur ve bu bağlayıcı emir yerine getirilirse yine CMK 223. madde yollaması ile astın fiilinin hukuka uygun olmadığı fakat 24. maddenin son fıkrası gereği mazeret nedeni bulunduğu gerekçesiyle cezalandırılmayacağı söylenir. Bu duruma aşağıda daha ayrıntılı değinilecektir.

Dolayısıyla ceza hukukumuzda var olan sorumsuzluk nedenlerinin hangilerinin, neden hukuka uygunluk nedenleri olarak nitelendirilmesi gerektiğinin teorik olarak temellendirilmesi hususunda Fransız hukukunun ortaya koyduğu ilgili nedenin objektiflik ve sübjektiflik yönünden, yukarıda açıkladığımız kayıtlar ile kısmen yararlanmak mümkündür.

Kanunun hükmünün ve ileride inceleyeceğimiz amirin emrinin, şartları oluştuğunda bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği hususunda görüş ayrılığı yoktur. Bu hukuka uygunluk nedeni doktrinde görevin ifası, görevin yerine getirilmesi şeklinde çok farklı isimler ile anılmaktadır. Fransız Ceza Yasası'ndan farklı olarak Türk Ceza Kanunu bu hukuka uygunluk nedenini bizzat kendisi adlandırmaktadır. TCK 24. maddenin başlığı olan “Kanunun Hükmü” ifadesinde yer alan “kanun” ve “hüküm” terimlerinin tercih nedenleri ve ne şekilde anlaşılması hususuna ileride değinilecektir. Fransız doktrininin eskiden beri tercih ettiği kanunun emri ifadesinden farklı olarak ceza hukukumuzda bu hukuka uygunluk nedeninin kanunun hükmü şeklinde isimlendirilmesi daha yerindedir. Keza kanunlar yalnızca emir mahiyetindeki düzenlemeleri değil emirler dışında izin, ruhsat, müsaade gibi nitelendirilebilecek başkaca mahiyette hükümler de öngörebilmektedir.

Buna karşın doktrinde bu hukuka uygunluk nedeni için kullanılan görevin ifası¹⁰ şeklindeki isimlendirmelerin yerinde olmadığını belirtmek gerekir. Kanuna dayanan bir emir ya da müsaadenin kişilerin görevini oluşturması zorunlu değildir. Kamu görevlileri için bu izin ya da müsaade, görevlerinin sahası içerisinde bulunduğu bir mesele yoktur. Fakat kamu görevlisi olmayan kişiler için örneğin CMK 90. madde düzenlemesi bir görev düzenlemesi değildir. Burada kamu görevlisi olsun ya da

¹⁰ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 366; Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 281.

olmasın herkese suçüstü halinde yakalama yapma müsaadesi, yetkisi tanınmaktadır. Beraberinde görevin ifası şeklindeki nitelendirme, hukuka uygunluğa dayanak olacak normun bir emir ihtiva ediyor olması gerektiği şeklinde bir algı yaratmaktadır. Bu algı da hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını daraltma tehlikesi yaratır. Hukuka uygunluğa dayanak olacak norm emirler yanında müsaadeleri de ihtiva ediyor olabilir.

B. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Normatif Dayanağının Gelişimi

765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Cumhuriyet öncesinde ceza hukukuna ilişkin kodifikasyon çalışmaları bakımından üç metin önem arz etmektedir. Bunlar 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu, 1851 tarihli Kanun-u Cedid, 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'dur¹¹.

İlk iki kanunnamenin, genel hükümler ile bir ceza hukuku teorisi inşa etmekten uzak olduğunu söylemek gerekmektedir. Bu kanunnamelerden ilki olan 1840 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun yürürlüğe girdiği tarihte yukarıda da incelediğimiz gibi 1810 tarihli Eski Fransız Yasası'nın 327. Maddesinde, kanunun hükmü bir ceza sorumsuzluğu hali olarak düzenlenmekte idi. Bu belgelerin Tanzimat sonrası batılılaşma etkisinde, hukuk alanında kodifikasyon ve reform çalışmalarının bir ürünü olduğunu hatırlamak gerekir.

Ceza hukukunun genel ilkelerine dair hükümler ilk kez 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda yer almaktadır. 9 Ağustos 1858 tarihinde ilan edilen Kanunname, farklı tarihlerde değişikliklere uğramış ve 1926 yılında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte yürürlükten kalkmıştır. 1858 Kanunnamesi'nin 1810 Fransız Ceza Yasası'ndan iktibas edildiği ve beraberinde yerli hükümlere de yer verdiği dile getirilmektedir¹². Fakat bu kanunname, sayılan diğer iki kanunname gibi yürürlüğe girdiği andaki metninde kanunun hükmünü yerine

¹¹ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 87.

¹² Taner, s. 230; Sulhi Dönmezer,-Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, C: I, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 139-141; M. Akif Aydın, "Ceza", **TDV İslam Ansiklopedisi**, VII, s. 482. Gülnihal Bozkurt, "*hemen hemen aynen tercüme*" ifadesini kullanmaktadır, Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, s. 100.

getirmeden kaynaklı sorumsuzluk rejimine dair bir hükme yer vermemekteydi. Hatta öyle ki 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu bu metinler içerisinde en önemli olanı ve genel hükümler içereni olarak büyük ölçüde 1810 tarihli Fransız Ceza Yasası'nı örnek almış bir metin olarak 1810 Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesinde yer alan bu sorumsuzluk haline ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Kanunun hükmünün bir sorumsuzluk nedeni teşkil edeceğine dair normatif ilk düzenleme ülkemizde 1911 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme kanunun hükmünü yerine getirmenin ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden oluşturacağını, bu nedenle ika edilen fiillerin cürüm addolunamayacağını kabul etmektedir. Buna göre 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun 42. Maddesinde, 1911 tarihi itibarıyla yapılan ekleme (zeyl) ile kanunun hükmünün ifası halinde ceza sorumluluğunun kalkacağına dair hüküm ilave edilmiştir¹³. 1858 Kanunnamesi'nin 42/2 maddesi uyarınca “*Hükm-i kanuni veya merci-i kanunisinden sadır olup infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle ika edilen fiil cürüm addolunamaz.*”¹⁴ Yine aynı kanunnamenin 189. Maddesinde aynı yıl yapılan değişiklikle; “*Bi'l mukabele vuku bulan katl ve cerh ve darp fiillerini irtikab eden kimse kezaik muafdır. Fakat zabıta memurları bu babda müstesna olarak, onlar vazife-i memuriyetlerini icrâda nizâm-ı mahsusunun gösterdiği mesâğ üzere ika edebilecekleri katl ve cerh ve darp fiillerinden mes'ûl olamazlar ve onlara mukabele edenler bir vechile mazur olamazlar.*”¹⁵ denilerek kolluk kuvvetlerine özgü bir kanunun hükmünü icra düzenlemesi getirilmiştir¹⁶. Bu son düzenlemenin 1810 tarihli Eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesine olan benzerliği ilgi çekicidir. Öyle ki 1810 tarihli Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesi “*Öldürme, yaralama ve darb kanun tarafından düzenlenmiş ve meşru merci tarafından emredilmiş ise cürüm de cünha da yoktur.*” hükmünü amirdi. Benzer şekilde 1858 tarihli kanunnamenin 189. Maddesi de yalnızca kolluk kuvvetleri için kendilerine özgü mevzuatın gösterdiği üzere ika edilen

¹³ Mustafa Şentop, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku**, İstanbul, 2004, s.42

¹⁴ Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, C: I, II. Baskı, Mimoza, Konya, 2014, s.92.

¹⁵ Kanunnamenin bu hükmünün latin harfleri ile transkripsiyonu için Bkz. Ahmed Akgündüz, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, C:1, Kamu Hukuku, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 645.

¹⁶ Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku: Genel Hükümler**, s. 92.

katl, cerh ve darb yani öldürme, yaralama ve darb fiilleri bakımından sorumsuzluk nedeni öngörmektedir. Burada sorumsuzluğun dayanağının kanun olması ve sorumsuz olunan fiillerin aynı fiiller şeklinde sayılması iki yasanın oldukça benzer yönleridir. 1810 Fransız Ceza Yasası'ndan iktibas edilen bu düzenlemenin 1858 Kanunnamesi'nin yürürlüğe girmesinden neredeyse elli yıl sonra hayatiyet bulması düşündürücüdür.

Kanunun hükmünü yerine getirmeye genel hükümlerinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak yer veren ilk metin 1926 tarihli, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'dur. 765 sayılı TCK'nın 49. maddesinin ilk bendi gereği *“Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.”*

Eski 49. Madde aynı maddenin farklı bentlerinde sırasıyla kanunun hükmünü, amirin (yetkili merciin) emrini, meşru savunmayı (müdafaayı) ve zorunluluk (ıztırar) halini düzenlemektedir. Bu nedenlerden kanunun hükmü ve amirin (yetkili merciin) emri aynı bentte düzenlenmiş hukuka uygunluk nedenleriydi¹⁷.

Yukarıda paylaşılan geçmiş mevzuat hükümlerinde hep aynı fıkrada düzenlemesini bulmasından mütevellit Türk doktrini, geçmişten bu yana kanunun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedenlerini tek bir genel hukuka uygunluk nedeni çatısı altında inceleme eğilimindedir¹⁸. Görevin ifası ya da yerine getirilmesi¹⁹ şeklinde adlandırılan ve bu iki hukuka uygunluk nedenini kapsayan tek bir genel hukuka uygunluk nedeni ihdas etmekteki gerekçe, kanunun yüklediği bir ödev ile

¹⁷ Dönmezer-Erman maddede düzenlenen nedenlerin tamamını hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadır. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s.81

¹⁸ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s.82; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310; Halil Yılmaz Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 1; Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, s. 138; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 281; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 281; M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 410.

¹⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310.

amirin emrini yerine getiren kişinin neticesi itibarıyla görevini yaptığıdır. Görev kanundan kaynaklanmakta ise kanunun hükmünü yerine getirme, emirden kaynaklanmakta ise amirin emrini ifa söz konusu olacaktır ve her iki durumda da hukuka aykırılık görevin ifası nedeni ile ortadan kalkacaktır²⁰.

Bu görüşün 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nun sistematığının ortaya koyduğu ceza genel teorisi çerçevesinde anlaşılabilir olduğu söylenecek olsa da yeni Ceza Kanunumuzun getirdiği yeni düzenleme çerçevesinde kabul edilmesi zordur. Hemen belirtelim ki yukarıdaki paragrafta yer verdiğimiz yaklaşımı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de kabul eden yazarlar bulunmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, kanunun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedenlerine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu gibi aynı maddede (24. madde) yer vermesine karşı her bir neden için ayrı bir fıkra hasretmiştir. Her ne kadar Adalet Komisyonu Raporu'nda ve madde gerekçesinde bu tercihe ilişkin bir açıklama yapılmamış olsa da bunun bilinçli bir tercih olduğu kanaatindeyiz. Zira 1994 sayılı yeni Fransız Ceza Yasası da aynı dönüşümü tercih etmiştir. Öyle ki 1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesinde aynı fıkroda bir arada düzenlenen bu hukuka uygunluk nedeni 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası'nda ayrı fıkralarda düzenlenmiştir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız üzere bu yenilik içtihadın eskiden bu yana ortaya koyduğu bu iki hukuka uygunluk nedeninin otonomisinin mevzuat tarafından teyit edilerek normatif temele oturtulmasıdır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu her ne kadar bu iki hukuka uygunluk nedenini aynı bentte düzenlese de ikisi arasında var olan otonomiye “veya” bağlacının kullanılmasından anlamak mümkündür. Eski Türk Ceza Kanunu döneminde var olan bu sıkı bir aradalık kanaatimizce yeni Türk Ceza Kanunu ile gevşetilerek var olan otonomi daha da belirgin bir halde ortaya çıkarılmıştır. Öte yandan bu iki nedenin aynı hukuka uygunluk nedeni olduğunu söylemek için varlık şartlarının da ortak olması gerekir. Oysa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu her iki nedenin varlık şartlarını bir

²⁰ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s.82.

birinden bağımsız olarak düzenlemekte, aşağıda inceleneceği üzere amirin emrini ifa bakımından oldukça da karışık bir rejim öngörmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine 24. maddesinin ilk fıkrasında yer vermektedir. Buna göre “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” 24. maddenin tercih ettiği terminoloji içerisindeki kanun, hüküm, yerine getirme ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği aşağıda incelenecektir. Burada özellikle üzerinde durmak istediğimiz ifade kanunun, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran hallerin neredeyse tamamı için ortak tercih ettiği “*ceza verilmez*” formülüdür. Gerçekten de Türk Ceza Kanunu 24 ve devamı maddelerinde *Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler* başlığı ile düzenlenen nedenlerden Kanunun Hükmü, Meşru Savunma, Zorunluluk Hali, Hakkın Kullanılması, İlgilinin Rızası, Meşru Savunmada Sınırın Aşılması, Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit, Akıl Hastalığı, Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma hakkındaki düzenlemeler aynı “*...ceza verilmez*” formülü ile bitmektedir²¹. Amirin Emri düzenlemesi “*sorumlu olmaz*”, Haksızlık Hatası düzenlemesi “*cezalandırılmaz*” Yaş Küçüklüğü düzenlemesi de 12 yaşından küçük çocuklar ve 12 – 15 yaş arası olup işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocuklar için “*ceza sorumluluğu yoktur*” formülü ile bitmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri için tercih edilen “ceza verilmez” ve amirin emri için tercih edilen “sorumlu olmaz” formülü yanıltıcı olmamalıdır. İlk önce ceza, Türk Ceza Kanunu’nun 45. Maddesi yollaması uyarınca hapis ve adli para cezalarını ifade etmektedir. Kabahatler Kanunu’nun 12. Maddesi yollaması ile hukuka uygunluk nedenlerinin mevzu bahis olması halinde kabahatler bakımından bu kapsama idari para cezalarının da eklenmesi gerekir. Fakat hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde ceza verilmez şeklindeki ifade hukuka uygunluk kavramı ile bağdaşan bir ifade değildir. Zira hukuka uygunluğun varlığı halinde ceza verilmemesinden değil bir suçun oluşmamasından bahsedilir²². Bu nedenledir ki Ceza Muhakemesi Kanunu 223.

²¹ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272

²² Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 278-279.

madde gereği bu nedenlerin varlığı halinde beraat kararı verilmelidir. Ayrıca hiçbir ayırım olmaksızın bu ifade hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte kusurluluğu kaldıran haller bakımından da kullanılmaktadır. Kusurluluğu kaldıran haller bakımından bu formülün kullanılması bu hallerin varlığı durumunda verilecek olan ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile bağdaşmaktadır. İkinci olarak tüm hukuka uygunluk nedenlerinin varlık şartları tam olsa dahi hepsi için geçerli olacak şekilde belirli suçların hukuka aykırılıklarının ortadan kalkması ve failin sorumsuzluğunun söz konusu olması mümkün değildir. Yani ceza verilmez formülü belirli hallerde hukuka uygunluk nedeni tüm şartları ile oluşmuş görünse de cezasızlığı sonuçlandırmayacaktır.

Aşağıda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı tüm görünüşleri ve unsurları ile birlikte incelenecektir. Fakat öncesinde kanunun hükmünü yerine getirme ile beraber tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından da geçerli olacak şekilde hukuka uygunluğun kapsamına değinmek istiyoruz.

1. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Kapsamı

Türk doktrinde ve Ceza Muhakemesi Kanunu ve Kabahatler Kanunu gibi ceza yasalarında hukuka uygunluk nedenleri şeklinde adlandırılan nedenlerin kapsamı ile ilgili olarak daraltıcı bir takım etmenler söz konusudur. Bu etmenler konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile birlikte bütün hukuka uygunluk nedenleri açısından ortaktır. Bu minvalde hukuka uygunluk nedenlerinin kapsamını daraltan etmenler ile ilgili şu üç belirlemeyi yapmak gerekmektedir:

İlk olarak; işlenen suçun ağırlığından kaynaklı olarak hukuka aykırılık varlığını koruyabilir. İkinci olarak; hukuka uygunluk nedeninin şartları dâhilinde yer verilmese de ölçsüzlük (orantısızlık) hukuka uygunluğun tüm görünüşleri ile ortaya çıkmasını engelleyebilir. Son olarak ise failin davranışının gerekli olmaması halinde hukuka uygunluktan söz edilemeyebilir.

Yukarıda Fransız hukukundaki durum incelenirken ortaya konan bu belirlemelerin her üçü Türk hukuku bakımından da geçerlidir²³. Öyle ki bu belirlemeler çerçevesinde kanunun hükmünü yerine getirme ya da her hangi bir hukuka uygunluk nedeninin tüm şartları gerçekleşse dahi fiilin hukuka aykırılık vasfının ortadan kalkmayacağı söylenir.

Hukuka uygunluk nedenleri Fransız doktrininde yer alan sorumsuzluk nedeninin objektiflik ve sübjektiflik niteliğine göre belirlenmektedir ve objektif sorumsuzluk nedenleri hukuka uygunluk nedenleri olarak adlandırılmaktadır. Hukukumuzda bu yönde bir teorik ayrım bulunmasa da bu ayrımın faydası şudur.

Sübjektif sorumsuzluk nedenleri yukarıda kısaca belirttiğimiz ve birazdan aşağıda değineceğimiz bu belirlemelerden bağımsız bir şekilde şartları oluşmuşsa her suça istisnasız uygulanabilir. Örneğin fail yaş küçüğü ise işlediği suç ne derece ağır olursa olsun bu sübjektif sorumsuzluk nedeni kendisine uygulanır. Yine yaş küçüğü olan failin gerçekleştirdiği fiilin orantılı-ölçülü olması ya da gerekli olması değerlendirmeye tabi değildir. Fiilin orantısız ya da gereksiz olmasının yaş küçüklüğünden kaynaklı sorumsuzluğa tesiri yoktur²⁴.

Bu ölçüt ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden hangilerinin hukuka uygunluk nedeni hangilerinin kusurluluğu kaldıran hal olduğu noktasında ayrım yapmayı da kolaylaştırmaktadır. Yukarıdaki belirlemeler çerçevesinde alanı daralacak olan nedenler hukuka uygunluk nedeni, uygulanması etkilenmeyecek olanlar ise kusurluluğu kaldıran nedenler şeklinde tasnif edilebilir. Fakat bu ölçütün esas alınması durumunda zorunluluk halinin de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi gerekir ki doktrinde pek çok yazar zorunluluk halini bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmemektedir. Zorunluluk hali bu yönüyle hukuka uygunluk nedenlerine benzemektedir.

²³ Fransız hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin tümü için geçerli olacak şekilde kapsamı daraltan belirlemeler için bkz. Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 4.

²⁴ A.g.e, k.n. 5, 14.

Belirli suçların, Türk Ceza Kanunu'nun düzenlediği kanunun hükmü, amirin emri, meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve bir kısım yazarın kabul ettiği zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerinden özel bir veya birkaç tanesinin hukuka uygun hale getirme yeteneğinden hariç tutulmasına dair iç mevzuatımızda herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Herhangi bir suç tipine dair düzenlemede hukuka uygunluk nedenlerinden birinin uygulanmayacağına dair bir hükmün bulunmaması hukuka uygunluk nedenlerinin her suçta uygulanabileceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle yapılması gereken ilk belirleme ağır nitelikteki bazı suçların konumuz olan kanunun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedeninin kapsamının dışında olduğudur²⁵.

İşlenen suçun ağırlığından kaynaklı yapılan bu belirleme tüm hukuka uygunluk nedenlerini ilgilendirmekle beraber konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme ve onunla bağlantılı amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenleri bakımından daha bir önem arz etmektedir. İşlenen suçun ağırlığı ile kast edilen yukarıda Fransız hukuku değerlendirilirken ifade ettiğimiz gibi insanlık dışı yani failin, mağdurun insanlığını reddettiği ve onun haysiyetini yaraladığı fiillerin vücut verdiği suçlardır. Fransız Ceza Yasası'nın 211-1 maddesi ile 212-3 maddeleri arasında düzenlenen insanlığa karşı suçlar, 213-4 Maddesi düzenlemesi gereği kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanının haricinde tutulmuştur. Fransız Ceza Yasası, 213-4 maddesinde bu istisnayı bizzat bu hukuka uygunluk nedenlerini zikrederek düzenlese de Ceza Kanunumuz, 76 ve devamı maddelerinde düzenlenen soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile ilgili olarak böyle bir düzenlemeye gitmemiştir. Açıkçası buna gerek de yoktur. Türkiye savaş suçları ve insanlığa karşı suçları belirleyip bunlardan sorumlu Avrupalı Mihver Devletler ajanlarını yargılayan Nuremberg Mahkemesini kuran Londra Antlaşması'nın tarafı değildir. Bu anlaşmanın 8. maddesi failin herhangi bir seviyede devlet görevi ifa ediyor olmasının ve üstlerinden aldığı emirleri ifa etmesinin bu suçları meşrulaştırmayacağını dile getirmektedir. Yine Türkiye'nin taraf olmadığı Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü de 33. maddesinin 2. fıkrası ile soykırım veya insanlığa karşı suç

²⁵ Bkz. Mascala, "Art. 122-7: Fasc. 20." k.n. 14

emirlerinin kanunsuzluğunun açıkça bilindiği kabul edilir diyerek bu suçlara yönelik emirlerin kanunsuz olduğunu ve astların bu yöndeki kanunsuz emirleri yerine getirmesinin sorumluluğunu kaldırmayacağını düzenlemektedir.

Hukukumuzda soykırım ya da insanlığa karşı suçların maddi unsurunu oluşturan davranışları emreden ya da bu davranışlara müsaade eden bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber bu suçların bu hukuka uygunluk nedeninin haricinde olduğunu söyleyen bir düzenleme de yoktur. Böyle olsa da bu suçların kanunun hükmünü yerine getirme yanında, kabul edilen hukuka uygunluk nedenlerinden biri tarafından meşruiyet kazanması mümkün değildir.

İnsanlığa karşı suçlar ile birlikte işkence suçu bakımından da bu suça meşruiyet kazandıracak bir emir ya da müsaade düzenlemesi iç hukukumuzda bulunmamaktadır. Beraberinde bu suçların herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin haricinde olduğunu belirten bir özel düzenleme de mevcut değildir. Böyle bir düzenlemeye gerek olmasa da Türkiye'nin de taraf olduğu İşkence ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (New York Konvansiyonu) 2. Maddesinde bir üst görevlinin veya bir kamu merciinin emri, işkencenin haklılığına gerekçe kabul edilemez diyerek bu suç bakımından konumuz olan hukuka uygunluk nedenlerinin fiile meşruiyet kazandırmayacağını düzenlemektedir. Tüm hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde hiçbir neden, bu şekildeki bir suçun işlenmesini hukuka uygun hale getiremez. Her ne durumda olursa olsun bu fiiller hukuka aykırılık niteliğini korurlar. Kanunun hükmetmesi ve amirin emri bunları hukuka uygun hale getiremeyeceği gibi meşru savunma, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası da bu fiillerin hukuka uygun görülmesine sebep olamaz.

Yapılacak ikinci belirleme tipe uyan fiilin ihlal ettiği hukuksal değer ile korunmak istenen hukuksal değer arasındaki aşırı orantısızlığın hukuka uygunluğu engelleyecek olmasıdır. Bu ölçüsüzlük-orantısızlık hali meşru savunmaya (TCK Md.

25/1²⁶) ve zorunluluk haline (TCK Md. 25/2²⁷) ilişkin düzenlemeler dâhilinde Kanun tarafından açıkça ifade edilmektedir. Meşru savunma ve zorunluluk hali çerçevesinde korunmak istenen hukuksal değer, ihlal edilen hukuksal değer ile kıyaslandığında daha değerli olmalı ya da bu değerler eşdeğer olmalıdır²⁸.

Hukuka uygunluk nedenleri ölçülülük-orantılılık çerçevesinde fiili hukuka uygun hale getirir. Hukuka uygunluk nedeninde ölçünün kasten aşılması halinde fiil artık hukuka uygun bir fiil olmaktan çıkıp tipe uyan suçun maddi unsuru olarak cezalandırılır bir fiil halini alır. Türk Ceza Kanunu'nun 27. Maddesi de tüm hukuka uygunluk nedenleri için geçerli olacak şekilde sınırın taksirle aşılması halinde ceza indirimi öngörmektedir. 27. Maddeye göre *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı ceza... indirilerek hükmolunur.”* Sınırın aşılması şeklinde ifade edilen mefhum her şeyden önce ölçülülük-orantılılık ile ilgilidir²⁹. Haliyle kanun ölçülülüğün tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından geçerli bir etmen olduğunu ortaya koymaktadır. Bu da bu bapta ölçülülük ile ilgili yaptığımız belirlemeyi teyit etmektedir. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından da geçerli olacak şekilde kanun tarafından verilen emrin ya da müsaadenin ölçülü-orantılı şekilde yerine getirilmesi zorunludur³⁰.

Yapılması gereken son belirleme gerçekleştirilen fiilin gereklilikten yoksun olması halinde hukuka uygunluğun söz konusu olamayacağıdır. Gereklilik inancı bu dört hukuka uygunluk nedenini bir birine bağlayan ortak yöndür. Tipe uygun eylem fail bir hukuka uygunluk nedeninin cevaz verdiği gerekli davranışı ifa ettiği için

²⁶ Fransız Ceza Yasası da benzer bir şartı meşru savunma çerçevesinde aramaktadır. (Fr. C.Y. Md. 122-5), Meşru savunmanın şartları için bkz. Mascala, “Art. 122-5 et 122-6: Fasc. 20.”

²⁷ Zorunluluk halinin oluşması için Fransız Ceza Yasası'nın aradığı koşullardan biri de korunmak istenen hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında orantı olmasıdır. (Fr. C.Y. Md. 122-7), Zorunluluk halinin koşulları için bkz. Mascala, “Art. 122-7: Fasc. 20.”

²⁸ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 281,347; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 308, 393.

²⁹ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304. Yazarlar bu düzenlemenin, hukuka uygunluk nedenleri dışında diğer ceza sorumluluğunu kaldıran haller bakımından uygulanma yeteneğinin olmadığı görüşündedir.

³⁰ Fransız Ceza Hukukunda ölçülülük orantılılığın bir unsur olarak arandığı kararların ayrıntıları için bkz. Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 32, 44, 45, 52, 68, 91.

hukuka uygun hale gelmektedir³¹. Zaten bu kavrama özel olarak meşru savunmaya ilişkin (...defetmek zorunluluğu...) ve bu yönüyle hukuka uygunluk nedenine benzeyen zorunluluk haline ilişkin (*tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile...*) düzenlemede açık bir şekilde yer verilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinin koruduğu bir hukuksal değer için başkasının hukuksal değerinin ihlal edilmesi imkânı ancak bu ihlal gerekliyse faydalanılabilecek bir imkândır³².

Konumuzu teşkil eden hukuka uygunluk nedeni olan kanunun hükmünü yerine getirme ve onunla birlikte diğer hukuka uygunluk nedenlerinin uygulama alanı ve kapsamı bu şekilde belirlendikten sonra bu uygulama alanı içerisinde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin varlık şartları incelenecektir.

C. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninin Şartları

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, kanun tarafından verilmiş bir emrin veya kanun tarafından sağlanmış bir müsaadenin yerine getirilmesi suretiyle ceza kanunlarında düzenlenen tipe uygun fiilin işlenmesinin meşrulaşmasıdır. Bu haliyle hukuka uygunluğun dayanağı doğrudan Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi, dolaylı olarak da tipe uyan fiili emreden ya da bu fiile müsaade eden ilgili kanun hükmü olmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi bu hukuka uygunluk ilişkisini tanımlayan genel norm hükmündedir. Hukuka uygunluğun esas dayanağı olan hüküm, emrettiği ya da izin verdiği fiilin gerçekleştirilmesini çeşitli

³¹ Fransız Yargıtayı'nın, kanunun hükmünü yerine getirme bakımından gerekliliği bir unsur olarak gören örnek kararları için bkz. Fr. Yarg. Ceza D., 9 Aralık 1959, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1959, no 541; Fr. Yarg. Ceza D. 22 Mayıs 1959, **JCP**, Général, Yıl: 1959, C: II, s. 11162; Fr. Yarg. Ceza D. 4 Haziran 1980, Bülten Fr. Yarg. Ceza D. 1980, no 174; Fr. Yarg. Ceza D. 5 Ocak 2000, Karar no 98-85.700.

³² “Temyizen incelenmesi istenen karar, yargılama ve usulü belgeler göz önüne alınarak, cezaevi şefi Bay X asliye ceza mahkemesinde tutuklu bulunan Bay C üzerinde göz yaşartıcı bomba kullanmak suretiyle ağırlaştırılmış yaralama fiilinden yargılanmıştır. İlk derece mahkemesi sanığı suçlu bulmuş erteleme ile altı aylık hapis cezasına mahkum etmiştir. Bay X ve cumhuriyet savcısı bu karar hakkında kanun yoluna başvurmuşlardır.

Muhakeme sırasındaki ifadeler, savunmalar, karşılıklı ve tekrar edilen şahitlikler, mahkumiyet hükmü ve gerekçesi göz önünde tutularak, karar onanmıştır. Mahkeme şu hususu da ekler, Bay X göz yaşartıcı gazı hücrenin parmaklıkları kapalı iken kullanmıştır. Mahkumun disiplin bölgesindeki hücreye kapatılmasından sonra göz yaşartıcı gaz bombası kullanımı gerekli değildir.” Fr. Yarg. Ceza D. 1 Eylül 2015, Karar no 14-86736.

şartlara bağlamış olabilir. Dolayısıyla kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden bahsederken tipe uyan fiilin hukuka uygun hale gelmesinde ilgili dayanak normun aradığı şartlar da öneme sahiptir. Gerçekten de hukuk düzenimizde ceza kanunları tarafından cezalandırılan fiilleri emreden ya da bunlara müsaade eden oldukça fazla sayıda norm bulunmaktadır.

Biz bu çalışmamızda kanunun hükmüne dair özel durumlardan bahsederken dayanak normların aradığı şartlardan da bahsedecek olmakla beraber hukuka uygunluk ilişkisini düzenleyen 24. maddenin aradığı şartları kanunun hükmünü yerine getirmeden kaynaklı hukuka uygunluğun genel şartları olarak inceleyeceğiz.

Doktrinde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartları konusunda tam bir birlik bulunmamakla beraber genel kabul gören şartlar: a) Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Normun Varlığı, b) Kanun Tarafından Verilmiş Bir Yetki c) Dayanak norm tarafından emredilen ya da izin verilen hukuka uygun yani Norma Uygun Bir Davranışın gerçekleştirilmesi şeklinde sıralanmaktadır³³.

1. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm

Çalışmamızın konusunu oluşturan bu hukuka uygunluk nedenini düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin başlığında ve metninde yer alan “kanunun hükmü” ibaresinden anlaşılabileceği üzere hukuka uygun hale getiren dayanak norm bir kanun hükmü olmalıdır. Bu ibare içerisindeki kanun teriminin ne anlama geldiği, yani hangi norm türlerinin hukuka uygunluğun dayanağını oluşturabileceği bu başlık altında çözümlenmesi gereken ilk sorundur. İkinci olarak açıklığa kavuşturulması ve derinlemesine incelenmesi gereken terim aynı ibare içerisinde yer bulan “hüküm” ifadesidir. Aşağıda sırasıyla hukuka uygunluğun dayanağı olabilecek norm türlerinin neler olabileceği ve hukuka uygun hale getiren hükmün konusunun neler olabileceği incelenecektir.

³³ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 28 vd; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367

a. Hukuka Uygun Hale Getiren Dayanak Norm Türleri

Türk Ceza Kanunu, Fransız Ceza Kanunu'ndan farklı olarak herhangi bir başkaca norm türüne tavsifinde atıf yapmadan, 24. maddeden neşet edecek hukuka uygunluğun dayanağı olabilecek normun kanun olacağını ifade etmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesi ilk fıkrası "*Kanunun hükmünü yerine getiren*" diyerek bu anlamda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki sistem ve anlayışı da korumuş olmaktadır. Gerçekten 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu da 49. maddesinde "*Kanunun bir hükmünü... icra suretiyle*" diyerek hukuka uygunluğun dayanağı olan normu kanun olarak tavsif etmektedir.

1810 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda da yer alan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak olacak norm türü eski Fransız Ceza Yasası'nın 327. maddesindeki düzenleme gereğince ancak kanun olabilirdi. Çalışmamızın ilk bölümünde de ayrıntılı değerlendirdiğimiz üzere Fransa'da içtihat 327. madde metninde yer alan kanunlar yanında düzenleyici işlemlerin de bu hukuka uygunluk nedenine hayatiyet verecek surette dayanak olabileceği görüşünü çok uzun süredir dile getirmekteydi. 1994 tarihinde yasalaşan yeni Fransız Ceza Yasası içtihadın ortaya koyduğu bu çözümü benimseyerek bu hukuka uygunluk nedenini düzenleyen 122-4 maddesinde hukuka uygunluğun dayanağının kanunlar ile birlikte düzenleyici işlemlerin oluşturduğunu açık bir şekilde ifade etmektedir.

Fransız ceza hukukunda dayanak norm türleri konusunda çeşitli kural türlerinin hukuka aykırılığa olan etkisi yukarıda incelenmişti. Benzer bir durum Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Zira kanun ifadesi, doktrinin büyük çoğunluğunun üzerinde ittifak kurduğu şekliyle bu hukuka uygunluğun dayanağı olabilecek norm türlerini izah etmek bakımından kısıtlayıcı bir ifade olarak anlaşılabilir. Bu görüşteki yazarlara göre kanun ifadesi hukuka uygunluğun alanını kısıtlayacak surette şekli anlamda kanun olarak değil, maddi anlamda kanun olarak ele alınmalı ve yorumlanmalıdır. Ne var ki 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu döneminde 49. Maddenin uygulama alanına dair yapılan yorumlar çerçevesinde aynı görüş ileri sürülmekteydi. Bununla beraber yine aynı dönemde bugün olduğu gibi metindeki kanun ifadesinden şekli anlamda kanunu

anlamak gerektiği görüşünde olanlar da bulunmaktaydı. Fakat kanun koyucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nu yasalaştırırken bu tereddüt ve ihtilafa son verme ve bu yönde bir değişim yapma ihtiyacı hissetmeyerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yaklaşımını ve hatta neredeyse metnini aynen korumuştur. Kanaatimizce 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesi düzenlemesinde bu husustaki ihtilafa son verecek belirlilik esasına da uygun bir lafzın yer alması daha uygun olurdu.

Öncelikle, üzerinde ihtilaf olmayan ve Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinde zikredilen tek kural türü olarak kanun hükümlerinin hukuka aykırılığa olan etkisi sonrasında ise diğer kural türlerinin bu hukuka uygunluk nedeni ile ilişkisi incelenecektir.

1) Kanun

Hukuka uygunluğun dayanağını oluşturacak olan hüküm bir kanun hükmü olmalıdır. Kanun, şekli (organik) anlamda kanun olarak anlaşılabileceği gibi maddi anlamda kanun olarak da anlaşılmaya müsait bir kavramdır.

i. Maddi Anlamda Kanun – Şekli Anlamda Kanun Ayrımı

Şekli (organik) anlamda kanun, yasama gücüne sahip organ tarafından usulüne uygun şekilde gerçekleştirilen işleme karşılık gelmektedir. Şekli (organik) anlamda kanun belirlenirken işlemin içeriğinin ve kapsamının ne olduğunun önemi yoktur. Bu anlamda şekli (organik) anlamda kanunun belirlenmesinde önemli olan işlemi gerçekleştiren organdır³⁴. 24. maddede zikredilen kanunun şekli anlamda kanun olarak yorumlanıp ele alınması halinde hukuka uygunluğun dayanağı yalnızca kanundur ve kanunlar dışındaki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, kanun hükmünde kararnamelerin, tüzüklerin, yönetmeliklerin ve adsız düzenleyici işlemlerin emrettiği ya da müsaade ettiği tipe uygun bir fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilemez.

³⁴ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, 2006, s. 13; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2006, s.255; Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 28

Maddi anlamda kanunun belirlenmesinde ise işlemi yapan organın bir önemi olmayıp işlemin içeriğinin ve kapsamının genel soyut ve kişisel olmayan kuralları havi olmasının önemi vardır³⁵. Eğer kanun maddi anlamda kanun olarak kabul edilirse bu durumda kanunlar ile beraber, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler de hukuka uygun hale getiren norm olma vasfına sahip olur.

1982 Anayasası'nın çeşitli hükümlerinden şekli kanun esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır³⁶. Gerçekten de bakıldığında Anayasa'nın 7. maddesine göre “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*”; 13. maddesine göre “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...*”; 87. maddesine göre “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak... ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.*” 104. maddesine göre “*Cumhurbaşkanı... Kanunları yayımlar. Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir.*”. Tüm bunların yanında suç ve cezalara ilişkin Anayasa'nın 38. maddesi metninden de kanun ifadesinden şekli anlamda kanunu anlamak gerektiği sonucu rahatlıkla çıkarılabilmektedir.

Doktrinde büyük bir çoğunluk 24. maddenin başlığında ve metninde geçen kanun ifadesinden maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiğini savunmaktadır³⁷. Bu bağlamda kanun ifadesi yazılı hukuk kuralları şeklinde anlaşılması gerekir. Bu görüş çerçevesinde kanunlar dışında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanun

³⁵ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi”, s. 28

³⁶ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, 2005, s. 190 vd.; Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi”, s. 29; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 283.

³⁷ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 368; Centel – Zafer – Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 299; Koca - Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.273; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282; Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s.83; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 228; Faruk Erem – Ahmet Danışman – Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 556

hükmünde kararname, tüzükler, yönetmelikler ve diğer adsız düzenleyici işlemler dahi tipe uygun bir fiili emrediyor yahut bu fiile müsaade ediyorsa fail için bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilir³⁸. Bizim de katıldığımız görüş, 24. maddenin başlığında ve metninde yer alan kanun ifadesinin maddi anlamda kanun olarak anlaşılmasıdır. Bunun nedenlerinden başlıcası kanunların ilgili oldukları alandaki ayrıntılı düzenlemeleri genel düzenleyici işlemlere bırakmasıdır. Kanunlar çoğu zaman ilgili oldukları konuların yürütülmesi ile ilgili olarak Cumhurbaşkanlığı ya da ilgili Bakanlığa yönetmelik çıkarma yetkisi verir. Bu yönetmeliklerde o işin yürütülmesi ile ilgili kamu ajanlarının ne şekilde istihdam edileceği ve bu kişilerin görev ve yetkileri düzenlenir. Örneğin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 6/1-e maddesi "*Cezanın infazında adalet esaslarına uygun hareket edilir. Bu maksatla ceza infaz kurumları kanun (...)(1) ve yönetmeliklerin verdiği yetkilere dayanarak nitelikli elemanlarca denetlenir.*" Hükmünü amirdir. Bu manada ilgili yönetmeliğin verdiği yetkileri kullanan kişilerin tipe uyan fiilleri hukuka uygun olacaktır. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 99. maddesi "*Gözüaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethanelerin maddî koşulları, bu kişinin hangi görevlinin sorumluluğuna bırakılacağı, sağlık kontrolünün nasıl yapılacağı, gözüaltı işlemlerine ilişkin kayıt ve defterlerin nasıl tutulacağı, gözüaltına alınmanın başlangıcında ve bu tedbire son verildiğinde hangi tutanakların tutulacağı ve gözüaltına alınan kişiye hangi belgelerin verileceği ile kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak kurallar, yönetmelikte gösterilir.*" demektedir. Yakalanan ve gözüaltında tutulan kişi üzerinde ilgili yönetmelikten doğan yetkileri kullanan kamu görevlisinin fiilleri suç oluşturmayacaktır.

Doktrinde bir diğer görüş 24. madde başlığı ve metninde yer alan kanun ifadesinden şekli anlamda kanunu anlamak gerektiğini savunmaktadır. Yani yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen işlem ancak kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine vücut verebilir³⁹. Bu

³⁸ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 29

³⁹ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414

bağlamda sadece kanun kuralında yer alan emir ve müsaadelerin yerine getirilmesi halinde tipe uygun bir fiilden kaynaklı hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Eğer tipe uygun bir fiili kanun dışında, söz gelimi bir yönetmelik kuralı emrediyorsa ya da bu fiile müsaade ediyorsa bu halde hukuka uygunluğun dayanağı 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni değil, madde 26/1’de düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni olacaktır⁴⁰.

Biz bu başlık altında şekli anlamda kanunu yani yasama meclisi tarafından usulüne uygun şekilde gerçekleşen işlem neticesinde ortaya çıkan kanunları inceleyeceğiz.

Öncelikle şu hususun açıklığa kavuşturulmasında fayda görmekteyiz. Ceza Kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiili emreden ya da böyle bir fiile müsaade eden kanun hükmü, doğrudan suç tipine uyan bir fiilin gerçekleştirilmesini tanımlıyor olabilir. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu 90. madde ilk fıkrada düzenlenen herkes tarafından yapılabilecek yakalama ile ikinci fıkrada düzenlenen kolluk tarafından yapılacak yakalamaya dair hükümler “yakalama” fiilini kolluk için emir ve herkes için müsaade olarak düzenlemektedir. Yakalama eylemi TCK 109. maddede düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun hareket unsurunun tanımına denk düşmektedir. Bunun dışında ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir davranış emreden ya da bu davranışa müsaade eden hüküm suç tipindeki davranış açıkça tarif etmiyor olabilir. Örnek vermek gerekirse Medeni Kanun’un 124. maddesine göre:

“Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez.

Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”

⁴⁰ A.g.e, s. 414.

Madde metninden anlaşılabileceği üzere 17 yaşındaki ve şartları varsa 16 yaşındaki bir kişinin evlenmesi mümkündür. Yine Medeni Kanun 185 ve devamı maddeleri evlilik birliği içerisinde eşlerin hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Medeni Kanun eşlerin cinsel ilişkiye girmesini tanımlayarak bir hak ve yükümlülük olarak düzenlememektedir. 17 yaşındaki ve hatta şartları oluşmuşsa 16 yaşındaki eşi ile cinsel ilişkiye giren kişi TCK 104. Maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipik fiilini de gerçekleştirmiş olmaktadır. Sadece bu kişi değil bu kişilerin evlenmesine destek olan ve hatta nikâhı kıyan memur dahi bu suç tipinde düzenlenen fiile katkı sunarak şerik konumundadır. Bu örnekten de anlaşılabileceği gibi TCK 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanmak için dayanak kanun hükmünün, cezalandırılan tipik fiili tanımlayarak hukuka uygun hale getirmesi gerekmemektedir⁴¹.

TCK 24. maddede düzenlenen hukuka uygunluk nedeninden yararlanmanın koşulu kanun hükmünü yerine getirmektir. Kanun hükmü, hüküm ile varılmak istenen amaca uygun düşen, ölçülü her türlü fiil ile yerine getirilebilir⁴². Yukarıda ifade ettiğimiz varsayımda her ne kadar Medeni Kanun hükümleri cinsel ilişkiyi açıkça emretmese ya da cinsel ilişkiye açıkça müsaade etmese de cinsel ilişki evlenmeye dair hükümler ile varılmak istenen amaçla uyum içerisinde. Cinsel ilişki fiili evlenmeye ve eşlerin hak ve yükümlülüklerine dair hükümlerin amacına uygun düşen ve dolayısıyla bu hükümleri yerine getirme anlamına gelen bir fiildir. Dolayısıyla 17 ve hatta 16 yaşındaki eşi ile cinsel ilişkiye giren ve tipik olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun fiilini gerçekleştiren eş bakımından evlenmeye dair hükümler kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine vücut verecektir.

Yine kanunca emredilen ya da müsaade edilen fiil suç tanımlarının mefhumu muhalifinden çıkarılabilir⁴³. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 279. Maddesinin ilk fıkrasına göre; *“Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde*

⁴¹ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 30

⁴² A.g.e.

⁴³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310.

bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi... cezalandırılır.” Bu hüküm çerçevesinde kamu görevlilerine, görevi ile bağlantılı olarak bir suçun işlendiğini öğrenmeleri halinde bildirimde bulunması emredilmektedir⁴⁴. Yine TCK 98. Madde ilk fıkra uyarınca *“Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi... cezalandırılır.”* Bu hüküm ile de herkese, maddede sayılan sebeplerden ötürü kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etme ya da durumu ilgili makamlara bildirme emredilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla bir kanun hükmünce emredilen ya da müsaade edilen fiilin hukuka uygunluk sağlamasına bu surette yaklaşılmasında fayda vardır.

Kanunun hükmünden doğan hukuka uygunluğun söz konusu olabilmesi tipe uygun fiili emreden ya da bu fiile müsaade eden kanun hükmünün yürürlükte olmasına bağlıdır. Yürürlükten kalkmış ya da henüz yürürlüğe girmemiş bir kuralın vermiş olduğu emir ya da müsaadeye uygun davranılması tipe uygun fiili hukuka uygun hale getirmez⁴⁶.

ii. Kanunun Yürürlükte Olması

Konumuz olan hukuka uygunluk nedeninin dayanağı ancak yürürlükte olan hükümlerdir. Bunun yanında kanundan doğan yetkilerin kullanılması kanunun uygulanabilmesi için belirli makamlar tarafından belirli kararların alınmasına bağlı olabilir. Örneğin 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’ndan doğan yetkilerin kullanılabilmesi Anayasa’nın 119. Maddesi ve Olağanüstü Hal Kanunu’nun 3. Maddesi çerçevesinde bir bölgede ya da yurdun tamamında olağanüstü hal ilan edilmiş olmasına bağlıdır. Olağanüstü hal ilan edilmeksizin bir kamu görevlisinin olağanüstü

⁴⁴ A.g.e. s. 311.

⁴⁵ A.g.e., s.304

⁴⁶ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 30

hal kanununda belirtilen bir emir ya da müsaade niteliğindeki davranışı gerçekleştirmesi halinde tipe uyan fiilin hukuka aykırılığı ortadan kalkmayacaktır.

Hukuka uygunluğa dayanak teşkil edecek olan kural yürürlükte olmakla beraber yürürlüğü bir yargı merci tarafından verilmiş bir kararla durdurulmuş olabilir. Bu başlık altında incelediğimiz kanunlar bakımından ilgili maddenin yürürlüğünün Anayasa Mahkemesi tarafından durdurulması söz konusu olabilir. Kanun niteliğindeki kuralın yürürlüğünün durdurularak askıya alınmış olması bu kuralın muhtevassından doğan yetkilerin de askıya alınmış olması anlamına gelir⁴⁷. Bu halde yürürlüğün durdurulmasına karar veren Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin kararını açıklayana kadar bu kuraldan doğan emir ve müsaadeler de askıya alınmış olmaktadır⁴⁸. Şayet fail yürürlüğü durdurulmuş olan bir kuraldan kaynaklı emri ya da müsaadeyi yerine getirirse bu durumda davranışının karşılığı olan tipe uygun fiilin hukuka uygun olduğu söylenemez⁴⁹. Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğünü durduğu kural hakkında yaptığı esas incelemesi sonunda ilgili kuralın iptaline karar verirse yürürlüğü durmuş olan kural, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımı ile hukuk düzeninden tamamıyla kalkar. Bu halde artık tipe uyan fiili emreden ya da bu fiile müsaade eden bir dayanak norm bulunmadığından hukuka uygunluktan daha fazla bahsedilmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğünü durdurduğu kural ile ilgili olarak yaptığı esas incelemesinin sonunda iptal isteminin reddine karar vermesi halinde yürürlüğün durdurulması kararı ile askıya alınmış yetkiler yeniden yürürlük kazanacak ve hukuka uygunluğun dayanağını teşkil edebileceklerdir. Yürürlüğün durdurulması kararı sonrası iptal isteminin reddi ile yürürlüğün durdurulması kararının ortadan kalkması arasında geçen sürede bu hükümden kaynaklı yetkiler hukuka uygunluğun dayanağı olamaz. Bu sürede gerçekleştirilen tipe uygun fiile ilişkin yargılamalarda kanaatimiz Anayasa Mahkemesi esas hakkındaki kararını verene kadar ceza mahkemelerinin Ceza Muhakemesi Kanunu 218. Maddeden doğan yetkiye dayanarak Anayasa

⁴⁷ Aynı yönde Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286

⁴⁸ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi", s. 30

⁴⁹ Harun Ersin Polat, Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükümünü Yerine Getirme, **Yüksek Lisans Tezi**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 47

Mahkemesi'ndeki esas hakkındaki yargılamayı bekletici mesele yapmaları gerektiğidir. Uygulamada da mahkemeler bu tip durumlarda Anayasa Mahkemesi'nde devam eden yargılamanın neticelenmesini bekletici mesele yapmaktadır⁵⁰. Buna rağmen bu sürede bir mahkûmiyet kararı verilmiş ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal isteminin reddi kararı ile yürürlüğü durdurulan hüküm en baştan itibaren hukuka uygunluk etkisine sahip olacağından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311. Maddesinin (d) bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesi ve yenilenen yargılamada bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğundan beraat kararı verilmesi gerekir. Burada karıştırılmaması gereken husus fiilin işlendiği tarih ile sonraki tarih arasında bir lehe kanunun uygulanması durumunun bulunmadığıdır. Uygulanmakta olan kanun aynı kanundur. Yürürlüğü durdurulduğu tarihte bu kanunun hükümleri askıya alınmış durumdadır. Yürürlüğün durdurulması kararının ortadan kalkması ile hüküm yasalastığı tarihten itibaren fiilin işlendiği tarih dâhil yürürlükte olacağından lehe ya da aleyhte birden ziyade hükümden bahsedilmeyip aynı kanun hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır. Bu sebeple böyle bir ihtimalde Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin uygulama alanı bulmayacağı görüşündeyiz.

Anayasa'nın 153. maddesinin 2. fıkrası gereği Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verdiği kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Meclis İçtüzüğü hükmü Resmi Gazete'de yayımlanmakla yürürlükten kalkar. Yine aynı fıkraya göre Anayasa Mahkemesi gerek görürse iptal hükmünün yürürlüğe gireceği yani iptal edilen hükmün yürürlükten kalkacağı tarihi başka bir tarih olarak belirleyebilir. Bu durumda iptal edilmiş ve fakat henüz yürürlükten kalkmamış bir kuraldan doğan emir ya da müsaadelerin tipe uyan fiiller bakımından hukuka uygunluk sonucu yaratıp yaratmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve yürürlükten kalkacağı tarih ileri bir tarih olarak belirlenmiş bir hükmün emrettiği ya da müsaade ettiği davranışların hukuka uygunluk etkisi yarattığı düşünülebileceği gibi aksini düşünmek de

⁵⁰ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287.

mümkündür. Böyle bir ihtimalde sorunun odak noktası, yani cevaplanması gereken başlıca soru, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ve iptal kararının yürürlüğü için ayrıca bir tarih belirlenen kanunun iptal kararının yayımlanması sonrasında adli ve idari birimler ya da özel kişiler bakımından hala uygulanıp uygulanmayacağıdır. Dikkat edilirse iptal edilen kanunun yürürlükte olup olmadığı değil uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira kanunun bu sürede yürürlükte olmadığını söylemek iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi müessesesinin ruhuna aykırıdır⁵¹. Bu yürürlük şekli-biçimsel bir yürürlüktür. Beraberinde yürürlükte olmadığının kabulü bir hukuki boşluk olduğunun da kabulünü gerektirir. Bir hukuki boşluğun ortaya çıkmasından doğacak sakıncalara nazaran iptal edilen hükmün bir süre daha yürürlükte kalmasının doğuracağı sakıncalar tercih edildiği için iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi gibi bir uygulamaya gidilmektedir⁵². Anayasa Mahkemesi de sakıncalı iki halden daha az sakıncalı olanı tercih edilmesi niteliğindeki bu hali bir kararında aynen bu şekilde ifade etmektedir. İlgili karara göre: *“Anayasa’ya aykırı bir kuralın geçici bir süre için bile olsa uygulanmasının sakıncalı bir durum yarattığı açıktır. Ancak... iptal kararının yürürlüğe girmesini geciktirme yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmış ve böylelikle bir takım olaylarda Anayasaya aykırı kuralın yürürlükte kalmasından doğacak sakınca bu türlü bir kuralın birden bire kaldırılmasından doğacak sakıncaya göre daha hafif sayılmış, böylece ağır bir sakıncayı önlemek için daha az sakıncalı bir durum geçici bir süre için benimsenmiştir.”*⁵³

⁵¹ Aynı yönde Burcu Cengiz, Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Nitelikleri ve Etkileri, **Yasama Uzmanlığı Tezi**, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara, 2014, s. 218

⁵² Aynı yönde Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s.922; Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 308-309; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.211; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s.532; Ülkü Azrak, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 1, Y. 1984, s. 165; Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)**, Adam Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2000, s.608

⁵³ AYM, E. 1970/56, K. 1971/45, T. 20.4.1971 sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi pek çok kararında iptal kararının derhal yürürlüğe girmesi halinde doğacak boşluğun yaratacağı sakıncalara vurgu yapmak suretiyle erteleme kararını gerekçelendirmektedir : “...iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden...” AYM, E.2011/107, K.2012/184, T. 22.11.2012; E. 2011/79, K.2013/69, T. 6.6.2013 sayılı kararlar, “...iptal edilmesi yönündeki kararın derhal uygulanması kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden...”AYM, E. 2012/100, K.

Tipe uygun bir fiili emreden ya da bu fiile müsaade eden hüküm idare hukukuna, medeni hukuka, ceza hukukuna ilişkin bir hüküm olabilir. Dolayısıyla Danıştay'ın ve Yargıtay'ın hukuk ve ceza dairelerinin uygulamaları farklı yönlerde olabilmektedir.

Kural olarak, iptal hükmü yürürlüğe girinceye kadar iptal edilen kanun hükmünün yürürlüğü yukarıda da izah ettiğimiz gibi devam eder ve idari ve adli makamlar bakımından kanun hükmü, bağlayıcılığını sürdürmektedir⁵⁴. Her ne kadar böyle olsa da hakkında Anayasa'ya aykırılığına karar verilmiş bir hüküm vardır ve tarafların görülmekte olan yargılamada Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmaları mümkündür⁵⁵. Bu konuda Tanilli'ye göre: “*Anayasa'nın 153/2. maddesindeki süre, kanun koyucuya, iptal edilen madde yerine konulacak yeni bir maddenin hazırlanabilmesi için zaman kazandırmak amacıyla -ve yalnızca bu amaçla- kabul edilmiş bir süredir. Böylece, hakkında Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen bir kanun maddesi uygulanan kişi, bu kanunun Anayasa'ya aykırılığını, itiraz yolu ile, mahkemede her zaman ileri sürebilir.*”⁵⁶ Konumuz bakımından bunun önemi; fail tarafından yürürlükte olan kanunca emredilen ya da müsaade edilen bir davranışın gerçekleştirilmiş olmasıdır ve fakat aynı davranışın daha yüksek bir norm olan Anayasa'ya aykırı olduğunun da Anayasa Mahkemesi tarafından bir karar ile tespit edilmiş olmasıdır. Bu haliyle bahsedilen durum fail ve mağdur bakımından hukuka uygunluğun da hukuka aykırılığın da savunulmasına imkân sağlamaktadır.

Danıştay, iptal hükmünün yürürlüğe girişinin ertelenmesi döneminde iptal edilen hükmün uygulanmaması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Örnek mahiyetteki Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararının gerekçesi şu şekildedir;

“Anayasa Mahkemesince bir yasanın veya KHK'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği hâlde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp

2013/84, T. 4.7.2013 sayılı karar, “...iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla...”AYM, E. 2013/32, K. 2013/112, T.10.10.2013 sayılı karar.

⁵⁴ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 922

⁵⁵ Server Tanilli, **Devlet ve Demokrasi**, s. 608

⁵⁶ A.g.e., s. 608

çözümlemesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup her durumda yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulamayı ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmaz. Anayasa Mahkemesince iptal kararının yürürlüğe girmesi için verilen sürenin, Mahkemenin iptal kararının gerekçesiyle birlikte dikkate alınması ve yorumlanması gerekmektedir⁵⁷.”

Yargıtay hukuk dairelerinin ise yukarıda belirtilen Danıştay kararının aksi yönde kararlar verdiği görülmektedir. Örnek Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararının gerekçesi şu şekildedir.

“Anayasa Mahkemesi’nin bir örneği dava dosyasına konulmuş bulunan 11.3.1997 gün ve 1997/24-35 sayılı kararı ile anılan hükümler iptal edilmiş ise de, bu kararın yürürlüğü, iptal kararının TC. Resmi Gazete’de yayınlanmasından başlayarak 6 ay sonrasına bırakılmıştır. Diğer bir deyişle, Yüksek Mahkeme kamu yararını dikkate alarak iptal kararının yürürlüğünü ertelemiş bulunmasına göre, bu sürenin dolmasına kadar TTK.nun, 537 sayılı KHK.’nin 2 ve 3. maddeleri ile değiştirilen 1295/2 ve 1297/2.maddelerinin halen yürürlükte ve geçerli olduğu dikkate alınarak...mahkeme kararının onanması gerekmiştir.⁵⁸”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 1 ve 6. Maddelerinin; Anayasa Mahkemesince iptaline dair kararın yürürlük tarihinin ertelendiği süre sonuna karar yürürlükte bulunduğu ve bu maddelerle kurulmuş olan Devlet Güvenlik

⁵⁷ Danıştay İDDK, 2009/549 Esas,. 09.07.2009 tarih sayılı kararı

⁵⁸ Yargıtay 11.H.D. E.1997/122, K:1997/21890, T. 28.03.1997 sayılı kararı

Mahkemelerinin duruşma yapıp karar vermeye yetkili bulunduklarına karar vermiştir⁵⁹. Bu kararı detaylı incelemek isteriz.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun örnek mahiyetindeki yukarıda zikredilen kararı 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 1. Maddesine göre kurulan ve 6. Maddesine göre atanan hâkimlerden oluşan Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin yargılama yapıp yapamayacağı ile ilgilidir. İlgili Kanun'un 1 ve 6. Maddelerinin o dönem yürürlükte olan 1961 Anayasası'na aykırılığına ilişkin Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin 06.05.1975 tarih ve E:1974/35, K:1975/126 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve Kanun maddeleri, şekil yönünden Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İlgili hükümlerin iptali ile Kanun'un diğer hükümlerin uygulanma kabiliyeti kalmadığından Kanun'un diğer hükümleri de aynı karar ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi aynı karar ile de iptal hükmünün yürürlüğe girmesini, Resmi Gazete'de yayımdan itibaren bir yıllık süreyle ertelemiştir. 01.10.1975 tarih ve 15380 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan karardaki iptal hükmü, karar gereğince 01.10.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, ilk derece mahkemesi tarafından verilen direnme kararının temyizi üzerine, esasa dair yargılamaya geçmeden önce, Anayasa'nın 152. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak iptal hükmünün yürürlüğe girmesi için Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir yıllık sürenin, iptal edilmiş bir yasanın uygulamada kalmasına olanak verip vermeyeceğini tartışmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bahse konu kararında yapılan bu tartışmada, konunun kronolojik bakımdan yapılan incelemesinde, 1961 Anayasası tasarısının Temsilciler Meclisi'ne sunulmuş gerekçesiyle, 152. maddeye ait gerekçelerde iptal kararı ileri tarihe ertelenen hükmün bu sürede yürürlükte kalıp kalmayacağı sorununu aydınlatmaya ilişkin bir değerlendirmeye rastlanamamıştır.

⁵⁹ Yargıtay CGK, E.1975/9-367, K.1976/2, T.26.01.1976 sayılı kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, yukarıda yer alan gerekçeler, iptal edilen kanuna ilişkin iptal kararının yürürlüğe girmesine ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ayrı bir tarih tespiti halinde iptal hükmünün, bu tarihten itibaren geçerli olduğu görüşünün, yasama organı tarafından benimsendiğini göstermektedir. Anılan kararda yürürlüğü devam edecek olan iptal edilmiş kararın bir ceza hukuku normu ya da ceza hukuku dışı norm olması şeklinde bir ayrıma dayanak olacak bir hukuki bir mesnedin bulunmadığı belirtilmiştir. Yine kararda yukarıda da yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi'nin daha az sakıncalı durum olan iptal edilen kanunun yürürlüğünü devam ettirmesi anlayışına vurgu yapılmıştır.

Tüm bu incelemeler ve değerlendirmeler sonucunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu oyçokluğuyla ile şu anlayışa nihai hükmünün gerekçesinde yer vermiştir:

"... Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrası uygulanarak iptal hükmünün yürürlüğe girmesi için süre verilen hallerde, iptal edilen kanun hükmünün süre sonuna değin uygulama alanında kalacağı, süre saptanırken iptal hükmünün ceza hükümlerine ait olması halinde bu konudaki prensiplerin dikkate alınması sorumluluğunun Anayasa Mahkemesinin görevine dâhil bulunduğu gibi yukarıda örnek olarak gösterilen 22/10/1975 günlü Anayasa Mahkemesi kararında geçtiği üzere ikinci ve müteakip defî yoluyla açılacak davalarda karar verilmeyeceğinin kabulü dahi varılan sonucu etkilemeyecektir. Diğer taraftan Anayasanın 22/9/1971 günlü 488 sayılı Kanunla değişik 152. maddesinin 3. fıkrasındaki " Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırır" cümlesindeki (yürürlüğe girme) sözcüğüne yalnız yasama organına hitap ettiği şeklinde tek yanlı bir anlam vermenin yorum tekniği ve hukuksal açıdan mümkün görülmeceği de açıktır..."

