

162256

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**TÜRK CEZA KANUNUNDA
İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU**

Mehmet Onat ÖZTÜRK

Danışman
Prof. Dr. Erol AKI

162256

2005

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

26 / 10 / 2005

Mehmet Onat ÖZTÜRK



TUTANAK

Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü' nün/...../..... tarih vesayılı toplantısında oluşturulan jüri, Lisanüstü Öğretim Yönetmeliği'ninmaddesine göre Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı Doktora öğrencisi Mehmet Onat ÖZTÜRK' ün TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU konulu tezi incelenmiş ve aday/...../..... tarihinde, saat’ da jüri önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini savunmasından sonra dakikalık süre içinde gerek tez konusu, gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından jüri üyelerine sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin olduğuna oy ile karar verildi.

ÜYE
Prof. Dr. G. Tolga
ÜYE
Prof. Dr. F. F. D. R.
ÜYE
Prof. Dr. A. N. S. S.
ÜYE
Prof. Dr. A. N. S. S.
ÜYE
Prof. Dr. A. N. S. S.

YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ
TEZ VERİ FORMU

Tez No: Konu Kodu: Üniv. Kodu

• Not: Bu bölüm merkezimiz tarafından doldurulacaktır.

Tez Yazarının

Soyadı: ÖZTÜRK

Adı: MEHMET ONAT

Tezin Türkçe Adı: TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞ VE ÇALIŞMA
HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU

Tezin Yabancı Dildeki Adı: THE FELONY OF VIOLATION OF FREEDOM OF
LABOUR AND WORK IN THE TURKISH CRIMINAL CODE

Tezin Yapıldığı Üniversitesi: DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Enstitü: SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Yıl: 2005

Diğer Kuruluşlar:

Tezin Türü:

Yüksek Lisans: ☐

Dili: TÜRKÇE

Doktora: ☒

Sayfa Sayısı: 253

Tıpta Uzmanlık: ☐

Referans Sayısı: 59

Sanatta Yeterlilik: ☐

Tez Danışmanlarının

Ünvanı: PROF. DR.

Adı: EROL

Soyadı: AKI

Türkçe Anahtar Kelimeler:

İngilizce Anahtar Kelimeler:

1-İş

1- Labour

2-Çalışma

2- Work

3-İşyeri

3- Working Place

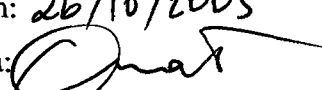
4-İhlal

4- Violation

5-Suç

5- Felony

Tarih: 26/10/2005

İmza: 

Tezinin Erişim Sayfasında Yayınlanmasını İstiyorum

Evet ☒

Hayır ☐

ÖZET

Çalışmamızın konusu, ‘Türk Ceza Kanunu’nda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu’dur. Bu suç 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 117nci maddesinde yer almaktadır. 01.06.2005 tarihi itibariyle yürürlükten kalkan 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda aynı suç, ‘İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler’ başlığını taşıyan Altıncı Fasil’da, 201inci maddede düzenlenmekteydi.

765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesi, dört fıkradan oluşmakta, ilk üç fıkra da unsurları açısından farklılıklar arz eden üç ayrı suç tipi öngörülmekte ve dördüncü fıkra da ağırlaştırıcı sebepler düzenlenmekteydi. Hükümde yer alan bu üç suç tipi doktrinde sırasıyla, ‘Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Meni Suçu’, ‘Ekonomik Amaçla İş Bırakmaya Zorlama Suçu’ ve ‘İşyeri İşgali Suçu’ olarak adlandırılmaktaydı.

5237 Sayılı Kanun’da yer alan 117nci madde de, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesi gibi, unsurları itibariyle birbirlerinden ayrılan çeşitli suç tiplerini içinde barındırmaktadır. Bunlar sırasıyla, 1inci fıkra da ‘İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu’, 2nci fıkra da ‘Sömürü Suçu’, 3üncü fıkra da ‘Sömürmek İçin Tedarik, Sevk veya Nakil Etmek Suçu’ ve 4üncü fıkra da ‘Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama Suçu’ ve ‘İşin Durmasına Neden Olma Suçu’ dur. Görüldüğü gibi 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinden farklı suç tipleri yaratılmış, işyeri işgali suçu hükmünden çıkarılmıştır. İşyeri işgali suçuna benzer bir suç tipine, konut dokunulmazlığının ihlali suçunun düzenlendiği 116ncı madde içinde yer verilmiştir.

Çalışmamızda 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinde yer alan suç, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinden yola çıkmak suretiyle, uygulama ve doktrindeki tartışmalar ışığında, maddenin lafzı, burada kullanılan kavramların anlamları ve hükmün diğer hükümlerle ilişkisi çerçevesinde incelemeye çalıştık.

ABSTRACT

The subject of our study is 'The Felony of Violation of Freedom of Labour and Work in the Turkish Criminal Code'. This felony is within the scope of Article 117 of the Turkish Criminal Code. The same felony in the Criminal Code numbered 765 abolished as from 01.06.2005 was regulated in Article 201 in the Sixth Chapter entitled 'Felonies Against Freedom of Labour and Work'.

Article 201 of the Law numbered 765 is composed of four paragraphs. Three separate felony types which have differences in terms of their elements are prescribed in the first three paragraphs and aggravating circumstances are regulated in the fourth paragraph. These three offence types are entitled 'The Felony of Restricting and Preventing Freedom of Work', 'The Felony of Forcing to Quit Work for Economic Purposes' and 'The Felony of Occupation of Working Place' respectively in the doctrine.

Article 117 in the Law numbered 5237 includes various felony types which differ from each other in terms of their elements as Article 201 of the Law numbered 765 does. These are respectively 'The Felony of Violation of Freedom of Labour and Work' in the first paragraph, 'The Felony of Exploitation' in the second paragraph, 'The Felony of Provision, Sending or Transfer of Persons for Exploitation' in the third paragraph, 'The Felony of Forcing to Amend the Content of Convention' and 'The Felony of Causing to Stop Work' in the fourth paragraph. As it is seen, some other types of felonies different from Article 201 of the Law numbered 765 have been created and the felony of occupation of working place has been removed from the provision. A type of felony similar to the felony of occupation of working place has been included within Article 116 which regulates the Felony of Violation of Immunity of Residence.

In this study, we have focused on the felony prescribed in Article 117 of the Law numbered 5237, basing upon Article 201 of the Law numbered 765, under the light of practice and discussions within the doctrine and within the framework of the word of the article, the meanings of the concepts used here and the relationship of the provision with other provisions.

KISALTMALAR

1982 Anayasası : 2709 Sayılı 1982 Anayasası, Kabul Tarihi : 18/10/1982
Resmi Gazete Tarihi: 09/11/1982 Resmi Gazete Sayısı: 17863

765 Sayılı Kanun : 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 01/03/1926
Resmi Gazete Tarih: 13/03/1926 Resmi Gazete Sayısı: 320
(01/06/2005 tarihi itibarıyla mülga)

1475 Sayılı Kanun : 1475 Sayılı İş Kanunu, Kabul Tarihi: 25/08/1971
Resmi Gazete Tarihi: 01/09/1971, Resmi Gazete Sayısı: 13943
(Mülga)

2821 Sayılı Kanun : 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu, Kabul Tarihi: 05/05/1983
Resmi Gazete Tarihi: 07/05/1983, Resmi Gazete Sayısı: 18040

2822 Sayılı Kanun : 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
Kabul Tarihi: 05/05/1983, Resmi Gazete Tarihi: 07/05/1983
Resmi Gazete Sayısı: 18040

4688 Sayılı Kanun : 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu
Kabul Tarihi: 25/06/2001 Resmi Gazete Tarihi: 12/07/2001
Resmi Gazete Sayısı: 24460

4857 Sayılı Kanun : 4857 Sayılı İş Kanunu, Kabul Tarihi : 22/05/2003
Resmi Gazete Tarihi: 10/06/2003 Resmi Gazete Sayısı: 25134

5237 Sayılı Kanun : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 26/09/2004
Resmi Gazete Tarihi: 12/10/2004. Resmi Gazete Sayısı: 25611

5326 Sayılı Kanun : 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu, Kabul Tarihi : 30/03/2005
Resmi Gazete Tarihi: 31/03/2005 Resmi Gazete Sayısı: 25772

İÇİNDEKİLER

TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU

YEMİN METNİ	ii
TUTANAK	iii
TEZ VERİ FORMU	iv
ÖZET	v
ABSTRACT	vi
KISALTMALAR	vii
İÇİNDEKİLER	viii
GİRİŞ	xiv

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ KAVRAMI, MADDENİN TARİHÇESİ, TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN YAKIN SUÇ TİPLERİ

I. İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ KAVRAMI	1
A. İş ve Çalışma Hürriyeti Kavramı	1
1. Genel Olarak	1
2. İş ve Çalışma Hürriyetinin Hukuki Niteliği ve Sınırları	6
B. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı	11
1. 765 Sayılı Kanunda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı ...	12
a. Suçların Tasnifinde Yeri	12
b. Sanat ve Ticaret Serbestisi Kavramı	13
c. Sanayi ve Ticaret Faaliyeti Kavramı	16
ç. Tahdit veya Men Kavramı	20
d. Cebir ve Şiddet Yahut Tehdit Kavramları	22
(1) Genel Olarak	22
(2) Cebir ve Şiddet Yahut Tehdit Halleri	25
(3) Şiddet ve Tehdidin Nitelikleri	28

(i) Şiddet ve Tehdidin Hukuka Aykırı Olması	28
(ii) Şiddet ve Tehdidin Netice Bakımından	
Elverişli Olması	34
2. 5237 Sayılı Kanunda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı	35
a. Suçların Tasnifinde Yeri	35
b. İş ve Çalışma Hürriyeti Kavramı	36
c. İhlal Kavramı	43
ç. Cebir Kavramı	46
d. Tehdit Kavramı	50
e. Hukuka Aykırı Başka Bir Davranış Kavramı	52
II. MADDENİN TARİHÇESİ	56
III. TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN YAKIN SUÇ TİPLERİ	58
A. Genel Olarak	58
B. Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti	62
1. Genel Olarak	62
2. İnsan Ticareti	62
C. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar	66
1. Genel Olarak	66
2. Cinsel Taciz	70
Ç. Hürriyete Karşı Suçlar	72
1. Tehdit	72
2. Şantaj	75
3. Cebir	77
4. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma	80
5. Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi	83
6. Konut Dokunulmazlığının İhlali	85
a. 765 Sayılı Kanunda İşyeri İşgali Suçu	86
b. 5237 Sayılı Kanunda İşyeri Dokunulmazlığının İhlali Suçu	90
7. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi	97
8. Ayırmacılık	110
D. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar	116

1. Kamu Görevinin Terki veya Yapılmaması	116
2. Görevi Yaptırmamak İçin Direnme	118
E. Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar	122
1. İhaleye Fesat Karıştırma	122
2. Fiyatları Etkileme	124

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNE KARŞI SUÇLAR

I. GENEL OLARAK	128
II. İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU	131
A. Genel Olarak	131
B. Suçla Korunan Hukuki Değer	132
C. Fail ve Mağdur	133
1. Suçun Faili	133
2. Suçun Mağduru	138
Ç. Suçun Unsurları	139
1. Maddi Unsur	139
a. Hareket	140
b. Netice	144
2. Manevi Unsur	148
D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	155
1. Teşebbüs	155
2. İştirak	158
3. Suçların İçtimaı	164
E. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler	169
F. Kovuşturma	174
III. SÖMÜRÜ SUÇU	176
A. Genel Olarak	176
B. Suçla Korunan Hukuki Değer	177
C. Fail ve Mağdur	178
1. Suçun Faili	178

2. Suçun Mağduru	179
Ç. Suçun Unsurları	183
1. Maddi Unsur	183
a. Hareket	183
b. Netice	186
2. Manevi Unsur	191
D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	192
1. Teşebbüs	192
2. İştirak	194
3. Suçların İçtimai	196
E. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler	196
F. Kovuşturma	197
IV. SÖMÜRMEK İÇİN TEDARİK, SEVK VEYA NAKİL ETMEK SUÇU	198
A. Genel Olarak	198
B. Suçla Korunan Hukuki Değer	199
C. Fail ve Mağdur	199
1. Suçun Faili	199
2. Suçun Mağduru	200
Ç. Suçun Unsurları	200
1. Maddi Unsur	200
a. Hareket	200
b. Netice	202
2. Manevi Unsur	203
D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	204
1. Teşebbüs	204
2. İştirak	206
3. Suçların İçtimai	207
E. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler	208
F. Kovuşturma	209
V. ANLAŞMA İÇERİĞİNİ DEĞİŞTİRMEYE ZORLAMA SUÇU VE İŞİN DURMASINA NEDEN OLMA SUÇU	209
A. Genel Olarak	209

B. Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama Suçu	210
1. Genel Olarak	210
2. Suçla Korunan Hukuki Değer	210
3. Fail ve Mağdur	211
a. Suçun Faili	211
b. Suçun Mağduru	213
4. Suçun Unsurları	215
a. Maddi Unsur	215
(1) Hareket	215
(2) Netice	217
b. Manevi Unsur	219
5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	222
a. Teşebbüs	222
b. İştirak	223
c. Suçların İçtimai	225
6. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler	226
7. Kovuşturma	228
C. İşin Durmasına Neden Olma Suçu	228
1. Genel Olarak	228
2. Suçla Korunan Hukuki Değer	229
3. Fail ve Mağdur	230
a. Suçun Faili	230
b. Suçun Mağduru	231
4. Suçun Unsurları	232
a. Maddi Unsur	232
(1) Hareket	232
(2) Netice	233
b. Manevi Unsur	237
5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri	237
a. Teşebbüs	237
b. İştirak	238
c. Suçların İçtimai	239

6. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler	240
7. Kovuşturma	241
SONUÇ	242
YARARLANILAN KAYNAKLAR	247



GİRİŞ

Çalışmamızda, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde düzenlenen 'iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu' inceledik. Bu itibarla Birinci Bölümde sırasıyla, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı, Maddenin Tarihçesi ve Yakın Suç Tiplerine yer verildi.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali kavramı incelenirken, hüküm içinde birinci fıkra da yer alan en genel suç tipini temel alarak, kullanılan kavramların anlamlarını, öncelikle 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 201inci maddesinden yola çıkılarak açıklanmaya çalıştık.

Maddenin tarihçesi kısmında, hükmün bu güne kadar geçirdiği değişiklikleri gösterdikten sonra, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin ilk fıkrasında iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebileceğinin öngörülmesi sebebiyle diğer suçlarla kurulabilecek ilişkisi doğrultusunda, bazı yakın suç tiplerini genel hatlarıyla inceledik.

5237 Sayılı Kanun'un birinci fıkrasında yer alan suça verdiğimiz ismin, madde başlığıyla aynı olması sebebiyle, İkinci Bölümün başlığını, İş ve Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar olarak göstermeyi tercih ettik. Bu bölümde, kanun koyucunun sistemiyle örtüşecek biçimde, her bir fıkra da yer alan ve kendine has özellikler taşıyan farklı suç tiplerini ayrı ayrı analiz etmeye çalıştık. Buna göre suçların her birini, suçla korunan hukuki değer, fail ve mağdur, suçun unsurları, suçun özel görünüş şekilleri, yaptırım ve suça etki eden nedenler ve kovuşturma açısından ele aldık. İlk fıkra da yer alan suç açıklanırken, bu bölümden itibaren kullanacağımız ceza hukukuna ait genel kavramların anlamlarını da vermeye çalıştık. Böylece çalışmamızı inceleyecek olan araştırmacının, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'yla kimi zaman 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindekinden farklı anlamlar taşıyan, örneğin teşebbüs gibi kavramları ve adli para cezası gibi, getirilen yeni bazı düzenlemeleri tanımasını sağlamak istedik. Hükmün son fıkrasında yer alan

düzenleme, birbirlerinden çok farklı iki suç tipi öngördüğünden, bunları bir başlık altında fakat ayırarak incelemeye çalıştık.

Çalışmamızda, daha küçük puntoyla ve italik biçimde, o sırada bahsettiğimiz kanun hükmüne metin içinde yer verdik. Bunun sebebi, çalışmamızın ileriki tarihlerde okunması ihtimali gerçekleştiğinde, araştırmacıya yardımcı olmak ve zaman tasarrufu sağlamaktır. Böylece, eski tarihli çalışmaları incelerken, çoğu zaman buralarda konu edilen hükümlerin aslına ulaşmakta çektiğimiz zorluğu, sonraki araştırmacılar açısından ortadan kaldırdığımızı düşünüyoruz.



TÜRK CEZA KANUNUNDA İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU

BİRİNCİ BÖLÜM

İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ KAVRAMI, MADDENİN TARİHÇESİ, TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN YAKIN SUÇ TİPLERİ

I. İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ KAVRAMI

A. İş ve Çalışma Hürriyeti Kavramı

1. Genel Olarak

Çalışma terimi, günümüzde çeşitli anlamlara gelecek biçimde kullanılmaktadır. Bu terim, en geniş anlamıyla boş durmanın, hiçbir şey yapmamanın tersini ifade eder. Böylece bir hareket, faaliyet içermektedir. Ancak çalışma kavramı, hareket kavramından farklı olarak özellikle bir kazanıma yönelir. Bu anlamda, örneğin bir öğrenci öğrenmek için, bir sporcu becerilerini arttırmak için faaliyet gösterdiğinde bunu çalışmak olarak nitelendirir. Diğer bir deyişle çalışma kavramında “amaç” belirleyicidir. Bir doktorun iş saatleri dışında basketbol oynaması eğlenceyken, sporcunun bu oyunu oynaması, bir sonraki maçta daha iyi oynamak amacına yöneldiğinde çalışmak sayılacaktır. Aynı faaliyet, amaç başka olduğu için, başka anlam ifade etmektedir.

Bizim ilgilendiğimiz “çalışma” terimi ise, ekonomik kazanıma yönelik faaliyettir. Bilindiği gibi ekonomik faaliyet dört unsurdan oluşur. Bunlar emek,

teşebbüs, sermaye ve doğal kaynaklardır¹. Özellikle emek unsuru tamamıyla, teşebbüs unsuru ise büyük çoğunlukla insanla ilgilidir. Ekonomik faaliyet içinde ortaya emeğini koyan insanlarla müteşebbisler ilişki halindedirler ve her iki tarafın gösterdiği faaliyet de, her ne kadar içinde saygınlık, belli bir çevreye ait olmak, güven, kimlik kazanmak gibi psikolojik sebepleri olsa da² temelde, gelir elde etmeye yönelik olup, “ekonomik anlamda çalışma” olarak nitelendirilir.

Az ya da çok gelir elde etmeye yönelik olarak çalışan bu kişiler “iş” sahibidirler. Ekonomik faaliyete katılan emek, burada tornacılık, boyacılık, sekreterlik vs. adlarla anılan çeşitli “iş”leri yapar. Müteşebbis de bu ekonomik faaliyete, yatırım alanını seçmek, kararlar almak, üretimi yönlendirmek ve çalışanları yönetmek şeklinde emeğini koyar ve en genel biçimde yapılan “iş”in, örneğin beyaz eşya üretim işinin sahibidir.

Tarih içinde çalışma süreci, ilkel insan topluluklarında görülen toplayıcılıktan, üretmeyi öğrenen ve zamanla kendisi kullanmak için değil “pazar için” mal ve hizmet üreten kapitalist anlayışa varan bir değişim göstermiştir. Bu süreçte, kölelik dönemi, feodal dönem ve kendi içinde zamanla farklılaşma gösterse de halen var olan kapitalist dönem yaşanmıştır. Kapitalist sistem, ücretle çalışacak insanların varlığına bağlıdır ve bu bağlılık, üretim araçlarının mülkiyetini elinde bulunduran kesim karşısında işçi sınıfının oluşmasına sebep olmuştur. Feodal sistemde köylerde toprağı işleyenler, kapitalizmle gelen sanayileşme ile farklı bir çalışmayı ifa etmek için kentlere göç etmiş³, böylece feodal düzenin yok oluş süreci başlamıştır.

İş ve çalışma hürriyeti kavramları ise, işte Avrupa’da bu dönemde başlayan sanayi ve ticaretin gelişmesi ile sanayi ve ticaret faaliyetinin bağımsız şekilde sürdürülmesi esasını hakim kılmak amacına yönelik olarak ortaya çıkan kavramlardır.

¹ ZAIM, Sabahattin: Çalışma Ekonomisi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10uncu Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s: 9

² LORDOĞLU, Kuvvet; TÖRÜNER, Mete: Çalışma Ekonomisi, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul Haziran 1995, s: 1

³ SÜZEK, Sarper: İş Hukukunun Genel Esasları, 1inci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1998, s: 8

İş ve çalışma hürriyeti kavramları öncelikle, sanayileşme yönündeki ekonomik gelişme önünde engel olarak duran ve eskiden beri yerleşmiş meslek birliklerinin hakimiyetini kırmak istemiştir. Bununla birlikte, işçi sınıfının doğması ile yeniden şekillenen çalışma ilişkilerinde, sanayileşme ile güçlenen sermayenin önündeki bir diğer engel de, giderek birlikte hareket etmeyi öğrenen ve hak arayan işçilerdir. Bu doğrultuda iş ve çalışma hürriyeti kavramları, öncelikle geleneksel meslek birliklerinin sıkı kurallarına ve zaman geçtikçe sayıları ve gücü artan işçi sınıfına karşı sermayeyi, diğer bir deyişle, sanayileşme ile ortaya çıkan burjuvayı korumak üzere ortaya atılmış kavramlardır.

Meslek birliklerinin gücü kırıldıktan sonra burjuva sınıfı için sıra, sanayi ve ticaret özgürlüğünü korumak amacıyla işçilerin her türlü birleşme ve eylemlerinin engellenmesine gelmiştir. Bu yolda yapılan ilk düzenlemeler, işçi örgütlerini ve grev ve benzeri eylemleri yasaklamıştır.

