

MEMURA AKTİF MUKAVEMET SUÇU VE BAZI SUÇLARLA İÇTİMAI SORUNU

Dr. Çetin ARSLAN*

GİRİŞ

Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nun 190 ve 192. maddelerine tekabül eden TCK'nın 258. maddesi¹“*Memura Aktif Mukavemet Suçu*”nu düzenlemekte ve Kanun'un 2. kitabının “*Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler*” başlıklı 3.babının “*Hükümete Karşı Şiddet veya Mukavemet ve Kanunlara Muhalefet*” ismini taşıyan 8. faslında yer almaktadır. Söz konusu suçla ilgili olarak gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında tartışmalı olan bazı hususlar vardır. Bunlardan birincisi maddede söz edilen “*memura yardım eden(ler)*” kavramının içeriği ve kapsamı; ikincisi ise

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

¹“(Değişik: 6123 - 9.7.1953) Bir memura veya ona yardım edenlere memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(Değişik 2.fıkra: 2245 - 7.6.1979)Eylem silahla bir kişi tarafından işlenmişse iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Eylemin iki veya daha çok silâhlı kişiler tarafından veya silâhsız olsa bile toplanmış beşten çok kişiler tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Eğer fiil, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyla vaki olmuşsa birinci fıkradaki hal için iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hal için dört aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir.

Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.

254, 255, 256 ve 257 nci maddelerle yukarıdaki fıkralarda yazılı fiiller, İcra Vekilleri Heyetinden bir vekil aleyhinde işlenirse tâyin edilecek ceza yarı nispette artırılarak hükümlenir.”

Bu madde; önce 8.3.1933 gün ve 2275 sayılı, 29.6.1938 gün ve 3531 sayılı, 9.7.1953 gün ve 6123 sayılı Kanunun 1. ve son olarak da 7.6.1979 gün ve 2245 sayılı Kanunun 6. maddeleriyle, yukarıdaki biçimde değiştirilmiştir. Değişikliklerin içerikleri konumuz açısından bir öneme sahip olmadığından burada üzerinde durulmayacaktır. Belirtelim ki, bu suç 1997 t. TCK Tasarısının İkinci Kitap Üçüncü Kısım “*Kamu Hizmeti ve Görevlerine Karşı Suçlar*” başlıklı Beşinci Bölümünde ve 418. maddesinde “*Görevi yaptırmamak için veya görevde direnme*” başlığı ile düzenlenmiştir.

“görevli memura şiddet (maddi cebir) veya tehdit (manevi cebir) ile mukavemet fiili yanında, hakarett/tahkir fiilinin veya mukavemet için gerekli olan şiddeti (maddi cebiri) aşan müessir fiil veya adam öldürme suçunun da ika edilmesi halinde, failin fiillerinin memura aktif mukavemet suçu yanında memura hakaret, müessir fiil veya adam öldürme suçlarını oluşturup oluşturmayacağı” hususudur. Bu tartışma ve kararsızlığın yanında konuya genel bilimsel eserler ve şerhler dışında değinilmemiş olması, onu incelemeye değer kılmaktadır.

I-KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

“Memura aktif mukavemet suçunun” ihdas edilmesiyle korunan hukuki menfaat, *“kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu idarenin herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmalarını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almaktır”*.² Memurun görevinin yerine getirilmesine *“şiddet”* veya *“tehditle”* engel olan kimse, *“kamu idaresine ait bir menfaati”* ihlal etmiş olmakla birlikte; kendisine karşı şiddet kullanılan veya tehdide maruz kalan memurun *“beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı”*nın ihlali de söz konusu olduğundan; suç, aynı zamanda memurun *“beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı”*nı da himaye eden, yani birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.³

² Bkz. **Erman, Sahir/Özek, Çetin**, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281). İstanbul 1992,s.292-293, 328-329; **Artuk, Mehmet Emin/Gökcen, Ahmet/Yenidünya, Cener**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1998, s.552; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, İzmir 2000, s.211; Aynı içerikte: **Yarsuvat, Duygun**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İÜİFM, C.30, Sa.3-4, İstanbul 1965, s. 665, 670, 688; **Ersoy, Yüksel**, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar(TCK .m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri) Ankara 1973, s.3; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3 Baskı, Ankara 1999, s.563; **Selçuk, Sami**, Karşıoyların Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar (Yayına Hazırlayan Cengiz Otacı), Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.164.

³ Bkz. **Erman/Özek**, s. 292-293; **Selçuk**, Karşıoyların, s.164; *“Memura karşı şiddet veya tehdit çok mağdurlu suçlardandır, şu suretle ki, korunan menfaatin sahipleri hem devlet hem de cebir ve tehdide maruz kalan kimsedir...”*(İt.Yargıtayı, 21 Eylül 1989-Guis.Pen., 1989, III.729-732)/kr. **Erman/Özek**, s. 292-293, da.1); Belirtelim ki, bir önceki dipnotta adı geçen **Erman/Özek** ve **Selçuk** dışındaki yazarlar, zikredilen ikinci hukuki konuya değinmeyerek, suçun birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olduğu hususunu gözden kaçırmışlardır. Keza Yargıtay da: *“...görevliye etkin direnme suçu kamu idaresine karşı işlendiğinden...”* (CGK, 21.9.1992, 4-205/228), *“...fiil memurun şahsına yönelik olmayıp, doğrudan doğruya kamu idaresine yöneliktir...”* (CGK, 16.11.1999,4-221/279) şeklindeki kararlarında olduğu gibi suçun, ikinci hukuki konusunu ve bu nedenle de birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olduğu hususunu yadsımaktadır.

II-FAİL VE MAĞDUR

Bu suçun “*faili*” herhangi bir kimse olabilir. Fail memursa verilecek ceza diğer şartlarının da varlığı halinde TCK’nın 251. maddesi gereğince arttırılır. Failin mutlaka memurun vazifesine ilişkin hareketin muhatabı olması gerekmez. Hatta memurun görevine ilişkin faaliyet (fiil) (tehlike arz eden bir köprünün yıkılması veya umumi bir mahallin dezenfekte edilmesinde olduğu gibi), belli bir şahsa yönelik olmasa dahi suç konusu olabilir.⁴

Her suçta “*zarar gören bir tarafın (parte lase)/mağdurun*” olması zorunludur. Suç hem toplumu, yani teşkilatlanmış bir toplum olarak “*Devleti*”, hem de “*fertleri*” zarara sokar. Bu zararların derecesi suça göre değişmekle birlikte, her suçta az veya çok her ikisi de bulunur. Belli bir şahsa karşı gözükmeyen suçlarda fertler, toplumun bir üyesi olarak, zarar gördükleri gibi; sadece fertlere karşı işlenmiş gibi gözükken suçlarda da, Devletin hukuk düzeni bozulduğu için toplumun zararı da mevcuttur.⁵ Bu nedenle bütün suçlarda olduğu gibi “*memura aktif mukavemet suçu*”nun da tabii ve zorunlu mağduru “*Devlet*”tir. Gerçekten, suçun mağduru,⁶ belirli bir suç tarafından zarara uğratılan veya tehlikeye atılan hak veya menfaatin sahibi,⁷ başka bir ifadeyle suçun kurbanı⁸ olduğuna göre “*Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler*” babında düzenlenen ve korunan hukuki menfaatten birincisi de, “*kamu idaresi organlarının görevlerini herhangi bir engelle karşılaşmadan sükunetle yerine getirmelerini sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almak*” olan “*memura aktif mukavemet suçu*”un ilk mağduru doğal olarak “*Devlettir*”.

⁴ Manzini, V, no.1587, zkr. Erem, Faruk, Memura Mukavemet, AD, 1959, Sa. 3, s.308 ve dn.1; Yarsuvat, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hüriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, İstanbul 1968, s.195 dn.10.

⁵ Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 8. bası, İstanbul 1986, s.s.298 vd.

⁶ Suçun mağduru ile, suçtan zarar gören kavramı çoğu zaman birlikte ve/veya aynı anlamda kullanılmakla birlikte, aralarında fark vardır. Kısaca belirtmek gerekirse, suçun mağduru suçla korunan hukuki menfaatin sahibidir. Oysa suçtan zarar gören, korunan hukuki menfaatin sahibi olmamakla birlikte, ihlal edilen hukuki menfaat dolayısıyla zarara uğrayan ve bu zararının tazminini isteme hakkı olan kimsedir.Örneğin adam öldürme suçunda, suçun mağduru yaşama hakkı elinden alınan ölen kimse olduğu halde, suçtan zarar gören, tazminat isteme hakları olan, ölen kimsenin akraba ve mirasçılardır. Bu farkın önemi şuradadır ki, suçun mağduru suçtan doğan “*ceza ilişkisinin tarafı*” olduğu halde, suçtan zarar gören ancak, “*hukuk ilişkisinin tarafı*”dır ve iddiası da esas itibarıyla yalnız hukuki nitelik taşımaktadır (Dönmezer/Erman, Genel Kısım, C. 2, s.454); Yarsuvat, Devlet İdaresi, s.679.

⁷ Bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku.Genel Kısım, C. 2, 8.Bası, İstanbul 1983, s.453; Hafizoğulları, Zeki, Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s.91-92.

⁸ Antolisei, Manuala, PG, s.132, zkr. Hafizoğulları, Zina Cürümleri, s.79.

“*Korunan Hukuki Menfaat*” başlıklı yerde de belirttiğimiz gibi, “*memura aktif mukavemet suçu*”, birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olup, koruduğu bir başka hukuki menfaat de, kendisine karşı şiddet kullanılan veya tehdide maruz kalan memurun “*beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı*”dır. Çok konulu, bu nedenle çok mağdurlu suçlardan⁹ olan “*memura aktif mukavemet suçu*”nun diğer “*mağduru*”, memuriyetine ait vazifeyi¹⁰ yapmakta olan “*memur*” veya ona “*yardım eden(ler)*”dir^{11,12}. Mağdur ancak “*memur*” veya ona “*yardım eden(ler)*” gibi belirli sıfatlara sahip bir kimse olabileceğinden bu suç “*mağdur bakımından özel/mahsus suç*”tur.¹³ Memuriyete ait vazifenin memur için zorunlu veya takdiri bir fiil veya işlem olmasının herhangi bir önemi yoktur. Ancak takdiri eylem veya işlemde bir hata varsa TCK’ nın 258/4. fıkrası dikkate alınmalıdır.¹⁴

TCK’nın 258/4. maddesinde düzenlenen “*memura karşı şiddet ve tehdit suçu*”nun aksine bu suçta “*resmi meclisler azası*”ndan bahsedilmemiş olması, bunlara karşı “*memura aktif mukavemet suçunun*” işlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yasada bu yönde bir açıklık olmaması, resmi meclis azalarının icrai görevlerinin bulunmayacağı düşüncesinden kaynaklanmış olabilir.¹⁵

⁹ İt.Yargıtayı, 21 Eylül 1989-Guis.Pen., 1989, III.729-732, zkr. **Erman/Özek**, s. 292-293, dn.1.

¹⁰ Mağdur mahkeme mübaşirinin, sanığı “*adliye koridorundan*” çıkartma görevinin bulunmaması nedeniyle, görevli memura direnme suçu söz konusu değildir” (CGK, 26.10.1953, 134/171); “Belediye zabıtasının suçluyu karakola götürmek gibi adli bir görevi bulunmadığından direnme suçu oluşmaz...” (4.CD, 23.9.1992, 4882/5733).

¹¹ Bkz. dn.2’de zikredilen yerlere. İşaret edelim ki adı geçen yazarların hiç biri suç mağduru olarak “*Devlet*”ten bahsetmemektedirler. Yazarların bu husustaki sessizliği kanımca “*Devletin*” her suçta olduğu gibi bu suçta da tabii ve zorunlu mağdur olmasının hiçbir tereddüt olmayacak kadar açık ve olağan olmasından kaynaklanmaktadır.

¹² Belirtmek gerekir ki, “*suçun mağdurunu*”, “*suçun konusu*” ile karıştırmamak gerekir. Gerçekten suç teşkil eden harekete ilişkin hak ve yarardan zarar gören ile bu hak ve yararın sahibi aynı kişi ise, suçun konusu ile mağdurun birleştiği görülür. Örneğin müessir fiil suçlarında durum böyledir. Ancak bazı hallerde, suçun konusunu oluşturan kişi ile, ihlal edilen hak ve menfaatin sahibi farklı olabilir; örneğin küçüğün rızaen alıkonulmasında veya kaçırılmasında suçun konusu alıkonulan veya kaçırılan küçük olduğu halde, mağduru velayet hakları ihlal edilen ana ve babadır (**Dönmezer/Erman**, Genel Kısım, C. 2, s.453-454). Bu nedenle “*memura aktif mukavemet suçu*”nda suçun mağduru olan memur aynı zamanda suçun konusunu da oluşturmaktadır.

¹³ **Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa, R/ Özbek, Veli Ö.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler.(Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler. Ankara 2001, s.119.

¹⁴ Bkz.**Erem**, Memura Mukavemet, s.309; Aksi düşüncede: **Lollini**, no.214, zkr., **Erem**, Memura Mukavemet, s.309.

¹⁵ Bkz.**Erem**, Memura Mukavemet, s.308.

Memurun kim olduğu TCK'nın 279. maddesine göre belirlenecektir.¹⁶ Ancak "*memura yardım eden kimse*" kavramı konusunda herhangi bir açıklık olmayıp, bununla ifade edilmek istenen husus konusunda iki ayrı görüş vardır. Bunlardan birincisine göre, Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nda kullanılan "*talep üzerine (sur sa réquisition)*"¹⁷ ibaresinin yasamıza alınmamış olmasına rağmen, mağdurun yardım eden konumunda bulunabilmesi için, ona memur tarafından bir yardım talebi gelmiş olması ve bu talep üzerine kamu görevinin yerine getirilmesine katılmış olması gerekir. Böyle bir talep olmaksızın memura yardım eden kimseye karşı işlenen şiddet veya tehdit ile mukavemet fiili 258. maddedeki suç oluşturmadığı gibi¹⁸ aksine uygulama haksızlığa ve adaletsizliğe yol açar.¹⁹ İkinci görüşe göre ise, memur tarafından bir talepte bulunmuş olsun ya da olmasın veya kanun tarafından yetkili kılınmış olsun ya da olmasın, kamu görevinin yerine getirilmesinde memurun yanında yer alan kişi suçun mağdurudur.²⁰

Kanımca her iki görüşün de eleştiriyeye açık yönleri vardır. İlk olarak, yardım eden kimsenin bu suçun mağduru olabilmesi için yardım amacıyla ika ettiği fiile, kamu görevinin görülmesi için memurun mutlaka "*ihtiyaç*" ve "*zorunluluk duyması*" ve bu nedenle talepte bulunmuş olması gereklidir. Başka bir ifadeyle, "*yardım eden kimsenin yardımı olmadan görev yerine getirilemeyecek veya tamamlanamayacak olmalıdır.*"²¹ Aksi takdirde gereksiz bir şekilde, memur sıfatı olmayan, kamu idaresiyle ilgili her hangi bir görevi bulunmayan bir kimsenin belki de lüzumsuz yere sırf

¹⁶ Bkz. **Erman/Özek**, s. 328; **Erem, Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 1993, s.1420; **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.2, Genişletilmiş 5.Bası, İstanbul (tarihsiz), s.1017; **Artuk / Gökçen/ Yenidünya**, s.554-555; **Tezcan/Erdem**, s.212; Bir kimsenin TCY' nin 258. maddesi gereğince cezalandırılması için kendisine direnilen kişinin TCK uygulamasında memur sayılan bir kimse olması zorunludur..."(4. CD, 21.1. 1998, 11719/548).

¹⁷ 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda da (md.337) muhafaza edilen 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 190. maddesinde "*görevine giren bir işi yaptığı sırada bir memura veya talep üzerine(sur sa réquisition) ona yardımda bulunanlara mukavemet eden kimse...*" ibaresi yer almaktadır.

¹⁸ Bkz. **Erman/Özek**, s. 328; **Gözübüyük**, s.1017; **Akdağ, Selami**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1976, s.373; **Soyaslan**, s.563; **Soyaslan** (s.563), yardımın hizmete ilişkin olması gerektiğine işaret etmektedir.

¹⁹ Bkz. **Gözübüyük**, s.1017.

²⁰ Bkz. **Artuk /Gökçen, /Yenidünya**, s.554-555; **Tezcan/Erdem**, s.212 **Erem**, Memura Mukavemet, s.308-309; **Erem**, Şerh, s.1420-1421. Belirtelim ki, **Erem**, yasa düzenleme nedeniyle bu görüşte olmakla birlikte, birinci görüşe paralel bir düşünceyle bu durumu eleştirmektedir.

²¹ Benzer içerikteki görüş için bkz. **Özütürk, Nejat**, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul 1970, s.984; **Savaş, Vural /Mollamahmutoglu, Sadık**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara 1995, s.2341.

memurun yanında yer alması maddenin tatbikini gerektirecektir. Gerçekten, gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamasında kararlılık kazanan görüşe göre, memurun yaptığı fiilin görevine girmemesi halinde dahi bu maddenin (TCK md.258) uygulanma olanağı ortadan kalkarken, sırf memurun yanında yer alan ailede bir kişinin bu suçun mağduru olamaması gerekir. Bir örnekle düşüncemizi somutlaştırmak gerekirse: Bir hakimın duruşmanın inzibati ile ilgili kararları (bir kişinin duruşma salonundan çıkarılmasında olduğu gibi) yerine getirmek üzere, görevli ve yetkili mahkeme mübaşiri de bulunduğu halde, orada bulunan herhangi başka bir kimseyi mübaşirin yardımcısı olarak görevlendirmesi veya söz konusu kişinin kendiliğinden veya mübaşirin talebiyle ona yardım etmesi ve bu sırada kendilerine karşı mukavemet edilmesi, bu maddenin uygulanmasını gerektirmemelidir. Zira burada duruşmadan çıkarma kararı yasal olarak infaz edecek olan yetkili bir mübaşir vardır. Kuşkusuz ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde (CMUK md.127)²² olduğu gibi kanunun bir hükmünü icra etmesi nedeniyle mağdurun yaptığı işlem bir kamu görevi niteliğinde ise, ceza kanunu uygulamasında esasen “memur” sayılacağından, “memura yardım eden kimse” sıfatı nedeniyle değil “memur” sıfatı nedeniyle bu suçun mağduru olabilecektir.²³ Kanımca Yasanın burada “memura yardım eden kimse(ler)” terimiyle kastettiği kişiler “asli fonksiyonunu ifa eden memura, pozitif bir hukuk normuyla yardım etmek görevi yüklenen kimseler”dir. Bu duruma ise hakim tarafından keşfe götürülen bilirkişi,²⁴ icra memuru tarafından kilit açmakla görevlendirilen çilingir, taşıma için görevlendirilen hamal veya nakliyeciler örnek gösterilebilir.