Tüm bu nedenlerle Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1773 sayılı Kanun'un iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar yürürlükte bulunduğuna ve bu hükümlerin uygulanması çerçevesinde bu kanunla kurulmuş Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yargılama yapma yetkisine sahip bulunduğuna karar vermiştir.

Kanaatimizce de Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş fakat iptal kararının yürürlüğe girmesi belli bir süre ertelenmiş bir hükmün bu süre zarfında yürürlükte olduğunda şüphe yoktur. Bu kanunun yürürlükte olmadığıнын söylenmesi halinde bir suç tipine ilişkin bu yönde bir karar verilmesi durumunda Türk Ceza Kanunu'nun 7. Maddesi gereği işlendikten sonra suç sayılmayan bir fiil söz konusu olacağından farzı muhal iptal kararının yürürlüğe girmesi altı ay ertelenmiş çocukların cinsel istismarı suçunun ilk fıkrası gereği hüküm giymiş tüm mahkûmların iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanması ile beraat ettirilerek serbest bırakılmaları gerekir. Böyle bir halin adil olduğu söylenemeyeceği gibi iptal kararlarının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi kurumu ile de bağdaşmadığı açıktır. Anayasa Mahkemesi de bu hukuki boşluk halinin yaratacağı gayri adil sonuçlara nazaran Anayasa'ya aykırılığı tescil edilmiş hükmün bir süre daha yürürlükte kalmasının sakıncalarını tercihe şayan görerek iptal hükmünün yürürlüğünü ileri bir tarihe ertelemektedir. Fakat bu süre zarfında Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş bir hükmün adli ve idari birimler tarafından işlem ve kararlarına mesnet olması yani Anayasa'ya aykırı bir hükmün uygulanmaya devam etmesi ayrı bir sorundur. Bir hukuk devletinde Anayasa'ya aykırı bir kuralın vatandaşlara dayatılması düşünülemez.

Konumuz bakımından Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş olan bir hükümden kaynaklanan emrin ya da müsaadenin hukuka uygunluk sağlaması farklı açılardan değerlendirilmelidir.

Bir emir ya da müsaadeyi ihtiva eden kanunun iptaline gerekçe bu emir ya da müsaade dışında kanun hükmündeki başka bir unsur olabilir. Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesinde iptale neden olan hususu emir ya da müsaade dışındaki başka bir unsur olarak göstermiş ise yürürlüğü devam eden kanunun içerdiği emrin ya da müsaadenin Anayasa'ya aykırılığından da bahsedilemeyeceğinden iptal kararının yürürlüğe gireceği ana kadar geçen sürede bu emre ya da müsaadeye uygun davranış hukuka uygun bir davranış olma niteliğini sürdürecektir.

Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi'nin 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili vermiş olduğu iptal kararının gerekçesi bu kanunun Anayasa'da belirtilen şekil şartlarına uyularak yasalaşmamış olmasıdır. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede kanunun şekli yönden Anayasa'ya aykırı olduğu tespitini yaptıktan sonra usulü yönden karar vermeye gerek duymayarak bu yönde bir karar vermemiştir⁶⁰. Yani bu kanunca Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne ve bu mahkemeye atanan hâkimlere verilen yargılama yetkisinin bizatihi kendisinin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair bir tespit söz konusu değildir. Bu sebeple kanaatimizce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun hükmettiği şekliyle iptal kararı yürürlüğe girene kadar bu mahkemelerin ve bu hâkimlerin yargılama yapmaları kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından hukuka uygun olarak addedilecektir.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 1974/35 E. 1975/126 K. Sayılı kararının hüküm kısmının ilgili bentleri şu şekildedir: "A) 1 - 11/7/1973 günlü, 14591 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 26/6/1973 günlü, 1773 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna ilişkin tasarının Millet Meclisindeki öncelik ve ivedilikle görüşülmesi işlemlerinin, itiraz konusu kuralların biçim yönünden iptallerini gerektirmediğine Muhittin Taylan, Ahmet Koçak, Şekip Çopuroğlu ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun değişik gerekçeleriyle ve oybirliğiyle;

2 - 26/6/1973 günlü, 1773 sayılı Kanuna ilişkin tasarının Cumhuriyet Senatosunda öncelik ve ivedilikle görüşülmesi ile ilgili olarak;

a) 25/6/1973 günlü, 77. Birleşimin dördüncü, oturumunda öncelik ve ivedilik önergesinin yeniden okunmadan oylanmasının itiraz konusu kuralların biçim yönünden iptalini gerektirmediğine Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşı oyuyla ve oyçokluğu ile;

b) Söz konusu önerenin lehte ve aleyhte konuşacak kimse bulunup bulunmadığı sorulmadan Başkanlıkça oya konulmasının itiraz konusu kuralların biçim yönünden iptallerini gerektirir nitelik ve ölçüde bir aksaklık olmadığına oybirliğiyle;

c) Oylama konusu olan öncelik ve ivedilik önergesinin kapsam ve içeriğinin itiraz konusu kuralların biçim yönünden iptallerini gerektirir nitelikte olmadığına Muhittin Taylan, Ahmet Koçak ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

3 - 26/6/1973 günlü, 1773 sayılı Kanunun itiraz konusu yapılan 1. maddesi üzerinde Cumhuriyet Senatosunda görüşme açılmaksızın oylamaya gidilmesinin içtüzüğe ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna ve sözü geçen kuralın bu nedenle biçim yönünden iptaline Şahap Arıç, İhsan Ecemiş, Halit ZARBUN, Abdullah ÜNER, Hasan Gürsel, Ahmet Salih ÇEBİ ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

4 - 26/6/1973 günlü, 1773 sayılı Kanunun itiraz konusu yapılan 6. maddesi üzerinde Cumhuriyet Senatosunda görüşme açılmaksızın oylamaya gidilmesinin İçtüzüğe ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna ve sözü geçen kuralın bu nedenle biçim yönünden iptaline, bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları yönünden Ahmet Salih ÇEBİ'nin ve maddenin tümü açısından da Şahap Arıç, İhsan Ecemiş, Halit ZARBUN, Abdullah ÜNER, Hasan Gürsel ve Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşıoylarıyla ve oyçokluğu ile;

B) İtiraz konusu kuralların biçim yönünden iptallerine karar verildiğine göre esas yönünden Anayasa'ya aykırılık sorunu üzerinde durulmasına yer olmadığına oybirliğiyle... 6/5/1975 gününde karar verildi."

Yukarıda izah edilenlerin aksine bir emir ya da müsaadeyi havi kanun hükmünün iptalinin gerekçesi doğrudan bu kanunda yer alan ve Türk Ceza Kanunu 24. maddenin konusunu teşkil eden emir ya da müsaade olabilir. Yani Anayasa Mahkemesi, kanun tarafından kamu görevlilerine ya da özel kişilere yönelik emri ya da müsaadeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş olabilir. Bu durumda Anayasa'ya aykırı bulunmuş bir davranışın vatandaşlara zorla dayatılması hukuk devleti ile bağdaşmaz. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin ortak özelliklerinden biri sınırları içinde kalmak kaydıyla kişilere başkalarının hukuki alanına müdahale hakkı vermesidir. Bunun sonucu olarak da üçüncü kişiler hukuka uygun olan bir davranışa katlanmak zorundadır⁶¹. Anayasa'ya uygun davranmak başta kamu makamlarının olmak üzere tüm vatandaşların ödevidir. Anayasa'ya uygun olmadığına karar verilmiş bir davranışa vatandaşların katlanmak zorunluluğu bulunmamaktadır.

Yukarıdaki paragrafta yer verdiğimiz görüşe örnek olarak 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 75. Maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un (Terörle Mücadele Kanunu'nun) başlığı ile birlikte değiştirilen 10. maddesinin 5. fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁶². İptal kararı ile birlikte iptal kararının, Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. İptal edilen fıkra hükmü şu şekildeydi: *"Türk Ceza Kanununun 305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda, Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen tutuklama süresi iki kat olarak uygulanır."*

Anayasa Mahkemesi iptal kararında bizatihi 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında mevzu bahis olacak Türk Ceza Kanunu'nun ilgili suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda mahkemeler tarafından uygulanan iki kat şeklindeki tutukluluk tedbirinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir⁶³. Dolayısıyla iptal

⁶¹ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 270

⁶² AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 04.07.2013 sayılı karar.

⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin 2012/100 Esas, 2013/84 Karar sayılı kararının gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: *"...Dava konusu kuralda, Türk Ceza Kanunu'nun 305., 318., 319., 323., 324., 325. ve 332.*

kararının Resmi Gazete’de yayımlanması ile birlikte Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yargılanan bir şüpheli veya sanığın Ceza Muhakemesi Kanunu’nda belirtilen sürelerin ötesinde tutuklanması şeklindeki davranışın Anayasa’ya aykırı olduğu tespiti yapılmıştır. Anayasa’ya aykırı olduğu tescil edilmiş bu davranışın sadece iptal kararının yürürlüğünün belli bir süre ertelenmesi sebebiyle hukuka uygun olduğu söylenmeyeceği gibi bu halde oluşacak tipe uyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK 109) suçu bakımından 24. madde gereği hukuka uygunluk etkisi yaratmayacaktır. Bu halde mahkemeler azami sürenin üzerinde tutuklu bulunan kişiler ile ilgili derhal tahliye kararı vermelidir.

Kanunun zaman bakımından yürürlükte olması çerçevesinde kanunun yürürlükte olmasının farklı görünümüne yer verdik. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak oluşturabilecek kanunun, zaman bakımından yürürlükte olması yanında yer bakımından da yürürlükte olması gerekmektedir. Bu bakımdan hukuka uygunluk etkisi yaratacak olan kanunun yürürlükte olacağı yer Türkiye ülkesidir. Bir diğer değişle ancak zaman bakımından yürürlükte olan Türk kanunları ülkemizde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine vücut verebilir.

maddeleri hariç olmak üzere, İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar yönünden zorunlu sebeplerin bulunması halinde bir kimsenin on yıla kadar tutuklu kalabilmesine izin verilmekte, böylece suçluluğu henüz sabit olmamış kişilerin on yıl gibi uzun bir süre boyunca özgürlüklerinden mahrum bırakılabilmesine imkân tanınmaktadır.

...

Ceza yargılamasına ilişkin kuralları ve bu kapsamda suç türlerine göre tutukluluk sürelerini belirlemek kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunmakla birlikte, gerek ulusal mevzuatta ve uygulamada gerekse de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, ilk derece mahkemelerince sanığın suçlu bulunarak mahkûm edilmesinden sonraki sürecin tutukluluk olarak değerlendirilmediği de nazara alındığında, dava konusu kuralda düzenlenen azami tutukluluk süresinin demokratik bir hukuk devletinde kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu, bu yönüyle kuralda tutuklamanın adeta bir ceza olarak uygulanabilmesine imkân tanınarak, tutuklama tedbiriyle ulaşılmak istenen hukuki yarar ile kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı arasındaki makul dengenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı aleyhine bozulmasına neden olduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2., 13. ve 19. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

iii. Türk Kanunları

Türk Ceza Kanunu 24. madde başlığında ve metninde geçen kanun teriminden ilkesel olarak Türk kanunlarını anlamak gerekmektedir. Türk kanunları dışında kanun hükümleri yani yabancı kanun hükümleri yahut bir başka deyişle Türk yasama erki dışında bir erkçe yasalaşmış kanun hükümlerinin ihtiva ettiği emir ya da müsaadeler incelemekte olduğumuz hukuka uygunluk nedeninin dayanağını ilkesel olarak oluşturamazlar.

Yukarıda belirttiğimiz ilkenin iki istisnası bulunmaktadır. İlkenin ilk istisnası yabancı kanun hükmünün Türkiye’de uygulanmasının düzenlendiği hallerdir. Bu durumda Türkiye’de uygulanmasına müsaade edilen kanun hükmüne uygun davranan fail, davranışı bir suç tipine uymakta ise bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Doktrinde bu durumu “yabancı kanun hükmüne riayet” olarak isimlendiren yazarlar bulunmaktadır⁶⁴. Gerçekten bakıldığında mevzuatımızda yabancı ülke hukukunun uygulanmasına müsaade eden hükümlere sıkça rastlamak mümkündür. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nun 19. Maddesi yabancı ülkede işlenen suçlar ile ilgili Türkiye’de yapılan yargılama neticesinde verilecek cezanın ilgili ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamayacağını söyleyerek yabancı ülke kanununun göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemektedir. TCK 19. Madde gereğince yabancı kanunların göz önünde bulundurulması halinde yabancı kanun hükmüne riayet edilmesinin hukuka uygunluk yaratması şeklindeki görüşe Kangal katılmamaktadır. Yazar’a göre TCK madde 19 gereği, yabancı kanunun göz önünde bulundurulmasından yabancı kanunun uygulanmasını değil Türk kanunlarına göre ceza belirlenirken yabancı kanunun öngördüğü cezanın üst sınırının göz önünde bulundurulmasının anlaşılmasının gerektiğini ifade etmektedir⁶⁵. Yazar’ın gerekçe olarak öne sürdüğü görüşü haklı olmakla beraber yabancı kanunun hukuka uygunluk sağlamayacağı şeklinde anlaşılabilir görüşüne katılmamaktayız. Yine aynı şekilde Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe de 765 sayılı eski Ceza Kanunu Madde 10a

⁶⁴ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414; Kşz. Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 285.

⁶⁵ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 30

hükmünün yabancı kanunların Türkiye’de uygulanmasına izin verdiğini fakat 5237 sayılı TCK’nın 19. Maddesinin artık böyle bir uygulamaya müsaade etmediğini, düzenlemenin verilecek ceza bakımından yabancı yasanın göz önünde tutulmasını öngördüğünü ifade etmektedir⁶⁶.

Kanaatimizce de TCK 19. Maddedeki düzenleme doğrudan yabancı kanunun uygulanması anlamına gelmese de yabancı kanunun uygulanmasına müsaade edildiği hallerde bu kanun da hukuka uygunluğun dayanağını oluşturabilir. Örneğin 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un “Yabancı Hukukun Uygulanması” başlıklı ikinci maddesi yabancı kanunun doğrudan uygulanacağı hallere ilişkin kuralları düzenlemektedir. Yabancı kanun hükümlerinin uygulanmasına müsaade edildiği hallerde yabancı kanun hükmü incelemekte olduğumuz hukuka uygunluk nedenine vücut verecektir.

Burada akla hukuka uygunluğu sağlayanın yabancı kanun hükmü olmayıp tam aksi bu hukukun uygulanmasına müsaade eden ilgili Türk kanunu hükmü olduğu gelebilir. Gerçekten de Türk kanunlarında ilgili yabancı kanun hükmünün uygulanmasına müsaade eden bir hüküm bulunmadıkça yabancı kanunun herhangi bir şekilde Türkiye’de bir fiil ile ilgili olarak hukuka uygunluk sağlaması mümkün değildir. Dolayısıyla tipe uyan fiile hukuka uygunluk kazandırmanın uyulmuş olan yabancı kanunun Türkiye’de uygulanmasına müsaade eden Türk kanunu olduğu öne sürülebilir. Bu düşüncenin haklılık payı olsa da yukarıda ifade ettiğimiz gibi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartları bu hukuka uygunluk nedenini düzenleyen 24. maddenin aradığı şartlardan öte ilgili dayanak kanun hükmünde aranan koşullardır. Fail ilgili kanun hükmündeki koşulları karşıladığı ölçüde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden faydalanacaktır. Haliyle hukuka uygunluğun koşullarını dayatan kanun hükmü, hukuka uygunluğun dayanak hükmüdür. Türk Ceza Kanunu 24. maddedeki koşullar bu hukuka uygunluk ilişkisinin genel koşullarıdır. Aynı düşünceyle yabancı kanun hükmüne uygun bir davranışın hukuka uygunluk sağlamasının koşulları ilkin 24.

⁶⁶ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 285.

maddede aranan koşullar sonrasında yabancı kanun hükmünün uygulanmasına imkân tanıyan hükmün aradığı koşullar ve nihayetinde en önemlisi yabancı kanun hükmünün ortaya koyduğu koşullardır. Bu ilişki içerisinde yabancı kanun hükmü hukuka uygunluğu sağlayacak koşulları dayatabildiği için hukuka uygunluğun kaynağı haline gelmektedir. Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin aradığı hukuka uygunluk ilişkisinin genel koşullarına bir de yabancı kanunun uygulanmasının şartlarını belirleyen kanunun aradığı koşullar genel koşullar olarak eklenmektedir. Tüm bunlar sonrası yabancı kanunun belirlediği koşullar tipe uyan fiilin hukuka uygunluğunun koşullarını oluşturmaktadır. Örnek vermek gerekirse yabancı kanun hükümlerine göre 17 yaşındaki bir kişi ile evlenmiş olan kişinin eşi ile yaşadığı cinsel birliktelik Türk Ceza Kanunu’nun 104. Maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipik fiilini oluşturmaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 13. Maddesinin ilk fıkrasına göre “*Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir.*” İkinci fıkrasına göre “*Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.*” Bu hükümler çerçevesinde yabancı bir ülkede yabancı ülke kanununun aradığı koşullara uygun olarak evlenmiş olan yabancının 17 yaşındaki eşi ile Türkiye’de cinsel ilişkiye girmesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından hukuka uygun kabul edilecektir. Çünkü koşullarına uyulan yabancı kanunun evlilik düzenlemesi cinsel ilişkiye müsaade etmektedir.

Bir diğer istisna yani Türk yasa koyucusu tarafından yasalaşmamış hükümlerin Türkiye’de uygulanması ve incelemekte olduğumuz hukuka uygunluk nedenine vücut verebilmesinin bir diğer yolu milletlerarası anlaşma hükümleridir. Milletlerarası antlaşmalar iki veya daha ziyade ülke tarafından üzerinde müzakere edilerek nihai hali verilmiş ve anlaşılarak imza edilen metinler olabileceği gibi bir ulusal üstü kuruluş tarafından hazırlanıp son hali verilmiş ve devletlerin imzasına açılmış metinler olabilir.

Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Yine aynı fıkra göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının yukarıda belirttiğimiz düzenlemesi gereği milletlerarası antlaşma hükümlerinin Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ilk fıkrası kapsamında kanun hükmü olarak ele alınması gerekmektedir. Hatta bunun ötesinde Anayasa bu hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerine, çelişmesi halinde Türk kanunlarından fazla etki tanımaktadır. Şayet temel hak ve özgürlüklerle alakalı bir Türk kanunu hükmü ile milletlerarası antlaşma hükmü çelişiyorsa milletlerarası antlaşma hükmü esas alınacak ve bu hüküm kişilere tipik bir fiili emrediyorsa ya da bu fiile müsaade ediyorsa fail bakımından bir hukuka uygunluk nedeni Türk kanunu dikkate alınmaksızın söz konusu olacaktır⁶⁷. Böylelikle Türk kanunu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmüne aykırı bir düzenleme içeriyorsa sırf bu sebeple fiil hukuka aykırı kabul edilmemeli, şartları varsa uluslararası sözleşme hükmü dayanak olacak şekilde TCK 24/1 hükmü işletilmelidir⁶⁸.

Anayasa'nın 90. maddesi gereğince yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Bu minvalde onaylama, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından antlaşma metninin yer aldığı bir onaylamayı uygun bulma kanununun çıkarılması ile olmaktadır. Bu durumda akla bu onay kanunu esas alınarak artık antlaşma hükümlerinin bir kanun hükmü haline geldiği ve dolayısıyla kanunun hükmü hukuka uygunluk nedenine onay kanunu içerisinde yer alan hükümlerin dayanak oluşturduğu gelebilir.

Yukarıda yabancı kanun hükümlerinin uygulanması bahsinde değindiğimiz gibi burada Türk yasa koyucunun onay kanununu yasalaştırma sürecinde iç mevzuatta olduğu gibi hükümler üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma imkânı ve hâkimiyeti bulunmamaktadır. Yani Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iç mevzuata ilişkin yasa tekliflerinde olduğu gibi metni değiştirerek onaylamak ya da teklifin bir maddesini ya da bir cümlesini kanundan çıkarmak gibi bir tasarrufta bulunma imkânı yoktur. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak teşkil edecek hüküm milletlerarası antlaşmadır ve bu hükmün ortaya koyduğu emir ya da

⁶⁷ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286

⁶⁸ A.g.e.

müsaadenin koşulları Türk yasa koyucusundan bağımsız bir şekilde antlaşma hükmünce belirlenmektedir. Dolayısıyla burada hukuka uygunluğun dayanağı şekli anlamda bir Türk kanunu olmayıp onaylanarak iç hukuka girmiş olan ve maddi olarak bir takım hüküm ve koşullar getiren bir milletlerarası antlaşma hükmü olmaktadır.

Türk Ceza Kanunu 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak olabilecek norm türü olarak kanuna ilişkin değinilmesi gereken bir diğer nokta kanunun ceza hukuku normu ya da ceza hukuku dışı norm olma niteliğidir.

iv. Ceza Hukuku Normu – Ceza Hukuku Dışı Norm

Konumuz olan hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturan norm türü olarak kanunun ceza kanunu ya da ceza hukuku dışı kanun olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır⁶⁹. Gerek ceza kanunlarında gerek ceza hukuku dışı kanunlarda kişilere yükümlülük yükleyen yetki tanıyan çok sayıda düzenleme vardır⁷⁰. Gerçekten de bakıldığında ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenen tipik fiillerin işlenmesini emreden ya da bunlara müsaade eden hükümlere ceza kanunlarında rastlamak mümkün olduğu gibi ceza hukuku dışı düzenlemeler getiren kanunlarda da rastlamak mümkündür⁷¹. Dolayısıyla 24. maddeden doğan hukuka uygunluğun dayanağı olacak “kanun” ceza kanunları ile sınırlı değildir⁷².

Ceza kanunları kendi içerisinde bir davranışı emreden veya bir davranışa müsaade eden ve yine aynı davranışı cezalandıran hükümleri barındırıyor olabilir. Aynı kanun kendi içerisinde bir hükmü ile bir davranışı yasaklayıp başka bir hükmü ile bu yasağı kaldırabilir ve hatta kişilere bu yasağı ihlal etmelerini emrederek bu emre uymamayı cezalandırabilir.⁷³ Bu tür hükümler maddi ceza hukukuna ilişkin kuralların

⁶⁹ İcel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 327.

⁷⁰ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 413,414; Koca – Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 273; Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s.83

⁷¹ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 413, 414; Koca – Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 273

⁷² Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 299.

⁷³ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 368

içerisinde yer alabileceği gibi ceza usul hukukuna ilişkin kurallar içerisinde yer alıyor olabilir. Türk hukukunda kanunun hükmünün bir hukuka uygunluk sağlaması hukuk düzeninin birliği ilkesi ile temellendirilmektedir⁷⁴. Buna göre bir hukuk dalında hukuka uygun olan bir davranış başka bir hukuk dalında hukuka aykırı olarak kabul edilemez⁷⁵. Maddi ceza hukukuna ilişkin bir kural maddi ceza hukuku düzenlemesi olan bir suç tipi düzenlemesinde cezalandırılan bir fiili emrediyor veya bu fiile müsaade ediyor olabilir. Bu durumda hukuka uygunluk ile hukuka aykırılığa ilişkin düzenlemeler söz gelimi ceza hukuku ile medeni hukuk gibi farklı dallarda değil doğrudan ceza hukuku düzenlemeleri içerisinde maddi ceza hukuku dalında kendilerine yer bulmaktadır. Dolayısıyla maddi ceza hukuku alanında olan bu iki hükümden hangisine öncelik tanınacağı meselesinin teorik tarifi yapılmalıdır. Bu durumda kanunun hükmünü yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu düzenleyen 24. madde, maddi ceza hukuku alanında genel hüküm niteliğindedir ve bütün maddi ceza hukuku düzenlemeleri bakımından bağlayıcı hâkim bir noktadadır. Haliyle 24. madde düzenlemesi gereği tipe uyan fiili emreden ya da müsaade eden hükmün hukuka uygunluk sağlama fonksiyonuna öncelik tanınmalıdır. Bununla beraber yine hukuk düzeninin birliği ilkesi gereği bir davranışta bulunmak hususunda kanun tarafından kişiye emir ya da müsaade verilip yine aynı davranışta bulunmasının kanun tarafından cezalandırılması düşünülemez⁷⁶.

Maddi ceza hukuku düzenlemeleri yukarıda belirttiğimiz hukuka uygunluk ve hukuka aykırılık ilişkisindeki düzenlemeleri çokça barındırmaktadır. Maddi ceza hukukuna ilişkin hükümler arası cezalandıran ve hukuka uygunluk sağlayan hüküm ilişkisi üç şekilde olmaktadır.

İlk olarak suç tipi düzenlemesi, bir davranışın cezalandırılacağını düzenledikten sonra aynı madde altında belirli şartlar altında bu davranışın gerçekleştirilmesini

⁷⁴ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272; Bazı yazarlar hukuk düzeninin birliği ilkesine hukuka uygunluk nedenlerinin tamamı bakımından atıf yapmaktadırlar. Bkz. Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 355; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 409

⁷⁵ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272

⁷⁶ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 318; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 381; Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272.

hukuka uygun kabul edebilmektedir. Bu durumun aynı suç tipi içerisinde söz konusu olması hukuka uygunluk bahsinden daha fazla tipiklik içerisinde çözümlenmesi gereken bir konudur. Örnek vermek gerekirse Türk Ceza Kanunu'nun Çocuk Düşürtme başlıklı 99. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır...”* Bu fıkra uyarınca kadının rızası bulunsa ve hastane ortamında sonlandırılrsa dahi söz gelimi 15 haftalık bir çocuğu düşürten uzman hekim cezalandırılacaktır. Aynı maddenin 6. fıkrası uyarınca *“Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”*

Görülebileceği üzere 99. maddenin altıncı fıkrası kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde yukarıdaki varsayımda 15 haftalık çocuğu düşürten uzman hekimin cezalandırılmayacağını düzenlemektedir. Bu düzenleme gereği 6. fıkroda öngörülen koşullara uygun olarak 2. fıkradaki tipe uygun şekilde çocuğu düşürten failin fiili kanunun kendisine bu fiili işlemek için müsaade etmesi nedeniyle tipik olmayacaktır.

Hukuka uygunluğa dair kanun düzenlemesinin bizzat maddi ceza hukuku düzenlemeleri içerisinde yer almasının ikinci şekli davranışın cezalandırılması ve belirli şartlar dâhilinde hukuka uygun kabul edilmesinin farklı madde düzenlemeleri yoluyla yapılmasıdır. Bunun örneği olarak Türk Ceza Kanunu'nun 125 ve 128. Maddesi hükümleri arasındaki ilişki gösterilebilir. TCK'nın 125. Maddesinde düzenlenen hakaret suçu ile bağlantılı, “İddia ve Savunma Dokunulmazlığı” başlıklı 128. Madde hükmünce *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyuşmazlıkla bağlantılı olması gerekir.”* Buna göre uyuşmazlıkla bağlantılı gerçek ve somut vakalara dayanan isnatların söz gelimi kişi tarafından mahkemeye dilekçe

olarak sunulması fiiline TCK 128. Madde müsaade ettiği için 125. Maddenin düzenlediği hakaret suçunun tipik fiiline uyan bu davranış hukuka uygun kabul edilecektir.

Üçüncü olarak da cezalandıran hükmün ve hukuka uygunluk sağlayan hükmün her ikisi de yukarıdaki paragrafta verdiğimiz örnekten farklı olarak suç tipi düzenlemesi hüviyetindedir. Fakat kanun hükümlerinden biri belli bir davranışta bulunmayı hükmün mefhumu muhalifinden çıkarılacak şekilde emretmektedir. Bu şekilde çıkarılacak emir diğer suç tipi düzenlemesi tarafından ise cezalandırılmaktadır. Bu şekildeki cezalandıran ve hukuka uygunluk sağlayan hüküm ilişkisine örnek ise Türk Ceza Kanunu'nun 279 ve 136. Maddeleridir. TCK 279. Madde hükmüne göre *“Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi... cezalandırılır.”* Bu hükmün mefhumu muhalifinden bir suçun işlendiğini görevi ile bağlantılı olarak öğrenen kamu görevlisine gecikmeksizin yetkili makamlara bildirimde bulunmasının emredildiği çıkarılmaktadır. TCK 136. Maddeye göre ise *“Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi... cezalandırılır.”* Bu hükümler çerçevesinde kamu görevlisinin, kamu görevi sırasında elde etmiş olduğu kişisel veriyi, bir suçun işlendiğini gösteriyor olması durumunda adli mercilere vermesi 136. Maddede düzenlenen fiile karşılık gelse de 279. Madde bu fiilin gerçekleştirilmesini emrettiği için hukuka uygun kabul edilecektir.

Maddi ceza hukuku düzenlemesi olan suç tipi düzenlemesindeki cezalandırılan fiili emreden ya da bu fiile müsaade eden hüküm, bir ceza usul hukuku düzenlemesinde yer alıyor olabilir. Ceza Muhakemesi Kanunumuz bu belirtilen şekilde oldukça fazla hüküm ihtiva etmektedir. Örnek vermek gerekirse CMK 74. maddede düzenlenen gözlem altına alınma, CMK 75. maddede düzenlenen şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK 78. maddede düzenlenen moleküler genetik incelemeler, CMK 81. maddede düzenlenen şüpheli veya sanığın fiziki kimliğinin tespiti, CMK 90. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen herkes tarafından yapılabilecek yakalama ve ikinci fıkrasında düzenlenen kolluk tarafından yapılacak

yakalama tedbirleri, 91 ve devamı maddelerdeki gözaltı hükümleri, CMK 100 ila 108. madde arasındaki tutuklama hükümleri, CMK 116 ila 122. maddeler arasında düzenlenen aramaya ilişkin hükümler, CMK 123 ila 134. maddeler arası düzenlenen el koymaya ilişkin hükümler, CMK 135 ve devamı maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirleri ve CMK 146. maddede düzenlenen zorla getirme tedbiri maddi ceza hukukuna ilişkin hükümler tarafından suç olarak düzenlenen pek çok fiilin işlenmesini emreden ya da bunlara müsaade eden usul hukuku düzenlemeleridir. Yine benzer düzenlemelere Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu gibi kanunlarda da rastlamak mümkündür.

Ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenen bir fiilin işlenmesine hukuka uygunluk sağlayan hüküm ceza hukuku dışı düzenlemeler getiren bir kanunda yer alıyor olabilir. Türk doktrinde Fransız doktrinden farklı olarak hukuka uygunluk sağlayacak kanunun ancak bir ceza kanunu olması gerektiği görüşünde olan yazar yoktur. Yukarıda ayrıntılı incelediğimiz gibi Fransız doktrinde de bu görüş pek itibar görmemektedir. Kanaatimizce de fiili hukuka uygunluk sağlayacak şekilde emreden ya da fiile müsaade eden kanunun ceza kanunu ya da ceza hukuku dışı kanun olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Pek ala medeni hukuka, ticaret hukukuna, medeni usul hukukuna, idare hukukuna, spor hukukuna ve ceza hukuku dışı başkaca pek çok alana dair düzenlemeler getiren kanun hükümleri de hukuka uygunluğun dayanağını oluşturabilirler.

2) Kanun Hükmünde Kararname

Türk Ceza Kanunu 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak olan norm türleri çerçevesinde incelenmesi gereken diğer bir norm türü bugün anayasal sistemimizde yer almayan kanun hükmünde kararnamelerdir. 11.02.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6771 sayılı kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda yapılan ve 16 Nisan 2017 tarihinde halk oylamasına sunularak kabul edilen değişiklikler (2017 değişiklikleri) ile kanun hükmünde kararnameler bugün anayasal sistemimiz içerisinde yer

almamaktadır. Fakat bu anayasa değişikliği öncesinde çıkarılmış ve TBMM tarafından kabul edilmiş olan kanun hükmünde kararnameler halen yürürlüğünü devam ettirmektedir. Dolayısıyla her ne kadar kanun hükmünde kararname şeklindeki mevzuat türü bugün artık Anayasamızda yer almasa da hukuk düzenimizde yürürlüğünü devam ettiren pek çok sayıda kanun hükmünde kararname bulunmaktadır. Bununla beraber bu kanun hükmünde kararnameler pek çok hükmü ile konumuz ile bağlantılı olarak bir suç tipine uyan fiillerin gerçekleştirilmesini emredebilmekte yahut bunlara müsaade edebilmektedir.

Kanun hükmünde kararnamelerin TCK 24. madde bağlamında hukuka uygunluk etkisi, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine vücut verecek kural türü olarak kanundan şekli anlamda kanunu anlamak gerektiğini savunan ve bunun aksine maddi anlamda kanunu anlamak gerektiğini savunan görüşler çerçevesinde ayrı olarak incelenmelidir.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağı olacak kural türü olarak kanun ifadesini, maddi anlamda kanun olarak ele almak gerektiğini söyleyen görüş çerçevesinde çözüm basittir. Çünkü bu görüşü savunan yazarlara göre kanun yalnızca şekli anlamıyla kanun olmayıp yazılı hukuk kurallarını kapsayacak şekilde maddi anlamıyla kanundur. Bu kapsamda işlemin içeriğinin ve kapsamının genel soyut ve kişisel olmayan kuralları barındırıyor olması yeterlidir ve işlemi yapan organın bir önemi bulunmamaktadır⁷⁷. Bu minvalde yazılı hukuk kuralları olan kanun hükmünde kararnameler de bu hukuka uygunluk nedeninin mesnedi olabilirler. Kanunlarca suç sayılmış bir fiile bir kanun hükmünde kararname emir ya da müsaade hüviyetinde hukuka uygunluk sağlıyorsa bu görüş çerçevesinde fiilin hukuka aykırılığından dolayısıyla da bir suçun varlığından bahsedilemez.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine konu olacak kural türü olarak kanunu, şekli anlamıyla kanun olarak ele almak gerektiğini savunan görüşe göre ise meselenin çözümü detaylı incelemeyi gerektirmektedir. Bu görüş

⁷⁷ Gözler, **İdare Hukuku**, s.1153-1154; Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 28.

çerçevesinde yapılacak değerlendirmede çözüme kavuşturulması gereken sorun kanun hükmünde kararnamelerin kanuna eşdeğer olup olmadığı ve bu çerçevede hukuka uygunluk sağlamakta kanun etkisine sahip olup olmadıklarıdır.

Bu mesele her şeyden önce anayasal sistem içerisinde kanun hükmünde kararnamelerin nitelik olarak normlar hiyerarşisinde kanunlara eşdeğer olup olmadığı ile ilgilidir. Bunun için kanun hükmünde kararnamelerin anayasal düzende hukuki niteliğini incelemekte fayda görmekteyiz.

2017 öncesi anayasal sistemimizde olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından verilen sınırlı yetki üzerine Bakanlar Kurulu’nun, kanun ihdas eden ya da yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapan işlemleri⁷⁸. 2017 değişikliği öncesi Anayasa, olağan dönem ve olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri şeklinde olağanüstü dönem olarak iki tür kanun hükmünde kararname öngörmekteydi.

Olağan döneme ilişkin kanun hükmünde kararnamelere ilişkin olarak Anayasa’nın bugün mülga 91. maddesi uyarınca TBMM bir yetki kanunu çıkararak Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verir. Ancak Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemezler. Aynı madde uyarınca TBMM tarafından çıkarılacak olan yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstermek zorundadır. Mülga 91. madde gereği Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, Resmi Gazete’de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi çıkarılan kanun hükmünde kararnameyi kabul edebilir, reddedebilir veya değiştirebilir⁷⁹.

⁷⁸ Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, s. 26

⁷⁹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, s.312-320

Mülga 91. maddenin 2017 değişikliği öncesi hükmü TBMM tarafından çıkarılacak yetki kanununu *amaç, kapsam, ilkeler ve süre* unsurları ile kısıtlamıştır⁸⁰. Bakanlar Kurulu bu kısıtlı yetki çerçevesinde kanun hükmünde kararname çıkarabilir ve Bakanlar Kurulu dışında hiçbir makam kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini kullanamaz⁸¹. Mülga 91. maddenin ilk fıkrasında belirtildiği şekilde Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler hakkında kanun hükmünde kararname çıkarılamaz. Fakat bunlar dışında Anayasa'nın kanunla düzenlenir dediği konular hakkında kanun hükmünde kararname çıkarılabilir⁸². Örneğin Anayasa'nın 123. maddesi ilk fıkrası hükmüne göre “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na yetki vermesi halinde idarenin kuruluş ve görevleri ile ilgili kanun hükmünde kararname çıkarılabilmesi mümkündür. Anayasa'nın kanunla düzenlenir dediği konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebiliyor olması önemlidir. Bu hususa Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini hukuka uygunluğu dayanak normu olarak incelerken değineceğiz. Yukarıda konu unsuru bakımından Anayasa'nın koyduğu sınır dâhilinde kanunla düzenlenen konularda kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılabiliyor olması kanun hükmünde kararnamelerin anayasal sistemimizde kanunlara eşdeğerliğini kuvvetlendiren kıstaslardan biridir.

Kanun hükmünde kararnameler Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur. Yukarıda milletler arası anlaşmaların onay usulünü incelerken belirttiğimizden farklı olarak TBMM'nin kanun hükmünde kararnameler üzerinde her tür tasarrufta bulunma kudreti bulunmaktadır. Kanun hükmünde kararnameyi onaylayabilir, reddedebilir ve de değiştirebilir. Bu onay bir kanun ile gerçekleştiği için kanun hükmünde kararname hükümleri onay kanunu ile birlikte kanun hükümleri halini alır.

⁸⁰ A.g.e.

⁸¹ A.g.e.

⁸² A.g.e.

Konumuz bakımından TCK 24. maddede belirtilen kanun ifadesi ile şekli anlamdaki kanun anlaşılmalıdır diyen görüş uyarınca olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerini bu veriler çerçevesinde değerlendirmek isteriz. Kanun hükmünde kararnamelerin hukuka uygunluk sağlamak bakımından kanunlarla eşdeğer olduğu görüşündeyiz. Bunu destekleyen ilk kriter bu kural türünün adıdır. Keza Anayasa bu kural türünün şekli anlamda bir Bakanlar Kurulu işlemi olması nedeniyle kararname olmakla beraber “kanun hükmünde” olduğunu belirtmektedir. İkinci kriter Anayasa’nın şekli anlamda kanunu gerçekleştirecek organ olan yasama meclisinin bir yetki devri ile yasama gücü dışında bir gücün kanun ihdas etmesine ya da yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapmasına imkân tanınmasıdır. Yeni kanun koyan ya da kanunlarda değişiklik yapan bu kararnameler normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer almaktadır⁸³. Diğer bir kriter Anayasa’nın yukarıdaki konu sınırlaması dâhilinde kalmak kaydıyla kanunla düzenlenir dediği konular hakkında kanun hükmünde kararname çıkarılabiliyor olmasıdır. Bu durum kanun hükmünde kararnamelerin anayasal sistemimizde kanunlara eşdeğer olduğunu gösteren önemli bir kriterdir. Bir diğer kriter bu kararnamelerin meclisin onayına sunulmaları ve yasama meclisinin bu kararnameler üzerinde kanun tekliflerinde olduğu gibi her türlü hâkimiyete sahip olmasıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi yasama meclisinin milletlerarası antlaşma hükümlerini onaylamak ya da onaylamamak dışında değiştirmek yetkisi bulunmamaktadır. Bu haliyle onaylamayı uygun bulma kanunu ile kabul edilmiş ve kanun halini almış olsa da hukuka uygunluğun söz konusu olması için gerekli koşulları dayatan hüküm milletlerarası antlaşma hükümleri olmakta Meclis’in bu hükümleri müzakere ederek yasalaştırma imkânı bulunmamaktadır. Oysaki kanun hükmünde kararnameler bakımından durum böyle değildir. Kanun hükmünde kararnameyi onaylama yetkisine sahip yasama organı kararname hükümleri üzerinde dilediği değişikliği yapabilir. Bu haliyle onaylandıktan sonra onay kanunu ile birlikte bu hükümler bir kanun hükmü halini almaktadır. Soyaslan kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanununa dayanması, Resmi Gazete’de yayımlandıkları gün TBMM onayına sunulmaları ve TBMM tarafından reddedilebilmeleri, onaylanmaları, değiştirilerek de onaylanabilmeleri yani son sözün TBMM’de olması, yargısal denetim

⁸³ A.g.e.

bakımından yetkinin Anayasa Mahkemesi'nde olması kriterlerine dayanarak kanun hükmünde kararnamelerin kanun değeriinde olduğunu ifade etmektedir⁸⁴.

2017 değişiklikleri öncesi dönemde Anayasa, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerini de düzenlemektedir. (AY Md. 121/3, Md. 122/2) Olağan üstü dönemde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'na Anayasa, yetki kanununa ihtiyaç olmadan kanun hükmünde kararnameler ile düzenleme yapma yetkisi vermektedir⁸⁵. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal⁸⁶ ve sıkıyönetim⁸⁷ hallerinde bu yetkiyi kullanabileceği Anayasa tarafından öngörülmektedir.

Olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun yetki kanununa ihtiyaç duymaksızın kanun hükmünde kararname çıkarması, Bakanlar Kurulu tarafından olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilmiş

⁸⁴ Doğan Soyaslan, **Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 94 vd.; Polat, Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, s. 50

⁸⁵ 2017 değişiklikleri ile ilga edilen Anayasa madde 121 fıkra 3 hükmü “*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İktüzükte belirlenir.*” ve madde 122 fıkra 2 hükmü “*Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir.*” Şeklindeydi. Her iki hüküm de ilga edilmiştir.

⁸⁶ 2017 değişikliği öncesi Anayasa Madde 119 hükmü “*Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*” ve Anayasa Madde 120 hükmü “*Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.*” Şeklindeydi. 2017 değişiklikleri ile 119. Madde yeniden düzenlenmiş 120. Madde ilga edilmiştir.

⁸⁷ 2017 değişiklikleri öncesi Anayasa madde 122 fıkra 1 hükmü şu şekildeydi; “*Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, süresi altı ayı aşmamak üzere yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilan edebilir. Bu karar, derhal Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağırılır. Türkiye Büyük Millet Meclisi gerekli gördüğü takdirde sıkıyönetim süresini kısaltabilir, uzatabilir veya sıkıyönetimi kaldırabilir.*”

olmasına bağlıdır. Anayasa'nın bugün mülga madde 121/1 hükmüne göre Anayasa'nın 119 ve 120. maddeleri uyarınca olağanüstü hal ilanına karar verilmesi durumunda, bu karar Resmi Gazete'de yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine her defasında süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir. Yine Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun Anayasa'nın bugün mülga 122/1 maddesi hükmüne göre sıkıyönetim ilan etmesi halinde aynı fıkra uyarınca bu karar, derhal Resmi Gazete'de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi gerekli gördüğü takdirde sıkıyönetim süresini kısaltabilir, uzatabilir veya sıkıyönetimi kaldırabilir. Görülebileceği üzere olağanüstü hal ve sıkıyönetim hallerinde olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri için bir yetki kanununa ihtiyaç duyulmasa da olağan üstü hal ve sıkıyönetim ilanına ilişkin karar yasama organının onayına sunulmakta ve yasama organının bu ilan kararları üzerinde tam bir hâkimiyeti bulunmaktadır.

Olağan dönemde olduğunun aksine olağanüstü dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler için bir yetki kanununa ihtiyaç duyulmaması olağanüstü hal dönemi kanun hükmünde kararnamelerinin yetki kanunlarının ihtiva etmek zorunda olduğu *amaç, kapsam, ilkeler ve süre* unsurları ile kısıtlanmış olan sınırlardan daha geniş bir alanda düzenleme yapabilmesi anlamına gelmektedir. Olağan dönem kanun hükmünde kararnameler için sınırlayıcı düzenleme olan Anayasa'nın mülga 91. Maddesinin ilk fıkrası “...*sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere*...” diyerek olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin bu kısıtlamadan muaf olduğunu ifade etmektedir⁸⁸. Bu da demektir ki olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri ile Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebilir. Yine mülga 91. madde 5. fıkrası ile “Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun kanun hükmünde kararname çıkarmasına ilişkin hükümler saklıdır” demek suretiyle olağan dönem kanun hükmünde kararnameler

⁸⁸ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.312-320

bakımından geçerli olan kısıtlamalardan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin muaf olduğunu vurgulamaktadır⁸⁹. Gerçekten de Mülga Anayasa 121/3 hükmü “...*olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda...*” diyerek Mülga 122/2 hükmü “...*sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda...*” demek suretiyle bu kanun hükmünde kararnamelerin alanını oldukça geniş tutmuştu. Öyle ki olağanüstü dönemlerde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ile temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir⁹⁰.

Olağanüstü dönemde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler üzerinde de yasama organının bir denetim gücü bulunmaktadır. Mülga 121. maddenin 3. fıkrasına göre olağanüstü hal süresince, Mülga 122. maddenin 3. fıkrasına göre sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun çıkardığı kanun hükmünde kararnameler Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzük’de belirlenir. 2017 Anayasa değişikliği sonrası uyum amacıyla değiştirilen İçtüzük’ün 128. Maddesinin değişiklik öncesi hükmüne göre TBMM olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini otuz gün içinde görüşüp sonuçlandırır. TBMM, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerini reddedebilir, aynen veya değiştirerek kabul edebilir. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi Meclisçe reddedilmiş ise kanun hükmünde kararname ret kararının Resmî Gazete’de yayımlandığı gün yürürlükten kalkar. Burada konumuz bakımından belirtilmesi gereken önemli bir husus olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin onaylanması, değiştirilerek onaylanması veya reddi buna ilişkin kanunla olmaktadır. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname onaylandıktan sonra hükümlerinin bir kanun hükmüne dönüştüğü kabul edilmektedir⁹¹.

Olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri yargı denetiminden bağıışıktır. Anayasa’nın

⁸⁹ A.g.e.

⁹⁰ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 33

⁹¹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.312-320

2017 değişikliği öncesi 148. maddesine göre olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmaz⁹².

Görölebileceği üzere 2017 değişiklikleri öncesi Anayasa, olağanüstü hal dönemi kanun hükmünde kararnamelerine, yetki kanunu ile getirilen sınırlamalar olmaksızın ve Anayasa Mahkemesi’nin denetiminden bağışık şekilde olağan dönemdekilere nazaran çok daha fazla etki tanımıştır. Yukarıda olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin kanuna eşdeğerliğini değerlendirmek için getirdiğimiz kriterler dikkate alındığında olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden daha etkin şekilde kanun değerinde olduğu rahatlıkla söylenebilir. Bu bakımdan hukuka uygunluğun dayanağının ancak şekli anlamda kanun olması gerektiğini savunan anlayış kabul edilirse olağan ya da olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin de hukuka uygunluk sağlama fonksiyonuna sahip olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Yani bir kanun hükmünde kararnameden neşet eden emir ya da müsaade tipe uyan fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır.

3) Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

6771 sayılı kanun ile yapılan ve 16 Nisan 2017 tarihindeki halk oylaması ile kabul edilen Anayasa değişikliklerinin anayasal sistemimize getirdiği en önemli değişikliklerden bir tanesi de yeni bir işlem türü olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Anayasa’nın Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. maddesinin 17. fıkrasının ilk cümlesi “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*” demektedir. Yine aynı

⁹² Kanun hükmünde kararnamelerin meclis tarafından onaylanması ile kanuna dönüşmesi karşısında bu kanunun Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimine açık olduğu ifade edilmektedir. Gözler’e göre “...belirtildiği gibi bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulurlar. TBMM bunları çok kısa bir sürede onaylarsa bunlar kanun haline dönüşürler. Kanun haline dönüşen sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK’lerinin ise Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi yapılabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle sıkıyönetim ve olağanüstü hâl KHK’leri üzerindeki denetim yasağı onaydan önceki dönemi kapsar.” Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.312-320, Aynı yönde Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 245

maddenin 19. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ayrıca bir tarih belirtilmemişse Resmi Gazete’de yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.

Türk Ceza Kanunu’nun kanunun hükmü hukuka uygunluk nedenini düzenleyen 24. maddesinin ilk fıkrasına göre hukuka uygunluğun dayanağını oluşturacak kanunun maddi anlamı ile kanun olması gerektiğini ifade eden görüş çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de birer yazılı hukuk kuralı olarak bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilir. Keza bu görüş uyarınca işlemin içeriğinin ve kapsamının genel soyut ve kişisel olmayan kuralları barındırıyor olması yeterlidir ve işlemi yapan organın bir önemi bulunmamaktadır⁹³. Bu çerçevede Cumhurbaşkanlığı kararnameleri de TCK 24. maddede belirtilen kanun olarak ele alınır ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde emredilen ya da müsaade edilen suç tipine uyan fiilin gerçekleştirilmesi halinde fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemez.

Türk Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin ilk fıkrası uyarınca hukuka uygunluğun dayanağını teşkil edecek kural türünün şekli anlamda kanun olması gerektiğini savunan görüş çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuka uygunluk sağlayıp sağlamayacağı meselesi ise ayrıca değerlendirilmelidir. Bu noktada yanıtlanması gereken soru Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasal sistemimize göre TCK 24. maddede öngörülen ve şekli anlamı ile anlaşılması gereken “kanun” değerinde olup olmadığıdır. Bu başlık altında bu konu incelenecektir.

2017 değişiklikleri ile öncesinde anayasal sistemimiz içerisinde var olan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, müşterek kararnameler, Başbakanlık kararları gibi işlemlerin tümü anayasal sistemimizden çıkarılmıştır. Tüm bu işlemler ile yapılacak düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya kararı ile yapılacaktır⁹⁴. Anayasa’nın mülga 91. maddesinin kanun hükmünde kararnameler için

⁹³ Gözler, **İdare Hukuku**, s.1153-1154; Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 28.

⁹⁴ Anayasa’nın 104. maddesinin 17. fıkrası hükmü şu şekildedir: “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla

getirdiği kısıtlamaya benzer şekilde 104/17 maddesi hükmü uyarınca Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Fakat şu hususu da belirtelim ki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin kanun hükmünde kararnamelere veya tüzüklere benzetilmesi doğru değildir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi anayasal sistemde yeni bir kurum olup, anayasal sistemimizde artık yeri olmayan bu iki işlem ile kıyaslanarak anlaşılmaya çalışılması yanılgılara düşülmesine sebebiyet verebilir⁹⁵.

Yukarıda sorduğumuz: Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun değerinde olup olmadığı meselesi çerçevesinde şu husus önem arz etmektedir. Anayasa'nın 104. maddesinin 17. fıkrasının Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için getirdiği bir diğer kısıtlama Anayasa'da münhasıran kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağıdır. Bu bağlamda Anayasa madde 104/17'de yer alan *münhasıran* ifadesi oldukça belirsizdir. Anayasa pek çok hükmünde belirli konuların kanunla düzenleneceğini, belirli konuların ise “ancak” kanunla düzenlenebileceğini öngörmektedir⁹⁶. Fakat hangi konuların “münhasıran” kanunla belirleneceğine dair bir belirleme yapmamaktadır. Bu hüküm çerçevesinde münhasıran ifadesini ancak kanun ile düzenlenecek hususlar olarak anlamak gerekirse Anayasa 13. madde düzenlemesi uyarınca temel hak ve özgürlükler ile ilişkili konuların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği pek ala düşünülebilir⁹⁷. Lakin 13. madde hükmü, 104/17 maddesi hükmü ile bir arada okunduğunda Anayasa'nın ikinci kısım üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler ile ilgili konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği sonucu çıkmaktadır. Çünkü 104/17 maddesinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği belirtilen konular arasında bunlar sayılmış

düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.”

⁹⁵ Mehmet Artuk Arıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 2017, S: 3, s. 49.

⁹⁶ Bkz. AY. Md. 13, 20/3, 38/3, 66/3, 68/6

⁹⁷ Arıçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, s. 38.

değildir. Bu hususların Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebileceği bizatihi 104/17 maddesinin mefhumu muhalifinden anlaşılmaktadır⁹⁸. Bu anlamda eğitim-öğretim, sağlık, sosyal güvenlik, devletleştirme-özelleştirme, çalışma hayatı ve sendikal haklar gibi ceza hukukunu da ilgilendiren pek çok konuda Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlemelere gidilmesine Anayasa'nın cevaz verdiği söylenebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili olarak Anayasa'nın düzenlemeleri incelendiğinde şu hususların ortaya konulması gerekir. İlk olarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilir⁹⁹. İkinci olarak Anayasa'nın ikinci kısım üçüncü bölümünde yer alan sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlere ilişkin konular Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenebilir¹⁰⁰. Üçüncü olarak Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunlarda açıkça düzenlenen konular hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılamaz¹⁰¹. Dördüncü olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuda kanun çıkarılması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir¹⁰². Son olarak kanun hükümleri ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin çatışması halinde kanun hükümlerine itibar edilir¹⁰³.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili düzenlemeleri¹⁰⁴ ve yukarıda bu hükümler çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili olarak

⁹⁸ A.g.e., s. 38

⁹⁹ Anayasa 104/17-ilk cümle

¹⁰⁰ Anayasa 104/17-ikinci cümle

¹⁰¹ Anayasa 104/17-üç ve dördüncü cümle

¹⁰² Anayasa 104/17-altıncı cümle

¹⁰³ Anayasa 104/17-beşinci cümle

¹⁰⁴ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili genel düzenleme olan 104/17 maddesi hükmü yanında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenlendiği diğer anayasal düzenlemeler şunlardır: Anayasa md 104/9; (Cumhurbaşkanı), “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.” - Anayasa md 106/son; “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” - Anayasa md 108/son; “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” - Anayasa md 118/6; “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.” - Anayasa md 119/6-7; “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay

yapmış olduğumuz değerlendirmeler dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sistem içerisinde kanunlar ile eşdeğer bir konumda olmadığı normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra geldiği görülebilir¹⁰⁵.

Cumhurbaşkanlığı, Anayasa uyarınca yürütme yetkisini kullanmaktadır ve yürütme erkinin sınırları belli bir yetki devri olmadığı müddetçe kanunlara eşdeğer düzenlemeler yapma yetkisi yoktur¹⁰⁶. Anayasa, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışında hiçbir hükmü ile Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bu yönde bir yetkinin devredildiğine dair düzenleme ihtiva etmemektedir.

Anayasa’da münhasıran kanun ile düzenleneceği öngörülen konular haricinde kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmış olsa da bu yetki kanuna eşdeğer düzenleme yapma anlamında bir delegasyon değildir. Zira Anayasa da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunların çelişmesi halinde kanun hükümlerine itibar edileceği, aynı konuda Meclis’in bir kanun çıkarması halinde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz kalacağı açıkça ifade edilmektedir. Tüm bunlar bir arada değerlendirildiğinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bir yürütme işlemi olduğu ve Anayasa’nın, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine kanunlara eşdeğer bir etki tanımadığı görülmektedir.

Türk Ceza Kanunu 24. madde çerçevesinde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak olacak kural türü olarak “kanun” ifadesinden şekli

içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.” - Anayasa md 123/3; “Kamu tüzekîşiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur.” - Anayasa md 124/1; “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzekîşileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.” - Anayasa md 137/1; “Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 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 yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.” - Anayasa md 148/1; “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açamaz.”

¹⁰⁵ Ardiçoğlu, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, s. 49.

¹⁰⁶ A.g.e, s. 47.

anlamı ile kanunun anlaşılması gerektiğini savunan görüş çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturamayacağı söylenir. Buna göre bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin emrettiği ya da müsaade ettiği ve aynı zamanda suç tipine uygun düşen bir fiilin kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir.

Kanaatimizce de hukuka uygunluğun dayanağının şekli anlamıyla kanun olması gerektiği görüşü uyarınca Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağan dönemde TCK 24. madde çerçevesinde hukuka uygunluk fonksiyonu bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hukuka uygunluk sağlamak bakımından kanunlarla eşdeğer bir konumda değildir. Keza Anayasa bu kural türünü, şekli anlamda bir yürütme (Cumhurbaşkanlığı) işlemi olması nedeniyle kararname olarak nitelendirmekte ve isimlendirmektedir. Bunların olağan dönemde “kanun hükmünde” olduğunu belirten hiçbir düzenleme Anayasa’da yer almamaktadır. Sonrasında şekli anlamda kanunu gerçekleştirecek organ olan yasama meclisinin bir yetki devri ile yasama gücü dışında bir güç olan Cumhurbaşkanlığına kanun ihdas etme ya da yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapma yetkisine Anayasa’da yer verilmemiştir. 2017 değişiklikleri öncesi kanun koyan ya da kanunlarda değişiklik yapan kanun hükmünde kararnameler normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer almaktayken¹⁰⁷ 2017 değişiklikleri sonrası kanun koyamayan ve kanunlarda değişiklik yapamayan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde değildir. Anayasa’nın münhasıran kanunla düzenleneceğini öngördüğü konular ayrı olmak kaydıyla kanunla düzenlenir dediği konular hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabiliyor olsa da bu hükümlerin kanunlarla çelişmesi halinde kanunlara itibar edileceği, Meclis’in aynı konuda kanun çıkarması halinde bunların hükümsüz kalacağı, kanunlarla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı yine Anayasa tarafından ifade edilmektedir. Bu durum Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sistemimizde kanunlara eşdeğer olmadığını göstermektedir. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri 2017 değişiklikleri

¹⁰⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.312-320

öncesinde anayasal sistemimizde yer alan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak bir yetki kanununa dayanmamakta, çıkarıldıktan sonra Meclis'in onayına sunulmamakta ve bir onay usulü ile kanun niteliğini kazanmamaktadır. Tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekli anlamda kanuna eşdeğer olmadığı ve şekli anlamda kanunlar gibi TCK 24. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk nedenine dayanak oluşturamayacağı söylenir.

Yukarıdaki değerlendirmeler olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerlidir. Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için ise durum yukarıda anlatılanların zıttı şekilde farklılık arz etmektedir.

Anayasa'nın "olağanüstü hal yönetimi" başlıklı 119. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı belirli hallerde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir¹⁰⁸. Aynı madde uyarınca olağanüstü hal kararı verildiği gün Resmi Gazete'de yayımlanır ve aynı gün TBMM'nin onayına

¹⁰⁸ Anayasa'nın 119. Maddesi şekildedir: "Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmi Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar."

sunulur. Aynı maddenin altıncı fıkrası olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanına kararname çıkarma yetkisi tanımaktadır.

Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilmesinin ön koşulu olağanüstü hal ilan edilmiş olmasıdır. Olağanüstü hal ilanı kararı üzerinde Meclis'in tam bir hâkimiyeti bulunmaktadır. Olağanüstü hal kararını Meclis onaylayabileceği gibi 119. maddenin 3. fıkrası uyarınca gerekli görürse süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Olağanüstü dönemde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile ilgili yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı geçersiz hale gelmektedir. Anayasa bu kural türünü, şekli anlamda bir yürütme (Cumhurbaşkanlığı) işlemi olması nedeniyle kararname olarak nitelendirmesine karşın 119. maddesinin 6. fıkrası ile bu kararnamelerin kanun hükmünde olduğunu düzenlemektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağan dönemde “kanun hükmünde” olduğunu belirten hiçbir düzenlemenin Anayasa’da yer almamasına karşın bu kararnamelerin olağanüstü dönemde “kanun hükmünde” olduğu bizzat Anayasa tarafından ifade edilmektedir. Sonrasında yürütme organı olan Cumhurbaşkanlığının “kanun hükmünde” bu işlemi yapması şekli anlamda kanunu gerçekleştirecek organ olan yasama meclisinin olağanüstü hal ilanı kararını onaylamasına bağlıdır. Meclis'in bu ilan kararı üzerinde yukarıda da açıklandığı üzere tam bir hâkimiyeti bulunmaktadır. Dolayısıyla kanun hükmündeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabilmesi için Anayasa bir yetki devri düzenlemesine gitmiştir. 2017 değişiklikleri öncesi kanun koyan ya da kanunlarda değişiklik yapan kanun hükmünde kararnameler normlar hiyerarşisinde kanun düzeyinde yer almaktaydı¹⁰⁹ 2017 değişiklikleri sonrası olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun koyabilir ve yürürlükteki kanunlarda değişiklik yapabilir ve bu yönüyle normlar hiyerarşisinde kanun düzeyindedir. Olağan dönemde Anayasa'nın münhasıran kanunla düzenleneceğini öngördüğü konular ayrı olmak kaydıyla kanunla düzenlenir dediği konular hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabiliyorken olağanüstü

¹⁰⁹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.312-320

dönem kararnameleri için böyle bir kısıtlama yoktur. Yine aynı şekilde olağan dönemde var olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hükümlerinin kanunlarla çelişmesi halinde kanunlara itibar edileceği, Meclis'in aynı konuda kanun çıkarması halinde bunların hükümsüz kalacağı, kanunlarla açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı yönündeki kısıtlamaların hiç biri olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için geçerli değildir¹¹⁰. Bu durum olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasal sistemimizde kanunlara eşdeğer olduğunu göstermektedir. Yine Cumhurbaşkanlığı kararnameleri 2017 değişiklikleri öncesinde anayasal sistemimizde yer alan olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi çıkarıldıktan sonra Meclis'in onayına sunulmamakta ve bir onay usulü ile kanun niteliğini kazanmaktadır. Bunların yanında Anayasa'nın 148. maddesi gereğince olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz.