Sözü edilen devreye ait Avrupa'daki ilk düzenlemelerin ortak tarafı, işçiler için konulan yasakların işverenler için söz konusu olmayışıdır. Zira amaç, bağımsız ve dilediğince iş yapabilen müteşebbislerin korunması ve güçlenmesidir. Buna göre çalışma hürriyeti kavramı ilk olarak işverenlerin, müteşebbisin çalışma hürriyetini ifade etmiştir.

Ancak sanayileşme ile yerleşen serbest rekabet anlayışı, sermayeyi elinde bulunduran müteşebbisler için başlangıçta olumlu sonuçlar doğursa da, giderek sayıları artan işçilerin birçoğunun işsiz kalmasına ve iş bulanların ise giderek fakirleşmesine yol açmıştır. Çalışıp çalışmama konusunda özgür olduğu varsayılan işçilerin çalışma koşulları belirleyen tek kaynak, güçlü işverenle yaptıkları anlaşmalar olmuştur⁴. Böylece çaresizce olabildiğine fakirleşen işçiler için artık herhangi bir özgürlükten bahsetmek mümkün değildir.

⁴ KORAY, Meryem: Endüstri İlişkileri, Doğruluk Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti., İzmir, Kasım 1996, s: 23

Güçlenen burjuvanın, soylulara karşı yaptığı 1789 Fransız devriminin özgürlük anlayışı da yukarıda bahsedilen farklı olmamıştır. Ne var ki bu anlayışla yoksulluk içine düşen işçilerin, her türlü yasak ve baskıya rağmen birlikte hareket etmeye başlaması ve hak arayışına girişmesinin sosyal barışı bozması ve ekonomik hayattaki olumsuz etkileri, işverenlere, işçilere bir takım haklar vermenin kendi yararlarına olacağını, bu arada idareye ise işçileri de hesaba katan sosyal bir politika uygulanması gerektiğini düşündürmüştür.

Böylece zaman içinde iş hukukunun temel ilkelerinden biri olacak olan çalışma hürriyeti kavramı, 1789 Fransız İhtilali döneminden itibaren değişim göstermiştir. Önceleri devletin müdahale etmemesi ve kişilerin tamamen serbest hareket edebilmesi gereken bir alan olarak kabul edilen bu hürriyet, gelişen ekonomik ve sosyal koşullar nedeniyle kişiler için hürriyet olmaktan, talep edilebilir bir hak olmaya doğru bir evrim geçirmiştir. Bu, devletin, çalışma hürriyeti alanına, kişilere insan haysiyetine yaraşır, hiç değilse asgari bir yaşam düzeyi sağlamak üzere müdahale etmesi, sosyal ve ekonomik tedbirler almak görevini yüklenmesi anlamına gelir.

Kişilerin yaşama hakkından, mülkiyet hakkından ve diğer insan hakları ile başta ücret olmak üzere dinlenme, ücretli tatil ve benzeri sosyal haklarından yararlanabilmesinin ön koşulu, çalışma hakkının gerçekleştirilmesidir. İşgücü politikaları, 80li yılların başından bu yana, küreselleşme ile gelişen ve güçlenen “sermayenin” serbest dolaşımı temelinde şekillenerek değişim gösterse de, çalışma hürriyeti ve hakkının temini, halkların refahının temel göstergesi olmaya devam etmektedir.

Devletin ekonomiye ve çalışma ilişkilerine yönelik müdahaleleri, temelde sürdürülebilir ekonomik kalkınmayı sağlamak, böylece işsizliği en aza indirmek ve çalışanları korumak ve neticede sosyal barışı temin etmek amacı ile yapılır. Fakat bu müdahaleler aynı zamanda, çalışma hürriyeti kavramının kapsamını belirlemekte ve çerçevesini çizmektedir.

Kişiler, kadın ve çocukların çalışmasına dair sınırlamalar, çalışma süresinin, çalışma koşullarının tespiti, asgari ücretin belirlenmesi ve daha bir sürü düzenleme ile belirlenen yasal asgari çalışma düzeni içinde çalışmak veya çalışmamakta, istediği mesleği seçmekte özgürdür⁵.

İşçi faaliyetinin özgürlüğünü de esas alan çalışma hürriyeti kavramı, yerini aldığı ilk metinlerden bu yana, ilk ortaya atıldığı zamanki anlamıyla yani ticari ve endüstriyel faaliyette bulunmak serbestisi ve sözleşme hürriyeti ile birlikte anılır. Çalışma hürriyetinin düzenlendiği 1982 Anayasası hükmü de “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığını taşımaktadır. Madde metni özel teşebbüs kurma serbestisinden de bahseder ve aşağıdaki gibidir.

1982 Anayasası

Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti, Madde 48 - Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

Çalışma hürriyeti Anayasal bir kamu özgürlüğü olmakla, başta yöneticiler olmak üzere üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen ve devlet tarafından korunan bir özgürlüktür⁶. Bahsedilen koruma, Devletin, üçüncü kişilerin çalışmak isteyene engel olmaya yönelik fiillerini bertaraf etmek üzere tedbir alması ve bu fiilleri cezalandırması anlamına gelmektedir.

Çalışma hürriyeti, dar anlamıyla işçilerin yani bağımlı çalışanların çalışma özgürlüğüdür. Ancak hukuki düzenlemelerde birlikte anıldığı sözleşme özgürlüğü ve özel teşebbüs kurmak özgürlüğü ile birlikte değerlendirildiğinde, Anayasanın 48inci maddesinin kapsamı gibi geniş anlamda, bağımsız çalışma hürriyetini de içermektedir.

⁵ DEMİR, Fevzi: İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması), Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İzmir 1981, s: XIV

⁶ DEMİR, s: 9

Türk Ceza Kanunu'nun çalışmamızın konusunu oluşturan maddesinde Devlet tarafından korunan menfaat, işte Anayasanın 48inci maddesinin kapsadığı bu geniş anlamdaki çalışma hürriyetidir.

2. İş ve Çalışma Hürriyetinin Hukuki Niteliği ve Sınırları

Çalışma hürriyeti temel hak ve özgürlükler içinde yer almaktadır. Ülkemizde, çalışma hürriyetine Anayasa ve yasalarda yer verilerek kişilere bu haktan yararlanma imkânı verilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerden biri olan çalışma hürriyeti, bu niteliği ile herkesin sahip olduğu bir özgürlük ve yine herkesin talep edebileceği bir haktır. Bu hak, üçüncü kişilere ve devlete karşı ileri sürülebilir⁷. Devlet, her bireye ayrı ayrı iş bulmak yükümlülüğünde olmasa da, bireylere ait bu hakkı her biri için tek tek korumak yükümlülüğündedir. Anayasanın, Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı başlıklı 65inci maddesi, bireylerin mahkemeler önünde devlete karşı çalışma hakkıyla ilgili sübjektif hak talep etmelerini engellemektedir⁸.

1982 Anayasası

Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı, Madde 65 – (Değişik madde: 03/10/2001 - 4709 S.K./22. md.) Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

1982 Anayasasının 48inci maddesinde değinilen çalışma hürriyeti, çalışmak, sözleşme yapmak ve özel teşebbüs kurmak özgürlüğünü kapsamaktadır⁹. Bu itibarla çalışma hürriyeti bağımlı çalışma ve bağımsız çalışma hürriyeti olarak iki kısımda incelenebilir.

Bağımlı çalışma hürriyeti, yani işçinin çalışma hürriyeti, işçinin işini, işyerini, işvereni seçme özgürlüğünü kapsar. Buna göre işçi dilediği işverenle, dilediği zaman

⁷ DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 6ncı Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kitap Dağıtım Bürosu, Anadolu Matbaacılık, İzmir Mart 2005, s: 250

⁸ DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, s:257

⁹ DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, s:250

iş sözleşmesi yapar. Aynı işçinin, iş sözleşmesini dilediğinde sona erdirmesi mümkündür. İş sözleşmesi sona ermediği yahut askıya alınmadığı sürece çalışmak hakkına sahiptir.

Bağımsız çalışma özgürlüğü ise, 1982 Anayasası'nda kullanılan ifade biçimiyle, özel teşebbüs kurma özgürlüğüdür. Bu özgürlük, kişilere diledikleri alanda iş kurma, ortak çalışma, üretme, satın alma, satış yapma imkânı verir. Kişilerin, işyerini dilediği şekilde ve yerde kurabilmesi, dilediği işçi ile iş sözleşmesi yapabilmesi, dilediği zaman bu sözleşmeyi sona erdirebilmesi de yine aynı özgürlük içinde değerlendirilecektir. Tabii bu hakkın yasal sınırlar içinde, usule uygun şekilde kullanılması gerektiği, yoksa bütünüyle sınırsız olmadığı bilinmelidir.

Çalışma hürriyeti, çalışmama özgürlüğünü de içerir. Böylece kişiler istemiyor iseler çalışmayabilirler. Diğer bir deyişle zorla çalıştırılmazlar. Hukuk düzeni köleliği korumaz. Bu durum temel insan hakkı olarak çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiştir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nin 4üncü maddesinde kölelik ve zorla çalıştırma yasağı aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi

Madde 4 - Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı

1. Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz.
2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz veya mecburi çalışmaya tabi tutulamaz,
3. Aşağıdaki haller bu maddede kastedilen "zorla çalıştırma veya mecburi çalışmadan" sayılmazlar:
 - a) İşbu Sözleşmenin 5. maddesinde derpiş edilen şartlar altında mevkuf tutulan bir kimseden mevkufiyeti veya şartla salıverilmesi süresince yapması mütat olarak istenilecek çalışma;
 - b) Askeri mahiyette her hizmet yahut inançları gereğince askerlik vazifesini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru telâkki eden memleketlerde, bu inanca sahip kimselere mecburi askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet;
 - c) Topluluğun hayat veya refahını tehdit eden buhran ve âfet hallerinde talep olunan her hizmet;

d) Normal medeni mükellefiyetler şümülüne giren her türlü çalışma veya hizmet.

3 numaralı fıkra da gösterilen dört halde, çalışma zorla çalıştırma sayılamayacaktır.

1982 Anayasası da şekil ve şartları kanunla gösterilmek üzere, benzer yolda bir düzenleme getirmektedir. Buna göre;

1982 Anayasası

Zorla Çalıştırma Yasağı, Madde 18 - Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.

Her ne kadar çalışma hürriyeti temel bir hak da olsa, istisnai hallerde sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar güçsüz kişileri, kamuyu ve ekonomiyi korumak gerekçesi ile yapılmaktadır. Çocukların çalışmasına ilişkin getirilen sınırlamalar buna örnek olarak gösterilebilir. İş Kanunu'nun 71, 73, 78, 79, 85, 104'üncü maddelerinde çocukların çalışması ile ilgili sınırlamalar getirilmiştir. Benzer şekilde, kadınları korumak amacıyla yapılan düzenlemeler de vardır. İş Kanunu'nun 72, 73, 74, 78, 79, 85, 88 ve 104'üncü maddeleri bu çeşit hükümler içermektedir. Çocuk ve kadın çalışması için koruma amacıyla getirilen¹⁰ sınırlama niteliğindeki bu düzenlemeler, temelini 1982 Anayasasının 50'nci maddesinden almaktadır.

1982 Anayasası

Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı, Madde 50 - Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz.

Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar.

¹⁰ DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, s: 252

Dinlenmek çalışanların hakkıdır.

Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.

Ulusal ve sosyal çıkarları korumak endişesiyle yabancılar için de iş ve çalışma hürriyeti açısından çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Anayasa'da bu durum aşağıdaki şekilde yer almaktadır.

1982 Anayasası

Yabancıların Durumu, Madde 16 - Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Kişilerin çalışma hürriyeti güçsüzü, ekonomik ve sosyal düzeni korumak gayesiyle sınırlandırılırken, bir diğer bakış açısıyla, kişiler arasında her birinin çalışma hürriyeti ile ve yine her bireyin diğer temel hak ve özgürlükleriyle de sınırlıdır. Esasen bu sınırlama, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının yoludur.

Burada, konumuz açısından önemli olan bir hususa, sözleşme özgürlüğü ile çalışma özgürlüğünün ne şekilde sınırlandırılabileceğine değinmekte yarar görüyoruz. Zira sözleşme özgürlüğü çalışma özgürlüğünün bir uzantısıdır ve Anayasada bir arada anılmaktadır. Bireyin çalışma özgürlüğünü bir hak olarak kullanması ve hayata geçirmesiyle birlikte, bir iş ilişkisi kurulur. Bu ilişki, yazılı olsun veya olmasın çalışanla çalıştıran arasında çalışma koşulları ile çalışma şartlarını içerir. Her ne kadar taraflar bu ilişkiyi, çalışma özgürlüğünün kapsamına dahil olan çalışmama özgürlüğü ile diledikleri zaman sona erdirebilseler de bazı durumlarda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, mevcut iş ilişkisi sona erdikten sonra taraflar açısından çalışma hürriyetine bazı sınırlamalar getirilebilmektedir. Bu sınırlama, süresiz olmamak, bireylerin çalışma özgürlüğünü büsbütün ortadan kaldırmamak şartıyla her olayın kendine has özellikleri gözetilerek hakim tarafından denetlenir.

Anayasal bir hak olan sendikal haklar ise çalışma hürriyetini sınırlar biçimde uygulanamaz. Örneğin bir işe girmek için sendikaya üye olmak zorunluluğu getirilmesi hukuk düzenince korunamaz. Bu durum Anayasanın 51inci maddesinde “Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” şeklinde ifade edilmiştir.

1982 Anayasası

Sendika kurma hakkı, Madde 51 - Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

Aynı zamanda ve aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olunamaz.

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz.

İşçilere tanınan grev hakkı ile ve işverenlerin lokavt hakkını kullanmaları çalışma özgürlüğünü sınırlar mahiyette görünmekle birlikte, her iki hak da, iş ilişkisinin tarafları arasında güç dengesini kurmak gerekliliği ile getirilmiştir. Böylece özellikle grev hakkıyla, işçilere iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek imkânı tanınmıştır. Ancak bu hakların Anayasaya ve yasalarda gösterilen esas ve usul şartlarına uygun kullanılması gerekir. Aksine davranışlar için, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ile Türk Ceza Kanunu’nun çalışmamızın konusunu oluşturan 117nci maddesi ve ilgili diğer maddelerinde müeyyideler öngörülmüştür.

B. İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı

İş ve çalışma hürriyetine ilişkin yukarıdaki genel açıklamalardan sonra, bu hürriyetin ihlali kavramı üzerinde durmak gerekir. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali kavramı, öncelikle 765 Sayılı Kanun, ardından 5237 sayılı Kanun kapsamı ile belirlenmeye çalışılacaktır.

Ayrıntılara girmeden önce her iki kanundaki düzenleme için de geçerli olan şu hususa değinmeyi gerekli görüyoruz. Gerek 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesi, gerekse 5237 Sayılı Kanunun 117nci maddesi, fıkralar halinde gösterilen ve her biri farklı suç tipi ve müeyyide getiren hükümlerden oluşmaktadır. Bu itibarla esasen her bir fıkra, çalışma özgürlüğüne karşı suçlar başlığı altında ayrı maddeler şeklinde de gösterilebilirdi. Ancak böyle yapılmamış olması, her iki kanunda da her bir fikranın, aynı bap altında farklı maddeler halinde yer alsaydı birbirleri ile kurulacak bağdan daha sıkı bir bağa sahip olduğunu göstermektedir. Daha açık bir ifade ile 765 Sayılı Kanun'da 1inci, 2nci ve 3üncü fıkralar ve tabi ağırlaştırıcı halleri düzenleyen 4üncü fıkra, birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır ve tamamen bağımsız değerlendirilemezler. Aynı şekilde 5237 Sayılı Kanun'da da dört tipte suç belirleyen her dört fıkra ki 4üncü fıkra iki tip suç öngörür biçimde kaleme alınmıştır, birbiriyle bağlıdır. Her iki madde için de geçerli olmak üzere, birinci fıkralar suçun en genel şeklini düzenlemekte, diğerleri suçun özel görünüş biçimlerini belirlemektedirler. Bu itibarla, diğer fıkralar kapsamında değerlendirilemeyen ve iş ve çalışma hürriyeti aleyhinde işlenen fiil, unsurları oluştuğunda en genel hüküm içeren 1inci fıkradaki müeyyide ile cezalandırılacaktır.

Bu açıklamaya göre iş ve çalışma hürriyetini ihlal kavramının açıklanması açısından dikkate alınacak olan asıl ve genel hüküm, her iki maddede de 1inci fıkroda yer almaktadır. Buna göre söylenebilir ki, her ne kadar her iki kanun maddesinin her bir fıkrası, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali kavramının tespitinde değerli olsa da, çalışmamızın bu bölümünde öncelikle 1inci fıkralar dikkate alınacak, bu arada yeri geldikçe diğer fıkralarda geçen kavramlara da değinilerek açıklama yapılmaya çalışılacaktır.

1. 765 Sayılı Kanunda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı

a. Suçların Tasnifinde Yeri

765 Sayılı Kanun'un "Cürümler" başlıklı 2nci Kitabı, toplam 11 Bap'tan oluşmaktaydı. 1inci Bapta "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" 4 Fesil halinde işlendikten sonra, 2nci Bapta "Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler" yer almıştır. İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler, 2nci Babın 6ncı ve son faslında düzenlenmiştir.

Buna göre 765 Sayılı Kanun'da "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler", Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler arasındadır. İş ve çalışma hürriyeti kavramının yukarıda genel olarak değinilen tarihi gelişimi sonucu, 765 Sayılı Kanun'da ve bu arada mehzaz İtalyan Ceza Kanunu'ndaki bireyci bakışla bu hürriyetin bozulması, kişilerin karşılıklı olarak birbirlerinin hürriyetlerine tecavüz etmeleri olarak anlaşılmıştır. İş ve çalışma hürriyetine yönelik suçlar, 765 Sayılı Kanun'daki haliyle esasen, kişi hürriyetini de bozan fiiller ile işlenmektedir. Buna rağmen tarihi gelişimi içinde özellikle serbest teşebbüs hürriyetine verilen önem doğrultusunda, iş ve çalışma hürriyeti özel olarak korunmak istenmiştir. Eğer bu özel düzenleme yapılmamış olsaydı, iş ve çalışma hürriyetini bozan fiiller, 765 Sayılı Kanun'un 3üncü babının 3üncü faslındaki "Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler" den sayılacak ve cezalandırılacaktı¹¹.

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinde düzenlenen iş ve çalışma hürriyeti aleyhine cürümler, hem kişi özgürlüğüne yönelik fiillerle işlendiğinden, hem de madde metninden anlaşıldığı üzere "kişilere ait" sanat ve ticaret serbestisini konu aldığından, esasen korunmak istenen kişi özgürlüğüne bağlı bir menfaattir¹².

¹¹ ERSOY, Yüksel: Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No 345, Ankara 1973, s: 83

¹² ERMAN, Sahir: "Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Men'i Suçu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XVIII, Sayı 1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952, A.Ü. Kütüphane No: 62152, s: 680

Buna rağmen yukarıda belirttiğimiz gibi, 765 Sayılı Kanun'da bu suç “Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlığı altında değil, “Hürriyet Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlığı altında yer almıştır. Bunun izahı doktrinde çeşitli şekillerde yapılmış, bir taraftan da eleştirilmiştir. Bir açıklamaya göre bu durum, cürümlerin tasnifinde suçların hukuki konularına göre değerlendirme yapmak gerekirken, tasnif bakımından geçerli olmayan bir takım mülahazalarla hatalı hareket edilmiş olmasının sonucudur¹³. 765 Sayılı Kanun'da “Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümlerden” başlayarak en ağır ve önemli görünen cürümlerden, özel menfaatlere varan bir sıra takip edilmiştir.

Bir başka değerlendirmede, 201inci maddenin lafzında, bir başka ferdin değil fakat genel olarak ticaret ve sanat serbestisinin tahdit ve meninden bahsedildiğinden, bu maddede bizzat kişi özgürlüğünün değil, genel çalışma düzeninin korunmaya çalışıldığı belirtilmiştir. 201inci madde bu sebeple “Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” altında işlenmemiş olmalıdır¹⁴. Oysa çalışma özgürlüğü kişilerden bağımsız bir hukuki değer değildir. Bu yüzden yeri, Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler Faslıdır.

Suçların tasnifi yapılırken, suçun hukuki konusuna bakıldığında ki bu en doğru yöntem olarak görülmektedir¹⁵, 201inci madde yanlış yerdedir. Aslında her suç bir taraftan devletin genel menfaatini yani kamu güvenliğini de zedeler. Oysa bu suçun hukuki konusu değil, cezai korumanın konusudur¹⁶. Suçların cezai konusuna göre tasnif edilmesi 201inci madde için olduğu gibi yanlış sonuç doğurabilir.

b. Sanat ve Ticaret Serbestisi Kavramı

765 Sayılı Kanun'da 201inci madde “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler” başlığını taşımaktadır. Başlığa bakıldığında korunan menfaatin, yukarıda değindiğimiz, bağımlı ve bağımsız çalışma özgürlüğünü bir bütün olarak, en geniş

¹³ ERSOY, s: 83

¹⁴ ERMAN, s: 680

¹⁵ ERSOY, s: 84

¹⁶ TOROSLU, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s: 162

haliyle kapsadığı izlenimi vermektedir. “İş ve çalışma hürriyeti aleyhindeki cürümler” ifadesi oldukça geniş bir ifadedir¹⁷. Oysa lafzından, maddenin kapsam alanının başlıktakinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Zira metni içinde “iş ve çalışma hürriyetinin” tahdit veya meninden değil, “sanat veya ticaret serbestisinin” tahdit veya meninden bahsedilmekte, sanat ve ticaret serbestisine yönelik fiiller cezalandırılmaktadır. Madde başlığındaki “iş ve çalışma hürriyeti” tabiri, açıklama niyetiyle kullanılmıştır¹⁸.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler, Madde 201/1 Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.

765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesindeki “sanat” tabiriyle, güzel sanatların kastedilmediği açıktır. Ancak hemen belirtelim, güzel sanatlar erbabının faaliyetinin de Türk Ticaret Kanunu’nun 13üncü maddesi kapsamında ticari iş sayılması mümkündür¹⁹. “Sanat” deyimi, endüstri yani sanayi sahasına giren faaliyetleri ifade eder²⁰. Buna göre 201inci maddede korunan menfaat, “sanayi ve ticaret” serbestisidir.

