

TÜRK CEZA KANUNUNDA ve 1997 TASARISINDA “MEMURA MENFİ MUKAVEMET SUÇU” ÜZERİNE BİR İNCELEME

Cengiz Otacı -Mesut Orta***

GİRİŞ

Çalışmamız çerçevesinde incelemeye çalışacağımız TCK'nın 260.¹ ve 1997 tasarısının 420. maddesinde tanımlanan suç², mevcut uygulamada “memura menfi mukavemet”, tasarıda ise “olumsuz direnme” olarak isimlendirilmiştir.

Anılan düzenleme ceza kanunumuzun 2. kitabının 3. babının 8. faslı içindedir. Faslın başlığı “hükümete karşı şiddet veya mukavemet ve kanunlara muhalefet” baliğini taşımaktadır ki, bu başlık oldukça ilginçtir. Zira arz etmeye çalışacağımız gibi madde, memurlara karşı yapılan eylemleri, memur aracılığı ile uygulamadaki anlayışa göre devlete, madde başlığına göre hükümete karşı yapılmış sayarak, günümüz siyaset bilimi, idare hukuku ve devlet anlayışıyla artık bağdaşmayan bir tarzda cezai hüküm içermektedir. 1997 tasarısında madde, TCK'daki düzenlemenin değiştirilmemiş halidir. Değişiklik sadece ceza miktarında olmuştur.

Aşağıda arz edeceğimiz gibi madde, uygulamada, metnine göre oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Bu alan içinde devleti, yada madde başlığına göre hükümeti temsil eden kişilerin kanun yada nizamca yapması gereken işlere/işlemlere karşı gelenler cezalandırılacaktır.

* Kınık Asliye Ceza Hakimi

** Adalet Bak. Tetkik Hakimi

1 “Kanun ve nizam hükümlerinden birisinin icrasına muhalefet için nüfuz ve müessir kuvvet sarf edenler bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” TCK md 260.

2 “Kanun ve nizam hükümlerinden birinin yerine getirilmesine karşı koymak için nüfuz veya etkili kuvvet sarf eden kimseye bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.” 1997 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı md 420.

Evveliyatla söylemek gerekir ki madde, devleti bütünüyle hükümetten ibaret gören, hükümet emrindeki memuru, dolayısıyla devleti ve hükümeti aşırı derecede koruyan, devletin emrindeki memurun yüceltilmesi, dolayısıyla devletin yüceltilmesi şeklinde bir anlayışı yansıtmaktadır.

Biz maddenin özelde devrim kanunlarını genelde meclis iradesiyle yürürlüğe konulan kanunları korumaya yönelik bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

I- MADDENİN SİYASAL TARİH ve HUKUK TARİHİ AÇISINDAN TAHLİLİ

Ortaçağda Roma İmparatorluğunun yıkılmasıyla başlayan siyasal boşluk, Kilise ile yerel devletler arasında iktidar mücadeleleri meydana getirmiştir. Bu mücadele ilk planda Kilisenin siyaset biliminde "iki kılıç" kuramı olarak adlandırılan, ruhani ve dünyevi iktidarın her ikisinin de kiliseye verildiği şeklindeki teziyle kilise lehine sonuçlanmıştır. Kilise Roma Hukukunu tanımakla birlikte lex divina ve lex natura şeklinde isimlendirilen ilahi hukuk ve tabî hukuk ilkelerini de benimsiyordu. Aslında Kilisenin de benimsediği, Roma'da, Kilisenin hariminde bulunan Bologna mektebi sayesinde Roma hukuku tüm Avrupa'ya yayılmıştı. Bu mektepte öğrenim gören öğrenciler sayesinde Roma hukuku, Avrupa'ya yayılırken, içeriğinde sadece hukuki bilgiler değil, aynı zamanda, dünya hakimiyeti, imparatorların tek başına siyasal erki kontrol etme ve yönlendirme yetkisi gibi siyasal mesajlar da taşıyordu³. "Merkantalizm" denilen, altın, gümüş gibi kıymetli maddelere sahip olunması esasına dayanan, sömürgecilik faaliyetleri ile beslenen iktisadi görüşlerle desteklenmesi⁴, monarşilerin ateşli silahlar sayesinde güçlenmesi ve Roma hukukundan, imparator hukukçularının çıkardıkları siyasal mesajlar, monarşilerin güçlenmesine neden oldu.