²² “Meşhud cürüm sırasında rastlanan veya meşhud cürümden dolayı takip olunan şahsın ısrarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tevkif müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalayabilir... İşlenmekte olan suç, meşhud suçtur. Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhud suç sayılır”. Soyaslan, s.563; Aksi düşünce: Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 2, Ankara 1978, s.207; Lollini, no.200; Zerboglio, no. 69, zkr., Erem, Faruk, Memura Mukavemet, s.309 ve dn. 4; Erem, Şerh, s.1420-1421.

²³ Bkz. Gözübüyük (s.1017), bu durumda TCK'nın 258. maddesinin uygulanamayacağı görüşündedir.

²⁴ “Oluş ve mevcut delillere göre, sanıkların keşfe mani olmak maksadıyla, küfrederek, ellerindeki sopalarla, bilirkişi Süleyman Sakallı'nın üzerine yürümekten ibaret eyleminin, küll halinde TCK'nın 258/4. maddesine uyan, 'cebir ve şiddetle memur ve ona yardım edenlere mukavemet suçunu oluşturduğu', hakaret suçunun muhatabının adı geçen bilirkişi olduğu, hakim, zabıt katibi ve mübaşirden oluşan topluluğun adli heyet sayılamayacağı gözetilmeden, sanıkların ayrıca TCK'nın 268/1. maddesiyle cezalandırılmaları ...yasaya aykırıdır” (4.CD, 30.1.1981, 7307/7355); “Oluş ve kabule göre, mahkemece verilen tedbir kararının infazında, sanıkların ilgili memura yardım eden bilirkişilerin görev yapmalarına cebir, şiddet kullanarak mani oldukları anlaşılmasına göre, eylemlerinin TCK'nın 258/1. maddesine uyduğunun düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir” (4.CD, 16.12.1973, 11689/1335).

İkinci olarak; “*memurun yardım talebinin*” pozitif bir hukuk normuna dayanması gerekir. Eğer memur herhangi yasal dayanağı olmadan bir kimseden yardım talep etmiş ve bu kimsenin yardımı sırasında mukavemet oluşmuşsa yardım edenlerin görevlendirilmeleri pozitif bir hukuk normuna dayanmaması nedeniyle hükmün korumasından yararlanamazlar.²⁵

Üçüncü olarak; bilindiği üzere bu suçun koruduğu hukuki menfaatin biri de, “*kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu organların herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmalarını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almaktır*”. Kamu idaresi içinde yer almayan, talep üzerine veya kendiliğinden memura yardım etmesinin gerekli hatta yasal olup olmadığı belli olmayan bir kimsenin, bu suçun mağduru olabileceğini düşünmek kanımca yersizdir. Kaldı ki buna gerek de yoktur. Zira diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla memurla beraber failin cebir, şiddet veya tehdit niteliğindeki fiillerine maruz kalan kimse duruma göre “*müessir fiil*” veya “*tehdit*” suçunun mağduru olabilecek ve fail de müstahak olduğu cezayı görecektir.

Belirtmek gerekir ki, memura aktif mukavemet suçunda mağdur sayısının çokluğu, birden fazla suçun oluşmasını gerektirmeyeceğinden ve bunun yanında suç işlendiği sırada memurun ve ona yardım edenlerin hazır bulunması zorunlu olduğundan, fail her halükarda tek suçtan cezalandırılacaktır. Bu durum aslında sorunu pratikte önemsiz bir hale getirmektedir. Zira ister talep üzerine, ister kendiliğinden memura veya memurlara yardım eden bir ya da birden çok kişi için sanığa ayrıca bir ceza verilmeyecektir.

III- MADDİ UNSUR

Memuriyete ait vazifenin icrası sırasında bir memura veya ona yardım edenlere şiddet veya tehdit ile mukavemet (*résistance avec violence*) edilmesi, karşı konulması suçun maddi unsurunu oluşturur.²⁶ “*Mukavemet*”

²⁵ Nitekim bu sorun doktrinde, “Talebe ilişkin bir ibare ihtiva etmeyen kanunumuzun düzenlemesi isabetli değildir. Gerçekten bu suretle yardımın zorunlu olup olmadığının tayin salahiyeti, hususi bir şahsın takdirine bırakılmakta ve memura gerek olmadığı halde yardım eden kimseye karşı koyanın, mukavemet cürmünü işlemesine neden olunmaktadır” şeklindeki gerekçeyle eleştirilmiş ve bu eksikliğin suçun uygulama alanını genişlettiği ileri sürülmüştür (Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.555); Karş. Erem, Faruk, Memura Mukavemet, s.309.

²⁶ Bkz. Erman /Özek, s.294-297, 329; Artuk /Gökçen, /Yenidünya, s.557; Gözübüyük, s.1016,1019; Soyaslan, s.564; “Görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere, görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır...” (CGK. 21.9.1992, 4-205/228); (Aynı içerikte: CGK. 16.11.1999,4-221/279); “Sanığım, ‘bir dakika içinde köyü terk edeceksiniz, sizce iftira

(*ing.resistance, fr.résistance*) etmek, dayanma, direnç, direniş, direnmek, karşı koymak,²⁷ anlamına gelmekte ve memurun hareket serbestisini ihlal eden ve onu görevini sükunetle tamamlamaktan alıkoyan her türlü hareket, şiddet ve tehdit olarak tanımlanmaktadır.²⁸

“*Cebir, şiddet ve tehdit*” kavramları TCK’nın birçok maddesinde çoğu zaman aynı olmakla beraber kısmen farklı sözcüklerle, birlikte veya tek olarak²⁹, ancak aynı anlamı ifade etmek için, kimi zaman suçun kurucu unsuru³⁰ kimi zaman suçu etkileyen (ağırlaştırıcı) neden³¹ kimi zaman cezasızlık (cezaı kaldıran) nedeni,³² kimi zaman ise bulunmaması koşuluna bağlı menfi bir düzenlemeyle hafifletici neden³³ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözlük anlamıyla “*cebir (ikrah, zecir)*”, “(ar.cebr, zecr, lat. vis compulsio, vis compulsiva, ing.violence, force, constraint, compulsion, it.violenza, fr.violence, contrainte)” “zor, zorlama, zorlayış, zorla yaptırma, zor kullanma, zorlayıcı kuvvet, kompulsiv kuvvet, icbar etme, baskı yapma, bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya

atılsa ne yapacaksınız?’ biçimindeki sözlerinin, etkin direnme suçunun zor ya da tehdit öğelerini ne suretle oluşturduğu açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle karar verilmesi ...yasaya aykırıdır” (4.CD, 25.9.1996, 5723/6998).

²⁷ Bkz. **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C.16, s.8370; **Doğan, D.Mehmet**, **Büyük Türkçe Sözlük**, 7.Baskı, Ankara 1990, s.431,1049; **Özön, Mustafa Nihat**, **Küçük Osmanlıca-Türkçe Sözlük**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 3.Basım, İstanbul 1983, s.704; **Dayınlarlı, Kemal**, **Dictionnaire Des Termes Juridiques, Français-Turc**, Ankara 1981, s.471; **Saraç, Tahsin**, **Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük (Grand Dictionnaire Français-Turc)**, 3.Basım, İstanbul 1990, s.1219; **Tuğlacı, Pars**, **Büyük Türkçe- Fransızca Sözlük**, 4.Baskı, İstanbul 1991, s.220,496; **Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English**, (Edited by Sally Wehmeier-Phonetics Editor Michael Ashby), Sixth edition, 2000, s.1131; **Redhouse**, İngilizce-Türkçe Sözlük, Milliyet Yayınları, Basım Yeri ve Tarihi Belli Değil, s.816; **Artuk /Gökce /Yenidünya**, s.557; **Gözübüyük**, s.1016-1017.

²⁸ Bkz. **Erman/Özek**, s.333; Carrara hukukta mukavemetin, sözlük anlamında kullanılmış olduğunu ve “birbirleriyle ihtilafı olan iki karşı kuvveti ifade ettiğini” belirlemektedir (Carrara, Programma, V. n. 2743, 400, zkr. **Yarsuvat**, Toplantı, s.198).

²⁹ Örneğin. “*cebir, ikrah, şiddet, şiddet ve tehdit, şiddet veya tehdit, cebir ve şiddet veya tehdit, tehdit, icbar, cebren, zor, haksız taarruz, tehdit veya kötü muamele, zor veya tehdit, cebir ve taziyk, kuvvet sarfi*”; 1997 t.TCK Tasarısında 25.maddesinin başlığında “*cebir, ikrah ve tehdit*” ibaresine, madde metninde ise “...*maddi cebir veya muhakkak ve ağır bir ikrah veya tehdit...*” ibarelerine yer verilmiştir.

³⁰ Bkz. TCK md.174/1, 188/1,6, 191/1, son, 192/1, 201/1,2, 209/1, 246, 254/1, 255, 256, 258/1, 260, 269, 304/2, 308/1, 312/a, 384/II,IV, 390,429/1,430/1 416/1,2, 429, 430,431, 436/1,495,496, 515/1.

³¹ Bkz. TCK md.175/2, 179/2, 188/son, 191/2, 193/2, 254/3, 277, 291/1, 298/2,3, 299/2,3, 301/5, 302/son, 308/2, 3, 310, 384/III, 414/2, 436/2, 439, 499/2, 501, 514, 516/f.2,b.2, 517.

³² Bkz. TCK md. 485/son.

³³ Bkz. TCK md.201/3,300, 430/2.

zorlama, birine zorla bir iş yaptırma, bir şeyi yaptırmak için maddi ve manevi kuvvet kullanma, tabii iradeyi istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama”;³⁴ “*şiddet*” (*ar. şidded, ing.force, violence, physical violence it. violenza, fr. violence, force*), “kaba güç, sertlik (katılık) gösterme, peklik, sıkılık, zarar verme, hasara uğratmak için fizik güç kullanımı, beden gücünün kötüye kullanılması, fiziki ve ruhsal baskı ile kişinin iradi hareketlerinin engellenmesi, aşırı derecedeki güç davranışları, ortalığa korku ve yıldı salmak, tehdit”;³⁵ “*tehdit*” ise, “(*ar. tehdid, ing. menace, threat, duress, intimidation it. minaccia, fr.menace*)” “zor, zorlama, zorlayış, icbar etme, baskı yapma, bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlama, bir şeyi yaptırmak için maddi ve manevi kuvvet kullanma, tabii iradeyi istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama, verilecek bir cezaıyla korkutma, birinin gözünü korkutma, gözdağı, korku verme, korkutma, bir kimsenin yasada yazılı durumlar dışında, başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirmesi, bir kimseye kendisine zarar vermek kötülük yapmak niyetinde olduğunu söz ve davranışlarla belirtmek”³⁶ anlamlarına gelmektedir.

³⁴ Bkz. **Develioğlu, Ferit**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970, s.158; **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. 5, s.2238-2239; **Türk Hukuk Lügati**, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1998, s.46-47; **Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, Ankara 1998, s.390; **Doğan**, s.158.1188; **Ağakay, Mehmet Ali**, Türkçe’de Yakın Anımlı Kelimeler Sözlüğü, Ankara 1956, s.115; **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996, s.144-145; **Özün**, s.154.1109; **Hırş**, Hukuku Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949, s.216; **Dayımlarlı**, s.148.553; **Saraç**, s. 315, 1469-147; **Tuğlacı**, s.137; **Erem, Faruk**, Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD. C. 16, Sa.1-2, Ocak-Nisan 1990, s. 94-97; **Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku.Genel Kısım, C. 2, 8.Bası, İstanbul 1983, s.332-333; **Toroslu, Nevzat**, Anayasayı ihlal Suçu, ABD, Yıl 42, Sa.1985/4, s.599; **Yarsuvat, Duygun**, Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978, s.314-316, 467-469 ; **Yarsuvat**, Toplantı s. 197, 241; **Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.225-228 ve dn 122; **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, YD. C. 25, Ocak-Nisan 1999, Sa.1-2, s.74-75; **Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhur**, Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara 2001, s.406; **Sözüer, Adem**, Tehdit Suçu, İÜHF. C.54, Sa.1-4, Yıl 1991-1994, İstanbul 1994, s.128-129; **Ovacık, Mustafa**, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 148, 319; **Ovacık, Mustafa**, Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara 1995, s. 40, 78,166; **Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English**, s.1503; **Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük**, s.656,879.

³⁵ Bkz. **Develioğlu**, s.1193; **Türk Hukuk Lügati**, s.155; **Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük**, s.390; **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. 21, s.11073; **Doğan**, s.1038; **Özön**, s.958; **Saraç**, s.618-619, 1469; **Tuğlacı**, s.669; **Ovacık**, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, s. 148, 319; **Ovacık**, Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü, s. 253; **Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük**, s.879; **Yarsuvat**, Toplantı s. 197, 241; **Bayraktar, Köksal**, Siyasal Suç, İstanbul 1982, s.159; **Alpaslan, M. Şükrü**, Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik, İstanbul (Tarihsiz), s. 41-43; “*Tedhiş*” kavramının şiddetle olan benzer ve farklı yönleri için bkz. **Bayraktar, Köksal**, Siyasal Suç, s.157vd; **Alpaslan**, s.41-43.

³⁶ Bkz. **Develioğlu**, s.11272; **Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük**, s.2167; **Toroslu**, s.599; **Yarsuvat**, s.315, 467-469; **Yarsuvat**, Toplantı s. 197, 241; **Sözüer**, s.129-133; **Doğan**,

“*Cebir, şiddet ve tehdit*” kavramlarının TCK’ da ki anlamlarını tespit etmek için sözlük anlamlarından yararlanmak zorunlu ise de yeterli değildir. Bunun için her şeyden önce bu terimler arasındaki ilişkiyi tespit etmek gerekir. TCK’da “*cebir, şiddet ve tehdit*” terimlerinin kullanıldığı hallerde Mevaz Kanununda “*violenza e minaccia*” terimleri yer almaktadır. Bu nedenle Kanunumuzdaki “*cebir kavramının maddi ve manevi cebiri kapsayan genel bir terim olarak kullanıldığı*”;³⁷ şiddet teriminin maddi cebir karşılığı olan İtalyanca’daki “*violenza*” terimini, “*tehdit*” teriminin manevi cebir karşılığı olan “*minaccia*” terimini karşıladığı anlaşılmaktadır.³⁸ Bu nedenle “*cebir*” kavramı kullanıldığı zaman gerek “*şiddet*”in gerekse “*tehdit*”in kastedildiği, buna karşılık sadece şiddet teriminin kullanıldığı hallerde bunun tehdidi kapsamadığı sonucuna varmak gerekir.³⁹

“*Memura aktif mukavemet suçu*”ndaki “*cebir ve şiddet*” kavramı “*maddi cebir*”⁴⁰ anlamında kullanılmakta; mağdurun şahsı, fizik bütünlüğü

s.1072; Yılmaz, s.759; Özön, s.1013; Saraç, s.887; Tuğlacı, s.702; Dayımları, s. 350; Ovacık, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, s. 213; Ovacık, Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü, s. 253; Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük, s.656; Erem, Cebir, s.94-97; Yazıcıoğlu, R.Yılmaz, Tehdit Suçu Üzerine, YD, C.19, Temmuz 1993, s.236 vd.

³⁷ Bkz. Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2001, s.552-553; Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK, m. 188), İstanbul 1978, s.8, 58, 63-65; Bayraktar, s.31; Polatcan, s.178; Ayrıca bkz. dn 27’de belirtilen yerlere.

³⁸ Bkz. Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114 vd.; Aynı düşüncede: 39 numaralı dipnotta zikredilen yazarlar: Hafizoğulları, “*şiddet*” ve “*tehdit*” terimlerini açıkça zikretmese de, kişiyi iradesinden değişik biçimde davranışa zorlayan nedenler olarak “*fiziki cebir*” ve “*manevi cebir*” şeklindeki ayırım ve tanımlamaya dayanarak aynı sonuca ulaşmaktadır (Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali, AÜHFD, C.28, 1971, Sa.1-4, s.93-95).

³⁹ Antonio Pecoraro-Albani, Il Concetto di Violenza nel Dritto Penale, Milano, 1962, s.38, zkr.Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114; Belirtelim ki, İtalyan doktrininde bu husus tartışmalı olup, ayrı bir araştırma konusu olabilecek kadar geniş bir alanı kapsamaktadır (Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114 vd) . Bu nedenle biz burada inceleme konumuzla sınırlı olarak açıklamada bulunacağız.

⁴⁰ Bkz. Levi, N., Delitti contro, la Pubblica Amministrazione, I,II, Milano 1935, s.431,zkr. Polatcan, İsmet, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s.178; Majno, s.206; Erem, Faruk, Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu, AD, 1952, Sa. 7, s.874; Erem, Cebir, s.94-97; Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4.Basım, Ankara 1983, s.87; Erman/Özek, s.295; Gözübüyük, s.483-484, 1101-1102; Artuk/Gökce/Yenidünya, s.557; Polatcan, s.178;Tezcan/Erdem, s.46-48; 1997 t.TCK Tasarısında 25.maddesinin başlığında “*cebir, ikrah ve tehdit*” ibaresine, madde metninde ise “*...maddi cebir veya muhakkak ve ağır bir ikrah veya tehdit...*” ibarelerine yer verilmiştir. Özgenç (s.74-75) bu durumu “*Maddede ‘maddi cebir’, ‘ikrah’ ve ‘tehdit’ kavramına ayrı ayrı yer verilmiştir. ‘Vis compulsiva (zorlayıcı kuvvet)’ karşılığı olarak ‘cebir’ kavramıyla eş anlamlı olarak Türk hukukunda ‘ikrah’ kavramı da kullanılmaktadır. Bu itibarla, cebir kavramına madde metninde yer verildikten sonra ayrıca ikrah kavramının kullanılmasına gerek olmadığı düşüncesindeyiz.*” şeklinde eleştirmiştir.