Bundan yola çıkarak her mesleğin sanat olarak değerlendirilemeyeceği söylenmektedir²¹. Tahdit veya men edilen faaliyetin özellikle sınai ve ticari olması gerekir. Bu anlamda, örneğin bir doktorun mesleğini yerine getirmesinin önlenmesi 201inci madde kapsamında değerlendirilemeyecek, ancak özel hastane işletmeye engel olunması, bu faaliyet ticari nitelikte olduğundan iş ve çalışma hürriyeti aleyhinde cürüm sayılacaktır²². Aynı şekilde bir avukatı veya bir mühendisi mesleklerinden men ve tahdide yönelik fiiller de bunların sınai yahut ticari faaliyette

¹⁷ ERSOY, s: 86

¹⁸ ERMAN, s: 681

¹⁹ Bakınız Aşağıda s: 17

²⁰ EREM, Faruk: Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kolektif Ortaklığı, Ankara 1952, A.Ü. Kütüphane No: 43360, s: 134

²¹ EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, 2nci Cilt, 1inci Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No168, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1962, s: 263

²² EREM, Hürriyet ve Suç, s: 134

bulunmamaları sebebiyle bu madde içinde değerlendirilemez²³. Ancak bu faaliyetleri bozmaya yönelik fiillerin, şartların gerçekleşmesi halinde, örneğin şahıs hürriyeti aleyhindeki cürümlerden birini düzenleyen 188inci maddeyle cezalandırılması pekâlâ mümkündür.

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin ilk üç fıkrasında düzenlenen farklı mahiyetteki her suç tipi için yukarıda açıkladığımız husus geçerlidir. Yani, 1inci fıkra olduğu gibi, 2nci ve 3üncü fıkralardaki fiillerin bu madde kapsamında cezalandırılabilmesi için de, sanayi ve ticaret serbestisine yönelik olması gerekmektedir.

765 Sayılı Kanun'un madde 201/2nci fıkrasında düzenlenen "Ekonomik Amaçla İş Bırakmaya Zorlama Suçu", aşağıdaki şekilde ifade bulmuştur.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler, Madde 201/2 Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amel olursa sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Burada tatiline, tatilinin devamına veya nihayet bulmasına sebebiyet verilen "iş", sanayi veya ticaret işi olmalıdır. Bu durum hem ilk fıkra ile arasındaki bağdan, hem de suçun mağduru olarak gösterilen kişilerden anlaşılmaktadır. İşçiler, ticaret veya sanat sahipleri ve işverenler, sanayi veya ticari faaliyet gösteren kimselerdir²⁴.

765 Sayılı Kanun'un madde 201/3üncü fıkrasındaki İşyeri İşgali Suçu ise, cebir, şiddet veya tehdit olmaksızın "işyerini" her ne surette olursa olsun kısmen veya tamamen işgal eden kimseyi cezalandırmayı öngörmektedir.

²³ ÖZÜTÜRK, Nejat: Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 1inci Cilt, 2nci Bası, Filiz Kitabevi, Garanti Matbaası, İstanbul 1976, s: 725

²⁴ ERSOY, s: 86

765 Sayılı TCK

İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler, Madde 201/3 Her kim yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın, işyerini her ne suretle olursa olsun kısmen veya tamamen işgal ederse bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Burada kullanılan “işyeri” deyimini de ilk iki maddeden bağımsız değildir. Bu anlam; cebir, şiddet veya tehdide başvurularak yapılan işgallerin ilk iki fıkra kapsamında cezalandırılıyor olmasından ve “yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere” denilerek 3üncü fıkrayla 1inci ve 2nci fıkralar arasında bir bağ kurulmasından, çıkmaktadır²⁵. O halde “işyeri” tabiri, sanayi ve ticari faaliyet gösterilen işyerini ifade eder.

c. Sanayi ve Ticaret Faaliyeti Kavramı

765 Sayılı Kanun’da, 201inci maddede, iş ve çalışma hürriyetiyle kastedilenin sanayi ve ticaret serbestisi olduğunu bu şekilde belirledikten sonra, sanayi ve ticaret faaliyetinden ne anlaşılması gerektiğini inceleyelim.

Sanayi ve ticaret kavramlarının anlamı araştırıldığında, öncelikle Türk Ticaret Kanunu’na başvurmak gerektiği açıktır. Türk Ticaret Kanunu’nda, Kanunun tatbik sahası belirlenirken ticari işler şu şekilde tanımlanmıştır.

Türk Ticaret Kanunu

Ticari İşler, Madde 3 - Bu kanunda tanzim olunan hususlarla bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer bir müesseseyi ilgilendiren bütün muamele, fiil ve işler ticari işlerdendir.

Görüldüğü gibi bu madde ile sanayi faaliyetinin esasını teşkil eden fabrikada yapılan işler, ticari iş sayılmıştır. Ticari işletme kavramı ise 11, 12 ve 13üncü maddelerde açıklanmıştır.

²⁵ ERSOY, s: 87

Türk Ticaret Kanunu

Umumi Olarak (Ticari İşletme), Madde 11 - Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır.

Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır.

Ticari iş ve ticarethaneye ilişkin maddelere göre, Türk Ticaret Kanunu'nda ticaret kavramı, sanayi kavramını da kapsayan şekilde anlamlandırılmıştır. Devamı maddeler de bu şekilde düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu

Ticarethane ve Fabrika, Madde 12 - Aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benzeyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır:

- 1. Menkul malların satılmak veya kiraya verilmek üzere tedariki ve bunların aynen veya başka bir şekle sokularak satılması yahut kiraya verilmesi;*
 - 2. Kıymetli evrakın satılmak üzere tedariki ve bunların satılması;*
 - 3. Her çeşit imal veya inşa;*
 - 4. Madencilik;*
 - 5. Matbaacılık, gazetecilik ve kitapçılık, yayın, ilan ve istihbarat;*
 - 6. Tiyatro, sinema, otel, han ve lokanta gibi umumi mahaller, hususi mektep ve hastane ve açık satış yerlerinin işletilmesi;*
 - 7. Umumi mağazalar ve sair depo ve ambarların işletilmesi;*
 - 8. Borsa ve kambiyo işleri, sarraflık, bankacılık;*
 - 9. İhtimai sigortalar hariç olmak üzere sigortacılık;*
 - 10. Kara, deniz ve havada, nehir ve göllerde yolcu ve eşya taşımak;*
 - 11. Su, gaz ve elektrik dağıtma, telefon ve radyo ile haberleşme ve yayın;*
 - 12. Acentelik, tellallık, komisyonculuk ve sair bütün tavassut işleri.*
- Fabrikacılık, ham madde veya diğer malların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesidir.*

13üncü madde ise, hacim ve önemine göre, bazı tarım faaliyetleri ile esnaf ve güzel sanatlar erbabının işlerini ticaret kavramı kapsamına almaktadır.

Türk Ticaret Kanunu

Ticari Şekilde İşletilen Diğer Müesseseler, Madde 13 - Aşağıdaki işleri görmek üzere açılan bir müessesenin işlerinin hacim ve ehemmiyeti, ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verdiği takdirde bu müessese de ticari işletme sayılır:

1. Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısıyla bir tezgahta şeklini değiştirerek satması;

2. Esnaf veya güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması.

Bu hüküm, işlerinin mahiyetine göre, 12 nci madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak vasyflandırılmayan diğer müesseseler hakkında da tatbik olunur.

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin himaye ettiği ticaret kavramının, Türk Ticaret Kanunu'nda tarif edilen ve çerçevesi çizilen ticaret kavramını kapsadığına hiç şüphe yoktur. Türk Ticaret Kanunu'ndaki ticaret kavramı, sanayi faaliyetini de içine alan bir anlam ifade etmektedir. Buna göre 201inci madde, "ticaret" sözünü kullanmakla sanayi faaliyeti de kapsamaktadır. "Sanayi" yerine "sanat" kelimesinin maddede yer bulması, maddenin yalnız Türk Ticaret Kanunu'nda anlam bulan sanayi mahiyetini kazanmış büyük müesseselere değil, esnaf faaliyeti şeklindeki sanat müesseselerine de uygulanacağını göstermektedir. Bundan yola çıkarak, 765 Sayılı Kanun'da sanat ve ticaret kelimelerinin teknik manada değil daha genel anlamda kullanıldığı sonucu çıkarılabilmektedir²⁶. Buna göre bir işletme, Türk Ticaret Kanunu'nun 13üncü maddesinde aranan niteliklere sahip olmasa ve bu sebeple aynı kanuna göre ticari işletme sayılmasa bile, daha genel anlam taşıyan 765 Sayılı Kanun kapsamında himaye görecektir. 765 Sayılı Kanun'daki ticaret kavramının Türk Ticaret Kanunu'ndan daha geniş bir anlam taşımasının sonucu olarak, 765 Sayılı Kanun'a göre ticari faaliyet gösterenin Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir olması da gerekmez. Ancak bu saptamamız, faaliyetin hiç değilse genel manada sanayi veya ticari faaliyet olması gerektiği gerçeğini değiştirmez.

²⁶ ERSOY, s: 91

Burada yeniden tekrar etmeyi uygun görüyoruz. Doktorluk, avukatlık, mühendislik, öğretmenlik, bu faaliyetler ticari nitelik taşımadıklarından 201inci madde kapsamında değildir. Mehaz İtalyan Caza Kanunu Tasarısı'na, İtalyan Mebuslar Meclis Komisyonu'nun "sanayi ve ticaret" kelimelerinden önce yukarıda belirtilen meslekleri de içine alacak şekilde "çalışma" kelimesinin eklenmesi isteği reddedilmiştir. Benzer biçimde öğretmenlik ve profesörlere ilişkin de düzenleme yapılması kabul edilmemiştir²⁷. Gerekçesi ilginçtir. Eğitim öğretim özgürlüğünün öğretmen veya profesörün değeri, dirayeti, tavır ve hareketiyle daha elverişli biçimde korunabileceği ve eğer korumaya gerek olursa, özel kanunlara bu konuda hüküm konulabileceği belirtilmiştir.

"Çalışma" kelimesinin metne eklenmemesindeki maksat, insan faaliyetinin özerk uygulaması şeklinde ortaya çıkan ve şahsi şekilde ifayı gerektiren meslekleri kapsam dışında bırakmaktır. 765 Sayılı Kanun'da sadece sanayi ve ticaret alanında faaliyet gösteren ve çoğunlukla işçi veya işveren niteliği taşıyan kişilerin korunması, mehaz İtalyan Ceza Kanunu'ndan kaynaklanmaktadır. Mehaz Kanun'da ise himayenin bu alanla sınırlanması, kanunun hazırlandığı dönemin ekonomik ve politik yapısının sonucudur. O dönemde, yukarıda değinildiği gibi²⁸ sanayi ve ticaretin gelişmesi ve istikrarının toplum için en iyi hal olduğu, bunun ise bu alanda azami özgürlüğün temin edilmesiyle sağlanacağına inanılmaktadır.

Tarım faaliyetinin 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesi ile korunup korunmadığı da değinmeye değer bir konudur. Türk Ticaret Kanunu'nun 13üncü maddesinde belirtilen şartlara haiz bir tarım faaliyetinin, Türk Ticaret Kanunu bağlamında ticaret olacağı, bunun ise 765 Sayılı Kanun'da ticaret hukukundaki anlamını da kapsayan ve daha geniş mana ifade eder biçimde kullanılan "ticaret" kavramına dahil olup, 201inci maddenin himayesine gireceği açıktır. Fakat Türk Ticaret Kanunu'nun 13üncü maddesinin ilk fıkrasında belirtilen nicelik ve niteliğe sahip olmayan tarım faaliyetinin 201inci madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılabilir. Burada da 201inci maddede kullanılan "sanat" tabiri belirleyici olabilir. Yapılan işin çok da büyük olması gerekmediği izlenimini

²⁷ ERMAN, s:682

²⁸ Bakınız Yukarıda s: 2

veren sanat ifadesi sebebiyle, tabiidir ki kendisi tüketmek üzere değil de pazar için üretim yapıldığı durumda, Türk Ticaret Kanunu'nun 13üncü maddesinde aranan hacimde olmasa dahi tarım faaliyetinin 201inci madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Tarım faaliyetini madde kapsamına alan düşüncenin bir diğer açıklaması, cebir kullanma suçu varken çalışma hürriyetine karşı suçların ortaya atılma sebebine dayanarak şu şekilde yapılmıştır. Buna göre iş anlaşmazlıklarından doğan şiddet fiilleri, cebir kullanma suçuna nazaran sebepleri yönünden daha az tepki alan ve ahlaki yönden de daha az kötülük içeren suçlardır. Bu sebeple cebir suçundan ayrı düzenlenmiş ve müeyyide daha az öngörülmüştür. Tarım faaliyetine yönelik fiiller, çalışma hürriyetini bozma kapsamına alınmazsa, cebir kullanma sayılacak ve daha ağır cezayı gerektirecektir. Bu da maksadı aşar²⁹.

Sanayi ve ticaret faaliyeti kavramının kapsamına ilişkin söylenebilecek bir diğer husus, bu faaliyetin devlet veya iktisadi devlet teşekkülleri tarafından yapılıyor olması ile özel teşebbüs faaliyeti olması arasında bir fark olmadığıdır. Maddede böyle bir ayırım yapıldığına dair en ufak bir ibare olmadığına göre, devletin bizzat yahut iktisadi teşekkülleri eliyle yürüttüğü faaliyetler de 201inci madde koruması altında olacaktır.

ç. Tahdit veya Men Kavramı

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 1inci fıkrasında, sanat ve ticaret serbestisinin, cebir ve şiddet yahut tehdit ile her ne surette olursa olsun tahdit veya men edilmesi cezalandırılmaktadır. "Her ne surette olursa olsun" ifadesiyle, tahdit veya men neticesinin biçimine ilişkin bir sınırlama olmadığı belirtilmektedir. Yoksa cebir ve şiddet yahut tehdit dışında bir fiille ortaya çıkan tahdit veya men halinin cezalandırılacağı kastedilmemiştir. Buna göre tahdit ve men sonucunun, cebir ve şiddet yahut tehdit ile oluşması şarttır.

²⁹ ERSOY, s: 94

Tahdit, sözlük anlamıyla, sınırlandırma demektir³⁰. Bu itibarla bir azalmayı ifade eder. Yukarıda bahsettiğimiz sanat ve ticaret serbestisinde kişi açısından bir daralma, azalma meydana gelmelidir. Bu azalma, kişinin yapmak istediği bir şeyi yapamaması, yapmamak istediği şeyi yapmaya zorlanması ya da istemediği bir şeye katlanmak mecburiyetinde kalması şeklinde olabilir. Tahdidin söz konusu olabilmesi için, mağdurun sanat ve ticaret faaliyeti ile bilfiil meşgul olması gerekir³¹.

Men ise, tahditten farklı olarak sınırlandırmayı değil, ortadan kaldırmayı, faaliyeti tamamen durdurmayı veya engellemeyi ifade eder. Sözlükteki karşılığı, yasaklama, durdurma olarak belirtilmiştir³². Burada tamamen durdurulacak, engellenecek yahut ortadan kaldırılacak faaliyet, sanayi ve ticaret faaliyetidir. Ancak menden söz edilebilmesi için, mağdurun sanayi ve ticaret faaliyeti ile bilfiil iştigal etmesi şartı aranmaz. Örneğin bir ticarethane açmak isteyen şiddet veya tehditle engel olunmasında böyledir³³. Benzer biçimde bir fabrikada işçi olarak çalışmak isteyen kişiye tehdit yahut şiddet uygulayarak engel olunması halinde de 201inci madde kapsamında iş ve çalışma hürriyetinin ihlali söz konusu olacaktır.

201inci maddede tahdit veya menin geçici veya sürekli olması gerektiğine ilişkin bir açıklama yapılmış değildir. Her iki halde de suç oluşur.

201/2nci fıkra da gösterilen “bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak” halleri de birinci maddede geçen tahdit ve men terimlerinin kapsamına dahildir. 1inci fıkra, bu durumları da içine alacak biçimde, en geniş kapsamla düzenlenmiştir. 2nci fıkra da belirtilen, gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadı tespit edilemeyen bir olayda, cebir ve şiddet veya tehdit ile işin

³⁰ YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 8inci Baskı, Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş., Ankara 2004, s: 1166

³¹ ERMAN, s: 683

³² YILMAZ, s: 798

³³ SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2nci Cilt, 1inci Baskı, Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara 1995, s: 1860

tatiline, nihayet bulmasına yahut tatilin devamına sebep olunmak suretiyle sanat ve ticaret serbestisi ihlal edilmişse fail 1inci fıkrada belirtilen cezaya muhatap olacaktır.

d. Cebir ve Şiddet Yahut Tehdit Kavramları

(1) Genel Olarak

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinde hüküm bulan suç tiplerinden, 3üncü fıkradaki işyeri işgali suçu dışındaki suçlar için öngörülen, bu suçların cebir ve şiddet yahut tehdit ile işlenmesidir. O halde cebir ve şiddet yahut tehdit olmaksızın, sanat ve ticaret serbestisinin tahdit veya men edilmesi ya da sözleşme hürriyetini himaye eden 2nci fıkradaki maksatla bir işin, ki bu iş sanayi ve ticaret işidir, tatiline, tatilinin devamına veya nihayet bulmasına sebebiyet verilmesi 201inci maddeyle cezalandırılmayacaktır.

3üncü fıkrada düzenlenen işyeri işgali suçunun ise cebir ve şiddet yahut tehdit olmaksızın işlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşması ve bu kavramın anlaşılması açısından, cebir ve şiddet yahut tehdit kavramlarının ne anlama geldiğinin bilinmesi önem arz eder.

Cebir, şiddet ve tehdit terimleri, 765 Sayılı Kanun'un birçok maddesinde bazen suçun unsuru, bazen ağırlaştırıcı sebebi olarak yer almıştır. Suçun unsuru olarak, örneğin şahıs hürriyeti aleyhinde cürümlerden 188, hükümete karşı şiddet veya mukavemet ve kanunlara muhalefet suçlarından 254/1, 255, 258inci maddeler, cebren ırza geçmek, küçükleri baştan çıkarmak ve iffete taarruz etmek suçlarından 416/1, kız ve kadın ve erkek kaçırmak suçlarından 429/1inci maddeler böyledir. Ağırlaştırıcı sebep olarak, mühür fekki ve hükümetin muhafazasında bulunan eşyayı çalmak suçlarından 277, tevkifhane ve hapisshaneden firar ve firara vesatât suçlarından 298/2, 299/2, cebren ırza geçmek, küçükleri baştan çıkarmak ve iffete taarruz etmek suçlarından 414/2nci maddeler örnek gösterilebilir.

Bu terimlerin birlikte veya ayrı ayrı kullanıldığı pek çok madde vardır. Örneğin, din hürriyeti aleyhinde cürümlerden 175/2, şahıs hürriyeti aleyhinde cürümlerden 188, hükümete karşı şiddet veya mukavemet ve kanunlara muhalefet suçlarından 254/3, 258/1, mühür fekki ve hükümetin muhafazasında bulunan eşyayı çalmak suçlarından 277, tevkifhane ve hapisshaneden firar ve firara vesatet suçlarından 304/I-2, nakliye ve muhabere vasıtaları aleyhinde cürümlerden 384/IV, cebren ırza geçmek, küçükleri baştan çıkarmak ve iffete taarruz etmek suçlarından 414/2, 416/1, kız ve kadın ve erkek kaçırmak suçlarından 429/1, 430/1, 436/1 ve 2, fuhşiyata tahrik suçunda 495/1, yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak suçunda 496 ve Nası izrarı düzenleyen 514üncü maddelerde her üç terim birlikte kullanılmıştır. Bazen siyasi hürriyet aleyhinde cürümlerde (madde 174/1) olduğu gibi şiddet ve tehdit, bazen ihkakı hakka ilişkin 310uncu maddede olduğu gibi cebir ve şiddet, bazen devlet kuvvetleri aleyhinde cürümlerden olan 146/1 ve 147nci maddelerde olduğu gibi sadece cebir, din hürriyeti aleyhinde cürümlerden 176/1inci maddede olduğu gibi sadece şiddet veya şahıs hürriyeti aleyhinde cürümlerden 179/2nci maddedeki gibi sadece tehdit terimleri kullanılmıştır.

Doktrinde genellikle cebir kavramının, 765 Sayılı Kanun'da aslında maddi ve manevi cebri kapsayan genel bir terim olarak kullanıldığı belirtilmektedir. Buna göre maddi cebri, şiddet kavramı karşılar. Manevi cebir ise, tehdit mefhumuna dahildir³⁴. Bu cebrin “zorlama” biçimindeki sözlük anlamının da bir sonucudur.

Şiddet biçimindeki zorlama, kişilerin veya malların maddi varlığına karşı, kişileri istemedikleri bir şeye zorlamak amacıyla maddi kuvvet uygulamak olarak tarif edilebilir.

Tehdit ise, kişiye doğrudan maddi cebir uygulamaksızın, bir kötülük yapılacağını bildirmektir³⁵. Bu tanım doğrultusunda tehdidin manevi cebirden farklı olduğu da savunulmaktadır. Bu farklılık 765 Sayılı Kanun'un 188inci ve 191inci

³⁴ SAVAŞ- MOLLAMAHMUTOĞLU, s: 1859; ERMAN, s: 693; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Hususi Kısım – Cürümler, 2inci Cilt, 2nci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1968, s: 389

³⁵ ERMAN, s: 693

maddelerinden anlaşılmaktadır. 191inci maddede düzenlenen tehdit, manevi cebir anlamına gelmemektedir. Çünkü buradaki tehdit, bir şeyi yapmak ya da yapmamak konusunda bir zorlama niyetini ifade etmez.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 191/1 - Bir kimse kanunda yazılı hallerin haricinde başkasına ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit ederse altı aya kadar hapis olunur.