Yukarıdaki olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağan dönem kararnamelerinden farkına dair tüm bu değerlendirmeler dikkate alındığında olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekli anlamda kanuna eşdeğer olduğu ve şekli anlamda kanunlar gibi TCK 24. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabileceği söylenir. Yani olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin emrettiği ya da müsaade ettiği ve suç tipine uygun düşen bir fiilin TCK 24. madde gereği hukuka aykırılığından bahsedilemez.

4) Diğer Düzenleyici İşlem Türleri

Hukuk düzeni içerisinde kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yanı sıra sayısız norm türüne rastlamak mümkündür. Bunların büyük çoğunluğu idare tarafından gerçekleştirilen düzenleyici işlemler ile hayat bulmaktadır. 1924 ve 1961 Anayasaları gibi bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası, yürütme organına genel, nesnel, kişilik dışı hukuk kuralları koyma

¹¹⁰ Anayasa Madde 119/6

yetkisini tanımıştır¹¹¹. Bu kurallar yürütme erki tarafından geçmişten günümüze çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, tüzükler, yönetmelikler ve idarenin diğer adsız düzenleyici işlemleri şeklinde ortaya çıkan normların hükümleri olmaktadır.

Kanun hükmünde kararnameler ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun değerinde olmak noktasında özellik arz etmeleri sebebiyle bu norm türleri yukarıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu başlık altında özellikle bugün anayasal sistemimizde yeri olmayan tüzükler, bir kısmı anayasal sistemimizde yeri olmayan yönetmelikler ve diğer düzenleyici işlemler incelenecektir. Bugün her ne kadar anayasal sistemimizde artık yeri olmasa da tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler, Bakanlar Kurulu kararları, müşterek kararnameler, Başbakanlık kararları gibi işlemlerin tümü, kanun hükmünde kararnameler gibi hala hukuk düzenimizde yürürlüğünü sürdürmektedir. Zaten 2017 değişiklikleri ile Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin (F) bendi de Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemlerin yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdüreceğini vaz etmektedir. Dolayısıyla bugün anayasal sistemimizde yeri olmasa da yürürlüğünü sürdüren sayısız yürütme erki işlemi olan ve farklı şekilde isimlendirilen düzenleyici işlem söz konusudur.

1924 Anayasası 52. maddesi ile 1961 Anayasası 107. maddesi ile bir yürütme işlemi ve bir norm türü olarak tüzükleri düzenlemekteydi. Bugün yürürlükte olan 1982 Anayasası da 2017 değişiklikleri öncesinde “Tüzükler” başlıklı 115. maddesi ile tüzükleri düzenlemekteydi¹¹². Buna göre Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Yine aynı madde uyarınca tüzükler Cumhurbaşkanınca imzalanarak kanunlar gibi Resmi Gazete'de

¹¹¹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 201

¹¹² Anayasa'nın Mülga 115. Maddesi hükmü şu şekildedir: “*Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanınca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır.*”

yayımlanırlar. Bir idari düzenleyici işlem olan tüzükler ile ilgili yargısal denetimi bir idari yargılama mercii olan Danıştay gerçekleştirmektedir. (2575 sayılı Danıştay Kanunu Md. 24)

2017 değişiklikleri öncesinde Anayasa'nın "yönetmelikler" başlıklı 124. maddesi hükmü şu şekildeydi:

"Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler."

"Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir."

2017 değişiklikleri ile hükümet sistemimizin dönüştüğü Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyumlu olması bakımından bu hükümdeki "Başbakanlık" ifadesi "Cumhurbaşkanı", "tüzüklerin" ifadesi "Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin" şeklinde değiştirilmiştir¹¹³. Bu değişiklik ile birlikte anayasal sistemimizde artık Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu¹¹⁴ yönetmeliklerinin yeri yoktur. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (F) bendi gereğince Anayasa

¹¹³ 2017 değişiklikleri sonrası Anayasa'nın 124. maddesi hükmü şu şekildedir: "*Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.*"

"Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir."

¹¹⁴ Anayasa'nın 2017 değişiklikleri ile değişen 124. maddesi, değişiklik öncesinde yönetmelik çıkarabilme yetkisine sahip makamlar arasında Bakanlar Kurulu'nu saymamaktadır. Bu yüzden doktrinde Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarma yetkisi olduğunu savunan yazarlar olduğu gibi aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. (Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 322 vd.). Teziç, Anayasa'nın Bakanlar Kurulu'nu, tüzük çıkarmak konusunda yetkilendirdiğini fakat 124. maddede yönetmelik çıkaracak makamlar arasında Bakanlar Kurulu'nu saymadığını bu yüzden Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkaramayacağını savunmaktadır. Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 63 vd.). Özbudun ise 124. madde düzenlemesi, Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarmaya yetkili olduğu sonucuna varmaya engel değildir. Buna göre yönetmelik idarenin en geniş genel düzenleyici işlem türüdür ve icrai karar almaya yetkili her idari makam yönetmelik çıkarmaya yetkilidir görüşünü savunmaktadır. (Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 219 vd.) Doktrinde farklı görüşler serdedilse de Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış çokça yönetmelik bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi de 1967/41 E. ve 1969/57 K. sayılı kararıyla; "*kamu tüzel kişilerine bile yönetmelik, yapmak yetkisinin tanınmış olması karşısında, ...Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulunun yönetmenlik çıkarabileceği öncelikle kabul edilebilir*" gerekçesini ortaya koyarak Bakanlar Kurulu'nun yönetmelik çıkarabileceğine karar vermiştir. (AYM Kararı 1967/41 E. – 1969/57 K. Sayılı 23,24,25.10.1969 tarih).

değişikliklerinin yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürecektir. Dolayısıyla yürürlükten kaldırılana kadar Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu yönetmelikleri, Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar, kamu tüzelkişileri tarafından çıkarılan veya çıkarılacak yönetmelikler gibi birer yazılı hukuk kuralı olarak yönetmelik ismiyle hukuk düzeninde varlığını sürdürmektedir.

Yönetmelikler normlar hiyerarşisinde kanunlar ve tüzüklerin altında yer alır ve yönetmelikler kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olamazlar¹¹⁵. Yönetmelikler ile ilgili yargısal denetimi yönetmeliği çıkaran mercie göre farklı idari yargı mercilerince yerine getirilir. (2575 sayılı Danıştay Kanunu ve 2576 sayılı Kanun hükümleri)

Yönetmelikler kanunlar ve tüzükler gibi yazılı hukuk kuralıdır ve bu kapsamda bu işlemlerin içeriği ve kapsamı maddi kanun görüşüne uygun olarak genel, soyut ve kişisel olmayan kuralları barındırmaktadır. Tüzüklerin tersine yönetmeliklerin Danıştay'ın incelemesinden geçirilmesi şartı yoktur. Yönetmeliklerin Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmaları 2017 değişiklikleri öncesinde de sonrasında da gerekmediği gibi 124. madde gereği her yönetmeliğin Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğu da bulunmamaktadır.

İçerikleri itibariyle yani maddi olarak kanunlar gibi bir tek kişiye uygulanacak olsalar bile kişiye özgü olmayan, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut ve nesnel olan idarenin düzenleyici işlemleri, yazılı hukuk kuralı koyan işlemlerdir¹¹⁶. Yukarıda incelediğimiz Anayasa'nın mülga 115. maddesinde düzenlenen tüzükler ve 124. maddelerinde düzenlenen yönetmelikler, organik anlamda yürütme işlemleri olsalar da

¹¹⁵ Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, s. 64; Tanör – Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s.387; Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 219

¹¹⁶ Gözler'e göre düzenleyici işlemler ile bireysel idari işlemler arasında iki özellik bakımından fark vardır. İlk düzenleyici işlem genel niteliktedir, ikincisi düzenleyici işlem kişilik dışı niteliktedir. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.1, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s.1153-1154.

kişiy e özgü olmayan, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut ve nesnel kurallar koydukları için maddi anlamda kanunlara benzemektedirler¹¹⁷.

İdare yukarıda açıklanan kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük ve yönetmelik dışında başka pek çok isim altında düzenleyici işlem yapmaktadır. Talimat, genelge, yönerge, sirküler, tebliğ, genel emir, duyuru, ilan, karar, kararname, ilke kararı, esaslar, statü, tenbihname, genel tenbih, tarife, izahname, açıklama gibi çok değişik isimler altında idare kişiy e özgü olmayan, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut ve nesnel kurallar koymaktadır.

Yürütme organının Anayasa’da açıkça ifade edilmeyen fakat ifadesini zımnen bulan¹¹⁸ ve kanunlara aykırı olmayan bir takım tasarrufları yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹. İdarenin düzenleme yetkisi öncelikle Anayasa’dan kaynaklanır. Anayasa’nın Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini düzenleyen 104/17 ve 119/6 maddeleri, yönetmelikleri düzenleyen 124. maddesi açık bir şekilde idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisini kabul etmektedir¹²⁰. Her ne kadar Anayasa’da Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler için bu yönde açık bir düzenleme bulunsa da Anayasa’da ismi geçmeyen yukarıda saydığımız isimler altındaki idarece gerçekleştirilen düzenleyici işlemlerin kaynağının bu hükümler olduğu daha açık bir ifadeyle adsız düzenleyici işlemlerin kaynağının Anayasa olduğu tam manasıyla söylenememektedir¹²¹. İdarenin düzenleme yapabilme yetkisinin kökeni, Anayasa’da bizzat zikredilmeyen yukarıda saydığımız isimler altındaki düzenleyici işlemleri de içine alır şekilde yürütmenin kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik hükümlerinin yürütülmesi görevine dayandırılmaktadır¹²². Hakikaten bakıldığında yasama organının kanunlar ile yürütmenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve

¹¹⁷ A.g.e., s. 1153

¹¹⁸ Anayasa 8, 104, 119, 125, 126, 127 maddelerinde bu yetkiye ilişkin zımni düzenlemeler bulunmaktadır.

¹¹⁹ Polat, Türk Ceza Hukuku’nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, s. 54

¹²⁰ Fatma Didem Sevgili Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD)**, C:63, S:2, 2014, Ankara, s. 400

¹²¹ A.g.e.

¹²² A.g.e; Burak Öztürk, **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.92.

yönetmelikler ile toplumsal yaşamı ilgilendiren her konuyu düzenlemesinin imkânsız olduğu bir gerçektir. İdarenin yukarıda belirttiğimiz görevini yerine getirebilmesi adına genel bir düzenleme yetkisi ile donatılmış olması zaruridir¹²³. Bu adsız düzenleyici işlemler normlar hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında yer almaktadır.¹²⁴

Türk Ceza Kanunu 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturacak norm olarak “kanun” ifadesinden maddi anlamı ile kanunun anlaşılması gerektiğini ifade eden görüş uyarınca tüzükler, yönetmelikler, adsız düzenleyici işlemler birer yazılı hukuk kuralı olarak bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilir. Keza bu görüş uyarınca işlemin içeriğinin ve kapsamının yukarıda da ifade edildiği gibi genel, kişiye özgü olmayan, bir kez uygulanmakla tükenmeyen, soyut, nesnel kuralları barındırıyor olması yeterlidir ve işlemi yapan organın bir önemi yoktur. Bu bağlamda bir tüzük, yönetmelik, adsız düzenleyici işlem tarafından emredilen ya da müsaade edilen fiilin suç tipine uyuyor olması bu fiilin hukuka aykırılığını sonuçlandırmayacak. Tam tersi TCK 24. madde çerçevesinde tipe uyan fiilin hukuka uygun olduğu söylenecektir.

Yukarıdakinin tam tersi şekilde kanun ifadesinden şekli anlamı ile kanunun anlaşılması gerektiğini savunan görüş çerçevesinde tüzüklerin, yönetmeliklerin ve adsız düzenleyici işlemlerin TCK 24. maddede düzenlenen hukuka uygunluğa vücut vermesi mümkün değildir. Zira tüzükler, yönetmelikler ve adsız düzenleyici işlemler birer yasama faaliyeti olmayıp bir yürütme faaliyetidir. Yine mülga 115. madde uyarınca tüzükler kanunlara aykırı olamazlar ve sadece kanunların uygulanmasını göstermek veya kanunların emrettiği işleri belirtmek amacıyla çıkarılabilirler. Dolayısıyla tüzükler TCK 24. madde bağlamında anayasal sistem içerisinde şekli anlamıyla kanun değildir ve yine şekli anlamda kanuna eşdeğer olmayıp normlar

¹²³ Ragıp Sarıca, **Türkiye’de İcra Uzwunun Tanzim Salahiyeti**, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, İstanbul, 1943, s.317; Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, s. 401; Gözler’e göre idarenin düzenleme yetkisi eşyanın tabiatından kaynaklanmaktadır. Yine Gözler’e göre idarenin düzenleme yetkisinin üç kaynağı vardır. Bunlar Anayasa, kanun ve eşyanın tabiatıdır. (Gözler, **İdare Hukuku**, s.1157-1158) .Kanun koyucunun herşeyi düzenleme imkanının bulunmaması, kamu hizmetinin iyi işlemesi, kamu düzeninin sağlanması, takdir yetkisinin objektifleştirilmesi ihtiyacı gibi durum ve ihtiyaçlar, idarenin düzenleme yetkisine sahip olmasını gerektirmektedir. (Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, s. 401)

¹²⁴ Gençay, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, s. 411 vd.

hiyerarşisinde kanunlardan sonra gelir. Bu görüş çerçevesinde bir tüzük tarafından emredilen ya da müsaade edilen tipe uygun fiilin TCK 24. madde çerçevesinde hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir.

5) Örf Adet, Gelenekler

Türk hukukunda doktrin ittifak halinde örf-adet kurallarının ve alışlagelmiş geleneklerin TCK 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine dayanak teşkil edemeyeceği görüşündedir¹²⁵. Bu görüş 24. madde başlığında ve metninde geçen kanun ifadesinden şekli anlamıyla kanunun anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar tarafından olduğu gibi maddi anlamıyla kanunun anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar tarafından da ortaya konulmaktadır.

Toplumsal hayat içerisinde gerek ülkenin tamamında gerekse belirli bölgelerde bir takım davranışlarda bulunmayı örf adet emredebileceği ya da bu davranışlara müsaade edebileceği gibi bir takım davranışların sıklıkla sürdürülmesi ve toplumun alışlagelmiş bu geleneksel davranışları benimsemesi söz konusu olabilir. Bu davranışların aynı zamanda bir suç tipine uygun düşmesi halinde örf adet ve geleneklerin sırf bu davranışları emretmesi ya da bunlara müsaade etmesi davranışın hukuk uygunluğuna yol açmayacaktır. Öyle ki bir takım davranışların “töre” emrettiği ya da onayladığı için gerçekleştirilmesi tam aksine bu suçların nitelikli hallerini oluşturmaktadır. (TCK Md. 82/1-k)

Örf adet tarafından emredilen ya da müsaade edilen belli davranışların ya da alışlagelmiş geleneksel uygulamaların suç tipine uygun düşmesi halinde bu fiillerin hukuka uygunluğu, TCK 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde söz konusu olamasa da bu durum bu fiillerin hukuka aykırılığını sonuçlandırmaz. Zira hukuk düzeninde hukuka uygunluk nedenlerinin kesin bir sayısı yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri yazılı hukuk

¹²⁵ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 368; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 299; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414; Koca – Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 271; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310; Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 83.

kurallarından kaynaklanabileceği gibi örf adet ve geleneklerden de kaynaklanabilir. Örf adet ve geleneklerin hukuka uygunluk nedenine kaynak olabilmesi “kanunsuz suç olmaz” ilkesine aykırılık teşkil etmez¹²⁶. Örf adet kuralları ve alışlagelmiş gelenekler, ceza hukukunun kaynağı olarak kabul edilmez fakat bu ilke failin lehine olan kurallar için geçerli değildir¹²⁷. Belirlilik ilkesi, potansiyel faillerin hangi davranışları gerçekleştirmeleri halinde suçlanarak cezalandırılacaklarını açık bir şekilde bilmelerini gerektirdiği gibi potansiyel mağdurların hangi tür davranışların hukuka uygun olduğunu ve bu davranışlara muhatap olurlarsa bunlardan doğacak sonuçlara katlanmak yükümlülüğü altında olduklarını bilmelerini de gerektirir. Bu açıdan belirlilik ilkesi gereğince örf adet ve geleneklerden neşet eden hukuka uygunluk nedenleri mümkün olduğunca yazılı hukuk kurallarına dönüştürülmelidir¹²⁸.

Fransız ceza hukukunda sorumluluk anlayışının evriminde özellikle Fransız İhtilali sonrası ortaya çıkan anlayış yasalılık (*légalisme*) anlayışıdır. Bu anlayış, sorumsuzluğun nedenleri belirli olmalıdır ve yasa bunları tanımlamalıdır görüşünü ortaya koymaktadır¹²⁹. Bu anlayış çerçevesinde kişilerin çeşitli özgürlüklerden yoksun kalmasını sonuçlayan suç ve cezaların tanımlanması gerekmektedir. Bununla beraber kişilerin hangi hallerde işlemiş oldukları fiillerden sorumsuz oldukları da tanımlanmalıdır. Bu anlayış Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ni de etkilemiştir ve bu anlayışın izlerini, 1810 Fransız Ceza Yasası’nda ve 1994 Fransız Ceza Yasası’nda görmek mümkündür¹³⁰. Yine bu anlayış çerçevesinde örf adetin Fransız hukukunda bir fiile hukuka uygunluk sağlaması kabul edilmemektedir. Yasalılık anlayışının etkisiyle örf adetten ya da alışlagelmiş geleneklerden doğan nedenlerin hukuka uygunluk sağlayabilmeleri bunların ancak yasama erki ya da düzenleyici işlem erki tarafından birer yazılı hukuk kuralına dönüştürülmüş olmalarına bağlıdır. Yani kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini

¹²⁶ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 270

¹²⁷ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, 2004, s. 117-118.

¹²⁸ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 271.

¹²⁹ Brigitte Pereira, “Responsabilité Pénale”, **Répertoire de droit pénal et de procédure pénale** içinde, Dalloz, k.n. 6, 11.

¹³⁰ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, Md. 5 ve 8; Carbasse, “Le droit pénal dans la déclaration des droits de l'homme”, s. 123 vd.

düzenleyen 122-4 maddesinin kanunlar ve düzenleyici işlemler dışındaki örf adet gibi kural türleri bakımından sessiz kalması özel yasaların bu boşluğu doldurması ile giderilmiştir ve neticede yine 122-4 maddesinde düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine bu surette işlerlik kazandırılmıştır. Örneğin Fransız Ceza Yasası 521-1 maddesi ile belirli yörelerde yüzyılları aşkın süredir uygulanan boğa güreşleri ve horoz dövüşleri bakımından bu yöneme başvurmıştır.

Şunu da belirtmekte fayda görmekteyiz ki Fransız Yargıtayı zaman zaman yasadan doğmayan ve fakat örf adet ya da geleneklerin müsaade ettiği bir takım davranışların hukuka uygun olduklarına hükmedebilmektedir. Örneğin anne ve babaların ya da eğitimcilerin, çocukların eğitimi için basit tecziyelerde bulunmasına Fransız Yargıtayı müsamaha ile yaklaşmakta bu fiillerin yaralama suçu bakımından hukuka uygun oldukları yönünde kararlar vermektedir. Bu durum Fransız ceza hukukunda tipe uyan bir davranışın, kanun ya da düzenleme tarafından emredilmesi ya da müsaade edilmesi haricinde başka hiçbir şekilde meşrulaşamamasından ileri gelmektedir. Zira bir davranış meşru savunmanın, zorunluluk halinin şartlarını oluşturmuyorsa yahut açıkça hukuka aykırı olmayacak şekilde amirce emredilmediyse ancak bir kanun ya da düzenleme tarafından emredilmiş ya da izin verilmişse hukuka uygundur. Yani basit idari işlemlerin, göz yummaların, örf adetin ya da geleneklerin tipe uyan bir eylemi emretmesi ya da bu eyleme müsaade etmesi bu eylemi hukuka uygun hale dönüştürmez. Dolayısıyla Fransız Yargıtayı, tedip hakkına ilişkin yukarıdaki örnekte olduğu gibi bir takım geleneksel davranışları hukuka uygun hale getirebilmektedir. Fakat bu örnekler istisnaidir ve Fransa’da hakim anlayış örf adet ile bağdaşan bir davranışın yasa koyucu tarafından bir yazılı hukuk kuralına dönüştürülmediği sürece tipe uyuyorsa hukuka uygunluğundan bahsedilemeyeceği yönündedir.

Türk ceza hukukunda ise 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’ndan farklı olarak 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılmasını da (Md. 26/1) düzenlediğinden örf adet kuralları ile bağdaşan tipe uygun fiillerin hukuka uygunluğundan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka

uygunluk nedeni harici alanda da bahsedilebilir¹³¹. Gerçekten TCK 26/1 maddesi, “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” ifadesi ile hak bahşeden ve bu hakkın kullanılmasının şartlarını belirleyen bir kuralın hukuka uygunluk etkisini tamamlamaktadır¹³². Bu bağlamda hakkın kaynağı kanun, kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik, diğer düzenleyici işlemler gibi yazılı hukuk kuralları olabileceği gibi örf adet, gelenek ve hatta kanunun açıkça kabul ettiği hallerde nesafet¹³³ de olabilir¹³⁴. Örf adet, toplumsal ilişkilerden kaynaklı olabileceği gibi bir mesleğin, işin, bilimin, sanat veya spor faaliyetinin icrasından kaynaklı da olabilir¹³⁵.

Örf adet kurallarından doğan emir ve müsaadelerin hukuka uygunluk sağlamasının ilk örneği yukarıda değinildiği gibi TCK 26/1 maddesinde düzenlenen hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenidir. Örf adet ve gelenekler hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenine işlerlik kazandıracak şekilde bir takım davranışları gerçekleştirmek konusunda kişiye hak bahşedebileceği gibi bundan farklı olarak belirli davranışların gerçekleştirilmesi, örf adet ve gelenekler tarafından müsamaha ile de karşılanabilmektedir. Yani kişinin tipe uyan fiili gerçekleştirmek şeklinde bir hakkı olmasa da bir takım tipe uygun düşen davranışlar örf adet ve gelenekler tarafından hoş görülmektedir. Bu son durumda fiilin hukuka uygunluğu için TCK 26/1 maddesine başvurma imkânı yoktur.

Örf adet tarafından müsamaha gösterilen fiillerin hukuka uygunluğu şekli hukuka aykırılık anlayışının dışında maddi hukuka aykırılık anlayışı ile ilgili bir meseledir. Maddi hukuka aykırılık anlayışı, bir fiilin suç tipine şeklen uygun olması ve suç tipi ile korunan hukuku değerin ihlal edilmiş olması ile ilgilenmeyip bu fiilin

¹³¹ Koca – Üzülmüş, “...kanun koyucu, belirlilik ilkesi gereğince, örf ve adet hukukunca tanınmış olan hukuka uygunluk nedenlerini imkan ölçüsünde somutlaştırmalıdır. Zira potansiyel faillerin ve hatta onun kurbanlarının hangi şartlar altında bir hukuka uygunluğun var olduğunu bilmesi gerekir.” Diyerek yasalılık anlayışına yakın bir anlayış ortaya koymaktadır. Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 271.

¹³² Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 333

¹³³ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, **AÜHFD**, C: 41 S: 1 Yıl: 1990, s. 8.

¹³⁴ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 284

¹³⁵ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s.171; Polat, **Türk Ceza Hukuku’nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme**, s. 18

topluma hakikaten zarar verip vermediği, normun konuluş amacının ihlal edilmiş olup olmadığıyla ilgilenmektedir¹³⁶. Eğer maddi hukuka aykırılık anlayışı kabul edilirse bunun sonucu olarak kanunda yer almayan başka hukuka uygunluk nedenlerinin de kabul edilmesi gerekir¹³⁷. Bu çerçevede Türk doktrininde, izin verilen risk¹³⁸, fiilin toplumsal (sosyal) uygunluğu¹³⁹ gibi bir takım kavramların değerlendirildiği görülmektedir. Örf adet kuralları tarafından müsaade edilen ve fakat tipe uygun olan fiiller ile ilgili Türk hukukunda doktrin tarafından “fiilin toplumsal uygunluğu¹⁴⁰” yaklaşımı, bahsedilmiş bir hak olmayan davranışların cezalandırılmasının önüne geçilmesini açıklamakta kullanılmaktadır. Bu da örf adet kurallarının müsaade ettiği fakat bir hak görünümünde olmayan fiillerin cezalandırılmamasının bir diğer yoludur.

Otobüs şoförünün yolcuyu inmek istediği durakta değil pek çok yolcunun topluca ineceği bir sonraki durakta indirmesi, işini özenle gören memura vatandaşın basit ve ucuz bir hediye sunması ve memurun bu hediyeyi kabul etmesi, memurun

¹³⁶ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 354; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe şekli ve maddi hukuka aykırılık şeklinde bir ayırımın yapılmasına katılmamaktadır. Yazarlara göre fiilin kanunca korunmuş hukuki değeri ihlal edip etmediğine ilişkin değerlendirme ancak bir yorum yöntemi olabilir. Bu yorum ile varılmak istenen gaye kanun koyucunun bu suç tipini neden yasalaştırdığı ve bununla neyi amaçladığının ortaya konulmasıdır. Yoksa fiili suç olmaktan çıkarmaz. Lakin sonuç cezanın belirlenmesinde bir araç olabilir. (Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 276)

¹³⁷ Hukuka aykırılığın şekli olmadığı ve maddi hukuka aykırılık anlayışı ışığında hukuka uygunluğun kanunlarda yazanlar ile sınırlı olamayacağı Yargıtay tarafından da kabul görmektedir. Yargıtay’ın bir kararında konuya yaklaşımı şu şekildedir: “...Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, fiili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca kanunun asıl fikrine “ratio legis”e bakmak gerekir. Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “haklı” sayılabilmesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirtilen halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza hukukunun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz...” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 28.03.1983 T., 1983/56 E., 1983/144 K.)

¹³⁸ Bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998. Yazar bu kavramı hukuka uygunluk temelinde tartışmamaktadır.

¹³⁹ Bkz. Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:69, Y: 2007, s. 55 vd. Yazar önemsiz hukuksal yarar ihlallerinin şeklen tipe uysalar dahi maddi olarak tipikliği gerçekleştirilmeyeceği temelinde meseleyi tartıştığı için önemsiz hareketleri tipikliği kaldırarak neden olarak ele almaktadır.

¹⁴⁰ Kavram ve fiilin toplumsal uygunluğu teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 67 vd.

kamu kurumuna ait bir yaprak kâğıdı veya zımbayı ya da ataşı kendi işi için kullanması, bir çocuğun oyun oynadıkları bir başkasına ait arsadaki ağaçtan elma koparıp yemesi, gelin arabasının önünün kesilerek bahşiş alınmadıkça arabanın yola devam etmesine müsaade edilmemesi olaylarında fiiller şekli hukuka aykırılık anlayışı çerçevesinde çeşitli suç tiplerine uymaktadır¹⁴¹. Ne var ki bu fiillere örf adet ve gelenekler müsaade etse de bu fiillerin Ceza Kanunumuzda düzenlenen herhangi bir hukuka uygunluk nedeni tarafından hukuka uygun hale getirildiği söylenemez. Şayet hakkın kullanılması örf adetten doğan bir hakkın icrasını hukuka uygun hale getirir diyorsak bu sayılan fiiller örf adet tarafından sunulmuş bir hak görünümünde değillerdir. Bu yüzden doktrinde bazı yazarlar bu saydıklarımız gibi önemsiz hareketleri fiilin toplumsal uygunluğu ile ele almaktadır¹⁴². Fiilin toplumsal uygunluğu normatif bir kavramdır ve bu yönüyle örf adet hukuku ile iç içe ele alınması gerekir. Fiilin toplumsal uygunluğu kavramı sosyolojik değil, hukuksal bir kavramdır¹⁴³.

Yukarıdaki örneklerde görülebileceği üzere, fiilin toplumsal uygunluğuna konu olan hareketler önemsiz addedilecek hareketlerdir. Yine bu fiiller nicelik itibarıyla oldukça değersizdir. Toplum bu gibi önemsiz hareketlere ve niceliksel olarak ihlale yol açamayacak düzeyde değersiz bir takım davranışlara, bu fiiller toplumun düzenini bozmadığı ve bu kuralların konuluş amacına aykırı düşmediği için müsamaha ile yaklaşmaktadır. Yargıtay da pek çok kararında nicelik olarak değersiz ve önemsiz bir takım davranışların cezalandırılmayacağına hükmetmektedir¹⁴⁴. Yine Yargıtay, kararlarında bazı davranışların “törelere, örf ve adetlere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürü” olduğu gerekçesini ortaya koymaktadır¹⁴⁵.

¹⁴¹ Fiilin toplumsal uygunluğu konusunda başkaca örnekler için bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**.

¹⁴² Önemsiz hareketlerin hukuki niteliği hakkında bkz. Salih Özkan, **Ceza Hukukunda Önemsizlik**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018. Özellikle toplumsal uygunluğun tipikliği kaldıran neden olduğuna dair (s. 191), hukuka uygunluk nedeni olduğuna dair (s. 193) ve örf adetin ceza hukukuna etkisine dair (s. 213 vd.) kısımlar.

¹⁴³ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 74

¹⁴⁴ Bkz, Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 14.06.1984 T, 1984/3548 E., 1984/5184 K

¹⁴⁵ Bkz, Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 18.10.1988 T. 1988/8868 E., 1988/11188 K.; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 11.10.2001 T, 2001/8665 E. 2001/9309 K.

Yukarıda örnek verdiğimiz hallerde toplumsal uygunluk anlayışının bu fiillere hukuka uygunluk kazandırdığı görüşünde olanlar bulunduğu gibi bu görüşün karşısında olanlar da bulunmaktadır. Zafer, toplumsal uygunluğun maddi hukuka aykırılık görüşü ile değerlendirildiğinde hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeye müsait olduğunu söylemektedir¹⁴⁶. Hakeri ise böyle bir hukuka uygunluk nedeninin kabul edilmemesi gerektiğini ve kanun koyucunun suç tiplerini daha belirgin olarak düzenlemesi gerektiğini söylemektedir. Yazara göre: “*Her ne kadar, müstakil bir hukuka uygunluk sebebi olarak “toplumsal uygunluk” düşünülebilirse de, böyle bir hukuka uygunluk sebebini reddetmek gerekir. Toplumsal uygunluğun fiilin hukuka aykırılığını kaldırıcı etki yapması kabul edilemez. Toplumsal uygunluk düşüncesi sadece suç tiplerinin yorumunda bir bakış açısı olabilir; hukuka uygunluk sebebi olamaz. Toplumsal uygunluk düşüncesinin, ancak müstakil suç unsurlarını sınırlayıcı, tipikliği daraltan şekilde kullanılması kabul edilebilir. Sonuç olarak kanun koyucu suç tiplerini daha belirgin şekilde düzenleyecek olursa, toplumsal uygunluk kriterine gerek kalmayacaktır. Bu nedenle genel nitelikli bir hukuka uygunluk nedeni olarak sosyal uygunluk esasının düzenlenmesi reddedilmelidir*”¹⁴⁷.

Yargıtay hukuka aykırılığı şekli hukuka aykırılıktan ziyade maddi hukuka aykırılık anlayışı çerçevesinde görmektedir. Örf adet ve geleneklerin müsamaha gösterdiği fiillerin cezasızlığına dair kararları bulunmakla beraber bu hale töreleri, örf ve adetleri, geleneklere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığı ve genel hoşgörüyü gerekçe olarak gösterebilmektedir. Bu kararlarda cezasızlığın nedeni olarak hukuka uygunluk¹⁴⁸ gösterilebildiği gibi bu nedenlerden ötürü failin kastının yokluğu¹⁴⁹, niceliksel değersizlikten ötürü tipikliğin yokluğu¹⁵⁰ da bu kararlara gerekçe gösterilebilmektedir. Netice itibarıyla Fransız ceza hukukunun normatif düzenlemeleri, içtihadı ve doktrini ile şekli hukuka aykırılık anlayışına çok daha yakın olduğu ve kanuni bir düzenlemeye oturtulmadığı sürece örf adetten kaynaklı hukuka uygunluğu tasvip etmediği, bunun aksine Türk hukukunun normatif düzenlemeleri,

¹⁴⁶ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 357,358.

¹⁴⁷ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemli Hareketler”, s. 81

¹⁴⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 14.6.1984 T., 1984/3548 E., 1984/5184 K.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 11.10.2001 T., 2001/8665 E. 2001/9309 K.

¹⁵⁰ Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 25.03.1986 T., 1986/361 E., 1986/3227 K.

içtihadı ve doktrini ile maddi hukuka aykırılık anlayışına yatkın olduğu ve örf adetten doğan hukuka uygunluğu kabul ettiği söylenir. Fiilin toplumsal uygunluğunu bu çerçevede bir kriter olarak ele alan Türk doktrin ve içtihadının yaklaşımı, örf adet ve gelenekler tarafından müsaade edilen fiillerin, yazılı hukuka uygunluk nedenlerinden birine uymasa da hukuka uygunluğunun mümkün olduğu yönündedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuka uygunluk nedenlerinin kesin bir sayısı yoktur ve hukuka uygunluğun kaynağı örf adet de olabilir. Bu hal bazen örf âdetin bir hak bahşetmesi yoluyla hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni sayesinde olabilmekte bazen de örf adetin müsaade ettiği önemsiz bir takım fiillerin toplumsal uygunluk kriteri ile ele alınması suretiyle olabilmektedir. Hemen belirtelim ki önemsizlik her zaman örf adetten sadır olmayabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi örf adetten kaynaklanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinin belirlilik ilkesi gereğince olabildiği kadar somutlaştırılması en doğrusudur. Yani örf adet tarafından müsaade edilen fiillerin yazılı birer hukuk kuralı halini alması halinde bunlardan doğacak zarara katlanmak yükümlülüğü bakımından bu fiillerin muhatabı olacak kişilerin hukuk güvenliği artırılmış olacaktır. Bu çerçevede ceza kanunları belirli bölgelerde ya da tüm ülkede örf adet kuralı halini almış uygulamaları ya da gelenekleri yazılı olarak hukuka uygunluğun kaynağı olarak düzenleyebilmektedir. Yukarıda yer verdiğimiz boğa güreşleri ve horoz dövüşleri ile ilgili Fransız Ceza Yasası'nın düzenlemesi bu fiiller bakımından hukuka uygunluğun kökenini örf âdete atfetmekte ve bir kanun düzenlemesi ile de kanunun hükmü hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde örf âdetin sağladığı hukuka uygunluğu somutlaştırmaktadır.

Örf adet ve geleneklerin müsaade ettiği fiillerin hukuka uygunluğunun bir diğer yolu örf adet kurallarının yazılı hukuk kuralı haline getirilmesidir. Bu haliyle şekli hukuka aykırılık bakımından bir yazılı hukuk kuralı halini alan örf adet kuralı, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile müsaade ettiği fiilleri hukuka uygun hale getirmektedir. Burada örf adetin kabul etmiş olduğu bir davranış biçimi kanun tarafından da tanınmakta ve böylece davranışın meşruiyetinin kaynağı kanun olmaktadır.

Ceza kanunları çeşitli maddelerinde örf adet gelenek ve hatta teamüllerden doğan kuralların sağladığı meşruiyete yer vererek kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde örf adet kurallarının sağladığı hukuka uygunluğu somutlaştırabilmektedir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun "müstehcenlik" başlıklı 226. Maddesi müstehcen bir takım fiilleri suç kategorisine sokup cezalandırmaktadır. Aynı maddenin 7. fıkrasına göre *"Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz."*

Bilimsel eserlerin, sanatsal ya da edebi eserlerin müstehcenlik suçuna vücut verebilecek öğeler ihtiva edebileceği, yazılı hukuk kuralları ile değil ilgili bilimin, sanatın, işin, mesleğin doğası ve örf adet halini almış uygulamaları gereğidir. Hatta bunun tam aksine bu faaliyetlere ilişkin yazılı düzenlemeler genel ahlakı koruyucu hükümler içerebilmektedir. Örneğin televizyon ve radyo yayıncılığına ilişkin 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu "yayın esasları" başlıklı 5. maddesinin e) bendi, genel ahlakın gereklerini, milli gelenekleri ve manevi değerleri gözetmeyi genel yayın esası olarak düzenlemektedir. Yine 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun "yayın hizmeti ilkeleri" başlıklı 8. maddesi ile yayın hizmetlerinin müstehcen olamayacağını düzenlemektedir. Müstehcenliğin suç olması fakat bilimin, sanatın ya da edebiyatın müstehcenlik anlamına gelecek bir takım öğeleri ihtiva etmesi karşısında Türk Ceza Kanunu 226/7 maddesi ile bu suç tipinde düzenlenen fiillere özgü bir hukuka uygunluk nedeni düzenlemiştir¹⁵¹.

Bilimsel eserlerle edebi ve sanatsal değeri olan eserlerin müstehcenliğine bu alanlardaki örf adetin müsaade etmesi böylelikle yukarıda yer verdiğimiz kanuni düzenleme ile de korunmaktadır. Bu durumda bilimsel, sanatsal ve edebi değeri olan eserlerdeki müstehcen öğelere bu alanlardaki örf adetin müsaade etmesi bir kanun kuralı haline dönüştürüldüğü için eserinde müstehcen bir öğeye yer veren bilim adamı,

¹⁵¹ Gökhan Taneri, "Müstehcenlik Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 13, S. 1, Yıl: 2018, s. 603

sinema yönetmeni, piyes yazarı kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hukuka aykırı hareket etmiş olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu 226. maddede düzenlenen müstehcenlik suçuna benzer bir düzenleme 1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası'nın 283. Maddesinde düzenlenmekteydi. Fransız ceza hukukunda iyi ahlakın terzili (*outrage aux bonnes mœurs*) suçu olarak adlandırılan bu suç tipi düzenlemesi 1994 yeni Fransız Ceza Yasası ile kaldırılmış fakat bu suç tipine ait bazı cezalandırılan fiillere madde 227-24 fıkra 1'de yer verilmiştir. Pornografik mesajların yayılması (*délit de diffusion de messages pornographiques*) suçu olarak adlandırılan bu suç tipi düzenlemesi uyarınca “Herhangi bir araçla herhangi bir ortamda şiddet içerikli, terörizmi azmettirici, pornografik veya insanlık onuruna ağır saldırı mahiyetindeki, çocukları kendilerine fiziksel zararlar vermesine yol açacak oyunlara azmettirici mesajları üretmek, iletmek, yaymak böyle bir mesajın ticaretini yapmak bu mesajlar küçükler tarafından görülebilir ya da algılanabilir olmaya müsaitse üç yıl hapis ve 75.000 Avro para cezası ile cezalandırılır¹⁵². 1994 Fransız Ceza Kanunu bu hükümden de anlaşılacağı üzere çocukların erişimine müsait olmadığı sürece eski iyi ahlakın terzili suçunun düzenlediği fiilleri cezalandırmamaktadır¹⁵³.

Fransız içtihadı iyi ahlakın terzili suçunun yürürlükte olduğu dönemde örf adete dayalı uygulamalar ve alışlagelmiş geleneklerin yerine getirilmesini bu fiiller bakımından hukuka uygun kabul eden kararlar vermiştir. Örneğin Mahkemeler diğer gerekçeler yanında kabul edilmiş göreneklere atfen sex-shop işleteninin iyi ahlakın terzili fiilinden sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir¹⁵⁴. Mahkemeler göreneklerin kabulü konusunda oldukça sıkıdır. Örneğin Paris ilk derece mahkemesi detaylı ve hassas şekilde yaptığı incelemeyle, sex-shop işletmelerinin elde ettiği gelirin ve taşkın

¹⁵² Fransız Ceza Yasası 227-24 maddesinin orijinal metni şu şekildedir: “Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.”

¹⁵³ Fabrice Cahen, “Lutter contre l'avortement illégal”, **Revue électronique de L'Atelier du Centre de recherches historiques**, Erişim (29 Kasım 2018). <http://journals.openedition.org/acrh/4533>

¹⁵⁴ Besançon İstinaf Mahkemesi, 9 Mayıs 1972, **JCP**, Général, Y:1973, C: II, s. 17305.

bir biçimdeki aşırılık yanlılarının beyanlarının ve toplumdaki temsillerinin ciddi bir sosyal göreneğin göstergesi olarak değerlendirilemeyeceğine haliyle bu durumun bir gelenek demek olmadığını ifade etmiştir¹⁵⁵.

Yukarıda Türk Ceza Kanunu 24. madde ilk fıkrada düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilecek norm türleri incelenmiştir. TCK 24. maddenin başlığında ve metninde yer alan kanun ifadesi şekli ve maddi açıdan farklı anlamlara karşılık gelmektedir.

Kanunu maddi anlamda kabul edersek başta yasama meclisi işlemi olan kanunlar, yürütme işlemi olan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve sayısız isimle adlandırılabilen adsız düzenleyici işlemlerin tamamı birer yazılı hukuk kuralı olarak bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilir.

24. maddenin başlığında ve metninde yer verilen kanun ifadesini şekli anlamıyla kabul edersek bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını organik olarak yasama meclisi işlemi olan kanun ancak oluşturabilir. Bu çerçevede yukarıda ayrıntıları izah edildiği şekliyle kanunlar, olağan ve olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri, olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri TCK 24. maddede düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilir. Bunun dışında tüzükler, yönetmelikler, adsız düzenleyici işlemlerin organik olarak birer yürütme işlemi olması bu düzenlemeleri kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin birer dayanağı olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Kanun ister maddi ister şekli anlamıyla kabul edilsin örf adet ve geleneklerin suç tanımlarında yer verilen fiilleri hukuka uygun hale getirmesi TCK 24. madde çerçevesinde olası değildir. Örf adet ve gelenekler bir hak bahşediyorsa TCK 26/1 maddesi uyarınca hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenine vücut verir. Bir hak bahşetmeyen ve fakat müsamaha ile karşılanan önemsiz ve niceliksel olarak değersiz bir takım fiiller de toplumsal olarak uygun görüldüğü için hukuka uygun kabul

¹⁵⁵ Paris İlk Derece Mahkemesi, 8 Kasım 1976, **Recueil Dalloz**, Y: 1977, s. 320, Patrice Roland notuyla.

edilebilirler. Bunlar dışında örf adete uygun düşen veya gelenek halini almış davranışların hukuka uygunluğu kanunların bunlara düzenleme yoluyla özel bir hukuka uygunluk sağlaması ile söz konusu olabilir.

Fransız ceza hukuku şekli hukuka aykırılık anlayışına yatkın bir şekilde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağı olarak yalnızca kanunları ve genel düzenleyici işlemleri görmektedir. Zaten Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesi de bu anlayışa uygun olarak hukuka uygunluğun dayanağı olacak norm türlerini sayma yolunu seçmiştir. Bunlar dışındaki norm türlerinin emrettiği ya da müsaade ettiği bir fiilin suç tipine uygun düşecek şekilde işlenmesine hukuka uygunluk sağlanmamaktadır. Türk ceza hukuku ise maddi hukuka aykırılık anlayışına yatkın olarak hukuka uygunluğun dayanağını oluşturacak norm türlerini sayma yolunu seçmemiş maddi yönü ile de anlaşılabilir kanun ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Kanunun maddi yönü dikkate alınırsa yazılı hukuk kurallarının tamamı TCK 24. maddeden kaynaklanan hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabilir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bizim görüşümüz de bu hukuka uygunluk nedeninin dayanak normunu şekli anlamda kanunlar ile sınırlamamak yönündedir.

Hukuka uygunluğun dayanak normları farklı yönleri ile incelendikten sonra aşağıda hukuka uygun hale getiren dayanak normun konusu farklı görünüşleri ile incelenecektir.

2. Kanun Tarafından Verilmiş Bir Yetki

Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin bir diğer unsuru kanun tarafından kişilere belli şekilde davranma noktasında bir yetki tanınmış olmasıdır¹⁵⁶. Bu yetkiyi sağlayacak olan hukuka uygunluk sağlayacak dayanak normdur. Kanun tarafından tanınmış yetkinin konusu farklılık gösterebilmektedir. TCK Md. 24/1 dayanak normun konusunun ne olacağı hakkında herhangi bir belirleme

¹⁵⁶ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s.31.

yapmamaktadır. Gerçekten de TCK 24/1 maddesi “*Kanunun hükmünü yerine getiren...*” demek suretiyle yerine getirilecek hükmün konu bakımından daraltıldığına dair ipucu vermemektedir. TCK 24/1 maddesinin bu düzenlemesi Fransız Ceza Yasası 122-4 maddesinden farklı olarak normun konusu hakkında bir belirlemeye varmasa da TCK 24/1 maddesi bakımından da Fransız Ceza Kanunu’ndaki düzenleme ile aynı sonuca ulaşılır. Yani düzenleme Fransa’daki muadiline benzer şekilde kanun tarafından emredilen ya da müsaade edilen bir eylemi gerçekleştiren kişiyi ceza sorumluluğundan muaf tutmaktadır. Hukuka uygun hale getiren norm aynı meşruiyeti sağlayacak şekilde konu itibarıyla bir emri ya da bir müsaadeyi ihtiva edebilir. Yukarıda Fransız hukukunda dayanak normun konusu incelenirken Fransa’da bu hukuka uygunluk nedeninin içtihat ve doktrin tarafından geleneksel olarak “kanunun emri” (*ordre de la loi*) şeklinde isimlendirildiğini ifade etmiştik. Bu başlık dar anlamı ile değerlendirildiğinde hukuka uygunluğun kapsamını tam anlamı ile karşılamamaktadır. Bu yüzden 24. madde başlığında da normatif olarak adlandırıldığı gibi Türk hukukunda bu hukuka uygunluk nedenini isimlendirmek için kullanılan “kanunun hükmü” ifadesi çok daha yerinde ve kapsamı itibarıyla açıklayıcıdır.

Aşağıda bu başlık altında hukuka uygunluğun dayanak normunun sağladığı yetkinin konusu olarak emirler ve müsaadeler ayrı alt başlıklar halinde incelenecektir.

a. Emir

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu da dâhil ülkemiz ceza yasalarında, bu kanunnamenin 189. maddesinde 1911 tarihi itibarıyla yapılan değişiklikten bu yana yer alan bir hukuka uygunluk nedenidir. Kanunnamenin 189. maddesine göre “...*zabıta memurları bu babda müstesna olarak, onlar vazife-i memuriyetlerini icrâda nizâm-ı mahsusunun gösterdiği mesâğ üzere ika edebilecekleri katl ve cerh ve darp fiillerinden mes’ûl olamazlar ve onlara mukabele edenler bir vechile mazur olamazlar.*¹⁵⁷” Bu düzenleme 1810 tarihli Fransız Ceza Yasası’nın 327. maddesi düzenlemesine oldukça benzerdir. En önemli farkı Fransız Ceza Yasası bu hukuka uygunluk nedeninin kolluk kuvveti

¹⁵⁷ Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, s. 645.

olsun olmasın tüm kamu görevlileri ve özel kişiler dâhil herkes için düzenlerken Kanunname'nin bu hukuka uygunluk nedenini yalnızca kolluk kuvvetleri için düzenlemiş olmasıdır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu öncesinde 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu 49. Maddesinde bu hukuka uygunluk nedenini düzenlemektedir. 765 sayılı TCK 49. maddesinin ilk bendi gereği “*Kanunun bir hükmünü veya salahiyyetar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle... işlenilen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.*”

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun hükmünden anlaşılabileceği gibi kanunun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedenleri bir aradalık içerisinde tek bir bent altında düzenlenmiştir. Bu usul 1810 Fransız Ceza Yasası'nın da tercih ettiği yöntemdir. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun, kanunun hükmünü ve amirin emrini bir arada düzenlemesi Türk doktrinde bu hukuka uygunluk nedeninin eskiden bu yana görevin ifası - görevin yerine getirilmesi şeklinde tek bir hukuka uygunluk nedeninin farklı kaynakları olarak görülmesine yol açmıştır¹⁵⁸. Dönmezer – Erman'a göre, kanunun hükmü görevin yerine getirilmesinin bir kaynağıdır. Yazarlara göre eski 49. maddenin ilk bendi düzenlemesinden anlaşılabilecek olan görevin birinci kaynağının kanun olduğudur¹⁵⁹. Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, görevin ifası (yerine getirilmesi) olarak nitelendirdiği hukuka uygunluk nedeninin 5237 sayılı TCK 24. madde düzenlemesi gereği kanunun hükmünü icra ve amirin emrini ifa olarak iki şeklinin olduğunu söylemektedir¹⁶⁰. Zafer, yeni Ceza Kanunu'nda hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenine yer verilmesi karşısında 24. madde düzenlemesinin kamu görevlileri için görevin ifası hukuka uygunluk nedeni olduğunu ifade ederek eski Ceza Kanunu dönemindeki anlayışı korumuştur¹⁶¹. Artuk-Gökçen, 24. maddede esas olarak görevi yerine getirmenin düzenlendiğini, kanunun hükmünü yerine getiren kişinin görevini ifa ettiğini, bu görev kaynağını doğrudan kanundan alıyorsa kanunun

¹⁵⁸ Günal, **Yetkili Mercii Emrini İfa**, s. 1 vd.

¹⁵⁹ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 83

¹⁶⁰ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 281.

¹⁶¹ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367.

hükmünü yerine getirmenin, görevli ve yetkili amirin hukuka uygun emrinden alıyorsa amirin emrini ifanın söz konusu olduğunu söylemektedir¹⁶².

Yukarıda görüşlerine yer verdiğimiz yazarların, kanunun hükmünü yerine getirmenin bilhassa kamu görevlilerini ilgilendiren görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin bir görünümü olduğu yönündeki sav eski 49. Madde düzenlemesi göz önünde bulundurulduğunda kabul edilebilir bir savdır. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun meseleye ilişkin 24. maddesinin bu iki hukuka uygunluk nedenini farklı fıkralarda düzenlemesi karşısında kanaatimizce bu görüşün geçerliliği kalmamıştır. Fransız Ceza Hukuku da benzer bir süreci yaşamıştır. Eski 327. maddenin belirsiz kanuni metni biri diğerini içine alacak şekilde kanunun hükmü ile amirin emrini tek bir hukuka uygunluk nedeni olarak yorumlanmaya oldukça müsaitti. Hatta bu düzenleme gereğince fail için hukuka uygunluğun iki gereksinime ihtiyaç duyduğu: ilk olarak bir kanunun emrinin bulunması ve ikinci olarak bir merciin emrinin söz konusu olmasının gerektiği yolunda şüpheli bir şekilde değerlendirilebilmekteydi¹⁶³. Bu şüphelere yol açabilecek yaklaşım, 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Yasası’nın kanunun hükmünü yerine getirme için ayrı bir fıkra (fıkra 1) amirin emrini ifa için ayrı bir fıkra (fıkra 2) hasretmesi ve bu iki objektif sorumsuzluk nedeninin her birine tam bir otonomi sağlaması ile ortadan kalkmıştır¹⁶⁴.

Öncelikle kanunlar ve kanun ifadesinden maddi anlamıyla kanunu anlamak gerektiği yolundaki bizim de katıldığımız görüş uyarınca yazılı hukuk kuralları, “görev” dışında kişilere belirli şekillerde davranmak noktasında müsaadeler tanıyabilir. Haliyle kanun hükümlerinin ifası her zaman bir görevin ifası anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla kanun, kamu görevlileri ile birlikte kamu görevlisi olmayan kişiler için de bir görevin yerine getirilmesini emredebileceği gibi herhangi bir görev niteliği taşımayan belirli şekillerdeki davranışlara da müsaade edebilir. Bu haliyle görev yükleyen emirler, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında hukuka uygun hale getiren ilgili kanun hükmünün konusunu teşkil

¹⁶² Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 411

¹⁶³ Fr. Yargıtayı Ceza Dairesi, 31 Mart 1949: Ceza Dairesi Bülteni 1949, no: 122

¹⁶⁴ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 2.

edebilir. Fakat hukuka uygun hale getiren normların konusu yalnızca emirlerden ibaret değildir. Emirler birazdan inceleyeceğimiz gibi hukuka uygun hale getiren normun konusunun ilk grubunu oluşturmaktadır. Emir niteliğindeki düzenlemeler kamu görevlileri ya da kamu görevlisi olmayan kişiler için uymamanın bir ceza, idare, disiplin ya da özel hukuk yaptırımını takip ettiği düzenlemelerdir.

Bu hukuka uygunluk nedeninin yalnızca kamu görevlileri için söz konusu olacağı diğerleri için ise kanunun hükmünü yerine getirmenin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin kapsamına girdiği yolundaki görüşe¹⁶⁵ de katılmamaktayız. Bu görüş, kanunun hükmünü yerine getirmenin geniş manasıyla hakkın kullanılmasının kapsamında olduğu görüşünün bir görünümüdür. Buna göre kanunun hükmüne uygun davranan kişi geniş manasıyla hakkını kullanmaktadır¹⁶⁶. Kimi yazarlara göre; kişilere bir görev yüklenmişse bu, görevin ifası hukuka uygunluk nedenini oluşturmaktadır¹⁶⁷; kimi yazarlara göre ise kamu görevlilerine bir görev yüklenmişse görevin ifası hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmaktadır¹⁶⁸.

Kanuni her düzenlemenin kişilere hak bahsettiği söylenemez. Emir niteliğindeki düzenlemeler kişilere hak değil tersine ödev yüklemektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 128. maddesine uygun olarak kişilerin iddia ve savunma dokunulmazlığı çerçevesinde ilgili makama sunduğu dilekçesinde isnatlarda bulunması, hakaret suçu bakımından hakkın kullanılması olarak görülecekse de yardım ve bildirim yükümlülüğü çerçevesinde (TCK Md. 98) yaralı birine yardım etmek için kişinin bir başkasının bahçesine girmesi konut dokunulmazlığının ihlali (TCK Md. 116) suçu bakımından hakkın kullanılması olarak görülemez. Zira yardıma muhtaç birine yardım etmek bir hak değil TCK Md. 98'deki unsurlar oluşmuşsa bir ödevdir. Bunun bir hak olduğunun kabulü, üçüncü kişiye yardım etmenin her durumda unsurlarını karşıladığı zorunluluk halindeki her fiilin bir hak olduğu ve hakkın kullanılarak hukuka uygun bir fiilin

¹⁶⁵ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, s. 299

¹⁶⁶ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 82.

¹⁶⁷ A.g.e, s. 83-84.

¹⁶⁸ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, s. 299.

gerçekleştirildiği kabulünü de beraberinde getirir ve böylelikle zorunluluk hali anlamsızlaşır.

Hukukumuzda emir ihtiva eden sayısız düzenleme bulunmaktadır. Hatta belirli şekillerde davranmasını, kişilere bizzatihi ceza kanunları emredebilmektedir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun "Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi" başlıklı 98. maddesi; yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişinin cezalandırılacağı hükmünü düzenlemektedir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden herkese belli haldeki kimseye yardım etmesinin ya da durumu ilgili makamlara bildirmesinin emredildiği anlaşılmaktadır¹⁶⁹. Yine Türk Ceza Kanunu 278. maddesinde herkese, 279. maddesinde kamu görevlilerine, 280. maddesinde sağlık mesleği mensuplarına suçu bildirmeyi emretmektedir. Bu emirlere aykırı davranmak bir ceza yaptırımını gerektirmektedir.

Emir niteliğindeki düzenleme, ceza kanunları dışındaki kanunlarda yer alabilir. Örneğin 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2-d maddesi bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer finansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş makinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticareti ile iştigal edenler veya bu faaliyetlere aracılık edenler ile noterler, spor kulüpleri ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyet gösterenleri "yükümlü" olarak tanımlamıştır. Aynı kanun yükümlü olarak tanımlanan kişilere kimlik tespiti yapmak, şüpheli işlem bildiriminde bulunmak, devamlı bilgi vermek, elektronik kayıtların erişimine imkân vermek ödevlerini yüklemektedir. Hatta kanunun 7. maddesinin 2. fıkrası "...talepte bulunulanlar savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel kanunlarda yazılı hükümleri ileri sürerek bilgi ve belge vermekten kaçınamazlar." hükmünü içermektedir. Buna göre bu kanuna uygun olarak bilgi ve

¹⁶⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 311.

belge veren müşterilerinin hesap bilgilerini erişime açan yükümlüler için TCK 239. maddede düzenlenen “ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması” suçu bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan oluşmayacaktır.

Pek çok halde kanun, suç tipine uygun olan belirli şekillerdeki davranma yükümlülüğünü kamu gücünü elinde bulunduran kişilere yüklemektedir. Yani konusu emir olan hükmün muhatabı pek çok durumda kamu görevlisidir. Bunun dışında bir üst paragrafta verdiğimiz örnekte olduğu gibi kanun çeşitli yükümlülükleri kamu görevlisi olmayan kişilere de yükleyebilmektedir.

1) Kamu Görevlilerine Yönelik Emirler

Doktrinde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin, görevin ifası – yerine getirilmesi olduğu yönündeki yukarıda yer verdiğimiz tanımlama, kanunun kamu görevlilerine yönelik emirleri bakımından geçerlidir. Kamu görevlilerinin belirli davranışları gerçekleştirmesini içeren kanun hükümleri, ister açıkça emir hüviyetinde olsun ister zımni olsun kamu görevlileri için bir görevdir¹⁷⁰. Tam tersi şekliyle kanunların kamu görevlilerine belirli şekillerde davranması için yüklediği görevler her halükarda birer emirdir. Zira kamu görevlilerinin kanunca kendilerine yüklenen görevi yerine getirmemeleri ya da gereği gibi yerine getirmemeleri halinde kişilerin mağduriyetine ya da kamunun zararına yol açmaları TCK 257. madde çerçevesinde fiil başka bir suç oluşturuyorsa görevi kötüye kullanma suçuna vücut verir. Haliyle kanunun, kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilecek davranışlarına ilişkin hükümlerinin konusu her halükarda bir emir olduğunun normatif bir dayanağı da bulunmaktadır.

Kanun pek çok durumda bir davranışın kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesini emrederken doğrudan bu davranışı gerçekleştirecek olan somut kamu görevlisini muhatap almamaktadır. Kanun hükümlerinin çoğunluğu, açık bir

¹⁷⁰ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367; Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 83.

şekilde ya da zımnen, soyut düzenleme ile bunu icra edecek memur arasına yerleştirilmiş, hukuka uygunluğu emri ile sağlayacak bir merciin kontrolünü öngörmektedir. Kamu görevlisinin davranışının, temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldıracak ya da olumsuz etkileyecek durumlar yaratması halinde bu kontrol özellikle söz konusu olmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerinin tamamı istisnai durumlar hariç ancak yetkili adli merciin bu yönde karar vermesi ile yerine getirilir. Bu durum da bu iki hukuka uygunluk nedeninin iç içeliğini ortaya koymakta ve doktrinde görevin ifası şeklinde tek bir hukuka uygunluk başlığı altında değerlendirilmesini sonuçlamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerinin usulüne uygun olarak icra edilmesi bir yetkili merciin emrine ihtiyaç olsun ya da olmasın doktrinin büyük çoğunluğuna göre görevin ifasıdır. Bir kısım yazarlara göre ise bu durumda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni söz konusu olur¹⁷¹. Bu halde amirin emri, görevin ifası dışında kalan haller bakımından sorumluluğa etkisi değerlendirilebilecek bir husustur. Bu görüş çerçevesinde bu tip düzenlemelerde kanun, kamu görevlilerine emrettiği bir görevin ve bu görevin yerine getirilmesi suretiyle hukuka uygunluğun şartını doğrudan bir merciin bu yönde karar vermiş olmasına bağlamıştır. Merciin vermiş olduğu ve somut bir kamu görevlisine hitap etmeyen bir kararın bulunmasını kanunun şart olarak aradığı durumlarda amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni ile kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni tam olarak bir birine geçmiş bir görünüm arz eder. Hakkında yakalama emri bulunan bir kişiye kolluk kuvvetinin kimlik kontrolü işlemi sırasında rastlaması üzerine kişiyi yakalaması kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni gereği hukuka uygundur. Burada aynı anda yetkili merci tarafından verilmiş ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir bulunduğundan amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin şartları da oluşmuştur.