Bütün bunların yanında Grotius'un laik hukuka evrilecek olan tabî hukuk anlayışı, Newton, Descartes, Bacon ile bilimsel anlamda sistemleştirilen, herhangi bir dış yardım, dış yönlendirme olmadan insan aklının bu dünyayı anlama ve kurgulama yeteneğine sahip olduğunu vurgulaması, hakimiyetlerini siyasal, felsefi ve bilimsel açıdan perçinleme ihtiyacı olan monarşiler tarafından hukuki alanda da kullanıldı. Zaten siyasal alan, hukuki hüküm koyma ve bunları gerekirse zora dayalı olarak uygulama yeteneğine sahip olma yetkisi ile tamamlanmaktaydı.

³ Ağaoğulları Mehmet Ali-Köker Levent Tanrı Devletinden Kral Devlete Ankara 1997s. 15

⁴ Merkantalizm için Bkz Kazgan Gülten İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi. İstanbul 1984s. 40 vd

Monarşilerin, iki kılıç kuramının aksine siyasal alandaki yetkilerinin tamlığını, Luther'in Protestan hareketini başlattığı 95 maddelik bildirisinde "kilisenin ayrı bir hukuku olamaz. Hukuku devlet yapar" görüşü, Padova'lı Marsilius, Thomas Münzer, Zwingli, Calvin gibi dini alanın önemli kanaat önderleri tarafından da başka dillerde ifade ediliyordu⁵.

Machiavelli, Bodin, Hobbes, gibi güçlü siyasal kuramcılarının, monarşinin en iyi yönetim tarzı olduğu şeklindeki, yaşanan çağın güncel kuramları sayesinde siyasal iktidarlar, varlıklarını en etkin yol olan hukuk sistematiği ile, hukuk kuralları içinde de bilhassa ceza hukuku ile hissettirdiler. Ceza hukuku uygulaması ile siyasal iktidarların güçlendirme, yerleştirme ve ispatlama yöntemleri sadece monarşilere has değildir. Aynı yöntem Kilisece "Ad Extripanda"nın kabulü ile Engizisyon mahkemelerinde de kullanılmıştır.

Güçlü iktidar, güçlü yerel yönetim anlayışları, monarşilerin ulusal devlete dönüştüğü 18. ve 19. yy'da da kendini hissettirmiş, devlet felsefesi alanında güçlü kuramcılar doğurmuştur. Bacon, Diderot, Voltaire ve Rousseau'nun Fransa'da Napolyon, Machiavelli'nin İtalya'da Mussolini, Fichte, Schelling, Hegel ve Nietzsche'nin Almanya'da Hitler, Marx'n Rusya'da Lenin gibi diktatörlere zemin hazırlaması rastlantı değildir.

Bahsedilen felsefe ve siyaset bilimi kuramcılarında devlet felsefesi açısından kendinden sonra gelen düşünürleri en çok etkileyen kişi Hegel olmuştur. Hegel sayesinde devletler, iki kılıç kuramının etkisinden tam manasıyla kurtulmuş, ruhani alanı sınırlayarak ve kontrol altında tutarak Kiliseye devretmiş, siyasal alanda ise hukuku toplumsal mühendislik aracı olarak kullanıp, doktrinleri doğrultusunda toplumu yönlendirmiştir. Hegel'e göre devlet, tek kişinin aracılığıyla konuşur, düşünür ve iş görür. Devlet, Hegel'e göre toplumsal bilincin doruk noktasıdır. Kainatta bulunan ve tarihi de yönlendiren gizli aklın somut olarak varlık kazanmasıdır. Bu nedenle devlet, kendiliğinden akla uygun bir varlıktır, formdur, kalıptır. Hegel'e göre genel irade ve toplumsal bilinç, herkes tarafından tam olarak algılanamaz. Ancak devlet içinde bulunan ve devlet için çalışan kişiler, yaptıkları işe göre bu bilinci duyabilir ve yerine getirebilir. Bu nedenle devlet memurları, "genel" in istek ve iradelerini yansıttığı, toplumsal bilinç ve istence ışık tuttuğu için tanrısal ruha en yakın olanlardır⁶.

⁵ Ağaogulları-Köker s. 58, 119, 132,

⁶ Hegel'in devlet konusundaki görüşleri için Bkz Gökberk Macit, Felsefe Tarihi İstanbul 1990 s. 442 vd, Güriz Adnan Hukuk Felsefesi, Ankara 1987s. 237 vd

Hukukun modern manada yazılı hale getirilmesi, başta Hegel felsefesi olmak üzere diğer kuramcılarının görüşleri doğrultusunda, diktatörlerin hegemonyası altında devlete bir nevi kutsallık atfedilen bir ortamın etkisiyle hazırlanmıştır. Osmanlı Devleti döneminde Tanzimat sonrası kabul edilen 1858 tarihli üçüncü büyük ceza kanunu, tüm araştırmacıların ortak kabulü ile 1810 tarihli Napolyon diktatörlüğünün etkisiyle hazırlanmış Fransız ceza kanununun neredeyse aynen tercümesidir. Bahsedilen 1858 tarihli eski ceza kanunumuz, yine pek çok araştırmacı ve hukukçunun ifade ettiği gibi Cumhuriyet sonrası kabul edilen ceza kanunumuzun da temeli olmuştur. Kabulünden beri değişmemiş olan ve ceza kanunumuzda halen yürürlükte bulunan, 1858 tarihli eski ceza kanunumuza dayanan pek çok madde vardır.