765 Sayılı Kanun'un 188inci maddesine işlenen tehdit ise açıkça bir şeyi yapmak ya da yapmamak konusunda zorlamayı ifade eder ve manevi cebirdir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 188/1 - Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Bu ayrıma göre tehdit, manevi cebre göre daha geniş bir kavramdır. Çünkü manevi cebir bir şeyi yapmak ya da yapmamak konusunda zorlamayı ifade ederken, tehdit bu maksadı taşımadan da söz konusu olabilmektedir. 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinde kullanılan tehdit terimi ise, geniş anlamdaki tehdit değil, bir şeyi yapmak yahut yapmamak konusundaki zorlamayı; o şeyi yapmaz, yapar ya da ona müsaade etmezse zarar verileceği yönündeki zorlamayı ifade eder ve dolayısıyla daha dar anlamdaki manevi cebir anlamına gelir³⁶. Gerçekten de 201inci maddenin 1inci fıkrasında geçen tehdit, kişiyi sanat ve ticaret serbestisini tahdit veya men sonucunu doğuracak bir harekete zorlamak anlamındadır. 2nci fıkradaki haliyle de tehdit, bir işin tatiline, tatilin devamına veya işin nihayet bulmasına sebebiyet verecek olması bakımından bir zorlamayı ifade etmektedir. Bunlar açıkça manevi cebri işaret eder.

³⁶ ERSOY, s: 116

Yukarıdaki açıklamalar karşısında kanunda kullanılan tehdit teriminin manevi cebri işaret ettiği söylenirken diğer taraftan “cebir ve şiddet yahut tehdit” biçimindeki kullanımın hatalı olduğu da düşünülebilir. Zira ilk bakışta bunların birbirinden bağımsız kavramlar olduğu düşünülmektedir. Maddenin tarihçesi kısmında görüldüğü üzere³⁷ maddenin önceki hallerinde “cebrü şiddet” ifadesi de yer almıştır. Bu, cebrin şiddet biçimini anlatması açısından daha doğru bir ifade şekli gibi görünmektedir. Her ne kadar kanunda cebir ve şiddet terimleri arasında “ve” bağlacının yer alması, bunların birlikte bulunması gerektiğine işaret etse de bu ifade biçimi, şiddetin cebrin bir biçimi olması ve tehdit yanında tek başına şiddet teriminin kullanılması mümkünken böyle yapılmamış olması açısından eleştirilebilir.

İncelendiğinde, 765 Sayılı Kanun’da cebir ve şiddet terimleri, sadece 2002 tarihli 201/b maddesinde “cebir veya şiddet” biçiminde “veya” bağlacı ile birleştirilmiştir. Bununla birlikte benzer anlama gelecek şekilde 175inci maddede iki terim arasında virgül kullanılmıştır. Bunun dışında cebir ile şiddet terimlerinin “ve” bağlacı ile birlikte kullanılması, “tehdit” teriminin ise bunlara “veya” ile bağlanması, maddi cebir yani şiddet ifade edilmek istendiğinde “cebir ve şiddet” teriminin tercih edildiğini göstermektedir. Bu durum sanıyoruz ki eski biçimiyle “cebrü şiddet” teriminden gelmektedir. Böyle olmasına rağmen Madde 201/b’de kanun koyucunun “cebir veya şiddet” şeklindeki kullanımı, 5237 Sayılı Kanun’da da sıkça rastladığımız, terimler konusundaki özensizliğin bir sonucu olmalıdır.

Açıklamalar ışığında, şiddet ve tehditten birlikte bahsetmek istenildiğinde, 765 Sayılı Kanun’da sadece cebir denilmesinin yeterli olacağı söylenebilir. Ya da daha açık biçimde sadece “şiddet veya tehdit” ifadesi kullanılabilirdi.

(2) Cebir ve Şiddet Yahut Tehdit Halleri

Maddi cebri karşılayan şiddet, yukarıda yaptığımız tanımından anlaşılacağı üzere, kişilere yahut mallara yönelebilir. 765 Sayılı Kanun’da şiddetin bunlardan sadece birine yönelen hali kastedildiğinde durum açıkça gösterilmektedir. Örneğin

³⁷ Bakınız Aşağıda s: 56

Mesken Masuniyeti Aleyhinde Cürümler'den Madde 193/2 hükmü sadece şahsa yönelik şiddetten bahseder.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 193/2 - Eğer cürüm geceleyin veya eşhas aleyhinde şiddet istimaliyle veya silah ile veya bir çok kimseler tarafından toplu olarak işlenmiş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapidir; müddeiumumilikçe resen takibat yapılır.

“Kendiliğinden İhkakı Hak Edenler” başlığını taşıyan fasıldaki 308inci maddede ise eşyaya yönelik şiddet kastedilmiştir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde308/1 - Bir kimse Hükümete müracaata muktedir olduğu ahvalde iddia eylediği bir hakkı istihsal maksadiyle eşya üzerinde kuvvet sarfiyle kendiliğinden hakkını ihkak ederse otuz liradan elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

Bu durumda 201inci maddede olduğu gibi sadece şiddet denildiğinde ise, bunun hem mala hem de şahıslara yönelik olabileceği anlaşılmaktadır. Şiddet eşya üzerinde kullanıldığında 516 ve 517nci maddelerdeki Nası Izrar suçu oluşur. Ancak eşyaya şiddet uygularken failin güttüğü amaç, davranışı 201inci madde kapsamına alacaktır. Fail eşyaya yönlendirdiği şiddeti kişi ya da kişilerin iş ve çalışma hürriyetleri ihlal amacıyla uyguluyorsa, daha doğru bir deyişle, sanat ve ticaret serbestisini tahdit veya men gayesiyle eşyaya şiddet uyguluyorsa, 201inci maddedeki yaptırımla cezalandırılacaktır. Aksi halde nası izrar suçu oluşur³⁸. Burada şiddetin derecesi başka hükümlerin de ihlaline yol açarsa, bu suçlardan da ceza verilecek ve cezalar toplanmak suretiyle hakiki içtima hükümleri uygulanacaktır³⁹.

Tehdidin de şiddet gibi eşyaya yönelebileceği düşünülebilir. Ancak burada esas olarak tehdit, eşya üzerinden kişiye yöneliktir. Örneğin elindeki sopayla, işyerindeki makinelere vurarak bunları bozacağı tehdidinde bulunmak, aslında eşyayı değil bu yolla kişiyi tehdit etmektir.

³⁸ ERMAN, s: 689

³⁹ ERSOY, s: 118

Şiddet veya tehdit, iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilen mağdurdan başkasını da hedef alabilir. Dükkâna girecek müşterilerin zorla geri çevrilmesinde olduğu gibi. Önemli olan gösterilen şiddet veya tehdidin mağduru zorlayıcı etkiye sahip olmasıdır.

Şahsa yönelen şiddet durumunda da şiddetin derecesi önemlidir. İş ve çalışma hürriyetini tahdit veya men amacına yönelik olan ve bu sonucun oluşmasına yetecek derecede olan şiddet 201inci maddeyle cezalandırılmak için yeterli ve gereklidir. Şiddetin derecesinin bunu aşması halinde fail, ayrıca 188inci maddeyle de cezalandırılacaktır. Diğer bir deyişle burada fikri içtima uygulanmayacaktır. 765 Sayılı Kanun'un fikri içtimaı düzenleyen maddesi aşağıdaki gibidir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 79 - İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkamdan en şedit cezayı tazammun eden maddeye göre cezalandırılır.

Burada her ne kadar fiilden söz ediliyorsa da, bunun hareket değil netice şeklinde anlaşılması gerekir. Failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içinde bulunan ve kanuni tarifte yer alan netice somut olayda gerçekleşmekle, aynı anda kanunun çeşitli hükümlerini ihlal ediyorsa ancak o zaman fikri içtimadan söz edilebilir⁴⁰. Buna göre eğer şahsa yöneltilen şiddet, iş ve çalışma hürriyetini ihlal neticesinden başka şahsi hürriyeti de sınırlandıracak derecedeysen, iki netice vardır ve hem 201, hem de 188inci maddeler uygulanarak, bunlar arasında fikri değil, hakiki içtima söz konusu olacaktır.

201inci maddenin 188inci maddeyle arasındaki bu ilişki, müessir fiil suçu için de geçerliyken, adam öldürme cürmü halinde mürekkep suç durumu söz konusu

⁴⁰ ÖZTÜRK, Bahri; ÖZBEK, Veli Özer; ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi Basım-Yayın Tic Ltd. Şti., Ankara 2001, s: 42; CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 2nci Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No: 1280, Hukuk Dizisi: 533, İstanbul Kasım 2002, s: 443

olacaktır⁴¹. Bilindiği gibi mürekkep suç, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç olarak tanımlanmaktadır⁴².

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 78 - (Değişik madde: 11/06/1936 - 3038/1 md.)()*

Bir kimse bir suçu işlemek veya vuku bulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlediği veyahut o suç vesilesiyle kanunda suç teşkil eden diğer bir fiil daha irtikap eylediği takdirde mezkur fiiller kanunen o suçu tertip eden anasırdan veya suçun esbabı müşeddedsinden sayılmazsa o kimse hakkında evvelki maddelerin müstemil olduğu hükümlere göre ceza tertip olunur.

Burada adam öldürmek cürmü, iş ve çalışma hürriyetini ihlal neticesini elde etmek için işlenmiştir ve fail madde 450/7 ile yahut olaya göre 450nci maddenin 8 veya 9uncu fıkraları ile cezalandırılacaktır.

(3) Şiddet ve Tehdidin Nitelikleri

Şiddet veya tehdidin, 765 Sayılı Kanun'da 201inci maddenin unsuru, suç oluşturduğu hareketin vasfını oluşturabilmesi için, kanunda açıkça gösterilmemiş ve en geniş haliyle anlaşılacak biçimde kullanılmış olmalarına rağmen bazı niteliklere sahip olması gerekmektedir. Aşağıda belirteceğimiz hukuka aykırı olmak ve neticeye elverişli olmak nitelikleri, şiddet ve tehdidin mahiyetinden ileri gelmektedir.

(i) Şiddet ve Tehdidin Hukuka Aykırı Olması

Şiddet ve tehdidin, her şeyden önce meşru olmayan bir hakkın kullanılması şeklinde ortaya çıkması ve bu surette hukuka aykırı olması gerekir. Yasal bir hakkın kullanılması halinde şiddet ve tehditten bahsedilemeyecektir.

⁴¹ ERMAN, s: 692

⁴² TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku, 7nci Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2005, s: 230; DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, 14üncü Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. İstanbul, Kasım 1997, s: 406

Sözü edilen hukuka aykırılığın, hem 201inci maddede işlenen suçun unsurlarını oluşturan şiddet ve tehdit fiilleri için, hem de bu maddede failde aranan kast bakımından mevcut olması gerekir. Yani fail hukuka aykırı biçimde şiddet ve tehdit uygularken, yine kanuna aykırı şekilde sanat ve ticaret serbestisinin tahdit veya men edilmesi yönünde amaç taşınmalıdır. Aksi halde, yani sanat ve ticaret serbestisinin kanuna aykırı biçimde tahdit veya meni amacı yokken, sadece hukuka aykırı şiddet veya cebir uygulandığında 201inci madde söz konusu olmayacaktır. Ancak hukuka aykırı şiddet veya tehdidin farklı bir suçu oluşturması her zaman mümkündür. Şiddet ve tehdit için aranan bu nitelik, “gaye ve harekette (vasıtada) hukuka aykırılık” olarak isimlendirilmiştir⁴³. Yüksel Ersoy’un, İtalyan Yargıtayı’nın kararlarından gösterdiği bir örnekte, resmi tatil gününde bir fabrika işçilerini çalışmaktan men etmek için vuku bulan tehdidin, İtalya’da 201inci maddeye denk gelen madde ile cezalandırılmadığı belirtilmektedir⁴⁴. Çünkü burada gaye hukuka aykırı değildir. Sahir Erman, aynı şeyin İş Müddetleri Nizamnamesi’ne ve İş Kanunu’nun çalışma müddetlerine ilişkin maddelerine riayet ettirmek için yapılan cebir ve şiddet hareketleri için de geçerli olduğunu söylemektedir.⁴⁵

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, hareketin, vasitanın, yani şiddet veya tehdidin hukuka aykırı olmaması durumunda, gaye iş ve çalışma hürriyetini ihlal olsa da, fail 201inci madde ile cezalandırılmayacaktır. Buna örnek olarak, müstakbel damadın, rakibine krediyi kesmemesi halinde kızı ile evlenemeyeceğini söyleyen tüccarın davranışı gösterilmiştir⁴⁶. Tüccar örf ve kanunca kendisine tanınan bir yetkiyi kullanmaktadır⁴⁷.

Bu noktada, şiddet veya tehdidin, İtalya’dan bir Yargıtay kararına dayanarak, hukuka aykırı olmasının gerekmediğinin savunulduğu da belirtilmiştir⁴⁸. Şarapları A firmasından alması halinde bir vergi memurunun kanunu azami şekilde tatbik edeceğini bildirmesinin suçun oluşmasına yeteceği söylenmiştir. Açıklayıcı örnek

⁴³ ERSOY, s: 121; ERMAN, s: 700

⁴⁴ ERSOY, s: 121

⁴⁵ ERMAN, s: 699-700

⁴⁶ ERSOY, s: 120

⁴⁷ ERMAN, s: 700

⁴⁸ ERMAN, s: 700

olarak, bir suçun ihbarı tehdidiyle cinsel ilişkide bulunmaya, yalancı tanıklık yapmaya, borçlu olmadığı senedi imzalatmaya zorlamak gösterilmiş, bu durumlarda tehdit hukuka aykırı olmasa da, suçun oluşmasına yeterli olduğuna işaret edilmiştir. İlk bakışta doğru gibi görünen bu düşünce aslında hukukun hakkın kötüye kullanılması halini himaye etmediğini gözden kaçırmaktadır. Verilen örneklerde gaye hukuka aykırıyken, tehdit vasıtası hukuka uygun görünse de, esasen hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir ve hiç değilse bu bakımdan hukuka aykırıdır⁴⁹.

Dikkat edilirse bu örneklerde tehdidi hakkın kötüye kullanılması bakımından hukuka aykırı kılan, gayenin hukuka aykırı olmasıdır. O halde her olay kendi içinde değerlendirilecek ve gayedeki hukuka aykırılığın, vasıtayı hakkın kötüye kullanılması sayabilecek derecede olup olmadığına bakılacaktır⁵⁰. Buna katılmakla birlikte Yüksel Ersoy'un, şarabın A firmasından alınması halinde vergi memurunun kanunu azami şekilde tatbik edileceğini bildirilmesi halinde, tehdit boyutuna ulaşmayan bir korkutma söz konusu olduğu, gayenin vasıtayı hakkın kötüye kullanılması ve dolayısıyla hukuka aykırı kılacak derecede ağır olmadığı, buna göre İtalyan Yargıtay kararının aksine 201inci maddenin uygulanamayacağı yönündeki görüşüne katılmıyoruz. Zira Yüksel Ersoy'un bu fikri, tehdit manevi cebri de içeren geniş bir kavram olmasına rağmen, maddede kastedilenin manevi cebir olduğuna yönelik açıklamamızla birlikte değerlendirildiğinde, olayda gaye hukuka aykırı olduğundan, hareket de manevi bir zorlama içerdiğinden, bize yanlış görünmektedir. Yüksel Ersoy bir başka paragrafta "korkutmada şahıs başkasına belli bir yönde hareket etmediği takdirde bunun sonucu olarak haksız bir fenalık karşısında kalacağına dair bir fikir vermek niyetinde değildir" demektedir ve korkutmayı tehditten bu surette ayırmaktadır⁵¹. Olayda amaç şarabın A firmasından alınmasına engel olmaktır. Vergi memurunun böyle bir hak ve yetkisi yoktur. Bu sebeple amaç hukuka uygun kabul edilemez. Haksız olan bu gaye, kanunu azami surette tatbik hakkının kullanılmasını, hakkın kötüye kullanılması, bu yöndeki davranışı da haksız bir fenalık mahiyetine sokar. O halde olayda korkutma değil tehdit vardır.

⁴⁹ ERMAN, s: 701

⁵⁰ ERSOY, s: 123

⁵¹ ERSOY, s: 133

Gaye ve harekette hukuka aykırılık açıklamaları kapsamında, grev tehdidinin 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesi kapsamında olup olmadığı da tartışılmıştır. Burada da yukarıda yaptığımız açıklamalar dikkate alınarak değerlendirme yapmak gerekir. Bunun için de grevin hangi hallerde hukuka aykırı olduğu saptanmalıdır.

1982 Anayasasının 54üncü maddesinde ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda Grev, işçilere bir hak olarak tanınmıştır.

1982 Anayasası

Grev Hakkı ve Lokavt; Madde 54 - Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurusunun usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.

Grev hakkı ve lokavt iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.

Grev esnasında greve katılan işçilerin ve sendikanın kasıtlı veya kusurlu hareketleri sonucu, grev uygulanan işyerinde sebep oldukları maddi zarardan sendika sorumludur.

Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.

Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir.

Yüksek hakem kurulunun kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir.

Siyasi amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt, işyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılamaz.

Greve katılmayanların işyerinde çalışmaları, greve katılanlar tarafından hiç bir şekilde engellenemez.

Bu hakkın kullanılması da bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. 2822 Sayılı Kanun'da bir yandan hak teşkil eden "kanuni grev", diğer yandan suç olarak tanımlanmış "kanun dışı grev" düzenlenmiştir.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu

Grevin Tanımı; Madde 25 - İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir.

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denilir.

Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denilir. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe aykırı amaçla grev yapılamaz.

Bu maddenin 2nci fıkrasına uygun biçimde, kanunda gösterilen usul, kural ve gayeye uygun şekilde grev yapılacağı tehdidi hukuka aykırı olmayacak, dolayısıyla 201inci madde kapsamında değerlendirilemeyecektir. Ancak, 3üncü fıkrada belirtilen kanun dışı grev ve kanun dışı grevin müeyyideleri (2822 Sayılı Kanun Madde 70) uygulanacak olan işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler yapılacağı yönündeki tehdit ise, hukuka aykırı olacak ve bu yöndeki tehdit ile sanat ve ticaret serbestisinin tahdit veya meni 201inci madde yoluyla cezalandırılacaktır.

Burada hem grev yönünden hem de iş ve çalışma hürriyetini ihlal yönünden gayenin hukuka uygun olması gerektiğini, aksi halde grev tehdidinin, 201inci madde kapsamında değerlendirilebileceğini söylemeyi uygun buluyoruz. Zira kanun, grevin hangi amaçla yapılması gerektiğine de işaret etmiştir. İşçilerin 2822 Sayılı Kanunun 25inci maddesinin 2nci fıkrasında gösterilen amaçlar dışında bir amaçla grev tehdidinde bulunması, hareketi 201inci madde kapsamına alacaktır. Örneğin, neredeyse tümüyle sağ görüşlü işçilerin çalıştığı işyerine yeni alınan sol görüşlü bir işçinin işten çıkarılması için işverene baskı yapmak amacıyla, yakındaki toplu iş sözleşmesi sırasında usulüne uyarak grev yapılacağı tehdidinde bulunmak, hem grevin yönelmesi gereken amaca hem de işverenin sözleşme hürriyetiyle, sol görüşlü

işçinin çalışma hürriyetine yönelik siyasi görüş sebebiyle ayrımcılık yapmak bakımından hukuka aykırı bir gaye taşımakla 201inci madde kapsamında sayılmalıdır.

Yukarıdaki örnekte değindiğimiz gibi her işçi dilediği işverenle çalışmakta, her işveren dilediği işçiyi çalıştırmakta serbesttir. Aynı zamanda kişilerin dilediği yerle alışveriş yapmak hürriyeti de vardır. Burada akla, bu hürriyetler kapsamındaki boykot eylemi ve buna yönelik tehdidin 201inci maddedeki suçun unsuru olup olamayacağı konusu gelmektedir. İş ve ekonomik ilişki kurup kurmamak konusundaki hakkın kullanılması hukuka aykırı olmayacağı ve bu hakkın kullanılmasıyla doğacak zarar da haksız sayılamayacağı için boykotun 201inci maddede geçen tehdit unsuruna dahil olmayacağı savunulmaktadır⁵². Bize göre bu düşünce genel olarak doğru olsa da yine her olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirme yapmak, boykot tehdidinin netice bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması halinde 201inci maddeyi uygulamak gerekmektedir.

Kalabalığın tehdit oluşturup oluşturmadığına da değinmek gerekir. Kalabalık başlı başına bir tehdit teşkil etmez⁵³. Hatta dostane bir kalabalık olmaması bile onun daima bir tehdidi tazammun ettiğine delil değildir⁵⁴. Fakat bir arada bulunmaktan öte, ayrıca tehdit teşkil eden davranışlarda bulunulursa, olaya göre 201inci madde teşekkül eder⁵⁵. Kalabalığın, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na aykırı olması da tehdit sayılarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru olmasına yol açmaz. Kalabalığın tehditkâr hiçbir davranışta bulunmaksızın yol açtığı korku da suçun oluşması için yeterli değildir. Tehdit unsuru oluşturan bir kalabalığa katılmak cezalandırılmak için yetmez, tehdit oluşturan hareketleri de yapmış olmak gerekir⁵⁶.

⁵² ERSOY, s: 125

⁵³ ERSOY, s: 129

⁵⁴ EREM, s: 266

⁵⁵ ERMAN, s: 694

⁵⁶ ERSOY, s: 129

(ii) Şiddet ve Tehdidin Netice Bakımından Elverişli Olması

765 Sayılı Kanun'un 188inci maddesinde yer alan suçun oluşması için şiddet ve tehdit kullanılmadaki maksadın gerçekleşmesi gerekmez. Korku yaratması ve bu bakımdan elverişli olması yeterlidir. Bu bakımdan 188inci madde şekli bir suçtur. 201inci madde ise şiddet ve tehdidin ve bunların yaratacağı korkunun, neticenin yani sanat ve ticaret serbestisinin tahdit veya meni yahut 2nci fıkrada belirtilen iktisadi amaçla işin tatiline, tatilin devamına ya da nihayet bulmasına elverişli olması gerekir.