üzerinde yapılan bir hareket olarak kabul edilmekte, kişi halen hissedebileceği kötülük ve tecavüz icrası suretiyle başka şekilde davranma imkanından yoksun bırakılmakta ve bu şekilde bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlanmaktadır.⁴¹ Keza insan hareketlerini sınırlayan bir kavram olarak “*tehdit*” ise, maddi cebirin aksine mağdurun vücut bütünlüğü aleyhine doğrudan ve o an gerçekleşen fiziki bir hareket değil daha ziyade, failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde, ileride mağdura bir zarar verileceğinin bir kötülük yapılacağıın bildirilmesi ve bu şekilde onun güvenlik duygusunun, iç huzurunun bozulması, endişeye sevk edilmesidir. Bu itibarla tehdit kavramını “*manevi cebir*” olarak zikredebiliriz.⁴² Gerçekten, Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nun TCK'nın 258. maddesine isabet eden 190. maddesinde sadece “*şiddet (violenza)*” ve “*tehdit (minaccia)*” kavramları yer almakta olup, madde dilimize çevrilirken şiddetin maddi niteliğini belirtmek ve vurgulamak için “*cebir ve şiddet*” denilmiştir.⁴³

“*Cebir (şiddet=zor, maddi cebir ve/veya tehdit=manevi cebir)*”ın memurun veya ona yardım edenin görevini gerçekleştirdiği sırada meydana gelmesi,⁴⁴ onları etkileyecek ciddiyette olması, doğrudan veya dolaylı⁴⁵

⁴¹ Bkz. Yarsuvat, s.467-468; Yarsuvat, Toplantı s. 197; Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s.31; Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (Çev.Feridun Yenisey), İstanbul 1989, s.68-69; Özgenç/Şahin, s.267-271; Ayrıca bkz. dn 25'de belirtilen yerlere; (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130) (Bkz.Kaban, Mater/ Aşaner, Halim/ Güven, Özcan/ Yalvaç, Gürsel, Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001, s.362 vd. Ayrıca bkz.YKD, C. 27, Aralık 2001, Sa.12, s.1870-1872).

⁴² Bkz. Erem, Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu, s.874; Erem, Cebir, s.94-97; Yarsuvat, s.315, 467-468; Polatcan, s.178; Özgenç (1996), s.226-227; Özgenç/Şahin, s. 267-271, 405-416; Tezcan/Erdem, s.46-48; Ayrıca bkz. dn.41'de belirtilen yerlere).

⁴³ Bkz. Majno, s.207; Gözübüyük, s.1019; Artuk /Gökce /Yenidünya, s.557 ; “TCY”nın 269. maddesinde sözü edilen cebir ve şiddet Kaynak Yasanın 195. maddesinde “*violenza*” terimi ile ifade edilmiş ve “*maddi cebir*” anlamında, tehdit ise “*manevi cebir*” anlamında kullanılmıştır (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130).

⁴⁴ Bkz. Majno, s.207; Erem, Memura Mukavemet, s.309; Antolisei, II, s.765, zkr. Soyaslan, s.563; Kıyak, Fahrettin/Çağlayan, Muhtar/Şenel, Cabbar, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu, Ankara 1960, s.164; Mukavemetin memurun görevi yaptığı sırada meydana gelmesi zorunlu olduğundan, memurun olay tarihinde görevli olup olmadığı ve görevinin kapsamı yetkili merciden araştırılmalıdır (Kıyak/Çağlayan/Şenel, s.165); “Suçun maddi unsuru cebir, şiddet veya tehdit ile mukavemet etmektir. Cebir, şiddet veya tehdit kamu görevinin yapılması esnasında vuku bulmalıdır. Göreve başlamadan önce veya görev bittikten sonra gerçekleştirilen fiilleri bir başka suça vücut vermekle birlikte, etkin direnme suçunu oluşturmazlar (CGK, 16.11.1999,4-221/279).

⁴⁵ Örneğin polis memurunun kendisini yakalamasına engel olmak için failin bazı eşyalara tutunması pasif (menfi) mukavemetin ötesinde fiillerdir (Gözübüyük, s.1019); Keza tespit için eve gelen hakimi eve sokmamak için kapının şiddetle kapatılarak tespit işleminin yapılmasına engel olunması memura aktif mukavemet suçunu oluşturan fiillerdir(4.CD.

olmakla beraber görev veya yardımın sonuçlandırılmasına engel olmaya elverişli olması ve memura veya yardımda bulunana yönelik olması gerekir.⁴⁶ Belirtmek gerekir ki, *şiddet (zor, maddi cebir)* veya *“tehdit (manevi cebir)”*ın memura veya yardımda bulunana yönelik olması ile kastedilen husus *“şiddet (zor, maddi cebir)”* veya *“tehdit (manevi cebir)”*ın doğrudan memura yönelik olması yanında bu fiillerin memura direnmek için kullanılmış olması olgusunu(ör.zabıta kuvvetlerinin görev yapmasına engel olmak için nakil vasıtalarının tahrip edilmesinde olduğu gibi) da kapsadığı hususudur.⁴⁷

Görev henüz başlamadan meydana gelen *“şiddet (zor, maddi cebir)”* veya *“tehdit (manevi cebir)”* fiilleri TCK'nın 254. maddesinde tanımlanan suç;⁴⁸ bittikten sonra gerçekleştirilen fiiller de, yerine göre müessir fiil veya tehdit suçunu oluşturabilir.⁴⁹ Şiddet veya tehdide başvurulmadan işlenen fiiller, başka kişilere veya eşyaya yönelik fiiller, diğer bir deyişle pasif mukavemetler (ör. kaçmak, itaati reddetmek, memuru aldatmak, kapıyı açmamak, görevin yapılması için gerekli yerlere engeller koymak, bir yere sarılmak cebir kullanmamak şartıyla kendini yere atmak)⁵⁰ ise aktif mukavemet suçunu değil,⁵¹ TCK'nın 260. maddesinde düzenlenen pasif (menfi) mukavemet suçunu oluşturur^{52,53}. Belirtmek gerekir ki pasif (menfi)

31.3.1961, 910/1483) (Gözübüyük, s.1019); Erem, Memura Mukavemet, s.310; Yarsuvat, Toplamı s. 197; Soyaslan, s.564; Sözüer, s. 133.

⁴⁶ Bkz. Erman/Özek, s.330-332; Gözübüyük, s.1017-1019; “Memura direnme sırasındaki cebir ve tehdidin, muhatapı etkileyecek ciddiyette ve elverişlilikte olması gerekir. Sonucun alınması şart değildir (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); “TCK” nın 260. maddesinin uygulanması için direnmede sarf edilen nüfuz ve müessir kuvvetin memurun şahsına değil, uygulamaya yönelik olması gerekir” (2.CD. 301.1980, 2099/657).

⁴⁷ Bkz. Erem, Memura Mukavemet, s.310; CGK, 7.3.1988, 14/79; Belirtelim ki 4.Ceza Dairesi eski bir kararında polis karakolunda zabıt tutulmasını engellemek için yazı makinesinin kırılması olayında, zaptın elle tutulabileceği gerekçesiyle, TCK’ nın 260. maddesinin dahi uygulanamayacağına son derece isabetsiz bir şekilde karar vermiştir(4.CD. 23.2.1949, E.3309, K.4551).

⁴⁸ Bkz. Erem, Şerh, s.1412; “...fail, memura karşı şiddet veya tehdidi, memurun henüz vazifesini yapmaya başlamasından önce kullanırsa, TCK'nın 254. maddesi kapsamına giren bir cürüm işlemiş olur. Halbuki 258. maddedeki mukavemette icbar görevin yapıldığı sırada kullanılır. Bu çeşit eylemde bulunanlar, anılan maddeye göre cezalandırılır. Söz konusu maddeler doktrinde çeşitli yazarlarca bu şekilde yorumlandığı gibi, Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır...” (CGK, 8.2.1982, 4-446/36).

⁴⁹ Bkz.Erman/Özek, s.328; Gözübüyük, s.1018; Artuk /Gökçen, /Yenidünya, s.554-555; Tezcan/Erdem, s.212.

⁵⁰ 4.CD. 8.12.1994, 8474/10806.

⁵¹ Bkz. Erem, Memura Mukavemet, s.310; Artuk /Gökçen/Yenidünya, s.557-558; Gözübüyük, s.1019.

⁵² Bkz. Erman/Özek, s.330-332.

⁵³ Bkz. Erem, Şerh, s.1412; Görevli polis memuruna, cebir, şiddet veya tehdit göstermeksizin direnmekten ibaret eylemin TCK’ nın 260. maddesine uyduğunun

şekilde başlayan mukavemet, cebir veya tehditle aktif hale dönüşmesi halinde (ör. başlangıçta polis tarafından karakola götürülmesine engel olmak için yere yatan kişinin, bilahare memura tekme atması veya tehdit etmesi halinde olduğu gibi), fail TCK'nın 260. maddesine göre değil 258. maddesine göre cezalandırılır.⁵⁴ Söz konusu suçta aleniyet şart olmayıp, özel ikametgah, hapisane vs. dahil her hangi bir yerde suç işlenebilir.⁵⁵

Kendisine mukavemet edilen memurun yapmakta olduğu fiil veya işlem, görevi dahilinde olan bir iş olmalı,⁵⁶ fiil işlendiği sırada memur ve ona yardım edenler hazır bulunmalı,⁵⁷ memurun görevi icrai bir görev olmalı ve bu icrai göreve başlanmış⁵⁸ (ör. faillerin karakola götürülmesi, haciz işlemi yapılması imar planına aykırı binanın yıkılması, kaçak eşyaya el konulması, olay yerinin keşfinin yapılması, yasal işleme dayanak oluşturacak tutanak düzenlenmesi ve idari makamın men kararının yerine getirilmesi gibi) olmalıdır.⁵⁹ Kanımca "*hazır bulunma*" ifadesinden anlaşılması gereken şey fail ve mağdurların yüz yüze olması, birbirlerini görebilmeleri değil, mağdur/mağdurların şiddet veya tehdit ile mukavemeti fiziki olarak algılayabilecekleri her türlü durum/ortam olmalıdır. Zira failin bu suçtaki

gözetilmeden, aynı kanunun 258. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirir (4.CD, 30.1.1987, 11514/808); Kaynak yasada "*memura pasif (menfi) mukavemet suçu*"na (TCK md. 260) yer verilmemiştir (Bkz. **Erman/Özek**, s.330).

⁵⁴ Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.310; **Artuk /Gökçen/Yenidünya**, s. 558.

⁵⁵ Bkz. **Manzini**, V, no.1539, s.281. nt.2 , zkr., **Erem, Faruk**, Memura Mukavemet, s.309 ve dn. 5.

⁵⁶ Bkz. **Erman/Özek**, s.328; **Gözübüyük**, s.1018; **Artuk /Gökçen/Yenidünya**, s.554-555; **Tezcan/Erdem**, s.212; Nitekim Yargıtay, inzibat erinin sivillere karşı bir görevinin bulunmaması gerekçesiyle ona karşı yapılan mukavemeti TCK md.258 anlamında bir suç olarak görmemiştir (4.CD, 21.10.1954, 11649/10053).

⁵⁷ Bkz. **Majno**, s.207; **Lollini**, no.200; **Zerboglio**, no. 69, zkr., **Erem, Faruk**, Memura Mukavemet, s.309 ve dn. 4; **Erem**, Şerh, s.1421; **Gözübüyük**, s.1017 ; "*Haciz kararını uygulamak için olay yerine giden icra müdür vekili yakınana, sanığın, 'haciz yapamazsın, adam ölür, cinayet çıkar'* diyerek üzerine yürüdüğünün oluşa uygun biçimde kabul edilmiş olması karşısında tehdidin görevin yapıldığı sırada işlendiği gözetilerek eylemin TCY' nın 258/1. madde ve fıkrasına uyduğu düşünülmeden aynı yasanın 254/1. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması yasaya aykırıdır" (Bkz. 4.CD, 17.6.1997, 5275/5386).

⁵⁸ Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.311; "*Arabasını yasak yere parkeden sanığın kendisini uyararak yakıncı polis memurunu yaralama biçimindeki eyleminin TCY' nın 456/4, 271. maddelerine uyduğu gözetilmeden etkin direnme suçundan cezalandırılması...yasaya aykırıdır*" (4.CD, 11.11.1997, 9442/5724).

⁵⁹ Memurun uyarıda veya yardımda bulunması, görev yerinde temsil sıfatıyla bulunması icrai görev olmadığından memura mukavemet suçu oluşmaz. Örneğin, "...sanığın evinde haciz yapılırken alacaklı vekili yakınana, '*ben kefilim parayı git, onlardan al, onları da temizlerin, seni de temizlerin*' diyerek, olay yerinde bulunan icra müdürüne de, '*sen aradan çekil*' dedikten sonra tabancasını çıkarıp yakınanın ayaklarına doğru iki el ateş edildiğinin iddia edilmesi karşısında, bu doğrulandığı takdirde haciz sırasında icrai görevi olmayan yakıncı avukata karşı bu eylemin TCY' nın 191/2 ve 273. maddelerine girip girmeyeceğinin tartışılmaması... yasaya aykırıdır" (4.CD, 18.2.1998, 97/ 1153)

özel kastı. memurun yapmakta olduğu görevi cebir, şiddet veya tehdit ile mukavemet edip engellemektir.

“*Şiddet (maddi cebir)*” veya “*tehdit (manevi cebir)*” mukavemet için gerekli olan boyutu aşmışsa, bu suçun yanında başka suçlara da vücut verebilir ki; bu konu “*ıçtima*” bahsinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV-MANEVİ UNSUR

Suç kasıtlı bir suç olup, fail hem memura karşı şiddet veya tehditte bulunduğunu bilmeli, hem bu fiilleri yapmayı istemeli, hem de memurun görevine giren bir işi veya ödevi yapmaya veya yapmamaya onu zorlamalıdır.⁶⁰ Bu nedenle suç genel kastın yanında özel kastın da bulunmasıyla işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹

Failin, mukavemet ettiği kişinin memur (veya memura yardım eden kimse) olduğunu bilmemesi, maddi hatadır. Özellikle memurun memuriyetine ait üniformayı giymemiş veya alametlerini taşımamış veya kendi sıfatını uygun bir biçimde açıklamamış olması halinde durum bu merkezdedir.⁶² Ancak böyle bir halde yanılma “*esastı olmayacağından*”, fail hakkında 258. madde uygulanmamakla birlikte, diğer unsurlarında olması halinde ve duruma göre “*miessir fiil*” veya “*tehdit*” suçlarından biri veya her ikisi ile cezalandırılması gerekir.

⁶⁰ “Failin amacı, yerine getirilmekte olan bir kamu görevine engel olmaktır...” (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); “Sanık Nuri'nin tarlasının kenarından çıkan çekişmeli suyun muhtarlıkça içme suyu olarak, köye götürülmek istenilmesi üzerine dava açarak karar alıp el atmayı önlemesi yerine silahla tehdit ederek sonuç almak ve yönetsel kararı erteleme eyleminin adalere karşı bir suç olan kendiliğinden iddia ettiği hakkı almaktan ibaret eylemi, özel kasıtlı mı ya da devlet yönetimine karşı bir suç olan bir görevin yerine getirilmesini engelleyici genel kasıtlı mı işlediğinin araştırılarak sonucuna göre TCY'nin 258/1-2 ya da 308/2, 273. maddelerinden hangisinin uygulanacağı tartışılmadan hüküm kurulması...yasaya aykırıdır” (4.CD, 6.5.1999, 3604/5127).

⁶¹ Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Erman/Özek**, s.300-301, 335; **Gözübüyük**, s.1017, 1019; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559; **Tezcan/Erdem** (s. 214-215), özel kastın aranmayacağı, saikin önemsiz olduğunu savunmakla birlikte “*ıçtima*” konusuna değinirken; “*karakola götürülmek istenen kardeşini kurtarmak için önce jandarma erine, sonra jandarma astsubayına mukavemet eden kişinin amacının kardeşini hapis ve tevkiften kurtarmak olduğunu bu nedenle birden fazla kimseye karşı mukavemet suçu işleyen sanığın eyleminin tek suç*” oluşturduğunu kabul eden Yargıtay kararını yerinde bulduklarını ifade etmektedirler.

⁶² Bkz. **Majno**, s.207; **Erman/Özek**, s.301; **Erem**, Şerh, s.1425.

Sarığın, mağdurun memur olduğunu bilmesi koşuluyla suçun oluşumu için memurun resmi elbiseli olması şart olmayıp, memurluk sıfatının failce bilinmiş olması yeterlidir.⁶³

V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

“*Memura aktif mukavemet suçu*” “*neticesi harekete bitişik*” bir suç olduğundan, yani hareketten ayrılmayan netice, hareketle birlikte gerçekleştiğinden bu suça “*tam teşebbüs mümkün olmayıp*”, ancak yapılan hareketin kısımlara bölünme imkanı bulunması halinde “*eksik teşebbüs*” düşünülebilir. Suç, şiddet veya tehdit fiilinin memura yöneldiği anda oluşur ve bu nedenle tamamlanması için mukavemetin sonuç vermesi gerekmez.⁶⁴

B. İştirak

Bu suça iştirakin her türü mümkün olup, genel kurallar uygulanır.⁶⁵

C. İçtima

1-Genel Olarak

İçtima konusunda üzerinde durulması gereken hususların başında “*hareket veya mağdur çokluğu*” ile “*görevli memura veya memurlara şiddet veya tehdit ile mukavemet fiiliyle beraber, hakaret/tahkir fiilinin ve/veya mukavemet için gerekli olan şiddeti aşan müessir fiil veya adam*”

⁶³ Bkz. **Majno**, s.207; **Erman/Özek**, s.300-301, 335 ve dn.1; **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Erem**, Şerh, s.1425; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s. 559; “Fail direndiği kimsenin memur olduğunu bilmeli, memurun görevine engel olmak amacıyla, cebir, şiddet veya tehditte bulunmalıdır (CGK, 16.11.1999.4-221/279).

⁶⁴ Bkz.**Erman/Özek**, s.333; **Erem**, Şerh, s.1424; **Gözübüyük**, s.1019; **Majno**, s.207; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559; **Soyaslan**, s.564; **Tezcan/Erdem**, s.214; “(CGK, 21.9.1992, 4-205/228); “Memura mukavemet suçunun oluşabilmesi için memurun hareket serbestisine halel verilmiş olması zorunlu olmayıp, memurun görevine giren bir işlemin tamamlanmasına karşı koymak amacıyla cebir veya tehdidin gösterilmesi yeterlidir ve bu cebir veya tehdidin olumlu bir sonuç verip vermesi ve sözü edilen işlemlerden birinin yapılmasına engel olan bir durumun somut olayda gerçekleşmiş olması önemli değildir (İt. Y. 5.4.1986. Gius.Pen. 1987, II, 610, zkr. **Erman/Özek**, s. 333 dn. 13).

⁶⁵ Bkz. **Erman/Özek**, s.337; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559;**Tezcan/Erdem**, s.216; **Karş. Özgenç/Şahin**, s.409; “Sanık ASN’ nin, sanık Mustafa’nın etkin direnme suçunu işlediği sırada görevlilerin önüne geçerek yakalanmasına engel olmaktan ibaret eyleminin, etkin direnme suçuna katılma niteliğinde olup olmadığının tartışılmaması...yasaya aykırıdır.” (4.CD, 23.6.”996, 5865/ 5626).

öldürme suçlarının da ika edilmesi halinde failin fiillerinin mağdur sayısınca memura aktif mukavemet suçu veya bu suçun yanında görevli memura veya memurlara hakaret, müessir fiil veya adam öldürme suçlarını oluşturup oluşturmayacağı" konuları gelmektedir.