18. ve 19. yy'ın devlete kutsallık atfeden anlayışı, kanunlaştırmanın yüceltilmesi ve kara Avrupasına hakim olan, uç örneği Prusya Devleti kanunlarında görülen her şeyin yazılı kanunlarla ifade edilmesi geleneği, yine bu zaman dilimine denk gelen diktatörlükler, yeni devletlerin kurulması, yeni iktidar erklerinin oluşması ve devrimler, devlet kadar devlet adına çalışanların da kutsanması sonucunu doğurmuştur.

Özellikle Cumhuriyetle bizim ülkemizde de görülen her yönüyle yeni bir sosyal yapıya geçiş arzusu, devletin bütünüyle yenilenmesi, yapılan mantalite değişikliğine halkın alıştırılması, hukuk sitemini, hukuk sistemi içinde ise ceza kanununu, yapılan değişikliklerin koruyucu ve kollayıcı normları haline getirmiştir. Mahmut Esat Bozkurt bu gerçeği, yeni bir ceza kanununa duyulan ihtiyacı dile getirdiği Başvekalet kanun layihasını sunuş yazısında " Arkadaşlar, Ceza kanunumuz çok serttir. Çünkü inkılap çok kıskançtır... Bundan korkacak olanlar ve korkması lazım gelenler, Türk Milletinin menfaatlerine, Türk Milletinin hukukuna ve inkılabına karşı tekin olmayanlar olacaktır... İnkılabın ve devletin manası, tekin olmayanları, zorbaları, mütecavizleri korkutmaktır, ezmektir." sözleriyle dile getirmektedir. Aynı yazıda Bozkurt, 1858 tarihli eski ceza kanunumuzu eleştirirken "İnkılabın ve Cumhuriyetin vazettiği esaslar, prensipler ve vücuda getirdiği eserler, başka bir tabirle inkılabın davası, Türk Milletinin hak davası, halihazırda ki ceza kanunumuzla (eski ceza kanunu), kafi derecede müeyyidelerle takviye edilmiş değildir⁷." demektedir.

Her ne kadar 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı ceza kanunumuz, Mussolini İtalya'sının ceza kanunu değilse ve 1936 yılında, 1930 tarihli Codice Rocco olarak bilinen yeni İtalyan ceza kanununa da uyarlanmış olsa bile, me'haz kanunların Mussolini döneminden kalma devletin buyurucu gücüne dair izler

⁷ Bozkurt Gülnihal. Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara 1996 s . 211

taşımaktadır. Hegel'den bu yana devletler, hem kendilerini hem de ilk elden kendilerini temsil eden memurlarını korumak için mevzuat sevk etmişlerdir. Bizdeki Osmanlı Devletinden kalma Memurin Muhakematı Kanunu Muvakkatı buna en güzel örnektir⁸.

Bu gün için geldiğimiz noktada, siyaset felsefesi, geçen yüzyılların kuramlarından farklı olarak devletin, sosyal kontratla kurulmadığını, devlet kavramının "yüce" kabul edilecek bir yanı olmadığını, devletin faaliyetleri ile vatandaşının en temel hak ve özgürlüklerini korumak için var olduğunu kabul etmektedir. Bu meyanda, temel ihtiyaç maddelerinin üretimi ve hizmet sunumu özel sektöre devredilmiş, üretim anayasal haklarda köklü değişiklikler olmuş, devlet, hizmet üreten bir organizasyona dönüşmüştür. Geçen yüzyıllardan kalan, belirleyici, tanımlayıcı ve yönlendirici devlet anlayışı, modern ve postmodern eğilimle yerini, müdahale etmeyen, pek çok alanda inisiyatif sivil toplum örgütlerine bırakan, yetkilerini kısıtlayan, toplumsal değişim ve gelişimleri denetleme altına almayan bir devlet anlayışına bırakmıştır.

Gelişen ve değişen dünyada devletin fonksiyonlarında gözle görülür azalma ve küçülme olurken, geçmiş yüzyılların anlayışını sergileyen bir tarzda devletin halen kendini ve memurlarını kutsaması, dokunulmaz ilan etmesi, ayrıcalıklı bir kısım haklar bahşetmesi kabul edilir bir durum değildir.