Yukarıdaki paragrafta açıkladığımız görüşün ortaya koyduğu özel durum haricinde, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, bir emrin yerine getirilmesi için bir üstten emir alınmasına ihtiyaç olmadığı ya da üstten emir alınmadan doğrudan kamu görevlisinin tipe uyan eylemi gerçekleştirebildiği durumlarda söz

¹⁷¹ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 413

konusu olmaktadır. Kanaatimizce kamu görevlisinin bir kamu görevini yerine getirmesi için üstünden emir almasının gerektiği durumlarda hukuka uygunluğun dayanağı doğrudan kanun olmayıp amirinin hukuka uygun olarak kendisine vermiş olduğu emirdir. Böylelikle Türk hukukunda doktrinde bir kısım yazarın¹⁷² belirttiği gibi kanunun hükmü ve amirin emri, kamu görevlileri bakımından görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin kaynağı olmak bakımından bir ve aynı kaynaktır. Her durumda emir niteliğini taşıyan görevin dayanağı kanunsa kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, görevin dayanağı amirin hukuka uygun emri ise amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmaktadır.

Tüm bu açıklananları özetleyecek olursak; her halükarda emir olan görevi düzenleyen kanunun hükmünün, kamu görevlisi tarafından doğrudan yerine getirilebildiği hallerde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni mevzu bahis olmaktadır. Kanun, hükmünün yerine getirilebilmesi için bir merciin kararını şart koşuyorsa yukarıda yer verdiğimiz görüş uyarınca bu şart hukuka uygunluğu sağlayacak normun bir şartını oluşturduğundan ilgili kararın verilmesi halinde şartları yerine gelmiş doğrudan uygulanabilir bir kanun hükmü var olduğu için kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni yine söz konusu olmaktadır. Kanunun kamu görevlilerine yüklediği bir görevin yerine getirilmesi, ilgili kanun hükmü dışında kamu görevinin kendi iç mevzuatı ve kamu görevinin disiplin içerisinde yürütülmesi gereği bir üstün emrini gerektiriyorsa bu durumda görevin ifası hukuka uygunluk nedeninin kaynağı kanun değil hukuka uygun emir olmaktadır.

2) Kamu Görevlisi Olmayan Kişilere Yönelik Emirler

Kanun, hukuk düzeninin korunması adına çeşitli vazifeleri genellikle kamu görevlilerine yüklemekle beraber diğer kişileri de belirli şekillerde davranma yükümlülüğü altına sokabilmektedir. Bu hallerde kanun, kamu görevlisi olmayan kişilere çeşitli hükümleri ile emirler buyurmaktadır.

¹⁷² Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 82; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 410 vd.

Kanunun kamu görevlisi olmayan kişilere yönelik emirleri, kanunun hükmünden doğrudan anlaşılabilceği gibi ihmali nitelikteki hareketleri cezalandıran hükümlerin mefhumu muhalifinden de çıkarılabilir¹⁷³. 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2-d maddesinde sayılan ve büyük oranda kamu görevlisi olmayan kişiler olan yükümlülere¹⁷⁴ kanun, faaliyetleri ile ilgili olarak gerektiğinde kimlik tespiti yapmayı, şüpheli işlem bildiriminde bulunmayı, devamlı bilgi vermeyi, elektronik kayıtların erişimine imkân vermeyi açık bir şekilde emretmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 280. maddesi görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubunun cezalandırılacağını düzenlemektedir. Bu hüküm ise mefhumu muhalifi ile örneğin özel hastanede görevli sağlık mesleği mensubuna suç belirtisi ile karşılaştığında bunu yetkili makamlara bildirmesini emretmektedir.

Kamu görevlisi olmayan kişilere yönelik emirler uyulmamasını bir ceza hukuku, idare hukuku ya da özel hukuk yaptırımının takip ettiği hükümlerdir. Bu emirler yukarıda örneğini verdiğimiz TCK 280. madde düzenlemesi gibi bir ihmali suç düzenlemesi olması durumunda bu emre uymamanın yaptırımı bir ceza hukuku yaptırımı olmaktadır. Medeni hukuktan kaynaklanan eşlerin birbirini mutlu etme yükümlülüğünün bir görünümü eşlerin cinsel olarak birbirlerini tatmin etmesidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi boşanmayı ve boşanmada kusurlu bulunan tarafın manevi tazminat ödemesini sonuçlayabilir¹⁷⁵.

Şekli hukuka aykırılık anlayışına uygun olarak kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin tamamı dolaylı olarak kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine de vücut vermektedir. Örneğin şartları oluştuğunda kişinin

¹⁷³ Özgeç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 310.

¹⁷⁴ 5549 sayılı kanunun 2-d maddesi uyarınca yükümlüler: bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer finansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş makinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticareti ile iştigal edenler veya bu faaliyetlere aracılık edenler ile noterler, spor kulüpleri ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyet gösterenlerdir.

¹⁷⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2016/7810 E., 2016/8548 K., 27.04.2016 Tarihli Kararı

meşru savunmada bulunmasına kanun tarafından müsaade edildiği için meşru savunma hukuka uygunluk nedeni, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine de vücut vermektedir. Zaten hukuka uygunluk nedenlerinin bir özelliği de aynı olayla ilgili olarak birbirinden bağımsız ve birbirinin yanında uygulanabilecek şekilde birleşebilmeleridir¹⁷⁶. Her iki hukuka uygunluk nedeninin birleşmesi halinde her ikisinin de ayrı ayrı uygulanmasının sonuçları farklı olmayacaktır. Hangisinin uygulanacağı noktasında örneğin özel norm olan meşru savunmaya ilişkin hüküm (TCK Md. 25/1) genel norm olan kanunun hükmünü yerine getirmeye ilişkin hükmün önüne geçecektir.

Özellik arz eden durum kimi yazarlar tarafından hukuka uygunluk nedeni kimi yazarlar tarafından ise mazeret nedeni olarak nitelendirilen zorunluluk hali ile kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin aynı olayda birleşmesidir. Yani zorunluluk hali kapsamında mazur görülen davranışın esasında kanun tarafından emredilmiş bir davranış olmasıdır. Bu halde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin uygulanması halinde sonuç başka, zorunluluk halinin uygulanması halinde sonuç çok başka olacaktır.

Zorunluluk hali kimi yazarlara göre bazı hallerde hukuka uygunluk nedenidir. Buna göre zorunluluk halinde failin ihlal ettiği hak, korumak istediği tehlikedeki hakka göre daha değersiz ise failin hukuka uygun davrandığı söylenir¹⁷⁷. Bu durumda fail yaşamını kurtarmak için bir başkasının konutuna girmesi ya da bir başkasına ait mala zarar vermesi halinde hukuka uygun hareket etmiş olmaktadır. Zira yaşam hakkı, konut dokunulmazlığına göre ya da mülkiyet hakkına göre daha değerli bir haktır. Fail daha değerli olan ve tehlike altında bulunan bir hakkı korumak ve kurtarmak adına daha az değerli bir hakkı ihlal etmektedir.

Doktrinde zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni olarak değil mazeret nedeni olarak değerlendirilmektedir. Buna göre failin içinde bulunduğu şartlar göz önünde

¹⁷⁶ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 271.

¹⁷⁷ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 382 vd; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, s. 299; Kayıhan İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 358

bulundurulduğunda failin hukuka uygun davranması kendisinden beklenemeyeceği için gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı davranış mazur görülür ve fail bu fiilinden ötürü cezalandırılmaz¹⁷⁸. Bu görüş çerçevesinde failin ihlal ettiği değer korumak istediği değerden daha az değerli ya da korumak istediği değere eşdeğer olması sonucu değiştirmemektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/3-b hükmü uyarınca yüklenen suçun zorunluluk hali etkisiyle işlenmesi halinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Böylelikle zorunluluk halinin bir mazeret nedeni olduğu görüşünün normatif bir dayanağı da bulunmaktadır. Kişinin zorunluluk hali etkisiyle fiili işlemesi durumunda fiil mazur görüldüğünden ve cezalandırılabilir olmadığından ceza hukuku yaptırımı uygulanmayacak fakat fiil haksızlık vasfını sürdürdüğü için failin medeni hukuktan doğan sorumluluğu devam edecektir¹⁷⁹.

Görülebileceği gibi doktrinde zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğu ya da mazeret nedeni olduğu yönündeki görüşlerin zorunluluk haline bağladığı sonuçlar farklıdır. Yukarıda izah ettiğimiz meseleye dönecek olursak zorunluluk hali ile kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin aynı olayda birleşmesi aslında görünüşte bir birleşmedir. Zorunluluk halinin bir mazeret nedeni olduğunu savunan ve doktrinin büyük bir bölümünün müttetik olduğu görüşe göre failin işlemiş olduğu tipe uyan fiil, zorunluluk halinin etkisinde işlendiğinden mazur görülmektedir ve cezalandırılmamaktadır. Yine bu görüş çerçevesinde mazur görmenin temeli failin içinde bulunduğu zorunluluk hali nedeniyle hukuka uygun davranmasının kendisinden beklenemeyecek olmasıdır¹⁸⁰. Aynı tipe uygun fiilin kanunun hükmüne uygun düşmesi nedeniyle hukuka uygunluğunda ise zaten mazur görülmesi gereken hukuka aykırı bir davranış mevzu bahis olmayacağından failin hukuka aykırı hareket ettiği fakat bu şekilde davranmasının mazur görüldüğü değerlendirilmesi hiç yapılmayacaktır. Çünkü fail içinde bulunduğu zor şartlar dâhilinde hukuka uygun davranması kendisinden beklenemeyecek bir konumda olmayıp fail, hukuka uygun davranan konumdadır ve hatta hukuka uygun hale getiren

¹⁷⁸ Adem Sözüer, “Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 6, Mayıs 2006, s. 231 vd.

¹⁷⁹ A.g.e.

¹⁸⁰ A.g.e.

kanun hükmünün konusu bir emir ise failden tam aksi böyle davranması beklenmektedir.

Örnek vermek gerekirse kişinin gece vakti kimsenin bulunmadığı bir sahilde denizde boğulmakta olan birisine hemen yardım etmek için sahilde bulunan teknelerden birini alıp denize açılması ve kişiyi tekneye çıkarması olayında durum böyledir. Denizde boğulmakta olan kişi, acil yardıma muhtaçtır ve TCK 98. madde uyarınca bu kişiye, halin elverdiği ölçüde herkesin yardım etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu normun konusu bir emirdir. Failin bu durumdaki bir kişiye o anki hal ve şartlar elveriyorsa yardım etmesi zorunludur. Aksi halde fail TCK md. 98 gereği cezalandırılır. Hatta kişi ölürse aynı maddenin ikinci fıkrası gereği ceza artırılarak hükmolunur. Fail o sırada bir başkasına ait tekneyi kullanması gerekiyorsa bu tekneyi kullanarak boğulmakta olan kişiyi kurtaracaktır. Failin bir başkasına ait tekneyi kullanması aynı anda Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinde düzenlenen kullanma hırsızlığını oluşturmaktadır. Zorunluluk halini düzenleyen genel norm olan TCK 25. madde gereği fiil zorunluluk halinde işlenen fiildir ve yine hırsızlık suçuna ilişkin özel zorunluluk halini düzenleyen 147. madde düzenlemesi uyarınca da fiil ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlendiği için bu normun şartlarını karşılamaktadır.

Yukarıdaki paragrafta verdiğimiz örnekte her ne kadar fiil zorunluluk halinin unsurlarını karşılıyor gibi görünse de aslında hukuka uygun olarak icra edilmiş bir fiildir. TCK 98. maddenin yukarıda tasvir edilen hal ve şartlar altındaki faile, yardım etmeyi emretmesi ve failin bu hükmü yerine getirmesi karşısında zorunluluk haline ilişkin değerlendirme çerçevesinde hukuka uygun davranması kendisinden beklenemeyen bir failden bahsedilemez. Tam aksi fail hukuka uygun davranmıştır ve hukuka uygun hale getiren normun emrettiği gibi davranması failden beklenmektedir.

Zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunan görüş esas alınırsa zorunluluk hali ile kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin aynı olayda birleşmesi bakımından her iki nedenin uygulanmasına bağlanacak sonuçlar değişmeyeceği için bu birleşmenin sonuçları çerçevesinde tartışılması gereken bir sorun bulunmamaktadır. Fakat bu halde meşru savunma ile

kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin birleşmesinde olduğu gibi özel norm olan zorunluluk haline ilişkin düzenleme genel norm olan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine ilişkin düzenlemenin önüne geçecek ve uygulama kabiliyeti bulacaktır.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturacak hukuk kuralları yukarıda incelenen şekliyle emirleri ihtiva edebileceği gibi bunlardan farklı olarak çeşitli şekillerde davranmak hususunda müsaadeleri de içeriyor olabilir. Aşağıda hukuka uygun hale getiren dayanak normların konusu olan müsaadeler incelenecektir.

b. Müsaade

Türk doktrini, aradaki ayrım çok belirgin olmamakla birlikte hukuka uygunluğun dayanak normlarının konularını yetki ve yükümlülük şeklinde ayırma tabi tutmaktadır. Her ne kadar yükümlülük ifadesi kanunun tanıdığı olduğu basit müsaadeleri kapsamaya müsait olmayan bir kavram ise de yetki ifadesi basit müsaadeleri bünyesinde barındırır bir manaya sahiptir. Lakin yetki yalnızca müsaadeleri kapsamamaktadır. Bu bakımdan kamu görevlilerine verilmiş bir görev kanun böyle davranmayı emretmişse de sonuçta kamu görevlisinin yetkisi dâhilindedir. Dolayısıyla yetki ifadesi hem müsaadeleri hem de emirleri yerine getirme salahiyeti tanıyan bir manaya karşılık gelmektedir. Dolayısıyla biz bu çalışmamızda hukuka uygunluğun dayanak normlarının izin verdiği, ruhsat tanıdığı hallerin tamamını, emirlerden ayırmak için müsaade başlığı altında bu kavramı kullanarak inceleyeceğiz.

Kanunun hükmünü yerine getirmede fail tipe uygun fakat kanun tarafından cevaz verilmiş bir davranışı gerçekleştirmektedir. Kanunun cevaz vermesi yukarıda incelendiği gibi kanunca verilmiş bir emrin ya da birazdan inceleyeceğimiz gibi bir müsaadenin yerine getirilmesi suretiyle olmaktadır¹⁸¹.

¹⁸¹ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 95

Müsaade, hukuka uygunluğun dayanak normunun konusu olarak emirden daha az sertlik içermektedir. Buna göre kanunun emrine uymamanın kişiler için ceza hukuku, idare hukuku, disiplin hukuku, medeni hukuktan kaynaklı belirli yaptırımları olabilirken kanunun tanıdığı müsaadeye uygun davranmamanın çoğu zaman, özellikle bir basit müsaade söz konusuysa bu türden bir karşılığı olmamaktadır. Burada karşımıza şu şekilde bir sorun çıkmaktadır. Kanunun bir konuda, kişilere belirli şekillerde davranmayı emretmesi, suç tipi düzenlemesinin belirli şekilde davranmayı cezalandırması ile eşdeğer ağırlıktadır. Yani icrai ya da ihmali bir davranışta bulunmayı kanunun cezalandırması karşısında, cezalandıran normu devre dışı bırakan aynı ihmali ya da icrai davranışın gerçekleştirilmesini emreden bir hüküm bulunmaktadır. Bu halde kanunun belirli bir şekilde davranılmasını emrederken yine aynı şekilde davranılmasını cezalandırması düşünülemez¹⁸². Fakat kanunun belli şekilde davranılmasını cezalandıran normunun karşısında eşdeğer sertliği taşımayan ve aynı davranışa müsaade eden hükmünün bulunması halinde de hukuka uygunluk aynı şekilde söz konusu olacaktır. Kanunun belirli şekilde davranmaktan men ettiği ve cezalandırdığı fiilin yine kanunun müsaade etmesi karşısında hukuka uygun hale gelmesi başta ceza kanununun son çare olması (*ultima ratio*) ile ilgilidir. Bununla beraber kanunun bu şekilde davranmaya zorlamamakla beraber yalnızca müsaade ettiği davranışa ilişkin hükmün aynı davranışın gerçekleştirilmemesine zorlayan ceza hükmü karşısında hukuka uygunluk sonucu yaratması kanunun hükmünü yerine getirme mevzubahis olduğunda bu davranışın toplumun düzeni ve menfaatleri ile çatışmadığı, düzenin bozulmadığı ve toplumun menfaati aleyhine her hangi bir zararın oluşmadığının kabulü sayesindedir¹⁸³. Bu kabul ise mutlak bir kabul değildir. Doktrinde bazı yazarlar, kanunun hükmünü yerine getirme halinde korunan hukuksal değer, kanun hükmünde belirtilen fiilin işlenmesi ile ortaya çıkan zarardan daha

¹⁸² Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 411; Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 83.

¹⁸³ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Bası, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006, s. 335; Vural Savaş, Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C: 1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994, s. 620 vd.

üstün tutulduğunu ve bu sayede fiilin hukuka uygun doğmuş olduğunu belirterek yukarıda ortaya koyduğumuz soruna çözüm getirmektedir¹⁸⁴.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin esası, gerçekten de kanunun hükmü gereği ifa edilen fiilin koruduğu hukuksal değer, tipe uygun aynı fiilin ihlal ettiği hukuksal değerden üstün tutulması, ortaya çıkarılan zarara ağır basmasıdır¹⁸⁵. Bu hukuka uygunluk nedeninin esası gereğince korunan hukuksal değer ihlal edilen hukuksal değere ağır bastığı hallerde hukuka uygunluk söz konusu olacaktır. Hukuka uygunluğun dayanak normunun konusu emir olduğu hallerde emri yerine getirme ile korunan hukuksal değer, ihlal edilen hukuksal değere ağır basması çok daha belirgin ve tartışmasız bir şekilde su yüzüne çıkmaktadır. Oysaki gerçekleştirilmesine müsaade edilen bir davranışı gerçekleştirmekle korunan hukuksal değer, gerçekleştirilmesini cezalandıran normun koruduğu hukuksal değere ağır bastığı her durumda söylenemez. Bu bakımdan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile ilgili Türk Ceza Kanunu'nun 24. madde düzenlemesi ağır basan yarar ilkesinin bir düzenleme ile somutlaştırılmış emsalidir¹⁸⁶. Kanun bir düzenleme ile hukuksal değerler arasında bir mukayese ve tartım yapmakta ve bu hukuksal değerler arasındaki çatışmayı ilkesel bir kurala bağlamaktadır¹⁸⁷. Buradan anlaşılması gereken şudur: somut olayda kanunun müsaade ettiği davranışın gerçekleştirilmesi ile korunmak istenen hukuksal değer, tipe uyan eylemin gerçekleştirilmesi ile ihlal edilen hukuksal değere ağır basmadığı, tartılan hukuksal değerler arasında ihlal edilen hukuksal değer aleyhine dengesizliğin mevcudiyeti halinde sırf basit bir müsaadeyi içeren kanun hükmünün yerine getirilmesi, hukuka uygunluk sonucunu doğurmayacaktır¹⁸⁸. Bu durumda kanunun hükmünün yerine getirilmesi ile korunan hukuksal değere, tipe uygun davranışın gerçekleştirilmesi ile

¹⁸⁴ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 367; Dönmezer ve Erman, hukuk düzeninin kanunun hükmünü yerine getirmede olduğu gibi ya doğrudan doğruya, amirin emrini ifada olduğu gibi ya dolaylı olarak belirli bir davranışta bulunması ödevini yüklemesi halinde fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışmanın hiç çıkmamış olduğunu söylemektedir. (Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 82-83)

¹⁸⁵ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 27

¹⁸⁶ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 28

¹⁸⁷ A.g.e., s. 28

¹⁸⁸ Aynı yönde bkz. a.g.e.

ihlal edilen hukuksal değer karşısında üstünlük tanınmayacaktır yani kanunun hükmünün yerine getirilmesi ile korunan hukuksal değer suç tipi düzenlemesinin korunan hukuki değeri karşısında geri çekilecektir¹⁸⁹. Bu manada Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır tarafından ifade edildiği gibi hukuk düzeninin belli bir davranışın gerçekleştirilmesine müsaade edip aynı davranışı cezalandırması düşünülemez şeklindeki görüşün¹⁹⁰ ilke olarak doğru olduğunu fakat bunun mutlak olmadığını ifade etmek isteriz. Bu halde kanun tarafından müsaade edilen bir davranışın gerekli ve ölçülü olması bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır ki bu konuya gerek Fransız hukukundaki durum gerekse hukukumuzdaki durum incelenirken değinmiştik.

Fransız ceza hukukunda doktrin, kanunda ya da genel düzenleyici işlemde yer alan bir hükmü yerine getirmeye matuf davranışın aynı anda suç tipine uygun bir fiil olması ve failin hükümlerden birine uymak suretiyle diğerini ihlal etmek zorunda kalması halinde sorunun ilkesel olarak *pro libertate* özgürlük lehine çözüme kavuşturulması gerektiği görüşündedir. Bunun için de izin veren norma cezalandıran norm üzerinde bir değer verilmelidir¹⁹¹. Yine Fransız ceza hukukunda doktrin, kanunun ya da genel düzenleyici işlem hükmünün müsaade ettiği bir davranışın aynı anda bir suç tipine vücut vermesi halinde korunan hukuksal değer ile ihlal edilen hukuksal değer arasında dengesizliğin bulunması halinde yukarıda izah ettiğimiz yaklaşımı sergilemekte ve bu durumda suç tipinin koruduğu hukuksal değer karşısında kanunun hükmünü yerine getirme ile korunan değer geri çekileceği belirtilmektedir¹⁹². Bu çerçevede Türk ve Fransız ceza hukukunun konuya yaklaşımları benzerlik göstermektedir.

Kanun çeşitli düzenlemeler ile başta kamu görevlileri olmak üzere kişilerin nasıl davranması gerektiğine hükmetmektedir. Bazen bu düzenlemeler ne yukarıdaki gibi uymamanın bir yaptırıma bağlandığı emirler hüviyeti taşımakta ne de kişiye belli şekilde davranmak konusunda izin veren müsaadeler niteliği barındırmaktadır. Bir takım hükümlerin konusu olan davranış kalıpları ne emir düzeyinde zecri ne de

¹⁸⁹ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 197 vd.

¹⁹⁰ Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 413.

¹⁹¹ Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 23.

¹⁹² Desportes – Le Guehec, **Droit Pénal General**, s. 691-692

müsaade düzeyinde gevşek ve serbest haldedir. Bu düzenlemelerde, toplumsal düzen ve barış için ne şekilde davranılması gerektiğinin başta kamu görevlileri olmak üzere kişilerden deyim yerindeyse beklenmesi söz konusudur. Fransız Ceza Kanunu'nun 122-4 maddesi kanun tarafından “emredilen” fiillerin hukuka uygun olduğunu belirtmek için kullandığı fiil “*prescrire*” fiilidir. Bu fiil emretmek derecesinde sertliği bünyesinde barındırmayan adeta nasıl davranılması gerektiği konusunda reçete veren bir ciddiyeti bünyesinde barındırmaktadır. Öyle ki “*prescrire*” fiili Fransızcada reçete vermek “*prescription*” kelimesi de Türkçedeki reçete kelimesine karşılık gelmektedir.

Kanun, toplumsal düzen ve barışın sağlığı adına benzetmek gerekirse reçete sunmaktadır. Kanunun gösterdiği davranışlara uygun hareket etmemek belli sonuçların ortaya çıkması halinde özellikle kamu görevlileri için disipliner ve hatta cezai yaptırım sonucunu doğuracaktır. Kanun hükümlerinden doğan bu tür fiillerin, kişilerin yetkilendirildikleri fiiller olduğu açıktır. Fakat bu fiillerin birer emir olduğunu söylemek zordur. Kanun bu tür hükümlerinde sadece, yine aynı hükmün şartları çerçevesinde nasıl davranılacağını göstermektedir. Hukuk düzeninin belirli görevleri yüklediği yani belirli işlerin yerine getirilmesini emrettiği kişilere bu görevleri yerine getirmeye imkân tanıyan yetkileri de tanıması gerekir. Kanun çoğu zaman bir görevi yüklediği kişilere bu görevi yerine getirmek için hangi davranışlarda bulunması gerektiğinin reçetesini sunmaktadır. Kişiler yetkili kılındıkları ölçüde sorumluluk altına girmektedirler. Keza “ne kadar görev varsa o kadar yetki; ne kadar yetki varsa o kadar sorumluluk” söz konusudur¹⁹³.

Kanunlar ilgili kamu görevinin gerektirdiği sayısız yetkileri haiz olmakla beraber örneğin kolluğun zor ve hatta bu kapsamda silah kullanma yetkisine ilişkin düzenlemeler, yukarıda ifade ettiğimiz türden düzenlemedir. Kanun kamu ajanlarına kamu düzenini koruma ve sağlamayı emretmekte ve bu görev çerçevesinde bunun yerine getirilmesi için ne tür davranışlarda bulunulacağını da yetki vermek suretiyle göstermekte deyim yerindeyse reçete etmektedir. Bu ve benzeri düzenlemeler emirler

¹⁹³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 311.

ile basit müsaadeler arasında yer alan ve her halükarda kanunun müsaade ettiği hukuka uygunluk sağlayan normun konusu itibarıyla hibrid düzenlemelerdir.

Kolluğun silah kullanması benzeri görevin yerine getirilmesi için tanınmış ve sağlanmış yetkilerin basit birer müsaade olmasalar da kanun tarafından müsaade edilen fiiller olduğu ve müsaade başlığı altında değerlendirilmeleri daha doğrudur. Zira kanunun hükmünü yerine getirme ile korunan hukuksal değer ile tipe uygun fiili gerçekleştirmekle ihlal edilen hukuksal değer arasındaki dengesizlik, çoğunlukla hukuka uygunluğun dayanak normunun konusu müsaade olduğunda ortaya çıkmaktadır. Hukuka uygunluğun dayanak normunun konusunu bir emrin teşkil etmesi halinde böyle bir dengesizliğin su yüzüne çıkması çok zordur. Kolluğun zor ve silah kullanması ile korunan hukuksal değer ile kolluğun zor ve silah kullanmasının uygun düştüğü suç tipinin koruduğu hukuksal değer dengesiz olması olasıdır ve bu haliyle müsaadelere benzemektedir. Bu nedenle hukuka uygunluğun dayanak normunun konusu olarak müsaadeler başlığı altında kolluğun zor ve silah kullanma yetkisine özel olarak değinmeyi faydalı görmekteyiz.

1) Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi Türk Ceza Kanunu 24/1 maddesinde düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde en fazla tartışılan konuların başında gelmektedir. Gerçekten de Yargıtay, kolluğun silah kullanması ile ilgili kararlarında TCK 24/1 maddesi ile zor kullanma yetkisi veren ilgili kanun düzenlemesini bir arada değerlendirmektedir¹⁹⁴. Yukarıda değindiğimiz gibi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartlarının belirlenmesinde TCK 24. maddenin aradığı şartlar yanında hukuka uygunluk sağlayan normun aradığı şartların da bu hukuka uygunluk nedeninin şartlarını teşkil ettiği gerçeği ışığında Yargıtay'ın bu şekildeki değerlendirmeleri bu hukuka uygunluk nedeninin doğasının gereğidir¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Ali Rıza Çınar, **Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi ve Diğer Yetkilerle İlgili Yargıtay Kararları**, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006, s. 5

¹⁹⁵ Örnek Karar: Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2002/3659 E., 2002/4665 K. sayılı 12.12.2002 tarihli kararı

Mevzuatımızda kolluğun zor ve silah kullanma yetkisini ve bunun koşullarını düzenleyen, her biri kendi içerisinde girift oldukça fazla düzenleme vardır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu md. 16, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu md. 11, Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu md. 5, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu md. 87 ila 90, Terörle Mücadele Kanunu ek md. 2, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu md. 22, Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun md. 2, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu md. 24 ve 25, Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun md. 8 ve artırılabilir başka kanun ve bu kanunların uygulanmasına dair yönetmelik hükümlerinde kazuistik düzenlemelerle¹⁹⁶ kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi düzenlenmektedir¹⁹⁷.

Zor ve silah kullanma yetkisinin dayanağını, kolluğa zor ve silah kullanma yetkisi veren kanun hükmünden önce esas itibarıyla Anayasa oluşturmaktadır. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17. maddesinin 4. fıkrası "*Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.*" diyerek silah kullanmaya kanunun yetki verdiği hallerde gerçekleşen öldürme fiillerinin yaşam hakkının ihlalini oluşturmayacağını düzenlemektedir. Anayasa madde 17 düzenlemesi aslında silah kullanma yetkisi düzenlemesinden çok bir öldürme yetkisi düzenlemesidir¹⁹⁸. Fakat fıkra metni "...silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği..." durumlarda öldürmeyi hukuka uygun olarak düzenlediği için silah kullanma yetkisinin anayasal dayanağını teşkil etmekte ve en değerli ve kutsal hak

¹⁹⁶ İç hukukumuzda kolluğun zor ve silah kullanma yetkisini düzenleyen genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kolluğun silah kullanma yetkisi her bir kolluk türüne özgü kanunlarda, başka kanunlarda, tüzükler ve yönetmeliklerde düzenlemesini bulmaktadır. Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinin tek bir kanunda amaç, kapsam, şartlar, araçlar ve sınırları ile çerçevesi çizilerek düzenlenmesi ve bu surette bu konu üzerinde teorik ve pratik bir birlik yaratılması önerilmektedir. (Tuba Kelep Pekmez, **AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 81-82)

¹⁹⁷ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 35-36

¹⁹⁸ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 85 vd.

olan yaşam hakkını ortadan kaldırmaya dahi cevaz verdiği için silah kullanma halinin tipik fiiller bakımından hukuka uygunluk nedeni olduğunu anayasal düzeyde düzenlemektedir¹⁹⁹.

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi temel haklar ve özgürlükler ile çatışma içerisindedir. Bu manada kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi yerine göre yaşam hakkına, vücut bütünlüğüne, konut dokunulmazlığına, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına, seyahat özgürlüğüne sınırlama getirmekte ve hatta bu hak ve özgürlükleri ortadan kaldırılabilmektedir²⁰⁰. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini düzenleyen TCK 24/1 maddesinin başlığında ve metninde geçen kanun ifadesinin maddi ve şekli olarak iki farklı anlamda kullanılabildiğini yukarıda ifade etmiştik. Az evvel ifade ettiğimiz üzere kolluğun silah kullanma yetkisi anayasal olarak tanınan ve korunan hak ve özgürlükler ile çatışma içerisinde bulunduğundan ve bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması Anayasa'nın 13. maddesi gereği ancak kanunla gerçekleşebileceğinden kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi çerçevesinde kolluğun silah kullanmasına yetki veren düzenlemenin şekli (organik) anlamda kanun olması gerekmektedir²⁰¹.

Kolluğun zor ve silah kullanması organik anlamda kanun tarafından kolluk kuvvetlerine verilmiş bir yetki olmakla beraber kanun, kolluğa silahını kullanma emrini vermemektedir. Kolluk kuvvetleri zor ve silah kullanılmasını gerektiren

¹⁹⁹ Anayasa'nın kolluğun silah kullanma yetkisi çerçevesinde öldürme yetkisine sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bununla beraber meşru savunma hali mahfuz kalmak kaydıyla kolluğun silah kullanma yetkisi çerçevesinde öldürme yetkisine sahip olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile de uyum içinde değildir. Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 86

²⁰⁰ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 36

²⁰¹ Feridun Yenisey, **Kolluk Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.100 vd; Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 92; 2803sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun (JTGYK) silah kullanma yetkisi başlıklı 11. Maddesine göre "jandarma kendisine verilen görevlerin ifası sırasında hizmet özelliğine uygun ve görevin gereği olarak kanunlarda öngörülen silah kullanma yetkisine sahiptir." Bu kanunun uygulamasını gösteren Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin (JTGY) 39 ve 40. Maddelerinde silah kullanma yetkisi düzenlenmektedir. Özgenç'e göre: JTGYK 11. Maddesi ile jandarmanın kanunlarda gösterilen hallerde silah kullanma yetkisine sahip olmasına karşın JTGY'de silah kullanma yetkisinin düzenlenmesinin anayasal ve kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Yazar'a göre ilgili yönetmelik ile silah kullanma yetkisine ilişkin düzenleme yapılması temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanması ilkesi göz önünde bulundurulduğunda hukuka aykırıdır. (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 314)

durumlar karşısında ölçülü ve kademeli bir şekilde direnci kırmak, topluluğu dağıtmak ya da kaçanı yakalamak gibi amaçlar için ve meşru savunma, zor kullanma veya yakalama yetkisi kapsamında gereken tedbirlere başvurulacaktır²⁰². Kolluğa tanınmış olan bu yetki görevinin bir gereğidir²⁰³. Bu manada kolluk kuvvetlerine silahını kullanmak emredilmemekte fakat düzenin ve asayişin sağlanması emredilmekte ve bunu gerçekleştirmek için tanınmış olan yetkilerin ne olduğu kanunca gösterilmektedir²⁰⁴. Kolluğun tüm bu yetkilerinin basit bir müsaade olduğu da söylenemez. Çünkü kolluğun düzeni ve asayişi sağlamak için gereken ölçünün altında zor ve silah kullanması ya da hiç zor ve silah kullanmaması halinde disiplin ve cezai sorumluluğuna gidilmesi mümkündür²⁰⁵.

Kolluğun zor ve silah kullanabileceği haller kimi zaman meşru savunmanın koşullarının gerçekleştiği hallerdir. Gerçekten meşru savunmanın şartları gerçekleştiğinde herkes gibi kolluk görevlileri de saldırı ile orantılı ve saldırıyı def edecek ölçüde silah kullanabilir. Yine kolluğa silah kullanma yetkisi veren bazı düzenlemeler meşru savunma haline de özel olarak değinmektedir²⁰⁶. Bu halde kanun tarafından kolluk görevlilerine silah kullanma yetkisi tanınmasa da meşru savunmaya ilişkin TCK 25/1 maddesi düzenlemesi uyarınca saldırıyı def etmek için ölçülü olan silah kullanma fiili hukuka uygun olarak gerçekleşmiş olacaktır. Bu kısımda meşru savunma halinde silah kullanma yetkisi dışında kalan ve doğrudan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilecek olan zor ve silah kullanma yetkisi üzerinde duracağız.

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi yukarıda sayılanlar gibi pek çok kanunda düzenlemesini bulmaktadır. Bu kanunlar görülebileceği üzere ilgili kolluk türünün görev ve yetkilerini düzenlemektedir. İlgili kolluk birimine özgü zor ve silah kullanma yetkisinin uygulanma koşulları bu yüzden kanunlar arasında farklılık arz

²⁰² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 311 vd.

²⁰³ A.g.e.

²⁰⁴ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 83

²⁰⁵ Polat, **Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme**, s. 128

²⁰⁶ Örnek olarak PVSK Md. 16/6, 16/7-a, 16/9, TMK Ek Md. 2, TSK İç Hizm. K. Md. 89

edebilmektedir²⁰⁷. Doktrinde zor kullanmanın ve silah kullanmanın koşulları konusunda farklı koşullar incelenmekle birlikte silah kullanma yetkisini düzenleyen mevzuatın tümüne bakıldığında zor ve silah kullanmadan önce bir ihtarın yapılmış olması, özellikle silah kullanmaya en son çare olarak başvurulması ve zor ve silahın ölçülü olarak kullanılması gerektiğine yönelik sınırlamaların bulunduğu görülmektedir²⁰⁸. Bunun dışında her bir kanun ilgili olduğu kolluk türüne göre ve zor ve silahın kullanılacağı yer ve koşullara göre özel bazı koşullar getirebilmekte, var olan koşulları kaldırabilmektedir. Bu çerçevede zor ve silah kullanma yetkisi için ihtar koşulu, son çare olma ve orantılılık koşullarından bahsetmek mümkündür.

Mevzuatımızda pek çok düzenleme zor ve silah kullanmadan önce ilgililere ihtarın yapılması gerektiğini düzenlemektedir. PYSK Md. 16/4 uyarınca “*Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır...*” Dolayısıyla polisin zor kullanma ve silah kullanma aşamalarına geçmeden önce ilgililere direnmeye son vermeleri aksi takdirde zor ve hatta silah kullanılarak direnişin kırılacağı ihtarını yapması gerekir. Bu takdirde gerekli ihtar yapılmaksızın ilgililer üzerinde zor ve silah kullanılması halinde zor ve silah kullanmanın koşulu yerine gelmemiş olduğundan TYSK Md. 24/1’de düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme çerçevesinde fiil hukuka uygun olarak gerçekleşmeyecektir.

Kanun bazı hallerde ihtarın ne şekilde yapılacağını da düzenlemektedir. Örneğin PYSK md. 16/7-c kapsamında hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde zor ve silah kullanılmasının gerektiği hallerde aynı maddenin 8. fıkrası uyarınca silah kullanmadan önce kişiye

²⁰⁷ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 36

²⁰⁸ Kelep Pekmez’e göre “silah kullanmanın son çare olması ve orantılı biçimde kullanılması zorunluluğu, mevzuatımızda birçok düzenlemede yer verilen bir husustur.” (Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 126); Kangal ise “kolluk kuvvetleri bakımından zor ve silah kullanma yetkisi öngören kanunları birlikte incelemek suretiyle hukuka uygunluk bakımından bazı koşulların ortaya çıkarılması mümkündür.” Diyerek ilk olarak ihtar koşulunu incelemektedir. (Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 36)

duyabileceği şekilde “dur” ihtarında bulunulur. Kişi bu çağrıya uymazsa bu sefer yine ihtar amacıyla silahla ateş edilir. Kişi tüm bu ihtarlara uymazsa ancak yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanılabilir. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu md. 22/1 uyarınca da silah kullanılmadan önce “dur” ihtarının yapılması gerekir. Yine Terörle Mücadele Kanunu çerçevesinde terör örgütlerine yönelik gerçekleştirilen operasyonlarda ek md. 2 gereğince “teslim ol” emrine uyulmaması halinde kolluk görevlileri tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda silah kullanabilir. Olağanüstü Hal Kanunu md. 23 uyarınca da silah kullanılması için “teslim ol” emrine uyulmamış olması gerekmektedir.

Kanun ihtar koşulunu ortadan kaldırarak ihtara gerek olmaksızın zor ve silah kullanma yetkisini bizzat tanıyabilmektedir. PVSK madde 16/4-ikinci cümle uyarınca polis, direnmenin mahiyeti ve derecesini göz önünde bulundurarak, ihtar yapmadan da zor kullanabilir. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu md. 24/3 gereği kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, daha sonrasında aynı kanunun 23. maddesinde belirtilen kanuna aykırı durumlardan bir veya birkaçının vuku bulması sebebiyle kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü halini alırsa ve bu şartlarda güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet veya korudukları yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı hali ortaya çıkmışsa, ihtara gerek olmaksızın güvenlik güçleri zor kullanma yetkisine sahiptir.

PVSK md. 16/8 gereği silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde dur ihtarında bulunulmalıdır. Bu düzenlemeye göre dur ihtarının duyabileceği gibi yapılmış olması bir koşuldur. Kişinin duyamayacağı bir sesle ya da duyamayacağı bir gürültü eşliğinde dur ihtarında bulunulması halinde ihtar koşulu yerine getirilmiş kabul edilemez²⁰⁹. Bununla birlikte kişinin duyabileceği şekilde bu ihtarın yapılmış olmasına karşın kişinin dur ihtarını işitmemiş olması bu şartın yerine gelmiş olmasını etkilemeyecektir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun “Silah Kullanma Yetkisi” başlıklı 22. maddesi de silah kullanmadan önce kişi ya da kişilere dur ihtarında bulunulmasını bir koşul olarak aramaktadır. Ne var ki bu düzenleme PVSK

²⁰⁹Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 127

md. 16/8'dekine benzer şekilde dur ihtarının kişilerin duyabileceği şekilde yapılmasını özel olarak zikretmemektedir. Kolluğun silah kullanma yetkisini dur ihtarına bağlayan herhangi bir mevzuat hükmü Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda yer alan düzenlemeye benzer şekilde ihtarın duyulabilecek şekilde yapılmış olmasını zikretmese de bu bir koşul olarak aranmalıdır²¹⁰. Yani silah kullanmanın ihtar koşuluna bağlandığı her durumda bu ihtar duyulabilecek şekilde yapılmalıdır. İhtar kalabalık bir gruba yönelik olarak yapılıyorsa gruptakilerin duyabileceği ya da en azından gruptakilerin büyük bir kısmının duyabileceği şekilde yapılmalıdır. Bunun için megafon ve benzeri aletler kullanılabilir²¹¹.

İhtar koşulunun arandığı hallerde ihtar gerçekleştirildikten sonra kolluğun silah kullanma yetkisine başvurabilmesi için kademeli olarak başkaca zor kullanma araçlarının fayda getirmemiş olması yahut silah kullanma dışında bir zor kullanma yönteminin sonuç getirmeyecek olması gerekir. Yani silah kullanmaya en son çare olarak başvurulmalıdır. Kanunların düzenlediği başkaca zor kullanma yöntemlerinin denenmesi ve de silah kullanmadan önce iharda bulunulması yahut uyarı ateşinde bulunulması bu çerçevede değerlendirilecek mevzulardır²¹². Anayasa Mahkemesi 3233 Sayılı Yasanın 7. maddesiyle PVSK'ya eklenen ek 6. maddenin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin iptal başvurusu üzerine verdiği kararda; "...*kamu düzenini sağlamakla yükümlü polisin, olayı başka türlü engelleme olanağı kalmadığında, son çare olarak zora başvurmalarının Anayasa ile bağdaşmadığı da söylenemez.*" Diyerek zor ve silah kullanma yetkisine son çare olarak başvurulmasının Anayasa'ya ve hukuk düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini teyit etmiştir²¹³. 7 Nisan 1938 tarihli Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi'nin 17. maddesi de "*Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun on altıncı maddesi mucibince polis için silah kullanmak salahiyetinin kabul edildiği hallerde silah kullanılması silah kullanmaktan başka bir çare*

²¹⁰ Aynı yönde: Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 37; Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 131

²¹¹ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 290.

²¹² Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 127

²¹³ Anayasa Mahkemesi, 1985/8 E., 1986/27 K. Sayılı, 26.11.1986 Tarihli Kararı.

bulunmadığı hallere munhasırdır.” Diyerek silah kullanma yetkisi çerçevesinde son çare olma ilkesini pozitif bir norm olarak düzenlemektedir.

PVSK 16. maddesi silah kullanma bakımından direnmenin mahiyeti ve derecesine göre kademeli şekilde öncelikle bedeni kuvvet kullanılmasını, ardından maddi güç kullanılmasını ve son olarak silah kullanılmasını düzenlemektedir.

Silahtan anlaşılması gereken ateşli silahlardır. Zira PVSK’nın maddi gücü tanımlarken madde 16/3-c bendinde saydığı malzemelerden bazılarının TCK madde 6/1-f bendi kapsamında silah olarak nitelendirilmeleri mümkündür²¹⁴. Polis bu çerçevede öncelikle kişi ya da kişilerden direnişe son vermelerini isteyecektir. Kişilerin ihtara rağmen direnişe son vermemeleri halinde direnmenin mahiyeti ve derecesine göre önce bedeni kuvveti ile direnişe son vermeyi deneyecektir. Buna muvaffak olamaması halinde cop, kelepçe, göz yaşartıcı gaz, tazyikli su gibi araçlarla maddi güç kullanarak direnişi sonlandıracaktır. Tüm bunlardan sonra ateşli silah kullanımı ise son çare olacaktır.

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisini düzenleyen pek çok mevzuatın, kolluğun ateşli silah kullanması aşamasına kadar kademeli olarak zor kullanmayı ve son kademedede silah kullanmayı düzenlemek yanında silah kullanmayı da kendi içerisinde kademelendirdiği görülmektedir. Örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu 87/III-2 maddesi, son çare olma koşulu ve ilkesine de vurgu yaparak kademeli bir şekilde önce havaya ihtar ateşi yapılacağını, ardından ayağa doğru ateş edileceğini, direniş veya saldırıya ya da tehlikeli bir tehdide varan mukavemet hali devam ederse, hedef gözetilmeksizin ateş edileceğini düzenlemektedir.

PVSK, 16. maddenin 7. fıkrasında silah kullanımını, a-) meşru savunma hakkının kullanılmasına, b-) bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında bu direnişi kırmaya, c-) hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü

²¹⁴ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 291; Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi”, s. 42.

halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamaya²¹⁵, d-) kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı, yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmaya özgü olarak sınırlı haller için düzenlemiştir. Polisin silah kullanabileceği bu hallerden (c-) bendine giren haller için silah kullanılması da kendi içerisinde kademelendirilmiştir. Buna göre 16. maddenin 8. fıkrası uyarınca polis öncelikle dur ihtarında bulunacak ardından kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edecek, buna rağmen kişinin kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edebilecektir.

Görülebileceği üzere silah kullanmaya ilişkin mevzuat, mümkün olduğu kadar silah kullanmaya son çare olarak başvurmayı öngörmektedir. Silah kullanılmadan önce bedensel kuvvet ve maddi güç kullanılmalı, bunlar fayda etmezse silah kullanılmalı ve silah da önce uyarı amacıyla ateşlenmeli son olarak kişi hedef alınarak ateş edilmelidir. Hatta Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu düzenlemesi uyarınca kişi hedef alınacaksa önce ayağına ateş edilmelidir.

Kolluğun zor ve silah kullanmasını düzenleyen pek çok mevzuat zor ve silahın hangi amaçlarla kullanılabileceği yanında bu amaçlara ulaşılabilecek ölçüde silah kullanılmasını şart koşmaktadır. Bu bakımdan kolluğun zor ve silah kullanmasının son koşulu ölçülülük – orantılılıktır.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun “Zor ve Silah Kullanma” başlıklı 16. maddesinin ilk fıkrası polisin, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu

²¹⁵ PVSK md. 16/7-c’de sınırlı sayıdaki kişilerin yakalanması için silah kullanılması düzenlendiği için burada sayılmayan kişiler bakımından silah kullanma yetkisinin kullanılamayacağı savunulmaktadır. Bu görüş çerçevesinde örneğin hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ve cezası kesinleşmiş kişilerin yakalanması için kolluk silah kullanamayacaktır. (Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 293; Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi”, s. 41.) Bunun yanında 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 1/B maddesinde bazı hükümlülerin yakalanması için kolluğun silah kullanabileceği de düzenlenmektedir.

direnışı kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkili olduğunu düzenlemektedir. Zaten bir sonraki fıkrasında da yukarıda açıkladığımız şekliyle ölçülülük çerçevesinde kademeli olarak zor ve gerektiğinde silah kullanılacağını, ardından gelen fıkra da bu aşamaları ve koşullarını düzenlemektedir. Polisin kullandığı zor, direnışı kırmaya yeterli gelmediğinde ölçülü olarak bir sonraki aşamaya geçilmelidir²¹⁶. Kullanmış olduğu zorun direnışı kırmaya yeterli gelmediği ve bir sonraki aşamadaki zor kullanma yöntemine başvurulması gerektiği noktasında takdiri yapacak olan zoru kullanan kolluk görevlisidir. Kolluk kuvvetleri her somut olayda o olayın şartları çerçevesinde karşılarına çıkan direnişin ya da tehdidin niteliği, direniş ya da tehditte bulunanların ortaya koyduğu engellerin vasfı, direniş ya da tehditte bulunanların (fiziksel gücü, yaşı, cinsiyeti, sayısı gibi) özelliklerini göz önünde bulundurarak ne tür bir zor kullanma yöntemine başvuracağını ve hangi araçları kullanacağını takdir edecektir²¹⁷.

Bir direnişin ya da kamu düzenine yönelik tehdidin sonlandırılması için kolluk kuvvetleri öncelikle bedeni kuvvet kullanmalıdır. Bedeni kuvvet PVSK madde 16/3-a'da polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni güç olarak tanımlanmaktadır. Bedeni kuvvet bu tanımdakinden farklı olarak illa ki direnen kişi ya da kişilerin vücutlarına teması gerektirmemektedir. Polisin grup içerisine girerek onları küçük gruplara bölmeye, üzerlerine yürüyerek eylem alandan dağılmaya zorlaması da herhangi bir temas olmaksızın bedeni kuvvet kullanılması anlamına gelecektir²¹⁸. Bununla beraber ölçülü olmak kaydıyla bedeni kuvvet kişilerin bedenlerine ya da eşyalarına yönelik cebri de meşru kılar. Bedeni kuvvet kullanma kişilerin üzerinde acı verme neticesini eşyalar üzerinde zarar neticesini doğursa da zor kullanma bu amaçlarla gerçekleştirilemez²¹⁹ ve ölçülü olmak kaydıyla bu neticeleri doğuran fiiller hukuka uygundur. Yine bedeni kuvvet kişilerin bedenleri üzerinde

²¹⁶Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 44

²¹⁷ Sulhi Dönmezer, "Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları", **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:6, İstanbul, 2005, s. 20 – 22.

²¹⁸ Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 290-291; Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 39.

²¹⁹ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 39

kullanılmak yanında eşya üzerinde de icra edilebilir. Kişilerin direniş ya da saldırı amacıyla kullandıkları eşyaların ellerinden zorla alınması da bedeni kuvvet kullanılmasıdır. Eşyanın zorla elden alınması yeterli olacakken eşyanın, örneğin fotoğraf makinasının söz gelimi kolluk kuvveti tarafından kırılarak tahrip edilmesi ölçülü kabul edilemeyecektir.

Bedeni kuvvet kullanılırken de bunun direnişi ya da tehdidi sonlandıracak ölçüde olması ve bu amaca matuf olması zorunludur²²⁰. Kolluğun temas etmeksizin kişilerin üzerine yürüyerek direnişe son vermesi mümkünken kişileri ite ite direnişe son vermeye zorlaması ölçülü olmayacaktır. Yine kişilerin sertçe olmayacak şekilde itilerek direnişe son vermeleri sağlanabilecekken eza çektirecek şekilde kollarının arkaya bükülerek alandan uzaklaştırılmaya çalışılması da bedeni kuvvetin ölçüsüz olarak kullanılması anlamına gelecektir. Yine kolluğun direniş gösteren kişi ya da kişilere duyduğu öfke nedeniyle kişileri tokatlaması, yumruklaması halinde icra edilen bedeni zor, hukuka uygunluktan yararlanamayacaktır.

Kolluk, bedeni kuvvet ile ortadan kaldıramadığı direniş ve saldırıyı maddi güç ile ortadan kaldırmalıdır. Bunun tersine kolluğun bedeni kuvvet ile def edebileceği bir saldırı ve direniş karşısında maddi güç kullanması ölçüsüz olacak ve fiil hukuka uygunluk alanının dışına çıkarak hukuka aykırı hale gelecektir.

Maddi güç PVSK madde 16/3-b uyarınca polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçları olarak anlaşılmalıdır. Bent metninde geçen sair hizmet araçları ifadesi ile polisin maddi güç kullanımı için maddede sayılanlar dışında araçları da kullanabileceği, bentte sayılan araçların sınırlı sayıda olmadığı ortaya konmaktadır²²¹. Bent metninde sınırlı sayıda olmayacak şekilde pek çok araç sayılmış olsa da polis karşısındaki saldırının ya da direnişin niteliğine göre bu saldırı ya da direnişi ortadan kaldıracak ölçüdeki aracı

²²⁰ Dönmezer, “Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları”, s. 21.

²²¹ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 39

kullanmak zorundadır. Polisin daha hafif bir aracı kullanması mümkünken karşısındaki saldırı ve direniş ile ölçüsüz bir aracı kullanması halinde hukuka uygunluktan bahsedilmesi mümkün değildir²²².

Kolluk kuvvetleri silah kullanma aşamasına gelene kadar kanunun düzenlediği şekliyle kademe kademe zor kullanmalıdır. Her bir kademede düzenlenen zor kullanma yöntemi de saldırının ve direnişin mahiyetine göre kendi içerisinde ölçülü olarak kullanılmalıdır. Yani polis öncelikle bedeni kuvveti kendi içinde hafiften ağıra doğru sonrasında maddi gücü daha hafif araçtan daha ağır araca doğru ölçülü şekilde kullanacak, son olarak kanunun silah kullanmaya cevaz verdiği haller söz konusu ise silahına başvuracaktır²²³. Ateşli silah kullanılmasının koşullarının olduğu durumlarda kolluk silahını kişiye en az zararı verecek şekilde kullanmak zorundadır²²⁴. Silah, saldırının def edilmesi, direnişin sonlandırılması ve kişinin canlı olarak yakalanması amacı ile kullanılmalıdır²²⁵. PYSK md. 16/7’de kolluğun silah kullanabileceği haller çerçevesinde (a) bendinde düzenlenen meşru savunma durumunda polisin ölçülü olmak koşulu ile saldıran kişiyi öldürülmesi mümkünse de genel bir ölçülülük kuralı olarak silah kullanma ile elde edilecek faydanın, silah kullanarak kişiye verilen zarardan mühim olması zorunludur²²⁶. Bu bakımdan kolluk kuvveti bakımından meşru savunmanın ya da zorunluluk halinin gerektirdiği şekliyle öldürme ölçülü görülebilirse de kolluğun silah kullanma yetkisi çerçevesinde esas olan kişinin öldürülmemesidir. Zaten Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi’nin 17. maddesi de “...mümkün olduğu kadar suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi...” diyerek silah kullanmada amacın öldürme olmadığına vurgu yapmaktadır²²⁷. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ek madde

²²² Aynı yönde: Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 291.

²²³ Ayhan Bozlak – M. Bedri Eryılmaz, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2009, S: 83, Ankara, s. 240 vd.

²²⁴ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 44

²²⁵ İzzet Özgenç, “Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 1994, C: 68, S: 1-2-3, İstanbul, s. 94-95.

²²⁶ Bozlak – Eryılmaz, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, s. 248.

²²⁷ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 45; Kelep Pekmez PVST 17. Maddenin orantılılık ilkesi çerçevesinde oldukça sorunlu bir düzenleme olduğu görüşündedir. Yazar’a göre meşru savunma hali hariç olacak şekilde yakalama ya da direnişe son verme için silah kullanılmasının gerektiği hallerde öldürme neticesinin orantılı olduğu söylenemez. Bu hüküm uygulayıcı nitelikteki kolluk kuvvetlerinin, silah kullanmada öldürmeden mümkün olduğu

2’de ise “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda "teslim ol" emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.*” Denilmektedir. Düzenleme ölçülülük-orantılılık koşuluna bünyesinde yer vermektedir. Ne var ki bu düzenleme örgüt üyelerinin yakalanmasını sağlayacak kademeli tedbirleri düzenlemediği ve kaçmalarını engellemek için silah kullanılması bakımından başka çarenin bulunmamasını bir koşul olarak aramadığından eleştirilmektedir²²⁸.

kadar kaçınması gerektiğini ama yine de mümkün olan bir ihtimal olarak bu seçeneği kenarda tutabileceğini düşünmesine yol açmaktadır ve bu haliyle orantılılık ilkesi ile çelişen bir düzenlemedir. (Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 133.)

²²⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, , s. 329; Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi”, s. 45; Terörle Mücadele Kanunu’nun Ek 2. Maddesinin 4178 sayılı Kanun’un 3. Maddesi düzenlenen şekli şöyleydi: “*Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı aletli silah kullanmaya yetkilidirler.*” Bu düzenleme ölçülülük-orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir. “...*Ek Madde 2’de, terör örgütlerine karşı yapılacak operasyonlarda, kolluk kuvveti görevlilerinin silah kullanmaları, teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulun gerçekleşmesi durumunda görevliler failleri etkisiz kılmak amacıyla, doğrudan ve duraksamadan, hedefe karşı ateşli silah kullanabileceklerdir.*

Maddede “teslim ol emrine itaat edilmemesi” ve “silah kullanmaya teşebbüs edilmesi” durumunda, kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri belirtilmeden, kolluk kuvvetlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verilmiştir.

Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, “herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”. Son fıkrasında da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesine koşturularak “mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri birinci fıkra hükmü dışındadır” denilmektedir.

Bu maddeyle güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir.

Kuralda faillerin sadece “silah” kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı “ateşli silah” kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetenimsiz küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir.

Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.

PVSK'nın 16. maddesinin 5. fıkrasında, karşılaşılan saldırı ve direnişin kırılması adına başvurulacak zor kullanma yönteminin ve kullanılacak araçların derecesinin kimler tarafından tayin edileceğini düzenlemektedir. Buna göre polis kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler, müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir. Ölçülülük ilkesi çerçevesinde ele alınması gereken bu düzenlemeye göre kolluk görevlisi bizzat müdahale edecekse zor kullanma yöntemine ve kullanacağı araca yani ortadan kaldırması gereken direniş ve saldırıya karşılık hangi yöntemin ve hangi aracın ölçülü ve orantılı olacağına kendisi karar verecektir. Müdahale, bizzat yapılmayıp toplu kuvvet olarak gerçekleştirilecekse hangi yöntemin ve araçların ölçülü ve orantılı olacağına toplu kuvvetin amiri karar verecektir. Bu durumda amirin ölçüsüz ve orantısız bir yöntem ve araca başvurulmasını emretmesi halinde kolluk yetkilisinin, ölçülü yöntem ve araca karar verme yetkisi bulunmadığından bu emrin yerine getirilmemesinden sorumlu olduğu söylenemez. Bu konu amirin emrini ifa başlığı altında aşağıda incelenecektir.

TSK İç Hizmet Kanunu da silah kullanma yetkisi bakımından ölçülülüğü kimin tayin edeceğine dair düzenleme öngörmektedir. Bu kanunun “Askerlerin Silah Kullanma Yetkileri” başlıklı 87. maddesinin “Ateş emri ve kendiliğinden ateş etmek” başlıklı IV. fıkrasının 2. bendine göre “*Ateş emri verilmemiş olsa dahi her asker silahını kullanabilir. Ancak silahını kullanılacağı zamanın ve kullanma derece ve tarzının tayini her olayın cereyan ettiği haller ve şartlar göz önünde tutularak silahını kullanacak asker tarafından bizzat takdir olunur.*”

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi bakımından var olan ölçülülük orantılılık koşulu başvurulacak yöntem, kullanılacak araç, zor ve silahın kullanılacağı zaman ve yer, kişi üzerinde icra edilecek bölge bakımından zor ve silah kullanmanın ölçülü-

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.” (Anayasa Mahkemesi 06.01.1999 tarih, 1996-68 Esas, 1999-1 Karar sayılı kararı – Resmi Gazete Tarih: 19.01.2001, Sayı: 24292)

orantılı olması anlamına gelir²²⁹. Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinin keyfilikten uzak bir şekilde kullanılmasının en önemli koşulu zor ve silah kullanmanın ölçülü ve orantılı olmasıdır²³⁰. Uygulamada kolluğun zor ve silah kullanmasının ölçülü olup olmadığı ile ilgili iddia ve yargılamalara sıkça rastlanmaktadır. Gerçekten de gerek olay anında zor ve silah kullanmanın ölçülülüğünün ve orantılılığının tayin ve takdir edilmesi gerekse olaydan sonra yargılama makamları tarafından kullanılan zor ve silahın ölçülü ve orantılı olduğunun tespit edilmesi oldukça güçtür²³¹. Bu noktada Birleşmiş Milletler'in Kuvvet Kullanmaya Yetkili Mercilerin Zor ve Silah Kullanması Hakkında Temel İlkeler Kararının yol gösterici olduğunu belirtmek gerekir²³². Bahse konu kararın 5. Maddesi uyarınca;

“Zor ve ateşli silah kullanılması kaçınılmaz hale geldiği zaman, kuvvet kullanmaya yetkili memurlar:

(a) Bu tür araçların kullanımına sınırlı olarak başvurmalı ve suçun ağırlığı ve başarılması hedeflenen meşru amaç ile orantılı biçimde tasarrufla bulunmalıdır;

(b) Zararı ve ziyarı asgariye indirmelidir ve insan yaşamına saygı gösterilmeli ve korunmalıdır;

(c) Yaralanan ya da uygulamadan etkilenen kişilere, mümkün en erken anda yardım edilmesini ve tıbbi müdahalede bulunulmasını temin etmelidir;

(d) Yaralanan ya da uygulamadan etkilenen kişilerin akrabalarına yahut yakın arkadaşlarına mümkün en erken anda bildirimde bulunulmasını temin etmelidir.²³³”

Silah kullanmanın amacı çerçevesinde orantılılık ilke ve koşulunun sağlanması için direnişin savuşturulması ve yakalamanın gerçekleştirilmesi için gerekenin ötesine

²²⁹ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 131

²³⁰ Bozlak – Eryılmaz, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, s. 248.

²³¹ Özbek – Doğan – Bacaksız - Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 294 vd.

²³² A.g.e.

²³³ Bozlak – Eryılmaz, “Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, s. 261.

geçilmemesi gerekmektedir²³⁴. Bunun ötesinde bir zor ve silah kullanımı TCK 24/1 Maddesinden doğan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin alanının dışına çıkılması demek olacaktır. Bir direniş ya da saldırıyı ortadan kaldırmak adına başvurulmuş zor ya da silah kullanımının orantılı olup olmadığının değerlendirmesine yarar genel bir ölçü bulunmamaktadır. Bu değerlendirme her olayın koşulları özel olarak değerlendirilerek olay özelinde yapılmak zorundadır²³⁵. Örneğin dağılmaları yönünde ihtar yapılan ve buna karşın dağılmamakta direnmek dışında hiçbir mukavemet göstermeyen kalabalığa yönelik olarak kolluğun uyarı maksatlı olarak havaya ateş etmesi orantılı ve ölçülü olarak değerlendirilemeyecektir²³⁶.