2-Hareketin ve/veya Mağdurların Çokluğu

Memura aktif mukavemet suçunda, failin hem şiddet hem de tehditte bulunması veya şiddet ya da tehdidi ifade eden birden fazla hareketler yapması suçun teklifine hâlel vermez.⁶⁶ Çünkü söz konusu suç "*seçimlik hareketli*"⁶⁷ bir suç olup, hareketin çokluğu neticenin de çokluğu anlamına gelmez ve bu nedenle içtima hükümleri uygulanmaz.

Failin aynı görevin yapılmasına engel olmak maksadıyla, bu görevi yapan birden fazla memura veya yardım edenlere mukavemet etmesi halinde tek suç vardır.⁶⁸ Gerçekten sanığın amacı tek ve aynı olup, o da, şiddet veya tehdit ile mukavemet ederek, memurun görevini yapmasını engellemektir.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de "*müteselsil suç*" konusudur.⁶⁹ Bilindiği üzere, kural olarak, dış dünyada meydana gelen, kanuni tarifte yer alan ve failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içinde bulunan her netice ayrı bir suçta vücut verir; ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır ve bu istisnalardan biri de "*müteselsil suçlar*"dır. Söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nın 80. maddesine göre, "*Bir suç işlemek kararının*

⁶⁶ Bkz. **Erman/Özek**, s. 335; **Erem**, Şerh, s.1421; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559-561; **Soyaslan**, s.564; **Tezcan/ Erdem**, s.214, 216; **Selçuk**, s.164; "TCY'nin 258. maddesinde bir memura ve ona yardım edenlere direnmeden söz edilmiş bulunması karşısında, sanığın birden çok memura direnme eyleminin tek suç oluşturacağı gözetilmeden direnilen memur sayısınca uygulama yapılması...Yasaya aykırıdır..." (4. CD, 6.12.1999- 9199/10200).

⁶⁷ Bkz. Kanun'da suçun tarifinde öngörülen neticenin meydana getirilebilmesi için birkaç hareket gösterilmiş ve bu hareketin birinin yapılmasıyla gerçekleşeceği kabul edilmişse ortada seçimlik hareketli bir suç vardır. Memura aktif mukavemet suçunda şiddet ve tehdit fiillerinden biriyle mukavemet edildiği anda suç oluşacağından bu suç da seçimlik hareketli bir suçtur.

⁶⁸ Bkz. **Erman/Özek**, s. 335; **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Erem**, Şerh, s.1421; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.560-561;**Tezcan/Erdem**, s.214; "İki görevliye direnmenin tek suç oluşturacağı gözetilmeden TCY'nin 80. maddesinin uygulanması...yasaya aykırıdır" (4.CD, 23.9.1997. 6564/7411); "Aynı zaman ve nedenle birden fazla görevliye direnmenin tek suç oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 258/1-3. maddesinin mağdur sayısınca uygulanması ...yasaya aykırıdır" (4.CD, 17.4.2000, 2089/2988) (Yayınlanmamıştır).

⁶⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Dönmezer /Erman**, Genel Kısım, C. 1, s.380-390; **Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.337-347; **Öztürk, Bahri**, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1994, s.119-124; **Öztürk/ Erdem/ Özbek**, s.38-40; **Sancar, Türkan Yalçın**, Müteselsil Suç, Ankara 1995.

icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlâl edilmesi, muhtelif zamanlarda vâki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar artırılır.” Belirtmek gerekir ki, Yasa müteselsil suçun oluşabilmesi için iki şart aramıştır. Bunlardan birincisi “*kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlal edilmesi*”, yani “*birden fazla suçun bulunması*”⁷⁰; ikincisi ise, birden fazla suçların “*bir tek suç işleme kararıyla*” işlenmesidir. “*Suç işleme kararı*”ndan maksat, “*failin kanunun aynı hükmünü birden fazla kereler ihlal etmek hususundaki genel plan ve niyeti*”dir.

Bu açıklamalar ışığında “*memura aktif mukavemet suçu*” nda teselsülün mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Fail “*bir tek suç işleme kararıyla*”, yani kanunun aynı hükmünü birden fazla kereler ihlal etmek hususundaki genel “*plan*” ve “*niyeti*” ile değişik zamanlarda ihlal etse bile, ika ettiği fiiller teselsül nedeniyle tek suç sayılacak, ancak Yasanın açık hükmü nedeniyle ceza arttırılacaktır (TCK md.80).

Birden fazla suçların değişik zamanlarda işlenmiş bulunması, müteselsil suça engel olmaz. Ancak burada ifrata kaçılmamalı ve iki suç aradaki zaman fasılası uzun ve olaylar arasında kesinti yaratacak boyutta ise gerçek içtima kurallarına göre ceza tayin edilmeli; aksi halde teselsülün varlığı kabul edilerek TCK'nın 80. maddesine göre hüküm kurulmalıdır. Konuyu bir örnekle somutlaştırsak: Bir suç nedeniyle karakola götürülürken memura mukavemet eden kişi, bir gün sonra ifadesine başvurulmak veya sorgu için adliyeye götürülmek isterken tekrar memura karşı mukavemette bulunması halinde verilen ceza TCK'nın 80. maddesine göre arttırılmalı; ancak, aradaki zaman fasılası uzun ve olaylar arasında kesinti yaratacak boyutta ise gerçek içtima kurallarına göre ceza tayin edilmelidir. Bununla birlikte, biraz önce kurgulanan olayda, adliyeye götürüldükten sonra serbest bırakılan ve hakkında takipsizlik kararı verilen fail, bilahare (ör.bir ay sonra) hakkındaki takipsizlik kararının kaldırılması nedeniyle tekrar ifadesine başvurulmak veya sorgulanmak üzere çağrıldığında tekrar memura mukavemette bulunursa iki ayrı suçtan iki ayrı ceza tayin edilmelidir.

3- Müessir Fiil veya Adam Öldürme Suçlarıyla İçtima Sorunu

İçtima konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da mukavemet için gerekli olan şiddeti aşan müessir fiil veya adam öldürme eylemlerinin, memura mukavemet suçundan ayrı bir müessir fiil ve/veya adam öldürme suçunu da oluşturup oluşturmadığı sorunudur. Sorunun

⁷⁰ Birden fazla suçun bulunması demek, birden fazla hareketin bulunması demek değildir. Örneğin (A), (B)'yi üç yerinden bıçaklayarak öldürürse; bu üç bıçak darbesi icra hareketleri cümlesinden olup, ayrı ayrı suç oluşturmazlar.

çözümüne ve çözümüne yönelik görüş ileri sürebilmek için öncelikle “*şiddet (maddi cebir)*” ile “*müessir fiil (etkili eylem)*” kavramları arasındaki farkın/çizginin belirlenmesi ve “*şiddet (maddi cebir)*”in hangi aşamada “*müessir fiil*” boyutuna ulaştığının tespiti edilmeli gerekir.⁷¹

Önemle belirtmek gerekir ki, TCK'nın bir çok maddesinde, gerek suçun unsuru, gerekse şiddet sebebi olarak kullanılan şiddet kavramı yukarıda⁷² ayrıntıları ile açıklandığı üzere “*maddi cebir*”⁷³ anlamında kullanılmakta, mağdurun şahsı, fizik bütünlüğü üzerinde yapılan bir hareket olarak kabul edilmekte, bu duruma maruz kalan kişi halen hissedebileceği kötülük ve tecavüz icrası suretiyle başka biçimde davranma imkanından yoksun bırakılmakta ve bu şekilde bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlanmaktadır.⁷⁴ Mağduru tutmak, hareketine engel olmak, ellerini bağlamak buna örnek gösterilebilir. Görüldüğü gibi “*şiddet (maddi cebir)*”, *sanıldığına aksine mağdura cismen eza veren, bedeni selamet ve sıhhatini ihlal eden, akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebep olan fiillerden değildir*. Oysa “*müessir*”⁷⁵ *fiil (etkili eylem)*” (ar. *cüruh, cerh, darp, ing.physical injury, assault and battery, fr. violence et voies de fait, blessures et coups, al.körpe, verletzung, misshandlung, angriff*), *bir kimseye cismen zarar veren, bedeni selamet ve sıhhatini ihlal eden, akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebep olan fiillerdir* (Bkz. TCK md.456-460)⁷⁶. Bu durumda *mağdura cismen eza vermeyen, bedeni selamet ve*

⁷¹ “Kullanılan cebir ve şiddetin hangi aşamada ağırlaştırıcı neden, hangi aşamada bağımsız suç oluşturacağına belirlenebilmesi için, Yasada geçen cebir, şiddet kavramlarının açıklanması, TCY'nin 269. ve 271. maddelerindeki hukuki düzenlemelerin, doktrindeki görüşlerden de yararlanılarak, ortaya konulması gereklidir. Cebir bir şeyi yaptırmak için maddi veya manevi kuvvet kullanmaktır. Başka bir ifadeyle cebir tabii iradeyi, istenilen hareketi yapmayı fizik kuvvetle zorlamadır. dikkate alınması gereken husus, cebir ve şiddetin mağdur üzerinde yarattığı etkidir. Saniğin yönelttiği cebir ve şiddetin ayrı bir etkili eylem suçunu oluşturduğunun kabul edilebilmesi için, bu eylem nedeniyle sağlığının bozulması, akli melekelerinde karışıklık oluşması veya cismen eza duyması gerekir (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130)”.

⁷² Bkz. Çalışmamızın “III-Maddi Unsur” başlıklı yerine.

⁷³ Bkz. Levi, s.431.zkr. Polatcan, s.178; Majno, s.206; Erem, Tehdit ve Cebir Kullanma, s.874; Erem/Toroslu, s.87; Erman/Özek, s.295; Gözübüyük, s.483-484, 1101-1102; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.557; Polatcan, s.178; Tezcan/Erdem, s.46-48.

⁷⁴ Bkz. Bayraktar, s.31; Jescheck, s.68-69; Özgenç/Şahin, s.267-271; Ayrıca bkz. 41'de belirtilen yerlere); (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130)(Yayınlanmamıştır).

⁷⁵ “*Müessir*” kelimesi Arapça'da “*e-s-r*” kökünden türetilen bir isim-i fiil olup, “*iz bırakan şey*” anlamına gelmektedir (Bkz. Dağcı, Şamil, İslam Ceza Hukukunda Şahıslar Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1996, s.43).

⁷⁶ **Türk Hukuk Lügati**, s.253; **Dağcı**, s.41-46; **Dönmezer**, *Kişilere*, s.126 vd.; **Yargıtay**'ın görüşü de bu yöndedir: “Cebir bir şeyi yaptırmak için maddi veya manevi kuvvet kullanmaktır. Başka bir ifadeyle cebir tabii iradeyi, istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlamadır...dikkate alınması gereken husus, cebir ve şiddetin mağdur üzerinde yarattığı etkidir. Saniğin yönelttiği cebir ve şiddetin ayrı bir etkili eylem suçunu oluşturduğunun kabul

sıhhatini ihlal etmeyen, akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebep olmayan boyuttaki fiziki etkiler (fiiller) “şiddet (maddi cebir)”; bunu aşan boyuttaki fiiller ise *“müessir fiil (etkili eylem)”lerdir.* Nitekim Kaynak Yasanın 269. maddesinin gerekçesinde cebir (zor, şiddet) kavramı *“memurun bedenine yönelik bulunmayan, ancak daha çok özgürlüğü sınırlayıcı ölçüde kalan eylemler”* olarak tarif edilmiş ve bu sınırı aşan eylemin *“müessir fiil”* nedeniyle ayrıca cezalandırılacağı belirtilmiştir.⁷⁷ Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere *“müessir fiil (etkili eylem)” boyutundaki fiiller “şiddet(=maddi cebir)” boyutundaki fiilleri de kapsayan* bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu durumda, memura aktif mukavemet suçunda kullanılan *“şiddet (maddi cebir)”*, mukavemet için gerekli olan boyutu aşip *“memura mukavemet suçu”* yanında *“memura müessir fiil”* veya *“adam öldürme suçu”*na dönüştüğünde faile gerçek içtima kurallarına göre ceza verilmelidir.⁷⁸ Zira, *“şiddet”* boyutunu aşan müessir fiil, memura aktif mukavemet suçunun; memura mukavemet suçu ise müessir fiil veya adam öldürme suçunun *“ne unsuru, nede ağırlatıcı nedeni”*dir.⁷⁹ Bunun yanında tek fiille iki suçun ortaya çıkması (fikri içtima) durumu da söz konusu değildir. Bu nedenle kullanılan şiddet, mukavemet için gerekli olan boyutu aşmış ve bunun sonucunda *“memura müessir fiil”* veya *“adam öldürme suçu”* da oluşmuşsa; suçların kaynaşmasını gerektiren bir durum da söz konusu olmadığı için gerçek içtima kurallarına göre iki ayrı suçtan ceza verilmelidir.⁸⁰ Ancak bazı yazarlar mukavemet sırasında işlenen hakaret, dövme, yaralama gibi suçların bir bütün halinde sadece mukavemet suçunu oluşturacağını savunmakta;⁸¹ *Yargıtay*^{82, 83} ise bazen fikri (biçimsel) içtimam

edilebilmesi için, bu eylem nedeniyle sağlığının bozulması, akli melekelerinde karışıklık oluşması veya cismen eza duyması gerekir (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130).

⁷⁷ Bkz. *Selçuk*, s.169; “...TCY’ nın 269. maddesinde ağırlatıcı neden olarak öngörülen cebir ve şiddetten maksat, memurun hastalığını ve alışılmış iş gücünden kalmasını gerektirmeyecek biçimde kendisine yöneltilen ve yapılan hakaret ve taarruzu daha da şiddetlendirmek amacıyla güden fiillerdir. Şayet cebir ve şiddet hastalığa neden olmak ya da cismen eza vermek boyutuna ulaşmışsa, hakaret ve taarruz suçunda verilecek ceza, 269. madde ile artırılmayacak. oluşan bağımsız etkili eylem suçundan gerçek içtima kurallarına göre TCY’ nın 456 ve 271. maddeleri ile uygulama yapılacaktır...(CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130).

⁷⁸ Aynı düşüncede: Bkz. *Erman/Özek*, s.336; *Artuk/ Gökçen/ Yenidünya*, s.560; *Tezcan/Erdem*, s. 216.

⁷⁹ Aynı düşüncede: Bkz. *Erman/Özek*, s.336; *Artuk/ Gökçen/ Yenidünya*, s.560; *Tezcan/Erdem*, s. 216.

⁸⁰ Bkz. *Erman/Özek*, s.336-337.

⁸¹ Bkz. *Majno*, s.207 ; *Gözübüyük*, s.1018.

⁸² “Görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır. Failin amacı, yerine getirilmekte olan kamu görevine mani olmaktır...Memura mukavemet suçu sırasında işlenen hakaret, dövme yaralama gibi başka suçlar bütün halinde

varlığını kabul ederek “*en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasına hükmederken*”, bazen de tüm bu suçların bir bütün halinde sadece mukavemet suçunu oluşturacağını kabul etmektedir.⁸⁴ Bununla birlikte, “*direnmeden önce veya direnme sona erdikten sonra gerçekleşen fiillerin ayrı bir suç oluşturduğunu*” Yargıtay da kabul etmektedir.⁸⁵

Bu konuda kanımca konumuzla ilgili olan TCK’ nın 450 ve 457. maddelerindeki “*arttırım nedenleri*” üzerinde de durulması gerekir. TCK’ nın 450/9. maddesine göre öldürmek fiili “*...kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadıyla vukua getirilirse...*” fail idam cezasına çarptırılacaktır. Buna göre sanık, örneğin işlemiş olduğu hırsızlık suçu nedeniyle kaçtığı sırada kendisini yakalamak amacıyla takip eden polis memurunu, bu suç nedeniyle muhatap olacağı takibattan veya cezadan kurtulmak için öldürürse, kanımca sadece bu madde hükmü gereğince cezalandırılmalıdır.⁸⁶ Zira burada her ne kadar adam öldürme suçu zikredilen sonuçları elde etmek için kullanılan bir “*araç suç*” ise de,⁸⁷ sanık tek bir

mukavemet suçu olur...Başka bir ifadeyle tahkir, cebir, şiddet ve tehdit kül halinde mukavemet suçunun unsurlarını oluşturur...” (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); Sanığın görevli polisler direnmesi sırasında yakınan polis memuru Özcan Göktaş’ı 15 gün alışılmış uğraşından kalacak şekilde yaraladığının anlaşılması karşısında, TCY’ nin 79. madde hükmü gözetilmeden ayrıca 258/2,3. maddesiyle ceza verilmesi...yasaya aykırıdır (4.CD, 15.4.1993, 1326/3118; Aynı içerikte: 4.CD, 17.5.1983, 2373/2756).

⁸⁴ “A-Sanığın izinsiz silah taşımak suçunun ve firarisi olduğu suçun cezalarından kurtulmak için kendisini karakola götürmek isteyen mağdur bekekiye müteaddit kez ateş etmesi, elinin tutularak önlenmek istenmesine rağmen ateşe devam etmesi ve sonunda onu yaralaması öldürme kastını açıkça belirtmiş olmasına rağmen, sanık hakkında TCK’ nin 450/9, 62. maddeleri yerine 258/2-3. maddesiyle ceza tayini, B-Sanığın memura mukavemette bulunduğu kabulü halinde dahi silahla mukavemet esnasında Mağdur Raşit’i tabanca ile femur bölgesinden kasten yaralamasından dolayı TCK’ nin 456/2, 457, 271. maddelerince tayin edilecek ceza TCK’ nin 258/2-3. maddesince verilecek cezadan daha fazla verilecek cezadan daha fazla bulunması karşısında işlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden sanık hakkında daha ağır cezayı müstelzim olan TCK’ nin 456/2, 457, 271. maddelerine göre ceza verilmesi TCK’ nin 79. maddesinin açık hükmü icabından olduğu halde TCK’ nin 258/2-3. maddesine istinaden daha az ceza tayini ...bozmayı gerektirmiştir (1.CD, 26.10.1978, 3789/3736).

⁸⁵ Bkz. CGK, 30.4.1956, 4-96/ 85; “Sanığın görevli polise direnmesi sırasında, mağduru 15 gün iş ve gücünden kalacak derecede yaralamış bulunduğu anlaşılması karşısında, TCK’ nin 79. maddesi hükmü gözetilerek 456/1, 271. maddeleriyle ceza belirlenmesi gerekirken, ayrıca aynı yasanın 258/3. maddesi uyarınca ceza verilmesi yolsuzdur (4.CD, 4.10.1983.-4134/4589)”; Ayrıca bkz. bir önceki dipnota.