II- MADDENİN HUKUKİ TAHLİLİ

1. Genel Olarak

Maddenin hukuki olarak tahliline geçmeden önce metinde yer alan üç kelimenin manasını anlamakta fayda vardır.

a) nizam : 1. düzen, usül, tertip, yol, kaide 2. Zamanın icaplarına göre konulan esaslar

b) nüfuz : 1. İçer geçme, işleme 2. sözü geçme, sözü dinlenme

c) müessir : 1. Tesir yapan, iz bırakan, 2. İşleyen, hükmünü yürüten 3. Çok hissedilen, işleyen 4. Dokunan, dokunaklı

TCK 260. maddenin yer aldığı babta düzenlenen 254. ve 258. maddeler açıkça cebir ve şiddetten söz etmiştir. Buna karşın 260. madde "cebir-şiddet" deyimine yer vermeyerek "nüfuz ve müessir kuvvet" tabirini kullanmıştır.

⁸ Osmanlı Devleti'nde memurların korunmasının temelindeki sosyal ilişki biçimi, Osmanlı Devleti'nin Batılılaşma hareketlerinin tepeden aşağı uygulanmasında aranmalıdır. Tatar Ercan, Dokunulmazlar, Hukukun Üstündeki Sınıf, İstanbul 1999, s. 29

Uygulamada 260. maddenin yorumunda bahsedilen müessir kuvvet için 258. madde ile bu maddenin ayırımını da yapmak amacıyla “direnmede sarf olunan nüfuz ve kuvvetin memura yönelik olması değil işleme yönelik olması gerektiği⁹” belirtilmiştir. Uygulamanın ve doktrinin kabulüne göre menfi mukavemet, şiddet yada tehdit olmaksızın memurun görevine giren bir muamelenin yapılmasına karşı koymak¹⁰ yada engellemektir¹¹ kanunun metninden ve ruhundan anlaşılan TCK 254. ve 258. de olduğu gibi cebir ve şiddet derecesine varmayan ancak, memurun görevini yerine getirmesini engelleyici hareketler cezalandırılmak istenmiştir. Amaç, kamu görevlilerinin görevlerini sükunet ve herhangi bir engelle karşılaşmadan yerine getirilmesini temindir. Yoksa görevli memurun her dediğinin yada istediğinin katıksız yerine getirilmesini temin değildir.

1997 tasarısı “olumsuz direnme” suçuna, İkinci Kitapta “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar” kısmında, “Kamu Hizmeti ve Görevlilerine Karşı Suçlar” bölümünde yer vermiştir. Kanunun yer aldığı kısım ve bölüm, başlıklarıyla birlikte TCK’ya göre daha isabetli olmuştur. Ancak maddenin metni, TCK 260 maddesi ile tamamen aynıdır. Tasarının gerekçesi düzenlemeyi, mevcut uygulamalara atıf ile, fiili kabul ve uygulama üzerine oturtmaktadır.

TCK 260 madde, cezalandırmayı amaçladığı suçun unsurlarını açık olarak göstermemiştir. Maddede yer alan “kanun ve nizam hükümlerinden birisinin icrasına muhalefet” deyimini oldukça genel ve kapalı bir deyimdir. Bundan başka “nüfuz ve müessir kuvvet” tabiri de açık değildir. İsviçre Ceza Kanununda bu suç “memurun görevine giren bir muamelenin yapılmasına engel olmak” şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin bizdeki kapallılığı, Yargıtay’ın içtihatları ile açıklığa kavuşturulmuştur¹².

Yargıtay CGK 21.10.1985 gün ve 2-81/533 sayılı kararında maddede düzenlenen suçun çerçevesini çizmiş, nüfuz ve müessir kuvvetin memur tarafından yerine getirilmesine çalışılan işleme karşı olması gerektiğini, menfi mukavemetin kişiye karşı olmasının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Yargıtay özel daireleri, pek çok kararlarında bu çerçeveye uyararak, memurun görev alanına giren işlemlere karşı gelme durumunda suçun oluştuğu kanaatine varmıştır. Sanığın görevli jandarmanın “dur” ihtarına uymayarak kaçmasını, polis tarafından karakola götürülmek istenen kişinin “gelmiyorum,

⁹ CGK 21.10.1985 2-81/533, Ön Tasarının 420. madde gerekçesi

¹⁰ Gözübüyük A. P. Türk Ceza Kanunu Açıklaması 3/305

¹¹ Durmuş Tezcan - Mustafa R. Erdem Ceza Özel Hukuku s. 208 İzmir 2000

¹² Gözübüyük 3/304

götüremezsiniz” diyerek merdivenlere oturmasını, sanıkların haczi engellemek için otomobili galeriden kaçırmalarını, karakola gitmemek için sanığın kendini yerlere atmasını, koruma bekçisi tarafından götürülmek istenen hayvanı tutup bırakmamasını menfi mukavemet saymıştır¹³.