Olağanüstü Hal Kanunu'nun "Silah kullanma yetkisi" başlıklı 23. maddesinin ikinci fıkrasına göre "...silah kullanma yetkisini sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetleri mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler." Bu hükmün silah kullanmanın son çare olması ilkesi ve orantılılık ilkesi ile bağdaşmadığı ve güvenlik birimlerine verilen bu yetkinin bir tür "öldürme yetkisi" olduğu eleştirisi yapılmaktadır²³⁷. Özellikle fıkra metninde silah kullanma yetkisi tanınan hallerden biri olan silahla mukabeleye yeltenilmesi halinde kişinin mukabeleye yeltendiği silahın türüne ilişkin bir kısıtlama yapılmamakta ve bu durumda güvenlik kuvvetinin silah kullanma yetkisi ortaya çıkmaktadır. Bu durumda yalnızca fıkra metni dikkate alınırsa ateşli silah ile direniş göstermeyen hatta henüz direniş de göstermeyip direnişe yeltenen kişiye kolluğun ateşli silahla karşılık vermesi mümkün hale gelmektedir.

²³⁴ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 132

²³⁵ A.g.e.

²³⁶ "...örgüt yandaşı olduğu savıyla Silvan'a gönderilen kişilerin olay günü aleyhe sloganlar da atarak köye topluca girmek istemeleriyle gelişen olayda... köy korucuları olan sanıklar Seyithan ile Sabiha'nın görev icabı şahsına tevdi edilen silahlarla havaya ateş etmelerinin" hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 1. C.D. 09.02.2000 tarih 2000/272 K. sayılı kararı. Ahmet Gündel, Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması, 4. Cilt, 2009, Ankara, s. 583

²³⁷ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 136.

Düzenlemenin son çare olma ilkesine ve orantılılığa ilişkin bir koşulu aramıyor olması, düzenlemeyi sorunlu bir düzenleme haline getirmektedir²³⁸.

Olağanüstü Hal Kanunu'nun 23. maddesine benzer bir düzenleme Fransız İç Güvenlik Kanunu'nun L.435-1 maddesinin 5. bendinde yer almaktadır²³⁹. Bu düzenlemenin bir olağanüstü dönem değil olağan dönem düzenlemesi olduğunu belirtmek gerekir. Düzenlemeye göre “silahlarını kullandıkları anda sahip oldukları veriler göz önünde tutulduğunda bu tekrarlanmanın muhtemel olduğunu tahmin etmekte gerçek ve nesnel olarak haklı olmaları durumunda; gerçekleşen bir veya birden fazla kişinin ölümü ya da öldürülmesine teşebbüs edilmesinin kısa zaman içerisinde tekrarlanmasının engellenmesi amacıyla münhasır olarak,” kolluk görevlileri silahlarını kullanabilirler²⁴⁰. Görülebileceği üzere Fransız İç Güvenlik Yasası kolluğa bir veya birden fazla kişinin öldürülmesi ya da öldürülmesine teşebbüs edilmesinin tekrarlanmasının “muhtemel” olduğu hallerde silah kullanma imkânı tanımaktadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere her ne kadar TCK 24. maddenin ilk fıkrası gerekliliği ve ölçülülük-orantılılığı kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluğun bir şartı olarak düzenlemese de hem gereklilik hem de ölçülülük bu hukuka uygunluğun olmazsa olmaz şartıdır. Kanuni bir emre ya da müsaadeye dayanak olan norm bu emir ya da müsaadenin yerine getirilmesi bakımından da gerekliliği ve ölçülülüğü bir şart olarak düzenlememiş olabilir. Hal böyle olsa da

²³⁸ Anayasa Mahkemesi Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 2. Maddesine ilişkin yapılan başvuru neticesinde verdiği iptal kararının gerekçesinde bu yaklaşımı ortaya koymaktadır. “Kuralda faillerin sadece "silah" kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı "ateşli silah" kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir.” (Anayasa Mahkemesi 06.01.1999 tarih, 1996-68 Esas, 1999-1 Karar sayılı kararı – Resmi Gazete Tarih: 19.01.2001, Sayı: 24292)

²³⁹ Bu düzenleme Fransa'da olağanüstü halin uygulandığı sırada 3 Haziran 2016 tarihli ve 2016-731 sayılı yasa ile Fransız Ceza Yasası'nın genel hükümler kısmı altında kanunun hükmü ve amirin emrini düzenleyen 122-4 maddesi altında 122-4-1 maddesi olarak yasalaşmıştı. Sonrasında Fr.CY 122-4-1 maddesi 28 Şubat 2017 tarihli ve 2017-258 sayılı yasa ile yürürlükten kalkarak aynı yasa ile İç Güvenlik Kanunu'nun L435-1 maddesi altında yasalaşmıştır.

²⁴⁰ Fransız İç Güvenlik Yasası'nın L435-1 maddesi'nin 5. bendi orijinal metni şu şekildedir. “Dans le but exclusif d'empêcher la réitération, dans un temps rapproché, d'un ou de plusieurs meurtres ou tentatives de meurtre venant d'être commis, lorsqu'ils ont des raisons réelles et objectives d'estimer que cette réitération est probable au regard des informations dont ils disposent au moment où ils font usage de leurs armes.”

Olağanüstü Hal Kanunu 23. maddesi metninin orantısız bir silah kullanımına imkân veren düzenlemesi örneğinde olduğu gibi silah kullanma yetkisinin gereklilikten ve ölçülülükten yoksun olarak kullanılması mümkün değildir. Yani kanuni bir emri ya da müsaadeyi düzenleyen normun bu emir ya da müsaadenin yerine getirilmesi için gereklilik ve ölçülülüğü şart koşmasının ya da buna ilişkin bir hükmü ihtiva etmemesinin bir önemi yoktur. Dolayısıyla Olağanüstü Hal Kanunu 23. maddesinde yer aldığı şekliyle kişilerin silahla mukavemete yeltenmesi halinde kolluğun bu mukavemet ile ölçülü bir şekilde silah kullanması zorunludur. Bunun ötesinde bir silah kullanımı ölçüsüz olacağından hukuka uygunluğun alanının dışına çıkmış olacaktır. Yine de kamu gücünün hak ve özgürlüklere müdahale etmesine yetki veren düzenlemelerin, gereklilik ve ölçülülük bakımından daha belirli ifadelerle kaleme alınması yerinde olacaktır.

Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisini ölçüsüz-orantısız bir şekilde kullanması kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşması anlamına gelecektir. Mevzuatımızda, kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinde olduğu gibi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde incelenebilecek sayısız emir ve müsaade ihtiva eden hüküm bulundurmaktadır. Kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi bu bağlamda en sık ele alınan ve tartışılan konu olduğu için burada özel olarak bu konuya değindik. Kolluk bakımından herhangi bir idari ya da adli tedbirin uygulanması çerçevesinde ortaya çıkabilecek bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasında norma uygun davranılması kanunun hükmünden doğan hukuka uygunluğun üçüncü ve son şartıdır. Kanunun hükmünü yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturması dayanak normun ortaya koyduğu emre ya da müsaadeye karşılık gelen bir davranışın gerçekleştirilmesi ile mümkündür. Aşağıda bu şart farklı görünüşleri ile incelenecektir.

3. Norma Uygun Davranış

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin son şartı, failin dayanak norm tarafından emredilen ya da müsaade edilen hukuka uygun bir davranışı

gerçekleştirmiş olmasıdır. Failin öncelikli olarak bir suç tipine uyan davranışının, hukuka uygunluğun dayanağı olan normda belirtilen davranışa uyması gerekmektedir.

Kanunun hükmünü yerine getirmeden kaynaklanan hukuka uygunluktan bahsedilebilmesi için öncelikle failin icrai ya da ihmali hareketinin bir suç tipinde düzenlenen harekete karşılık gelmesi gerekmektedir. Aksi takdirde fiil tipik olmayacağından ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığını tartışmak gereksiz olacaktır. İkinci olarak suç tipine uyan bu hareketin, kanunun hükmünü yerine getirme şeklinde hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi, meşruiyetin dayanağı olan norma uygun olmasına bağlıdır. Failin davranışının hukuka uygunluğun dayanak normunda belirtilen davranışa uymaması durumunda hukuka uygunluktan bahsedilemeyecektir. Bununla beraber fail kanunda belirtilen bir davranış yerine getirirken sınırı aşarak norma uygun olmayan bir davranış gerçekleştirmiş olabilir. Yine fail davranışının normda belirtilen davranışa uygun olduğu düşüncesiyle hareket ederek hataya düşmüş olabilir.

Davranışın norma uygun olmaması ilk olarak kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılmasından kaynaklanmış olabilir. Sınırın aşılması kamusal ya da özel kişilere yönelik olan tüm emir ve müsaadelerin yerine getirilmesinde söz konusu olabilir. Davranışın norma uygun olmaması ikinci olarak bu emri ya da müsaadeyi yerine getirecek kişinin bu hukuka uygunluk nedeninin varlığında ya da maddi şartlarında hataya düşmesinden ileri gelebilir. Tüm bu ihtimaller bu hukuka uygunluk nedeninin son şartı olan norma uygun davranış çerçevesinde ele alınması gereken etmenlerdir.

Aşağıda sırasıyla kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması ve bu hukuka uygunluk nedeninde hataya düşülmesi ve sonuçları incelenecektir.

a. Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Aşılması

TCK 24. madde, sınırları dâhilinde uygulandığında kanun hükmünü yerine getiren kişi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni ihdas etmektedir. Kanunun hükmünü yerine getirmede sınır aşılmış ise artık bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsetmeye olanak yoktur²⁴¹. Bu durumda sınırın kasten aşılması, sınırın taksirle aşılması ya da bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hataya düşülmesinin hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme hukuku bakımından ayrı sonuçları olacaktır.

Kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın aşılması demek kanunun emrettiği ya da müsaade ettiği fiil ile korunmak istenen hukuksal değer ile bir başkasına ait hukuksal değer ihlali arasında ihlal edilen hukuksal değer aleyhine ölçsüzlüğü- orantısızlığın bulunması demektir. Ölçülülük-orantılılık da her ne kadar 24. madde bunu bir koşul olarak aramasa da bu hukuka uygunluk nedeninin bir varlık koşuludur. Bu koşulun yokluğu durumunda fiil hukuka uygunluk alanından çıkmış, hukuka aykırılık alanına geçmiş olur. Kanunun hükmünü yerine getirmenin ölçülü olması dışında zaman bakımından²⁴² ya da yer bakımından²⁴³ sınır aşılması bu hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması olarak değerlendirilemez. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu md. 118/1 uyarınca konutta işyerinde ya da diğer kapalı yerlerde gece vakti arama yapılamaz. Adli kolluk yetkilisinin kast olmaksızın gece vakti bu sayılan yerlerde arama yapması sınırın aşılması olarak değerlendirilemez. Yine kamu görevlisinin yetkili olmadığı bir yerde kanundan doğan bir yetkiyi kast olmaksızın kullanması halinde bu fiil hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması olarak değerlendirilemez. Kolluğun zaman bakımından ya da yer bakımından yetkili olduğu

²⁴¹ Fatih S. Mahmutoglu, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:2005, S: 5, s.57.

²⁴² Polat, Türk Ceza Hukuku’nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, s. 176, Yazar zaman bakımından sınırın aşılmasını kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın aşılması türlerinden biri olarak incelemektedir.

²⁴³ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 139, Yazar’a göre hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasından bahsedilebilmesi için öncelikle bir hukuka uygunluk nedeninin tüm koşulları ile birlikte ortaya çıkması gerekir. Bu noktada ilk incelenmesi gereken husus kolluğun yer ve zaman bakımından yetkili olmasıdır. Yazar’a göre yer ve zaman bakımından sınırın aşılması mümkündür.

zannıyla hareket etmesi, hata hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir konudur. Md. 27/1 düzenlemesi ise sadece ölçülülük ve orantılılık çerçevesinde sınırın aşılması hallerine uygulanabilecek bir hükümdür²⁴⁴. Dolayısıyla biz bu bahiste yalnızca ölçülülük-orantılılık çerçevesinde sınırın aşılmasını inceleyeceğiz.

Koca - Üzülmüş, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halinin esasında bir yanılğı olduğunu ifade etmektedir²⁴⁵. Buna göre fail hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hataya düşmektedir. Yazarların hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatayı TCK md. 30/1’de düzenlenen maddi unsurlarda hata çerçevesinde ele alan görüşü²⁴⁶ ile bu görüşleri bir arada değerlendirildiğinde failin bu hatası, kastını kaldıran bir hatadır. Dolayısıyla TCK md. 27/1 düzenlemesi suçun haksızlık içeriğine ilişkin bir düzenlemedir. Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak suçun haksızlık içeriğine dâhil olmayan ya da bir başka deyişle kastın kapsamına girmeyen unsurlar bakımından sınırın aşılması TCK md. 27/1 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Hukuka uygunluk nedenleri dışında kalan ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler kusurluluk alanına dâhildir ve kastın kapsamına dâhil olmadığından bu nedenlerde sınırın aşılması halinde haksızlık içeriğine dair bir değerlendirme yapma ihtiyacı, haliyle de TCK md. 27/1’in değerlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmamaktadır²⁴⁷.

Türk Ceza Kanunu, “*Sınırın aşılması*” başlıklı 27. maddesinin ilk fıkrası ile tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından da geçerli olacak şekilde ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması müessesesini düzenlemektedir. Buna göre “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur*”²⁴⁸.

²⁴⁴ Aynı yönde Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304.

²⁴⁵ Mahmut Koca – İlhan Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M. 27)”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, S:1-2, Yıl: 2007, s. 41

²⁴⁶ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 297.

²⁴⁷ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 41

²⁴⁸ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 50. Maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına dair düzenleme öngörülmüş ve fakat düzenlemede ceza indiriminin teorik esası belirsiz bırakılmıştır. Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 301; 765 sayılı TCK 50. madde hükmü şu

TCK 27/1 maddesi, 765 sayılı TCK'nın 50. maddesine²⁴⁹ muadil bir düzenleme öngörmektedir ve sınırın taksirle aşılmasına sonuç bağlamaktadır²⁵⁰. Kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın, taksirle aşılmasının ötesinde tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından da geçerli olabileceği gibi kast ile aşılması da mümkündür²⁵¹.

Aşağıda bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasında sınırın kasten ve taksirle aşılması ve yine bu hukuka uygunluk nedeninde sınırın heyecan korku ve telaş ile aşılması hususu ayrı ayrı incelenecektir. Fakat bu başlıklar incelenmeden önce ifade edilmelidir ki hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına ilişkin TCK md. 27/1 düzenlemesi Fransız Ceza Kanunu ile mukayese edildiğinde oldukça modern bir düzenlemedir. Zira Fransız Ceza Yasası hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hususunda sessiz kalmaktadır. Bu durumda fail hukuka uygunluk nedeninde sınırı kast ya da taksir ile aşarsa kasta ve taksire ilişkin genel hükümler çerçevesinde sorumlu olur²⁵².

şekildedir: “49 uncu maddede yazılı fillerden birini icra ederken kanunun veya salahiyettar makamın veya zaruretin tayin ettiği hududu tecavüz edenler cürüm ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim ise sekiz seneden aşağı olmamak üzere hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde altı seneden on beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Sair hallerde asıl suça müretteb ceza altıda birinden eksik ve yarısından ziyade olmamak üzere indirilir ve ağır hapis hapse tahvil olunur ve amme hizmetlerinden müebbet memnuiyet cezası yerine muvakkat memnuiyet cezası verilir.”

²⁴⁹ “Olay günü, Anıtkabir'in Gençlik Caddesine bakan tarafında, 1-5 nolu nöbetçi kulübeleri arasında devriye nöbeti tutan sanığın, duvardan atlamak suretiyle Anıtkabir Bahçesine girip Mozole'ye doğru koştuğunu görünce, görevi gereği kovalamaya başladığı maktule yetiştiği sırada, yerden aldığı taşı sanığa fırlatan maktulün sanığı yaralayarak yere düşürdüğü ve ikisinin bir süre boğuştuğu, sanığın elinden kurtulmayı başaran maktulün yeniden koşmaya başladığını gören sanığın 'dur' ihtarıyla havaya ikaz atışı yaptığı ve maktul buna rağmen durmayınca hedef gözeterek yaptığı ateş sonucu ağır şekilde yaralanan maktulün bir süre sonra öldüğünün açıklıkla anlaşılması karşısında, sanığın öldürme kastıyla ateş ettiğinin kesinlikle belirlenememesi, merminin maktulün vücuduna giriş çıkış yerleri de gözönünde tutularak, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 87. maddesinin (d) ve (e) bentlerinde belirtilen hallerin gerçekleşmesi nedeniyle silah kullanma yetkisini kullanan sanığın, zaruretin tayin ettiği yetkiyi aştığının kabulü ile TCK'nın 452/1, 50, 59/2. maddelerinin uygulanması suretiyle cezalandırılmasına karar verilmesinde zorunluluk bulunduğu ..." (Yargıtay 1. C.D., 13.03.1991 tarihli, 1991-509 E., 1991-700 K. Sayılı kararı) Kargal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 58, dñn. 85

²⁵⁰ Koca – Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 302-303.

²⁵¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 432, Koca – Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 301 vd; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 451; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 412; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 346; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 387; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, s. 346 vd; İçel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 407.

²⁵² Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 44, 91.

1) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Kasten Aşılması

Türk Ceza Kanunu'nun 27. maddesinin ilk fıkrası, failin sınırı aşmada kasten hareket ediyor olması noktasında herhangi bir düzenleme öngörmemektedir. Kanunun bu noktada sessiz kalması sınırın aşılmasında hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanı bulamayacağı ve suç tipine uyan fiilden doğan sorumluluğunun tam olduğu anlamına gelmektedir²⁵³. Fail, hukuka uygunluk nedeninde sınırı ya bilerek ve isteyerek (doğrudan kast ile) ya da sınırın aşılabileceğini öngörerek ve bunu kabullenerek (olası kast ile) aşmaktadır²⁵⁴.

Kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın kasten aşılması, kanun hükmünü yerine getirme ile korunan hukuksal değerle orantısızlık oluşturacak şekilde bir başkasına ait hukuksal değer bilerek ve isteyerek yahut öngörerek ve kabullenerek ölçünün ötesinde ihlal edilmesidir. Fail hareketin konusuna kasten, ölçüsüz ve orantısız bir zarar vermektedir²⁵⁵.

Sınırın kast ile aşılmasına ilişkin konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde ihtimam arz eden özel bir düzenleme

²⁵³ Polat, Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, s. 176.

²⁵⁴ "Gece bekçisinin arabada bulunanlardan şüphelenip telefonla durumu karakola bildirmesi ve polis ekiplerince takip edilen otomobilin kaçması, dur ihtarına rağmen durmaması, yarım saat kadar süren bir kovalamacadan sonra köprü girişinde durup geri geri giderek soldaki yan yola girdiği, bu sırada köprü üzerinde bulunan sanığın kaçmakta olan aracı durdurmak ve şüphelileri ele geçirmek amacıyla PVSK'nın 16/E maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığı, ancak, havaya, otomobilin lastiklerine ve alt kısımlarına doğru ateş etme imkânı varken, doğrudan doğruya arabada bulunanlara ateş ettiği, sağ ön kapı camının kırıldığı ve maktulün başından aldığı yara sonucu öldüğü, bir merminin de çamurluğa isabet ettiği ve mermi yönünün mevcut beyanları doğruladığı saptanmıştır. Sanığın, kaçmakta olan şüphelileri yakalamak kastıyla silah kullanması yasa gereğidir. Ancak PVSK'nın 17. maddesi uyarınca silah kullanmaktan başka çare kalmamışsa, suçlunun öldürülmesinden ziyade yaralanarak yakalanmasına dikkat edilmelidir. Sanık tarafından bu hususa dikkat edilmeyerek otomobilde oturanların hayati bölgelerine isabet edecek şekilde ateş edilmiş, böylece yasal hükümlere uyulmamış olduğundan, zaruretin tayin ettiği sınır aşılmıştır" (Yargıtay C.G.K., 23.03.1999 Tarih, 1999-1-13 E., 1999-475 K. Sayılı kararı), Turan Güzelöğlu, **Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.114-115, Yargıtay karara konu fiili 765 sayılı TCK md. 452'de düzenlenen kastın aşılması suretiyle adam öldürme olarak tavsif etmiştir. Kangal'a göre bugün bu fiil kast çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kangal,"Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 56.

²⁵⁵ Kangal,"Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 56

Türk Ceza Kanunu’nun “*Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*” başlıklı 256. maddesinde yer almaktadır. Buna göre “*Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*”

Bu suç tipi ile kanunun hükmünü yerine getirme çerçevesinde kuvvet kullanmaya yetkili kamu görevlilerinin, bu yetkide sınırı aşarak vücut bütünlüğüne zarar vermeleri yaptırım altına alınmıştır²⁵⁶.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun 256. maddesinde düzenlenen bu suçun 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’ndaki muadili 245. maddeydi²⁵⁷. Eski TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde bu suç tipine ayrıca yer verilmiş olması ve beraberinde kasten yaralama suçuna göre daha fazla ceza öngörülmesi eleştirilmekteydi²⁵⁸. Yeni TCK’nın 256. maddesi ile yaptırım bakımından kasten yaralama suçundan farklı bir ceza öngörülmemiş ceza bakımından kasten yaralama suçuna atıf yapılmıştır.

TCK 256. maddedeki düzenleme pek çok noktadan sorunlu yönleri olan bir düzenlemedir. İlk olarak düzenleme sınırın taksirle aşılmasına ilişkin özel bir düzenleme olan 27. maddenin ilk fıkrası dikkate alındığında sınırın kasten aşılması halinde tipik fiilden doğan tam sorumluluğun teyit edilmesinden başka bir amaca hizmet etmemektedir. Bu durum da zaten 256. maddenin gerekçesinde ayrıca ifade edilmiştir²⁵⁹. TCK 256. madde çerçevesinde yalnızca sınırı kasten aşan kamu

²⁵⁶ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 684; Mahmut Koca – İlhan Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 961.

²⁵⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 245. maddesi hükmü şu şekildeydi: “*Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalde başka surette bir kimse hakkında suumuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylerse üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. (Ek fıkra: 02/01/2003 - 4778 S.K./1. md.) 243 üncü madde ile bu maddede yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.*”

²⁵⁸ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1101.

²⁵⁹ TCK 256. maddenin gerekçesi şu şekildedir: “*Bazı kamu görevlileri, görevlerinin gereği olarak zor kullanma yetkisiyle donatılmışlardır. Örneğin emniyet görevlileri, suç şüphesi altında bulunan kişiyi*

görevlileri sorumlu olacak taksirle sınırı aşan kamu görevlileri bakımından TCK 27/1 maddesi uyarınca sınırın kast olmaksızın aşılmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böyle bir düzenleme hiç olmasaydı dahi genel hükümler çerçevesinde bu sonuca tabii olarak ulaşılabilecektir. Yani zor kullanma yetkisinde sınırın kasten aşılması yaralama olarak değerlendirilmekteyken böyle bir suç tipine neden ihtiyaç duyulduğunun açıklanması zordur²⁶⁰. Bunun tersine zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, zor kullanma yetkisinde sınırı kasten aşarak gerçekleştirdiği kasten yaralama fiili ile adi kasten yaralama fiili arasında cezalandırma bakımından bir fark bulunmaması da eleştirilmektedir²⁶¹.

Düzenlemedeki ikinci sorunlu yan, düzenlemenin kişilere karşı uygulanacak zor kullanmanın sınırının kasten aşılması halinde kasten yaralamaya ilişkin hükümlerin uygulanacağına dair yaptığı atıftır. Bu atıf hem cebrin bir unsur olarak düzenlendiği suçlar bakımından suçların ne şekilde içtima edeceği hem de kasten yaralama suçunun hükümlerinin nasıl uygulanacağı noktasında karışıklık yaratmaktadır. Zor kullanma yetkisi çerçevesinde kamu görevlisinin kişilere karşı kuvvet kullanmada kasten sınırı aşmış olmasının tipik olarak karşılık geldiği tek suç türü kasten yaralama suçu değildir. Bu bağlamda bakıldığında kamu görevlisinin kullandığı kuvvet tipik olarak TCK 102. maddede düzenlenen *cinsel saldırı*, TCK 103. maddede düzenlenen *çocukların cinsel*

yakalamak yetkisiyle donatılmıştır. Yakalanan kişi, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için, emniyet görevlisinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin örneğin hâkim veya savcı huzuruna çıkarılmamak için direnmesi hâlinde, emniyet görevlileri zor kullanarak bu kişiyi hâkim veya savcı huzuruna çıkarabilirler. Keza, bir meydana hukuka uygun olmayan, örneğin gece yarısı gösteri yürüyüşü yapmak isteyen kişilerin, dağılmaları hususunda çağrıda bulunan emniyet görevlilerinin bu çağrısına rağmen, dağılmasını sağlamak amacıyla kuvvet kullanılabilir. Kullanılan zorun, birinci örnekte suç şüphesi altında bulunan kişinin hakim veya savcı huzuruna çıkmamak konusundaki direncini kırmaya yetecek ölçüde, ikinci örnekte ise hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçüde olması gerekir. Bu ölçünün dışında kuvvet kullanılması durumunda, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır. Örneğin hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmamakta direnmenin ötesinde, kamu görevlilerine karşı bir saldırıda bulunmamalarına rağmen, bu kişilere karşı vücutlarının yaralanmasını sonuçlayacak şekilde silâh kullanılması hâlinde, emniyet görevlileri açısından artık hukuka uygun bir davranışın varlığından söz edilemez. Bu durumda, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerekmektedir. Ancak, bunun için, emniyet görevlisinin kasten hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, sorunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.”

²⁶⁰ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 961

²⁶¹ Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 685; Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 961;

istismarı, TCK 109. maddede düzenlenen *kişiyi hürriyetinden yoksun kılma* gibi kişilere karşı cebir kullanmayı tipikliğin basit halinde barındıran başkaca suçlara da pek ala vücut verebilir. Bunun yanında cebir kullanmanın suçun nitelikli halinin unsuru olarak düzenlendiği suçların da kamu görevlisinin sınırı aşması ile oluşması mümkündür. Bu durumda zor kullanma yetkisinde yani kanunun hükmünü yerine getirmede sınırı kasten aşan kamu görevlisi bakımından cebrin unsur olarak düzenlendiği suçlardan sorumluluk doğacağı açıktır. Haliyle failin, TCK 42. maddede düzenlenen bileşik suç hükmüne göre kasten yaralama suçundan ayrıca cezalandırılmaması gerekir. Fakat 256. madde düzenlemesi, failin kasten yaralama suçundan cezalandırılmasını düzenlemekte bu durumda örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile 256. madde hükmü farklı neviden fikri içtima (TCK Md. 44) ilişkisi içerisine girmektedir. Bu varsayımda kamu görevlisi zor kullanma yetkisinde sınırı aşarak birden fazla kişiyi hürriyetinde yoksun bırakırsa TCK Md. 43/3'teki istisna kuralı gereği kişi sayısı kadar kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerekecektir²⁶².

İçtima bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun kasten yaralama suçuna ilişkin düzenlemenin nasıl tatbik edileceğidir. Kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddenin üçüncü fıkrasının (d) bendi, kasten yaralama suçunun, kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesini nitelikli hal olarak düzenlemektedir. TCK 256. madde düzenlemesinin faili kamu görevlisidir. Failin yalnızca kamu görevlisi olması yeterli değildir. Failin ayrıca zor kullanma yetkisine sahip bulunan bir kamu görevlisi olması gerekir²⁶³. TCK madde 86/3-d'de düzenlenen nitelikli halin faili ise zor kullanma yetkisi olmayan kamu görevlisidir. Sınırı aşan zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin kasten yaralamanın basit halinden mi yoksa bu nitelikli halden mi cezalandırılacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu halde zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin sınırı kasten aşması zor kullanma

²⁶² Kamu görevlisinin tek bir fiil ile birden fazla kişiye karşı zor kullanmada kasten sınırı aşması halinde aynı neviden fikri içtimanın uygulanacağına dair görüş için bkz. Osman Yaşar – Hasan Tahsin Gökcan – Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 6. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 7745.

²⁶³ Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 963; Artuk - Gökcan - Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1104, 1105.

yetkisi olmayan kamu görevlilerine göre daha az ceza ile cezalandırılmaktadır. TCK 256. maddenin failinin de bu nitelikli halden cezalandırılması gerekir görüşü dile getirilmektedir²⁶⁴. Bu sefer zor kullanma yetkisi olan kamu görevlisi ile zor kullanma yetkisi olmayan kamu görevlisi bakımından cezalandırma açısından hiçbir fark olmayacaktır²⁶⁵. Zor kullanma yetkisi olan kamu görevlisinin kasten sınırı aşarak kişilerin vücut bütünlüklerinin ihlal edilmesi ile zor kullanma yetkisi olmayan kamu görevlisinin kasten yaralama fiilini işlemesi arasında cezalandırma bakımından bir fark olmalıydı denmektedir²⁶⁶.

Düzenlemedeki bir diğer sorunlu nokta zor kullanma yetkisinin sadece kamu görevlilerine tanınmamış olması ile ilgilidir. Kanunun kamu görevlisi olmayan kişilere tanıdığı zor kullanma yetkisinin sınırlarının kasten aşılması halinde kanunun düzenlediği sorumluluk kamu görevlisi olmayan kişiler için de geçerlidir. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 90. maddesi, herkesin yakalama yapabileceği halleri düzenlemektedir. Bu haliyle CMK madde 90 düzenlemesi özel kişilere yakalama yapma müsaadesi veren bir hükümdür. Maddenin aradığı şartlar gerçekleştiğinde herkesin yakalama yapma yetkisi vardır. Yakalama yapma, yakalama ile elde edilmek istenen yarar ile orantılı olduğu ölçüde cebir kullanmayı da gerektirir.

Kişinin yakalanmasını sağlayacak ölçüde cebir kullanılması TCK madde 24/1’de düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme çerçevesinde hukuka uygun kabul edilir. Kişinin, yakalamayı sağlayacak cebirin ötesinde bir cebri kasten uygulaması, örneğin yakalanan kişiyi yumruklaması, tekmelemesi yukarıda kamu görevlileri bakımından ifade edildiği gibi oluşabilecek tipik fiillerden tam

²⁶⁴ Artuk - Gökçen - Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1101; Yaşar – Gökcan – Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 7745

²⁶⁵ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 142; “Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle yaralama suçunu işlemesi, hem görevin özel nitelikte kötüye kullanılması anlamında olup, görevin icrası sırasındaki fiilleri kapsadığı gibi, görev icra edilmese ve görev başında olunmasa dahi, fiilen sahip olunan görevden doğan nüfuzun kötüye kullanılması eylemlerini de kapsamaktadır. Esasen 86/3-d maddesindeki failin zor kullanma yetkisini haiz olması zorunlu değildir. Fakat failin zor kullanma yetkisine sahip bir kişi olması durumunda eylem 256. maddeye girmektedir. Ancak cezalandırma bakımından sonuç değişmemektedir. Zira 256. madde kapsamındaki eyleme yine 3. fıkranın da uygulanması gerekmektedir.” Yaşar – Gökcan – Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 7745

²⁶⁶ Artuk – Gökçen – Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1101 dpn. 1.

sorumluluğunu doğuracaktır. Yani TCK 256. madde düzenlemesi bir özgü suç düzenlemesi olarak yalnızca kamu görevlilerinin fail olacağını söylese de kanunun diğer kişilerin cebir kullanmasına müsaade ettiği hallerde bu kişiler de herhangi bir özel düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın aynı şekilde sorumludur. Bu düzenleme, kamu görevlilerinin zor kullanma yetkisinde sınırı kasten aşmasına ilişkin olarak diğer kişilere göre cezanın daha ağır uygulanmasını öngörüyor olsa idi ki kanaatimizce zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin sınırı aşmasına kanunun diğer kişilere nazaran daha yüksek bir ceza belirlemesi yerinde olurdu, bu durumda bu düzenleme gerekli bir düzenleme olarak telakki edilebilirdi²⁶⁷. Bu haliyle TCK 256. Madde, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın kasten aşılmasına ilişkin gereksiz bir düzenlemedir ve suçların içtimasına ilişkin kafa karışıklığı ve tartışma yaratmaya oldukça müsaittir.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın kast ile aşılması bahsinden sonra aşağıda bu hukuka uygunluk nedeninde sınırın taksir ile aşılması incelenecektir

2) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Taksirle Aşılması

Türk Ceza Kanunu, 27. maddesinin ilk fıkrası ile hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kast olmaksızın aşılması şeklindeki teorik meseleye normatif bir çözüm öngörmektedir. Düzenleme hukuka uygunluk nedenlerinden daha geniş bir başlık olarak ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ceza indirimi öngörmektedir.

Doktrinde bu düzenlemenin, kast ve taksir gibi suçun haksızlık içeriğine dair unsurlardan bahsetmesinden mütevellit mahiyeti itibarıyla yalnızca hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulama alanı bulabileceği görüşünde olan yazarlar vardır²⁶⁸.

²⁶⁷ Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin sınırı kasten aşması durumunu kasten yaralamaya göre daha ağır bir ceza ile yaptırıma bağlanmaması durumunda TCK 256. maddenin amaçsız bir düzenleme olduğu noktasında bkz. Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 961.

²⁶⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 431-432; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, s. 346, ; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 339 vd.; Veli Özer Özbek,

Bu tartışmanın bu çalışmanın konusu olmaması sebebiyle çok fazla ayrıntıya girmeden bu görüşe yer vermekle yetineceğiz. Bunun yanında kısaca belirtmek gerekirse özellikle zorunluluk hali gibi (TCK Md. 25/2) ölçülülük-orantılılık şartını ihtiva eden mazeret nedenleri bakımından da sınırın kast olmaksızın aşılması pek ala mümkündür²⁶⁹. Keza kanun da ceza indirimini, lafzi olarak ceza sorumluluğunu kaldıran tüm nedenler bakımından sınırın aşılması haline şamil bir şekilde öngörmektedir²⁷⁰. Bu durumda zorunluluk halinde bir hukuksal değeri korumak isteyen kişi bir başkasına ait hukuksal değere kast olmaksızın ölçüsüz bir zarar verirse bu görüş çerçevesinde şartları varsa hata (TCK Md. 30/3) hükümleri uygulanacak md. 27/1 çerçevesinde taksirli suça göre verilecek cezada indirimde gidilmeyecektir. Bu hükmün yalnızca hukuka uygunluk nedenlerine uygulanacağı yolundaki görüşle hata düzenlemesine dair TCK Md. 30/3 hükmü bir arada okunduğunda, zorunluluk halinde sınırı kast olmaksızın aşan kişinin, sınırı aşmada kaçınılmaz bir hataya düşmedikçe tam sorumluluktan kurtulamayacağı şeklinde bir sonuca ulaşılır.

TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 335; “...suç teorisine ilişkin esaslar dikkate alındığında, aslında maddenin amacının sadece hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasını düzenlemek olduğu sonucuna varılmak gerekir. Zira suçun yapısal incelemesini, haksızlık ve kusur olmak üzere iki başlığa indirgediğimizde, maddede suçun haksızlık yapısı içinde yer alan kast ve taksir kavramlarından bahsedildiğini görüyoruz. Gerçekten maddenin birinci fıkrasında, sınırın kast olmaksızın aşılması halinde failin fiilin taksirli şeklinden cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun yapısında kastın kapsamına giren unsurlar, suçun kanuni tanımında yer alan bütün unsurlardır. Bir başka ifadeyle, haksızlığın tüm unsurları failin bilgisinde olmalıdır. Bununla birlikte, haksızlığın taksirli şekli de istisnai olarak kabul edildiğinden (TCK. m. 22/1), haksızlık alanında kalan unsurlar bakımından kastın kalkması, fiilin taksirli şeklinden dolayı cezalandırmaya engel değildir. Bu nedenle, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler arasında yer alan kusurluluğu etkileyen haller, haksızlığın dışında kalmakta ve doğrudan kastın konusunu oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, aslında maddede düzenlenmek istenen husus, hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kast olmaksızın aşılması halidir.” Koca – Üzülmöz, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 40-41; Koca – Üzülmöz sınırın kast olmaksızın aşılmasına ilişkin TCK Md. 27/1 hükmünün yalnızca hukuka uygunluk nedenleri bakımından uygulama alanı bulacağını ifade etmekle beraber bu düzenlemenin görevin ifası (Md. 24/1), meşru savunma (Md. 25/1), ilgilinin rızası (Md. 26/2) ve hakkın kullanılması (Md. 26/1) hukuka uygunluk nedenlerine uygulanacağını söyleyerek amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenini de madde düzenlemesinin kapsamı dışında bırakmaktadır. Koca - Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 303

²⁶⁹ Yargıtay zorunluluk halinde sınırın kast olmaksızın aşılması durumunda TCK 27/1 hükmünü uygulamaktadır. “...765 sayılı Kanundaki durumdan farklı olarak, 5237 sayılı TCK’nda hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olsa da ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden olan “zorunluluk hali” için de 27. maddenin birinci fıkrasının uygulanma imkânı bulunmaktadır.” Yargıtay CGK, 10.12.2013 tarihli 2013/1-60 E. 2013/603 K. Sayılı karar.

²⁷⁰ Aynı yönde; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 451; “TCK m. 27/1’de esas itibarıyla “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde” sınırın aşılması düzenlendiğinden ve “hukuka uygunluk nedenleri” ile “kusuru ortadan kaldıran nedenler” ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler üst başlığı altında yer aldığından bu uygulama doğrudur.” Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 461.

Kanun tarafından verilmiş bir emri ya da müsaadeyi yerine getiren kişi, bu emrin ya da müsaadenin yerine getirilmesiyle bir hukuksal değeri korumak isterken kast olmaksızın başkasına ait hukuksal değeri ölçüsüz-orantısız bir şekilde ihlal ederse TCK'nın 27/1 maddesi çerçevesinde taksirli fiilinden sorumlu tutulacak ve cezasında indirim yapılacaktır. Kanunun hükmünün yerine getirilmesi anlamındaki fiil, failin objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uymaması sebebiyle gereken ölçüyü aşmış bir fiildir²⁷¹. Fail, fiili işlerken gereken dikkat ve özeni göstermiş olsaydı emir ya da müsaade hüviyetindeki kanun hükmünün yerine getirilmesinden doğan hukuka uygunlukta sınırı aşmamış olacaktı neticesine varılabiliyorsa bu hukuka uygunluk nedeninde sınırın taksirle aşılmış olduğu söylenir²⁷².

Taksirli sorumluluk hali istisnaidir (TCK Md. 22/1). Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde failin taksirli fiilden sorumlu tutulabilmesi, bu fiilin taksirle işlenebilmesinin kanunda ayrıca düzenlenmiş olması ile mümkündür. Uygulamada özellikle bu hukuka uygunluk nedeni bakımından önem arz eden kolluğun zor ve silah kullanma yetkisi çerçevesinde sınırın kast olmaksızın aşılmasına dair taksirle öldürme ve taksirle yaralamaya ilişkin kararlara sıkça rastlanmaktadır²⁷³. Bunun dışında failin bu hukuka uygunluk

²⁷¹ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 57

²⁷² "Somut olayda, PVSY.nın Ek 4. maddesi uyarınca görevli ve yetkili bulunan polis memuru sanık ve arkadaşlarının, bir gün önce sanığın görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde işlenen gasp suçu nedeniyle aranan maktul ve arkadaşlarına rastlayıp, onları yakalamaya çalıştıkları, maktul ve arkadaşlarının da sanık ve diğer polis memurlarına kırmak suretiyle silah haline getirdikleri şişelerle saldırıda bulundukları esnada, sanığın yaptığı uyarı ateşi üzerine polis memurlarının ellerinden kurtularak kaçan maktulü, yakalamak için dur ihtarında bulunarak, ateş açan sanığın silah kullanması yasa gereği ise de, PVS Nizamnamesinin 17. maddesi gereğince 'suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerekirken' bu itina ile hareket edilmediği, böylece yasa hükmüne dayalı silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçılarak yasaya uygunluk hududunun aşılması neticesi ölüm sonucunun doğduğu anlaşılmaktadır. Durum yasanın 50. maddesine uygunluk arz etmektedir." (Yargıtay C.G.K., 23.03.2005 Tarihli, 2005-1-219 E., 2005-3 K. Sayılı kararı) Yaşar – Gökcan – Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 7746

²⁷³ "Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın taksirle insan öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı ceza sorumluluğunu kaldıran nedende sınırın kast olmadan aşılması ve takdiri indirim sebebinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde düzeltme nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafinin yasal savunmaya, müdahil vekilinin suç vasfına, cumhuriyet savcısının 5237 sayılı TCK nun 27. maddesinin uygulanamayacağına yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün Onanmasına karar verilmiştir." (Yargıtay 1. C.D'nin 21.03.2008 Tarihli ve 2008/2218 K. sayılı kararı) Bozlak – Eryılmaz, "Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", s. 259-263; "Olay tarihinde içinde

nedeninde kast olmaksızın sınırı aşması, taksirle işlenen başkaca suçlar bakımından da tipik olabilir. İmara aykırı olarak gerçekleştirilen kaçak yapıları yıkan belediye yetkilisinin, yıkımı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirmesi sonucu ruhsatlı bir binanın hasar görüp yıkılmasına yol açması durumunda TCK md. 171 çerçevesinde *genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması* suçundan cezalandırılacaktır ve cezasında indirimle gidilecektir. Bunun dışında *çevrenin taksirle kirletilmesi* (TCK Md. 182) gibi suçlardan sorumluluğun doğması da olasıdır. Tam tersini söyleyecek olursak; failin bu hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşması halinde fiil taksirle işlenen bir suç olarak ceza kanunlarında düzenlenmemiş ise failin ceza sorumluluğu hiç doğmamış olacaktır. Yani fail, taksiri ile kanunun hükmünü yerine getirirken ölçüsüz ve orantısız bir şekilde bir başkasına ait bir hukuksal değeri ihlal etmiş ve suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemişse cezalandırılması yoluna gidilmesine imkân yoktur²⁷⁴. Sonuç olarak kanunun hükmünü yerine getirmede sınır taksirle aşılmış ve suçun taksirli hali kanunda düzenlenmiş ise md. 27/1 gereği taksirli suç için öngörülen ceza, altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

3) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Mazur Görülebilecek Heyecan Korku veya Telaştan Dolayı Aşılması

Türk Ceza Kanunu'nun 27/2 maddesi özel bir mazeret nedeni düzenlemektedir. Buna göre; "*Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.*" Meşru savunmada sınırın bu sayılan nedenlere dayalı olarak aşılması CMK md. 223/3-c hükmü bağlamında bir mazeret nedenidir. Bu halde sanık hakkında "ceza verilmesine yer olmadığı" hükmü verilir.

oto hırsızlığı zanlılarının bulunduğu kaçmakta olan arabaya doğru sanık polis memuru Yakup'un birden ziyade ateşi sırasında oradan geçmekte olan maktulün ensesinden aldığı mermi isabetiyle vurulup öldüğü olayda; ...Yerden seken merminin maktule isabet ettiği yolundaki mahkemenin kabulüne göre de eylemin taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturacağının düşünülmemesi... " (Yargıtay 1. C.D., 24.05.2006 tarih, 2006/2101 K. Sayılı kararı) Polat, Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, s. 181

²⁷⁴ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 58

Türk doktrininde baskın görüş bu mazeret nedeninin yalnızca meşru savunma bakımından uygulanabileceği, diğer hukuka uygunluk nedenleri ya da mazeret nedenleri bakımından uygulama alanı bulamayacağı yönündedir²⁷⁵. Yani 27. maddenin ikinci fıkrasındaki cezasızlık hali ancak meşru savunma ile sınırlıdır. Zaten maddenin gerekçesi de heyecan, korku veya telaş ile sınırın aşılmasının ancak meşru savunmada söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Koca – Üzülmmez’e göre TCK md. 27/1 hükmü suçun haksızlık içeriğine ilişkin bir düzenlemeyken 27/2’deki düzenleme kusur ile bağlantılı bir düzenlemedir²⁷⁶.

Sınırın heyecan, korku veya telaş ile aşılmasının yalnızca meşru savunmaya mahsus olduğu yolundaki görüş kabul edilir ise kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan dolayı aşılmış olması halinde bu, bir mazeret nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Bu durumda failin sınırı aşması bakımından sınır kasten aşılmış²⁷⁷ ise ilgili suçtan sorumluluk söz konusu olacak, sınır taksirle aşılmış ise TCK Md. 27/1 hükmü uygulama alanı bulacak ve taksirli suç için öngörülen ceza altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmedilecektir. Bu görüş kabul edilirse suç işlerken bir kişiye rastlayan failin, mazur görülebilecek şekilde suça rastlamış olmadan dolayı heyecanlanması veya kişinin tehlikelilik halinden korkması yahut kişinin kaçacağından telaşlanması nedeniyle CMK md. 90 çerçevesinde yakalama yetkisini kullanırken sınırı aşmış olması halinde bu mazeret nedeni uygulanmayacaktır. Bunun yerine kanunun hükmünü yerine getirirken sınırı aşan fail, ölçünün üzerinde bir cebir tatbik etmiş ise kasten yaralama (md. 86 vd.) ya da taksirle yaralama (md. 89) fiilinden sorumlu olacak ve taksirle yaralamadan sorumlu olması halinde cezası md. 27/1 gereği indirilerek hükmolunacaktır.

Meşru savunma bakımından öngörülen TCK md. 27/2’deki bu mazeret nedeninin, kıyasen diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da tatbik

²⁷⁵ Koca – Üzülmmez, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 41

²⁷⁶ A.g.e; Aynı yönde: Özbek, **TCK İzmir Şerhi**, s. 335.

²⁷⁷ TCK Md. 27/2’de düzenlenen meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş ile aşılması bakımından sınırın kast ya da taksirle aşılmasının bir önemi yoktur. Koca – Üzülmmez, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 50.

edilebileceği görüşünde olan yazarlar da vardır²⁷⁸. Kangal’a göre meşru savunmada sınırın heyecan korku veya telaş ile aşılmasına ilişkin mazeret nedeninin kıyasen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine de uygulanması gerekir²⁷⁹. Zira Yazar, somut olayda içinde bulunduğu yoğun ruhsal karışıklık sebebiyle meşru savunmada sınırı heyecan, korku veya telaş ile aşan failin kusurunun ceza verilmesini gereksiz kılacak ölçüde azaldığını ifade etmektedir²⁸⁰. Aynı düşünceden yola çıkan Yazar, karşı karşıya kaldığı olaylar sebebi ile zayıf bir psikolojiye sahip olan kişiden hukukun çizdiği ölçüler içinde norma uygun davranmasının beklenemeyeceğini, bu nedenle meşru savunmaya ilişkin bu özel mazeret nedeninin kıyasen başkaca hukuka uygunluk nedenlerine de uygulanabileceğini söylemektedir²⁸¹.

Gerçekten de kişilerin, karşı karşıya kaldığı hal ve şartlar çerçevesinde içinde bulunduğu yoğun psikolojik durumdan ötürü hukuk düzeninin beklediği ölçülere uygun davranamayacağı haller meşru savunma ile sınırlı olmayabilir. Meşru savunma dışındaki diğer hukuka uygunluk nedenlerinin sınırının aşılması bakımından da bu açıklanan durumun su yüzüne çıkması mümkündür²⁸². Kanunun hükmünü yerine getiren kişi de bir ihtimal olarak içinde bulunduğu hal ve şartlar nedeniyle heyecana, korkuya veya telaşa kapılarak sınırı aşabilir. Yine pek ala yukarıda da ifade edildiği gibi kişinin karşı karşıya olduğu bu psikolojik durumdan ötürü kusuru, cezalandırılmasını gereksiz kılacak ölçüde azalabilir²⁸³.

TCK md. 27/2’de yer verilen mazeret nedeninin yukarıda açıklanan görüş çerçevesinde kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine de

²⁷⁸ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 379 vd.

²⁷⁹ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 58

²⁸⁰ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 379-380; “...fail, hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında bir yanlışlığa düşmüş değildir. Fail, heyecan ve korku nedeniyle saldırgan karşı aşırı bir tepkide bulunduğu bilincindedir. Ancak içinde bulunduğu ruhsal durum nedeniyle hukuk düzeni onun bu aşırı tepkisini mazur görmektedir.” Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 41.

²⁸¹ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 59

²⁸² Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 382

²⁸³ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 59

uygulanabileceği kabul edilir ise yukarıdaki varsayımsal olaya uygulanacak hukuk farklılık gösterecektir. Yukarıdaki varsayımsal örneği tekrarlar isek bu görüş çerçevesinde; CMK md. 90 uyarınca suç işlerken birine rastlayan kişinin yakalama yetkisinde sınırı mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşması durumunda kişinin kusuru, cezalandırılmasını gerektirmeyecek ölçüde azaldığı için ceza verilmeyecektir. Tabii ki her türlü sınırı aşma bakımından bu hüküm uygulanamayacaktır. Ancak kişinin gerçekleştirdiği fiilden ötürü kınanabilirliğini ortadan kaldıracak nitelikteki heyecan, korku veya telaştan ileri gelen sınırı aşmalar mazur görülebilecektir²⁸⁴.

TCK md. 27/2'deki mazeret nedeninin kıyasen uygulanabilmesi ancak kişinin heyecana, korkuya yahut telaşa kapılmasının mazur görülebileceği hallere mahsustur. Kişilerin eğitimi, yetenekleri, yükümlülükleri ve başkaca artırılabilir etmenler, başkaları için mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşın onlar için mazur görülmemesine sebep olabilir. Bu çerçevede örneğin kamu görevlilerinden görevlerini yerine getirirken sıradan vatandaşlar için heyecan, korku veya telaş nedeni olabilecek hal ve şartlar karşısında gerekli cesaret ve soğukkanlılığı göstermeleri beklenir²⁸⁵. Bu minvalde kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği cesaret ve soğukkanlılığın üzerinde bir ağır psikolojik durum yaratan olaylar söz konusu olmadıkça kanunun hükmünü yerine getirirken sınırı heyecan, korku veya telaş ile aşması mazur görülemeyecektir.

Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaştan ötürü aşılmasının, kıyasen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından da uygulanacağı yönündeki yukarıda açıkladığımız görüş kabul edilse dahi bu şekildeki mazeret nedeni ancak ölçülülük-orantılılık bakımından sınırın aşılmasına uygulanabilir. Bunun dışında kanunun hükmünü yerine getiren kişinin heyecan, korku veya telaştan ötürü zaman yönünden sınırı aşması bu çerçevede değerlendirilemez²⁸⁶. Bu ihtimalde kişi, belli bir zaman dilimi için öngörülen,

²⁸⁴ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 50.

²⁸⁵ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 59

²⁸⁶ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 51. Yazarlar meşru savunma hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde belirttiğimiz görüşü desteklemektedir. Kıyasen kanunun

kanundan doğan bir emir ya da müsaade hüviyetindeki fiili gerçekleştirmektedir. Fakat fiil, mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ötürü kanunun öngördüğü zaman dilimi içinde gerçekleştirilmeyerek sınır aşmaktadır. Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartlarında heyecan, korku veya telaştan ötürü sınırın aşılması kanaatimizce TCK md. 27/2 çerçevesinde değerlendirilemeyecek bir durumdur. Bu durumda hataya (TCK Md. 30) ilişkin hükümler söz konusu olacaktır ki aşağıda bu duruma değinilecektir. Bu yüzden bu görüş kabul edilsin ya da edilmesin, kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın zaman yönünden aşılmasının hukuki nitelendirmesi aynı olacaktır.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması için öncelikle ilgili kanun hükmünün aradığı şartlarla tamam olmuş yerine getirilebilir bir kanuni emir ya da müsaade söz konusu olmalıdır. Tüm şartları ile tamam olmuş uygulanabilir bir kanun hükmü bulunmadıkça kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın aşılmasından da bahsedilemez. Kişi, zaman yönünden sınırın aşılması olarak nitelendirilen bu ihtimalde ya hiç öngörülen kanuni zaman dilimi içerisinde değilken bu zaman dilimi içinde olduğunu zannederek ya da bir müddet kanuni zaman dilimi içerisindeyken bu zaman diliminin sona erdiğini fark etmeyerek hataya düşmektedir. Varsayımsal olarak failin fiilinin orantılı olup olmamasının bir önemi yoktur. Fail gerçekleştirdiği fiiller orantılı olsa dahi bu hata çerçevesinde bu fiilleri gerçekleştirerek zaten sınırı aşmaktadır. Failin bu şekildeki sınırı aşan davranışları, hataya düşmemiş olsaydı ve hukuka uygunluk nedeninin şartları tamam olsaydı ölçülü olduğu söylenebilecek davranışlar olarak ortaya çıkmaktadır²⁸⁷. Ne var ki TCK Md. 27/2’de cezalandırılmayan ve mazeret nedeni olarak kabul edilen hal, şartları oluşmuş yerine getirilebilir bir kanun hükmünün ölçsüz bir şekilde yerine getirilmesine mahsustur. Bu yüzden ki kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın zaman yönünden aşılması, heyecan, korku veya telaştan ileri gelsin ya da gelmesin ancak hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hata çerçevesinde incelenebilecek bir konudur. Çünkü kişi var

hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine uygulanması halinde de aynı görüşün geçerli olduğu kanaatindeyiz.

²⁸⁷ A.g.e, s. 51.

olmayan bir şartın var olduğu düşüncesiyle kanunun hükmünü yerine getirdiğini düşünmektedir.

Meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşılmasının, kıyasen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine de uygulanabileceği şeklindeki görüş çerçevesinde değerlendirilebilecek bir diğer özellikli durum şudur. Kişi, aslında gerçekleşmemişken kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin şartlarının gerçekleştiği düşüncesiyle kanunun emrettiği ya da müsaade ettiği davranışları gerçekleştirmektedir ve bu davranışları gerçekleştirirken sınırı taksirle ya da mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşmaktadır. Bu durumda da esasen şartları oluşmuş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından meselenin hukuka uygunluk nedenlerinin şartlarında hata çerçevesinde ele alınması gerekir. Kişi var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu düşünerek davranmış ve davranışlarında ölçsüz olarak sınırı taksirle aşmışsa hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın taksirle aşılmasına ilişkin özel bir hata düzenlemesi olan TCK 27/1 hükmü gereğince suçun taksirli hali düzenlenmişse öngörülen ceza indirilerek fail için hükmolunacaktır. Kişi sınırı taksirle değil de mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşmış ise bu durumda ortada şartları gerçekleşmiş bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığından yukarıdaki izahlar çerçevesinde bu mazeret nedeni söz konusu olmayacaktır. Doktrinde meşru savunmada sınırın mazur görülebilecek heyecan korku veya telaş ile aşılmasına özgü olarak meşru savunmanın şartları gerçekleşmese dahi hataya düşen kişinin ölçülülükte sınırı mazur görülebilecek heyecan, korku veya telaş ile aşması durumunda (mefruz meşru savunmada sınır aşımı) failin lehine olduğu için md. 27/2 hükmünün kıyasen uygulanabileceği görüşü de dile getirilmektedir²⁸⁸.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde sınırın kast, taksir ve mazur görülebilecek heyecan, korku ve telaş ile aşılması konuları

²⁸⁸ Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002, §12, kn. 155-158; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, § 22, kn. 94-96 (Aktaran: Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 52, dpn. 34.

incelendikten sonra aşağıda bu hukuka uygunluk nedeni bakımından ortaya çıkabilecek hata halleri incelenecektir.

b. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninde Hata

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninde hata iki şekilde ortaya çıkmaktadır. İlk olarak fail, bu hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşmüş olabilir. İkinci olarak da fail, bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşmüş olabilir. Aşağıda bu iki farklı hata hali incelenecektir.

1) Kanunun Hükmünü Yerine Getirmenin Varlığında ve Sınırlarında Hata

Failin, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğuna ya da geneli itibarıyla hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinde düştüğü hata kusurluluğuna etki eden bir hata halidir. Fail, tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından geçerli olacak şekilde esasen bir haksızlık teşkil eden davranışının maddi şartlarına ilişkin olarak tam bir bilgi sahibidir²⁸⁹. Fakat fail davranışını yasaklayan normun varlığı konusunda ya da normun yanlış yorumlanması nedeniyle davranışına izin verildiği konusunda haksızlık hatası ya da hukuki yanılma²⁹⁰ şeklinde adlandırılan hataya düşmektedir. Bu şekildeki hata hali Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlemesini bulmaktadır. Fransız Ceza Yasası, Ceza Kanunumuzdan farklı olarak farklı türden hata hallerine ilişkin düzenleme içermemektedir. TCK md. 30/4’teki haksızlık hatasına ilişkin muadil düzenleme, Fransız Ceza Yasası’nın 122-3 maddesinde (*erreur sur le droit*) hukuk üzerinde hata ya da hukuki hata olarak yer almaktadır. Bu bakımdan bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata bakımından her iki hukuk düzeninde farklı

²⁸⁹ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 43

²⁹⁰ Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, s. 337

sonuçlar doğması söz konusu olsa da hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinde hata halinde her iki hukuk düzeninde de benzer sonuca varılacaktır²⁹¹.

TCK Md. 30/4 hükmüne göre “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.” Bu düzenleme basitçe kişinin işlediği fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklandığını, ihmal ettiği fiilin hukuk düzeni tarafından emredildiğini bilmemesini düzenlemektedir²⁹². Kişinin davranışı hukuk düzeni ile çatışma içerisindeyken kişi, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşmek suretiyle davranışının meşru olduğunu, hukuk düzenince tasvip edildiğini sanmaktadır. Gerçekte ise fiil haksızlık oluşturmaktadır ve hukuk düzeni tarafından meşru görülmemektedir. Bu nedenle de davranışının hukuka aykırı olduğu, bir haksızlık yarattığı bilincinde değildir²⁹³.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde bir başkasına ait hukuksal değer ihlal edilmesini emreden ya da buna müsaade eden bir normun varlığı konusunda ya da bu normun tanıdığı müdahale yetkisinin sınırları konusunda kişinin hataya düşmesi TCK md. 30/4 bağlamında haksızlık hatası olarak ele alınmalıdır²⁹⁴. Hukuka uygunluğun dayanağı olan normun verdiği emir ya da müsaade çerçevesinde davrandığını düşünen fail, hukuk düzeni böyle bir emir ya da müsaade vermemişse ya da bu emir ya da müsaadenin sınırları daha darsa haksızlık hatası içerisindeyken. Bu tür haksızlık hatasında fail gerçekleştirdiği davranışı hukuka uygun hale getiren bir nedenin var olduğu konusunda yani bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki mevcudiyeti hususunda hataya düşmektedir. Doktrinde bu tür haksızlık hatasına “dolaylı haksızlık hatası” denilmektedir²⁹⁵. Fail bu halde kasten hareket etmektedir. Fakat haksızlık bilincine sahip olmadığı için kişi hakkında kusur

²⁹¹ Çetinkaya, “Fransız Ceza Hukuku’nda Hata”, b.a.

²⁹² Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 43

²⁹³ A.g.e.

²⁹⁴ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 55; Aksi yönde Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304, Yazarlara göre zaman ya da yer bakımından sınırın aşılması halinde ortada sınırın aşılmasından bahsedilecek bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. Hukuka uygunluk nedeninin şartları gerçekleşmemişse burada hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata değerlendirilmelidir.

²⁹⁵ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 44

kınaması yapılamaz²⁹⁶. Fakat failin haksızlık bilincine sahip olmadığını söyleyebilmek için bu hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda haksızlık bilincinin bulunmadığından bahsedilmeyecek, kasten hareket eden fail işlemiş olduğu suçtan sorumlu tutulacaktır.

Fail, davranışı hiçbir dayanak normda emredilen ya da müsaade edilen davranışa karşılık gelmediği halde bu hususta hataya düşerek kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşebilir. Bu durum, bu hukuka uygunluk nedeni bakımından hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinde hatadır. Bununla beraber fail kanunun kendisine tanıdığı yetkinin sınırları içerisinde hareket ettiğini düşünerek hataya düşmüş olabilir. Bu da kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hatadır. Failin kanunun hükmünü yerine getirmede zaman bakımından²⁹⁷ veya yer bakımından²⁹⁸ hataya düşmesi bu şekilde bir hatadır.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağı olan normun emrettiği ya da müsaade ettiği davranış, normun belirttiği zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilmek zorundadır. Kanun kişiyi ancak bu zaman dilimi içerisinde yetkilendirmiştir. Bahsedilen zaman dilimi dışında yetkinin kullanılması bu hukuka uygunluk nedenine vücut vermeyecektir. Failin içinde bulunduğu zaman diliminde, dayanak normda düzenlenen emir ya da müsaade hüviyetindeki davranışı gerçekleştirebileceğini düşünmesi TCK Md. 30/4 çerçevesinde haksızlık hatasını oluşturur. Tekrar ifade etmek gerekirse kişinin bu şekildeki davranışı kanaatimizce hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması (TCK Md. 27/1) çerçevesinde değerlendirilmeyecektir. Bu sebepten failin bu şekilde düşünmekte kaçınılmaz olarak hataya düşmesi gerekir. Bu hatanın kaçınılabılır bir hata olması halinde artık haksızlık bilincinin bulunmadığından bahsedilemez ve fail işlediği fiilden sorumlu tutulur²⁹⁹.