⁸⁶ “...mukavemet suçu, sanığın karakola götürülüp teslim edilmesiyle bitmiş olacağına göre, karakol komutanına ve muayene edecek hükümet tabibine ayrı ayrı hakaret etmesi ve komutanı müessir fiilde bulunması ayrı ayrı fiiller iken, bunları mukavemetin unsurlarından sayarak beraat kararı verilmesi yolsuzdur (4.CD, 17.1.1953,155/116)”.

⁸⁷ Bkz. **Dönmezer**, Kişilere, s.70 ve dn 135.

⁸⁸ Belirtmek gerekir ki, doktrindeki ‘*araç suçtan*’ sonra ‘*amaç suçun*’ da işlenmesi durumunda gerçek içtima (TCK’ nin 78) kuraları gereğince her iki suçtan ceza tayin edilmesi

(öldürme) fiille hem amaçladığı *“memura mukavemet suçunu (amaç suçu)”*, hem de *“araç suç”* olan *“kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle görevli memuru öldürmek suçunu”* suçunu işlemiştir ki, burada devreye TCK'nın 79. maddesi girer.⁸⁸ Belirttiğimiz bu hususların teşebbüs aşamasında kalan fiiller açısından da geçerli olacağını düşünürüz.⁸⁹

İkinci olarak aynı maddenin 11. bendindeki *“Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında...”* biçimindeki normdur. Yukarıdaki örnekte fail *“kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle”* olmayıp da, örneğin kızgınlık nedeniyle polis memurunu öldürürse keza sadece bu madde ile cezalandırılır. Zira buradaki kasıt *“görevli memura mukavemet”* değil *“görevli memuru görevinden dolayı”⁹⁰ görevi esnasında öldürmek*⁹⁰dir. Sanığın kastının *“kendisini yahut başkasını cezadan kurtarmak amacıyla”* mukavemet ve adam öldürme olması halinde ise, bu fıkra değil, 9. fıkra uygulama alanı bulur.

Burada üzerinde dikkatle durulması gereken bir diğer husus da TCK'nın 457/2. maddesidir. Buna göre *“Eğer fülde 450 nci maddenin 5 inci bendinde yazılı hal müstesna olmak üzere diğer bentlerindeki hallerden biri birleşirse birleşen bu fiil hakkında 78 inci madde hükmü cari olmak şartıyla ceza yarı nispetinde çoğaltılır.”* Bu maddenin atıf yaptığı TCK'nın 450. maddesinin burada uygulanması olanaklı olan düzenlemesi kanımca yukarıda değindiğimiz ve 9 ve 11. bentlerinde bulunan *“...kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle vukua getirilirse...”* (b.9) ile *“Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında...”* (b.11) biçimindeki ibareleridir. Yukarıda verilen örneklerde, ölüm meydana gelmemiş ancak müessir fiil oluşmuşsa *“görevli memura mukavemet”* suçu yanında, müessir fiil nedeniyle verilen ceza yarı oranında arttırılmalıdır.

gerektiğini ileri sürerler olduğu gibi (bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.52-54; **Özgenç/Şahin**, s.391-392) aksi düşünceyi savunanlarda vardır (bkz. **Önder, Ayhan**, Genel Hükümler, II. s.523, zkr. **Özgenç/Şahin**, s.392)

⁸⁸ “1-Sanığın, izinsiz silah taşımak ve kaçağı olduğu suçun cezalarından kurtulmak için kendisini karakola götürmek isteyen kıygına (mağdura) bir çok kez ateş etmesi ve tutularak önlenmek istenmesine karşın ateşe devam ederek onu yaralaması eylemi; nitelikli adam öldürmeye tam kalkışma (teşebbüs) suçunu oluşturur. 2-Eylem memura görevi sırasında silahla karşı durma (mukavemet) biçiminde nitelendirildiğinde suçların düşünel toplanması (fikri/biçimsel içtımısı) kuralı uygulanmalıdır (I.CD, 27.12.1978, 4119/4714).

⁸⁹ “Sanığın yakalanmamak ve cezadan kurtulmayı sağlamak için polis memurlarına birkaç kez ateş etmesi onun öldürmek kastı içinde olduğunu gösterir.” (I.CD, 4.6.1985, 1660/2522).

⁹⁰ “...görevinden dolayı devlet memuru aleyhine öldürme suçu işlenirse TCK'nın 450/11. maddesi uygulanabilir. Oysa sanık ...kişisel nedenlerle mağdur hemşire karısına karşı yüklenen öldürme suçunu işlediğinden TCK'nın 450/11. maddesi uygulanmaz” (CGK, 19.10.1992, 255/282).

4-Memura Hakaret Suçuyla İçtimai Sorunu

a-Genel Olarak

Soruna ve çözümüne ilişkin görüş ileri sürebilmek için öncelikle “*memura aktif mukavemet suçu*” ile bu suçun bazı yönleriyle “*memura hakaret*” suçuyla mukayese edilmesi gerekir.

b-Korunan Hukuki Menfaat Açısından Mukayese

Yukarıda da değinildiği üzere memura aktif mukavemet suçuyla korunan hukuki menfaat “*kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu idarenin herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmasını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almaktır*”. Bunun yanında memurun görevinin yerine getirilmesine “*şiddet*” veya “*tehditle*” engel olan kimse, “*kamu idaresine ait bir menfaati*” ihlal etmiş olmakla birlikte; kendisine karşı şiddet kullanılan veya tehdide maruz kalan memurun “*beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı*”nın ihlali de söz konusu olduğundan; suç, aynı zamanda memurun “*beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı*”nı da himaye eden, yani birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza memura hakaret suçunda korunan hukuki menfaat de yukarıda zikredilen kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu idarenin herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmasını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına alma fonksiyonu yanında “*kamu idaresinin itibarını ve tecavüze muhatap olanın şeref ve haysiyetini ve vücut bütünlüğünü korumak*”tır.⁹¹ Bu durumda memura hakaret suçu da memura aktif mukavemet suçunda olduğu gibi “*birden fazla hukuki menfaati ihlal eden fiiller*”den sayılır.⁹² O halde, mağdura şiddet veya tehditle mukavemet

⁹¹ Bu vesileyle belirtmek gerekir ki genel “*hakaret*” ve “*sövme*” suçlarının koruduğu hukuki yarar “*şeref*” ve “*haysiyettir*”. Toplumda yaşayan kişilerin itibar sahibi olmaya hakkı olduğu kabul edilmekte (Bkz.İçel, Kayhan/ Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Hukukuna Giriş, in:Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 1989, s.172) ve bir insan-birey olarak sahip olduğu şeref ve haysiyet saldırılardan korunarak insan onurunun yüksek bir amaç olarak değeri teslim edilmektedir. Hakareten anlaşılması gereken şey “*üçüncü bir kişi ile ilgili olarak, o kişiye saygı duyulmadığını veya küçük görüldüğünün açıklanmasıdır*”. Bu açıklama tahkir edilen kişiye “*kırıcı*” bir değer yargısının, belli bir eylemin veya şerefi ihlal edici bir fiil gerçekleştirmiş olma iddiasının isnat edilmesi şeklinde gerçekleşebilir. “*Sövme*” ise küçük düşürücü bir yargının karşı tarafa bildirilmesidir (Bkz. Jescheck, s.72).

⁹² Bkz. Erman/Özek, s.380-381; Selçuk, s.164, 167-168; Karş. Senkeri, Tarık, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996, s.186; Senkeri (s.186), “...TCK” nm...266, 268 ve 483. maddelerinde korunan menfaatin kamu görevi gören memur ve heyetleri, görevleri esnasında veya görevlerinden dolayı hakaret fiillerine karşı korumak

ederken onu ayrıca tahkir eden faile, memura hakaret suçundan ayrıca ceza vermemek, memurun şeref ve haysiyetini koruma dışında bırakmak anlamına gelir ki, bu durum her iki suçun koruduğu hukuki menfaatle çelişki oluşturur.

c-Maddi Unsur Açısından Mukayese

Memura mukavemet suçunun unsurları ile, bu unsurları oluşturan “*cebir, şiddet, tehdit ve mukavemet*” kavramlarını yukarıda açıklamıştık. Orada da zikredildiği üzere, cebir, şiddet ve tehdit kelimelerinin her üçündeki ortak belirgin husus, “*icbar, zor-zorlama*” unsurudur. Bu nedenle geniş anlamda “*cebir*”, *şiddet (zor, maddi cebir) ve tehdit (manevi cebir)* kavramlarını içine alan ve zorlama unsurunu içeren genel bir deyim⁹³ olduğu halde, “*hakaret (tahkir)*” “(ing.insult, affront, it. offesa, fr. mépris, insulte)” kavramı, cebir, şiddet ve tehdit kavramlarıyla, gerek etimolojik, gerekse anlamsal olarak hiçbir ilgisi olmaksızın “*aşağılatma, onur kırma, onuruna dokunma, küçültücü söz veya davranış, hor görme, horlama, kötü davranma, kötü davranarak izzeti nefsinin kırma, şeref ve haysiyetini küçük düşürme(saldırı)*”⁹⁴ anlamına gelmektedir. Bu durumda burada önemle belirtilmesi gereken husus, “*hakaret-tahkir*” kavramının cebir, şiddet ve tehdit kavramında olduğu gibi, “*mukavemet*” kavramıyla da gerek etimolojik, gerekse anlamsal olarak hiçbir irtibatının olmadığı gerçeğidir. “*Hakaret*” kavramı TCK’da da çoğu zaman aynı fakat kısmen farklı sözcük veya sözcüklerle (ör. *tahkir, tezyif, kınama, takbih, haysiyet kırıcı muamele, kavlen veya fiilen taarruz, şeref ve haysiyete veya vakara taarruz, haysiyete dokunacak fiil isnadı*), ancak aynı anlamı ifade etmek için, bazen suçun unsuru⁹⁵ bazen de suçu etkileyen (ağırlaştırıcı) neden⁹⁶ olarak düzenlendiğini ancak bu düzenlemelerin hiçbirinde “*cebir, şiddet, tehdit ve mukavemet*” kavramları ile hiçbir açıdan ortak bir yönünün olmadığını görmekteyiz.

olduğu anlaşılmaktadır...” şeklindeki ifadesiyle korunan hukuki menfaatin memurun şeref ve haysiyeti olduğunu belirtmektedir.

⁹³ Bkz. *Dönmezer*, s.471; *Cihan, Erol*, Cebir Kullanma Cürmü(TCK. m. 188), İstanbul 1978, s.8, 58, 63-65; *Bayraktar*, s.31; *Polatcan*, s.178; Ayrıca bkz. Çalışmamızın “I” numaralı yeri ile ilişkin olduğu dipnotlara.

⁹⁴ *Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük*, s.927, 2140; *Doğan*, s.431.1049; *Özün*, s.978; *Dayınlarlı*, s.300; *Saraç*, s.767, 890; *Tuğlacı*, s.315; *Senkeri*, s.9, 180; *Odyakmaz, Zehra*, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu, in: Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 519 vd.; *Oxford Advanced Learner’s Dictionary of Current English*, s.705; *Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük*, s.730; *Polatcan*, s.77.

⁹⁵ TCK. md.158/1, 159/1,160/1, 165, 166/2, 175/3, 176/1, 178/1, 241,242/1, 243, 266, 267, 268, 480-490.

⁹⁶ TCK.md.175/2; Ayrıca bkz. 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun md.2/1.

d-Manevi Unsur Açısından Mukayese

Bilindiği üzere memura aktif mukavemet suçu “*genel kastın yanında özel kastın*” da bulunmasıyla işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa memura hakaret suçunda özel kast söz konusu olmayıp, genel kasıt yani bilerek ve isteyerek memuru tahkir etmek yeterlidir.⁹⁷

e- Soruna Doktrin ile Yargıtay’ın Yaklaşımı ve Görüşüm

Doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır. Bunlardan birincisine göre, memura mukavemet sırasında işlenen hakaret ve sövme filleri şiddet ve tehdit ile birlikte bir bütün (kül) oluşturur ve müstakil hüviyetini kaybeder. Bu nedenle TCK’nın 258. maddesi gereğince cezalandırılan failin ayrıca memura hakaret ve sövme suçundan cezalandırılması mümkün değildir.⁹⁸ Zira burada ayrı bir tahkir kastından da söz etmek mümkün değildir.⁹⁹ Bu görüşe yakın olan bir diğer görüşe göre ise tahkiri ifade eden sözlerin her somut olayda mukavemet teşkil eden hareketlerle bir bütünlük taşıyıp taşımadığına bakılmalı, eğer tahkir mukavemetin etkisini kuvvetlendirmek amacıyla yönelik ise tahkiri mukavemetin unsuru kabul ederek ayrıca tahkirden ceza tayini yoluna gidilmemelidir. Aksi halde ise, hem memura mukavemetten hem de memura hakareten ceza verilmelidir.¹⁰⁰ Bu konuda üçüncü görüş ise bizim de katıldığımız görüş olup buna göre, memura mukavemet ve memura hakaret/sövme suçları maddi ve manevi unsurları açısından farklı suçlar olup, şiddet veya tehdit ile memura mukavemet suçunun içinde “*şiddet veya tehdit*” unsurunun dışında hakaret veya sövmeye yer verilmemiştir. Bu itibarla memura mukavemet sırasında işlenen hakaret ve sövme filleri nedeniyle memura mukavemet ve tahkir suçlarından ayrı ayrı ceza tayin edilmesi gerekir.¹⁰¹

⁹⁷ Bkz. Erman/Özek, s.402; Tezcan/Erdem, s.227; Daha geniş bilgi için bkz.ve karşı Polatcan, s.114-118

⁹⁸ Bkz. Majno, s. 207; Kıyak/Çağlayan/Şenel, s.165, s.167; Akdağ, s.374; Özü Türk, s.984; Savaş/ Mollamahmutoglu, s.2342-2343; Gözübüyük, s.1018; Polatcan, s.126-128; Ancak, Özü Türk (s.984) ve onun görüşünden esinlendikleri anlaşılan Savaş/ Mollamahmutoglu (s.2343) direnme sırasında cebir ve şiddet boyutunu aşan (ör. 20 gün mutad iştigale engel olacak şekilde yaralama veya uzuv tatileme neden olma halı) cebir ve şiddetin ayrı bir suç olması gerektiğini belirterek fikirdaşlarının görüşünün olumsuz/zayıf noktasını ortaya koyarak isabetli davranmışlar, ancak çözüme yönelik görüşlerini ise sağlam bir temele oturtamamışlardır.

⁹⁹ Bkz. Polatcan, s.128.

¹⁰⁰ Bkz. Erman/Özek, s.336, 335; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.560-562; Tezcan/Erdem, s.215-216; Malkoç, İsmail, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 201.s.532; Evliyaoglu, Erkal, Memurlarla İlgili Suçlar, Ankara 2001, s.777-779.

¹⁰¹ Bkz. Manzini, V, Trattato di diritto penale, Vol.V, Torino 1962, s.504; Vannini, Quid Juris?, Vol.VII, problemi relativi all’oltraggio, Milano 1951, s.60; Santoro, A, Diritto penale, parte spactiale, delitti contro lo stato, Torino 1962, s.354, zikr. Polatcan, s.127;

Yargıtay son kararlarında ikinci görüşü kabul etmekte,¹⁰² ancak direnmeden önce veya direnme sona erdikten sonra gerçekleşen tahkir eyleminin ayrı bir suç olduğunu belirtmektedir.¹⁰³ Erman/Özek, bu konuda uygulama ve doktrindeki birliğin aksine memurun önce tahkir edilip ardından görevini yaparken mukavemet edilmesi durumunda ortada müterakki bir suç bulunduğundan sadece mukavemet suçundan ceza verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁰⁴ Belirtmek gerekir ki, bu durumda müterakki (geçitli) suçun söz konusu olamayacağını düşünüyoruz. Zira

Selçuk, s.160-166; **Yaşar, Osman**, Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Ankara 1996, s.274.

¹⁰² "Görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır. Failin amacı, yerine getirilmekte olan kamu görevine mani olmaktır...Memura mukavemet suçu sırasında işlenen hakaret, dövme yaralama gibi başka suçlar bütün halinde mukavemet suçu olur...Başka bir ifadeyle tahkir, cebir, şiddet ve tehdit kül halinde mukavemet suçunun unsurlarını oluşturur..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); "...Ayrıca sanık görevli memuru etkilemek, direnmenin ciddi olduğunu göstermek ve elverişliliği sağlamak için hakarete bulunmuştur. Şikayetçilere görevlerini yaptırmamak kastı ile hareket etmiş, bu amaca ulaşmak için küfredmiştir. Bu nedenle sanığın eylemi kül halinde görevliye etkin direnme suçunu oluşturur..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228) (Aynı içerikte: CGK, 16.11.1999,4-221/279; 10. CD, 17.9.1996, 9248/9438).

¹⁰³ "Sanığın kendisini takip eden ve ruhsat isteyen görevli polis memurlarına 'benden ruhsat ve ehliyet isteyemezsiniz, siz kim oluyorsunuz' diyerek dükkanına girdiği, bu davranışı üzerine karakola davet edildiği, bu kez de 'siz kim oluyorsunuz, beni karakola götüremezsiniz', dediği, ekip arabasına bindirilmek istendiği anda ise görevlileri eliyle ittiği, ayrıca karakolda üzerini aramak isteyen görevlilere engel olduğu, bu aşamaya kadar devam eden tüm eylemlerinin memura etkin direnme suçunu oluşturduğu, sanığın polis memurları Yüksel ve Derviş tarafından rapor alınarak üzere sağlık ocağına götürüldüğünde, her iki şikayetçiye hitaben, 'sizin tahsiliniz ne cahil insanlarsınız, köyde çifti sabanı bırakıp gelip burada polis olmuşsunuz, aşağılık köylüsünüz, ben sizin maaşınız kadar devlete vergi ödüyorum' sözleri ile resmi sığata haiz, görevli memurlara huzurlarında ve görevlerinden dolayı hakaret ettiği ve ayrıca şikayetçi Derviş'e yönelik olarak 'sen kimsin, benimle yarışyorsun', sözleriyle hakaretlerini sürdürdüğü her iki şikayetçiye yönelik sözlerin tahkir edici nitelikte olduğu, sanığın görevlileri, aşağılamak amacıyla belirtilen sözleri sarf ettiği, bu hareketlerin etkin direnme eylemi sona erdikten sonra ayrı bir kasıtlı gerçekleştirildiği, bu nedenle bu suçun etkin direnme suçu içinde değerlendirilmesinin mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim öğreti ve yargısal kararlarda da direnme sona erdikten sonra ya da başlamadan gerçekleşen tahkir eylemlerinin ayrı bir suç olarak kabul edildiği, bu somut olayda da tahkir edici davranışlarının direnme sona erdikten sonra gerçekleştirildiği, mağdur adedince TCY' nin 266/1. maddesindeki suçun oluştuğu, ayrıca mağdur Derviş'e yönelik eylem nedeniyle TCY' nin 80. maddesinin uygulanması gerektiği yerel mahkemece de oluş ve nitelendirmenin bu şekilde yapılarak sanığın TCY' nin 258/1, 266/1 ve 80. maddeleriyle cezalandırılmasına karar verildiği saptanmıştır. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme kararının onanmasına karar verildi" (CGK, 16.11.1999,4-221/279; Aynı içerikte: 4.CD, 15.9.1997, 6733/6994; 4.CD, 8.6.2000, 2682/4846).