Yargıtay, oldukça muğlak biçimde kaleme alınan maddenin somut olaylar karşısında nasıl anlaşılması gerektiği konusunda açıklanan içtihatları ile uygulamaya ışık tutmuştur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki uygulama ile maddenin metni arasında kanaatimizce mutabakat bulunmamaktadır. Bunu aşağıda arz etmeye çalışacağız.

Maddenin uygulamadaki anlaşılma biçimi ve metninden yola çıkarak şu sonuçlara varmak mümkündür.

a) Madde metninde “kanun”un yanında “nizam” kelimesi de kullanıldığına göre, “nizam” kelimesi “kanun”dan farklıdır. Nizam burada yönetmelik, tüzük manasına da gelebilir. Bu durumda mağdur olarak kabul edilen memurun yetki alanı alabildiğine genişlemiş, memurun işlemine muhatap olan kişinin bu işleme karşı itiraz alanı daralmış olur. Bundan başka mağdur olarak kabul edilen memurun hareketinde keyfilik olması durumunda sanığa tayin edilen ceza TCK 272. madde ile de indirilemeyecek, sadece tahrik hükümleri işletilebilecektir¹⁴.

Hakimin yada savcının katipten dosya içindeki evrakları kalem yönetmeliğine uygun olarak tanzim etmesini istemesi, katibin ise bu isteği reddederek yapmayacağını beyan etmesi bu cümledendir¹⁵.

Aralarında ast-üst ilişkisi bulunan memurlar arasında yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi bir karşı gelme durumunda ast memurun eyleminin disiplin cezasını gerektirir bir eylem mi olduğu yoksa menfi mukavemet suçu mu olduğu konusunda net bir ayırım yapmak çok zordur.

b) Anılan madde, uygulamada daha ziyada güç kullanmaya yetkili olan yada gerektiğinde bu yetkiyi kullanabilecek olan kişilerden yardım alabilecek durumda olanların işlemlerine direnme şeklinde meydana gelmektedir. Polis, jandarma, icra müdürü gibi.

¹³ Karar örnekleri için ve diğer kararlar için Bkz Kaymaz Seydi -Gökcan Hasan Tahsin Uygulamada Sulh Ceza Davaları Ankara 1998s. 70 vd, Görgün Mehmet Uygulamada Sulh Ceza Davaları Ankara 1998s. 143 vd

¹⁴ 4 CD 21.09.1954 10500/8568, 17.10.1953 8159/10050

¹⁵ TCK 260 maddede yazılı suçun faili, Erman-Özek'e göre memur kişiler de olabilir. Örneğin çalıştığı kurumda usulüne uygun olarak yapılması istenen aramayı engellemek amacıyla nüfuz ve müessir kuvvet sarf eden memur maddede yazılı suçun faili olabilir. Erman-Özek Zikreden Kaymaz-Gökcan s. 67

2559 sayılı “Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu”nun 17. maddesine göre polis “kanun ve usul dairesinde verdiği emre itaatsizlik ve ittihaz eylediği tedbirlere riayetsizlik edenler, vazife yaparken polise mukavemette bulunan veya vazifesinden alıkoymak maksadı ile polise zorla karşı koyan ve yakalanmadıkları takdirde hareketlerine devam etmeleri melhuz bulunan şahısları” karakola götürüp, hakkında evrak tanzim ederek bu evrakla birlikte adliyeye sevk etmek yetkisine sahiptir. Aynı kanunun ek-6 maddesine göre polis, “yakalanması gerekli kişi veya dağıtılması gereken topluluğun direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde bu fiilleri etkisiz hale getirmek için zor kullanabilir. Zor kullanma bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanma yetkilerini ifade eder.”

2803 sayılı “Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu”nun 10. maddesine göre genel olarak polis görev sahası dışında olan alanlarda görev yapan jandarma, aynı kanunun 11 maddesine göre silah kullanma yetkisine sahiptir.

2803 sayılı kanuna istinaden çıkarılan Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkiler Yönetmeliğinin 26. maddesi “Jandarma, kanun ve nizamla göre;bir yasağın ihlalini ve bir suçun devamını önlemek için emir verebilir. Ayrıca kanun ve nizamın öngördüğü bir yükümlülüğün yerine getirilmesi, kamu düzeni nedeniyle alınmış kanuni bir önleme uygun davranılması için, kişileri ve kamuyu uyarabilir. Görevini yaptığı sırada Jandarmaya direnen veya zorla karşı koyanlar, yakalanmadıkları takdirde hareketlerine devam edecekleri kuşkusuz görülüp,uyarıya aldırış etmeyecekleri umulanlar;

Jandarma tarafından yakalanır. Karakola götürülerek hakkında düzenlenecek belgelerle birlikte; bekletilmeksizin,adamlı olarak yirmi dört saat içinde adliyeye verilirler” şeklinde bir düzenleme yetkisi vermiştir.