Buna göre sadece neticenin gerçekleşmiş olması her zaman vasıtanın, şiddet ve tehdidin elverişli olduğu anlamına gelmeyeceğinden, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun bir zarar suçu olması itibariyle neticenin tespit edilmiş olması suçun oluşması için şart olmasına rağmen, suçun her zaman var olduğunu göstermez. Mağdurun yersiz kuruntusu sebebiyle netice gerçekleşmiş olabilir. Yahut mağdur failin cezalandırılmasını sağlamak istiyor olabilir⁵⁷. Ceza hukukunda bu durumu değersiz kılmak düşünülemez. Burada da teşebbüs halinde elverişliliğin tespiti için uygulanan yöntem uygulanmalı, her zaman somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır⁵⁸.

Elverişliliğin somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılan araştırmasında, şiddet ve tehdidin ağır olmasının tespiti şart değildir. Zira kanunda bu konuda açık bir düzenleme yer almaktadır. Tehdidin ağırlığı, korkunun nevi ve derecesini ifade eder⁵⁹. Mevzu Kanuna “ağır” ifadesinin konulmasına yönelik teklif de kabul edilmemiş olmasına rağmen, herkes tarafından anlaşılabilir derecede çok hafif şiddet ve tehdidin cezalandırılması da uygun olmayabilir⁶⁰. Örneğin bir işçi işverene fabrikayı kapatmazsan yüzüne tükürürüm der de işveren kapatırsa durum böyledir.

⁵⁷ ERSOY, s: 131

⁵⁸ Teşebbüs halinde elverişliliğin tespitiyle ilgili: ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, s: 46

⁵⁹ ERMAN, s: 701

⁶⁰ ERSOY, s: 132

Şiddet ve tehdidin ağır olması gerekmemekle birlikte ciddi olması gerekir. Şiddetin ciddiyeti ve derecesi yani ağır olup olmadığının tespiti daha kolay olduğundan, esasen tehdit için önem arz eden ciddi olma hali, mağdurda tehdidin yerine getirileceği inancının oluşması demektir. Bu itibarla Sahir Erman'ın tehdidin ciddi olmasının, korkutabilir mahiyet taşıması anlamına geldiği yönündeki düşüncesine⁶¹ tam olarak katılmıyoruz. Yazarın kendi ifadesiyle tehdidin ağırlığı, korkunun nevi ve derecesiyle ilgilidir, ciddiyetiyle değil. Korkutabilir mahiyet taşımak, tehdidin derecesini diğer değişle ağır olup olmadığını ortaya koyar. Tehdidin ciddiyet ve ağırlığını yekdiğerinden ayırmak gerektiği gibi, burada korkutmayı da ciddiyetten ayrı tutmak gerekir. Çünkü korku, kişinin psikolojik durumuna bağlıken, ciddiyet daha fazla dış dünya ile ilgilidir. Bazı olaylarda kişi, yöneltilen tehditten hiç korku duymamış olabilir. Ancak sadece ciddi olduğunu, yani yerine getirileceğine inandığı için zorlamaya boyun eğer. Örneğin fabrikasını yakın zamanda satmayı düşünen sanayiciye, işi durdurması aksi halde fabrikanın yakılacağına bildirilmesi, sigortalı olan fabrika yanarsa, satması halinde alacağından daha fazla parayı sigorta şirketinden alabileceğini bilen işverende korku yaratmaz. Ancak sırf fabrika yanmasın diye işi durdurabilir. Olayda korku yoktur (mağdur açısından tehdit ağır değildir) ama tehdidin ciddiliği neticeyi gerçekleştirmiştir. Şiddet ve tehdit hukuka aykırıdır, mağdur açısından ağır değil fakat ciddi olmakla neticeyi gerçekleştirmeye elverişlidir. Fail, 201inci maddeyle cezalandırılmalıdır.

2. 5237 Sayılı Kanunda İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Kavramı

a. Suçların Tasnifinde Yeri

5237 Sayılı Kanun, suçların tasnifinde 765 Sayılı Kanun'dan farklı bir yöntem izlemiştir. Cürüm ve kabahat ayrımı kaldırılmıştır. Genel Hükümler ve Özel Hükümler başlıklarını taşıyan iki kitaptan oluşmaktadır. Özel hükümler dört Kısım içermektedir. Bunlar sırasıyla, "BİRİNCİ KISIM: Uluslararası Suçlar, İKİNCİ KISIM: Kişilere Karşı Suçlar, ÜÇÜNCÜ KISIM: Topluma Karşı Suçlar ve DÖRDÜNCÜ KISIM: Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" dir. İkinci

⁶¹ ERMAN, s: 699

Kısımın 7inci Bölümü “Hürriyete Karşı Suçlar”ı düzenler. Bu bölüme işlenen 19 maddeden 12ncisi ve madde numarası 117 olan “iş ve çalışma hürriyetinin ihlali” suçudur.

Buna göre yeni tasnif biçimiyle, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, Kişilere Karşı Suçlar altında Hürriyete Karşı Suçlar başlığıyla işlenmiştir. Bu haliyle 765 Sayılı Kanun’un, hürriyetleri kişiler açısından ele alıp da doğru olmayan biçimde şahıslar aleyhinde işlenen cürümler arasında düzenlenmemesine yönelik olumsuz değerlendirmeler⁶², 5237 Sayılı Kanun için yapılamayacaktır. Zira hürriyete karşı suçların, kişilerden bağımsız değerlendirilmediği, çalışma hürriyetinin kişilerden ayrı bir değer olmadığının düşünüldüğü, kısım başlığından anlaşılmaktadır.

b. İş ve Çalışma Hürriyeti Kavramı

Yukarıda 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali düzenlenirken, esasen korunanın sanat ve ticaret serbestisi olduğu, burada sanayi yahut ticaret faaliyeti sayılacak bir çalışmanın kastedildiği ve bunun kapsamı anlatılmaya çalışıldı. 201inci maddeye yüklenen bu anlam, Kanunun lafzı ve doktrinindeki değerlendirmeler ile yıllar yılı oluşmuş içtihatlarla ortaya konmuştur.

5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesindeyse, kanun koyucu tarafından özellikle yapıldığı açık olan lafzi değişiklik sonucunda, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan bahsedilebilmesi için ilk bakışta, önceki düzenlemeden farklı olarak sanayi ve ticaret faaliyetinin bulunması gerekliliği ortadan kalkmış görünmektedir.

5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinde, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmiş olmak için, failin davranışının artık mağdurun sanayi yahut ticari alandaki faaliyetine yönelmiş olması aranmamaktadır. Korunan sanayi ve ticaret faaliyeti değil, maddenin birinci fıkrasında gösterildiği gibi “iş ve çalışma hürriyeti”dir. İş ve çalışma hürriyeti ise, mutlaka sanayi ve ticaret faaliyetini kapsamakla birlikte, bundan daha geniş bir faaliyet alanını içine almaktadır. 765 Sayılı Kanun’un 1inci

⁶² EREM, Faruk; TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9uncu Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara Ekim 2003, s: 79

maddesinde kullanılan “sanat ve ticaret serbestisi” deyimini yerine “iş ve çalışma hürriyeti” ifadesinin kullanılmasındaki maksat da bu kapsamı genişletmek iradesinin ortaya konmasından başka bir şey olamaz. Buna göre ilk bakışta akla gelen, iş ve çalışma hürriyetinden, gelir elde etmek amacına yönelik yasal her çeşit ekonomik faaliyetin ve özellikle mal veya hizmet üretmek faaliyetinin kastedildiğidir. Bu ise çok geniş bir alanı kapsar.

Bu noktada “kanunilik ilkesine” değinmekte yarar vardır. Bilindiği gibi, kanunsuz suç ve ceza olmaz. Suçların ve cezaların kanunlarla belirlenmesi ve usulüne uygun olarak ilan edilmeleri gerekir. Bu ilke sayesinde birey sadece ceza hukuku aracılığıyla korunmaz, aynı zamanda ceza hukukuna karşı da korunur⁶³. Bu devletin bireye ait özgürlük alanına keyfi müdahalesini engeller⁶⁴.

Kanunilik ilkesinin iç hukuktaki dayanağını, Anayasanın 38inci maddesi ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2nci ve 7nci maddeleri oluşturur.

1982 Anayasası

Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar; Madde 38 - Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

(Ek fıkra: 03/10/2001-4709 S.K./15. md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsidir.

⁶³ ÖZTÜRK, Bahri; ÖZBEK, Veli Özer; ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7nci Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2003, s: 39

⁶⁴ DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, Uğur Eğitim Hizmetleri ve Yayıncılık A.Ş., Ankara, Aralık 2003, s:8

(Ek fıkra: 03/10/2001-4709 S.K./15. md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.

(Mülga fıkra: 07/05/2004-5170 S.K./5. md.)

(Değişik fıkra: 07/05/2004-5170 S.K./5. md.) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.

(Değişik fıkra: 07/05/2004-5170 S.K./5. md.) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Madde 2 - (1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Zaman Bakımından Uygulama, Madde 7 - (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

(2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.

(3) Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır.

(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.

Aynı ilke uluslararası hukukta İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) yer bulmuştur.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi

Madde 7 - Cezaların kanuniliği

1. Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamaz.

2. İşbu madde, işlendiği zaman medeni milletler tarafından tanınan umumi hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına ve cezalandırılmasına mâni değildir.

Kanunilik ilkesi sayesinde bireyler, hangi davranışlarının suç sayılacağını ve eğer suç sayılan bu davranışta bulunurlarsa ne şekilde cezalandırılacaklarını bilirler. Böylece serbest iradeleriyle yasak olanla olmayan davranışlar arasında seçim yaptıklarında, sonuçlarına katlanırlar. Böylece kişi özgürce çevresini şekillendirme olanağına kavuşmuş olur ki bu insan haysiyetine yaraşır bir hayatın teminatıdır.

Kanunilik ilkesi dört önemli güvence getirir. Bunlar, (1)belirlilik, (2)aleyhe kanunun geçmişe yürütmesi yasağı, (3)kıyas yasağı ve (4)örf ve âdete dayanarak suç ve ceza yaratılması yasağıdır⁶⁵.

Belirlilik, bir davranışın kanunda, açık ve kesin şekilde yazılı bir suç olarak düzenlenmedikçe cezalandırılmaması anlamına gelir⁶⁶. Kanundaki yazılı düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve sarîh olması gerekir⁶⁷. Belirsiz düzenlemeler, bireyin özgürlük alanını sınırlar, devletin müdahale alanını genişletir ki bu demokrasiyle de çelişir.

5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde, sanat ve ticaret serbestisi yerine kullanılan iş ve çalışma hürriyeti deyişi de işte kanunilik ilkesinin belirlilik güvencesine aykırı görünmektedir. Aslında maddeyi bu ilke ile çelişkili kılan tek değişiklik bu değildir. Madde içinde kullanılan birçok kavram için aynı eleştiri yapılabilir.

⁶⁵ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 41

⁶⁶ DÖNMEZER-ERMAN, s: 20

⁶⁷ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 41

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, 765 Sayılı Kanun'daki haliyle dahi iş ve çalışma hürriyetinin ihlalinin neyin anlaşılması gerektiği doktrinde ve uygulamada birçok tartışmalara yol açmışken, kullanılan yeni ifade şekli çok daha belirsiz olması açısından uzun sürebilecek tartışmalara gebe dir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalardan sonra, "iş ve çalışma hürriyeti" ifadesi ile 117nci maddede hangi çalışma şeklinin güvence altına alınmak istendiğini belirlemeye çalışalım. Mutlaka, maddenin kapsam alanı zaman içinde içtihatlar ve doktrin tarafından netleşecektir. Bu aşamada yaptığımız değerlendirmeler ve yorumlarda, öncelikle maddenin kaleme alınış biçimiyle, kullanılan ifadeleri ve bu arada günün koşulları ve ihtiyaçlarını esas ve dikkate almak zorundayız.

İş ve çalışma hürriyeti ifadesinin, sanat ve ticaret hürriyetini kapsayan fakat bundan daha geniş bir alanı işaret eden bir ifade olduğu açıktır. Bu itibarla her şeyden önce, sanayi ve ticaret hürriyeti kavramını açıklarken çizdiğimiz çerçeve, iş ve çalışma hürriyeti kavramının kapsamı içindedir. Tekrar etmekten kaçındığımız için burada, yukarıda sanayi ve ticaret faaliyetini açıklarken yaptığımız açıklamaların geçerli olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Burada ele alınması gereken konu, iş ve çalışma hürriyeti kavramının, sanayi ve ticaret faaliyeti dışında kalan kısmıdır. Çok geniş bir alanı içine alan iş ve çalışma hürriyetine bir çerçeve çizilmek gerekmektedir. Bize göre kavramın dış çerçevesi, ekonomik faaliyet yahut gelir elde etmeye yönelik mal veya hizmet üretim faaliyeti olmalıdır. Bu itibarla, karşılıksız olarak kamuya hizmet için yapılan faaliyetler, yardım faaliyetleri iş ve çalışma hürriyeti kavramı dışında değerlendirilmelidir. Yine kişilerin gelir elde etmek amacı dışında, kendini geliştirmek, eğlenmek, vakit geçirmek amacı ile gösterdikleri çalışmalar da kapsam dışındadır. Fakat insan faaliyetinin özerk uygulaması biçimindeki ve gelir elde etmek amacına yönelmiş çalışma biçimleri, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin aksine, artık 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesi ile korunmaktadır. O halde artık şahsi şekilde ifa edilen, avukatlık, öğretmenlik, doktorluk Türk Ticaret Kanunu kapsamında olmasa, ticari mahiyet taşımasa dahi, madde kapsamında görünmektedir. Ancak hemen belirtmek

gerekir ki 5237 Sayılı Kanun'un diğerk maddelerini de dikkate almak ve bu faaliyetlere yönelik hareketleri cezalandırmak amacıyla özel olarak düzenlenen maddeleri gözden kaçırmamak gerekecektir. Örneğın Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi başlığını taşıyan 112nci madde, bir öğretmenin çalışma hürriyetinin engellenmesi suretiyle ihlal edilebilir. Yine 265/2nci madde, avukatlık faaliyetiyle ilgili özel bir düzenlemedir⁶⁸.

Sadece 117nci maddenin linci fıkrasına bakıldığında, gelir elde etmeye yönelen çalışmanın devlete bağılı olarak yahut özel sektörde olmasının fark yaratmadığı düşünölmektedir. 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinden farklı olarak 117nci madde, sanayi ve ticaret faaliyeti niteliğinde olmasa dahi gelir elde etmek üzere devlete bağılı çalışmanın her biçimini kapsamına almaktadır. Bu durumda artık her hangi bir memura yönelik eylem 117nci madde ile cezalandırılabilir. Günümüz ihtiyaçları ve koşulları yorumun bu yönde yapılmasını haklı kılar zira memur çalışmasının da en az işçi çalışması kadar korunmaya muhtaç olduğu açıktır. Ancak 117nci maddenin bütünü dikkate alındığında, bu yorumun maksadı aştığını düşünmek mümkündür. Muhakkak ki her bir fıkrayı bağımsız değerlendirmek, bir kavramı açıklarken devamında vurgulanan ifadeleri dikkate almamak doğru olmaz. Bu sebeple iş ve çalışma hürriyetinden neyin kastedildiğı açıklanmaya çalışırken, sadece 117/1 fıkrası değil, sonraki 3 fıkra da dikkate alınmalıdır.

117nci maddenin 2nci ve 3üncü fıkralarında düzenlenen, sırası ile "sömürü suçu" ve "sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek" suçlarının her ne kadar devlet eliyle işlenmesi fiilen mümkün olsa da, 117nci maddedeki bu düzenlemelerin fertleri devletten değil diğerk kişilerden korumak için getirildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zaten aksine bir düşünce devletin varlık sebebiyle çelişir. Devlet fail olamayacağına göre ve devlet tarafından çalıştırılanlar, özel bazı durumlar dışında memur olduklarından, mağdur memur olamayacaktır. Yanlış anlamaya mahal vermemek açısından belirtmek gerekir ki devletin fail olamaması, devlet memurunun fail olamaması anlamına gelmemektedir. Pekâlâ bu suçlar, bir devlet memuru

⁶⁸ Bakınız aşağıda s: 96

tarafından da işlenebilir. Ancak sömürü mahiyetindeki çalıştırmanın ve sömürmek için tedarik, sevk veya nakil suçunun devlete bağlı ve devlet eliyle yapılması mümkün görünmemektedir. Ayrıca 2nci fıkra ücretten söz edilmiş, devlet memurlarının geliri olan maaş anılmamıştır. Sadece bu dahi memurların kapsam dışında kaldığına işaret etmektedir. Ücret, işçinin geliridir.

Bu düşünceden hareketle, devlet memurlarının sömürü ve sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçlarının hiç değilse devlet memuru çalışmasıyla mağduru olamayacakları ve ancak fertlerin bu suçun cezasına muhatap olabileceği tespit edildikten sonra, maddenin son fıkrasındaki suçun fail ve mağduruna bakalım. Son fıkra düzenlenen anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu ve işin durmasına neden olma suçunun faili de yukarıda belirttiğimiz düşünceden hareketle yine devlet olamayacaktır. Fail devlet memuru olabilir. Mağdur ise açıkça işçi ve işverenler olarak gösterilmiştir. İş bırakmaya zorlama suçu tarif edilirken kullanılan “iş” terimiyle de, fıkra başından itibaren incelendiğinde işçi ve işverenin işinin kastedildiği söylenebilir. Her ne kadar memurlar açısından devlet işveren gibi görünse de, hukuken işçi ve işveren terimleri 4857 Sayılı İş Kanunu’nda tarif bulan kavramlardır. Bu terimlerin İş Kanunu’ndaki anlamlarından daha geniş anlam ifade ettiklerini kabul etsek bile, mevzuat dahilinde memurları işçi saymak mümkün değildir. Yine bir devlet memurunu, sanayi ve ticaret faaliyeti yürüten bir devlet teşebbüsünde yahut iktisadi teşekkülünde iş sözleşmesi ile işçi çalıştırılırken, devletin işveren vekili gibi hizmet görmedikçe⁶⁹ işveren olarak niteleyemeyiz. O halde belirtilen istisna hariç, memurlar 4üncü fıkra kapsamı dışındadır.

Bu noktada, 5237 Sayılı Kanun’un Özel Hükümleri içinde, Dördüncü Kısım: Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler, Birinci Bölüm: Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Madde 265: Görevi Yaptırmamak İçin Direnme suçunun düzenlendiğini ve burada kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişilerin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklarının öngörüldüğünü belirtelim. Bu hükümle, esasen korunmak istenenin kamu idaresinin işleyişi olduğu Yasadaki

⁶⁹ ERSOY, s: 105

Bölüm başlığından anlaşılmaktadır. Ancak bu suretle kamu görevlilerinin iş ve çalışma hürriyetlerinin de dolaylı yoldan korunmakta olduğu söylenebilir.

Tüm bu değerlendirmeler sonucunda, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde kullanılan “iş ve çalışma hürriyeti” kavramı kapsamına, insan faaliyetinin özerk uygulaması biçimindeki çalışma ve bağımsız çalışma da dahil olmak üzere, gelir elde etmek amacına yönelik mal veya hizmet üretimi şeklindeki tüm çalışma biçimlerinin girdiği, ancak memur çalışmasının, yukarıdaki paragrafta belirttiğimiz durum haricinde kapsam dışında kaldığı söylenebilir. Fail ve mağdur konusu ayrıntılı olarak ikinci bölümde incelenecektir.

c. İhlal Kavramı

5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin başlığı “iş ve çalışma hürriyetinin ihlali”dir. Maddede her bir fıkrada farklı suç tipleri gösterilerek dört farklı fiil suç sayılmış ve ceza öngörülmüştür. O halde metin içinde gösterilen farklı biçimdeki her bir fiil, iş ve çalışma hürriyetini ihlalin bir biçimini tarif etmektedir. Ancak çeşitli defalar dile getirdiğimiz gibi, maddenin ilk fıkrası, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun en genel biçimini düzenlemektedir. Daha sonraki fıkralar, bu hürriyeti ihlalin özel biçimleridir. Özel biçimlerden sayılamayan ihlal hali, daha genel halin düzenlendiği 1inci fıkraya göre cezalandırılacaktır. Bu özelliği bakımından kanun koyucu 117nci maddeyi tasarlarken, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesindeki düzenleme biçiminden ayrılmamıştır. Ancak 765 Sayılı Kanun'daki düzenlemeden farklı olarak, eskiden yani 201inci maddede “tahdit veya men” biçiminde ifade bulan fiil, yeni 117nci maddede “ihlal” olarak gösterilmiştir.

“İhlal” terimi açıktır ki, “tahdit veya men” kavramlarından daha genel bir terimdir. Yukarıda belirttiğimiz gibi tahdit sınırlandırmayı, men ise durdurmayı, engellemeyi ifade eder. İhlal ise sözlükte, çiğneme, bozma, zedeleme, uymama, dokunma olarak tarif edilmektedir. Bu bakımdan tahdit ve men halini de kapsar, ancak daha geniştir. Kanun koyucu bu ifade biçimini, hakimın takdir yetkisini genişletmek, olayın özelliğine göre tahdit veya men kavramına dahil olmasa da iş ve

Çalışma hürriyetinin ihlali sayılabilecek ve 117nci maddenin 2, 3 ve 4nc fıkralarında tarif edilen fiiller kapsamında olmayan her fiilin cezalandırılabilmesini temin etmek için özellikle seçmiş olmalıdır. Zira 5237 Sayılı Kanun’un kabulünden önceki tasarılar da, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinde kullanılan “tahdit veya men” terimleri “engellemek veya ortadan kaldırmak” biçiminde Trkeştirilerek kullanılmışken, kabul edilen Kanunda “ihlal etmek” fiilinin cezalandırılması tercih edilmiştir.