²⁹⁶ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 55-56

²⁹⁷ Polat, Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, s. 176. Bkz. dpn. 294.

²⁹⁸ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 139. Bkz. dpn. 294

²⁹⁹ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 56

Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Gece yapılacak arama" başlıklı 118. maddesinin ilk fıkrasına göre "*Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece vaktinde arama yapılamaz.*" Gece vakti ise TCK md. 6/1-e'de tanımlanmaktadır. Buna göre gece vakti güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvele kadar devam eden zaman süresidir. Kolluk görevlisinin TCK'nın 116. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçunun tipik fiilini oluşturan davranışlarını, bu sürenin dışında yani gündüz vakti gerçekleştirmesi halinde kanunun hükmünü yerine getirme çerçevesinde hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Kolluk görevlisinin, gündüz vakti dışında da konutta arama yapmasına hukuk düzeninin cevaz verdiğini düşünmesi, bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hataya düştüğü anlamına gelecektir. Bu hatanın kaçınılmaz olması halinde faile ceza verilmeyecektir.

Kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin dayanağı olan normun emrettiği ya da müsaade ettiği davranış, normun belirttiği coğrafi sınırlar içerisinde gerçekleştirilmek zorundadır. Yani kişi bu davranışı gerçekleştirmeye yer bakımından yetkili kılınmış olmalıdır. Kanun, özellikle kamu görevlileri bakımından kişileri belli bir coğrafi alanda yetkili kılmış olabileceği gibi ülkenin tamamında da yetkili kılmış olabilir. Örneğin herhangi bir bakanlığa bağlı bölge müdürünün yetkisi, ilgili bölgenin coğrafi alanıyla sınırlıdır. Bununla beraber aynı bakanlığa bağlı genel müdürün yetki alanı ülkenin tamamıdır. Yetkilendirildiği coğrafi alanın dışında kanunun emrettiği ya da müsaade ettiği bir fiili gerçekleştiren kişi kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır³⁰⁰. Kişiler ancak yetkilendirildikleri alan içerisinde kanunun hükmünü yerine getirerek bir başkasına ait hukuksal değeri ihlal ederlerse bu fiilleri hukuka uygun olabilir³⁰¹.

³⁰⁰ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 32

³⁰¹ "2803 sayılı Kanun'un ek 5. maddesinin 2. fıkrası gereğince yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesi olması dolayısıyla Ankara Onbirinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin kendi yargı çevresi ile ilgili karar vermesi gerekirken, tüm Ülke çapını kapsayacak şekilde karar vermesinin mümkün olmadığı ..." (Yargıtay 9. C.D. 04.06.2008 Tarihli, 2008/874 E., 2008/7160 K. Sayılı kararı.)

Failin gerçekleştirdiği fiili, bu yerde gerçekleştirebileceği inancı ile aslında yer bakımından yetkili olmadığı bir alanda gerçekleştirmesi, hukuka uygunluk nedeninin yer bakımından sınırında hatayı oluşturacaktır. Failin bu hukuka uygunluk nedeninin yer bakımından sınırında düştüğü hata, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması olarak değerlendirilemez. Bu bakımdan kanun, bu hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını yer bakımından daha dar tutmuşken failin yanılarak bu fiili gerçekleştirebileceğini ve bu fiilin hukuk düzeni tarafından tasvip edildiğini düşünmesi dolaylı haksızlık yanılığı çerçevesinde TCK md. 30/4 kapsamında değerlendirilecek bir yanılığdır³⁰². Yer bakımından yetkili olduğu konusunda yanılığa düşmüş olan failin, bu şekilde düşünmekte kaçınılmaz olarak hataya düşmesi gerekir. Hata kaçınılmaz ise failin haksızlık bilinci ortadan kalkacak ve bu durum kusuruna etki ederek cezasızlık sonucunu doğuracaktır. Bu hatanın kaçınılabilir bir hata olması halinde artık haksızlık bilincinin bulunmadığından bahsedilemez ve fail işlediği fiilden sorumlu tutulur³⁰³.

Kanun genelde kamu görevlileri bakımından yer ve zaman yönünden yetkiyi sınırlandırmaktadır. Kamu görevlilerinin yetkileri kanuni düzenlemeler ile çizilmektedir. Yerine getirdikleri görev göz önünde tutulduğunda profesyonel kişiler olarak değerlendirilmesi gereken kamu görevlilerinin bu hukuka uygunluk nedeninin varlığı yahut yer ve zaman bakımından sınırı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmeleri söz konusu olamaz³⁰⁴. Kamu görevlileri hangi yetkiler ile donatıldıklarını ve bu yetkinin sınırlarını görevleri icabı bilmek zorundadırlar. Bu çerçevede kanun belirli şekilde davranmayı emretmiş ya da buna müsaade etmişse, bu yetkinin zaman ve yer bakımından sınırlarında kaçınılmaz bir hataya düşülmesi genel itibarıyla kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından mevzu bahis olacaktır.

³⁰² Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 44; Bkz. dpn. 294

³⁰³ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 56

³⁰⁴ A.g.e. 56.

2) Kanunun Hükmünü Yerine Getirme Hukuka Uygunluk Nedeninin Maddi Şartlarında Hata

Kanun tarafından emredilmiş ya da müsaade edilmiş bir davranışı gerçekleştirmek konusunda kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları oluşmadığı halde kişinin bu şartların gerçekleştiğini düşünerek fiili işlemesi durumunda bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata söz konusu olmaktadır. Fail, şartların gerçekleştiğini düşünse de bu düşünce gerçekte bağdaşmamaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata, bu şartlara dair bilginin, suçun yapısında ne şekilde incelenmesi gerektiği ile ilgili bir konudur³⁰⁵. Doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına dair bilginin ne şekilde inceleneceğine dair farklı görüşler mevcuttur³⁰⁶. Dolayısıyla bu şartlara dair bilgi üzerine düşülecek hatanın değerlendirilmesi de bu görüşler çerçevesinde farklılık arz etmektedir.

Tipikliğin olumsuz unsurları teorisine göre tipiklik yalnızca olumlu unsurlar olan maddi ve manevi unsurları kapsamayıp aynı zamanda olumsuz unsur olarak hukuka aykırılığı da kapsamaktadır. Bu görüş muvacehesinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşulları, tipikliğin olumsuz unsuru olarak ele alınmalıdır. Bu sebepten tipikliğin olumlu unsurlarında olduğu gibi hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarına ilişkin bilgi, failin kastının kapsamındadır. Failin bu şartlar üzerine düştüğü hata suçun maddi unsurları üzerine düşeceği hata ile aynı sonucu doğurmalı ve failin kastını kaldırmalıdır. Bu halde fail kaçınılabılır bir hataya düşmüşse taksirli fiilinden sorumlu tutulacaktır.³⁰⁷

Katı kusur teorisi çerçevesinde, failin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları üzerine düşeceği hata, haksızlık hatasıdır. Bu çerçevede hatanın kaçınılabılır

³⁰⁵ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 44-45

³⁰⁶ Bu görüşler hakkında bkz. Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 420 vd.; Mahmut Koca, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, **Ceza Hukuku Dergisi (CHD)**, Yıl: 1, S:1, s. 124 vd.

³⁰⁷ Koca - Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 295; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 463 vd.

ya da kaçınılmaz bir hata olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır. Hata kaçınılabilir ise fail işlediği fiilden ötürü kusurludur³⁰⁸.

Sınırlı kusur teorisi esas alınır ise, failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartları üzerine düşeceği hata unsur hatası çerçevesinde çözümlenmelidir. Failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında düştüğü hata esasen tipikliğe ilişkin bir unsur hatası olmasa da kıyas yapılarak hukuka uygunluğun maddi şartlarına dair hataya unsur hatasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu durumda fail kasten hareket etmiş olamayacağından suç oluşmayacak taksirli fiilinden ötürü sorumluluğuna gidilecektir³⁰⁹.

Türk Ceza Kanunu’nun “Hata” başlıklı 30. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* Hukuka uygunluk nedenlerinin, Türk Ceza Kanunu’nun sistematüğinde kusurluluğu etkileyen haller ile bir arada düzenlenmesi dikkate alındığında bu hükmün, hukuka uygunluk nedenlerinin dolayısıyla kanunun hükmünü yerine getirmenin maddi koşullarında hataya da uygulanacağı söylenebilir. Türk doktrinde kimi yazarlara göre de failin hukuka uygunluk nedenlerinin dolayısıyla kanunun hükmünü yerine getirmenin maddi koşullarında hataya düşmesi, Ceza Kanunu’nun sistematüğü göz önünde bulundurulduğunda TCK md. 30/3 çerçevesinde ele alınmalıdır³¹⁰. Maddenin gerekçesi de göz önünde bulundurulursa meselenin yukarıda açıklanan teorilerden *katı kusur teorisi* çerçevesinde çözümlenmesi gerekir³¹¹. Bu halde failin kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hataya düşmesi haksızlık üzerinde değil failin kusurluluğu üzerinde sonuç doğuracaktır³¹². Bunun için failin bu hatasının kaçınılmaz bir hata olması gerekir. Şayet hata kaçınılabilir bir hata iken fail

³⁰⁸ A.g.e.

³⁰⁹ A.g.e.

³¹⁰ Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 469; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 414-415; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 435; Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 405-406; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 432-433.

³¹¹ Koca – Üzülmmez, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 46.

³¹² A.g.e.

bu hataya düşmüşse gerekçeye göre kasten işlediği fiilden ötürü sorumluluğu cihetine gidilecektir³¹³.

Bu görüş esas alınırsa kanun tarafından emredilmiş ya da müsaade edilmiş bir davranışı gerçekleştirdiğini düşünen fail, bu emri ya da müsaadeyi düzenleyen dayanak normun aradığı şartların somut olayda gerçekleştiğine dair kaçınılmaz bir yanılğı içerisindeyse fiilden ötürü sorumlu tutulmayacaktır. Hatanın kaçınılabılır olduğu tespit edilirse fail işlediği fiilden sorumlu tutulacak, kusurunun ağırlığına göre TCK Md. 61/1-f hükmüne göre cezasında indirimle gidilebilecektir³¹⁴.

Kangal, kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarında hata durumunda yukarıdaki görüşle bağdaşır şekilde meselenin TCK md. 30/3 çerçevesinde çözümleneceğini söylemektedir. Fakat farklı olarak Yazar, failin düştüğü bu yanılğının kaçınılmaz olması halinde failin kastının kalkacağını ifade etmektedir. Yazar'a göre failin düştüğü yanılğı kaçınılamaz bir yanılğı ise yukarıda açıklanan teorilerden *sınırlı kusur teorisi* çerçevesinde her ne kadar TCK md. 30/3 bunu düzenlemese de boşluk bulunduğu için kıyasen TCK Md. 30/1 uygulama alanı bulacaktır³¹⁵. Bu durumda hata kaçınılabılır ise failin kasten hareket ettiği söylenecek ve fail kasten işlediği fiilden ötürü sorumlu tutulacaktır. Hata kaçınılmaz ise failin kastı kalkacak ve fiilin taksirli hali suç olarak düzenlenmişse taksirli fiilinden sorumlu tutulacaktır.

Türk doktrininde kimi yazarlar hukuka uygunluk nedenlerinin dolayısıyla kanunun hükmünü yerine getirmenin maddi şartlarında hatanın, maddi unsur hatası olarak ele alınması ve bu hata halinde TCK md. 30/1'in tatbik edilmesi görüşünü savunmaktadır³¹⁶. Buna göre TCK md. 30/3 hükmü yalnızca kusurluluğu etkileyen hallere mahsus olarak uygulanmalıdır. Bu yazarlara göre 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda kast, *şahsi haksızlık teorisi* çerçevesinde haksızlığın bir unsuru olarak

³¹³ Bu husustaki eleştiriler için bkz. Koca, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", s. 123 vd.

³¹⁴ Koca – Üzülmmez, "Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması", s. 46

³¹⁵ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi", s. 52-53

³¹⁶ Koca - Üzülmmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 297; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 463 vd.

kabul edilmiştir³¹⁷. Yine *hukuka uygunluğun sübjektif unsurları teorisi* bağlamında olayda bir hukuka uygunluk nedeni var ise failin kastının hukuka uygunluğu da kapsamı gerekmektedir³¹⁸. Bu görüşe göre olayda var olan bir hukuka uygunluk nedeni fail tarafından bilinmiyorsa failin bu hukuka uygunluk nedeninden faydalanması mümkün değildir. Hukuka uygunluk nedeni objektif olarak gerçekleşmiş olsa da fail tarafından sübjektif olarak bu hukuka uygunluk nedeninin varlığına dair bilgi yoksa fiili hukuka uygun olarak kabul edilemez³¹⁹. Bu yaklaşımın sonucu olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına dair bilgi kasta dâhildir. Yine bu görüşün sonucu olarak bu şartların gerçekleştiğine dair hata kastı kaldırmaktadır. Fail kanun tarafından emredilmiş ya da müsaade edilmiş bir fiili gerçekleştirdiği bilgisini taşımaktadır³²⁰.

Failin kastının hukuka uygunluğu da kapsamı gerektiği ve hukuka uygunluğun maddi şartlarındaki hatanın kastı kaldıracağı yolundaki görüş kabul edilirse; somut olayda aslında gerçekleşmediği halde kanunun hükmünü yerine getirmenin maddi şartlarının gerçekleştiği zannıyla hareket eden fail kasten hareket etmiş olmayacaktır. Bu halde failin taksirli hali suç olarak düzenlenmişse taksirinden ötürü sorumlu tutulacaktır. Bu durumda failin hatasının kaçınılabilir ya da kaçınılmaz olmasına dair bir incelemeye gidilmeyecektir. Zira failin hatası kastını kaldırmaktadır ve kast haksızlığa dairdir. Hatanın kaçınılabilirlik ya da kaçınılamazlığına dair değerlendirme haksızlığa ilişkin bir değerlendirme olmayıp failin kusurluluğunun tespitinde kullanılan bir ölçüttür³²¹.

³¹⁷ Koca – Üzülmüş, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması*, s. 46

³¹⁸ Walter Gropp, “Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Çeviren: Faruk Turhan, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998, s. 208.

³¹⁹ A.g.e.

³²⁰ “...bir kimsenin hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için, o sebebin şartlarının objektif olarak gerçekleşmesi yeterli değildir. Fail bu sebeplerin varlığının da bilincinde olmalıdır. Örneğin görevin ifasında, görevini yerine getirme bilincinin varlığı aranmalıdır. Somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı durumunda, fail bu sebebin maddi şartlarının gerçekleştiğinin de bilincinde olmalıdır. Böylelikle hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartları hakkındaki bilginin kastın kapsamına girdiği ve bu konudaki yanlışlığın kastı ortadan kaldıracağı sonucu ortaya çıkmaktadır.” Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 46

³²¹ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 47

Çalışmamızın bu bölümünde Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni hukuki niteliği, tarihi gelişimi ve şartları ile incelenmiştir. Amirin emrini ifa meselesi de konumuz olan bu hukuka uygunluk nedeni ile çok sıkı bağlantı içerisindedir. Öyle ki yukarıda da belirttiğimiz gibi Türk doktrininde doğrudan kanunun hükmünü yerine getirmeyi ve dolaylı olarak kanunun hükmünü yerine getirme niteliğindeki amirin hukuka uygun emrini ifayı tek bir hukuka uygunluk nedeni olarak görevin ifası başlığı altında inceleyen yazarlar vardır. Biz bu başlıklandırmayı kabul etmesek de kanunun hükmünü yerine getirme ile amirin hukuka uygun emrini ifanın çok yakın ilişki içerisindeki iki hukuka uygunluk nedeni olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Her iki hukuka uygunluk nedeninin şartları farklılık arz etse de nihayetinde amirin hukuka uygun emrini ifa eden kişi de kanunun hükmünü yerine getirmektedir. Bu noktada emrin bizatihi kendisi, emrin hukuka uygun ya da aykırı oluşu, emri verenin niteliği ve astın kendisi, amirin emrini ifanın hukuki niteliğini belirleyen ve değiştiren etmenlerdir. Emrin hukuka uygunluğu halinde kanunun hükmünü yerine getirmeye çok benzer bir görünüm sunan, hukuka aykırılığı halinde hukuki niteliği ve sonuçları ayrıca değerlendirilmesi gereken amirin emrini ifa konusunu ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Çalışmamızın dördüncü bölümünde kanunun hükmünü yerine getirme ile bağlantılı olarak Türk ceza hukukunda amirin emrini ifa konusu incelenecektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KANUNUN HÜKMÜNÜ YERİNE GETİRME İLE BAĞLANTILI OLARAK AMİRİN EMRİNİ İFA

I. Türk Hukukunda Amirin Emrini İfanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Yukarıda da ifade edildiği gibi Türk hukukunda kanunun hükmünü yerine getirme ile birlikte amirin emrini ifayı tek bir hukuka uygunluk nedeni başlığı altında görevin ifası şeklinde nitelendiren yazarlar bulunmaktadır. Bu tanımlama kamu görevlileri bakımından, yerine getirilen kamu görevi ve bu görevle alakalı yetkinin kullanılması çerçevesinde doğru bir tanımlamadır. Bu çerçevede yetkinin kullanılmasında dayanak bir kanuni düzenleme ise kanunun hükmünü yerine getirme, amirin emri ise amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni bahse konu olacaktır. Bundan farklı olarak kanunun, kamu görevlileri dışındaki kişilere bir yetki vermesi halinde artık görevin ifasından bahsedilmesine olanak yoktur. Buna mukabil her ne kadar 24. madde başlığı bu hukuka uygunluk nedenini amirin emri şeklinde ifade etse de kamu görevlisi olmayan kişiler de kamusal yetkili mercilerin emirlerinin muhatabı olabilirler¹. Bu emir bir görev niteliğini taşıyorsa; bu emrin ifası suretiyle söz konusu olabilecek suç tipleri bakımından hukuka uygunluk söz konusu olacaktır. Bu halde amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni, kamu görevlisi olsun yahut olmasın herkes bakımından görevin ifası şeklinde adlandırılabilir. Hiyerarşik kamusal ilişkilerden

¹ Örneğin taşınmazın tahliyesine ilişkin ilam hükmü borçlu tarafından yerine getirilmez ve taşınmaz borçlu tarafından işgal edilmekteyse İcra ve İflas Kanunu'nun 26. maddesi uyarınca ilam zorla icra olunur. Bu durumda icra memuru taşınmazda bulunan borçluya ait eşyanın taşınmazdan çıkarılmasını hamal gibi kişilerden isteyebilir. Yine aynı kanunun 80. maddesine göre borçlu haczi kabil eşyanın yerini göstermez ya da buranın kilidini açmaz ise buralar zorla açtırılır. Bu durumda borçlunun konutunun kapısının açılmasını icra memuru bir çilingirden isteyebilir.

doğan emirler bakımından ise bu hukuka uygunluk nedeninin kamu görevlileri açısından görevin ifası olduğunda şüphe yoktur.

Gerek kamu görevlileri gerek kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin, konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni ile tam bir bütünlük içerisinde olduğunu söylemeye olanak yoktur. Her ne kadar amirin hukuka uygun emri dolaylı olarak kanunun hükmünün de yerine getirilmesi demek olsa da biz bu iki hukuka uygunluk nedeninin aynı hukuka uygunluk nedeninin iki farklı görünümü olduğu görüşünde değiliz. İki hukuka uygunluk nedeninin, özellikle kamu görevlileri bahis konusu olduğunda çok yakın bir ilişki içinde olduğu söylenmelidir. Kamu görevlisi olmayan kişiler için ise zaten kanunun hükmünü yerine getirme pek çok zaman bir görevin yerine getirilmesi şeklinde zuhur etmemektedir. Fakat iki hukuka uygunluk nedeninin bağımsız nedenler olduğunu söylemek de güçtür. Bu nedenle iki hukuka uygunluk nedeninin otonom yapıda farklı nedenler olduğunu söylemek gerekir. Bu otonomi Fransız Ceza Yasası'ndaki düzenlemenin geçirdiği evrime benzer şekilde 5237 sayılı TCK'da daha görünür haldedir. Şöyle ki kanunun hükmünü yerine getirme ve amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenleri, 765 sayılı TCK'nın 49. maddesinde aynı bentte düzenlemesini bulmaktadır. Buna göre *“Kanunun bir hükmünü veya salahiyyetkar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle... işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.”* 765 sayılı TCK, 1810 Fransız Ceza Yasası'nın bu iki hukuka uygunluk nedenini birbirine bağlarken kullandığı “ve” bağlacı yerine “veya” bağlacını kullanmaktadır. Her iki kanunda yer alan bu bir aradalığın TCK'da daha gevşek olduğu söylenebilir. Buna mukabil gerek 1994 Fransız Ceza Yasası gerek 5237 sayılı TCK bu iki hukuka uygunluk nedenine farklı fıkralar hasrederek bağlılık içerisindeki bu otonomiye daha belirgin kılmıştır. Zaten bu bağlılık, çalışmamızın bu bölümünde bu müessesenin de incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin ceza hukukumuzdaki yeri, yukarıda kısaca yer verilen Fransız hukukundaki görünümü ile mukayeseli olarak incelenecektir. Bu bağlamda bu hukuka uygunluk nedeninin şartlarına yer verilirken

özellikle iki hukuk sistemi arasında esaslı bir farklılık olarak göze çarpan hukuka aykırı emirlerin ifası konusu, iki hukuk sistemi karşılaştırılarak incelenecektir.

A. Genel Olarak

Türk hukukunda amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenine temas eden çok sayıda mevzuat düzenlemesi yer almaktadır. Başta Anayasa olmak üzere Türk Ceza Kanunu md. 24/2 vd. hükümleri, bilhassa farklı görev ve yetki alanında vazife gören kolluk türlerine dair kanunlar ve çeşitli türden düzenlemeler, bu hukuka uygunluk nedenine yer vermektedir. Mevzuatın, aynı hukuka uygunluk nedeninin etrafında dönen farklı hükümlerinin girift düzenlemeleri bu hukuka uygunluk nedeninin teorisinin oluşturulmasında güçlüğe de yol açmaktadır. Özellikle amir ve memurun neyin hukuka uygun, neyin hukuka aykırı olduğu noktasında farklı görüşlere sahip olması halinde bu hukuka uygunluk nedeninin şümulünün tespiti zorlaşmaktadır. Yine farklı disiplindeki hiyerarşik yapılar, üstün emrine bağlılığın sıkı ya da gevşek olması, meselenin farklı mevzuatlar çerçevesinde çözülmesini güçleştirmektedir.

Amirin emrini ifaya ilişkin hukukumuzdaki başlıca düzenleme Anayasa'nın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı Üçüncü Kısım'ının, "Yürütme" başlıklı İkinci Bölüm'ünün "(IV) İdare" başlığı altında düzenlenen "(J) Kanunsuz Emir" başlıklı 137. maddesidir. Maddenin ilk fıkrasına göre;

*"Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, 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 yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz."*²

Maddenin ilk fıkrasında sorumluluğa ve sorumsuzluğa ilişkin temel esaslar belirlenmektedir. Fıkranın bu şekilde okunmasından sorumsuzluğun ceza

² 2017 değişiklikleri öncesi madde mentninde yer alan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ifadesi yerine tüzük ifadesi kullanılmaktaydı. 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle "tüzük" ibaresi "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" ibaresiyle değiştirilmiştir.

sorumluluğunu da kapsadığı anlaşılabilecekse de ikinci fıkra da “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” denilerek ceza hukuku sorumluluğunun ilk fıkradaki sorumsuzluğun istisnası olduğu belirtilmektedir. Bunun yanında madde son fıkrasında; “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” diyerek ikinci fıkradaki istisnanın istisnasını düzenlemektedir.

Görülebileceği üzere son fıkradaki istisna hariç konusu suç teşkil eden emirlerin sırf hiyerarşik üstten gelmiş olmasının hukuka uygunluk sağlamayacağına anayasal bir güvence sağlanmıştır.

Mevzuatımızda Anayasa md. 137 sonrası ehemmiyet arz eden en önemli düzenleme TCK 24. maddenin ikinci ve peşi sıra gelen fıkraları hükümleridir. TCK madde 24/2 ve devamındaki fıkra hükümleri şu şekildedir;

“(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.”

Ceza Kanunumuzun bu hukuka uygunluk nedenine ilişkin düzenlemesi Anayasa’nın 137. Maddesi düzenlemesi ile uyum ve sistematik olarak da paralellik arz etmektedir. Her iki düzenleme de ilkin amirin emrini ifanın bir sorumsuzluk nedeni olduğunu, ardından konusu suç olan emrin yerine getirilemeyeceğini, son olarak da belirli hallerde bu istisnanın geçerli olmayacağını düzenlemektedir. Anayasa, konusu suç olan emrin ceza sorumsuzluğu sağlamayacağını “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen*

istisnalar...” diyerek kayıtlarken TCK “Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde...” şeklinde bu kaydı ifade etmektedir. Anayasa’nın 137. maddesi ve TCK 24. madde düzenlemesine sistematik olarak benzeyen bir diğer düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 11. maddesinde yer almaktadır. İlgili madde uyarınca;

“Devlet memurları kanun ve diğer mevzuatta 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, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, 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.”

Amirin emrini ifaya ilişkin düzenlemeler elbette bunlarla sınırlı değildir. Askeri İç Hizmet Kanunu, Askeri Ceza Kanunu, PVSK, JTGYK gibi kanunlar amirin emrini ifaya dair çeşitli hükümler ihtiva etmektedir. Amirin emrini ifa kurumuna ilişkin düzenlemelerin karışık ve dağınık görünümü öncelikle bu kurumun hukuki niteliğinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuka uygun emrin söz konusu olduğu hallerde emri yerine getirme bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur³. Amirin hukuka uygun emrini yerine getiren kişinin bu fiilinden ötürü kovuşturulması halinde yargılama sonucunda verilecek karar da CMK 223/2-d hükmü gereği beraat olacaktır. Fakat amirin emrini ifa TCK’da düzenlenen diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklı

³ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 369; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 317 vd.

olarak istisna ve hatta istisnanın istisnası ile beraber düzenlemesini bulmaktadır. İstisnanın ortaya çıkması halinde bunun hukuki niteliğinin ne olacağı, istisnanın istisnasının ortaya çıkması halinde bunun hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı sorunu su yüzüne çıkmaktadır. Yani emrin hukuka aykırı olması halinde bu emrin ifasına bağlanacak sonuçlar çeşitlilik arz etmektedir. Amirin emrinin hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olması halinde CMK 223/3-b hükmü uyarınca sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Amirin ancak hukuka uygun emrini ifanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu görüşünde olan yazarlara göre amirin hukuka aykırı ve bağlayıcı emrini ifa kusurluluğu etkileyen haldir. Bu halde hukuka aykırı ve bağlayıcı emrin ifasının bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp mazeret nedeni oluşturduğunu söylemek gerekir. Emrin hukuka aykırı olması ve bağlayıcı olmaması halinde ise ifa edenin ceza sorumluluğunun tam olduğu söylenir.

Türk hukukunda bazı yazarlar, emrin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olmasına dair bir ayırım yapmaksızın amirin emrini ifayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak görmektedirler⁴. Bu halde astın, emrin kanuna aykırı olduğunu bilmemesi ya da mevzuatın asttan mutlak itaati aradığı hallerde emri yerine getiren bakımından bir hukuka uygunluk nedeni söz konusu olacaktır⁵. Bu yaklaşım Fransız Ceza Yasası'nın 122-4 maddesinin ikinci fıkrasının benimsediği yaklaşıma oldukça yakındır. Hatırlatmak gerekirse Fransız Ceza Yasası, amirin emrinin hukuka aykırı olması ihtimalinde astın ceza sorumluluğunu ancak bu aykırılık açık bir aykırılık ise kabul etmektedir. Bu halde Ceza Muhakemesi Kanunumuzun yaptığı gibi bir ayırım gözetilmeksizin ast bakımından beraat kararı verilecektir.

Son olarak Türk hukukunda bazı yazarlar ise TCK 24. maddenin 2, 3 ve 4. fıkraları düzenlemesini bir arada değerlendirerek hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesini kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak incelemektedir⁶.

⁴ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286 vd; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku'na Giriş**, s. 304 vd.

⁵ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286 vd.

⁶ “Yeni TCK’nın 24. maddesinin ikinci üçüncü ve dördüncü fıkralarında, ülkemizdeki yaygın hukuk anlayışına göre, bir “hukuka uygunluk nedeni” oluşturan ve yetkili merciin emrini ifa olarak ifade edilen; ancak, esasında kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olan, hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı

Türk hukukunda bu kurumun hukuki niteliğinin tespitinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olan ayrımlar, emrin hukuka uygun ya da aykırı olması; emir hukuka aykırı ise bunun bağlayıcı olması ya da olmamasıdır. Bu tespitler bu kurumun hukuki niteliğinde değişikliğe yol açmaktadır. Biz amirin hukuka uygun emrini ifanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacağı ve bu haliyle konumuz olan kanunun hükmünü yerine getirme ile çok yakın bir bağlılık arz ettiği görüşündeyiz⁷. Aşağıda amirin emrini ifanın hukuka uygunluk nedeni oluşturması için bir araya gelmesi gereken şartlar incelenirken her ne kadar ayrı bir çalışmanın konusunu oluştursa da Türk hukukunda görüş ayrılıklarının nedeni olan bu farklılıklar da ele alınacaktır.

B. Amirin Emrini İfanın Hukuka Uygunluk Sağlamasının Şartları

Ast, hiyerarşik üstü tarafından kendisine verilen hukuka uygun emri yerine getirirken aynı zamanda kanunun kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanmaktadır. Bu noktada amirin hukuka uygun emrini ifanın hukuka uygunluk nedeni oluşturması için ele alınması gereken unsurlardan biri emrin kendisi diğeri de astın kendisidir. Haliyle amirin emrini ifa kurumunu değerlendirirken incelenmesi gereken şartlar emre ilişkin şartlar ve asta ilişkin şartlar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede ilk önce, bir emrin varlığı, emrin meşru bir merciden gelmesi, emrin hukuka uygun olması, emri yerine getirmenin zorunlu olması emre ilişkin şartlar olarak; ardından astın emri

emrin yerine getirilmesi hali düzenlenmektedir.” (Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 425); aynı yönde Koca - Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 336; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 497; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 395.

⁷ “Hukuka uygun emrin ifasının ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak ele alınmasının, emri verenin ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı, sadece emri ifa edenin ceza sorumluluğunu kaldıracağı açıktır. Ancak hukuka uygun bir emri veren amir, kanun hükmünü icra ettiği için eylemi TCK 24/1 kapsamında değerlendirilecektir. Bunu bir örnek ile açıklamak gerekirse, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ’nın 119’uncu maddesindeki koşulları taşıması durumunda kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilecektir. Kolluk görevlilerinin arama yapması kişi özgürlüklerinin ihlali ve bu bakımından da TCK m.120’nin ihlali olarak ilk bakışta görülebilecektir. Ancak kolluk görevlileri bakımından hukuka uygun emrin ifası TCK m. 24/2 uyarınca ceza sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Emri veren kolluk amiri ise CMK 119’da düzenlenen bir hükmü yerine getirdiğinden eylemi kanun hükmünü icra (TCK m. 24/1) olarak değerlendirilecektir.” Olgun Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y: 3, S: 10, Temmuz 2012, s. 460 vd. Yazar çalışmada kanuna uygun emir ya da kanuna aykırı emir ayrımı yapmadan CMK 223. madde düzenlemesiyle uyum içerisinde amirin emrini ifayı kurumsal manada kusurluluğu kaldıran hal olarak değerlendirmektedir.

denetleme yükümlülüğü ve astın emre uygun davranışı asta ilişkin şartlar olarak aşağıda incelenecektir.

1. Emre İlişkin Şartlar

Amir, memur ya da emir kavramları ceza kanunlarında tanımları yapılan kavramlar değildir⁸. Öğretide ceza kanunlarının uygulanması çerçevesinde emir kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin tanımlara rastlamak mümkündür⁹. Amirin emrini ifanın hukuka uygunluk sağlaması için her şeyden önce bir emrin varlığı şarttır. Aşağıda emre ilişkin şartlardan ilki olarak bir emrin varlığı incelenecektir.

a. Bir Emrin Varlığı

Türk Ceza Kanunu md. 24 kapsamında hukuken önem arz eden bir emrin varlığı için hiyerarşik üst bir makamdan gelen, bir davranışta bulunma yönünde asta iletilmiş, uymamanın sorumluluk doğuracağı bir irade beyanı söz konusu olmalıdır¹⁰. Asta iletilmiş her türlü irade beyanı bir emir değildir. Emir ile asttan yapma ya da yapmama şeklinde bir davranışı gerçekleştirmesi beklenmektedir¹¹. Bu haliyle asttan herhangi bir davranışı gerçekleştirme talimatı içermeyen irade beyanları emir olarak nitelendirilmeyecektir.

Hiyerarşik üstten bir davranışın gerçekleştirmesi şeklinde talimat içeren emrin ast bakımından hukuken sonuç doğurabilmesi, emrin görülen kamu görevi ile bağlantılı olması, hizmete ilişkin bulunması ile mümkündür. Bu çerçevede üstün, hizmete ilişkin olmayan meselelerde asttan herhangi bir davranışı istemesi ceza

⁸ Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 460.

⁹ Dönmezer - Erman emri: “...üstünlük yetki ve kudretini haiz bir merci tarafından, belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade beyanıdır.” şeklinde tanımlamaktadır. (Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 85), Erem ise “...üst yetkisini haiz bir iradenin, muayyen bir şeyin yapılması için asta hitap eden bir tezahür...” şeklinde bir tanım getirmektedir. Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Genel Hükümler, C: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 15; Daha farklı tanımlar için bkz. Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 460-461.

¹⁰ Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 109.

¹¹ Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s. 59

hukuku uygulaması çerçevesinde bir emir olarak telakki edilemez. Bu hususa 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda da yer verilmiştir. Kanun 8. maddesi ile emrin ne olduğunu tanımlamaktadır. Buna göre emir “...*Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir.*” Görülebileceği üzere ast bakımından üstten sadır bir emrin varlığından bahsedilmesi ancak emrin hizmete ilişkin olması ile mümkündür. Keza aynı kanunun 16. maddesine göre “*Amir; maiyetine hizmetle münasebeti olmayan emir veremez. Astından hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz...*” Amir tarafından iletilen yapma ya da yapmama şeklindeki davranışları gerçekleştirme talimatı, bir emir hüviyetinde görünse de icra edilen kamu görevi ile alakalı değilse bu hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmesi için gereken emrin varlığı şartının konusu olamaz.

Kanun belirli hallerde yetkili merci tarafından verilecek emrin ne surette verilmesi gerektiğine dair şekil şartlarını da öngörmektedir. Bu manada emrin yazı ile iletilmesi yahut söz ile verilmesinin yeterli olması bahse konu olabilir. Emrin asta ne şekilde iletileceğine dair kanun herhangi bir belirlemede bulunmuyorsa emir sözlü olarak da asta iletilebilir¹². Kanun, emrin verilmesini belirli şekil şartlarına tabi kılmışsa bu şekilde iletilmeyen talimatlar emir olarak değerlendirilemez¹³. Böyle bir emir, bu emri vermeye yetkili üst merciden gelmiş olsa dahi ast bakımından bu emrin ifası, hukuka uygunluk korumasından faydalanamayacaktır¹⁴.

Emrin şekil yönünden varlık kazanabilmesi açısından yazılılık şartına Ceza Muhakemesi Kanunumuzda, özellikle koruma tedbirleri yönünden sıklıkla

¹² Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 400; Nitekim bazı kanunlar üst tarafından emirlerin sözlü olarak verileceğini özel olarak düzenlemektedir. Bu manada PVSK Md. 2, on üç bent halinde sayılan durumlarda polisin sözlü emirleri derhal yerine getirmesini düzenlemektedir. Yine CMK Md. 161/3 Cumhuriyet savcısının, adli kolluk görevlilerine emirlerini yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak vereceğini, sözlü emrin, en kısa sürede yazılı olarak da bildirileceğini düzenlemektedir.

¹³ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 88-89; Günal, **Yetkili Mercinin Emrini İfa**, s. 96;

¹⁴ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 285: Yazar şekil şartının emrin dış kanunilik unsuru ile ilgili olduğunu söylemektedir. Buna göre amirin bu emri vermeye yetkili olması, astın da bu emri icraya görevli olması da bu kapsamda emrin dış kanunilik şartıdır. Yine Yazar’a göre emrin kanuna uygunluğu yahut meşruluğu şekil yönünden ve muhteva yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Fakat Yazar hukuka aykırı emir bakımından bu iki ayrı değerlendirmenin sonucunu aynı görmektedir. Emir gerek şeklen gerek içerik itibarıyla hukuka aykırı ise de belirli istisnalar halinde yerine getirilirse memur bakımından sorumluluk doğmaz.

rastlanmaktadır. “Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri” başlıklı CMK 161. maddenin üçüncü fıkrası gereği “*Cumhuriyet savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.*” Yani Cumhuriyet savcısının acele haller söz konusu değilse emirlerini adli kolluk görevlilerine yazılı olarak iletmesi zorunludur. Bunun yanında Ceza Muhakemesi Kanunu, acele haller söz konusu olsa dahi gözaltı süresinin uzatılması (Md. 91/3), arama (Md. 119), el koyma (Md. 127) gibi kararların cumhuriyet savcısı tarafından sözlü olarak değil yazılı olarak verileceğini öngörmektedir. Cumhuriyet savcısının yazılı olarak değil sözlü olarak bir konutta arama işleminin gerçekleştirilmesini adli kolluk görevlilerine iletmesi halinde şeklen kanuna uygun bir emrin varlığından söz edilemez. Burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur. İletilen talimatın kanunun aradığı şekil şartlarına sahip olmaması halinde ortada bir emir yoktur¹⁵. Dolayısıyla böyle bir talimatın bağlayıcılığından bahsedilemez¹⁶. Bu durumda memur bakımından hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emir de söz konusu olamayacaktır. Keza ortada bir emir yoktur. Bu talimat üzerine amirinin talebini yerine getiren memur, hukuka uygun bir emri yerine getirmiş olmayacağı gibi hukuka aykırı ve bağlayıcı bir emri de yerine getirmiş olmayacaktır. Yani aynı örneğe geri dönersek Cumhuriyet savcısının bir konutta arama yapılması talimatını sözle vermesi halinde bu talimatı yerine getiren kolluk görevlileri, konut dokunulmazlığının ihlali suçunu (TCK Md. 116) işlemiş olacaklardır. Talimatın içeriği arama kararının verilmesi için CMK md. 116 ve 117’deki gerekli şartlara sahipse şekil eksikliği sebebiyle bu talimattan hukuka aykırı ve bağlayıcı emir olarak değil olmayan bir emir olarak bahsedilecektir. Çünkü talimatın içeriği hukuka uygundur. Haliyle biz emrin hukuka aykırılığının emrin içeriği ile ilgili bir değerlendirme olduğu kanaatindeyiz. Hukuka uygunluk değerlendirmesi yapmadan önce usul değerlendirmesinin yapılması gereklidir. Usulen emir olmayan bir talimatın, içeriğinin hukuka uygunluğu denetlenmeden ast tarafından reddedilmesi gerekir¹⁷. Böyle bir emri yerine getiren

¹⁵ “Mutlak itaatin söz konusu olduğu durumlarda, emrin şekil şartlarına uygun olup olmadığının yine de araştırılması gerekir. Çünkü, şeklen kanuna aykırı irade açıklaması, hukuki anlamda emir değildir.” Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287

¹⁶ Aynı yönde Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 386.

¹⁷ “Örneğin tutuklama, yerine getirilmesi için mutlaka yazılı karar bulunması gereken bir koruma tedbiridir (CMK m.100). Yazılı olmayan bir tutuklama emrini, kolluk memurunun yerine getirme yükümlülüğü yoktur.” Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 303.

kolluk görevlileri bakımından bağlayıcı emrin varlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşülmüşse TCK Md. 30/3 hükmünün uygulanması mümkündür.

b. Emrin Meşru Bir Merciden Gelmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrası Fransız Ceza Kanunu'nun 122-4 maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak mercii meşru bir merci olarak değil yetkili bir merci olarak sıfatlandırmaktadır. İfade farklılığı olsa da her iki yasa bakımından mercii özellikleri aynıdır. Amirin emrini ifanın bahse konu olabilmesi için emri veren merci her şeyden önce kamusal bir merci olmak zorundadır. Kamusal mercii askerî ya da sivil bir merci olmasının Fransız hukuku bakımından bir önemi olmasa da Türk hukuku bakımından önemi bulunmaktadır. Aşağıda değinileceği üzere bir kısım ayırık haller dışında hukuka aykırı emir, sivil mercilerin emirlerinin muhatapları bakımından bağlayıcı değilse de asker kişiler bakımından üstlerinden aldıkları emir belirli istisnalar dışında bağlayıcıdır.

Meşru bir merci ile öncelikle anlaşılması gereken yukarıda ifade edildiği gibi kamusal mercidir. Fakat mercii kamusal olması yeterli değildir. Bunun yanında kanunun sıfatlandığı üzere mercii bu emri vermeye yetkili bir kamusal merci olması gerekir. Aşağıda sırasıyla kamusal merci ve yetkili merci kavramları incelenecektir.

1) Kamusal Merci

Kamusal merci, Türkiye Cumhuriyeti'nin devlet tüzel kişiliği içerisinde, yetki ve sorumlulukları Anayasa ve/ya kanun yahut Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirlenmiş kamu otoritesini kullanan kurum ve bu kurumun ajanlarıdır¹⁸. Kamusal mercii karşılığını doğrudan kamusal alanında bulmaktadır ve kamu gücünün¹⁹ ve

¹⁸ Aynı yönde Demirel, **Amirin Emri**, s. 123. Yazar mercii resmi bir merci olduğunu ifade etmektedir. Yazar'a göre "Resmîlikten anlaşılması gereken, söz konusu mercii bir kamu kurumu olması, yani kamu hukuku kurallarına tabi olmasıdır. Bu bağlamda emri veren mercii, bir kamu tüzel kişisinin herhangi bir organı olabileceği gibi, organında bulunan yetkili bir kimse de olabilecektir." (Demirel, **Amirin Emri**, s. 123.)

¹⁹ Pin, **Droit pénal général**, 2014, k.n. 228.

ülkenin yasal sisteminin yansıması olarak herkesçe göz önünde bulundurulması gereken ve dikkate alınması zorunlu bir makamdır²⁰. Astına emir veren bir yüzbaşı, kolluğa yakalama emri veren bir kolluk amiri ya da Cumhuriyet savcısı, icra memuruna haciz yapmasını emreden icra müdürü bu manada kamusal makamlardır. Merci derken bir yetkiyi kullanan tek bir kişiden bahsedilebileceği gibi heyet halinde karar alan kurullardan da bahsedilebilir²¹. Yine belirtmek gerekirse emri veren merciin bir kamusal merci olması gerekir, yoksa emrin muhatabı olan bireyin kamu hizmeti gören bir kişi olmasına gerek yoktur.

Emrin meşru bir merciden gelmesi kamusal bir merciden gelmesi demektir. Buradan da anlaşılabileceği üzere var olan otoritelerin tamamının emirleri bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturamaz²². Örneğin aile hukukundan kaynaklı otoriteler ya da özel hukuk tüzel kişilikleri bünyesinde yer alan hiyerarşik ilişkilerden kaynaklı otoriteler tarafından verilen emirlere uygun davranılması, amirin emrini ifa çerçevesinde değerlendirilecek emirler değildir. Farzı muhal babanın ya da annenin evladına²³ yahut 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde²⁴ kocanın eşine yönelik emirleri veya şirket yöneticisinin çalışanına yönelik emirleri bu minvalde ele alınamayacak taleplerdir.

Kamu faaliyetlerinin bir kısmının özel hukuk alanında da kendisini göstermesi, bunun yanında kamu kurumlarında çalışan kişilerin özel hukuk tüzel kişiliklerine olan bağlılığı ve beraberinde kamu görevlisi tanımına ilişkin idare hukuku ile ceza hukukunun farklı tanımlamalara gitmesi emri veren merciin kamusalının belirlenmesinde zaman zaman karışıklığa neden olabilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere emri veren makamın kamu tüzel kişiliğine bağlı bir makam ya da yargısal bir makam olması gerekir. Anayasa’nın 123. Maddesinin ilk

²⁰ Mayaud, **Droit pénal général**, k.n. 429

²¹ Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 302.

²² Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVIII, Y: 2014, S: 2, s. 234, Dpn. 73.

²³ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 85; Demirel, **Amirin Emri**, s. 129.

²⁴ 743 sayılı mülga Türk Medeni Kanunu, 152. maddesinde evlilik birliğinin reisinin koca olduğunu, 154. maddesinde birliği kocanın temsil ettiğini söylemektedir.

fıkrası uyarınca idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur. Dolayısıyla kamu hukuku kurallarına tabi ve kişilerin şahsi iradelerinin dışında kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulan²⁵ tüzel kişilikler bünyesinde vazife gören makamların ve yargısal makamların emirleri ancak yetkili merciin emrini ifa bakımından değerlendirilecek emirlerdir.

Bazı özel hukuk tüzel kişilikleri de kanun ile kurulabilmektedir. Bu tüzel kişiliklerin kanun ile kurulmuş olması bunlar bünyesinde vazife gören makamları kamusal merci haline getirmez²⁶. Örneğin kanunla kurulmuş bir dernek ya da vakıf özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişiliktir ve bünyesindeki kişilerin astlarına yönelik direktifleri konumuz kapsamında ele alınamaz²⁷.

Bir diğer mesele kamu kurumları bünyesinde çalışan ve özel hukuk tüzel kişiliklerine bağlılığı olan kimselerin durumudur. Örneğin bir belediyenin park ve bahçelerin bakımı yahut şehirdeki temizlik ve çöplerin kaldırılması faaliyetlerini ihale usulü ile bir özel hukuk tüzel kişisine yaptırması buna örnektir. Bu durumda özel hukuk tüzel kişiliği bünyesindeki kişiler, kamusal bir faaliyete katılmakta ve yerine göre işi gördüren kamu kurumunun (örneğin belediyenin) gözetim ve denetiminde faaliyet yürütmektedirler. Bu ihtimalde örneğin çöpçüye bir emir veren belediyeye bağlı makamın bu emri yetkili merciin emri olarak nitelendirilebilecekken aynı çöpçüye emir veren taşeron firma yöneticisi bakımından bu geçerli olmayacaktır²⁸.

²⁵ Gözler, **İdare Hukuku**, s. 175

²⁶Gözler'e göre bir kurumun kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilebilmesi için iki unsuru barındırması gerekir. İlk olarak tüzel kişi devlet tarafından kanunla veya kanunla verilmiş bir yetkiyle kurulmuş olmalıdır. Sonrasında kurum kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olmalıdır. (Gözler, **İdare Hukuku**, s. 175) Gözler'in bu tanımına kanunla kurulmuş ve kamusal ayrıcalıklardan faydalanabilen özel hukuk tüzel kişiliği hüviyetine sahip vakıflar da girmektedir. Gözübüyük – Tan ise Gözler'in kamu tüzel kişiliğine ilişkin bu tanımına katılmamaktadır. Yazarlar bu noktada Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakıfları'nı örnek göstererek bu vakıfların Gözler'in ölçütlerine uyduğunu fakat bir kamu tüzel kişiliği olmadığını ifade etmektedir. (A. Şeref Gözübüyük – Turgut Tan, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 185) Gözler ise bu vakıfların ve bunun yanında Türkiye Futbol Federasyonu'nun, OYAK'ın ve Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı'nın, tanımına uygun şekilde kamu hukuku tüzel kişiliği olduğunu belirtmektedir. Gözler, **İdare Hukuku**, s. 175-177.

²⁷ Aynı yönde Demirel, **Amirin Emri**, s. 124.

²⁸ Hasan Tahsin Gökcan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Tanımı ve Bu Yasa Döneminde 4483 Sayılı Kanunun Uygulanması", **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 679

Çünkü aşağıda da değinileceği üzere ceza kanunu, bu kişileri ceza yasalarının uygulanması bakımından kamu görevlisi olarak görmemektedir²⁹. Keza Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin gerekçesinde de “...*kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı...*” söylenmektedir. Yani kamu hizmetinin, idare ile aralarındaki farklı türden sözleşmeler ile özel hukuk tüzel kişileri tarafından görülmesi durumunda bu tüzel kişiler bünyesindeki kişi ya da kurulların hiyerarşik astlarına yönelik direktifleri amirin emrini ifa müessesesi çerçevesinde ele alınıp kabul edilmeyecektir³⁰.

Emri veren merciin kamusal olması emri verenin kamu görevlisi olmasını da beraberinde getirmektedir. Bu noktada kimlerin kamu görevlisi olduğu hususunda idare hukuku ile ceza hukuku birbirinden farklı tanımlar getirmektedir³¹. İdare hukuku kamu görevlisi sıfatının kazanılması bakımından kişinin bir kadroya sahip olmasını esas alırken ceza hukuku bakımından göreve ne şekilde gelindiğinin bir önemi olmayıp kamusal faaliyete herhangi bir şekilde katılım esas alınmaktadır³². Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin gerekçesine bakılırsa “...*mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir.*” Gerekçede yer verilen kişiler örneğin avukatlar, Danıştay kararları da dikkate alındığında idare hukuku bakımından kamu görevlisi olarak nitelendirilmezler³³. Bu noktada Yargıtay'ın hukuk daireleri ve ceza daireleri de kamu görevlisini farklı ele alabilmektedir³⁴. Burada ortaya çıkan sorun idare hukuku

²⁹ Hasan Tahsin Gökcan, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 40

³⁰ A.g.e., s. 43; Demirel, **Amirin Emri**, s. 125 vd.

³¹ Veli Özer Özbek, **Türk Ceza Kanununun Anlamı**, C: I, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010 s. 123; Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2010, s. 796; Gökcan, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 33.

³² Tezcan – Erdem – Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 796.

³³ Danıştay 8. D, 27.01.1994 tarihli 1993/117 E, 1994/306 K sayılı kararı,

³⁴ İdare hukukundan farklı olarak hukuk da avukatları kamu görevlisi olarak görmemektedir. “... *kamu görevlisi deyimi ... iki ana unsuru içerdigiidir. Bunlardan birincisi görevlinin bir kamu hizmetini yüklenmesi, ikincisi ise bu görev karşılığı Devlet bütçesinden maaş, ücret, ödenek, vs. herhangi bir nam altında olursa olsun görevliye bir maddi meblağın tahsis edilmesidir.*” YHGK, 14.09.1983 tarihli, 1980/4-1717 E, 1983/803 K sayılı kararı.

çerçevesinde kamusal bir makam olarak görülmeyen kişilerin kendilerinin astı pozisyonundaki kişilere yönelik emirlerinin yetkili merciin emri kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

Yukarıda emrin varlığı başlığı altında emire ilişkin niteliklere yer verilirken emrin görülmekte olan kamu hizmeti ile ilgili olması gerektiğini söylemiştik. Bu minvalde idare hukuku kapsamında kamu görevlisi olarak kabul edilmese de ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilebilecek kişilerin yerine getirdiği kamu hizmeti ile bağlantılı emirlerinin de kanaatimizce yetkili merciin emri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Zaten 6. maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere 5237 sayılı TCK bir gelişim olarak 765 sayılı TCK'nın memur tanımından çok daha geniş bir kamu görevlisi tanımını tercih etmiştir³⁵. Kamu hizmeti ile bağlantılı olduğu sürece TCK'nın kamu görevlisi kabul ettiği kişilerin bu hizmetleri yerine getirmesi, kendilerine yardımcı olan kişilerin bu hizmet kapsamındaki bir takım fiilleri gerçekleştirmesine bağlıdır. Kişinin tüm bu hizmeti bizzat kendisinin gerçekleştirmesi ya da kendisi ile aynı niteliğe sahip kişilerle birlikte gerçekleştirmek zorunda olması düşünülemez. Farz-ı muhal avukatın yerine getirdiği kamu hizmeti çerçevesinde aranmakta olan bir şüphelinin müvekkili olduğu için yerini bildirmemesi sır saklama yükümlülüğü (Avukatlık Kanunu Md. 36) çerçevesinde kanunun hükmünü yerine getirme bakımından hukuka uygun bir davranıştır. Bu fiiller tipik olarak yerine göre “Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi” (TCK Md. 279), “Suçluyu kayırma” (TCK Md. 283), “Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme” (TCK Md. 284) suçlarından bir ya da bir kaçına vücut verebilir. Avukatın bürosunda çalışan sekreterine bu yönde bir ihmali davranışı emretmesi halinde sekreter bakımından amirin emrini ifanın söz konusu olacağı görüşündeyiz. Aksi takdirde hukuki güvenlik ilkesi gereği³⁶ avukata yüklenmiş olan bir yükümlülüğün tam aksinin avukatın yanında çalışana yüklenmesi ile avukattan beklenen kamu hizmeti anlamsız kılınacaktır.

³⁵ Tezcan – Erdem – Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 798

³⁶ Göksu Işık, “Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 3, S: 6 Aralık 2017, s. 172 vd.

Ceza hukuku çerçevesinde kamu görevlisi kabul edilen kişilerin emirlerinin de amirin emri olarak kabul edilmesi, emrin görülen kamu hizmeti ile bağlantılı olmasına bağlıdır. Bu noktada kamusal faaliyetin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması bu meselenin çözümüne katkı sağlayacaktır. Kamu hizmeti kavramına da TCK md. 6'nın gerekçesinde yer verilmiştir. Buna göre "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi" kamusal faaliyettir. Faaliyetin kamusal faaliyet olarak tespiti bu faaliyete katılmış kişinin de ceza hukuku çerçevesinde kamu görevlisi olarak nitelendirilmesini sonuçlandırır³⁷. Bu nokta-i nazardan, gerekçenin de belirttiği gibi bilirkişilik, tercümanlık, tanıklık yapan kişi, bu faaliyetin icrası kapsamında kamu görevlisidir³⁸. Kanun kamusal faaliyeti, kişinin olağan işgalinden çok yapılan faaliyetin niteliği esasına göre objektif ölçütlerle tanımlamaktadır³⁹.

Emrin meşru bir merciden gelmesi şartı kapsamında ele alınması gereken bir diğer konu emri verenin bu emri vermeye yetkili olmasıdır. Yani merciin yetkili olmasıdır.

2) Yetkili Merci

Emri veren merciin kamusal bir merci olmasından sonra meşruiyetini belirleyen diğer bir ölçüt emri verenin bu emri vermeye yetkili olmasıdır. TCK 24. madde kapsamında amirin emrini ifanın söz konusu olması ve bu emrin hukuka uygunluk sonucunu doğurması emrin yetkili bir merciden sadır olmasını gerektirir.

³⁷ Demirel, **Amirin Emri**, s. 126.

³⁸ Kamu hizmeti gören kişiler kamu görevlisi olarak kabul edilseler de kamuya yararlı hizmet gören herkes kamu görevlisi olarak kabul edilemezler. Bu manada özel bir tıp biriminde faaliyet yürüten doktor kamu görevlisi değildir. (Aynı yönde Tezcan – Erdem – Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 799) Demirel ise bir kişinin amirin emrini ifa savunmasının dikkate alınabilmesi için bu kişinin idare hukuku çerçevesinde 657 sayılı kanuna tabi memur, sözleşmeli personel ya da geçici personel olması ya da hakkında 657 sayılı kanun hükümlerinin uygulanabilir olmasını şart koşmaktadır. (Demirel, **Amirin Emri**, s. 128.) Yazarın bu görüşüne katılamamaktayız. Zira bu görüş 5237 sayılı TCK'nın kamu görevlisi anlayışının özüne ve geçirdiği evrimin ruhuna tamamen aykırıdır.

³⁹ Gökcan, **Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, s. 33.

Merci bir üst başlıkta anlatılanlar çerçevesinde kamusal bir merci olmakla beraber bu emri vermeye yetkili olmayabilir. Bu noktada Fransız ceza hukuku ile Türk ceza hukuku aynı noktada durmaktadır. Keza her iki hukuk sistemi bakımından da verilen emrin hukuka uygun hale getirme etkisinin olabilmesi için emri veren makamın kamu makamı olması yeterli değildir. Merciiin “meşru merci” olması için bu emri verme yetkisi ile de donatılmış olması yani “yetkili merci” olması gerekir⁴⁰.

Merciiin sırf o kişinin kamusal manada üstü olması, kişinin yetkisine giren bir alandaki fiili emredebileceği manasına gelmez. Yani bir faaliyet, konu bakımından ilgili kamu görevlisinin yetkisine dâhil olsa da yetkili olduğu o konudaki emri vermek kendi hiyerarşik üstlerinin yetkisinde olmayabilir. Örneğin kolluk kuvveti için amir pozisyonundaki komiser, hem kamusal bir mercidir hem de kendisinin hiyerarşik üstüdür. Ayrıca iletişimin denetlenmesi koruma tedbirini yerine getirmek kolluk memurunun da görev tanımı içerisinde. Buna mukabil iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurusu yönünde amirin vereceği emir, kolluk için kamusal bir hiyerarşik üstten gelmiş olsa da yetkili bir merciden verilmiş emir değildir. Çünkü CMK md. 135 gereği telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ancak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet savcısı karar verebilir⁴¹. Bu halde kolluğun hiyerarşik üstü tarafından verilen bu yöndeki emir, hukuka uygun bir emir olamayacağı gibi bu emrin yetkili bir merci tarafından verilmemesi sebebiyle bağlayıcı olduğunu belirtmeye de imkân yoktur.

Kamusal merciiin belli bir emri vermek yönünde konu bakımından yetkisi olsa da o konuda faaliyet yürütmesi belirli bir coğrafi alan ile sınırlandırılmış olabilir. Yani

⁴⁰ Dreyer, **Droit Pénal Général**, s. 900.

⁴¹ Yukarıda da yer verildiği gibi Fransa’da oldukça meşhur olan “telefon dinlemeleri” diye adlandırılan olay ve davada Elysee Sarayı’nda kurulan bir hücre, terörizmle mücadele ve Cumhurbaşkanı’nın ve yakınlarının güvenliği ve özel hayatlarının korunması için kendisine verilen sınırlı yetkiyi aşmak suretiyle ve kendi alanları dışında dinlemeler yapmaya Cumhurbaşkanı’nın talimat verebileceğini varsayarak Cumhurbaşkanı’nın verdiği talimat doğrultusunda dinlemeler yapmıştır. Oysaki Cumhurbaşkanı’nın böyle bir karar vermeye yetkisi ve gücü bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı’nın emri ile icra edilen idari telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınması meselesinde karar verildiği gibi örneğin Cumhurbaşkanı bu çerçevede bir yetkili merci değildir. (Paris İstinaf Mahkemesi, 13 Mart 2007, Karar no 06/00285, JurisData no 2007-332226; Onama kararı Fr. Yarg. Ceza D. 30 Eylül 2008, Karar no 07-82249.)

kamusal merci konu bakımından yetkili olmakla beraber yer bakımından yetkili olmayabilir. Amirin yetkisi belirli bir coğrafi alan ile sınırlandırılmış ise bu alan dışında gerçekleştirilmesini istediği davranışa yönelik emri, yetkisiz bir emir olacaktır ve bu hukuka uygunluk nedenine varlık kazandırmayacaktır⁴². Bu yöndeki bir emri yerine getiren kişi bakımından emrin hukuka uygunluğu söz konusu olmayacağı gibi yetkisiz merci tarafından verilen bu emir bağlayıcı da değildir.

Kamusal merci, konu bakımından yetkisi dâhilinde ve yetkili olduğu coğrafi sınırlar içerisinde bir emri ancak belli bir müddet zarfında kullanıyor olabilir. Bu süre kısıtlaması dışında vereceği emir artık yetkili bir merciden sadır olmuş emir değildir. Yani kamusal merci o emri vermeye süre bakımından da yetkili olmalıdır. Kamusal yetkiyi kullanan kişi örneğin başka bir vazifeye atanmışsa, emekli olmuşsa, kamu görevinden uzaklaştırılmışsa yahut disiplin tedbiri gereği açığa alınmışsa bu süreden önce yetkili olduğu hususlarda artık emir vermesi mümkün değildir. Buna mukabil bazı yazarlar tarafından amirin izinli sayıldığı dönemlerde bu yetkisini kullanamayacağı⁴³ ifade edilse de kanaatimizce kişi izindeyken de görevine giren hususlarda emir vermeye yetkilidir.

Yetkili merci yetkisini Anayasa'dan kanunlardan ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden alan mercidir⁴⁴. Bu bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer husus gayri meşru yollarla ülkenin tamamında ya da belirli kesimlerinde idareyi ele almış güçler tarafından ve bu güçlerin şekillendirdiği kamusal merciler tarafından verilecek olan emirlerin icrası meselesidir. Bu güçler yetkiyi *de jure* elde etmeyen *de facto* olarak otorite kullanan güçlerdir. Gayri meşru şekilde ülkenin bütününde ya da bir kısmında idarenin ele alınması işgal yahut darbe yöntemiyle gerçekleşebilir. Örneğin Osmanlı Devleti'nin başkenti İstanbul 16 Mart 1920 tarihinde işgal edilmiştir. İşgalcilerin kamu otoriteleri üzerinde mutlak gücü bulunmaktaydı. Nitekim itilaf devletlerinin (İngiliz, Fransız, İtalyan) üç yüksek komiseri 15 Mart günü; İstanbul'un 16 Mart sabahından itibaren işgal edileceği, müttefik askerî makamların, işgalin

⁴² Günal, **Yetkili Mercii Emrini İfa**, s. 85; Demirel, **Amirin Emri**, s. 141.