Bundan başka aynı yönetmeliğin 38. Maddesine göre “Jandarma kanun ve nizamla uygun olarak kişileri yakalama veya toplulukları dağıtma sırasında karşılaştığı direnmeleri,kırmak,saldırıya yeltenen veya saldırıda bulunanları etkisiz duruma getirmek için zor kullanabilir.

Zor kullanmanın niteliği ve derecesi karşılaşılan direnme veya saldırıya göre değişmek üzere; yeterli biçimde ve nitelikte bedeni kuvvet,maddi güç ve şartları gerçekleştiğinde her çeşit silah kullanmayı kapsar.

Yakalanan kişinin kaçmasını önlemede, gözaltında bulundurulurken ciddi bir tehlike oluşturması ve özellikle birlikte bulundurulduğu kimseler ve personelin güvenliği için zorunlu görüldüğünde veya intihara kalkıştığı ve bu yolda hazırlıkta bulunduğu, bu davranışlarına engel olmak için; yakalanan kimsenin sağlığına zarar vermeyecek şekilde gerekli önlemler alınır.

Toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda; zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gerecin seçimi öncelikle, kuvvetin başındaki komutana ait tir. Bu konuda mülki amirin yetkileri saklıdır.

İİK 80. ve 81. maddeleri, haczi yapan memurların zabıttan yardım alabileceklerini, zabıttanın gerektiğinde icra müdürünün yazılı başvurusu üzerine emirlerini ifa ile mükellef oldukları açıkça belirtilmiştir.

Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen kararları bizatihi güç kullanmaya yetkili olan yada bu yetkiye sahip olanlardan yardım alabilecek durumda olan kişilerin kanuni yetkilerini görmezden gelmektedir. Gerçektende karakola gitmemek için polise direnen bir kişiyi zaten polis zor kullanma yetkisine dayanarak karakola götürebilme imkanına sahiptir. Polisi böyle bir yetkisi yokmuş ve şahsın bu direnmesi karşısında çaresizmiş gibi kabulle, menfi mukavemet suçu adı altında anlaşıldığı şekliyle bir suça vücut vermek mevcut mevzuat içinde anlaşılması zor bir durumdur.

2. Maddeye Bakışımız

Gerek madde metni gerekse maddenin düzenlendiği bap ve fasıl içinde yer alan diğer maddeler birlikte ve dikkatle okunursa TCK 260. maddenin konuluş amacının, uygulamanın kabulüyle memura menfi mukavemet olarak adlandırılan durumu düzenlemediği kanaatindeyiz.

Maddenin kabul gerekçesi bulunmamaktadır. Bu durumda kanunun konuluş amacı, maddenin yer aldığı bab, fasıl, madde metni ve devam eden maddelerin uygulama alanından anlaşılacaktır.

Kanaatimizce maddenin düzenlemek istediği suç, uygulamadaki anlayışın aksine memurun görevine ilişkin işlemlere karşı gelmek olmayıp, uygulanmasını engellemek amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi iradesiyle yürürlüğe konulan kanunların yada herhangi bir kanunun uygulanmasına, yürürlüğüne muhalefet amacıyla kelimenin tam manasıyla nüfuz yada kuvvet sarf ederek karşı gelmektir.

Bu tanımlamamıza 8 yıllık kesintisiz eğitime karşı gelenlerin eylemini örnek olarak verebiliriz. Gerçektende bu düzenlemeyi protesto edenler geçmiş yıllarda, meclis tarafından yürürlüğe konulmuş bir kanunun uygulanmamasını temin için topluluk halinde eylemler düzenlemekteydi. Meclis tarafından yürürlüğe konulan bu kanuna karşı eleştiri sınırlarını aşarak açıkça karşı gelerek, başka bir suç olmadığı taktirde TCK 260. maddede yazılan eylemi oluşturacaktır.

Kanaatimizce 260. madde, 8. fasılın başlığında, bu fasıl içinde düzenlendiği söylenen "kanunlara muhalefetin" genel kuralını koymakta, devam

eden 261, 262, 263 ve 264. maddeler ise genel kuraldan ayrılarak kanuna muhalefet sayılan özel durumları düzenlemektedir.

Maddede yazılı suçun maddi unsuru, “nüfuz yada müessir kuvvet sarf ederek kanun yada nizam hükümlerinin icrasına muhalefet etmektir.”