Burada 765 Sayılı Kanun’da “tahdit veya men” ifadesinin “her ne surette olursa olsun” deyimini ile tamamlandığını, “her ne surette olursa olsun tahdit veya men etmek” sonucunun cezalandırıldığını, bu surette tahdit veya men kavramının, daha genel anlam taşıyan “ihlal etmek” kavramına yaklaştırıldığının hatırlatılmasında yarar vardır. 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinde kullanılan “her ne surette olursa olsun ifadesi”, bir taraftan şiddet ve tehdidin çeşitli şekillerde olabileceği, örneğin eşyaya ya da şahsa yönelik yahut yazılı veya sözlü olabileceği anlamına gelirken, bir taraftan da şiddet veya tehdit neticesi olması gereken tahdit veya men durumunun çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğini anlatmaktadır.

Belirttiğimiz gibi yargıç önüne gelen olayın özelliklerini dikkate alarak eylemin iş ve çalışma hürriyeti açısından ihlal niteliği taşıyıp taşımadığını tespit edecektir. Bu durumda, iş ve çalışma hürriyetinin çerçevesinin bilinmesi, nereye dokunulduğunda ihlal sayılacağının tespit edilmesi daha bir önem kazanmaktadır. Bu konuyu yukarıda incelemiştik. Ayrıca ihlal neticesinin cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla ortaya çıkması gerekir. Cebir ve tehdit de hukuka aykırı fiiller olduğuna göre, iş ve çalışma hürriyetini ihlal sonucunun hukuka aykırı davranışlar neticesi olması gerekir demek yeterli olacaktır.

117nci maddenin 2nci fıkrasında belirtilen çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak fiili, 117nci maddenin başlığında geçen “ihlal” kavramına dahildir. Yine 3nc

117nci maddenin 1inci fıkrasında kullanılan “ihlal” terimi ise, sadece 6 numaralı bentte gösterdiğimiz, öncesinde sayılan 5 fiilden farklı olan, iş ve çalışma hürriyetinin kapsamı çerçevesinde, her olayın özelliği dikkate alınarak yargıç tarafından tespit edilecek, iş ve çalışma hürriyetini zedeleyen fiil anlamındadır.

Yukarıda açıkladığımız özellik sebebiyle çalışmamızın ikinci bölümünün başlığında, “İş ve Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar” ifadesini kullandık. Böylece 117nci maddenin birinci fıkrasında yer alan suçla, madde başlığı arasında karışıklığı önlemeye çalıştık. Bize göre 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinin başlığının da bu şekilde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

ç. Cebir Kavramı

5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinde, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesindeki suçun oluşması için gerekli “cebir ve şiddet yahut tehdit” vasıtaları yerine, cebir veya tehdit kullanmak ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunmak gösterilmiştir. O halde artık iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, sadece cebir ve şiddet yahut tehditle değil, cebir veya tehdit ya da bunlar dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebilecektir.

117nci madde de, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinde kullanılan “cebir ve şiddet” deyimi yerine sadece “cebir” ifadesi kullanılmıştır. 5237 Sayılı Kanun’da “Cebir” başlığını taşıyan bağımsız bir düzenleme vardır. Bu iki değişiklik birlikte ele alındığında 117nci maddede kullanılan cebir teriminin, artık eskisinden farklı şekilde anlaşılması gerektiği, artık cebir denildiğinde 108inci maddedeki durumun kastedildiğini düşünülebilir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Cebir; Madde 108 - (1) Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.

Görüldüğü gibi bu madde, cebrin tanımı ve kapsamı hakkında az da olsa fikir vermekle birlikte, yeterli ve açık değildir. Her şeyden önce hatalı biçimde tanımlanan terim tanımda kullanılmıştır. Bununla ilgili açıklamaları, Yakın Suç Tipleri başlığı altında inceleyeceğimiz Cebir suçu bölümüne bırakarak daha genel açıklamalarla yetinelim.

Buna göre bir şeyi yapması, yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için cebir kullanılması halinde, cebir suçu oluşur. Doktrinde tek başına cebir teriminin, sözlük anlamının zorlama olup, maddi ve manevi zorlamayı ifade ettiğini, maddi cebrin şiddet, manevi cebrin ise tehdit mefhumuna dahil olduğunu yukarıda açıklamaya çalıştık⁷⁰. 108inci maddede ise cebir, doktrin ve uygulamadaki alışlagelmiş anlamından farklı olarak manevi cebri kapsamı dışında bırakıp, sadece şiddet anlamına gelecek biçimde kullanılmıştır. Üstelik bu yeni anlamıyla cebir, sadece kişilere karşı kullanılan şiddeti ifade etmektedir. Bu durum, 108inci maddede öngörülen müeyyidenin kasten yaralama suçuna verilecek ceza ile bağlanmasından ve gerekçedeki açıklamalardan anlaşılmaktadır⁷¹.

O halde eşyaya yönelik şiddet, 5237 Sayılı Kanun'da kullanılan cebir kavramı dışında kalmaktadır. Bu durumun açıklığa kavuşturulması aslında 117/1inci fıkradan çok, son fıkra açısından önem taşımaktadır. Çünkü 1inci fıkra da cebir terimi hiç kullanılmamış olsaydı dahi, suçun hukuka aykırı başka bir davranışla da işlenebileceği yönündeki çok genel bir ifadenin metinde yer alması, şiddetin hukuka aykırı ve neticeye elverişli her biçimini suçun unsuru haline getirmektedir. Oysa 117/son fıkra da durum böyle değildir. Son fıkra da gösterilen suç ancak cebir veya tehdit kullanarak gerçekleştirilebilir. O halde 5237 Sayılı Kanun ve incelediğimiz 117nci madde açısından cebir kavramının mahiyetinin mutlaka tespit edilmesi gerekecektir.

5237 Sayılı Kanun'da 30 ayrı maddede cebir terimi kullanılmıştır. Bunlardan, 28, 103, 309, 311, 312nci maddelerde “cebir ve şiddet” ifadesi bulunurken, sadece 80inci maddede “cebir veya şiddet” yer almaktadır. Cebir 102nci ve tanımının

⁷⁰ Bakınız Yukarıda s: 23

⁷¹ Gerekçe İçin Bakınız Aşağıda s: 77

yapıldığı 108inci maddede tek başına kullanılmış olup, geriye kalan maddelerde “cebiri veya tehdit” ya da tehditle arasında virgöl konularak kullanılmıştır.

117nci madde ve cebiri teriminin kullanıldığı diğer maddeler incelendiğinde, 5237 Sayılı Kanun’da cebrin, maddi cebri yani zorlamak amacı taşıyan şiddeti ifade ettiği kesin olarak söylenebilir. Kesin olan bir diğer nokta şiddetin şahsa yönelik olması gerektiğidir. Ancak eşyaya yöneltilen şiddet cebiri kavramının dışında tutulabilir mi?

Bu sorunun cevabı, 5237 Sayılı Kanun’da 765 Sayılı Kanun’dan farklı olarak Cebiri başlığını taşıyan 108inci maddenin yer alması ve burada cebrin tarif edilmeye çalışılmış olması hali düşünüldüğünde ‘evet’dir. Ancak bu durum, kanun koyucunun dahi istemeyeceği bir takım sonuçlara sebep olur. Üstelik bu olumsuz sonuçlar sadece 117nci madde açısından değil, diğer birçok madde açısından da söz konusu olacaktır.

117/4üncü fıkra düzenleneni ve ikinci bölümde inceleyeceğimiz “Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama ve İş Bırakmaya Zorlama Suçu” cebiri veya tehdit halinde söz konusu olmaktadır ve cezası 6 aydan 3 yıla kadardır. Buna göre cebiri kavramı sadece kişilere yönelik şiddet biçiminde anlaşıldığında, eğer şiddet eşyaya yönelirse, fiili son fıkra kapsamında değil 117/1inci fıkra kapsamında değerlendirmek gerekecek ve bu durumda faile 6 aydan 2 yıla kadar ceza verilebilecektir. Üstelik bu durumda suç, son fıkradan farklı olarak, takibi şikâyeteye bağlıdır. Örneğin işyerinde işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmak maksadıyla hareket edip makinelere sabotaj yapmak suretiyle amacına ulaşan faile ancak, şikâyeteye bağlı olarak 6 aydan 2 yıla kadar ceza verilebilecektir. Şiddet kişilere yöneltildiğinde örneğin makinelerin anahtarına sahip ustabaşının itelenerek işyerinden uzaklaştırılması halinde 117/son uygulanacak, suç şikâyeteye bağlı olmaksızın takip edilerek 6 aydan 3 yıla kadar ceza verilebilecektir.

Her ne kadar şiddetin derecesi, eşyaya yönelik şiddet halinde 151inci maddede düzenlenen mala zarar verme suçunun, kişiye yönelik şiddet halinde ise

86ncı maddedeki kasten yaralama suçunun oluşmasına ve hakiki içtima uygulanmasına sebep olabilecekse de, bu durum dikkate alınmadan yapılan bağımsız tahlilde, tek başına 117nci maddenin kapsamı açısından suçun takibi ve faile verilebilecek ceza miktarları yönünden bir orantısızlık söz konusu olabilecektir.

Benzer durum 114üncü maddede düzenlenen Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi ve 118inci maddede düzenlenen Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi suçları için de mevcuttur.

O halde maddede kullanılan cebir terimini, 765 Sayılı Kanun'da olduğu gibi eşyaya yönelik şiddeti de kapsar biçimde anlamakta yarar vardır. Ancak kanundaki düzenleme karşısında, metinde bir değişiklik yapılmadıkça bu değerlendirmenin uygulamada kabul edilmesi kolay olamayacaktır.

Tabi ister şahsa yönelsin isterse eşyaya, şiddetin varlığı tek başına 117nci maddenin oluşması için yeterli değildir. Çalışma hürriyetinin ihlali suçunda korunan ne tek başına çalışma araçları, ne de kişinin vücut bütünlüğüdür. Şiddetin kişinin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek için uygulanması halinde suç oluşacaktır.

117nci maddede belirtilen şahsa karşı şiddetin yani cebrin, mutlaka mağdura yönelik uygulanması da gerekmez. Şiddetin mağdur dışındaki bir kişiye yönelmesi halinde de eğer şiddet mağdur üzerinde zorlayıcı bir etkiye sahipse suç tamamlanacaktır. Hatta bir mağazaya girmek isteyen müşterilerin engellenmesinde, mağdurda doğrudan zorlama etkisi olmasa da suç oluşabilir⁷². Burada şiddetin neticeye elverişliliği söz konusudur.

Şiddetin hukuka aykırı olması ve neticeye elverişli olması gerekir ve bu konuda 765 Sayılı Kanun kapsamında yukarıda yaptığımız değerlendirmeler burada da geçerlidir⁷³.

⁷² ERSOY, s: 119

⁷³ Bakınız Yukarıda s: 22 vd.

d. Tehdit Kavramı

Tehdidin 765 Sayılı Kanun'da ne anlama geldiğini yukarıda açıklamaya çalıştık. Buna göre tehdit, manevi cebri de içine alan geniş bir kavram olup, kişiye maddi cebir uygulamaksızın bir kötülük yapılacağını bildirmektir. 765 Sayılı Kanun'da tehdit, 188inci maddede ve 191inci maddede farklı şekilde yer almaktadır. 191inci maddede bulunan tehdit, manevi cebir anlamına gelmemekte yani bir şeyi yapmak ya da yapmamak konusunda bir zorlama niyetini ifade etmemektedir. Ancak 201inci maddedeki biçimiyle kastedilen, tehdidin manevi cebir anlamı olup, 1inci fıkra da sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men etmeye yahut 2nci fıkra da bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak maksadına yönelik zorlamayı barındırmak zorundadır. Burada suç için öngörülen netice, tehdidin içermesi gereken zorlamayı göstermektedir.

5237 Sayılı Kanun'da, cebir gibi tehdit de bağımsız bir maddede tek başına düzenlenmiştir. Bu sebeple daha ayrıntılı açıklamaları Yakın Suç Tipleri bölümüne bırakarak öncelikle bu maddedeki anlama kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Tehdit Madde 106/1 - Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Görüldüğü gibi 106ncı maddede düzenlenen tehdidin, tehdit edilen kişinin kendisine ya da yakınına yöneltilmesi gerekmektedir. Buradan, yakın olmayan üçüncü kişilere yönelik tehdidin kapsam dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bu tehdit, kendisinin ya da yakınının, hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik olmalıdır. Malvarlığına yönelik yahut sair tehdit de cezalandırılmaktadır. Ancak tehdidin bu hali şikâyete bağlanmıştır. Metinden açıkça anlaşılmasa da gerekçesinden, malvarlığından kastedilenin mağdurun malvarlığı olduğu, üçüncü

kişilerin ya da yakınlarının malvarlığına yöneltilen tehdidin kapsam dışında kaldığı sonucu çıkarılabilmektedir. Gerekçede bu durum şu şekilde ifade edilmiştir; “... Buna karşılık tehdidin mağduru malvarlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle yapılması ise, suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektirmektedir”.

Bu kısa açıklamanın ardından 117nci maddede geçen ve suçun unsuru niteliğindeki tehdit kavramının kapsamını belirlemeye çalışalım. Maddenin gerekçesinde tehdidin birçok suçun unsuru olduğu belirtilmekle, bu bakımdan tehdit suçunun genel ve tamamlayıcı bir suç olduğuna işaret edilmektedir. Diğer bazı suçların ve bu arada 117nci maddenin unsuru olarak, bu maddelere ilişkin metinlerde kullanılan tehdit kavramının da 106ncı maddede tarif edildiği biçimde anlaşılması gerektiği düşünülebilir.

201/4üncü maddede belirtilen işin durmasına sebep olmaya yönelik tehdidin, bir mağazanın müşterilerine yöneltilmesi, alışverişe gelenlerin tehdit edilerek mağazada işlerin durmasına sebep olunması halinde, bu suçun mağduruna yahut onun yakınlarına yönelmiş bir tehditten söz edilemeyecektir. Bu durumda tehdit, 117nci maddenin mağduru açısından 106ncı maddede belirtilen tarife uymamaktadır. Fakat alışverişe gelen müşteriler açısından tehdit suçu oluşacaktır. 117/4de belirlenen suçun mağduru açısından ise her ne kadar tehdit suçu oluşmasa da 117/4 faile tatbik edilebilecektir. Çünkü 117/4üncü fıkrada tehdidin kime yönelmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Burada tehdit iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilen mağdura yöneltilmemiş olsa da bu suçun oluşması için gereken tehdit unsuru olayda mevcuttur. Bu durumda kısaca 117nci maddede, 106ncı maddede arananın aksine, tehdidin özellikle bu suçun yani iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun mağduruna yahut onun yakınlarına yönelmiş olması gerekmediği söylenebilir.

Tehdidin de şiddet gibi eşyaya yönelebileceği, tehdidin tanımlandığı 106ncı maddeden açıkça anlaşılmaktadır. Burada da aslında tehdit, eşya üzerinden kişiye yönelmiştir. 117nci maddenin mağduruna ait malvarlığının hedef alınması gerekmez. Yine mağazaya gelen müşterilerin, mağazaya girmeleri halinde kapı önündeki

araçlarına zarar verileceğinin söylenmesi halinde, arabaları üzerinden müşterilere yönelen tehdit, mağaza sahibinin iş ve çalışma hürriyetini ihlal amacı yönünden yeterli bir tehdit niteliğinde olabilir. Bir başka örnekte bölgedeki tek alıcı olan mobilya fabrikasına sunta üreten işletmenin çalışmasını önlemek maksadıyla, mobilyacıya yahut onun makinelerine yöneltilen tehditle mal alışı engellemek, mobilyacı açısından olduğu gibi, sunta üreticisi açısından da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sonucunu doğurabilecektir. Burada da tehdit, amacı gerçekleştirmeye elverişli ve hukuka aykırıdır.

Tehdidin hukuka aykırı ve netice bakımından elverişli olması gerekliliğine ilişkin 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesi için yaptığımız açıklamalar, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesi açısından da geçerlidir.

e. Hukuka Aykırı Başka Bir Davranış Kavramı

5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde, 765 Sayılı Kanun'dan farklı olarak, yukarıda açıkladığımız cebir ve tehdit kavramlarına “hukuka aykırı başka bir davranış” kavramı eklenmiştir. Buna göre iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, bu suçun cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışla işlenmesi halinde oluşacaktır.

Esasen cebir ve tehdit de hukuka aykırı fiillerdir. O halde sadece “hukuka aykırı bir davranış” denilmesi, iş ve çalışma hürriyetini ihlal sonucunun cebir veya tehdit ile işlenmesi halinde de cezalandırılması için yeterlidir. Bu durumda cebir ve tehdit hallerinin ayrıca belirtilmesi gereksizdir. Fakat cebir ve tehdit kavramlarının özellikle gösterilmesinin, bu kavramların tek başlarına suç olarak düzenlenirken kazandıkları anlamdan farklı şekilde anlaşılabilmesine yardımcı olduğunu da belirtmekte yarar görüyoruz. Böylece bir suçun unsuru niteliğindeki cebir ve tehdit kavramlarıyla, suç olan cebir ve tehdit kavramları farklı şekilde anlaşılabilir.

Maddenin, cebir ve tehdit dışındaki hukuka aykırılık hallerinde de suçun oluşmasını sağlar biçimde değiştirilmesinin sonuçlarına değinmeden önce, hukuka aykırılığın ne olduğunu incelemeye çalışacağız.

Ceza hukukunda, suç adı verilen hukuka aykırı fiilleri, diğer hukuka aykırı fiillerle, hukuka hiçbir surette aykırı olmayan fiillerden ayırmak için kabul edilen teoriye “suç genel teorisi” denir⁷⁴. Bu teoriye göre suç teşkil eden hukuka aykırı fiilleri diğer fiillerden, doktrinde çeşitli sayı ve biçimlerde açıklanan suçun unsurları ayırır⁷⁵. Biz konumuzu oluşturan suçları incelerken bu unsurları kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olarak kabul eden görüşe uyduk ve çalışmamızda suçların maddi ve manevi unsurlarına yer verdik. Buna göre suç, failin kanunda gösterilen tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareketidir ve ceza yaptırımını ile karşılaşır⁷⁶. Bu tanıma dikkat edilirse, suçun oluşması için sadece hukuka aykırılık yeterli değildir. Ceza yaptırımıyla karşılanacak davranışın, aynı zamanda tipe uyması ve failin kusurlu olması gerekmektedir. O halde bir fiil suç değilken hukuka aykırı olabilir.

Suç olmayan hukuka aykırı davranışlar; haksız fiiller, emniyet tedbirlerini gerektiren fiiller, idari yaptırımını gerektiren fiiller (kabahatler) olarak üçe ayrılmaktadır⁷⁷. Aynı sınıflandırma idari yaptırımını gerektiren fiilleri de üçe ayırmakta ve bunları disiplin cezası gerektiren fiiller, zabıta tedbirlerini gerektiren fiiller ve vergi cezası gerektiren fiiller olarak göstermektedir.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar ışığında, mağdurun iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden ve failin cezai yaptırımla karşılaşacak olan davranışı; cebir, tehdit, suç oluşturan hukuka aykırı diğer bir fiil, haksız bir fiil, emniyet tedbirlerini gerektiren bir fiil yahut idari yaptırımını gerektiren bir fiil olabilir. Bu durumda, hiçbir surette hukuka aykırı olmayan fiiller dışında, her türlü fiille iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu işlenebilecektir.

⁷⁴ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 98; DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s: 84; CENTEL, s: 161

⁷⁵ DÖNMEZER-ERMAN, s: 332

⁷⁶ DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s: 86

⁷⁷ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 98

Sahir Erman, 765 Sayılı Kanun'un 201'inci maddesinde yer alan "her ne surette olursa olsun" ifadesini değerlendirirken, suçun ancak neticeye elverişli ve hukuka aykırı olan cebir veya tehdit ile işlenebileceğini, bu ifadenin suçun hukuka aykırı diğer vasıtalarla da işlenebileceği anlamına gelmeyeceğini ancak tartışmaya mahal vermemek için metinden çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Aksi hali ve yorumu, "cebir ve tehdit mefhumlarının dışında kalan ve hukuka aykırı olan her türlü vasıtanın istimali, 201inci maddenin şümulüne girer. Tahkir, haksız rekabet, mukabelei bilmisil, aldatıcı söz ve fiiller, yalan haber ve şayialar, grevciler tarafından çalışmalarına müsaade edilen maden işçilerine verilen hüviyet cüzdanlarının sahte olarak tanzimiyle başka işçilere tevzii ve diğer namütenahi hukuka aykırı hareketlerin cümlesi 201inci maddenin ilk fıkrasının tatbikini müstelzim bulunmaktadır. Hatta sadece işverenle işçi arasındaki mukaveleye ademi riayet de hukuka aykırı olacağından suç teşkil etmektedir." biçiminde olumsuz değerlendirmiştir⁷⁸. 5237 Sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklik ise, Sahir Erman'ın olmaması gerektiğini ifade ettiği durumu aynen hayata geçirmiş görünmektedir.

O halde artık, önceden sadece hukuki bir anlaşmazlık olarak değerlendirilmesi gereken bazı olaylar, örneğin belirli süreli bir iş sözleşmesinin taraflarından birinin sözleşmeyi süresinden önce haklı olmaksızın sona erdirilmesi, 117nci maddede düzenlenen suçun oluşmasına yetecektir. Fakat hatırlatmak gerekir, 1982 Anayasası'nın 38inci maddesinin 8inci fıkrası, sözleşmeye aykırılık hallerinde hapis cezası verilmesine engeldir. Ancak para cezasının tatbik edilememesi için bir sebep yoktur.

Daha da ileri gidilerek, örneğin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21inci maddesinde düzenlenen ve geçersiz sebeple yapılan feshin sonucu olarak işverenin işe iade etmesi gereken işçiyi çalıştırmaması durumunda işverenin sadece tazminat ödemekle kurtulamayacağı söylenebilir. İşveren bu haksız davranışı sebebiyle 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesiyle cezalandırılabilir.

⁷⁸ ERMAN, s: 702

4857 Sayılı İş Kanunu:

Geçersiz Sebeple Yapılan Feshin Sonuçları; Madde 21 - İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemeden mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelerle ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.