⁴³ Demirel, **Amirin Emri**, s. 143.

⁴⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, s. 175

gerektirdiği bütün tedbirleri alacağı, Harbiye ve Bahriye Nezaretlerinin işgali ile her türlü iletişimlerinin kontrol altına alınacağı, posta, telgraf ve telefon hizmetlerinin kontrol altına alınacağı ve kolluk kuvvetleri dâhil kamu düzeninin gerektirdiği bütün emir ve talimatın askerî makamlardan çıkacağı kararını verip⁴⁵ ertesi gün saat 09.40'da bu kararları bir nota⁴⁶ ile Sadrazam'a bildirmişlerdir. Saat 10.00 itibarıyla da işgal başlatılmış ve müttefikler aldıkları kararları uygulamaya koymuşlardır.

İşgal sonrası müttefik yüksek komiserliklerinin Türk kamu görevlilerine yönelik emirleri her ne kadar kamu otoritesi üzerinde bir zorlama gücüne sahip olsa da yetkili hatta yetkiliden öte meşru bir merciden verilmiş emirler olarak asla kabul edilemezler. Yine işgal güçleri, meşru otoriteleri kendi istedikleri yönde şekillendirip kendi istedikleri kararları almaya zorlayabilirler. Örneğin 16 Mart 1920 sonrası işgalciler İstanbul Hükümeti'nde bakanlıklara ve çeşitli mercilere istedikleri kişileri atamış ve kamusal mercilerin ülkenin ve halkın aleyhine çokça karar almasını sağlamışlardır. Meclis-i Mebusan'ın işgalciler tarafından lağvedilmesi ve İstanbul Hükümeti'nin bu şekilde meşruiyetini kaybetmesi akabinde 23 Nisan 1920 tarihinde Ankara'da Milli Meclis toplanmış ve yeni bir hükümet teşkil edilmiştir.

Ankara'da oluşturulan yeni Meclis'in öncelikle yasalaştırdığı kanunlardan biri de *“16 Mart 1336 tarihinden itibaren İstanbul Hükümetince akdedilen bilcümle mukavelât, uhdat ve sairenin keenlemyekün addi hakkında kanun”*dur. Bu kanunun birinci maddesi gereği *“İstanbul'un işgali tarihi olan 16 mart 1336 - 1920 den itibaren Büyük Millet Meclisinin tasvibi haricinde İstanbul'ca akdedilmiş veya edilecek bilûmum muahedat ve mukavelât ve ukudat ve mukarreratı resmiye ve verilmiş imtiyazat ve maadin ferağ ve intikalâtı ve ruhsatnameleri ile mütarekeden sonra akdedilmiş bilcümle muahedatı hafıye ve doğrudan doğruya veya bilvasıta ecanibe verilmiş imtiyazat ve maadin ferağ ve intikalâtı ile ruhsatnameleri keenlemyekündür.”*

⁴⁵ Bilâl N. Şimşir, *İngiliz Belgelerinde Atatürk (1919-1939)*, Cilt. I, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1973, s. 461; Fahir Armaoğlu, “İngiliz Belgelerinde İstanbul'un İşgali (16 Mart 1920)”, *Belleten*, C: LXII, S:234, Y: 1998 Ağustos, s. 483

⁴⁶ Notanın metni için Bkz. Şimşir, *İngiliz Belgelerinde Atatürk (1919-1939)*, s. 460-461.

İşgal faaliyetinde bulunan yabancı kuvvetlerin ya da bu kuvvetlerin ülkede kendi istekleri doğrultusunda şekillendirdiği hükümetlerin ve bu hükümetlere bağlı mercilerin emirlerini yerine getirenler bakımından fiil bir suç oluşturuyor ise amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı asla bulamayacaktır⁴⁷.

Kamu gücünün gayri meşru şekilde ele alınması darbe ile de gerçekleşebilir. 12 Eylül 1980 tarihinde dönemin genelturmay başkanı ve kuvvet komutanları, ordu emir komuta zincirini bozmadan, herhangi bir mukavemet ile karşılaşmadan ülke genelinde yönetime el koymuştur⁴⁸. Darbe yoluyla yasama ve yürütme yetkilerini ele alıp kullanan Milli Güvenlik Konseyi, 1983 yılında gerçekleştirilen seçimler ile parlamento ve hükümet teşkil edilene kadar fiilen bu gücü kullanmaya devam etmiştir. Darbeyi yapan Milli Güvenlik Konseyi üyelerinin ya da bu Konsey tarafından oluşturulmuş hükümetlerin verdiği emirleri yerine getiren kişiler bakımından emir meşru bir merciden gelmediği için amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninden bahsedilemez. Zaten 1982 Anayasa'sının Geçici 15. Maddesi de bu minvalde darbeyi yapanların kurduğu hükümetlerde görev yapanlar ve bunların emirlerini yerine getirenler bakımından bir dokunulmazlık ihdas etmekteydi. Geçici 15. Madde uyarınca; *"12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin,*

⁴⁷ Meşru merciin ne olduğunu tespit noktasında bu paragrafta anlatılanlara benzer bir yaklaşıma Fransa'da 9 Ağustos 1944 tarihli bildiride rastlamak mümkündür. Bildiri, İkinci Dünya Savaşı sırasında işgale uğrayan Fransa'da Nazi Almanyası'nın güdümünde kurulan ve işgalcilerle işbirliği içerisinde olan Vichy Hükümeti'nin egemen olduğu döneme ilişkindir. Bildiriye göre Vichy Hükümeti meşruiyeti olmayan fiili bir otorite olarak görülmektedir ve 1940 ila 1944 tarihleri arası gerçekleştirdiği tüm eylemler yasadışı addedilmiştir. Meşru olmayan bu otoritenin emirlerini yerine getirme konusunda ise 28 Kasım 1944 tarihli diğer bir bildiriden bahsetmek gerekmektedir. Bildiri ile aldığı emirleri yerine getiren kişilerin, kişisel inisiyatifleri sıkı bir şekilde sınırlanmış olması kaydıyla takibata uğramayacakları belirtilmektedir. Bu bildiri 1940 ila 1944 tarihleri arasında farklı derecelerde vazife ifa eden ve hiyerarşik üstlerine itaat dışında bir şey yapmayan astlar lehine özel bir hukuka uygunluk nedeni tesis etmektedir. Ülkemizde yukarıda İstanbul hükümetince gerçekleştirilecek bir takım eylemlerin keenlemeyekün addedilmesi yönündeki kanun dışında İstanbul hükümetini tamamen gayrimeşru addeden ve emirlerini yerine getirenlerin cezalandırılacağını ifade eden ya da tam tersi bu emirleri yerine getirenlerin belirli şartlar altında cezalandırılmayacağını ifade eden bir hukuki metin bulunmamaktadır.

⁴⁸ Milli Güvenlik Konseyi'nin Bir Numaralı Bildirisi, **Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi**, C: 1, 19.09.1980, Oturum 1, s. 4.

2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmalarından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.”

Bu hüküm 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan Anayasa Referandumu ile Anayasa değişikliğinin halk tarafından kabul edilmesi sonucu ilga edilmiştir. Böylelikle darbeyi gerçekleştirenler, darbe yönetimlerinde yer alanlar ve darbe yönetimlerinin verdiği emirleri uygulayanlar bakımından yargılama yolu açılmıştır.

Sonuç olarak kamusal olan ve yetkili olan merciin gücünü meşru yollarla elde etmesi zorunludur. *De facto* olarak ülkenin tamamında ya da belli bir kısmında otoriteyi ele almış kişi ya da yapılar ve bunların ihdas ettiği kurumlar tarafından verilecek emirler, bu hukuka uygunluk nedeninin konusunu oluşturamazlar.

Amirin emrini ifanın emre ilişkin bir diğer şartı emrin hukuka uygun olmasıdır.

c. Emrin Hukuka Uygun Olması

Amirin emrini ifanın hukuka uygunluk sonucu doğurması tabiatı gereği emrin de hukuka uygun olması ile mümkündür. Ceza hukuku bakımından emrin hukuka uygunluğu, emir ile gerçekleştirilmesi istenen davranışın suç tipinde düzenlenen davranış olup olmadığı meselesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Haliyle Ceza Kanunumuzun 24. maddesinin 3. fıkrasında kullanılan “konusu suç teşkil eden emir” ifadesinin yerinde bir ifade olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü hukuka uygun olarak verilmiş bir emrin yöneltildiği kişiden beklediği davranışın suç tipine uyan bir davranış olması mümkündür. Savcı tarafından verilmiş yakalama ya da gözaltı kararında ya da hâkim tarafından verilmiş tutuklama kararında, kararı yerine getiren kişiden beklenen davranış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda (TCK Md. 109) düzenlenen tipik davranıştır. İcra müdürünün, icra memuruna konutta haciz yapması yönündeki emir

ile beklenen davranış konut dokunulmazlığının ihlali suçunda (TCK Md. 116) düzenlenen tipik davranıştır. Bu emirlerin konusunu oluşturan davranış aynı zamanda suçtur. Fakat emirlerin yerine getirilmesi halinde suçun oluşmayacağı ve amirin emrini ifanın bu fiillere hukuka uygunluk sağlayacağı açıktır.

Amirin emrini ifanın kanunun hükmünü yerine getirmeden bağımsız bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını daha önce ifade etmiştik. Kanunun belirli bir davranışta bulunmaya cevaz vermediği hallerde suç tipine uyan bir davranışın yetkili merci tarafından verilmiş olmasının fiile hukuka uygunluk sağlamayacağı göz önünde tutulursa bu yakın ilişki daha iyi anlaşılabilir. Bu bakımdan TCK md. 24/3 metninde yer alan “konusu suç teşkil eden emir” ifadesinden kanunun hükmü ile emredilen ya da müsaade edilen davranışlar dışında konusu suç teşkil eden emir anlaşılmalıdır. Fransız hukukundaki hukuka açık aykırılık – açık olmayan aykırılık ayrımı Ceza Kanunumuz tarafından kabul edilmediği için bu hukuka uygunluk nedeni için emrin hukuka aykırılığından anlaşılması gereken; kanunlar tarafından emredilmiş ya da müsaade edilmiş davranışlar dışında suç tipine uyan bir davranışın gerçekleştirilmesinin emredilip emredilmediğidir. Kanunun aradığı şartlar dâhilinde yetkili merciin konusu suç teşkil eden ve kanunca cevaz verilen bir fiilin gerçekleştirilmesini emretmesi halinde emrin hukuka uygun olduğu söylenir.

Bu yaklaşım, amirin emrini ifa ile kanunun hükmünü yerine getirmenin aynı hukuka uygunluk nedeninin farklı görünüşleri olduğu yaklaşımını tasdikler gibi görünse de aradaki otonomiye aykırı bir yaklaşım değildir. Emrin hukuka uygunluğu, emrin kanunlara uygun olması demekse de kanunun hükmünü yerine getirmede kişi herhangi bir merciin emrine ihtiyaç duyulmaksızın davranışı gerçekleştirebilirken amirin emrini ifada kişi yetkili merciin emri ile bu davranışı gerçekleştirmektedir. Örneğin kolluğun yetkili merciin emri olmaksızın konutta arama yapması yahut telekomünikasyon yoluyla iletişimi denetlemesi halinde bu fiiller suç oluşturacaktır. Yine her ne kadar TCK 24. madde bu hukuka uygunluğu isimlendirirken “amirin emri” ifadesini tercih etmiş olsa da emri verenin bir amir olması zorunlu olmayıp emri yetkili bir merciin vermesi yeterlidir ve emir memur sıfatını haiz olmayan kamu görevlisi olarak nitelendirilemeyecek kişilere yönelik olabilir. Bu minvalde haciz işlemini

yerine getiren icra memurunun fiili hırsızlık (TCK Md. 141 vd.) suçu bakımından hukuka uygundur. TCK Md. 40'da düzenlenen bağlılık kuralı gereği bu fiile iştirak eden kişiler bakımından da suç oluşmamaktadır. Buna mukabil icra memurunun haciz mahallindeki eşyaların kaldırılıp götürülmesini istemesi halinde bu emri yerine getiren hamal hırsızlık suçunun şeriki değil faili olarak nitelendirilecektir. Keza amirin emrini ifa müessesesinde amir azmettiren emrin muhatabı ise fail durumundadır⁴⁹ ve emri veren icra memuru bakımından söz konusu olan kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni fail olan hamalı korumayacaktır. Yetkili merciin emrini yerine getiren hamalın bu fiili amirin (yetkili merciin) emrini ifa hukuka uygunluk nedeni gereği hırsızlık suçunu oluşturmayacaktır. Burada şerik bakımından kanunun hükmünü yerine getirmeden bahsedilse de fail bakımından kanunun hükmünü yerine getirmeden başka bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmektedir.

Biz yukarıda da ifade edildiği gibi emrin şekil şartlarını haiz olmamasını bu başlık altında değerlendirmemekteyiz. Emrin hukuka aykırılığı emrin muhtevasının hukuka aykırılığı ile ilgili bir değerlendirmedir. Emrin şekle aykırı olması hali hukuka aykırı bir emrin varlığı değil bir emrin yokluğu sonucunu doğurur.

Emrin içeriğinin hukuka uygun olması emrin içeriğinin kanunlarla ihtilaf içerisinde bulunmaması ile mümkündür⁵⁰. Amirin emrini ifayı düzenleyen 24. madde hükmü göz önünde tutulduğunda ilk bakışta emrin hukuka uygunluğunun bir şart olarak aranmıyor olduğu düşünülebilirse de Md. 24/4 hükmünde yer alan “*Emrin, denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” ifadesinin mefhumu muhalifinden (*argumentum a contrario*)

⁴⁹ Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 468

⁵⁰ Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 87-90; Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 374; İçel – Sokullu Akıncı – Özgenç – Sözüer – Mahmutoglu – Ünver, **Suç Teorisi**, s. 127; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 303; Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s. 96-97; Özbek – Doğan – Bacaksız – Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 400; Artuk – Gökçen – Alşahin – Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 498-499; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 317; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286; Dursun; “*Hukuka uygun emir ifadesiyle, genel olarak, gerek AY gerekse DMK, İİdK, PVSK, TSKİHY, JTGY’de bahsedildiği üzere Anayasa, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uygun, emri verenin yetkili olduğu, bu nedenle de ifası memur/ast açısından görev gereği zorunlu olan (TCK m.24/f.2) emir kastedilmektedir.*” Görüşündedir. Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s. 234 – 235.

emrin hukuka uygun olması gerektiği anlaşılmaktadır⁵¹. Dolayısıyla yetkili merciden verilmiş olan emir hukuka aykırı, ceza hukuku bağlamında bir suçun işlenmesine yönelik olmamalıdır. Yani suç tanımındaki davranışa uyan emir kanunlar tarafından emredilmemiş ya da müsaade edilmemiş bir davranış ise bu şart gerçekleşmeyecek ve fail ile emri veren bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır.

Emrin hukuka uygun olması bu hukuka uygunluk nedenine vücut verirken hukuka aykırılığı çeşitli teorik sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Bu sonuçlar özellikle emrin muhatabının emrin hukuka uygunluğunu denetleme imkânı çerçevesinde farklılık göstermektedir.

1) Emrin Hukuka Aykırılığı

Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da amirin emrini ifanın hukuka uygunluk sonucunu doğurması için emrin hukuka uygun olması gerekir. Emrin hukuka aykırı olması halinde ise cezasızlık ancak belirli şartlar dâhilinde söz konusu olabilir. Bu durum özellikle memurun ne denli bir itaat yükümlülüğü altında olduğu ve üstünden aldığı emre muhalefet etmesinin ne denli sınırlandığı ile ilgilidir. Yani hukuka aykırı bir emrin varlığı halinde bu emirden emrin muhatabının sorumlu tutulması için öncelikle kişinin emri denetleyip denetleyemediği sorunu çözümlenmelidir⁵².

Aşağıda doktrinin, astın emri denetlemesi çerçevesinde ele aldığı teorilere kısaca değinilecektir⁵³.

⁵¹ Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 464; 765 sayılı TCK’nın tercih ettiği “*merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hâsıl olan cürme mürettep ceza emri veren âmire hükmolunur*” hükmünün mefhumu muhalifinden emrin “hilâfı kanun” olmaması, dolayısıyla hukuk düzeni ile çelişmemesi gerektiği anlaşılmaktadır. (Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 87)

⁵² Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 465

⁵³ Türk doktrininde ele alınan teoriler 765 sayılı TCK, 1889 İtalyan Ceza Yasası’ndan etkilenilerek hazırlandığı için İtalyan hukukunun ele aldığı teorilerdir. Büyük oranda İtalyan doktrininden faydalanılarak derlenmiş olan konuya ilişkin teorilerin ayrıntılı değerlendirmesi için Bkz. Yılmaz Günel; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, **AÜSBFD**, C: 20, S: 2, Y: 1965.

i. Mutlak İtaat

Mutlak itaat anlayışı, yukarıda Fransız hukukunda aynı konu etrafında ele alınan teorileri incelerken yer verdiğimiz pasif itaat teorisi ile aynıdır. Pasif itaat teorisi uyarınca, itaat edilmesi gereken kişi tarafından verilen emri yerine getirmek dışında bir şey yapmayan ast cezalandırılmaz. Ast kendisine verilen talimatlara itaat ile sınırlandırılmıştır ve kendisine emredilenleri ifa etmeyi reddetmediği sürece ceza sorumluluğu cihetine gidilemeyecektir. Mutlak itaat anlayışında var olan astın emirlere harfiyen itaat etme yükümlülüğü gereği hukuka aykırı emirden dolayı emri ifa eden astın değil emri veren üstün sorumluluğu söz konusudur. Bu anlayışın teorik temeli yasaların ve yasalar adına hareket edenlerin, mutlak güç olan kralın iradesini yansıttığı, yasalara ve kral adına hareket edenlere itaatsizliğin, mutlak güç olan krala itaatsizlik anlamına geleceği fikridir⁵⁴. Teori bugün için modern devlet anlayışının ruhunu yansıtmamaktadır. Mutlak monarşi düzeninden farklılaşmış olan bugünkü modern devlet yapısında, kamu adına hareket eden üstlerden emir alanlar mekanik birer aygıt mahiyetinde görülmemektedir⁵⁵. Yukarıda pasif itaat teorisine yer verirken değindiğimiz gibi bu anlayışın son derece katı bir yaklaşım olduğu ve insanlık dışı emirlerin ifa edilmesine ve çok ciddi ve olumsuz aşırılıkların ortaya çıkmasına sebep olabileceği ve hatta olduğu açıktır. Bununla beraber başkaca ağır risklerin doğması da muhtemeldir. Buna göre hukuka aykırılıkların ve hatta zorbalıkları kamu adına uygulayanlar ve bu emirleri yerine getirenler, yaptıklarının cezasız kalacağını bu muafiyet sayesinde önceden bileceklerdir⁵⁶.

Doktrinin ele aldığı bir diğer teori emrin şeklen kontrolü teorisidir.

ii. Emrin Şeklen Kontrolü

Şeklen kontrol teorisi, mutlak itaat teorisine yakın bir teodir. Farkı ise emri alan astın emri ancak şeklen kontrol edebilmesidir. Yoksa emrin esasına girerek bir nevi

⁵⁴ A.g.e,

⁵⁵ Günel; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruyetini Kontrol Meselesi”, s. 636 vd.

⁵⁶ Donnedieu de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, k.n 410; Bouzat – Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, s. 355; Desportes – Le Guehec, *Droit Pénal General*, s. 717

esasa ilişkin hukuka uygunluk değerlendirmesi yapması mümkün değildir. Astın bu noktada elindeki yetki emri verenin bu emri vermeye yetkili olup olmadığını, emrin kendi görev alanına girip girmediği, emir yazılı olarak verilmek zorundaysa emrin bu şarta uyularak verilip verilmediğini denetlemekten ibarettir. Şeklen tüm unsurları havi bir emir söz konusu ise ast bu emre mutlak olarak itaat ile mükelleftir⁵⁷.

Bu teorinin de şekle uygun bir emir söz konusu ise yukarıda mutlak itaat anlayışı değerlendirilirken ortaya konulan sakıncaları yaratacağı muhakkaktır. Mutlak itaatten tek farkı emrin şekle uygun olup olmamasıdır. Bu şekilde mutlak itaat anlayışının sınırlandırılması ise mutlak itaat anlayışının yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırmaya asla kâfi gelmeyecek bir sınırlandırmadır.

iii. Emrin İçeriğinin Kontrolü

Bu teori çerçevesinde emri yerine getirmekle yükümlü olan ast, mutlak itaat ve şeklen kontrol teorisinde olduğu gibi bir mekanizmayı yerine getiren aygıt konumundan çıkarılmaktadır. Burada astın kendisine yönelen emri yalnızca şeklen değil içerik itibarıyla da denetleme imkânı ve hatta yükümlülüğü vardır⁵⁸. Bu teori yukarıda Fransız doktrinde ele alınan teorilerden bahsederken yer verdiğimiz “Akıllı Baston Teorisi”ne benzer bir yaklaşımdır. Bu anlayış sonucunda asta yönelen emrin içeriği hukuka aykırı ise bu emrin yerine getirilmesinden ast, emri veren ile birlikte sorumlu olacaktır⁵⁹.

Bu teorinin mutlak itaat ya da şeklen kontrol teorilerinin yaratacağı sakıncaların önüne geçeceği söylenebilir. Şüphesiz böyle bir sistemin öncelikli faydası mutlak itaat teorisini anlatırken ortaya koyduğumuz zorbalık riskini ortadan kaldıracak olmasıdır. Buna karşın emrin içeriğinin denetlenmesi yükümlülüğü ile birlikte emrin hukuka aykırı olması halinde mutlak itaatsizlik de bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Bu da bir takım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Bu halde devlet otoritesinin işlerliğini kaybedeceği ve hukuka uygunluğu ve kanunun işlerliğini tayin edecek olan

⁵⁷ Günal; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 639 vd.

⁵⁸ Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 466.

⁵⁹ A.g.e.

kişinin hâkim değil, ast olacağı ortaya konulmuştur⁶⁰. Bu teori yukarıda akıllı baston teorisini değerlendirirken dile getirdiğimiz gibi ordu faaliyetlerinin yerine getirilmesinde ve savaşta emirlere itaatsizliğin başkaca sorunlara yol açabileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Öte yandan astlar üstlerine nazaran neyin hukuka uygun neyin hukuka aykırı olduğunun daha az farkındadırlar. Bu hal, ast ile üst arasında hukuka uygunluk noktasında ihtilaflar yaşanmasına ve kamu otoritesinin aksamasına yol açar⁶¹.

iv. İtiraz, Emrin Tekrarı

Emrin içeriğinin ast tarafından değerlendirilmesi ve hukuka aykırı bulunması halinde emre itaatsizlik yükümlülüğünün ortaya çıkaracağı sakıncaları gidermek adına geliştirilmiş teori emrin tekrarına ilişkin teoridir. Bu sistemde ast emrin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyse bunu üstüne bildirir. Üst ise kendisine yapılan bu bildirim karşılığında emri tekrar ederse ast emre itaat etmek ile yükümlüdür⁶².

Yukarıda izah edilen teoriler dışında astın hukuka uygunluğu denetlemesi çerçevesinde ortaya atılmış başkaca teoriler de bulunmaktadır. Emrin muhatabı olan kişileri, “icra edici” ve “karar verici” olarak iki gruba ayıran teori⁶³ çerçevesinde icra edici pozisyonundaki ast, emri ancak şeklen denetleme imkânına sahiptir. Emrin gerekli şekil şartlarını havi olması durumunda astın yükümlülüğü emre riayet etmektir. Karar verici pozisyonundaki kişiler ise emrin şekli yanında içeriğini de denetlemekle yükümlüdür. Bu halde bu niteliğe sahip kişiler içerik itibarıyla hukuka aykırı bir emri aldıklarında bu emre itaatsizlik ile yükümlüdür.

Bir diğer teori Fransız ceza hukukunun benimsediği hukuka açık aykırılık sistemidir. Yukarıda Fransız ceza hukukundaki sistemler incelenirken bu sisteme yer

⁶⁰ A.g.e.; Günal; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 641 vd.

⁶¹ Donnedieu de Vabres, **Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée**, k.n 410; Bouzat – Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, s. 355; Desportes – Le Guehec, **Droit Pénal Général**, s. 717

⁶² Günal; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 643 vd.

⁶³ A.g.e., s. 645; Değirmenci; “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 466.

verdiğimiz için burada kısaca değinmekle yetineceğiz. Hukuka açık aykırılık sisteminde emrin açıkça hukuka aykırı olup olmadığı incelemesi yapılmalıdır. İlk durumda yani emrin muhatabının aldığı emrin açıkça hukuka aykırı olması durumunda astın hukuka aykırılığı tespit etme ve emre itaat etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde verilen emrin yerine getirilmesi astı sorumluluktan bağışık tutmayacaktır. İkinci durumda yani hukuka aykırılığın açık olmadığı durumda emrin muhatabının hukuka aykırılığı tespit edemeyeceği kabul edilir ve bu durumda emrin yerine getirilmesinden doğacak ceza sorumluluğu emri veren üste aittir. Astın bu sisteme göre yine aldığı emri reddetme ve yerine getirmeme görevi vardır. Fakat alınan emrin yalnızca açıkça hukuka aykırı olması halinde astın, hukuka aykırı emri yerine getirmeyi reddetme hakkı ve ödevi bulunmaktadır. Bunlar dışında açık olmayan hukuka aykırılığın ast farkındaysa yine sorumluluğu sürmeye devam edecektir.⁶⁴

Türk doktrininde açık hukuka aykırılık açık olmayan hukuka aykırılık ayrımı, suçun ağırlığı göz önünde bulundurularak yapılmaktadır⁶⁵. Bu minvalde ağır suçlar (*reati atroci*) ve hafif suçlar (*reati ilevi*) ayrımı yapılarak ilk durumda yani ağır bir suça vücut veren davranışın emredildiği hallerde hukuka aykırılığın açık olduğu yani emri icra edenin bu fiilden sorumlu olduğu sonucuna ulaşılır. Aksi durumda hafif bir suça vücut verecek bir davranışın emredildiği hallerde ise hukuka aykırılığın açık olmadığı söylenir ve sorumluluk emri verene aittir⁶⁶. Fransız Yargıtayı bu ayrımın ortaya konulmasında söze konu suçun doğası ve ağırlığını dikkate almaktadır⁶⁷. Bu çerçevede fiili gerçekleştiren failin kişiliğinden bağımsız soyut ve failin kişiliğini de değerlendirmeye katan somut iki değerlendirme bir arada yapılarak sonuca gidilmektedir⁶⁸. Soyut değerlendirme mahiyetinde Fransız doktrininde, genel bir yöntem olarak failin, *in abstracto* olarak ortalama bir vatandaş tarafından kesin bir biçimde hukuka aykırı olduğunu anladığı bir eylemi gerçekleştirmesi halinde açıkça

⁶⁴ Donnedieu de Vabres, **Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée**, k.n 410; Bouzat – Pinatel, **Traité de droit pénal et de criminologie**, s. 355; Desportes – Le Guehec, **Droit Pénal Général**, s. 717

⁶⁵ Günal; “Âmirin Emrini İcra Emrin Meşruyetini Kontrol Meselesi”, s. 646; Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 466-467

⁶⁶ A.g.e.

⁶⁷ Fr. Yarg. Ceza D. 23 Ocak 1997, Karar no 96-84822

⁶⁸ Pradel, **Droit pénal général**, 2016, s. 310.

hukuka aykırı bir fiili işlemiş olduğu ve bundan sorumlu olacağı kabul görmektedir⁶⁹. Soyut değerlendirme akabinde failin şahsını da dikkate alan somut bir değerlendirme yapılmaktadır. Vazifeli olduğu işi gerçekleştirirken içsel değerlendirme ve eleştiri mekanizmalarını hiyerarşinin disiplinine göre daha fazla ya da daha az kullanabilen yetkilinin *in concreto*, somut hiyerarşik pozisyonundan ve zihni yetkinliğinden soyutlanmak imkânsızdır⁷⁰. Bu da aynı zamanda Fransız Yargıtayı'nın en sık kullandığı gerekçelerden biridir ve failin fiili işleyişindeki ağırlık derecesi de göz önünde tutulmaktadır⁷¹.

Yukarıda belirtilen soyut ve somut inceleme çerçevesinde çözüm, her olay bazında yargı makamlarına bırakılmaktadır. Suçun ağırlığına ilişkin değerlendirme işlenen suçun “yasal” ağırlık derecesi göz önünde bulundurularak yapılmamaktadır. Genel algılar çerçevesinde idrak edilebilecek olan işlenen suçun “doğal” ağırlık derecesi göz önünde tutulmaktadır⁷².

Emrin hukuka uygunluğu meselesi de değerlendirildikten sonra emre ilişkin son şart olarak emrin yerine getirilmesinin görev gereği zorunlu olması değerlendirilecektir.

d. Emri Yerine Getirmenin Zorunlu Olması

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin emre ilişkin son şartı emrin yerine getirilmesinin zorunlu olmasıdır. Keza TCK md. 24/2 “...yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri...” diyerek bu şartın varlığını ortaya koymaktadır. Bu şart 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlemesini bulmaktaydı. 765 sayılı TCK'nın 49. Maddesi benzer şekilde “...infazı vazifeten zaruri olan bir emri...” ibaresini ihtiva ederek bu şarta yer vermektedir.

⁶⁹ Bkz. Conte – Maistre du Chambon, **Droit pénal général**, k.n. 256.

⁷⁰ Claude Lombois, **Droit pénal général**, Les Fondamentaux, Hachette, Paris, 1994, s. 97

⁷¹ Pradel, **Droit pénal général**, 2016, s. 310.

⁷² Mascala, “Art. 122-4: Fasc. 20”, k.n. 86.

Emri yerine getirmenin zorunlu olmasından ilk anlaşılması gereken emri ifa edecek olan kişinin bu emri yerine getirmekle hem yetkili hem mükellef olmasıdır⁷³. Sonrasında anlaşılması gereken 24. maddenin 2. fıkrasının da ifade ettiği üzere bu yükümlülüğün kişinin ifa ettiği görevden kaynaklanıyor olmasıdır⁷⁴. Bu çerçevede yukarıda ifade ettiğimiz gibi emre ilişkin şartlardan biri olan emrin (kamusal ve yetkili) meşru bir merciden gelmesi yanında emri icra edecek olan kişinin de bu emri yerine getirmekle görevli bir kişi olması gerekir. Ceza Kanunumuz gereği, şeklen kontrol teorisine uygun şekilde ast, bir emir ile muhatap olduğunda öncelikle emri veren merciin bu emri vermeye yetkili olup olmadığını ardından bu emri yerine getirmenin kendisinin görevi olup olmadığını denetlemek zorundadır⁷⁵. Emir şeklen bu şartları havi ise ast bakımından yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir var demektir. Yine şeklen kontrol teorisine uygun olarak kanun, emrin yerine getirilmesinin kendisinin görevi olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü asta yüklemektedir⁷⁶. Astın kendisini muhatap alan emri yerine getirmekle görevli olup olmadığı, emrin niteliğini ve astın görevini düzenleyen kurallar çerçevesinde değerlendirilerek belirlenecek bir husustur⁷⁷.

Tekrar belirtmemiz gerekirse TCK md. 24/4 düzenlemesi bağlamında emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellenmesi kanaatimizce emrin içeriğine ilişkin bir meseledir. Bu halde asta kendi görev alanına girmeyen bir emrin verilmesi halinde ast bakımından bağlayıcı bir emirden bahsedilemez. Burada ast kendi görev alanına girmeyen bu emri yerine getirmemekle mükelleftir. Zira 24. maddenin 2. ve 4. fıkralarının bir arada okunması bunu gerektirir⁷⁸.

⁷³ Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 303; Günal, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, s. 90; Demirel, **Amirin Emri**, s. 143; Hakeri, **Ceza Hukuku**, s. 409; Dönmezer - Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: 2, s. 87; İçel – Sokullu Akıncı – Özgenç – Sözüer – Mahmutoğlu – Ünver, **Suç Teorisi**, s. 126; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 285.

⁷⁴ Demirel, **Amirin Emri**, s. 143.

⁷⁵ Günal; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 647-648

⁷⁶ İçel – Sokullu Akıncı – Özgenç – Sözüer – Mahmutoğlu – Ünver, **Suç Teorisi**, s. 126.

⁷⁷ A.g.e; Demirel, **Amirin Emri**, s. 144.

⁷⁸ Aynı yönde Günal; “Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, s. 649; Demirel, **Amirin Emri**, s. 149.

Emri yerine getirmenin zorunlu olması bu hukuka uygunluk nedeninin şartlarından biridir. Emri yerine getirmenin zorunlu olmasından kişinin emri yerine getirmekle mükellef olması ve emrin kişinin görevine girmesi gerektiği anlaşılır demiştik. Bu halde kişinin görev alanına girmekle beraber zorunlu olmayan emirlerin yerine getirilmesinin hukuka uygunluğu sağlayıp sağlamayacağı meselesi su yüzüne çıkmaktadır. Kanaatimizce emrin yetkili bir merciden verilmesi sonrası hukuka uygun olan bir emri yerine getiren ast bakımından bu emri yerine getirmenin kendisi için bir zorunluluk arz etmesinin önemi yoktur. Zaten bakıldığında Türk hukukunda aranan bu şart Fransız Ceza Yasası bakımından aranmış bir şart değildir. Burada yeniden yer vermek gerekirse Fransız Ceza Yasası madde 122-4, fıkra 2 “*Fiil açıkça hukuka aykırı olmadığı müddetçe meşru merci tarafından emredilen bir fiili icra eden kişi cezai olarak sorumlu değildir*” hükmünü amirdir. Görülebileceği üzere fıkra metni, bu hukuka uygunluk nedeni için emrin yerine getirilmesinin zarureti nevinde bir şart düzenlememektedir. Kaldı ki yukarıda da ifade ettiğimiz gibi yetkili merciden verilen emrin muhatabı bazen kamu görevlisi olmayan kişiler de olabilir. Bu emirlerin bazı durumlarda⁷⁹ yerine getirilmesi zorunlu olabileceği gibi bazı hallerde⁸⁰ yerine getirilmesi zorunluluk arz etmeyebilir. Bu halde de bu hukuka uygunluk nedeninin fiili meşrulaştıracağı açıktır.

2. Asta İlişkin Şartlar

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için öncelikli değerlendirilmesi gereken mefhum emirdir. Yukarıda bu hukuka uygunluk nedeninin varlık kazanabilmesi için gerekli emre ilişkin şartlar incelenmiştir. Emir sonrası bu hukuka uygunluk nedeni için değerlendirilmesi gereken mefhum ise bu emri yerine getirecek kişidir. Bu kişi çoğu zaman kamusal hiyerarşik asttır. Yukarıda da ifade edildiği gibi emri yerine getirecek kişinin her zaman bir kamu görevlisi olması gerekmediği gibi emri verenle emri yerine getirecek kişinin hiyerarşik astlık üstlük ilişkisi içerisinde bulunmasına gerek yoktur. Biz yine de kamusal otoritenin, üzerinde otoritesini kullanarak bir davranışın gerçekleştirilmesini istediği kişi için genel

⁷⁹ Örneğin Mahkemenin bir kişiyi tanık olarak mahkemeye çağırması hali.

⁸⁰ Örneğin icra memurunun hamaldan haczedilen eşyaları götürmesini istemesi.

manada ast ifadesini kullanacağız. Aşağıda asta ilişkin şartlar olarak sırasıyla astın emri denetleme yükümlülüğü ve astın emre uygun davranışı incelenecektir.

a. Astın Emri Denetleme Yükümlülüğü

Türk Ceza Kanunu, Fransız Ceza Yasası'ndan farklı olarak hukuka uygunluğun şartı olarak emrin açıkça hukuka aykırı olmamasını aramamaktadır. Türk ceza hukuku bakımından emrin hukuka aykırı olmaması hukuka uygunluğun bir şartıdır. Hukuka aykırılığın açık olup olmamasının bir önemi yoktur. Bu bağlamda ast kendisini muhatap alan emrin hukuka uygunluğunu denetlemekle mükelleftir. Bu denetim ilgili emrin hem şeklen hem de içerik itibarıyla denetlenmesidir.

Bazı hallerde kanun emrin içeriğinin hukuka uygunluğunun ast tarafından denetlenmesini engellemektedir. Bu durum TCK 24/4 maddesinde “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” şeklinde ifadesini bulmaktadır. Yani kanun, ast tarafından emrin denetlenmesini engelliyor ise ast bu emrin yerine getirilmesi ile mükellef tutulmuş demektir. Böyle bir mükellefiyet altındaki kişinin kendisine emredilen davranışı gerçekleştirmesi halinde doktrinde bir grup yazar, ast bakımından bir mazeret nedeninin söz konusu olacağını ve bu halin kusurluluğu etkileyen bir hal olması nedeniyle astın cezasızlığına yol açacağını savunmaktadır⁸¹. Bizim de savunduğumuz bu görüş, özellikle CMK md. 223/3-b hükmüyle bir arada okunduğunda oldukça isabetlidir. Doktrinde diğer bir grup yazar ise emrin içeriğinin denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde ast bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olacağını savunmaktadır⁸².

Yukarıda yer verilen her iki görüş çerçevesinde de kanun eğer özel olarak denetlemeyi engellemiyor ise astın emri şekil ve içerik itibarıyla denetlemesi bir mükellefiyettir. Kanunun mutlak itaati aradığı durumlar ise astın emrin içeriğini

⁸¹ Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 432; Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s. 241.

⁸² Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 385 vd; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286 vd; Centel – Zafer - Çakmut, **Türk Ceza Hukuku’na Giriş**, s. 304 vd.

denetleme yükümlülüğünün istisnasıdır. Zaten Anayasa Md. 137/3 hükmü de “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” Diyerek kanun ile belirli durumlarda mutlak itaatin söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bu istisnalar yürütülmekte olan kamu görevinin doğası gereği hiyerarşik disiplinin ve mutlak itaatin elzem olduğu alanlara ilişkindir⁸³. Benzer düzenlemelere Devlet Memurları Kanunu md. 11/3, PVSK md. 2, As.CK md. 41/3 hükümlerinde de rastlamak mümkündür. Mutlak itaat özellikle polisler ve asker kişiler bakımından söz konusu olmaktadır. Zira bu kişiler yerine getirdikleri kamu görevi gereği disiplinin ve itaatin oldukça sıkı uygulandığı hiyerarşik ilişkilerde vazife görmektedir. Aşağıda emrin denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller kolluk görevlileri ve askerler için ayrı ayrı incelenecektir. Ayrıca gerek Anayasa gerek TCK gerek PVSK gibi mevzuatta yer alan konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez kuralının hukuki niteliği de bunların ardından değerlendirilecektir.

1) Kolluk Görevlileri

Kanunun, emrin denetlenmesini engellediği hale kolluk görevlileri bakımından bunlara ilişkin mevzuatta rastlamak mümkündür. PVSK md. 2/2 “*Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilerse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.*” Hükümünü amirdir. Bu düzenleme amirin emrini ifaya ilişkin genel bir düzenlemeyken⁸⁴ md. 2/3 emrin denetlenmesinin istisnasını düzenleyerek on üç bent⁸⁵ halinde saydığı durumlarda sözlü verilen emrin

⁸³ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 287.

⁸⁴ A.g.e, s. 289

⁸⁵ Belirtilen haller şunlardır: 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, meskûn veya gayrimeskûn yerlere vakı olacak

yerine getirilmesini zorunlu kılmış ve bu emirlerin yazılı olarak verilmesinin istenemeyeceğini öngörmüştür.

Maddede belirtilen on üç halde amir tarafından verilen sözlü emirlerin içeriğinin hukuka uygunluğunun denetlenmesi kolluk görevlileri için kısıtlanmış haldedir. Kolluk bu halde yine de yukarıda değindiğimiz gibi emrin şekle uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür. Emrin bu hallerde sözlü olarak verilebileceği belirtildiyse de belirli tedbirlerin ne şekilde alınacağını düzenleyen özel yasalardaki şekil şartlarına uyulup uyulmadığı astın denetimine dâhildir. Örneğin md. 2/3 hükmüne bakıldığında bu hallerden bazılarının Ceza Muhakemesini ilgilendiren prosedürler olduğu görülmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından ancak yazılı emir ile başvurulabilecek çeşitli tedbirler bakımından kolluğun PYSK'daki hallerden biri çerçevesinde sözlü emir ile yetinerek hareket etmesi sorumsuzluğunu doğurmayacaktır. Yine kolluk yazıllık sözlülük dışında emri kendisine yetkili olmayan bir amirin vermesi halinde şeklen hukuka aykırı olan bu emri yerine getirmemekle mükelleftir. Bu durumda da sayılan hallerden birinin varlığı gerekçesiyle ast denetim yetkisinin kısıtlandığı savını ileri süremez.

CMK md. 161/5 uyarınca kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Kolluk görevlileri adli kolluk vazifesini yürütürken (Cumhuriyet savcısı, hâkim, mahkeme gibi) yetkili makamlardan verilen emirlerin içeriğini denetleme yetkisine

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

sahip değildir⁸⁶. Bu bağlamda adli kolluk görevlileri, kendisine iletilen arama kararının ya da tutuklama kararının içeriğinin hukuka uygun olup olmadığını denetlemeksizin bu kararları yerine getirmekle mükelleftir. Yine tekrar etmek gerekirse kolluk bu halde emirlerin gerekli kanuni şekil şartlarına sahip olup olmadığını denetlemek zorundadır.

2) Askerler

Askeri Ceza Kanunu ve TSK İç Hizmet Kanunu, PVSK'ya göre çok daha sıkı bir itaat rejimi öngörmektedir. Bu yasalar bir arada değerlendirildiğinde neredeyse çok istisnai haller dışında astın, amirinden aldığı her emre itaati zorunludur sonucuna varılmaktadır. Öyle ki iştirak başlıklı As.CK 41. madde 2. fıkra uyarınca *“Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur.”* Yine TSK İç Hizmet Kanunu md. 14 uyarınca;

“Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmət göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur.

Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir.

İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.”

Maddenin ilk fıkrasından anlaşılabileceği üzere asker kişiler bakımından astın amirlerine mutlak surette itaat etmesi, üstlerine ise kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde mutlak surette itaat etmesi gerekmektedir. Bu halde amir ve üst kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Amirin tanımı aynı kanunun 9. maddesinde yapılmaktadır. Buna göre amir: makam ve memuriyet itibariyle emretmek yetkisini

⁸⁶ Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s. 228, dñn. 58.

haiz kimsedir. Üstün tanımı ise yine aynı Kanunun 10. Maddesinde yapılmaktadır. Buna göre üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir.

TSK İç Hizmet Kanunu çerçevesinde amirlere mutlak itaat söz konusu olsa da bu itaat emrin içeriği itibarıyla itaattir⁸⁷. Emrin şeklen hukuka uygunluğu denetlenmelidir. Emri verenin bu emri vermeye yetkili olup olmadığı, emri ifanın astın görevine girip girmediği⁸⁸, yazılılık şartı aranmışsa emrin yazılı verilip verilmediği ast tarafından denetlenmek zorundadır⁸⁹. Emir şekil yönünden sıhhatli ise astın bu emre içerik itibarıyla kural olarak mutlak itaat yükümlülüğü vardır.

Askeri Ceza Kanunu emrin suç oluşturması halinde ast bakımından sorumsuzluğu mutlak olarak kabul etmemektedir. As.CK Md. 41/3 uyarınca emri yerine getiren ast emri veren üst ile birlikte sorumludur. İlk hal astın kendisine verilen emrin sınırlarını aşmış olmasıdır. İkinci hal ise emrin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğunun ast tarafından biliniyor olmasıdır⁹⁰. Görülebileceği üzere As.CK astın hukuki sorumluluğu noktasında Fransız Ceza Yasası'nın tercih ettiği açık hukuka aykırılık sistemini benimsemiştir. Bu halde bir suç fiili asta emredilmiş ise ast sorumluluktan kaçamayacaktır⁹¹.

Asta, yukarıdaki haller dışında hukuka aykırı bir emrin iletilmesi halinde ise astın ne şekilde davranacağı TSK İç Hizmet Kanunu ile ilgili olarak çıkarılan TSK İç Hizmet Yönetmeliği'nde gösterilmiştir. Yönetmeliğin 33. maddesi ilk fıkra uyarınca *“Emirlerin, hizmete müteallik olması (Silâhlı Kuvvetler İç Hizmet Kanunu madde 8 ve 16) ve kanun ve nizamları ihlâl etmemesi şarttır. Ancak, Askerî Ceza Kanununun 41*

⁸⁷ Sahir Erman, **Askeri Ceza Hukuku**, Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983, s. 178.

⁸⁸ Emrin astın görevine girmesi emrin hizmete ait, hizmetle münasebetli olması ile bağlantılıdır. Keza TSK İç Hizmet Kanunu Md. 8 ve 16 TSK İç Hizmet Yönetmeliği Md. 33 hükümleri bir arada okunduğunda amirin hizmetle ilgisi olmayan emirler veremeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

⁸⁹ Demirel, **Amirin Emri**, s. 147-148.

⁹⁰ Doktrinde bu maddenin, AsCK Ek Madde 8 ve Ek Madde10 hükümleriyle zımnen ilga edildiği, böylelikle iştirak ve emrin ifası konularında TCK genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı öne sürülmektedir. (Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, s. 230; Olgun Değirmenci, “Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, **KHOB**, Y: 2008, s. 14-15)

⁹¹ Erman, **Askeri Ceza Hukuku**, s. 181 vd.

inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren haller haricinde ast, aldığı emri kanun ve nizama uygun bulmasa bile emri yapar ve ondan sonra şikâyet eder.” Yönetmelik hükmünden anlaşılacağı üzere asker kişiler bakımından alınan emrin hukuka aykırı olması halinde bu hukuka aykırılığın ilgili mercie bildirilmesi ve sonrasında yazılı olarak ısrar edilirse emrin ifası usulünden farklı olarak emrin derhal yerine getirilmesi ve ardından bildirimde bulunulması usulü kabul edilmiştir. Bu durum da mutlak olmayıp aynı maddenin devamı fıkrada “*Amirin verdiği emir Askerî Ceza Kanununun 41 inci maddesinin b fıkrası şümulüne giren hallere mütaallik ise emir ifa olunmaz ve fakat gecikmeksizin en kısa yoldan bir derece yukarı âmire malûmat verilir. Bu takdirde emrin yapılmasından doğacak bütün mesuliyet ast'a aittir.*” Denilerek amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu ast tarafından malum ise (As.CK Md. 41/B) bu emrin yerine getirilmeyeceği ve bir derece yukarı amire bildirileceği düzenlenmiştir.

3) Konusu Suç Teşkil Eden Emir

Anayasamız dâhil pek çok mevzuat, konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini amirdir. Anayasa md. 137/2 hükmüne göre “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” TCK md. 24/3 hükmüne göre “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*” Devlet Memurları Kanunu md. 11/3 hükmüne göre “*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*” PVSK md. 2/2-son hükmüne göre “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.*” Yine Anayasa dâhil pek çok mevzuat bu hükmün ardından ast bakımından emrin bağlayıcılığını ifade eder tarzda belirli hallerin saklı olduğunu düzenlemektedir. Örneğin Anayasa md. 137/3 “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” derken TCK md. 24/4 “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” demektedir. Yine Devlet Memurları Kanunu md. 11/4 “*Acele*

hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” hükmünü öngörmektedir.

Öncelikle tekrar ifade etmek gerekir ki konusu suç teşkil eden emir ifadesinden hukuk düzenince emredilmiş ya da müsaade edilmiş davranışlar dışında bir suç tipine uyan davranışın emredilmesi anlaşılmalıdır. Zira bu yöndeki emirlerin de konusu bir suç tipine uyan davranışken bu davranışı hukuka uygun hale getiren zaten bizatihi kanunun hükmünü yerine getirme ile bağlantılı şekilde amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenidir.

Yukarıda da yer verildiği gibi doktrinde pek çok yazar amirden sadır emrin konusunun suç teşkil etmesi halinde emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini savunmaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemenin peşi sıra gelen emrin denetlenmesine ilişkin istisnanın suç teşkil etmeyen hukuka aykırı fiiller bakımından söz konusu olacağı dile getirilmektedir. Bu yazarlara göre emredilen davranış suç ise bu emri yerine getiren astı hukuk düzeni korumamaktadır. Yine yukarıda değinildiği gibi bazı yazarlar ise astın denetleme yetkisinin kanun tarafından engellendiği hallerde bu durumun ast bakımından bir mazeret nedeni oluşturduğu görüşündedir. CMK md. 223/3-b hükmü göz önüne alındığında bizim de katıldığımız bu görüş isabetlidir. Fakat buradan konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğine dair görüşün tamamen isabetsiz olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.

Meselenin daha net anlaşılması adına çeşitli örnekler üzerinden teorik durumu açıklamayı uygun görüyoruz. Yukarıda ifade edildiği gibi CMK md. 161/5 uyarınca kolluk görevlilerinin adli makamlarca kendilerine verilen görevleri yerine getirme yükümlülüğü vardır. Yine CMK md. 119 uyarınca konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile gerçekleştirilir. Kolluğun Cumhuriyet savcısı tarafından kendisine iletilen yazılı arama kararının hukuka uygunluğunu içerik itibarıyla denetlemesi söz konusu değildir. Bu halde kolluğun içerik itibarıyla hukuka aykırı olan ve konusu (konut dokunulmazlığının ihlali) suç teşkil eden bu fiili gerçekleştirmesi halinde ilk görüş uyarınca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan

sorumlu tutulacağını söylenmesi gerekir. Bir başka örnek olarak Şubat 2019 tarihinde Diyarbakır’da yaşanmış olayda Cumhuriyet savcısı halı sahada tartıştığı öğretmenlerin gözaltına alınmasını kolluğa emretmiştir. Bu halde de ikinci görüş uyarınca kolluğun, gözaltı kararını denetleme imkânı bulunmadığından bu işlemi gerçekleştirmesi halinde konusu suç teşkil eden ama bağlayıcı bir emrin var olduğu ve bu sebeple mazeret nedeninin varlığından ötürü kolluğun kusurunun bulunmadığı söylenmelidir.

Yukarıda verilen örneklerden ilkinde kolluk arama kararının verilmesini gerektiren ahvali bilmemektedir ve zaten bunu ancak soruşturma dosyasını inceleme imkânı olursa bilebilir. İkinci örnekte ise kolluk gözaltı kararının hangi şartlar altında verildiğine vakıf ise hukuka aykırılığı bilebilecek durumdadır. Bu da bizi Fransız hukukunun kabul ettiği amirden sadır bağlayıcı emrin hukuka aykırılığının açık olup olmaması değerlendirmesine götürmektedir. İlk örnekte velev ki kolluk soruşturma dosyasının münderecatına hâkim olsun ahvalin arama kararını gerektirdiği ve hukuka uygun olduğu kollukça hemen tespit edilebilecek bir husus değildir. Bu ancak muhakeme sonunda ortaya çıkabilecek bir yargıdır. Fransız hukukunun ortaya koyduğu gibi hukuka aykırılık açık değildir. İkinci örnekte ise hukuka aykırılığın herkesçe hemen anlaşılması mümkündür yani hukuka aykırılık açıktır.

Öncelikle şu nüansı ortaya koymak gerekir. Fransız ceza hukuku çerçevesinde hukuka açıkça aykırı olmayan emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk nedenidir. Hukukumuz bakımından ise amirin emrini ifanın hukuka uygunluk sonucunu doğurması için emrin hukuka uygun olması gerekir. Hukuka aykırılık, açık olsun olmasın hukuka uygunluk nedeninin varlığını engeller. Aşağıda hata bahsinde de inceleneceği üzere Türk hukuku bakımından astın, verilen emrin hukuka aykırılığını bilemeyecek durumda olması dolaylı haksızlık yanılığı (TCK md. 30/4) çerçevesinde de değerlendirilebilecek bir durumdur. Keza dolaylı haksızlık yanılığı, failin fiilinin bir suç tipine uyduğunu fakat bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğunu kaçınılmaz olarak düşünmesidir. Örneği tekrar edersek Cumhuriyet savcısı tarafından kendisine iletilen yazılı arama kararını icra eden kolluk, fiilinin konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşturduğunu bilmekte fakat amirin emrini yerine getirmesinin bu fiili meşrulaştırdığını düşünmektedir. Fakat bu hal CMK 223/3-b ile

özel bir mazeret nedeni olarak düzenlenmektedir. Tam tersi şekilde astın, verilen emrin hukuka aykırılığını bilecek durumda olması ya da bilmesi ihtimalinde emrin bağlayıcı olduğu savıyla yerine getirmekle yükümlü olduğunu düşünmesi ihtimalinde dolaylı haksızlık yanılığının olaya uygulanması söz konusu değildir. Zira hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emir bir mazeret nedenidir ve fail fiilinin bir suç tipine uyduğunu bilmekle beraber bunun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu değil bir mazeret nedeni oluşturduğunu düşünmektedir. Emrin denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde emri yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu düşünen görüş çerçevesinde ancak bu halde dolaylı haksızlık yanılığının var olduğu söylenebilir. Bunun bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğunu söylemek ise hem CMK md. 223/3-b hükmüyle bağdaşmamaktadır hem de TCK md. 40'ta düzenlenen bağıllık kuralı ile izahı güçtür. Çünkü hukuka aykırı fakat bağlayıcı emri yerine getiren ast bakımından bir hukuka uygunluk nedeni var ise bağıllık kuralı gereği azmettiren statüsündeki üstün cezalandırılması mümkün değildir.

Kanaatimizce konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğine ilişkin kural şu şekilde uygulanmalıdır. Öncelikle astın emri denetlenmesinin kanunca engellenip engellenmediğine bakılmalıdır. Denetleme imkânı engellenmiş ise astın hukuka aykırılığı bilip bilmediği ya da bilecek durumda olup olmadığı incelenmelidir. Fail hukuka aykırılığı biliyorsa ya da bilecek durumda ise konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesinden ötürü sorumlu tutulmalıdır. Fail hukuka aykırılığı bilmiyorsa ya da bilme imkânı yoksa hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi kendisi için bir mazeret nedeni oluşturmalıdır⁹². Bundan farklı olarak ast hukuka aykırılığı ortaya koyan vakıalara hâkim dahi olsa hukuka aykırılığı tespit etmesi hemen mümkün değilse⁹³ yani Fransız hukukunun ifade

⁹² Erem – Danışman – Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 564.

⁹³ “...kısa bir süre içinde iki davranış tarzından birini seçmek durumunda bulunan bir kimsenin, bu alternatiflerden her birinin haksızlık oluşturabileceği yönünde şüphe içinde olması ve seçimini bu şüpheyi ortadan kaldırmak için gereken kaynaklara başvurabilecek kadar ertelemesinin mümkün olmamasıdır. - ... Fakat, günümüzde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre, fail eyleminin haksızlık oluşturduğu yönünde bir şüpheyi kapıldığında ona eyleminden her koşulda vazgeçme yükümlülüğü yüklenemez. Aksine bir kabul, kişilerin yalnızca yasalarla değil, normların olası en geniş yorumu ile bağlı tutulmaları anlamına gelecektir. Bir eylemi gerçekleştirme noktasına bulunan kimse, yalnızca haksızlık oluşturduğunu kavrayabildiği eylemlerden değil, bir şekilde hukuka aykırı olduğu iddia edilen

ettiği şekliyle hukuka aykırılık açık değilse yine ast bakımından mazeret sebebi uygulanmalıdır. Bu halde kendisine C. Savcısı tarafından iletilen yazılı arama kararını konutta icra eden ve bu kararın verilmesine ilişkin koşullara vakıf olmayan kolluk görevlisi bakımından bir mazeret nedeni söz konusudur. Yine bu koşulları bilmekle beraber hukuka aykırılığı açıkça tespit edemeyecek olan kolluk görevlisi için de aynı değerlendirme yapılmalıdır⁹⁴. Cumhuriyet savcısının halı sahada tartıştığı kişileri sırf kişisel husumetinden ötürü gözaltına almak istemesi örneğinde bu ahvale vakıf kolluk görevlisi için hukuka aykırılık açıktır ve konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesi halinde sorumluluktan kurtulamayacaktır.

b. Astın Emre Uygun Davranışı

Amirin hukuka uygun emrini ifanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için son olarak failin emir olarak kendisine iletilen davranışı gerçekleştirmesi ve emrin sınırları içerisinde bir davranış göstermesi gereklidir. Astın kendisine iletilen emirdeki davranıştan bir başka davranışı gerçekleştirmesi bu hukuka uygunluk nedeninin ortaya çıkmasını engeller. Yine aynı şekilde astın kendisine emredilen davranışın sınırlarını aşarak hareket etmesi de bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaması anlamına gelir. Astın kendisine yöneltilen icrai ya da ihmali nitelikteki bir davranışı gerçekleştirmesi yolundaki emrin sınırlarını aşmış olmasının ve yine davranışının kendisine iletilen emirdeki davranış olduğu noktasında hataya düşmüş olmasının farklı sonuçları ortaya çıkmaktadır. Aşağıda sırasıyla amirin emrini ifada sınırın aşılmasının

her türlü davranıştan uzak durmak zorunda kalacak ve bu iddiaya karşı kendi muhakeme gücünden yararlanarak bir karara ulaşması mümkün olmayacaktır. - ... Demek ki, şüphe durumunda kalan kimseden beklenebilecek davranış her zaman eylemi işlemekten kaçınması değil, kendisinden beklenebilecek bütün olanakları kullanarak şüphesini ortadan kaldırmaya çalışması olabilir. Şüphenin bu çabaya karşın ortadan kaldırılamadığı durumlarda faile bir kusur yüklenmesi mümkün olmayacak ve kaçınılmaz yanılığa ilişkin hükümler ya doğrudan ya da örnekseme yolu ile uygulanacaktır.” Ragıp Barış Erman, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, **Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.

⁹⁴ Doktrinde hukuka aykırılığın açık olmadığı hallerde bunu yerine getiren bakımından iyi niyetin varlığı konusunda bir fiili karinenin var olduğunun düşünüleceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Yine bazı yabancı mevzuat hükümlerinde emrin meşruiyeti konusunda hataya düşen astın cezalandırılmayacağına ilişkin özel bir hata hali düzenlenmektedir. Bkz. Erem – Danişman – Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 564.

ve amirin emrini ifada hataya düşölmesinin sorumluluğu ne şekilde etkileyeceği değerlendirilecektir.

1) Amirin Emrini İfada Sınırın Aşılması

Ast kendisine iletilen hukuka uygun emrin sınırları dışına çıkmış olabilir. Amirin emrini ifada sınırın ast tarafından aşılması taksirle, kasten ya da heyecan, korku veya telaşla gerçekleşebilir.

İlk olarak değerlendirilmesi gereken nokta, astın taksirle kendisine iletilen hukuka uygun emrin sınırlarını aşması halidir. Türk Ceza Kanunu’nun “Sınırın aşılması” başlıklı 27. maddesinin ilk fıkrası hükmüne göre “*Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.*”

TCK md. 27/1 hükmünün, ceza hukuku teorisi bakımından hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeyi ve sınırın taksirle aşılmasına ilişkin farklı ihtimalleri yukarıda “Kanunun Hükmünü Yerine Getirmede Sınırın Aşılması” (İkinci Bölüm-I-C-3-a) başlığı altında yaptığımız için burada yinelemeye gerek görmüyoruz. Yalnızca şu hususu hatırlatmak gerekirse amirin hukuka uygun emrini ifa bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu için TCK md. 27/1 hükmünün amirin emrini ifada sınırın taksirle aşılması hallerine uygulanacağı açıktır. Yine kanunun hükmünü yerine getirmede sınırın aşılması bahsinde söylediklerimizle tutarlı şekilde bu hüküm ölçölölükte sınırın aşılmasına uygulanacak bir hükümdür. Astın kişi bakımından, yer bakımından ya da zaman bakımından sınırı aşması bu hukuka uygunluğun varlığında ve sınırlarında hata çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kolluğun yakalama emrine binaen kişi üzerinde yakalama işlemini gerçekleştirirken taksirle ölçünün üzerinde cebir tatbik etmesi halinde TCK md. 27/1 muvacehesinde sınır taksirle aşılmış olacaktır.

Yukarıda verilen örnekte ölçüsüz güç uygulanması yaralama bakımından değerlendirilecek ve bu suçun taksirli hali kanunda düzenlendiği için öngörölün suç

üzerinden indirim yapılarak cezalandırmak suretiyle kolluğun sorumluluğuna gidilecektir. Özetle amirin emrini ifada sınırın taksirle aşılması TCK md. 27/1 çerçevesinde çözümlenecek bir sorundur.