258. maddede yer alan cebir-şiddet deyimleri yaklaşık aynı manada olup vurgulamayı kuvvetlendirmek için beraber kullanılmıştır¹⁶. Memura yada ona yardım edenlere karşı, görevlerini yaptıkları sırada cebir-şiddet yada tehditle mukavemet edenler 258 maddeye göre cezalandırılacaktır. 254. maddeden 258. maddeye kadar dikkat edilirse memurun yaptığı işe güç kullanılarak karşı gelenler cezalandırılmaktadır. 260 madde ise cebir, şiddet, tehdit, silah, teşekkül oluşturmak vs gibi kavramlara hiç değinmeden kanun ve nizam hükümlerinden birisinin icrasına muhalefet maksadıyla “nüfuz ve müessir kuvvet” sarfından bahsetmektedir. Maddede yazılı suçun oluşması için sanık hem “nüfuz” hem de “müessir kuvvet” sarf etmiş olacaktır. Çünkü her iki kavram “ve” bağlacı ile bağlanmıştır¹⁷.

Madde, diğer maddelerden farklı olarak “cebir ve şiddet” tabirlerini bileerek kullanmamıştır. Çünkü cebir ve şiddet kişilere yada eşyaya karşı kullanılan fiziki zordur. “Müessir kuvvet” ise “nüfuz”la birlikte düşünülürse sonuca etki edebilecek her türlü hareket yada eylem anlamını taşır. Nüfuz, maddenin bizim anladığımız bakış açısıyla kanunun yürürlüğüne yada uygulanmasına muhalefet için etki alanı oluşturulması, kamuoyu desteği aranması, oluşan destekle kanunların yada kanunun yürürlüğüne eleştiri sınırlarını aşacak şekilde muhalefet edilmesidir.

Aslında burada düzenlenen sadece kanunlara muhalefet de değildir. Zira madde metninden yola çıkarsak “nizam” deyimini, kanundan başka genelge, yönetmelik ve tüzüğü de kapsadığından, bunların uygulanmaması için nüfuz yada müessir kuvvetle muhalefet etmek de suç olacaktır.

Kanunun, yürürlüğe girdikten beri hiç değişmediği, TCK’nun kabul edildiği siyasal ortamın devrim ortamı olduğu, devrimlerin de yeni düzenlemeler, yeni hukuki kurumlaşmalar getirdiği göz önüne alındığında maddenin anlaşılması daha kolay olacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz TCK 260 maddenin sonraki maddelerle genel kural-özel kural ilişkisi içinde olduğu, TCK 260 maddenin, devrim ortamı

¹⁶ Gözübüyük 4/141

¹⁷ Maddede yer alan “ve” bağlacı, TCK 269 maddede olduğu gibi “veya” manasında da kabul edilebilir. CGK 25.03.1997 gün 4-27/60 esas sayılı kararında TCK 269 maddede yer alan “ve” bağlacının “veya” şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Bu durumda dahi TCK 260 madde açısından sonuç değişmeyecektir.

içinde çıkartılan kanunlara ve nizamlara muhalefet manasına geldiği, 260. maddenin peşinden gelen maddelerle daha da iyi anlaşılmaktadır.

TCK 261. madde, özelde harf devrimi ve Tevhid-i Tedrisat kanununa karşı yapılacak olan eski tarzda ve Arap alfabesi ile tedrisatı engellemek maksadına matuftur. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri'nin 14.03.1939 gün 38-16 sayılı genelgesi buna en güzel örnektir. Anılan genelge ile "... Eski harflerle matbu kitaplarla tedrisat icrası memnudur. Bu memnuiyet Ceza Kanununun 526. maddesi ile müeyyide altına alınmıştır. Binaenaleyh, kanun ve nizam-lara aykırı olarak açılan mekteplerde yapılan Türkçe tedrisatta eski harfler kullanıldığı taktirde faileri hakkında Ceza Kanununun aynı zamanda 261 ve 526 maddeleri mucibince takibat icrası lüzumu kendini gösterir...." denilmektedir¹⁸.

262. madde ise, kanunda sayılan yerlere ceset defnini yasaklamakla, genel sağlığı korumanın yanında halk tarafından türbe sayılabilecek yeni yerler oluşturulmasını önlemek maksadına matuftur. Bir bakıma 262. madde ile tekkeler ve zaviyeler konusunda yapılan devrimlerin cezai müeyyidelerle desteklenmesi amaçlanmaktadır.

Görülüyor ki TCK 261, 262, 263 ve 264 sayılı maddeler, 260 maddeden farklı olarak kanunlara muhalefetin özel görünüşlerini belirlemiş, genel çerçe-ve 260 madde ile çizilmiştir.