¹⁰⁴ Bkz. **Erman/Özek**, s.33.

müterakki (geçitli) suçtan¹⁰⁵ bahsedebilmek için ortada birden fazla suç bulunmalı, bu suçların fail ve mağduru aynı olmalı, failin hareketleri hafiften ağıra doğru bir süreç izlemeli, birden fazla olan suçlar aynı hukuki yararı zedelemeli, failin kastı hafiften ağıra doğru giden neticelere yönelik olmalı ve nihayet failin hareketi ile neticeler arasında tek bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin adam öldürme suçunu (TCK md.448 vd.) işleyen fail müessir fiil suçundan (TCK md.456 vd.), irza geçmek suçunu işlemek isteyen fail irza tasaddi suçundan geçmek durumundadır. Görüldüğü üzere memuru tahkir ve memura mukavemet suçlarını oluşturan fiiller bir çok noktadan müterakki suçta bulunması gereken unsurlara yabancıdır. Bu nedenle Erman/Özek'in düşüncesine katılmak olanaksızdır.

İtalyan Yargıtay'ı failin mukavemet ettiği memuru tehdit ederken veya cebri ve şiddeti ifade eden hareketleri yaparken, şeref ve haysiyet kırıcı sözler sarf etmesi halinde birden fazla netice bulunduğu için birden fazla suç oluşacağından gerçek içtima kurallarının uygulanıp iki ayrı ceza verileceğini içtihat etmiştir.¹⁰⁶ Keza Yargıtay CGK eski tarihli bir kararında çok isabetli bir şekilde *"...memura mukavemet suçunun unsurları cebir, şiddet veya tehdittir. Memura vazifesi sırasında hakaret edilmiş ise 266 ve 267.maddedeki suçu, memura vazifesini yaptırmamak için cebir, şiddet veya tehdit kullanmak mukavemet suçunu oluşturur. Bu itibarla hakaret, mukavemet suçunun unsuru sayılmaz..."*¹⁰⁷ demiştir.

Yargıtay CGK, *"görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere, görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır. Failin amacı yerine getirilmekte olan bir kamu görevine mani olmaktır. Bu nedenle fiil memurun şahsına değil, doğrudan doğruya kamu idaresine yöneliktir. Söyme suçu ise kişi onurunu ihlal eden bir cürümdür. Görevliye etkin direnme suçu kamu idaresi aleyhine işlendiğinden ve failde ayrıca memurun onurunu zedeleme kastı bulunmadığı takdirde, memura mukavemet suçuyla birlikte, memura hakaret suçunun da oluştuğu ileri sürülemez....Memura mukavemet sırasında işlenen söyme hakaret, dövme, yaralama gibi başka suçlar bütün halinde sadece mukavemet suçu olur...Başka bir ifadeyle, tahkir-cebir-şiddet ve tehdit küll halinde mukavemet suçunun unsurlarını oluştururlar. Ayrıca tahkirden ceza*

¹⁰⁵ Bkz.Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku.Genel Kısım, C. 1, 9.Bası, İstanbul 1985, s.393-396; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa, R/ Özbek, Veli Ö., Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Ankara 2001, s.41-42.

¹⁰⁶ H.Ygt.20 Kasım 1987-Geus. Pen, 1989, II, 39, zkr. Erman /Özek, s.336 ve dn2.

¹⁰⁷ Yargıtay CGK.12.05.1958.4-65/65.

*verilmesi mümkün değildir...*¹⁰⁸ biçimindeki görüşüyle “*tahkir*” fiilini memura “*mukavemet suçunun unsuru*” olarak değerlendirirken; Yargıtay Kanunu’nun 14. maddesi gereğince söz konusu her iki suçla ilgili temyiz incelemesi yapan 4. Ceza Dairesi çoğunluğu, CGK kararları ile kökleşmiş kararlarına paralel son bir bozma kararında “*...oluşa ve kabule göre başka bir suçtan aranan ve yakalanan sanığın kendisini karakola götürmek isteyen jandarma görevlilerine engel olmak amacıyla söverek, sarılıp tehdit ederek oluşan direnme eyleminin bütünüyle TCY’nın 258/1-3. maddesine uyduğu gözetimeden, ayrıca TCY’nın 266/1. maddesiyle cezalandırılması...*”¹⁰⁹ şeklindeki ifadesiyle iki ayrı eylemden tahkir eylemini, memura şiddet veya tehdit ile mukavemet eyleminin içine sokarak kül halinde mukavemet suçunun unsuru (ögesi) olarak kabul etmiş ve bu şekilde sanığın fiillerinin sadece memura mukavemet suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir.

Bu kabul birçok noktadan hukuka aykırıdır. Zira bir suçun diğer bir suçun kanuni unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebinin teşkil etmesi “*mürekkep (bileşik) suç*” (TCK md.78)^{110, 111} failin aynı suç işleme kararı çerçevesinde

¹⁰⁸ CGK, 21.9.1992, 4-205/228; Aynı içerikte: CGK, 16.11.1999,4-221/279; CGK zikredilen kararlarda, her ne kadar memura yönelik hakaret veya sövme fiilinin “*tahkir kastıyla*” söylenmesi halinde ayrıca bu suçun da olacağı izlenimini vermekte ise de, hemen ardından mukavemet sırasında söylenen tahkir niteliğindeki sözlerin cebir, şiddetle veya tehditle birlikte kül halinde mukavemet suçunun unsuru olacağını ve böyle bir durumda ayrı bir tahkir kastından söz edilemeyeceğini belirterek hem kendi içinde çelişkiye düşmüş, hem de “*tahkir*” fiilini memura “*mukavemet suçunun unsuru*” olduğuna hükmetmiştir. Aynı çelişki için bkz. **Polatcan**, s.128.

¹⁰⁹ 4.CD. 3.10.2001. 7930/11465(Yayınlanmamıştır); Yargıtay 4. Ceza Dairesinin çoğunluğu, mukavemet sırasında işlenen tahkir fiilinin mukavemet suçunun unsuru olduğunu kabul etmekle beraber üye **K. Yalçın Bal** bu düşünceye muhalif kalmaktadır: “Yüce CGK’nın 21.9.1992 tarih ve 205/228 ve Yüksek 4.CD’nin 13.10.1992 tarih ve 5784/7004 sayılı kararına yazılan karşıoydaki gerekçe doğrultusunda hüküm kurulması gerektiği görüşündeyim. Zira failin(sanığın), maddi ve/veya manevî zor(tehdit) kullanarak görevliye direndiği sırada sövmesi ve hakarete bulunmasıyla ayrı bir davranış ve bu yüzden ayrı bir hukuki sonuç bulunmakta; iki ayrı eylem ve iki ayrı suç da gerçek yarışma (içtima) kuralına göre birleşmektedir...” (Bkz.7.11.2001. 12912/13784; Aynı içerikte: 12.11.2001, 13469/13999) (Yayınlanmamıştır).

¹¹⁰ “(Değişik: 3038 - 11.6.1936) Bir kimse bir suçu işlemek veya vuku bulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlediği veyahut o suç vesilesile kanunda suç teşkil eden diğer bir fiil daha irtikâb eylediği takdirde mezkur fiiller kanunen o suçu tertib eden anasından veya suçun esbabı müşeddidesinden sayılmazsa o kimse hakkına evvelki maddelerin müstemil olduğu hükümlere göre ceza tertib olunur.”

¹¹¹ “Uygulama ve öğretide, bileşik (mürekkep) suç diye adlandırılan suç tipi iki şekilde arz edebilir. Birincisinde, biri diğerinin unsurunu oluşturan iki suç vardır. Bu durumda her iki suçun niteliği değişmekte ve yasa koyucu bu iki suçu ayrı bir suç olarak tavsif etmektedir. İkinci halde ise bir suç diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu takdirde kendisinde ağırlaştırıcı neden bulunan suçun niteliği değişmemekte ve kanuni adı aynı kalmaktadır. Bileşik suçun birinci haline yağma, ikinci haline ise, bina içinde hırsızlık suçu örnek gösterilebilir.Bileşik suçun ikinci haline başka bir örnek de TCK’nın 266, 267 ve 268.

aynı suçtu birden fazla işlemesi “*müteselsil suçtu*”, aynı hukuki menfaatin, hafiften ağıra doğru giden birden fazla suç tarafından ihlali “*müterakki (geçitli) suçtu*”, bir kanuni tarifte yer alan fiilin zorunlu olarak daha hafif bir suçtu da içine alması (suçun içinde zorunlu olarak başka bir suçun erimesi) “*muhtelit (karma) suçtu*” oluşturmakta; “*fikri içtimada*” (TCK md.79)¹¹² ise tek bir fiil ile kanunun birden fazla hükmü ihlal edilmekte ve ağır müeyyideyi içinde barındıran hüküm fail hakkında uygulanmaktadır.¹¹³

TCK'nın 258. maddesinde suçun maddi unsuru olarak “*şiddet veya tehdit ile mukavemet fiili*” öngörölmüş, bu şekilde seçimlik (seçenekli) hareketli bir suç vazedilmiş ancak, gerek unsurları, gerekse ağırlaştırıcı sebepler arasında hakaret veya sövmeden bahsedilmemiştir. Fail “*şiddet veya tehdit*” niteliğinde olan herhangi bir fiili ika ettiği anda suç oluşacaktır. Failin bu filleri yaptığı sırada sövmesi veya hakarete bulunması ise ayrı bir netice meydana getirdiğinden iki ayrı suç oluşacaktır. Yasa koyucunun şiddet veya tehdidin yanında hakaret ve sövme (tahkir) fiillerini de suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak öngörmek isteseydi tıpkı TCK'nın 175/2.¹¹⁴ maddesinde olduğu gibi bu hususu açıkça düzenlerdi. O halde burada ne “*mürekkep (bileşik) suçtan, ne müteselsil suçtan, ne müterakki (geçitli) suçtan, ne muhtelit (karma) suçtan, ne de fikri içtimadan*” bahsetmek mümkün değildir. Bunun yanında bu iki norm arasında, “*genel (geniş)- özel (speciem) norm*” (*specialite*) ve “*temel –yardımcı norm*” (*sussidiarita*) ilişkisi de mevcut olmadığı gibi bir normun (md.258) diğeri “*tüketmesi, yutması (consunzione)*” da söz konusu değildir.¹¹⁵

maddelerinde yazılı suçların cebir, şiddet ve tehditle işlenmesi halidir. Çünkü 269. madde bu suçların ortak ağırlaştırıcı nedeni olup anılan maddelerde belirtilen suçların, cebir, şiddet veya tehditle işlenmesi durumunda, aslında birer basit suç olan bu suçlar, bünyesinde ağırlaştırıcı neden bulunan, bileşik suç haline dönüşecektir.” (CGK, 19.6.2001, 4-128/130).

¹¹² “İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammum eden maddeye göre cezalandırılır.”

¹¹³ Bkz. *Dönmezer/Erman*, s.354-403; *İçel / Bayraktar*, s.157; *Öztürk/ Erdem/ Özbek*, s.39-43.

¹¹⁴ “(Değışik:3369 - 20.5.1987) Dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal eden kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Fiilin işlenmesi sırasında cebir, şiddet, tehdit veya HAKARET vaki olmuş ise, faile bir yıldan iki yıla kadar hapis ve on bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası verilir.”

¹¹⁵ Bkz. *Selçuk*, s.163-166; “Görevliye hakaret fiili, TCY' nin 266. maddesine uyan ayrı bir suç olup bu fiilin TCK' nin 258. maddesindeki direnme suçunun unsuru bulunmadığı” (4.CD; 21.4.1993 tarih ve 2692/3305 sayılı karardaki *Muharrem Dinç*'in muhalefet şerhi); “... failin (sanığın), maddi ve/veya manevi zor(tehdit) kullanarak görevliye direndiği sırada sövmesi ve hakarete bulunmasıyla ayrı bir davranış ve bu yüzden de ayrı bir hukuki sonuç doğmakta; iki ayrı eylem ve iki ayrı suç da gerçek yarışma (içtima) kurallarına göre birleşmektedir...” (Bkz.4.CD, 8.6.2000, 1677/5018 tarih ve sayılı karardaki muhalefet şerhi); Aynı içerikteki üye *K. Yalçın Bal*'ın karşıoyu için bkz. dn.109'a.

Özetle, burada fikri içtima söz konusu olmadığı gibi; mukavemet suçunun içinde hakaret suçunun zorunlu olarak erimesi söz konusu olmadığından muhtelit suçun, aynı hukuki menfaatin hafiften ağıra doğru giden birden fazla fiil (suç) tarafından ihlali söz konusu olmadığından müterakki suçun oluştuğundan bahsedemeyiz. Bu nedenle ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan *“her neticenin ayrı bir suç oluşturacağı”* kuralını göz önüne alarak *“hareket sayısınca neticenin/suçun meydana geldiğini”* kabul etmeliyiz. Belirtelim ki fail memura şiddet veya tehditle mukavemet ederken, onu tahkir ederek hem görevini yapmasını engellemekte, hem kamu idaresinin itibarını zedelemekte, hem de memurun şeref ve haysiyetine saldırarak küçük düşürmektedir. Bu argümanın yukarıda *“Müessir Fiil veya Adam Öldürme Suçlarının İçtması Sorunu”* kısmında değindiğimiz memura yönelik olarak ika edilen müessir fiil ve hakaret fiillerinin iki ayrı sonuç ve bu nedenle de iki ayrı suç oluşturacağı yönündeki düşüncemize de dayanak oluşturacağını düşünüyoruz.

Bunun yanında Yargıtay'ın da kabul ettiği ikinci görüş sahiplerinin *“tahkiri ifade eden sözlerin her somut olayda mukavemet teşkil eden hareketlerle bir bütünlük taşıyıp taşımadığına bakılmalt, eğer tahkir mukavemetin etkisini kuvvetlendirmek amacına yönelik ise tahkiri mukavemetin unsuru kabul ederek ayrıca tahkirden ceza tayini yoluna gidilmemelidir...”* şeklinde ifade ettikleri *“hakaretin (tahkirin)”, “mukavemeti”* daha etkili kılması, onu güçlendirmesi koşulu ise *“eşyanın tabiatına”* aykırıdır. Zira insan psikolojisi gereği tahkire maruz kalan kişi korku değil olsa olsa kızgınlık duyar. Kızgınlık sonucu görevin gereklerini yapmamak ise hukuken korunmaya değil cezalandırmaya müstahak bir davranıştır. Oysa mukavemet ancak aktif (faal, etken, etkili, hareketli) nitelikte bir eylemle gerçekleşir. Aksi takdirde yani failin eyleminin aktif (faal, etken, etkili, hareketli) nitelikte bir eylem olmaması halinde zaten bu suç değil, TCK' nın 260. maddesinde düzenlenen *“memura pasif mukavemet suçu”* oluşur. Burada dahi söz konusu olan hareket, şiddet veya tehdit boyutuna varmayan *“nüfuz ve müessir kuvvet sarf etmek”* olup, *“memura aktif mukavemet suçu”*nda olduğu gibi unsur veya ağırlatıcı neden olarak *“hakaret (tahkir)”*den söz edilmemektedir.

VI-SUÇA ETKİ EDEN SEBEPLER

A-Ağırlatıcı Sebeppler

1-Fiilin Silahla İşlenmiş Olması

TCK'nın 258/2. maddesine göre "*Eylem silahla bir kişi tarafından işlenmişse....*" verilen ceza arttırılacaktır. Hükümde dikkat edilmesi gereken ibare "*silahla*" ibaresidir. Zira bu ibarenin yerine "*silahlı*" ibaresi kullanılmış olsaydı, ağırlatıcı nedeninin uygulanması için silahın kullanılmış veya kullanılmaya teşebbüs edilmiş olması veya çekilmiş, gösterilmiş olması gerekli olmayacak, failin yalnızca silahlı olması yeterli olacaktır.¹¹⁶ Yargıtay haklı olarak "*silahlı*" olmayı yeterli görmemiş silahın kullanılmasını aramıştır.¹¹⁷ Silahın kullanılması ibaresiyle kastedilen silahın normal tahsis şekliyle kullanılmasından başka, mağdurun vazifesini yapmaya veya yapmamaya icbar etmeye elverişli herhangi bir şekildeki istimaldir.¹¹⁸ Bu nedenle Yargıtay'ın bu hususta çeşitli kararlarında "*silahın korkutucu gücünden yararlanmaya yönelik davranışlar*" şeklinde ifade ettiği ölçü son derece yerindedir.

"*Silah*" kavramının içeriğinin belirlenmesinde TCK'nın 189. maddesi göz önünde tutulmalıdır.¹¹⁹ Her ne kadar 7.12.1988 tarihli ve 3506 sayılı

¹¹⁶ Aynı düşüncede: **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**,s.562-563; **Erman/Özek** (s.304) İtalyan doktrin ve uygulamasının bu yönde olduğunu ve kendilerinin de bu çözüm tarzını benimsediklerini beyan etmektedirler.

¹¹⁷ "Silahın çekilmiş olmasına göre maddenin (TCK md.258) birinci fıkrası yerine ikinci fıkrasının tatbiki yolsuzdur" (4.CD, 7.3.1951, 1480/1480); "Sanığın mağdur bekçiden aldığı silahı ona yönelterek tehdit edip kimliğini geri alması şeklindeki eylemi, silahlı mukavemet suçunu oluşturur" (1.CD, 2.2.1989, 98/150) ; "Sanığın belinde ve gömleğinin altında kılıf içerisinde olan, bulundurma belgeli tabancasını çekmemiş ve '*silahın korkutucu gücünden yararlanmaya*' yönelik davranışlarda da bulunmamış olmasına göre, TCK'nun 258. maddesinin 1. fıkrası yerine 2. fıkrasıyla hüküm kurulması bozmayı gerektirir" (4.CD, 24.2.1993, 448/1430).

¹¹⁸ Bkz. **Erman/Özek**, s.303-304; "Üzerinin aranması teşebbüsü üzerine bıçağını çekip geriye çekilen ve '*kendimi öldürürüm, aramam*' diye bıçağını polislerce karşı '*kullanmayan*' sanığın hareketinde silahla mukavemetin bahse konu olamayacağına düşünülmemesi yolsuzdur" (4.CD, 20.1.1953, 825/2137); **Erem**, (Şerh, s.1425; Memura Mukavemet, s.312), silahın çekilerek ve memura yöneltilmiş olmasını aramaktadır.