Ast kendisine yönelik hukuka uygun emrin sınırlarını kasten aşmış olabilir. TCK md. 27 sınırın kasten aşılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Bu halde amirin emrini ifada sınırın kasten aşılması ihtimalinde bu hukuka uygunluk nedeni varlık kazanamayacak ve kasıtlı suçlara ilişkin genel kurallar çerçevesinde astın ceza sorumluluğu tespit edilecektir. Ast kendisine yöneltilen hukuka uygun emrin sınırlarını ya bilerek ve isteyerek (doğrudan kast ile) aşmaktadır ya da sınırın aşılacağını öngörerek ve kabullenerek (olası kast ile) hareket etmektedir. Her iki ihtimalde de ast bakımından kasıtlı suça ilişkin ceza sorumluluğu tamdır.

Son olarak değerlendirilmesi gereken husus, amirin emrini ifada sınırın heyecan korku veya telaş ile aşıp aşılamayacağıdır. Türk Ceza Kanunu’nun 27/2 maddesinde yer bulan bu mazeret nedenine göre; *“Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”*

Türk doktrininde baskın görüş bu mazeret nedeninin yalnızca meşru savunmaya uygulanacağı, diğer hukuka uygunluk nedenleri ya da mazeret nedenleri bakımından uygulanamayacağı yönündedir⁹⁵. Maddenin gerekçesi de bu görüşü destekler mahiyette heyecan, korku veya telaş ile sınırın aşılmasının ancak meşru savunmada söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Meşru savunma bakımından öngörülen TCK md. 27/2’deki bu mazeret nedeninin kıyasen diğer hukuka uygunluk nedenlerine de uygulanması gerektiği görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır⁹⁶. Kangal’a göre meşru savunmada sınırın heyecan korku veya telaş ile aşılmasına ilişkin mazeret nedeni kıyasen diğer hukuka uygunluk nedenleri bakımından da tatbik edilmelidir⁹⁷. Yazar, somut olayda içinde bulunduğu yoğun ruhsal karışıklık sebebiyle meşru savunmada sınırı heyecan, korku veya telaş ile aşan failin kusurunun ceza verilmesini

⁹⁵ Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 41

⁹⁶ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 379 vd.

⁹⁷ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 58

gereksiz kılacak ölçüde azaldığını savunmaktadır.⁹⁸. Aynı düşünceden yola çıkan Yazar, karşı karşıya kaldığı olaylar sebebi ile zayıf bir psikolojiye sahip olan kişiden hukukun çizdiği ölçüler içinde norma uygun davranmasının beklenemeyeceğini, bu nedenle meşru savunmaya ilişkin bu özel mazeret nedeninin kıyasen başkaca hukuka uygunluk nedenlerine de uygulanabileceğini savunmaktadır⁹⁹.

TCK md. 27/2'deki mazeret nedeninin yukarıdaki görüşten yola çıkarak kıyasen amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedenine de uygulanabilmesi yalnız ve yalnız kişinin heyecana, korkuya yahut telaşa kapılmasının mazur görülebileceği hallerde söz konusu olabilir. Kişilerin eğitimi, yetenekleri, yükümlülükleri gibi kendilerine müteallik unsurlar, başkaları için mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaşın bu kişiler bakımından mazur görülmemesi sonucunu yaratabilir. Bu çerçevede amirin emrini ifa edecek kamu görevlilerinden, görevlerini yerine getirirken sıradan vatandaşlar için heyecan, korku veya telaş nedeni olabilecek hal ve şartlar karşısında gerekli cesaret ve soğukkanlılığı göstermeleri beklenir¹⁰⁰. Bu minvalde kamu görevlisinin, görevinin gerektirdiği cesaret ve soğukkanlılığın üzerinde bir ağır psikolojik durum yaratan olaylar söz konusu olmadıkça kanunun hükmünü yerine getirirken sınırı heyecan, korku veya telaş ile aşması mazur görülemeyecektir.

2) Amirin Emrini İfada Hata

Amirin emrini ifada hata bakımından Ceza Kanunumuzun hataya ilişkin genel kurallar uygulama alanı bulacaktır. Buna ilişkin yukarıda kanunun hükmünü yerine getirmede hata bahsi işlenirken ifade edilenlerin tamamı geçerlidir. Hem bir başka çalışmanın konusunu oluşturduğu için hem de bir biri ile bu kadar ilişki içerisindeki iki hukuka uygunluk nedeni bakımından yukarıda ayrıntılı incelendiğinden benzer

⁹⁸ Kangal, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, s. 379-380; “...fail, hukuka uygunluk sebeplerinin sınırında bir yanlışlığa düşmüş değildir. Fail, heyecan ve korku nedeniyle saldırgan karşı aşırı bir tepkide bulunduğu bilincindedir. Ancak içinde bulunduğu ruhsal durum nedeniyle hukuk düzeni onun bu aşırı tepkisini mazur görmektedir.” Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 41.

⁹⁹ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 59

¹⁰⁰ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 59

konuları tekrarlamayı gerekli görmüyoruz. Örneğin kolluğun kaçınılmaz bir hataya düşerek savcı zannettiği kişiden gelen gözaltı kararını tatbik etmesi halinde bu hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata, genel hükümler çerçevesinde çözümlenecektir¹⁰¹.

Amirin emrini ifada hata hali bakımından bu başlık altında sadece iki özellikli hal üzerinde duracağız. İlk halde amir tarafından hukuka uygun bir emir verilmiştir. Fakat aslında emre uygun davranışı gerçekleştirmeyen ast gerçekleştirdiği davranışın bu emre uygun davranış olduğunu düşünmektedir. İkinci olarak da kendisine yöneltilen aslında hukuka aykırı olan emrin hukuka uygun olduğunu düşünmektedir ve bu emre uygun davranışı gerçekleştirmektedir.

Gerçekleştirdiği fiil bakımından hukuka uygunluğun dayanağı olan amirin hukuka uygun emri çerçevesinde davrandığını düşünen ast, yetkili merci bu şekilde bir emir vermemişse ya da bu emrin sınırları daha darsa haksızlık hatası içerisindedir. Bu tür haksızlık hatasında ast, davranışının hukuka uygun olduğu konusunda yani bir hukuka uygunluk nedeninin hukuki mevcudiyeti hususunda hataya düşmektedir. Bu tür haksızlık hatasına yukarıda da ifade edildiği gibi “dolaylı haksızlık hatası” denilmektedir¹⁰². Emri alan ast bu halde kasten hareket etmektedir. Fakat haksızlık bilincine sahip olmadığı için ast hakkında kusur kınaması yapılamayacaktır¹⁰³. Fakat astın haksızlık bilincine sahip olmadığını söyleyebilmek için bu hatanın kaçınılmaz olması zorunludur. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda haksızlık bilincinin bulunmadığından bahsedilmeyecek, kasten hareket eden ast gerçekleştirdiği davranıştan sorumlu tutulacaktır.

Ast, davranışı yetkili merciden kendisine iletilen emre karşılık gelmediği halde bu hususta hataya düşerek amirin emrini ifanın varlığında hataya düşebilir. Bu durum

¹⁰¹ Günal hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatayı maddi unsurlarda hata (Md. 30/1) çerçevesinde çözümleyen görüşe uygun şekilde; “*Sahte olarak düzenlenmiş bir belgeye dayanarak verilen emri, memur yerine getirdiği takdirde memurun hata neticesinde kastının bulunmamasından dolayı sorumlu olmaması gerekmektedir.*” (Güenal, **Yetkili Mercinin Emrini İfa**, s. 150) görüşündedir.

¹⁰² Koca – Üzülmüş, “Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması”, s. 44

¹⁰³ Kangal, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, s. 55-56

amirin emrini ifa bakımından hukuka uygunluk nedeninin mevcudiyetinde hatadır. Bununla beraber ast, emrin sınırları içerisinde hareket ettiğini düşünerek hataya düşmüş olabilir. Bu da amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin sınırlarında hatadır. Hukuksal bir değere müdahale emri veren hukuka uygun bir emrin sınırlarında hata hali TCK md. 30/4 kapsamında haksızlık hatasıdır¹⁰⁴. Astın, yetkili merciin emrinde zaman bakımından¹⁰⁵ yer bakımından¹⁰⁶ ya da kişi bakımından hataya düşmesi bu şekilde bir hatadır. Kanun genelde kamu görevlileri bakımından yer ve zaman yönünden yetkiyi sınırlandırmaktadır. Kamu görevlilerinin yetkileri kanuni düzenlemeler ile çizilmektedir. Yerine getirdikleri görev göz önünde tutulduğunda profesyonel kişiler olarak değerlendirilmesi gereken kamu görevlilerinin, bu hukuka uygunluk nedeninin yer ve zaman bakımından sınırı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmeleri söz konusu olamaz¹⁰⁷. Kamu görevlileri amirlerinden aldıkları ancak görevleriyle ilgili emirleri yerine getirebilirler. Bu bakımdan kamu görevlileri görevlerinin sınırlarını bilmek zorundadırlar. Bu bakımdan amirden sadır, yer ve zaman bakımından görev sınırının dışındaki emirler zaten şeklen hukuka uygun emirler olmayacağı için bu bahsin dışındadır. Burada astın görev sahasına giren ama astın yer ve zaman bakımından hataya düştüğü hallere değinilmektedir. Örneğin kolluğun arama kararını kaçınılmaz bir hataya düşerek yanlış bir konutta icra etmesi örneğinde olduğu gibi ast hukuka uygun emrin ifasında yer bakımından hataya düşmektedir. Bir başka örnek olarak bir kişi hakkındaki yakalama emrini cebir kullanarak yerine getiren kolluk görevlisinin yakaladığı kişinin isim benzerliği nedeniyle emirde adı geçenden başka bir kişi olması örneğinde hata kaçınılmaz ise ast bu hatadan yararlanacaktır. Bu halde ast bakımından TCK Md. 27/1 gereği taksirle yaralamadan indirimli bir şekilde sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

¹⁰⁴ A.g.e, s. 55; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 343; Bu tür bir hata halinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata olduğu yönündeki görüş için bkz. Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 304.

¹⁰⁵ Polat, **Türk Ceza Hukuku'nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükümünü Yerine Getirme**, s. 176. Bkz. dpn. 294.

¹⁰⁶ Kelep Pekmez, **Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi**, s. 139. Bkz. dpn. 294.

¹⁰⁷ Kangal, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükümünün Yerine Getirilmesi", s. 56.

Hata bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer hal amir tarafından asta içerik itibarıyla hukuka aykırı bir emrin verilmiş olması fakat astın bu emrin hukuka uygunluğunda hataya düşmesidir. Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin varlık kazanabilmesi için gerekli koşullardan birisi yukarıda incelediğimiz gibi emrin hukuka uygun olmasıdır.

Doktrinde bir görüşe göre astın gerçekte hukuka uygun olmayan bir emri hukuka uygun zannederek hareket etmesi hali hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatayı gündeme getirecektir¹⁰⁸. Yine doktrinde bu halde dahi dolaylı haksızlık hatasının mevzu bahis olacağını söyleyen görüşler bulunmaktadır¹⁰⁹. Bununla beraber hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın suçun maddi unsurlarında hata (TCK Md. 30/1) çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği görüşünün de bulunduğunu daha evvel dile getirmiştik.

Türk Ceza Kanunu'nun sistematigi ve amirin emrini ifanın diğer hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" başlığı altında düzenlenmesi ile hataya ilişkin TCK 30. maddenin üçüncü fıkrası bir

¹⁰⁸ Demirel, **Amirin Emri**, s. 182.

¹⁰⁹ "Kusur teorisi çerçevesinde hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin hata bakımından iki farklı görüş söz konusudur: Bu konudaki ilk görüşe göre, hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı, sınırları ve koşulları hakkındaki hata da, hukuki hata kapsamında kabul edilmekte ve bu konulardaki hatanın failin kusurunu etkileyen bir "yasak hatası" olduğu kabul edilmektedir (Katı Kusur teorisi).

Buna karşılık diğer görüş bakımından, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarındaki hata, suçun maddi unsurlarında düşülen hata biçiminde değerlendirilmekte ve bu durumda fiili hatanın varlığı nedeniyle kastın ortadan kalktığı ileri sürülmektedir. Buna karşılık hukuk düzeninde gerçekte varolmayan bir hukuka uygunluk sebebinin hataen varsayılması ya da hukuken kabul edilen bir hukuka uygunluk sebebinin hukuki sınırları konusunda hataya düşülmesinin ise, kusuru ortadan kaldıran veya azaltan bir "yasak hatası" olduğu ifade edilmektedir (Sınırlı Kusur Teorisi).

Örneğin gece vakti parkta gezinti yapan (A)'nın arkasından gelen iri yapılı (B) aniden onun omuzuna dokunarak "bir dakika dururmusun" der. (A) yağmaya uğrayacağını zannederek savunma amacıyla cebinde taşıdığı zehirli spreyi B'nin yüzüne sıkır. Gerçekte (B) sigarasını yakmak için (A)'dan ateş isteyecekti. İşte böyle bir olayda ilk görüş bakımından bir yasak hatası söz konusu olup, eğer bu hata kaçınılabilir nitelikteyse fail kasten müessir fiil suçundan dolayı cezalandırılacak, ancak hatası nedeniyle bu cezadan bir indirim yapmak mümkün olabilecektir. Eğer hata kaçınılmaz nitelikteyse fail kusursuz sayılıp cezalandırılmayacaktır. İkinci görüş ise bu olayda meşru müdafaaanın, "haksız bir saldırının varlığı" koşulundaki hatayı, suçun maddi unsurundaki hata gibi kabul ederek, eğer A'nın hatası taksire dayanıyorsa, müessir fiilde taksirle işlenebilen bir suç olduğundan, fail taksirle müessir fiil suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Eğer hata kaçınılmaz nitelikteyse bu durum A'nın kastını ortadan kaldıracığından, fail cezalandırılmayacaktır." Adem Sözüer, "Hukuki Hata", **Yargıtay Dergisi**, Y: 1995, C: 21 S:4.

arada okunduğunda meselenin normatif olarak TCK md. 30/3 çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği düşünülebilir¹¹⁰.

TCK md. 30/3 çerçevesinde failin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında düştüğü hatanın kaçınılmaz bir hata olması gerekmektedir. Aksi takdirde fail bakımından sorumluluk söz konusu olacaktır. Yani astın kendisini muhatap alan emrin hukuka uygun olduğu konusunda düştüğü hatanın kaçınılabılır olmaması gerekmektedir.

Buna karşın doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın TCK md. 30/1 bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır¹¹¹. Bu görüş uyarınca yalnızca amirin emrini ifa değil hukuka uygunluk nedenlerinin tamamı bakımından failin kastının olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu ve buna uygun hareket ettiğini de kapsamaması gerekir (tipikliğin olumsuz unsurları teorisi). Yani hukuka uygunluk failin kastının kapsamındadır. Haliyle hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşülmesi tıpkı suçun maddi unsurlarında hataya düşülmesi gibi kastın yokluğu neticesini doğurur. Bu halde taksirli sorumluluk saklıdır. Örneğin ast, aslen hukuka aykırı olduğu halde kendisine emredilen davranışın hukuka uygun olduğu zannıyla hareket ederse kasten hareket etmiş olmayacak ve suçun taksirli hali düzenlenmemişse cezai olarak sorumlu tutulamayacaktır. Bu durumda hatanın kaçınılır bir hata olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Son olarak bizim de katıldığımız görüş uyarınca emrin hukuka uygunluğuna ilişkin failin hatası ne TCK md. 30/1 ne de TCK md. 30/3 çerçevesinde

¹¹⁰ TCK Md. 30 gerekçesi uyarınca “Hükûmet Tasarısının 23. maddesinin 3. fıkra veya bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabılır olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.”

¹¹¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 461 vd; Koca – Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 261 vd; Değirmenci, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, s. 480, Demirel, **Amirin Emri**, s. 183.

değerlendirilemeyecek bir sorundur. İlk olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hatanın kastı kaldıran hata kapsamında değerlendirilmesi için astın bu hukuka uygunluk nedenlerinin “maddi” koşullarında hataya düşmesi gerekir¹¹². Oysa failin kendisine verilen emirle ilgili bir hatası söz konusu olmayıp failin, bu emrin hukuk düzeniyle bağdaşıp bağdaşmadığı noktasında bir hatası vardır. Bu emri hukuka aykırı kılan kural üzerinde bir hata söz konusudur. Yani fail maddi olayda fiilini hukuka uygun hale getirecek maddi vakıaların var olduğu konusunda bir hataya düşmemekte, bu maddi vakılardan birinin hukuki niteliği konusunda hataya düşmektedir¹¹³. Bu yöndeki hata md. 30/3 kapsamında değerlendirilecek bir hata değildir. Çünkü fail işlediği fiilin maddi oluşumuna dair tüm hususlara hâkimdir. Fakat bu fiilin gerçekleştirilmesine neden olan emrin hukuk düzenince tasvip edildiğine dair hataya düşmektedir. Bu halde bir değerlendirme yanılığı mevzu bahistir¹¹⁴.

¹¹² “Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında yanılma kavramı ile ifade edilmek istenen bir hukuka uygunluk nedenini oluşturan koşulların bir somut olayda gerçekleştiğine ilişkin failde oluşan olumlu tasavvurdur. Fail, eğer yanılmasaydı eylemi hukuka aykırı olmayacak, eylemin icra zamanından itibaren hukuka uygun bir eylem olacaktı...” Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **TBB Dergisi**, Y: 2010, S: 110, s. 170;

¹¹³ “Kanaatimizce bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılığa düşülmesini, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki yanılığ ile karıştırmamak gerekir. **Haksızlık yanılığının söz konusu olduğu hâllerde işlenen fiilin maddi oluşumuna ilişkin bütün hususlar bilinmektedir. Fakat bu fiilin toplumda geçerli değerler sistemi açısından bir haksızlık teşkil ettiği hususunda yanılığa düşülmektedir. Kısaca ifade edecek olursak; haksızlık yanılığı bir değerlendirme yanılığından ibarettir.** Bu itibarla, haksızlık yanılığı işlenen fiile ilişkin kastın varlığı üzerinde bir etki icra etmez. Buna karşılık; bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında yanılığa düşülmesi hâlinde; işlenen fiilin esasta bir haksızlık teşkil ettiği bilinmektedir. Fakat, işlenen fiili müşahhas olayda hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir maddi sebebin varlığı hususunda yanılığa düşülmektedir. Dolayısıyla, burada söz konusu olan yanılığ, bir maddi vakıaya ilişkindir. Bu itibarla; işlenen fiille alâkalı olarak bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartları konusunda yanılığa düşülmesi hâlinde; failin bu fiile ilişkin kastının olmadığı ve dolayısıyla; meselenin, kusur kapsamında değil, suçun manevi unsuru yani haksızlık kapsamında mütalâa edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.” (Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, s. 422), Benzer şekilde Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 297.

¹¹⁴ A.g.e.

SONUÇ

Kanunun hükmünü yerine getirme ve onunla bağlantılı şekilde amirin hukuka uygun emrini ifa bir hukuka uygunluk nedenidir. Türk Ceza Kanunu ceza sorumluluğunu kaldıran haller bakımından sistematik olarak hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu etkileyen haller şeklinde bir ayırım yapmasa da gerek doktrin gerek içtihat kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuki niteliğini bir hukuka uygunluk nedeni olarak belirlemektedir. Öyle ki Türk doktrininde kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk nedeni olmadığını söyleyen bir görüş yoktur.

Kanunun hükmünü yerine getirme şeklindeki hukuka uygunluk nedeninin normatif dayanağının ilk izlerini 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda görmekteyiz. 1810 tarihli eski Fransız Ceza Yasası'nda düzenlenen bu hukuka uygunluk nedeni, bu yasayı büyük ölçüde iktibas eden 1858 Kanunnamesi'nde yasalaştığı yıl yer almamaktaydı. 1911 yılında yapılan değişiklik ile ilk kez kanunun hükmünü yerine getirme bir hukuka uygunluk nedeni olarak pozitif düzenlemelerde yerini almıştır. Ardından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 49. maddesi ile sonrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 24. maddesi ile bu hukuka uygunluk nedenini düzenlemiştir.

Kanunun hükmünü yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturması bazı şartların varlığına bağlıdır. Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki TCK 24. madde, bu hukuka uygunluk nedeninin genel şartlarını düzenlemektedir. Kanunun hükmünü yerine getiren kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi aynı zamanda hukuka uygunluğun dayanağını oluşturan ilgili düzenlemenin öngördüğü şartları da yerine getirmesine bağlıdır. Biz bu çalışmamızda yeri geldikçe temas etmekle birlikte ilgili dayanak normların aradığı spesifik şartlardan bağımsız olarak 24. Maddeden neşet eden hukuka uygunluk nedeninin genel şartlarını inceledik.

24. madde düzenlemesi incelendiğinde bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için gereken ilk şartın bir dayanak normun varlığı olduğu anlaşılmaktadır. 24. madde, başlığında ve metninde hukuka uygunluğu sağlayacak dayanak normun kanun olduğunu söylemektedir. Bu manada kanun teriminden ne anlaşılması gerektiği sorunu gündeme gelmektedir. Kanun ifadesi maddi anlamı ile kanun olarak anlaşılabileceği gibi şekli anlamıyla kanun olarak da anlaşılabilir. Maddi anlamı ile kanun, normun hangi organ tarafından çıkarıldığı ile ilgilenilmeksizin normlar hiyerarşisinde bir üstteki norma uygun yazılı hukuk kuralı demektir. Bu haliyle yönetmelikler, genelgeler gibi normlar da maddi anlamı ile kanundur. Şekli anlamı ile kanun ise öngörülen şekil şartlarına göre yasalaşmış normdur. Bu haliyle Anayasa'ya göre kanun çıkarma yetkisi yasama meclisinindir ve ancak Meclis tarafından yasalaştırılmış metinler kanun hüviyetine sahiptir.

Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nun kanuna ilişkin düzenlemeleri bir arada okunduğunda gerek Anayasa'nın gerekse Türk Ceza Kanunu'nun kanun ifadesinden şekli anlamıyla kanunu kastettiği söylenir. Fakat doktrindeki pek çok yazarın savunduğu gibi biz de 24. madde başlığında ve metninde yer alan kanun teriminden maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiği görüşündeyiz. Keza kanunlar pek çok alandaki düzenlemelerin ayrıntılarını belirlemeyi genel düzenleyici işlemlere bırakmıştır. Yine genel düzenleyici işlemler kanunlara uygun olmak zorundadır. Bu haliyle kanunlara uygun olarak genel düzenleyici işlemler hükümlerinde yer alan yükümlülük ve yetkilerin yerine getirilmesi bu hukuka uygunluk nedenine vücut verecektir. Fransa'da 1810 tarihli eski Ceza Yasası'nın 347. maddesi de bu hukuka uygunluk nedeninin dayanak normunun kanun olacağını lafzında öngörmekteydi. Doktrin ve içtihat istikrarlı bir şekilde dayanak normun yalnızca şekli anlamda kanunlar olamayacağını, genel düzenleyici işlemlerin de bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabileceğini söylemekteydi. 1994 tarihli yeni Ceza Yasası bu yaklaşımı teyit eder şekilde bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağının kanunlar yanında genel düzenleyici işlemler olacağını 122-4 maddesinin ilk fıkrası lafzında öngörmektedir. 765 sayılı TCK döneminde doktrinin ve içtihadın kanun ifadesinden maddi anlamda kanunun anlaşılması gerektiği yönündeki yaklaşımının 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinde bir yansımasının olmaması kanaatimizce bir eksikliklerdir.

TCK'nın “kanun” ifadesini kullanan metinleri dikkate alındığında kanun ile şekli anlamda kanunu kast eden yaklaşımı ile daha tutarlı olması adına kanunlar dışında genel düzenleyici işlemlerin de 24. maddede dayanak norm olarak düzenlenmesi yerinde olurdu. Nitekim Fransız Ceza Yasası bu yöntemi tercih etmektedir.

Bu hukuka uygunluk nedeninin ilk şartı olan bir dayanak normun varlığı çerçevesinde incelenmesi gereken bir diğer konu kanunun yürürlükte olmasıdır. Yürürlükte olmayan bir kanunun ihtiva ettiği emirler ya da müsaadelere dayanılarak suç tipine uyan bir fiilin gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygunluk söz konusu olmayacaktır. Kanunun yürürlükte olmamasının konumuz bakımından tartışılması gereken farklı görünüşleri vardır. Kanunun yürürlükte olmamasından kanunun yürürlüğe girmemesi anlaşılabileceği gibi yürürlükte olan bir kanunun yürürlüğünün durdurulması ya da kanunun yürürlükten kalkması anlaşılır. Yürürlükten kalkması bakımından ise Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelendiği haller tartışmalıdır.

Yürürlüğe girmemiş kanun bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağı değildir. Yürürlükteyken mahkeme kararıyla yürürlüğü durdurulmuş kanunun da bu sürede dayanak norm olma niteliği askıya alınmıştır. Yürütmesi askıya alınmış bir kanun ya da genel düzenleyici işlem hükmüne dayanarak suç tipine uyan bir fiili gerçekleştiren fail ile ilgili yargılamalarda düzenlemeye ilişkin iptal davası bekletici mesele yapılmalıdır.

Kanunun hükmünü yerine getirmenin dayanağını oluşturan hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişse ve iptal kararının yürürlüğe girmesi ileri bir tarihe ertelenmiş ise bu tarihe kadar iptale konu düzenleme kural olarak yürürlüktedir. Fakat ortada Anayasa'ya aykırılığına hükmedilmiş bir düzenleme mevcuttur. Bu halde Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş ve fakat yürürlüğünü sürdüren bir normun tanıdığı yetkiye dayanılması halinde hukuka uygunluğun söz konusu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bu bakımdan yargı mercilerinin bir biri ile tutarlı olmayan kararları mevcuttur. Bu sürede iptale konu kararın tanıdığı yetkilerin kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin Danıştay ile Yargıtay arasında, Yargıtay'ın ceza daireleri

ile hukuk daireleri arasında görüş farklılığı vardır. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükmün gerekçesinde Anayasa'ya aykırılığın konusu bu hükmün vaz ettiği emir ya da müsaade ise bu sürede Anayasa'ya aykırılığı bir mahkeme kararı ile tespit edilmiş bir emre ya da müsaadeye dayanılarak tipe uyan bir fiilin gerçekleştirilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Aksi şekilde Anayasa'ya aykırılığın konusu bu hükümde yer alan emir ya da müsaade değil de başka bir husus ise bu sürede yürürlükte olan hüküm dayanak norm olma niteliğini sürdürür.

Kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygunluk sonucunun doğurması için gerekli olan dayanak normu kural olarak bir Türk kanunun olması gerekir. Kural olarak yabancı yasa düzenlemelerinde yer alan emirler ve müsaadeler bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturamazlar. Bu kuralın ilk istisnası Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleridir. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu anlaşma hükümleri kanun hükmündedir. Bu haliyle anlaşmalar iç hukukun da bir parçasıdır. Her ne kadar anlaşmaların Türkiye için sonuç doğurması bir onay kanunu ile onaylanmalarına bağlı olsa ve bu kanunun içeriğinde anlaşma metni yer alsa da anlaşma bir yabancı düzenleme niteliğindedir. Çünkü Türk Yasa Koyucusu'nun anlaşmayı onaylamak ya da onaylamamak dışında bir tasarrufu söz konusu değildir. Haliyle hükümlerini dayatan metni yaratan Türk Yasa Koyucusu değildir. Yasa Koyucu'nun buradaki rolü anlaşmayı onaylamak suretiyle iç hukukun bir parçasına dönüştürmektir. Bir diğer istisnai durum kanun tarafından yabancı yasa hükümlerinin uygulanmasına izin verildiği haldir. Bu duruma 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da rastlamak mümkündür. Yabancı hukukun uygulanacağı hallerde yabancı kanun düzenlemesi bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturacaktır. Fransa'da da kural olarak bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturacak norm bir Fransız normu olmalıdır. Yine aynı şekilde Fransa'da da uluslararası sözleşme hükümleri kanun niteliğinde kabul edilmektedir ve bu kuralın istisnasıdır. Fransa bakımından tartışmalı nokta Avrupa Birliği üyeliğinden kaynaklı olarak topluluk hukukudur. Çünkü topluluk mevzuatı oldukça kazuistiktir ve topluluğun organları da üye ülkeleri ilgilendiren düzenleyici işlemler yapmaktadır. Fransa'da içtihat yargıçların topluluk hukukundan kaynaklı bir hukuka uygunluk nedenini araştırma yükümlülüğü olmadığını

söylemektedir. Ülkemizi Avrupa Birliği'ne üye olması durumunda benzer durum hukukumuz bakımından da geçerli olacaktır. Avrupa Parlamentosu gibi organların aldığı kararların, Birlik'in yürütme organlarının çıkardığı düzenleyici işlemlerin de Türk hukukunda geçerliliği olacaktır. Bu gibi durumlarda bu hukuka uygunluk nedenine dayanak olacak normun Türk kanunu olması gerektiği yönündeki ilkenin çok sıkı olmadığı söylenmelidir.

Dayanak norma ilişkin bir diğer değerlendirilmesi gereken husus, normun ceza hukuku normu ya da ceza hukuku dışı bir norm olmasının öneminin bulunmamasıdır. Ceza hukuku normu görünümü arz eden bir düzenlemenin hukuka uygunluk etkisi, ceza hukuku dışı bir alanda düzenleme getiren normdan daha fazla değildir. Hukuk düzeninin birliği gereği ceza kanunlarının cezalandırdığı bir fiili emreden ya da bu emre müsaade eden normun hangi alana ilişkin düzenleme getirdiğinin bir önemi yoktur. Fransız yargı mercilerinin, medeni hukuka ilişkin düzenlemelerin tipe uyan fiillerin hukuka aykırılığını kaldırmasına ilişkin farklı kararları bulunmaktadır. Özellikle evliliğe ilişkin hükümlerinin yerine getirilmesinde iyi niyetli olmayan failer bakımından içtihat ceza hukuku normunun cezalandırıcı etkisinin azalmayacağını söylemektedir. Bu kararlar medeni hukuka ilişkin düzenlemelerin hukuka uygunluk etkisinin ceza hukuku normlarına göre zayıf olduğu şeklinde okunmamalıdır. Bu noktada Fransa'da ceza hukukunun özel hukuk alanına dâhil olduğunu ve iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması ve dürüstlük kuralı gibi medeni hukuk kavramlarının ceza hukukçularınca ve yargı makamlarınca sık başvurulan kavramlar olduğunu hatırlatmak gerekir.

Ceza kanunu aynı madde içerisinde hem cezalandırılan fiili hem de bu fiilin belirli şartlar dâhilinde cezalandırılmayacağını düzenleyebilmektedir. Bu halde fiilin belirli şartlar dâhilinde cezalandırılmayacağına ilişkin hükümden kaynaklı olarak fiilin cezasızlığının hukuki niteliğini, hukuka uygunluk olarak değil tipiklik ile açıklamak gerekmektedir. Bu halde kanunun hükmünü yerine getirmeden kaynaklı olarak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığından değil bir bütün olarak norm düzenlemesinin tipikliği kaldırdığından bahsetmek gerekir.

TCK 24. madde düzenlemesindeki kanun ifadesinden maddi anlamı ile kanunun anlaşılması gerektiğini söylemiştik. Doktrinde bu ifadeden şekli anlamıyla kanunun anlaşılması gerektiğini söyleyen yazarlar da vardır. Bu görüş kabul edilir ise her ne kadar bugün hukuk düzenimizdeki norm türlerinden biri olmasa da yürürlüğünü sürdüren kanun hükmünde kararnamelerin de bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturabileceğini söylemek gerekir. Bunun dışında Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Bakanlar Kurulu yönetmeliklerinin, tüzüklerin, yönetmeliklerin, diğer düzenleyici işlemlerin yazılı hukuk kuralı olmakla beraber şekli kanun özelliği olmadığı için bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturma nitelikleri yoktur. Yine yazılı hukuk kuralı olmayan örf adet ve gelenekler gerek maddi anlamda kanun gerek şekli anlamda kanun olmadıkları için bu hukuka uygunluk nedeninin dayanak normu olamazlar.

Kanunun hükmünü yerine getirmenin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için gereken bir diğer şart kanun tarafından verilmiş bir yetkinin olması gerekir. Dayanak normun konusu bu manada bir emir ya da bir müsaade olabilir. Suç tipine uyan bir davranışın gerçekleştirilmesi dayanak norm tarafından emredilmiş olabileceği gibi bu davranışın gerçekleştirilmesine müsaade de edilmiş olabilir. Yine emir ya da müsaade niteliğinde ortaya çıkan bu yetki kanun tarafından açıkça öngörülmüş olabileceği gibi zımnen de öngörülmüş olabilir.

Dayanak normun konusu bir emir ise bu emir çoğunlukla kamu görevlilerini muhatap almaktadır. Fakat bunun yanında emir kamu görevlisi olmayan kişileri de muhatap alabilir.

Son olarak bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olması yerine getirenin norma uygun davranmış olmasına bağlıdır. Fail hukuka uygun hale getiren dayanak normun belirttiği davranışı gerçekleştirmiş olmalıdır ve bu davranışı da dayanak normun çizdiği sınırlar içerisinde gerçekleştirmelidir. Fail bu hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını kasten ya da taksirle aşmışsa hukuka uygunluk nedeni artık söz konusu olmayacaktır. TCK md: 27/1 düzenlemesi gereği bu hukuka uygunluk nedeninin sınırı taksirle aşılmışsa taksirli suça ilişkin ceza indirilerek hükmolunur.

Fail kanunun hükmünü yerine getirmenin varlığında ve sınırlarında veya maddi şartlarında hataya düşmüş olabilir. Bu durumda sorumluluk TCK'nın hataya ilişkin hükümleri çerçevesinde çözümlenir.

Amirin emrinin hukuka uygun olması halinde astın suç tipine uyan fiili hukuka uygun olacaktır. Amirin emrini ifa TCK'nın 24/2 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. Amirin emrini ifa ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olsa da kanunun hükmünü yerine getirme ile çok yakın ilişki içerisinde. Doktrinde her iki hukuka uygunluk nedenini görevin ifası ya da görevin yerine getirilmesi şeklinde adlandıran yazarlar bulunmaktadır. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Her şeyden önce kanunun hükmünü yerine getiren kişi her durumda kanunun kendisine yüklediği bir görevi yerine getiriyor değildir. Zaten Fransız ceza hukukunda da bu iki neden farklı hukuka uygunluk nedenleri olarak ele alınmakta ve aralarındaki ilişki otonomi olarak tarif edilmektedir. Görevin ifası şeklindeki bir adlandırma kamu görevlisi için kanunun bir hükmünün herhangi bir karara ihtiyaç duyulmadan yerine getirilmesi yahut yetkili bir merciden sadır bir karar ile yerine getirilmesi hallerinde yerinde kabul edilebilir. Fakat gerek kanunun hükmünü yerine getirmenin gerekse amirin emrini ifanın kapsamı bu tarif edilenler ile sınırlı değildir. Bu nedenle her ne kadar kanuni bir yetkiyi amirinin emri ile yerine getiren kamu görevlisi aynı zamanda kanunun hükmünü yerine getiriyorsa da bu iki neden ayrı iki hukuka uygunluk nedenidir. Fransız doktrini ve içtihadının yaklaşımı da birinci ve ikinci bölümde ayrıntıları anlatıldığı üzere bu yöndedir.

Amirin emrinin hukuka uygunluk sağlaması için bir takım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlardan ilki bir emrin varlığıdır. Yetkili merciden gelen her türlü talep emir değildir. Bir talebin emir olarak telakki edilebilmesi yetkili merciin görevi ile bağlantılı olması ve hizmete ilişkin olması ile mümkündür. Yine kanunda emrin geçerliliği için bir şekil şartı öngörülmüşse emrin bu şekle uygun olarak verilmesi gerekir. Burada bizim görüşümüz emrin şekil şartına uyulmamış olması halinde talebin bir emir olarak nitelendirilemeyeceği dolayısıyla ast için bağlayıcı bir emirden bahsedilemeyeceği yönündedir. Astın emri denetleme yükümlülüğünün kaldırıldığı hallerde ast yine de emri şeklen denetlemekle yükümlüdür.

Amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninin bir diğ er şartı emrin meşru bir merciden gelmiş olmasıdır. Emrin meşru bir merciden gelmesi demek emrin öncelikle kamusal merciden gelmesi demektir. Bu manada kamu gücünü kullanan ve kamu tüzel kişiliğini haiz mercilerin emirleri ancak bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağı olabilir. Kamusal niteliğı olmayan anne, baba, dernek başkanı, şirket yöneticisi gibi kişilerin hiyerarşik ilişkilerden kaynaklı olarak otoritesi altındaki kişileri muhatap alan emirleri bu hukuka uygunluk nedeninin dayanağını oluşturmazlar. Fransız içtihadı mahkeme kararıyla görevlendirilen kayyım gibi kişilerin kamusal merci vasfının olmadığı yönündedir.

Emrin meşru bir merciden gelmesi için kamusal bir merciden gelmesi yeterli değildir. İlgili kamusal merciin aynı zamanda bu emri vermeye yetkili de olması gerekir. Merciiin kendi görev alanına girmeyen konularda verdiği emirlerin yerine getirilmesi halinde fail için hukuka uygunluk nedeni söz konusu olmayacaktır. Hukuka uygunluğun söz konusu olması merciiin bu emri verme yetkisi ile donatılmış olması ile mümkündür.

Amirin emrinin hukuka uygunluk sonucunu doğurması emrin de hukuka uygun olması ile mümkündür. Emrin hukuka uygunluğu ile kastedilen emrin içerik itibarıyla hukuka uygun olmasıdır. Emrin şeklen hukuka aykırılığı durumunda ise yukarıda da belirttiğimiz gibi artık bir emrin yokluğundan bahsedilmesi gerekir. Emrin içerik itibarıyla hukuka aykırılığı halinde bu hukuka uygunluk nedeni vücut bulamaz. Fransız Ceza Yasası emrin hukuka aykırılığı ile ilgili olarak TCK'dan farklı bir yaklaşım içerisindedir. Fransız Ceza Yasası 122-4/2 maddesi emrin açıkça hukuka aykırı olmaması halinde astın ceza sorumluluğunun bulunmadığını ifade eder. Bu halde emir hukuka aykırı olsa da bu aykırılık açık değilse ast için bir hukuka uygunluk nedeni mevzu bahis olacaktır. Hukukumuzda emir hukuka aykırı olsa da astın emri denetleme yükümlülüğünün kaldırıldığı hallerde hukuka aykırı ve bağlayıcı emirden bahsedilir. Bu durum ast için bir hukuka uygunluk nedeni değil mazeret nedenidir. Doktrinde bu durumda da hukuka uygunluk nedeninin var olacağını söyleyen görüşler bulunmaktadır. Bu görüşün normatif olarak TCK md. 40'da düzenlenen bağlılık kuralına ilişkin hüküm ve CMK 223/3-b hükmü ile bağdaştırılması güçtür. Tekrar

hatırlatmak gerekirse hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emir ancak içeriği itibarıyla hukuka aykırı olan emirlerle ilgili bir konudur. Astın emri şeklen denetleme yükümlülüğü her zaman vardır ve şeklen hukuka aykırı bir emrin bağlayıcılığından bahsedilemez.

Fransız doktrininde geçmişten bu yana hukuka aykırı emrin ceza sorumluluğuna ilişkin üç teori ortaya konulmuştur. Bunlar astın mutlak itaatini öngören pasif itaat teorisi, astın emri denetlemesini öngören akıllı baston teorisi ve astın ancak açıkça hukuka aykırı emirleri yerine getirmesi halinde sorumlu olacağını öngören hukuka açık aykırılık teorisidir. Türk doktrininde de emrin hukuka aykırılığına ilişkin mutlak itaat teorisi, emrin şeklen kontrolü teorisi, emrin içeriğinin kontrolü teorisi, itiraz, emrin tekrarı teorileri ortaya konmaktadır. Fransız Ceza Yasası'nda yahut TCK'da bu teorilerin bazılarının diğerlerine nazaran daha fazla tercih edilse de tamamının izlerini bulmak mümkündür. Bu bakımdan özellikle askerler ve kolluk kuvvetleri bakımından itaat yükümlülüğü diğer kişilere nazaran daha sıkıdır.

Anayasa ve TCK konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu noktada konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesinin ceza sorumluluğuna etkisi incelenmelidir. Kanaatimizce konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceğine ilişkin kuralın uygulanmasında öncelikle astın emri denetlemesinin kanunca engellenip engellenmediğine bakılmalıdır. Denetleme imkânı engellenmiş ise astın hukuka aykırılığı bilip bilmediği ya da bilecek durumda olup olmadığı incelenmelidir. Fail hukuka aykırılığı biliyorsa ya da bilecek durumda ise konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesinden ötürü sorumlu tutulmalıdır. Fail hukuka aykırılığı bilmiyorsa ya da bilme imkânı yoksa hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi kendisi için bir mazeret nedeni oluşturmaktadır. Bundan farklı olarak ast hukuka aykırılığı ortaya koyan vakıalara hâkim dahi olsa hukuka aykırılığı tespit etmesi hemen mümkün değilse ast bakımından mazeret sebebi uygulanmalıdır. Fransız hukukunun yaklaşımı bu yöndedir. Bu halde kendisine C. Savcısı tarafından iletilen yazılı arama kararını konutta icra eden ve bu kararın verilmesine ilişkin koşullara vakıf olmayan kolluk görevlisi bakımından arama kararı hukuka aykırı da olsa bir mazeret nedeni söz

konusudur. Yine bu koşulları bilmekle beraber hukuka aykırılığı açıkça tespit edemeyecek olan kolluk görevlisi için de aynı değerlendirme yapılmalıdır. Cumhuriyet savcısının kolluk görevlilerinin önünde kişisel husumetinden ötürü birisini gözaltına almak istemesi durumunda olayın koşullarına vakıf kolluk görevlisi için hukuka aykırılık açıktır ve konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesi halinde sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bundan farklı olarak hukuka aykırılık açık olmasına karşın gözaltı kararının verilmesine neden olan koşulları bilmeyen kolluk görevlileri için ise kanaatimizce dolaylı haksızlık yanılığına ilişkin TCK Md. 30/4 hükmü uygulanmalıdır.

Amirin emrini ifanın hukuka uygunluk sonucu doğurabilmesi için son koşul astın emre uygun davranışı gerçekleştirmiş olmasıdır. Kanunun hükmünü yerine getirmeye ilişkin açıklamalarımızda olduğu gibi fail öncelikle emirde belirtilen davranışı gerçekleştirmelidir. Astın emirden başka bir davranışı gerçekleştirmesi halinde bu hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkmayacaktır. Yine ast emrin sınırları içerisinde hareket etmelidir. Ast, emrin sınırlarını kasten ya da taksirle aşarsa amirin emrini ifa hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. TCK 27. madde düzenlemesi gereği sınırın taksirle aşılması halinde taksirli suça ilişkin ceza indirilerek hükmolunur.

Astın, amirin emrini ifada hataya düşmesi halinde TCK'nın hataya ilişkin düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır. Amirin emrini ifada hataya ilişkin incelenmesi gereken iki özellikli durum vardır. Bunlardan ilki amir tarafından hukuka uygun bir emir verilmiştir ve ast bu emirden başka bir davranış gerçekleştirmekle beraber gerçekleştirdiği davranışın emredilen davranış olduğunu zannetmektedir. Bu halde ast bu hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hataya düşmeyip gerçekleştirdiği fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin var olduğunu düşünmektedir. Bu sorunun TCK md. 30/4 çerçevesinde haksızlık yanılığı hükümlerine göre çözülmesi gerekir. Bir diğer özellikli durum amirin emrinin hukuka aykırı olması fakat astın bunu hukuka uygun zannederek hareket etmesidir. Bu durumda her ne kadar emrin hukuka uygunluğu amirin emrini ifanın bir şartı olsa da ast emre ilişkin maddi vakılarda değil emrin hukuk düzenince tasvip edilmesinde

hataya düşmektedir. Bu halde de astın hatasına TCK md. 30/4 hükmünün uygulanması gerekir. Elbette bu hatanın da kaçınılmaz bir hata olması zorunludur.



KAYNAKÇA

Abdou, Antoun Fahmy:	Le consentement de la victime , LGDJ, Paris, 1971.
Akgündüz, Ahmed:	İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı , C:1, Kamu Hukuku, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.
Aliefendioğlu, Yılmaz:	Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi , Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
Ardıçoğlu, Mehmet Artuk:	“Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi , Yıl 2017, S: 3.
Armaoğlu, Fahir:	“İngiliz Belgelerinde İstanbul’un İşgali (16 Mart 1920)”, Belleten , C: LXII, S:234, Y: 1998 Ağustos.
Artuk, M. Emin - Gökçen, Ahmet - Alşahin, M. Emin - Çakır, Kerim:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, Ahmet Caner:	Ceza Hukuku Özel Hükümler , 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
Avcı, Mustafa:	Osmanlı Ceza Hukuku: Genel Hükümler , C: I, II. Baskı, Mimosza, Konya, 2014.
Aydın, M. Akif:	“Ceza”, TDV İslam Ansiklopedisi , VII.
Azrak, Ülkü:	“Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi , C. 1, Y. 1984.
Berger, Vincent:	La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme , Sirey, Paris, 1984.
Bernardini, Roger - Dalloz, Marc:	Droit Criminel , II. Cilt, 3. Baskı, Bruylant, Brüksel, 2017.
Bernardini, Roger:	L'intention coupable , Doktora Tezi, Université de Nice. Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1976.
Boulloc, Bernard:	Droit pénal général , 25. Baskı, Dalloz, 2017.

Bouzat, Pierre –Pinatel, Jean:	Traité de droit pénal et de criminologie , 2. Baskı, C: 1, Dalloz, Paris, 1970.
Bozkurt, Gülnihal:	Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi , Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996.
Bozlak, Ayhan – Eryılmaz, M. Bedri:	“Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , Yıl: 2009, S: 83, Ankara.
Cahen, Fabrice:	“Lutter contre l’avortement illégal”, Revue électronique de L’Atelier du Centre de recherches historiques .
Caillé, Catherine:	“Le motif légitime en droit pénal”, Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal (RPDP) Y: 1998 S: Temmuz – Eylül ve Ekim – Aralık.
Carbasse, Jean-Marie:	“Le droit pénal dans la déclaration des droits de l'homme”, Droits, Rev. français de théorie juridique , No:8, 1988.
Cengiz, Burcu:	Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Nitelikleri ve Etkileri, Yasama Uzmanlığı Tezi , Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, Ankara, 2014.
Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem:	Türk Ceza Hukuku’na Giriş , 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
Centel, Nur - Zafer, Hamide - Çakmut, Özlem:	Kişilere Karşı İşlenen Suçlar , Cilt 1, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
Conte, Philippe – Larguier, Jean - Maistre du Chambon, Patrick:	Droit pénal général , 22. Baskı, Mémento Dalloz, 2014.
Conte, Philippe –Maistre du Chambon, Patrick:	Droit pénal général , 7. Baskı, Armand Colin, 2004.

Çetinkaya, M. Buhari:	“Fransız Ceza Hukuku’nda Hata”, 13. Türk Ceza Hukuku Günleri Tebliğler Kitabı (Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Olası Kast Bilinçli Taksir Ayırımı ve Hata Halleri).
Çınar, Ali Rıza:	Kolluğun Zor ve Silah Kullanma Yetkisi ve Diğer Yetkilerle İlgili Yargıtay Kararları , Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006.
Dalloz, M. - Dalloz, M. Armand:	Jurisprudence Générale du Royaume , Bureau de la Jurisprudence Générale du Royaume, Paris, 1838.
Danti-Juan, Michel:	“État de nécessité”, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale içinde, Dalloz.
Danti-Juan, Michel:	“Ordre de la loi”, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale içinde, Dalloz.
Décima, Olivier – Detraz, Stéphane - Verny, Edouard:	Droit pénal général , 3. Baskı, LGDJ, 2014.
Decocq, André:	Droit pénal général , A. Colin, 1971.
Değirmenci, Olgun:	“Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlikte Israr Suçu”, KHO Bilim Dergisi , Y: 2008.
Değirmenci, Olgun:	“Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, TBB Dergisi , Y: 2010.
Değirmenci, Olgun:	“Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi , Y: 3, S: 10, Temmuz 2012.
Demirbaş, Timur:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
Demirel, Muhammed:	Amirin Emri , Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

Demogue, Rene:	“Examen Doctrinal: Jurisprudence Criminelle”, Revue critique de législation et de jurisprudence , Y: 1914.
Desportes, Frederic –Le Gunehec, Francis:	Droit Pénal General , 13. Baskı, Economica, Paris, 2006.
Donnedieu de Vabres, Henri:	Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée , C: 1, Sirey, Paris, 1938.
Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir:	Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku , C: 2, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.
Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir:	Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku , C: I, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
Dönmezer, Sulhi:	“Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi ve İnsan Hakları”, Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi , Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:6, İstanbul, 2005.
Dreyer, Emmanuel:	Droit pénal général , 4. Baskı, LexisNexis, Paris, 2016.
Dursun, Selman:	“Türk Ceza Hukuku’nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku’yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C: XVIII, Y: 2014, S: 2.
Erem, Faruk – Danışman, Ahmet –Artuk, Mehmet Emin:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
Erem, Faruk:	“Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, AÜHFD , C: 41 S: 1 Yıl: 1990.
Erem, Faruk:	Türk Ceza Kanunu Şerhi , Genel Hükümler, C: 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1993.
Erman, Ragıp Barış:	Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Doktora Tezi , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
Erman, Sahir:	Askeri Ceza Hukuku , Umumi Kısım ve Usul, 7. Baskı, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.

Garçon, Emile:	Code pénal annoté , nouvelle édition refondue et mise à jour par Marcel Rousselet, Maurice Patin et Marc Ancel (Art. 1 à 294), Sirey, Paris, 1952.
Gode, Pierre:	“Règles du jeu et responsabilité”, Les problèmes juridiques du sport içinde, Centre du droit du sport de l'Université de Nice, Économica, Nice, 1984.
Gökcan, Hasan Tahsin:	“5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi Tanımı ve Bu Yasa Döneminde 4483 Sayılı Kanunun Uygulanması”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
Gökcan, Hasan Tahsin:	Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar , Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
Gözler, Kemal:	İdare Hukuku , C.1, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.
Gözler, Kemal:	Türk Anayasa Hukuku Dersleri , Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.
Gözler, Kemal:	Türk Anayasa Hukuku , Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000.
Gözübüyük, A. Şeref – Tan, Turgut:	İdare Hukuku , 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
Gropp, Walter:	“Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Öntasarısında Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Çeviren: Faruk Turhan, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler , Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1998.
Günel, Halil Yılmaz:	Yetkili Merciin Emrini İfa , Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.
Günel, Yılmaz:	“Âmirin Emrini İcrada Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi”, AÜSBFD , C: 20, S: 2, Y: 1965.
Güzeloğlu, Turan:	Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi , Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

Hakeri, Hakan:	“Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , S:69, Y: 2007.
Hakeri, Hakan:	Ceza Hukuku , 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
Hélie, Faustin – Chauveau, Adolphe:	Théorie du Code pénal , 6. Baskı, C: 1, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, Paris, 1887.
Honorat, Adrienne:	“La répression des atteintes à l'intégrité corporelle consécutives à l'exercice des sports”, Recueil Dalloz , Y: 1969.
Işık, Göksu:	“Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C: 3, S: 6, Aralık 2017.
İçel, Kayıhan - Sokullu Akıncı, Füsün - Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver, Yener:	Suç Teorisi , 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Beta, İstanbul, 2004.
İçel, Kayıhan:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
Jeandidier, Wilfrid:	Droit pénal général , 2. Baskı, Montchrestien, 1991.
Kangal, Zeynel T.:	”Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi , Y: 2012, C: 8, S: 89-90.
Kangal, Zeynel T.:	Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu , Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
Katoğlu, Tuğrul:	Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık , Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
Keçelioğlu, Elvan:	“Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın

	Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , Sayı:87, Yıl:2010.
Kelep Pekmez, Tuba:	AİHM İçtihatları Bağlamında Türk ve Anglo Sakson Hukukunda Kolluğun Silah Kullanma Yetkisi , İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
Kılınç, Bilal:	Mukayeseli Hukukta Ötanaziye İlişkin Yaklaşımlar ve Hukukumuzda Ötanazinin Yeri Sorunu , Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
Koca, Mahmut – Üzülmmez, İlhan:	“Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması (TCK. M. 27)”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt: XI, S:1–2, Yıl: 2007.
Koca, Mahmut – Üzülmmez, İlhan:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
Koca, Mahmut – Üzülmmez, İlhan:	Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler , 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
Koca, Mahmut:	“YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi , Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006.
Koca, Mahmut:	“YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl: 1, S:1.
Kühl, Kristian:	Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, München 2002, §12, kn. 155-158; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
Laingui, André –Lebigre, Arlette:	Histoire du droit pénal , C: 1, Cujas, Paris, 1979.
Libchaber, Remy:	“Qui aime bien...?”, Recueil Dalloz , Yıl: 2015, S: 16.
Lombois, Claude:	Droit pénal général , Les Fondamentaux, Hachette, Paris, 1994.

Lorvellec, Louis:	“Les aspects juridiques de la violence sportive”, Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat içinde, Pedone, Paris, 1980.
Lucas-Gallay, Isabelle:	“Le suicide, le tiers et le droit”, Bordeaux Üniversitesi Doktora Tezi, 1995.
Magniez, Emile:	L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime , Editör Arthur Rousseau, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1902.
Mahmutoğlu, Fatih S.:	“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi , Yıl:2005, S: 5.
Mascala, Corrine:	“Art. 122-7: Fasc. 20”, JurisClasseur Pénal Code, LexisNexis.
Mascala, Corrine:	“Art. 122-4 à 122-7: Fasc. Unique”, JurisClasseur Pénal Code, LexisNexis.
Mascala, Corrine:	“Art. 122-4: Fasc. 20”, JurisClasseur Pénal Code, LexisNexis.
Mascala, Corrine:	“Art. 122-5 et 122-6: Fasc. 20”, JurisClasseur Pénal Code, LexisNexis.
Mayaud, Yves:	Droit pénal général , 2. Baskı, PUF, 2007.
Merle, Roger –Vitu, André:	Traité de droit criminel , C: 1, “Droit pénal général”, 7. Baskı, Cujas, Paris, 1997.
Ottenhof, Reynald:	Le droit pénal et la formation du contrat civil , LGDJ, Paris, 1970.
Önder, Ayhan:	Ceza Hukuku Dersleri , Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
Özbek, Veli Özer – Doğan, Koray – Bacaksız, Pınar - Tepe, İlker:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Özbek, Veli Özer:	TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) , 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
Özbek, Veli Özer:	Türk Ceza Kanununun Anlamı , C: I, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010.
Özbudun, Ergun:	Türk Anayasa Hukuku , 8. Baskı, Ankara, 2005.
Özgenç, İzzet:	“Emniyet Görevlilerinin Silah Kullanma Yetkisi Üzerine Düşünceler”, İstanbul Barosu Dergisi , Yıl: 1994, C: 68, S: 1-2-3, İstanbul.
Özgenç, İzzet:	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler , 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
Özgenç, İzzet:	Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi , 3. Bası, T.C Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2006.
Öztürk, Burak:	Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı , Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
Pereira, Brigitte:	“Responsabilité Pénal”, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale içinde, Dalloz.
Pin, Javier:	Droit pénal général , 6 Baskı, Cours Dalloz, 2014.
Pin, Xavier:	Droit pénal général , 8. Bası, Dalloz, Paris, 2017.
Polat, Harun Ersin:	Türk Ceza Hukuku’nda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kanunun Hükmünü Yerine Getirme, Yüksek Lisans Tezi , Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
Pradel, Jean - Danti-Juan, Michel:	Droit pénal spécial , 6. Baskı, Cujas, Paris, 2014.
Pradel, Jean - Varinard, André:	Les grands arrêts du droit criminel , Dalloz, Paris, 2009.
Pradel, Jean - Varinard, André:	Les grands arrêts du droit criminel , 9. Baskı, Dalloz, Paris, 2014.
Pradel, Jean:	“La Parquet assistée par le Droit”, Recueil Dalloz , Yıl: 2005, S: 31.

Pradel, Jean:	“Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi”, Recueil Dalloz , Yıl: 1992, S: 29.
Pradel, Jean:	Droit pénal comparé , 3. Baskı, Précis Dalloz, 2008.
Pradel, Jean:	Droit pénal général , 20. Baskı, Cujas, Paris, 2014.
Pradel, Jean:	Droit pénal général , 21. Baskı, Cujas, Paris, 2016.
Pradel, Jean:	Le nouveau code pénal , 2. Baskı, Dalloz, 1995.
Puech, Marc:	Droit pénal général , Litec, 1988.
Rassat, Michèle- Laure:	Droit pénal général , 4. Baskı, Ellipses, 2017.
Rassat, Michèle-Laure:	Le droit pénal , Dalloz, 2005.
Robert, Jacques Henri:	Droit pénal général , 6. Baskı, Thémis, PUF, 2005.
Roujou de Boubée, Gabriel –Gozzi, Marie-Hélène –Mirabail, Solange –Segonds, Marc:	“Droit pénal: panorama 2004”, Recueil Dalloz , Y: 2005.
Sarıca, Ragıp:	Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti , Türk Hukuk Kurumu Yayınları, İstanbul, 1943.
Savaş, Vural - Mollamahmutoğlu, Sadık:	Türk Ceza Kanununun Yorumu , C: 1, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994.
Sevgili Gençay, Fatma Didem:	“Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AÜHFD) , C:63, S:2, 2014, Ankara.
Soyaslan, Doğan:	Ceza Hukuku Genel Hükümler , 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
Soyaslan, Doğan:	Ceza Hukuku Özel Hükümler , 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
Soyaslan, Doğan:	Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi , Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.
Soyer, Jean Claude:	Droit pénal et procédure pénale , 20. Baskı, LGDJ, 2008.

Sözüer, Adem:	“Hukuki Hata”, Yargıtay Dergisi , Y: 1995, C: 21 S:4.
Sözüer, Adem:	“Türk Ceza Kanunu’nda Öngörülen Mazeret Sebeplerine İlişkin Soru ve Cevaplar”, Hukuki Perspektifler Dergisi , S. 6, Mayıs 2006.
Stefani, Gaston – Levasseur, Georges - Bouloc, Bernard:	Droit pénal général , 22. Baskı, Dalloz, 2011.
Şentop, Mustafa:	Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku , İstanbul, 2004.
Şimşir, Bilâl N.:	İngiliz Belgelerinde Atatürk (1919-1939) , Cilt. I, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara, 1973.
Taner, Tahir:	Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku , Tanzimat, C: I, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.
Taneri, Gökhan:	“Müstehcenlik Suçu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C: 13, S. 1, Yıl: 2018.
Tanilli, Server:	Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş) , Adam Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2000.
Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi:	1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku , 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.
Tanör, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi:	1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku , 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
Tezcan, Durmuş – Erdem, Mustafa Ruhan - Önok, R. Murat:	Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku , Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2010
Teziç, Erdoğan:	Anayasa Hukuku (Genel Esaslar) , 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
Teziç, Erdoğan:	Anayasa Hukuku , 11. Baskı, İstanbul, 2006.
Thouvenin, Dominique:	“De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle”, Recueil Dalloz , Y: 1991
Toroslu, Nevzat:	Ceza Hukuku Genel Kısım , 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.

İstanbul Barosu - Galatasaray Üniversitesi – Türk Ceza Hukuku Derneği:	Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, Kurumsal Raporlar, Toplantılara Sunulan Raporlar, Bilimsel Raporlar, İstanbul, 2004.
Ünver, Yener:	Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk , Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
Vermelle, Georges:	Le nouveau droit pénal , Dalloz, 1994.
Vitu, André:	“Un fait justificatif spécial: la permission légale instaurée par l'article 73 du code de procédure pénale”, RSC , Y: 1990.
Yaşar, Osman – Gökcan, Hasan Tahsin – Artuç, Mustafa:	Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu , 6. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
Yenisey, Feridun:	Kolluk Hukuku , Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
Zafer, Hamide:	Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 , 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.

ÖZGEÇMİŞ

Muhammed Buhari, İlkokulu Muğla’da, ortaokul ve liseyi Nazilli’de tamamlamıştır. Lisans eğitimini İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde, yüksek lisans eğitimini “Türk Hukuku’nda Ayrımcılık Suçu” başlıklı tezi ile Galatasaray Üniversitesi’nde bitirmiştir. Doktora eğitimini “Türk ve Fransız Ceza Hukuku’nda Kanunun Hükmünü Yerine Getirme” başlıklı tezi ile İstanbul Üniversitesi’nde tamamlamıştır. Bu süreçte Paris Sorbonne Üniversitesi’nde ve Bordeaux Üniversitesi’nde misafir araştırmacı olarak bulunmuştur. Halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. Akademik hayatı boyunca çeşitli dergi ve kitaplarda akademik eserler yayınlamıştır. Evli ve bir çocuk babasıdır.