TCK 260. maddenin yazılı şeklinden suçun mağdurunun kim olacağını tespit etmek imkansızdır. Uygulamanın kabulü penceresinden, kanun ve nizam hükümleri memurlar eliyle yürütüldüğünden kanun ve nizam hüküm-lerine muhalefet edilmesi durumunda mağdurun memur olacağı sonucuna varılmaktadır¹⁹. Kimlerin memur sayılacağı ise TCK 279. maddede çerçeve olarak belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen ve idare hukukumuz içinde en kapsamlısı sayılan²⁰ kamu görevlisi tanımı içine giren herkesi suçun mağ-
duru saymak, hatta CMUK 127 maddenin verdiği yetkiye dayalı olarak kaç-

¹⁸ Çağlayan M. Muhtar Türk Ceza Kanunu, Ankara Baskı tarihsiz. 3/884. "... 1353 sayılı kanunun 9. maddesi..... resmen teessüs ve teşekkül etmiş mekteplerde Türk harflerinin kullanılacağı ve eski harflerle matbu kitaplarda tedrisatın meni hükmünü koymaktadır. Binaenaleyh resmen teşekkül etmemiş ve mektep olmak vasıf ve şartlarını haiz bulunmamış olan yerler bu kanunun dışında kalmıştır. Sanığın açtığı yeri mektep veya ders-hane telakki ettiğimiz taktirde ruhsat almadığına göre hadisenin hem TCK 261 ve hem de 526 maddeleri açısından mütalaa edilmesi, TCK 79 maddesine göre cürüm mahiyetinde olan 261 madde ile ceza tayin edilmesi lazımdır..... C.U.H 14.04.1952 4/100-78. Bkz Gözübüyük 3/312

¹⁹ Kaymaz-Gökcan s. 67

²⁰ Gözübüyük Şeref-Akılhoğlu Tekin Yönetim Hukuku Ankara Ankara 1992s. 150

makta olan sanığı yakalamak isteyen kişinin dahi bu suçun mağduru olacağını söylemek²¹ gerçekten pek güçtür. Polis, jandarma gibi zor kullanmaya yetkili olan yada icra müdürü gibi bu kişilerden gerektiğinde yardım alabilecek durumda olanları, hatta CMUK 127 de bahsedilen kaçan sanığı yakalamak isteyenleri suçun mağduru saymak, ceza yargılamasında “mağdur” kavramını sınırsız şekilde genişletmek sonucunu doğurur.

Ceza yargılamasında “suçtan zarar gören” kavramının “mağdur” kavramından daha geniş olduğu tartışmasıdır. En geniş manada suçtan zarar gören, sanığın eylemi ile haklı çıkarları zedelenen ve bu nedenle psikolojik olarak sanığın cezalandırılmasını isteyebilecek kişidir²². Bu yaklaşımla menfi mukavemet olarak adlandırılan suçta memurun hangi çıkarı zedelenmektedir ? Memur, yapmak istediği işleme karşı geliniyorsa bunu diğer hukuki yollardan yerine getirebilir. Bu mükellefiyeti, memura göre daha zayıf durumda olan sanığa yükleyen hukuk düzeni ne kadar adildir?

Mağdur olarak nitelendirilen memurun, sanığın engellemesine konu eyleminin haksız, hukuka aykırı, keyfi olabileceği ihtimali karşısında Yargıtay ve TCK 272. madde, yukarıda da arz ettiğimiz gibi sanığa sadece tahrik olabilme hakkı tanımaktadır. Yapılan işleme, işlemi yapan memur nezdinde itiraz etme hakkı tanımamaktadır.

SONUÇ

TCK 260. ve TCK 1997 öntasarısının 420. maddesinde yazılı olan ve uygulamada menfi mukavemet suçu olarak adlandırılan suç tipi, bu gün kabul edilen eylemlerle bağdaşmamaktadır. Bağdaşmama, hem maddenin metninden hem de modern çağda ulaşılan toplumsal-siyasal düzenden kaynaklanmaktadır. Devletin kendini buyurucu güç olarak gördüğü siyasal sistemlerde memurlar, devletin buyrukları yerine getiren nihai elemanlardır. Devlet, bu ortamda buyruklarını yerine getiren nihai elemanlarına haddinden fazla koruma bahşeder. Kanaatimizce maddede yazılı suç, uygulamadaki kabulün aksine TBMM yada bakanlar kurulu kararıyla yürürlüğe konulan kanunların yada diğer mevzuatın yürürlüğüne muhalefet edilmesi durumuna münhasırdır.

21 Erman-Özek, zikreden Kaymaz-Gökcan s. 67

22 Öztürk-Erdem-Özbek s. 332, Yurtcan Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 1991, s. 168 vd