İşverenin işçiyi mahkeme kararına rağmen işe başlatmaması haksız fiil sayıldığından ki işveren işçiye tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır. Haksız fiil, hukuka aykırı davranışın bir şekli olduğundan işveren mahkeme kararına rağmen işçiyi işe başlatmadığında, işçinin iş ve çalışma hürriyetinin hukuka aykırı davranışla ihlal edilmiş olduğu ve işverenin cezalandırılması gerektiği düşünülebilir.

Kanun koyucunun maddeyi hazırlarken etki alanını bu derece geniş tutmak istemediğini düşündüğümüzü belirtelim. Ancak maddenin bu haliyle başka şekilde yorumlanması mümkün görünmemektedir. Maksadı aşan bu durumun muhakkak olumsuz sonuçları olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz sonuçlar dışında kanun koyucunun istemediğini düşündüğümüz faile verilecek cezaya ilişkin bir diğer

olumsuz sonuca, yakın suç tiplerini incelediğimiz bölümün ‘Genel Olarak’ başlığını taşıyan kısmında değindik⁷⁹. Burada tekrar etmiyoruz. Ancak yeri gelmişken söyleyelim, “ya da hukuka aykırı başka bir davranışla” ibaresinin metinden çıkarılması gerektiğine inanıyoruz.

Hukuka aykırı başka bir davranış tabiri için, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesindeki cebir ve şiddet yahut tehdit vasıtaları için yaptığımız, gaye ve harekette hukuka aykırı olması gerekliliği açıklamalarının burada tekrar edilmesi de gereksiz olacaktır. Zira burada aranan açıkça hukuka aykırılıktır. Ancak, hukuka aykırı davranışın 117nci maddedeki suçun aradığı neticeye elverişli olması gerektiğini belirterek yukarıda bu hususta yaptığımız değerlendirmelerin geçerli olduğunu hatırlatmakta yarar görüyoruz. Hangi hukuka aykırı davranış kullanılmış olursa olsun, iş ve çalışma hürriyetini ihlal sonucu doğmuş ise, fail 117nci madde ile cezalandırılır demek doğru olmaz. Neticenin gerçekleşmesi, hukuka aykırı hareketin elverişliliğine işaret etse de somut olayın özellikleri dikkate alınarak elverişlilik hususu araştırılmalı ve kanımızca kararda buna değinilmelidir.

II. MADDENİN TARİHÇESİ

Bu başlık altında her hangi bir açıklamaya yer vermeksizin, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun Türk Ceza Kanunu’nda başından itibaren hangi şekilde yer aldığını göstermek istedik⁸⁰.

1 - 08/06/1933 tarih ve 2275 sayılı kanunun 1. maddesi ile değiştirilen madde:

Madde 201 - Her kim ihafe veya tehdit veya cebir ve şiddet veya başka suretlerle sınaat veya ticaret serbestisini men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur.

Her kim cebrü şiddet veya tehdit ile gerek amele ve gerek ticaret ve sanat sahiplerini veya müteahhitleri yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya veyahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla bir işin

⁷⁹ Bakınız Aşağıda s: 59

⁸⁰ Aşağıda 5 bent halinde numaralandırılarak verdiğimiz metinler, Corpus adlı Bilgisayar Hukuk Programından alınmıştır. CORPUS, CD Medya Yazılım, Turgut Reis Caddesi No:39/1-2 Maltepe Ankara; tel: 0 312 230 89 18

tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa altı aydan beş seneye kadar hapis ile cezalandırılır.

2 - 29/06/1956 tarih ve 6763 sayılı kanunun 1. maddesi ile değiştirilen birinci fıkra:

Madde 201 - Her kim cebir ve şiddet veyahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

3 - 28/09/1971 tarih ve 1490 sayılı kanunun 2. maddesi ile değiştirilen madde:

Madde 201 - (Değişik fıkra: 29/06/1956 - 6763) Her kim cebir ve şiddet veyahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve yüz liradan beş yüz liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Her kim cebrü şiddet veya tehdit ile gerek ameleyi ve gerek ticaret ve sanat sahiplerini veya mütaahhitleri yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya veyahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadiyle bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa altı aydan beş seneye kadar hapis ile cezalandırılır.

4 - Madde 201 - (Değişik madde: 28/09/1971 - 1490/2 md.)

Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.

Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadiyle bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Her kim yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın, işyerini her ne suretle olursa olsun kısmen veya tamamen işgal ederse bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen fiiller silah ile veya kendini tanınmayacak bir hale koyarak veya birkaç kişi tarafından birlikte işlenirse veya ayrıca bir tahribat meydana getirilmişse yahut mevcut veya mefruz bazı gizli cemiyetlerin husule getirdikleri tehdit kuvvetinden istifade ile işlenmiş ise; ceza iki misli artırılarak hükmolunur. Ancak hükmolunacak ceza beş seneyi geçemez.

5 – 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'yla Kabul Edilen Şekli:

Madde 117 - (1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

(2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

(3) Yukarıdaki fıkarda belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

III. TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN YAKIN SUÇ TİPLERİ

A. Genel Olarak

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 117nci maddesi, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinden farklı suç tipleri öngördüğü gibi, 201inci maddede yer alan işyeri işgali suçu da maddeden çıkarılmıştır. İşyeri işgali suçuna benzer bir suç, Konut Dokunulmazlığının İhlali suçunun düzenlendiği 116ncı madde içinde bulunmaktadır.

117nci maddede yapılan değişiklikler ve özellikle artık bu suçun cebir ve tehdit dışında hukuka aykırı başka davranışlar vasıtasıyla işlenebileceğine yönelik değişiklik sebebiyle, 5237 Sayılı Kanun'da yer bulan diğer birçok suç, çalışma konumuzu oluşturan suçla ilgili olabilecektir. Ancak tabiidir ki, hukuka aykırı her fiilin ve bu arada suçların her birinin 117nci madde açısından değerlendirmesinin yapılması konunun özünden uzaklaşmamıza neden olacak kadar geniş bir çalışma biçimidir. Bu itibarla yakın suç tipleri başlığı altında, 117nci maddeyle doğrudan

yahut hiç değilse yakından ilgi kurabileceğimiz bazı suç tiplerine yer vermeye karar verdik. Yakın Suç Tipleri başlığından, bu ilginin kastedildiğini öncelikle açıklamakta yarar görüyoruz. Ayrıca bu suçlar ayrıntıları ile değil, genel bir değerlendirmeye, 117nci madde ile kurulacak ilgisi kadarıyla incelenecektir.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı davranışla işlenebilir hale getirilmesinin sonuçları, her ne kadar iyi niyetle yapılmış bir değişiklik gibi görünse de, çoğu zaman olumlu olmayacaktır. Zira aşağıda göstereceğimiz diğer birçok suçun, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru haline gelmesine sebep olmaktadır. Bu değişiklik yüzünden iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, barındırdığı iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastı nedeniyle diğer suçların özel biçimine dönüşmekte, bu suçlarla arasında özel-genel norm ilişkisi kurulabilir hale gelmektedir. Bu durumda aslında 117nci maddeyle korunmak istenen hukuki değer, daha savunmasız hale gelmekte ve kimi zaman faile daha az ceza verilmesine neden olmaktadır.

Bir örnekle açıklayacak olursak; iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, cebir veya tehdit de içerecek biçimde kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suretiyle işlenirse, 765 Sayılı Kanun'daki haliyle bu iki suç arasında özel-genel norm ilişkisi kurulamayacak yahut kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru halinde değerlendirilemeyecek ve bu sebeple faile her iki suçtan da ceza verilecekken, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesindeki değişik durum nedeniyle artık faile sadece 117nci maddeden ceza vermek gerekecektir. Çünkü kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun maddi unsuru durumuna gelecektir. Bilindiği gibi 42nci maddeye göre biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir ve bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamaz.

Eğer bir an için bundan uzaklaşıp iki suç arasında özel-genel norm ilişkisi kurmaya kalktığımızda, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastı ile hareket edilmesi, yaptırım açısından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu hafifleten bir

neden haline dönüşmektedir. Bunun da kanun koyucunun istediği sonuç olduğunu zannetmiyoruz. Zaten kanun yapma tekniğine de uygun değildir.

Bu düşünceden de uzaklaşıp, suçlar arasında fikri içtima hükmünün yani 44üncü maddenin uygulanacağını kabul edersek ki bu, failin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verdiğini kabul etmek anlamına gelir (cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak hareketiyle, aynı zamanda iş ve çalışma hürriyetinin de ihlal edilmesi), bu kez de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu daha ağır cezayı gerektirdiğinden, faili sadece kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cezalandırmak gerekecektir. Böylece fail yeni düzenlemeyle aynı fiilinden dolayı daha az ceza almaktadır. Tekrar edelim, aslında olayımızda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru haline geldiğinden 42nci madde gereği içtima hükümlerinin uygulanamaması gerekir. Her ne kadar unsur ya da ağırlatıcı sebep olan suçun, söz konusu suçta açıkça gösterilmesi gerektiği savunulsa da⁸¹, hukuka aykırı davranış kavramına suçların da dahil olduğu tartışmasız olduğundan bize göre mevcut ifade yeterince açıktır. Diğer taraftan bu ifadenin ('hukuka aykırı başka bir davranışla' ifadesinin), diğer bir suçu iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru haline getirmeyeceğini kabul ettiğimizde, ifadenin anlamı kalmamaktadır. Çünkü bu kabul, hukuka aykırı davranışın bir biçimi olan diğer bir suçla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu işlenemez demek olur.

Oysa aslında failin kastettiği hareketin doğurduğu, kastettiği iki ayrı netice vardır. Fail hem bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmayı, hem de iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmeyi kastetmiştir. Mevcut düzenleme karşısında, hukuka ve hakkaniyete uygun sonuca vararak, faile her iki suçtan ceza verilmesini temin etmemiz oldukça zor bir çıkarımın sonucu olmaktadır. Çünkü biri diğerinin unsuru olan suçlar arasında içtima hükümleri uygulanamayacaktır. Oysa her iki suça ayrı ayrı ceza verilmesi neticesine, önceki düzenlemeyle ulaşılması çok daha kolay olmaktadır. Zira o dönemde de diğer

⁸¹ ÖZBEK, Veli Özer: Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-75 Cilt 1, İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. Ankara 2005, s: 316

bazı suçlar vasıta edilerek iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi mümkündür ve bu kast tespit edildiğinde, eğer cebir veya tehdit de uygulanmışsa her iki suçtan ceza verilebilmekteydi.

Öyleyse durumu özetleyecek olursak, diğer suçları iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun maddi unsuru haline getirdiğimizde, ne gerçek içtima ne de fikri içtima uygulayabiliyoruz. Sadece 117/1i tatbik edebiliyoruz. Aksine bir tutum, yani her iki suçtan ceza vermek yahut fikri içtima uygulamak zorlama bir yorumun sonucu olabiliyor.

Bunun kanun koyucunun iradesine uygun olduğunu zannetmiyoruz. Bu sebeple, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna eklenen ve suçun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı diğer bir davranışla işlenebileceğini öngören değişikliğin kaldırılması gerektiğine inanıyoruz. Eğer kaldırılırsa, mevcut haliyle aşağıda incelemeye çalıştığımız diğer birçok suçla, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu arasında kurduğumuz zorlama ilişki de ortadan kalkacaktır. Eğer kanun koyucu yaptığı bu değişiklikte, örneğin hile gibi belli bazı hukuka aykırı fiilleri suçun unsuru haline getirmek istiyorsa, genel ifadeden kaçınarak hukuka aykırı diğer bir davranış demek yerine bunu açıkça göstermelidir.

Şöyle bir yorum yapmak da mümkündür. Eğer kanun koyucu, cebir veya tehdit olmaksızın, hukuka aykırı diğer davranışlar ve bu arada bazı suçlar vasıtasıyla iş ve çalışma hürriyeti ihlal edildiğinde, faili iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuyla da cezalandırmak istiyorsa, diğer bir deyişle, iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastını da değerlendirmek istiyorsa, 5237 Sayılı Kanun'un 212nci maddesinde olduğu gibi (sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur) bunu ayrıca göstermelidir. Bu şu ifadeyle sağlanabilir düşüncesindeyiz; "Diğer suçların iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastıyla birlikte işlenmesi halinde, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ayrıca değerlendirilir."

B. Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti

1. Genel Olarak

Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti suçları, 765 Sayılı Kanun'a, 03/08/2002 tarih ve 4771 Sayılı Kanun'un 2nci maddesi ile ek madde olarak konulmuş ve iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu düzenleyen 201inci madde altında sırasıyla 201/a ve 201/b olarak yer almıştı. 5237 Sayılı Kanun'da ise her iki suç da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan ayrılmış, Özel Hükümler içinde Birinci Kısım oluşturulan Uluslararası Suçlar başlığı altında İkinci Bölümde Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti başlığıyla sırasıyla 79uncu ve 80inci maddelerde düzenlenmiştir. Bu itibarla suçların artık iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile madde bağlantısı kalmamıştır. Bu yöndeki değişiklik suçların niteliği itibariyle doğru görünmektedir. Zira İnsan Ticareti suçunun kapsamı bakımından iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuyla ilgisi bulunsa da, Göçmen Kaçakçılığı için bu bağ aynı madde altında düzenlenecek kadar güçlü değildir. Bu bakımdan aşağıda Göçmen Kaçakçılığı suçuna değil, sadece İnsan Ticareti suçuna değinilecektir.

2. İnsan Ticareti

Yukarıda belirttiğimiz gibi İnsan Ticareti suçuna 5237 Sayılı Kanun'da Uluslararası Suçlar başlığı altında yer verilmiştir. Hâlbuki daha önce 765 Sayılı Kanun'da bu suçun uluslararası mahiyetine işaret eder yönde bir düzenleme yoktur. 5237 Sayılı Kanun'daki 80inci madde, öngördüğü cezalar, örgütlü olarak işlenmesi halinde cezada artırımı gidilmesine ilişkin fıkranın kaldırılması ve tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceğini belirten son fıkrası dışında, 765 Sayılı Kanun'un 201/b maddesiyle aynıdır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 80 - (1) Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle

kişileri tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.

5237 Sayılı Kanun'un sistematigi içinde İnsan Ticareti suçunun Uluslararası Suçlar başlığı altına alınması sebebiyle, bu suç kapsamındaki fiiller uluslararası mahiyet taşımadığında, failin bu madde ile cezalandırılmayacağı düşünülebilir. Maddenin gerekçesinde de "Maddeye, Türkiye tarafından da onaylanan 'Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol' hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere Tasarıda yer verilmiştir" denilmektedir.

Kanun koyucu, İnsan Ticareti suçunun, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile örtüşen kısmını, sınıraşan mahiyet taşımadığı durumlarda cezalandırabilmek için, 117nci madde içinde 3üncü fıkrada yeni bir suç tipi olarak düzenlemiş gibi görünmektedir.

Gerçekten 80inci maddede yer alan; zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak maksadıyla, tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya sevk etmek, barındırmak suçu, 117nci maddenin 3üncü fıkrasındaki Sömürmek İçin Tedarik, Sevk veya Nakletmek Suçu ile benzerlik arz etmektedir.

5237 Sayılı Kanun'un 80inci maddesinde müeyyide uygulanacak olan fiiller, kişileri tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek veya barındırmak olarak sayılmıştır. 117nci maddenin 3üncü fıkrasında ise bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek cezalandırılmaktadır. Kaçırmak ve barındırmak eylemleri açısından her iki düzenleme arasında fark olmakla birlikte tedarik etmek fiilinin, kaçırmaı da kapsayacağı düşünülebilir. 80inci maddenin geneline bakıldığında "barındırma" kavramı, neticede nakledilmek üzere geçici bir eylem olarak kullanılmış gibi görünmektedir. Bu açıdan 117nci maddenin 2nci fıkrasındaki kişiyi insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak fiilinden ayrılmaktadır. Bunun dışında İnsan Ticareti Suçu, 117nci maddenin 3üncü fıkrasındaki suçla örtüşmektedir.

80inci maddede saik özel olarak düzenlenmiş ve zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak olarak gösterilmiştir. Bu sebeple kişileri tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek veya barındırmak kastı tespit edildikten sonra, bu özel saikin varlığını da araştırmak gerekecektir. Suçun oluşması kişileri tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek veya barındırmak eylemleri, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak, vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla gerçekleştirilmelidir. Bu da yetmez, sayılan fiillerin tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle işlenmesi gerekir. Vasıtalar bu şekilde, geniş tutulmakla birlikte sınırlandırılmıştır.

80inci maddede bulunan "vücut organlarının verilmesini sağlamak" maksadının iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ile ilgisinin olmadığı açıktır. Bu sebeple 117nci maddede benzeri bir hüküm yoktur. Ancak sınıraşan mahiyette olsun ya da olmasın organ ve doku ticareti, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar içinde 91inci maddede suç olarak gösterilmektedir.

117nci maddenin 3üncü fıkrasında, kişileri 2nci fıkrada gösterilen durumlara düşürmek üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek cezalandırılmaktadır. 2nci fıkrada gösterilen durumlar, (1)çaresiz, kimsesiz ve bağlı kişileri sömürmek suretiyle ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak ve (2)çaresiz, kimsesiz ve bağlı kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmaktır. Bu iki durum, 80inci maddedeki zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmakla aynı değil fakat benzer durumlardır.

117nci maddede gösterilen suçun oluşması için tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek fiillerinin 80inci maddeden farklı olarak özellikle “tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle” gerçekleştirilmesine de gerek yoktur. 117nci maddenin 3üncü fıkrasında bu yönde bir sınırlandırma öngörülmuş değildir. Ancak suçun 117nci maddenin 2nci fıkrasında belirtilen durumlara düşürmek üzere işlenmesi gerektiğinden, ileride değineceğimiz üzere sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunun ‘sömürmek suretiyle’ işlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz⁸². Bu durum da, 80inci maddede yer alan ‘nüfuzu kötüye kullanmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle’ ifadesiyle örtüşebilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra tespit ettiğimiz durumun sonuçlarını değerlendirelim. Buna göre kişileri tedarik, sevk yahut bir yerden diğer bir yere nakletmek fiilleri iki ayrı maddede suç olarak düzenlenmiştir. (1)80inci maddede (uluslararası suçlar başlığı altına işlenmekle sınıraşan nitelik taşıyan hallere ilişkin olduğu anlaşılmaktadır) ve (2)117nci maddenin 3üncü fıkrasında.

Bir örnek olay ele alalım. Ruhsatsız bir kaplama atölyesinde, kanser yapıcı maddelere maruz kalacak şekilde, sigortasız ve ücretsiz, sadece karnı doyurulmak ve

⁸² Bakınız Aşağıda s: 160

fabrikanın bir köşesinde yatırmak suretiyle çalıştırılmak üzere kimsesiz ve sokakta yaşayan bir gencin İstanbul'a getirilmesi olayında fail cezalandırılacaktır. Bu olayda failin fiili, hem 80inci maddede hem de 117/3ünü maddede öngörülen suç tipine uygundur. Önüne gelen olayda hakim, suçun sınıraşan nitelik taşıyıp taşımadığını tespit etmek suretiyle faili hangi madde ile cezalandıracağını belirleyecektir. Eğer bu genç Diyarbakır sokaklarından alınmış ise faile verilecek ceza altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıdır. Genç, Diyarbakır değil de Musul sokaklarında bulunup getirilmişse, fail için öngörülen ceza sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıdır. Cezalar arasındaki olağanüstü farkın, yasanın farkına varan suçluları Türk gençlerine yönelteceği düşünülebilir.

80inci maddenin Uluslararası Suçlar başlığı altına işlenmesinin, bu suçun sınıraşan nitelikte olması gerektiği anlamına gelebileceği çıkarımımız kabul edilmeyebilir. Ancak bu durumda da 5237 Sayılı Kanun'da unsurları bakımından birbirinden ayırt edilmesi güç olan iki ayrı suçun düzenlenmiş olduğu inkar edilemez. O halde bahsedilen hükümlerin bir an önce değiştirilerek düzeltilmesi, çarpıklığın giderilmesi gerektiği söylenebilir.

C. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

1. Genel Olarak

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların 117nci madde ile olan ilişkisi temelde, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebilir hale getirilmesi sebebiyle kurulabilmektedir. Bu itibarla cinsel dokunulmazlığa karşı suç işlemek suretiyle de iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilebilecektir. Burada da failin kastını belirleyici kabul edersek ve failin hareketiyle bağlı her neticenin ayrı bir suça vücut vereceği kuralını⁸³ düşünürsek, mağdurun iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastı tespit edildiğinde faile ayrıca 117nci maddenin

⁸³ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 129

tatbiki mümkün olacaktır. Fakat bir istisna olarak kabul edilen fikri içtima kurallarını gözden kaçırmamak gerekir. Buna göre;

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Fikri İçtima, Madde 44 - (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Burada failin vasıta olarak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan hangisini tercih ettiği tespit edilecek, bu tespitten sonra, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun cezasıyla karşılaştırıldığında ağır olan ceza cinsel dokunulmazlığa karşı suçta ise sadece bu hüküm uygulanacaktır. Tartışmaya açık olmakla birlikte biz aşağıdaki açıklamalarımızı öncelikle, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu işlendiğinde fikri içtima uygulanacağı kanaatiyle yaptık. Fakat hemen belirtelim, esasen bu iki farklı suç tipinin birleştiği durumda, her iki suçtan ayrı ceza verilmesinin ve hakiki içtima hükümlerinin uygulanmasının birçok olayda hakkaniyete daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Uygulamanın nasıl olacağını zaman içinde göreceğiz.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu için vasıta olarak kullanıldığı durumlar genellikle işverenin işçisine karşı fiillerinde söz konusu olabileceği gibi, bir işçinin diğer bir işçinin cinsel dokunulmazlığına karşı suç işlemesi biçiminde de görülebilir. Örneğin işe yeni başlayan bir kadın işçiyle sapkın inancı dolayısıyla aynı yerde çalışmak istemeyen erkek işçinin, kadını yıldırıp işten ayrılmasını sağlamak amacıyla cinsel saldırıda bulunması olayında olduğu gibi. Burada özellikle belirtmek gerekir, bir işçinin diğerine karşı davranışıyla ilgili verdiğimiz örnekte hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak durumu yoktur. Çünkü işçinin diğer bir işçiye nüfuzu yoktur. İşçiler arasında hiyerarşinin yahut aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanmaktan bahsedilebilecekken, işçiye karşı ancak bir işveren nüfuzu kötüye kullanabilir. Bu arada hizmet ilişkisini, iş sözleşmesiyle kurulmamış bir iş ilişkisinden de ayırmak gerekir. Bu çeşit ihtimalde ise birbirleriyle nüfuz, hiyerarşi yahut aynı işyerinde çalışma durumu yokken, kurulmuş yahut kurulması muhtemel bir iş ilişkisi, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar vasıta edilerek zedelenmiş olabilir. Örneğin ortaklık

kurmak üzere görüşmeler yapan iki şirketin müzakerecilerinden birinin, ortaklığa engel olmak maksadıyla diğer şirketin kadın müzakerecisini taciz etmesi olayında olduğu gibi.