¹¹⁹ "Sanığın ...görevlilere bıçakla direndiği anlaşıldığı halde, eyleminin TCK'nın 258/2. maddesine uyduğunun düşünülüp tartışılmaması...yasaya aykırıdır"(4.CD, 6.10.1992, 5385/5958); "Sanık kırarak silah haline getirdiği şişeye müşteki polis memuruna direndiğine göre TCK'nın 258/2-3 yerine 258/1-3. maddesiyle hüküm kurulması...yasaya aykırıdır" (4.CD, 1.3.1990, 395/1122); "Önceden kırılmak suretiyle saldırı ve savunmada kullanılır hale getirilmeyen çay bardağı, TCK'nın 189. maddesi şümülünde saldırı ve savunmaya elverişli alet ve vasıtalarından sayılmaz..." (2. CD, 19.1.1993, 13244/341); **Erman/Özek** (s.302-305).

Yasanın 10. maddesinin, 1949 tarihli ve 5435 sayılı Yasayı, dolayısıyla da TCK' nın 189. maddesini yürürlükten kaldırmış olduğu ileri sürülmekte ise de¹²⁰ Yargıtay 3506 sayılı Yasanın 10. maddesinin, 5435 sayılı Yasadaki para cezasına ilişkin 2. maddesini yürürlükten kaldırdığını, bu nedenle 5435 sayılı Yasanın TCK' nın 189. maddesini değiştiren 3. maddesini kapsamadığını belirterek aksi düşüncede olduğunu ifade etmiştir.¹²¹ Biz Yargıtay'ın yerinde ve yeterli gerekçeye sahip bu düşüncesine katılıyoruz.

2- Eylemin İki veya Daha Çok Silâhli Kişiler Tarafından veya Silâhsız Olsa Bile Toplanmış Beşten Çok Kişiler Tarafından İşlenmesi

TCK'nın 258/2. maddesinde mevcut "...eylemin iki veya daha çok silâhli kişiler tarafından veya silâhsız olsa bile toplanmış beşten çok kişiler tarafından işlenmesi..." şeklindeki diğer ifade ikinci bir ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüştür. Kanımca buradaki fiilin en az iki silahlı kişi tarafından veya silahsız olsa bile toplanmış beşten çok (en az altı) kişi tarafından işlenmesi gerekir.¹²² Başka bir anlatımla fiili işleyenlerden en az iki kişide silah olmalı veya silah olmasa bile fiilin en az toplanmış altı kişi tarafından işlenmiş olması şarttır. Ancak burada hemen belirtilmesi gereken husus TCK' nın 190. maddesinin konumuz açısından da uygulama alanı bulacağı ve bu nedenle de bu ağırlatıcı nedenin uygulanmasında bir kişinin dahi silahlı olmasının diğerlerinin de (silah bulunduğunu bilmeleri kaydıyla) silahlı sayılmasını gerektireceği hususudur. Gerçekten 190. madde gereğince "*Bir cürüm, toplanmış birkaç şahıs tarafından birlikte işlendiği*

burada göz önünde tutulması gereken kıstasın 6136 sayılı "Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun" olması gerektiğini, bu nedenle de bu Kanuna göre suç sayılan nesnelere ağırlatıcı neden olan silah kavramını belirlemesi gerektiğini söylerken, hemen ardından mağdurun vazifesini yapmaya veya yapmamaya icbar etmeye elverişli herhangi bir aletin; bu meyanda bozuk veya oyuncak bir silahın kullanılmasının silah kapsamına gireceğini ve ağırlatıcı hükmün uygulanacağını belirterek kanımca çelişkiye düşmüşlerdir.

¹²⁰ Bkz. Erman/Özek , s.302; Selçuk, s.386-387; Demirbaş, Timur/Özbek, Veli Özer/ Eker, Behiye, Ceza Kanunları. İzmir 1999, s.101; İçel, Kayıhan/ Yenisey, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları. 4. Bası. İstanbul 1994. s.531.

¹²¹ 2.CD. 23.2.1993, 1506/2226; 4. CD. 14.6.1994. 5645/5409; Yargıtay 4. Ceza dairesi eski tarihli ve aksi yöndeki bir kararında "TCK' nda ve bir kısım özel yasalarda silah kullanılması öteden beri nesnel(objektif) ağırlatıcı neden olarak benimsenmiştir. TCK' nın 189. maddesinin 3506 sayılı yasayla yürürlükten kaldırılması bu durumu etkilememiştir. Yargılama konusu olayda sanığın gerçek değil, oyuncak tabanca kullandığı kesinleşmiştir. Böyle bir araç tehdit suçunu işlemeye elverişli ise de nesnel olarak arttırıcı neden olan silah tanımına girmez. Bu nedenle sanığın kabul edilen eylemine TCK' nın 308. maddesinin 2. fıkrası yerine 3. fıkrasının uygulanması yasaya aykındır (4. CD. 21.6.1991, 2956/4226).

¹²² Bkz.Erman/Özek, s.336, 335; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.562-563; Soyaslan,s. 565; Tezcan/Erdem (s.216), sadece bir kişinin silahlı olmasının maddenin tatbiki için yeterli olduğunu belirtmektedirler.

takdirde bunlardan birisi silahlı ise silahla işlenmiş sayılır".¹²³ Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir ayrıntı da, silahlı olan iki kişinin silahlarını, yukarıda "VI-A-1"de belirtilen ihtimalin aksine olayda kullanmış olmaları gerekli olmayıp, mağdurun faillerin ikisinde silah olduğunu bilmesi yeterlidir. Bunun yanında söz konusu en az iki en fazla beş kişinin suç işleme konusunda aralarında anlaşmış olmaları ve suçu birlikte işlemeleri gerekir.¹²⁴ Oysa beşten fazla (en az altı) kişinin suç işleme ihtimalinde aralarında anlaşmış olma ve birlikte işleme şartı gereksiz olup, suçu işlerken toplu halde bulunmaları yeterlidir.¹²⁵

3-Suçun Bir Bakana Karşı İşlenmesi

TCK'nın 258/son maddesi "*254, 255, 256 ve 257 nci maddelerde yukarıdaki fıkralarda yazılı fiiller, İcra Vekilleri*"¹²⁶ Heyetinden bir vekil aleyhinde işlenirse tâyin edilecek ceza yarı nispette arttırılarak hükümlenir." hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için mağdurun suç tarihinde "*bakan*" sıfatını taşıyor olması şarttır.¹²⁷ Bakanın TBMM içinden veya dışından olmasının bir önemi yoktur. Ancak görevine fiilen başlamış olması gerekli değilse de, usulüne uygun olarak atanmış olması zorunludur.¹²⁸

Belirtmek gerekir ki Başbakanın Cumhurbaşkanına verdiği Bakanlar Kurulu listesinin Cumhurbaşkanınca onanması anında başbakanlık ve bakanlık sıfatı kazanıldığından maddenin uygulanması için Bakanlar Kurulunun güvenoyu alması ve/veya kararnamenin Resmi Gazete'de yayınlanmasını aramaya gerek yoktur.

¹²³ TCK'nın 190. maddesi bir suç işleme kararı ile toplanmış veya içlerinden birisinin bu suçu silahla işleyeceğini bilerek birleşen kimseleri kapsamına aldığı. sanık Ali'nin olayda silah kullanacağını diğer sanıkların önceden bildiğine ilişkin kanıtlar gösterilmeden, sanık Ali harcindeki sanıklar için TCK'nın 258. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması...yasaya aykırıdır" (4.CD. 4.2.1992, 8110/685).

¹²⁴ Bkz. Erman/Özek (s.305-307), burada da silahların kullanılmış olmasının zorunlu olduğunu, ancak silahı diğerlerinden habersiz olarak faillerden birinin kullanmış olması halinde TCK'nın 67. maddesindeki genel kural gereğince ağırlatıcı nedenin bunu bilmeyen şeriklere teşmil edilmemesi gerektiğini kabul etmektedirler.

¹²⁵ Bkz. Erman/Özek, s.305-306.

¹²⁶ Bakanlar Kurulu, "...Başbakan ve bakanlardan kurulur. Başbakan, Cumhurbaşkanınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanır. Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır; gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilir (AY. md.109).

¹²⁷ Bkz. Erman/Özek, s.308; Soyaslan, s.565.

¹²⁸ Bkz. Erman/Özek, s.308.

Birden fazla ağırlatıcı sebebin varlığı halinde cezada sadece bir defa artırım yapılmakla yetinilir. Ancak, mağdurun bakan olması nedeniyle yapılacak artırımda suçun basit veya ağırlaştırılmış şekli için tespit edilecek temel cezaya yarı oranında zam yapılması yoluna gidilir.¹²⁹

B-Hafifletici Sebepler

1- Failin Fiili Kendisini veya Akrabasını Hapis veya Tevkiften Kurtarmak Maksadıyla İşlemesi

Kaynak Yasa'da da (md.190/3)¹³⁰ yer alan bu hafifletici neden TCK'nın 258/3.¹³¹ maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ***"Eğer fiil kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadıyla vaki olmuşsa"¹³² birinci fıkradaki hal için iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hal için dört aydan bir seneye kadar hapis cezası..."*** verilecektir.¹³³ Burada üzerinde

¹²⁹ Bkz. Erman/Özek, s.309.

¹³⁰ Ancak bu hüküm 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'na alınmamıştır.

¹³¹ Belirtelim ki bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından, Veziroköprü Asliye Ceza Mahkemesinin 1996/308 E. sayılı dosyasında yaptığı yargılama sırasında, 27.02.1997 tarihli ara kararıyla Anayasanın "eşitlik" ve "hukuk devleti" ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yaptığı Anayasaya aykırılık iddiasını yerinde bulunarak iptal edilmiş (26.5.1998 t. ve 1997/32 E, 1998/25 K), ancak gerekçeli karar henüz RG' de yayımlanmadığından yürürlükten kalkmamıştır.

¹³² "Mukavemetin kendisini hapis ve tevkiften kurtarmak için olmayıp kaçak orman mallarının verilmemek amacıyla yapılması. 258. maddenin 3. fıkrasının tatbikini gerektirmez"(4.CD. 20.1.1953, 13584/558).

¹³³ Doktrinde bazı yazarlar, söz konusu maddenin yasayla yetkili kılınan organlarla, yargı organının yasaya uygun emirlerine karşı gelen azılı, tehlikeli ve şiddete susamış kişilere prim verdiği ve bu nedenle kanun metninden çıkarılması gerektiğini haklı olarak savunmaktadırlar (Bkz. Erman/Özek, s.338 ; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s.564); "258. maddenin ihtiva eylediği hükümlerden de açıkça anlaşılacağı üzere memurlara karşı yapılacak muhalefet ve tehdidin o andaki hapis ve tevkifine teşebbüs edilmiş olan şahıs tarafından ya kendisinin veya akrabasından birinin bu durumdan kurtarılmasını temin maksadına matuf olması icap etmektedir" (İBK, 15.12.1948, 5/11); " TCY' nın 258/3. maddesinin uygulanabilmesi için, suçun mağduru olan memurun, hapis ve tutuklama yetkisini taşıması gerekmediği gibi sanığın olay sırasında hemen tutuklanması ve hapsedilmesi koşulları da aranmayacaktır. Aksi takdirde fıkranın uygulama alanı, sanıklar aleyhine daraltılarak sadece tutuklama ve hapsedme yetkisine sahip görevlilere karşı direnilmesi halinde uygulanabilir durumuna getirilmiş olacaktır. Failin işlediği ve hapis cezasını gerektirecek bir suçtan kurtulmak, kanıtları ortadan kaldırmak, kendisini veya yakınına hapisten veya tevkiften kurtarmak, amacıyla memura direnilmesi halinde TCY' nın 258/3. maddesi tatbik olunacaktır. CGK' nun 15.2.1971 gün 58/51, 17.10. 1977 gün 337/361, 30.5.1983 gün 169/270 sayılı kararlar da bu doğrultudadır"(CGK, 6.11.1989, 4-270/328); "...Orman Yasasının 14, 91. maddelerine göre kaçak kömür nakli hapsi gerektiren bir suçtu oluşturmaktadır. Sanıklar bu suçtan kurtulmak, delillerini ortadan kaldırmak, kendilerini hapis ve tevkiften kurtarmak için muhafaza memurlarına fiili mukavemette bulunmuşlardır. Bu nedenle sanıklar hakkında TCK'nın 258/3. maddesinin uygulanmasına işaret ederek bozma kararı veren özel daire kararı doğru olup aksi kanaatle direnme kararı veren yerel mahkeme hükmü yasaya

durulması gereken ilk husus “*akraba*” kavramı olup içeriği ve kapsamı TCK’nın 259. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.¹³⁴ Söz konusu maddeye göre buradaki akraba tabirinden murat “... *karı-koca ile usul ve füru ve kardeş ve kız kardeş ve amuca ve dayı, hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır.*” Bu kişilerin dışında her hangi bir kimsenin hapis veya tevkiften kurtarılması amacıyla memura mukavemet edilmesi halinde, söz konusu hafifletici nedenin uygulanması mümkün değildir.¹³⁵ Üzerinde durulması gereken diğer husus ise “*tevkif*” kavramıdır.¹³⁶ Bu kavramın içeriği ceza hukukundaki teknik anlamından daha geniş olup “*tutuklama, yakalama, ihzar, müşahede altına alma, göz altına alma, karakola götürme, durdurma ve özgürlüğü bağlayıcı nitelikte her türlü muameleyi*” kapsamaktadır.¹³⁷ Bunun yanında, “*memura mukavemet o anda özgürlüğü kısıtlanmaya teşebbüs edilen kimse tarafından kendisini veya akrabasını maruz kaldığı durumdan kurtarmak amacıyla yönelik olmalı ve bu nedenle de memurun dayandığı kanunda, mukavemete konu olan fiiller hapsi veya tutuklamayı gerektirmelidir*”. Aksi halde fail için ceza indirimi söz konusu değildir.¹³⁸ Nitekim Yargıtay’ın konuya ilişkin bir İBK’ nda “*çiftçi mallarına zarar veren hayvan sahiplerinin hapis veya tevkif edilebileceklerine dair ‘Çiftçi Mallarını Koruma Kanunu’nda bir hüküm mevcut olmayıp yalnız zararın tazmin ettirileceği söz konusu olmasına göre 258. maddenin 3. fıkrasının uygulanması yolsuzdur*”¹³⁹ demektedir. Gerçekten, bu nitelikte olmayan bir suç nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmayı gerektirecek bir muameleye tabi tutulması düşünülemeyeceğinden 258/3. maddenin uygulama alanı bulmaması normaldir. Aksi yönde bir davranış, görev sınırını aşma ve keyfi muamele olacağından verilecek cezanın 258/4. madde

aykırıdır...”(CGK, 17.10.1977, 4-337/361) (Aynı içerikte: 4.CD, 21.4.1987, 2710/3941; 4.CD, 28.3.1994, 10282/2414).

¹³⁴ Bkz. **Majno**, s.208; **Erem**, Memura Mukavemet, s.313; “Kırşehir SCM” nin 13.2.1995 tarihli arama kararı ve olay tutanağı içerikleri karşısında TCY’ nin 259. maddesi hükmü de gözetilerek , aynı Yasanın 258/3. madde ve fıkrasının uygulama olanağının tartışılmaması... yasaya aykırıdır” (4.CD, 22.6.2000, 5158/5543); **Amca oğlu ve arkadaş TCK’ nin 259. maddesinde belirtilen kıstaslara uymadığından verilen ceza 258/3.maddeye göre indirilemez** (4.CD, 22.03.1973, 1913/2622; 4.CD, 25.6.1964, 8215/6576).

¹³⁵ Bkz. **Majno**, s.208; **Gözübüyük** (s.1020) bu konuda “*akraba*” tabiri yanında “*yakınları*” tabirini de kullanarak iki kavramın farkına önem vermediği izlenimini uyandırmaktadır.

¹³⁶ Kanununun “*hapis veya tevkiften kurtarmak*” ibaresiyle kastettiği husus kuşkusuz “cezaevinden kaçmak değildir (**Erem**, Memura Mukavemet, s.313). Ancak her halükarda **Erem**’in (Memura Mukavemet, s.313) belirttiği “hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı için icra edilen tevkif” kavramından da geniştir.

¹³⁷ Bkz. **Erman/Özek**,s.339 ; **Gözübüyük**, s.1021; **Artuk / Gökçen/ Yenidünya**, s.564; **Tezcan/Erdem**, s. 217; **Soyaslan**, s.565; CGK, 19.9.1944, 228/189; 4.CD, 20.11.1951, 6756.

¹³⁸ Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.313; **Gözübüyük**, s.1021.

¹³⁹ İBK,15.12.1948, 5/11.

gereğince büsbütün kaldırılması söz konusu olabilecektir. Ayrıca, söz konusu hafifletici sebep sadece “*memura aktif mukavemet suçu*” için öngörülmüş, bundan başka bir suçta uygulanma imkanı tanımamıştır.¹⁴⁰

2- Memurun Haiz Olduğu Salâhiyet Hududunu Tecavüz Ederek veya Keyfi Hareketlerle Suça Sebebiyet Vermiş Olması

Kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 192. maddesinden alınan TCK'nın 258/4. maddesi “*Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.*”¹⁴¹ şeklindedir. Buna göre mağdur “*görevin sınırını tecavüz ederek*” veya “*keyfi muamele yaparak*” mukavemete sebebiyet vermiş ise failin göreceği ceza azaltılacak veya duruma göre büsbütün kaldırılabilir.¹⁴² Hemen belirtmek gerekir ki, burada failin mukavemeti ile mağdurun keyfi hareketi arasında bir “*denklik*” ve “*illiyyet bağı*” bulunmalı, failin mukavemeti, mağdurun keyfi hareketini aşan nitelikte olmamalı ve mukavemet keyfi hareketten hemen sonra meydana gelmelidir. Aksi takdirde 258. maddenin 4. fıkrası değil, fakat fiile uyan TCK hükmü ile 51. madde gereğince faile ceza verilecektir. Örneğin kendisini kırbaça hırpalayan polis memurunu bıçakla 30 gün olağan iş ve gücünden kalacak şekilde yaralayan fail hakkında TCK'nın 456/2, 457, 271, 51/1. maddesi uygulanarak ceza verilir.¹⁴³ Burada özel bir haksız tahrik hali öngörülmüş olup¹⁴⁴, bu madde ile birlikte veya bu hükmün yerine TCK'nın

¹⁴⁰ Zerboglio, s.119, zkr. Erem, Memura Mukavemet, s.313.

¹⁴¹ Bu hükmün Kaynak Yasa'da “...yetki sınırlarını keyfi muameleleriyle aşarak fiile sebebiyet vermiş ise...” şeklinde yer aldığı, dolayısıyla Yasamıza alınırken önemli bir yanlışlık yapıldığı ifade edilmiştir (Bkz. Gözübüyük, s.1022); Bkz. Majno, s.209.

¹⁴² Belirtelim ki bu hükmün uygulanması durumunda ceza kanımca _ oranına kadar indirilebileceği gibi, tamamen ortadan da kaldırılabilir. Örneğin temel cezanın 4 ay olarak belirlenmesi ihtimalinde duruma ve hakimın takdirine göre ceza [4-(4:4)=3 ay], [4-(4:2)=2 ay] olarak belirlenebileceği gibi, [4-(4.3:4)=1 ay] olarak belirlenebilir veya tamamen ortadan kaldırılabilir. Ancak cezandan _ ile tamamı arasında örneğin 4/5'i oranında bir indirim yapılamaz. Yani Yasanın hakime yasakladığı indirim alanı cezanın _'ü ile tamamı arasındaki alandır. Ancak Yargıtay “TCY'nin 258/4. maddesi uygulanırken cezanın dörtte bire kadar indirileceği gözetilmeden, yanlış sonucu _ oranında indirim yapılması...yasaya aykırıdır”(4.CD, 6.2.1992, 29/776) şeklindeki ifadesiyle cezanın ya _ oranında indirilebileceğini ya da tamamen ortadan kaldırılabilirliğini belirtmektedir.

¹⁴³ Bkz. Majno, s.208-209; Gözübüyük, s.1022 ; Benzer içerikteki Yargıtay kararı için bkz. 4.CD, 31.3.1961, 910/1483.

¹⁴⁴ Hükmün niteliği konusunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüşe göre söz konusu hüküm cezanın büsbütün kaldırılmasına yol açan keyfi bir hareketin, buna karşı gelen fert hakkında bir hukuka uygunluk nedeni teşkil ettiği yönündedir. (Bkz. Antoselli, Manzini ve Erman /Özek, s.297-298; Gözübüyük, s.1021-1022; Polatcan, s.185). Bizim de katıldığımız ikinci görüş ise bunun özel bir haksız tahrik olduğu yönündedir (Bkz. Tezcan/Erdem, s.217).

51 ve 272. maddelerinin uygulanması düşünülemez.¹⁴⁵ “*Görevin sınırını tecavüz*”¹⁴⁶ ve “*keyfi muamele*” pozitif normların içeriğine göre belirlenmelidir. Kaynağı geçerli bir norma dayanmayan hareket, üstün verdiği emrin sınırı aşılarak yapılan eylem ve işlem, konusu suç teşkil eden eylem ve işlem, “*görevin sınırını tecavüz/keyfi muamele*” olarak düşünülmelidir. Keyfi muamele, haksız bir muameledir.¹⁴⁷

Mağdur memurdan kaynaklanan keyfi hareket ve memuriyet sınırını tecavüz şeklinde ki haksız eylemlerin mutlaka failin şahsına yönelik olması gerekli değildir. Söz konusu haksız hareketlerin başkasına karşı işlenmesi halinde dahi fail üzerinde elem ve buhran oluşturabileceğinden bu teessür veya elemnin tesiri altında ve haksız hareket sırasında veya hemen sonra suç işlenmesi halinde fail hakkında bu indirim veya cezanın büsbütün kaldırılması hükmü uygulanacaktır.¹⁴⁸

Burada dikkat edilmesi gereken bir ayrımı daha vardır. O da, mağdurun hiçbir şekilde görevine girmeyen veya yasa ile kendisine yasaklanan bir husus da bir fiil ika ederken herhangi bir mukavemetle karşılaşması durumunda görev sınırını tecavüz veya keyfi muamelede olduğu gibi özel tahrik hükmü nedeniyle (TCK md. 258/4; Karş. TCK md. 272 ve 485) ceza indirimi veya cezanın büsbütün ortadan kaldırılması değil; hukuka aykırılığı ortadan kaldıran meşru müdafaa (TCK md.49) halinin varlığı nedeniyle

¹⁴⁵ Belirtelim ki, memurun keyfi hareketi son bulduktan sonra failin memura karşı bir suç işlemesi durumunda diğer şartları varsa TCK'nın 51. maddesinin tatbiki mümkündür (Bkz. **Erman/Özek**, s.300); “Görevliye etkin direnme suçunda TCK'nın 258/4. maddesi yerine, aynı yasanın 272. maddesiyle indirim yapılması...yasaya aykırıdır.” (4.CD. 24.5.2000, 4297/4501); Ayrıca, söz konusu şartların varlığı halinde doğrudan beraat kararı verilemez. Şartlara göre belirlenen cezadan belli oranda indirim yapılabileceği gibi cezanın büsbütün (tamamen) kaldırılmasına karar verilebilir (bkz.CGK, 3.7.1961, 4-10/10).

¹⁴⁶ “Şahitlerin ifadelerinden mağdur icra memurununicra memurluğunun talimatı dışına çıkarak maheuz traktörü bulamayınca başka menkul eşyanın hazineye tevessül ettiği ve bunun üzerine sanığın isnat edilen suçu işlediği anlaşıldığından, memurun salahiyet hududunu tecavüz ederek suçun işlenmesine sebebiyet vermesinin sanık hakkında TCK' nın 258. maddesinin 4. fıkrasının uygulanmasını gerektirdiğinin düşünülmemesi, yasaya aykırıdır” (4.CD. 1.11.1973, 5656/8493); “Muayyen bir evde kaçak tütün aramak göreviyle köye gönderilen jandarmaların, şüphe üzerine bir vatandaşın üzerini aramaya yetkileri olmadığı ve bu durumun keyfi muamele teşkil edeceğinin düşünülmesizin 4. fıkranın uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...yasaya aykırıdır.” (4.CD. 1.10.1953, 10170/10207).

¹⁴⁷ Bkz.**Erman/Özek**,s.297-300; **Gözübüyük**, s.1022; **Artuk / Gökçen/ Yenidünya**, s.564-566; “Sanığın istenilen kimliği göstermesine karşın, soyut bir şüpheye dayanılarak karakola götürülmek istenmesinin hakkında TCY' nin 258/4. maddesinin uygulanmasını gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışılmaması...yasaya aykırıdır” (4.CD. 17.12.1998, 136/1058); “Görevli bekçi Hayri'nin vurmasından sonra sanığın ona direndiği kabul edildiği halde TCK' nın 258/ 4.maddesinin uygulanmaması...yasaya aykırıdır” (4.CD. 10.11.1992, 5834/6918).

¹⁴⁸ Benzer içerikteki bir karar için bkz. **İBK**, 8.06.1970, E.8.K.3

suçun hiç oluşmaması halidir. Örneğin Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 88/1.maddesine göre "**Ağır Cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında suç işlediği ileri sürülen hakim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez...**". Bu amir hükme rağmen herhangi bir kolluk gücü mensubu bir hakim veya savcının üzerini aramaya kalkması veya yakalamaya çalışması nedeniyle mukavemete maruz kalırsa, fiilde hukuka aykırılık unsuru mevcut olmadığından suç oluşmayacaktır. Gerçekten burada kolluk gücü mensubu kesinlikle yapamayacağı, başka bir anlatımla görev alanı dışında bir fiili ika etmesi nedeniyle mukavemete maruz kalmıştır. Fail burada memura mukavemet etmekle yakalanmaktan kurtulmakta ve üzerinin aramasını engelleyerek filhal özgürlüğüne yönelen bir hareketi defetmektedir (bkz. TCK md. 49/2). Oysa TCK' nın 258/4. maddesindeki hükmün uygulanabilmesi için mevcut olan görev sınırının aşılması veya keyfi bir muamelenin söz konusu olması gerekir. Yani burada mağdur memurun mevcut görev yetkisine kısmen olsa aykırı davranma veya bu yetkiyi kullanma sırasında söz konusu normların düzenlendiği halin dışında bir eylemi vardır ve bu nedenle faile ceza indirimi öngörülmektedir.¹⁴⁹

Belirtmek gerekir ki, cezayı azaltıcı sebepler sadece "**254, 255, 256 ve 257 nci maddelerdeki suçlar ile, memura mukavemet suçu**" için uygulanabilir olup "**bunlarla beraber işlenen diğer suçlara**" teşmil edilmesi düşünülemez.¹⁵⁰

SONUÇ

Çalışmamız boyunca izah etmeye çalıştığımız üzere "**memura aktif mukavemet suçu**" konusunda gerek doktrin gerekse Yargıtay içtihatlarında üzerinde uzlaşmaya varılamamış bazı hususlar bulunmaktadır. Bunları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz:

-Tartışmalı hususların ilki, Yasa'da suçun "**mağduru**" olarak öngörülen "**memura yardım eden(ler)**" kavramıdır. Kanımca burada yasanın "**memura yardım eden kimse(ler)**" terimiyle kastettiği kişiler "**asli fonksiyonunu ifa eden memura, pozitif bir hukuk normuyla yardım etmek görevi yüklenen kimseler**"dir. Belirtelim ki memur, yardım edenden bu konuda bir talepte bulunmuş olmalı ve bu talebi pozitif bir hukuk normuna dayanmalıdır. Eğer memur herhangi yasal dayanağı olmadan bir kimseden yardım talep etmiş ve bu kimsenin yardımı sırasında mukavemet oluşmuşsa yardım edenlerin

¹⁴⁹ Bkz. Çalışmamızın "II-Fail ve Mağdur", "III-Maddi Unsur" başlıklı yerleriyle özellikle dn.10, 21, 56'ya ve bunlara ilişkin metinlere .

¹⁵⁰ Bkz. **Majno**, s.208; **Erem**, Şerh. s.1426; **Gözübüyük**, s.1020.

görevlendirilmeleri pozitif bir hukuk normuna dayanmaması nedeniyle hükmün korumasından yararlanamazlar.

-İkinci tartışılmalı husus *“mukavemet için gerekli olan cebir ve şiddeti aşan müessir fiil veya adam öldürme eylemlerinin, memura aktif mukavemet suçundan ayrı bir müessir fiil velveya adam öldürme suçunu da oluşturup oluşturmadığı”* sorunudur. Belirtmek gerekir ki, memura aktif mukavemet fiilinde kullanılan şiddet, mukavemet için gerekli olanı aşip *“müessir fiil”* veya *“adam öldürme suçuna”* dönüştüğünde, faile *“memura mukavemet suçu”* yanında *“memura müessir fiil”* veya *“adam öldürme suçu”*ndan da gerçek içtima kurallarına göre ceza verilmelidir. Zira, şiddet boyutunu aşan müessir fiil, memura aktif mukavemet suçunun; memura aktif mukavemet suçu ise müessir fiil veya adam öldürme suçunun ne unsuru, nede ağırlatıcı nedenidir. Bunun yanında tek fiille iki suçun ortaya çıkması (fikri içtima) durumu da söz konusu değildir. Ancak burada *“adam öldürme”* ve *“müessir fiil suçunun”* ağırlatıcı nedeni olarak öngörülen *“TCK’ nın 450 ve 457.”* maddelerindeki hükümlerin göz önünde tutulması gerekir.

-Üzerinde uzlaşmaya varılamamış ve uygulama açısından da önem taşıyan diğer bir husus da, *“memura mukavemet sırasında işlenen hakaret ve sövme (tahkir) fillerinin şiddet ve tehdit ile birlikte memura mukavemet suçunun unsurunu oluşturup oluşturmayacağı”* konusundadır.

Daha öncede belirttiğimiz gibi, TCK’nın 258. maddesinde suçun maddi unsuru olarak *“şiddet veya tehdit ile mukavemet fiili”* öngörülerek, bu şekilde seçimlik(seçenekli) hareketli bir suç vazedilmekle beraber, gerek unsurlar arasında gerekse ağırlatıcı sebepler arasında hakaret veya sövmekten bahsedilmediğinden, failin şiddet veya tehdit ile saldırıda bulunduğu sırada sövmesi veya hakarete bulunması halinde, iki ayrı netice meydana geldiğinden iki ayrı suç oluşacaktır. O halde burada ne *“mürekkep (bileşik) suçtan, ne müteselsil suçtan, ne müterakki (geçitli) suçtan, ne muhtelit (karma) suçtan ne de fikri içtimadan”* bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca bu iki norm arasında, *“genel (geniş)- özel (speciem) norm” (specialite)* ve *“temel –yardımcı norm” (sussidiarita)* ilişkisi de mevcut olmadığı gibi, bir normun (md.258) diğerini *“tüketmesi, yutması (consunzione)”* ölçüsü da söz konusu değildir. Bu durumda ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan her neticenin ayrı bir suç oluşturacağı kuralını göz önüne alarak hareket sayısınınca netice-suç meydana geldiği kabul edilmeli ve faile hem *“memura aktif mukavemet”*, hem de *“memura hakaret suçu”*ndan ceza tayini yoluna gidilmelidir.

BİBLİYOGRAFYA*

Ağakay, Mehmet Ali, Türkçe'de Yakın Anlamlı Kelimeler Sözlüğü, Ankara 1956

Akdağ, Selami, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1976

Altay, Şakir/Keskin, Veli, Hukuki ve Sosyal Terimler Sözlüğü, Ankara 1969

Alpaslan, M. Şükrü, Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik, İstanbul (Tarihsiz)

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Cener, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1998

Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul 1977

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 5

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 16

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 21

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, C. 22

Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188), İstanbul 1978

Dağcı, Şamil, İslam Ceza Hukukunda Şahıslar Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1996

Dayınlı, Kemal, Dictionnaire des Termes Juridiques, Francais-Turc, Ankara 1981

Demirbaş, Timur/Özbek, Veli Özer/ Eker, Behiye, Ceza Kanunları, İzmir 1999

Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970

Doğan, D.Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, 7.Baskı, Ankara 1990

Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2001(Kişilere)

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1, 9.Bası, İstanbul 1985

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 2, 8.Bası, İstanbul 1983

* Dipnotlarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde belirtilmiştir.

Erem, Faruk, Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu, AD, 1952, Sa. 7

Erem, Faruk, Memura Mukavemet, AD, 1959, Sa. 3 (Memura Mukavemet)

Erem, Faruk, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, Ankara 1959

Erem, Faruk, Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD, C. 16, Sa.1-2, Ocak-Nisan 1990 (Cebir)

Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 1993 (Şerh)

Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4.Basım, Ankara 1983

Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997

Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul 1992

Ersoy, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK .m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri) Ankara 1973

Evliyaoğlu, Erkal, Memurlarla İlgili Suçlar, Ankara 2001

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Kamu Görevlisine Karşı Şiddet ve Mukavemet Suçları, AD, Yıl 60, Aralık 1969, Sa.12

Gözübüyük, Abdullah Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 2, Genişletilmiş 5.Bası, İstanbul (tarihsiz)

Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali, AÜHFD, C.28, 1971, Sa.1-4

Hafizoğulları, Zeki, Zina Cürümleri, İstanbul 1983(Zina)

Hırş, Hukuku Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949

İçel, Kayıhan/ Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Hukukuna Giriş, in: Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 1989

İçel, Kayıhan/ Yenisey, Feridun, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4. Bası, İstanbul 1994

Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş (Çev.Feridun Yenisey), İstanbul 1989

Kaban, Mater/ Aşaner, Halim/ Güven, Özcan/ Yalvaç, Gürsel, Ceza Genel Kurulu Kararları, Ankara 2001

Kıyak, Fahrettin/Çağlayan, Muhtar/Şenel, Cabbar, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurin Muhakemat Kanunu, Ankara 1960

Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1986

Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 2, Ankara 1978

Malkoç, İsmail, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2001

Özgenç, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996(1996)

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, YD, C. 25, Ocak-Nisan 1999, Sa.1-2.

Özgenç, İzzet/Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara 2001

Öztürk, Bahri, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1994

Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa, R/ Özbek, Veli Ö., Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler,(Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Ankara 2001

Özön, Mustafa Nihat, Küçük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 3.Basım, İstanbul 1983

Özütürk, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul 1970

Odyakmaz, Zehra, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu, in: Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999

Ovacık, Mustafa, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 1986

Ovacık, Mustafa, Türkçe – İngilizce Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara 1995

Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English, (Edited by Sally Wehmeier-Phonetics Editor Michael Ashby), Sixth edition, 2000

Polatcan, İsmet, Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983

Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük, Milliyet Yayınları, Basım Yeri ve Tarihi Belli Değil

Sancar, Türkan Yalçın, Müteselsil Suç, Ankara 1995

Saraç, Tahsin, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük (Grand Dictionnaire Francais-Turc), 3.Basım, İstanbul 1990

Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara 1995

Selçuk, Sami, Karşıoyların Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İçtihatlar (Yayına Hazırlayan Cengiz Otacı), Turhan Kitabevi, Ankara 2001

Senkeri, Tarık, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1999

Sözüer, Adem, Tehdit Suçu, İÜHFİM, C.54, Sa.1-4, Yıl 1991-1994, İstanbul 1994

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, İzmir 2000

Toroslu, Nevzat, Anayasayı İhlal Suçu, ABD, Yıl 42, Sa.1985/4

Tuğlacı, Pars, Büyük Türkçe- Fransızca Sözlük, 4.Baskı, İstanbul 1991

Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu, 4. Baskı, Ankara 1998

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Ankara 1998

Yarsuvat, Duygun, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İÜHFİM, C.30, Sa.3-4, İstanbul 1965(Devlet İdaresi)

Yarsuvat, Duygun, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, İstanbul 1968 (Toplantı ve Gösteri)

Yarsuvat, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978 (Çalışma)

Yaşar, Osman, Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Ankara 1996

Yazıcıoğlu, R.Yılmaz, Tehdit Suçu Üzerine, YD, C. 19, Temmuz 1993

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996

KISALTMALAR

ABD	:Ankara Barosu Dergisi
AC	:Adliye Ceridesi
AD	:Adalet/Adliye Dergisi
Al	:Almanca
Ar	:Arapça
AMKD	:Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av.K	:Avukatlık Kanunu
AY	:Anayasa
AYM	:Anayasa Mahkemesi
b	:bent
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz	:bakınız
C	:cilt
CD	:Ceza Dairesi
CGK	:Ceza Genel Kurulu
CMUK	:Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CUH	:Ceza Umumi Heyeti
Çev	:çeviren
E	:esas
F	:fıkra
Fr	:Fransızca
HD	:Hukuk Dairesi
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İBK	:Yargıtay İçtihadı Birleştirmesi Kararı
İt	:İtalyan/İtalyanca
İİK	:İcra ve İflas Kanunu
in	:içinde
İng	:İngilizce

İÜHFD	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	:karar
Karş.	:karşılaştırınız
Lat.	:Latince
md	:madde
MK	:Medeni Kanun
RG	:Resmi Gazete
s	:sayfa
Sa	:sayı
t	:tarih/tarihli
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
vb	:ve benzeri
vd	:ve devamı
Y	:Yargıtay
YD	:Yargıtay Dergisi
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
zkr	:zikreden