O halde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun hukuka aykırı başka bir davranış şekli olmakla Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar vasıtasıyla işlenmesi durumunu, bu vasıtanın bizzat iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilen kişiye karşı kullanıldığı varsayıldığında üçe ayırmak mümkündür. (1) Hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçları vasıta olarak kullanarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi (2) Hiyerarşinin yahut aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçları vasıta olarak kullanarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi. (3) nüfuz, hiyerarşi yahut aynı işyerinde çalışma durumu yokken cinsel dokunulmazlığa karşı suçları vasıta olarak kullanarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi.

Birinci durum, işverenin işçiye karşı işleyebileceği bir suç olarak karşımıza çıkarken, ikinci durum işçiler arasında söz konusu olabilecek mahiyettedir. Son durum ise hizmet yahut çalışma ilişkisinde değil, bunlar dışında kurulan bir iş ilişkisinde olabilir.

Bu şekilde bir ayrıma gittikten sonra, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların, hukuka aykırı davranış olmaları sebebiyle 117nci maddeyle ilişkisini kurabileceğimiz diğer birçok suçtan önemli bir farkla ayrıldığını belirtmek gerekir. Bu fark, sözüne ettiğimiz ilk iki durumun kanun koyucu tarafından öngörülerek Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar içinde bu durumlara ayrıca yer verilmesidir. Suçların 'hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi durumu', 104üncü maddede düzenlenen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu dışında, sırasıyla Cinsel Saldırı, Çocukların Cinsel İstismarı ve Cinsel Taciz Suçlarının düzenlendiği 102, 103 ve 105inci maddelerde artırım sebebi olarak gösterilmiştir. Hiyerarşi ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi durumuna ise sadece 105inci maddede değinilmiştir.

Nüfuzu kötüye kullanmanın, işverenin işçisinin cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışı için söylenebileceğini kabul ettiğimize göre, bu maddelerde işverenin işçiye karşı davranışına özel olarak yer verilmiştir. O halde bu çeşit bir olayla karşılaşıldığında, fikri içtima hükümlerini düşünmeye dahi gerek olmaksızın faile ayrıca 117nci maddenin tatbikinin mümkün olmadığı söylenebilir. Çünkü 102, 103 ve 105inci maddelerdeki düzenlemelerde, suçun özel görünüş biçimi, ağırlaştırıcı sebebi olarak bu ihtimale yer verilmiştir.

Fakat bu değerlendirmenin, nüfuz, hiyerarşi yahut aynı işyerinde çalışma durumu yokken cinsel dokunulmazlığa karşı suçları vasıta olarak kullanarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi hali için söylemek mümkün görünmemektedir. Böyle bir durum tespit edildiğinde, yargıcın olayın özelliğini ve öngörülen cezaları dikkate alarak fikri içtima hükümlerini uygulayabileceği düşünülebilir.

2nci olasılık olarak sunduğumuz, hiyerarşinin yahut aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçları vasıta olarak kullanarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi durumuna ise sadece 105inci maddede yer verildiğinden, iş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelik fiil cinsel taciz niteliğindeyse, 105inci madde tatbik edilebilecek, 117nci madde uygulanmayacaktır. Cinsel saldırı yahut çocukların cinsel istismarı suçları vasıta olarak kullanıldığında, kastı tespit edildiğinde ayrıca 117nci maddenin uygulanması fikri içtima hükümleri nedeniyle mümkün olmayacak gibi görünebilir. Fakat burada doğru olan failin her iki suçtan da cezalandırılması olacaktır.

Bu genel değerlendirme sonrasında, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali ihtimalinin kanun koyucu tarafından öngörülerek, metne ayrıntılı işlendiği cinsel taciz suçuna değinelim.

2. Cinsel Taciz

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Cinsel Taciz, Madde 105 - (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi haline ağırlaştırıcı sebep olarak yer vermiştir. Bu özellik sadece Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu'nda yoktur. Cinsel Taciz Suçu'nda ise metinde görüldüğü üzere ayrıca hiyerarşi ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi durumuna yer verilmiştir. Üstelik 2inci fıkarda belirtilen durumlarda mağdur işi terk etmek zorunda kalmışsa cezanın alt sınırı yukarı çekilmiştir. Cezanın alt sınırını yukarı çeken bu ihtimalin, mağdurun iş ve çalışma hürriyetine ilişkin olduğu açıktır. Kanun koyucunun cinsel taciz suçunun sıkça görülen biçimini dikkate alarak mağdurlarını himaye etmek istediği anlaşılmaktadır. Fakat hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi haline Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarında yer verilmişken, hiyerarşi ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi durumuna neden değinilmediğinin izah edilmesi zordur. Oysa bu ihtimallerin her iki suç için de öngörülebilirliği ortadadır. Bize göre Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarında da hiyerarşi ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi durumu ağırlaştırıcı sebep olarak bulunmalıydı.

Benzer şekilde Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarının, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya

da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği durumlarda, mağdurun işi terk etmek mecburiyetinde kalması hali de artırım sebebi olmalıydı. Düzenleme bu yönde olsaydı, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların vasıta olarak kullanıldığı durumlarda 117nci maddenin ayrıca tatbiki bileşik suça ilişkin 42nci madde hükmü nedeniyle mümkün olmayacaktı.

Bu noktada iş ve çalışma hürriyetinin ihlali durumunun sadece mağdurun işi terk etmek mecburiyetinde kalması haliyle sınırlı olmadığını, işin geçici terki, gereği gibi yerine getirilememesi vs. hallerin de ihlal olarak değerlendirilebileceğini belirtmekte yarar vardır. Bu gibi durumlarda da fikri içtima gözetilebilir.

Yaptığımız açıklamalar ışığında özetle, İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlal Suçu için vasıta olabilecek Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarının daha ağır cezayı gerektiren suçlar olması sebebiyle, bu iki suç açısından Fikri İçtima hükmü uygulanacağından 117nci maddenin birlikte tatbiki mümkün görünmemektedir diyebiliriz. Fakat Cinsel Saldırı suçu özellik arz etmektedir. Zira bu suç için öngörülen ceza üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasıdır. Bu fiiller, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde ceza, yarı oranında arttırılacağından dört buçuk aydan üç yıla kadar hapis veya arttırılmış adli para cezası olabilecektir. Bu fiil nedeniyle mağdur işi terk etmek mecburiyetinde kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır. Bu durumlarla karşılaşıldığında sorun yoktur çünkü özellikle ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiğinden ayrıca 117nci maddeyi düşünmek mümkün değildir. Fakat maddede yukarıda 3üncü ihtimal olarak belirlediğimiz nüfuz, hiyerarşi yahut aynı işyerinde çalışma durumu yokken cinsel dokunulmazlığa karşı suçları, burada Cinsel Taciz Suçunu vasıta olarak kullanarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi hali gözetilmemiştir. O halde böyle bir durumla karşılaşıldığında bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebep olunmuş olacak, fikri içtima hükmü devreye girecek, daha ağır cezayı gerektiren suç tespit edilecektir. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Bu, cinsel taciz suçunun cezasından hapis cezasının alt

sınırı yukarıda olmakla daha ağır bir cezadır. O halde fikri içtima hükmü gereğince uygulanması gereken 105inci madde değil, 117nci madde olacaktır.

Özetle söylenebilir ki, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu arasında fikri içtima uygulandığında, nüfuz, hiyerarşi yahut aynı işyerinde çalışma durumu yokken Cinsel Taciz Suçunun vasıta olarak kullanılıp iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi hali dışında, fail cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan cezalandırılacak, 117nci madde tatbik edilemeyecektir. Ancak bize göre, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu arasında bu çeşit bir bağ kurulması yerinde olmaz. Her ne kadar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, hukuka aykırı davranışın bir türü olsa da, bunları iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru gibi kabul etmemek ve her iki suçtan da cezaya hükmetmek, yukarıda belirttiğimiz bileşik suç durumu dışında en doğru yaklaşım gibi görünmektedir.

Ç. Hürriyete Karşı Suçlar

1. Tehdit

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Tehdit, Madde 106 - (1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Tehdidin;

a) Silahla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,

İşlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir.

Önceden 765 Sayılı Kanun'un 188 ve 191inci maddelerinde şekil bulan tehdit suçu, yeniden tanımlanarak bağımsız bir suç olarak 5237 Sayılı Kanun'da da 106ncı maddede yerini almıştır. Buna göre tehdit, şahsa ve malvarlığına yöneltilmesi açısından ikiye ayrılmış ve malvarlığına yönelik tehdit şikâyeteye bağlı suç niteliği verilerek buna daha az ceza öngörülmüştür. Gerekçede bu durum, "tehdidin yöneldiği hukuki değere göre bir ayırım yapılmıştır" şeklinde açıklanmıştır. Kabul edilen anlayışa göre mağdurun kendisinin veya yakınının hayatı, vücut veya cinsel dokunulmazlığı, malvarlığından daha değerlidir. Üstelik malvarlığına verilecek zarar ne kadar büyük olursa olsun ki metne göre büyük bir zarara uğratılacağından bahsetmek gerekir, mağdurun ya da yakınının hayatından, vücut ve cinsel dokunulmazlığından önemli olamayacak, her halde malvarlığına verilecek ceza daha az olacaktır. İlk bakışta haklı gibi görünen bu anlayışın, çeşitli olaylar karşısında adaletsiz sonuçları olabilir. Konumuzu aşması açısından küçük bir örnek vermekle yetinelim. Olayın özelliğine göre, mağdurun kız kardeşinin elle cinsel tacize maruz bırakılacağı yönündeki tehdidin faili 6 aydan 2 yıla kadar hapis ile cezalandırılabilirken, milyon dolarlık fabrikasının yakılacağı yönündeki tehdit halinde fail, mağdurun şikayeti üzerine 6 aya kadar hapis cezası veya adli para cezası alacaktır.

Gerekçeye göre tehdit konusu kötülük mağdura değil de bir üçüncü şahsa yönelik olabilir. Ancak bu durumda mağdur ile üçüncü kişi arasında belli bir akrabalık, yakınlık ilişkisi mevcut olmalıdır⁸⁴. Yakınlığın yahut akrabalığın derecesi belirtilmiş değildir.

106ncı maddedeki tehdit suçunun, genel anlamda tehditten çok manevi cebri kastederek düzenlendiği Gerekçesinde yer alan bazı ifadelerden anlaşılmaktadır. Gerekçenin üçüncü paragrafının ilk cümlesinde "Tehdit halinde gerçekleşmesi failin

⁸⁴ ERALP, Tayyar Cem: Karşılaştırmalı Açıklamalı İçtihatlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu İle 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Mektupla İsteme Adresi: İnönü Mahalesi 3üncü Cadde 40ıncı Sokak Yargı 2 Sitesi No: 1/7 Batıkent Ankara, s:245

isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir tecavüz, kötülük mağdura bildirilmektedir.” ve 7nci paragrafında “Tehdit halinde kişi, tehdit konusu tecavüzün ileride vuku bulacağı beyanıyla korkutularak, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır, mecbur edilmektedir.” denilmektedir⁸⁵. Oysa tehdit bu güne kadar doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere manevi cebri de kapsar ama daha geniştir. Belli bir davranışta bulunmaya zorlama içermeyen de tehdidin varlığından söz edilebilir.

Görüldüğü gibi tehdit, 5237 Sayılı Kanun’da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiş ve tanımlanmış olsa da, maddedeki ve açıklamasını içeren Gerekçesindeki anlamından daha farklı kavram olarak bu güne kadar kabul edilmiş farklı bir mahiyete sahiptir. Tehdit suçunun 106ncı maddede yer alan biçimine doktrin ve uygulamacıların zaman içinde bir çerçeve çizcekleri kesindir. Bu arada belirtmek gerekir ki Gerekçe bağlayıcı değildir. Ayrıca tehdit, diğer birçok suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu sebeple de tehdit kavramını 106ncı maddedeki hali kadar anlamak, bu maddeyle sınırlandırmak doğru olmaz. Zira maddenin Gerekçesinin 3üncü paragrafında “bu bakımdan tehdit suçu, genel ve tamamlayıcı bir suçtur” ifadesi yer almaktadır.

Maddenin 3üncü fıkrasında ağırlaştırıcı sebepler sayılmış, 4üncü fıkrasında da tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verileceği belirtilmiştir. Her ne kadar Gerekçeden, failin tehdidin ciddiliğini vurgulamak için bir başkasını öldürmesi, yaralaması ya da malına zarar vermesi halinde son fıkranın söz konusu olduğu anlamı çıksa da öldürmek hali dışında yaralamak ve mala zarar vermek suçlarının aynı maksatla mağdura yöneltilmesi de mümkün görünmektedir.

Bu açıklamalardan sonra, tehdit suçunu 117nci maddeyle ilişkisi açısından ele alalım. 106ncı maddede yer alan tehdit suçu tamamlayıcı bir suçtur. 117nci maddede kullanılan tehdit terimi ise daha genel anlamda tehdidi ifade eder ve 106ncı maddedeki anlamı ile sınırlandırılmaz. Bu itibarla, 117nci madde açısından tehdidin

⁸⁵ ERALP, s: 244

kişiyeye ya da eşyaya yöneltilmesi fark yaratmaz. Mağdur ya da yakını tehdit edilebileceği gibi, bize göre mağaza müşterileri gibi tamamen yabancı üçüncü kişilere karşı tehdit halinde de 117nci madde açısından tehdit unsuru gerçekleşmiş olacaktır. 117nci madde için dikkat edilmesi gereken, tehdidin iş ve çalışma hürriyetini ihlal neticesi açısından elverişli ve hukuka aykırı olmasıdır. Aranacak bu özellikler ile ilgili açıklamaları yukarıda yapmıştık⁸⁶.

2. Şantaj

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Şantaj, Madde 107 - (1) Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Şantaj suçu, 5237 Sayılı Kanun'da, 765 Sayılı Kanun'un 192nci maddesindeki halinden farklı olarak yer almıştır. Bilindiği gibi 117nci maddedeki suçun hukuka aykırı başka bir davranışla ve tabidir ki şantaj yoluyla işlenmesi de mümkündür. Bu bölümde hukuka aykırı diğer birçok suça yer vermeyip de şantaj suçuna yer vermemizin sebebi, bu suçun tehdit suçuyla ilgisidir. Şantajda da manevi cebirde yahut genel ifade ile tehditte olduğu gibi bir kimse bir şeyi yapmaya yahut yapmamaya zorlanmaktadır. Ancak burada hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle zorlama söz konusudur. Üstelik mağdurun zorlandığı husus kanuna aykırı olmasa bile fail cezalandırılabilir. Mağdurun yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya ya da yapmamaya veya haksız çıkar sağlamaya zorlanması, suçun oluşması için yeterlidir. Bu itibarla yukarıda tehdit konusunda tartıştığımız örnek olaydaki durum yeni düzenleme ile açıklığa kavuşmuştur. Şarabın A firmasından alınması halinde vergi memurunun kanunu azami şekilde tatbik edileceğini bildirilmesi halinde, 117nci maddenin unsuru olarak tehdidin var olmadığı kabul edilse bile, 5237 Sayılı Kanun'un 107nci maddesinde düzenlenen şantaj söz konusu olduğundan, iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilmiş

⁸⁶ Bakınız Yukarıda s: 28-35

olacaktır. Bu durumda vergi memuru hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından bahisle bir kimseyi yükümlü olmadığı bir şeyi yapmamaya zorlanmaktadır. Böyle bir şantaj, neticeye elverişli, hukuka aykırı bir davranış olarak, 117nci maddenin unsuru niteliğinde görülebilir. Diğer unsurların varlığı tespit edildiğinde fail, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu için öngörülen müeyyide ile cezalandırılabilir.

Aslında burada da çeşitli ihtimaller düşünülebilmektedir. Öncelikle, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, şantaj suçuna nazaran özel bir düzenleme olduğu kabul edildiğinde, yani şantajın özel bir biçiminin öngörüldüğü düşünüldüğünde, sadece 117nci madde tatbik edilebilecektir. Burada, iş ve çalışma hürriyetini ihlale yöneltilmiş şantajın, müeyyideler karşılaştırıldığında daha önemsiz görüldüğü sonucu çıkar. Diğer bir bakışla, fikri içtimain uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda daha ağır cezayı gerektiren şantaj hükmünün uygulanması gerekecektir. Bu da kabul edilmeyip, her iki hükmün uygulanması gerektiğinin ileri sürülmesi mümkündür.

Şantaj suçunun tamamlanması için mağdurun isteneni yapması gerekli değildir. Cezalandırılacak olan zorlama fiilidir. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda ise suçun tamamlanması için ihlal durumu madden ortaya çıkmalıdır. Bu açıdan iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek maksadıyla şantaj yapıldığında, şantaj suçu tamamlanmış fakat iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Bu durumda iki suç arasında özel genel suç ilişkisi kurarak, sadece iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna teşebbüsten ceza vermek uygun olmayabilir. Zira şantaj; her ne kadar hukuka aykırı başka bir davranış ifadesi kullanılmış olsa da, cebir veya tehdit gibi net biçimde suçun unsuru olarak gösterilmemiştir. Fakat suçun unsuru olarak kabul edilebileceğini öngördüğümüzü ve bu sebeple “hukuka aykırı başka bir davranışla” ifadesinin metinden çıkarılmasının yerinde olacağı düşüncemizi tekrar edelim. Bu itibarla temelde bu iki suçu birbirinden ayırmak ve olayın özelliğine göre, şantaj ve iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna teşebbüs suçlarını birlikte değerlendirmek yerinde olabilir.

3. Cebir

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Cebir, Madde 108 - (1) Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.

Maddenin gerekçesi şöyledir:

“Madde metninde cebir kullanma suçu tanımlanmıştır. Cebir kullanma suçu, aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir.

Latince karşılığı “vis compilsiva” olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesidir.

Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. Buna karşılık tehdit halinde kişi bir tecavüzün, kötülüğün ileride meydana geleceği bildirilerek korkutulmaktadır.

Bu düzenlemede, cebir kullanma suçuyla ilgili olarak öngörülen ceza, kasten yaralama suçundan verilecek cezanın belli bir oranda arttırılmasından ibarettir⁸⁷.

Cebir kavramını, yukarıda hem 765 Sayılı Kanun, hem de 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesi açısından açıklamaya çalışmıştık. Burada yukarıda söylenenlere ek olarak maddenin gerekçesine yer verdik. Böylece 108inci madde hazırlanırken neyin kastedildiğini anlamak kolaylaşacaktır. Cebir, doktrinde şiddet

⁸⁷ ERALP, s: 248

olarak kabul edilen anlamında kullanılmış, manevi cebir kavram dışında tutulmuştur. Eşyaya karşı cebir hali madde kapsamında değildir.

Birçok suçun unsuru olarak yer alan cebir kavramını da tehditte olduğu gibi, özel olarak düzenlendiği maddedeki anlamıyla sınırlandırmak doğru olmayacaktır. Bu suç tamamlayıcı bir suç niteliğinde olup, cebir kavramının sadece bir kısmını kapsamaktadır. Bu yöndeki bir kabulle, 5237 Sayılı Kanun'da suçun unsuru olarak kullanılan cebir kavramına yerine göre eşyaya uygulanması yahut üçüncü kişiye karşı uygulanması hallerini de dahil edebiliriz. Böylece maddedeki sınırlı ve eksik tarif nedeniyle doğabilecek olumsuz sonuçlar engellenmiş olacaktır.

Kanundaki tarife göre Cebir suçu, kasten yaralama suçunun özel biçimi gibi görünmektedir. Gerekçedeki açıklamadan 108inci maddedeki cebir suçunun oluşabilmesi için, kasten yaralamadakine benzer şekilde kişiye fiziki acı verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Oysa genel manada cebir kavramı, fiziki zorlama durumunu kapsar fakat acı verilmesi şart değildir. İttirmek, çekmek fiillerinde olduğu gibi cebirden söz edebilmek için fiziki zorlama yeterlidir. Diğer suçların unsuru niteliğindeki cebir kavramını 108inci maddedeki anlamından ve Gerekçedeki açıklamalardan bağımsız değerlendirmek gerektiği açıktır.

Dikkat çeken bir diğer husus, 108inci maddede düzenlenen cebir suçunun, cebir kavramını suçun unsuru olarak içinde barındıran diğer birçok suçun üstünde, bir bakımdan genel bir düzenleme niteliğinde olduğudur. Zira cebir kullanarak işlenecek diğer suçlar bu arada 117nci maddenin 1inci ve 4üncü fıkraları, kişiyi bir şeyi yapmak veya yapmamak ya da kendisinin yapmasına müsaade etmek üzere zorlamaya ilişkindir. Ancak bu suçlarda, yapmak veya yapmamak ya da kendisinin yapmasına müsaade etmek üzere zorlanan şey özel olarak gösterilmektedir. Örneğin 117nci maddenin son fıkrasında fail işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamakta ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmaktadır. Genel olarak bu durumlar da kişiyi bir şeyi yapmak veya yapmamak ya da kendisinin yapmasına müsaade etmek üzere zorlamak olarak

nitelendirilebilir. Aynı şey örneğin 118inci maddede düzenlenen Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi suçu için de söylenebilir. Burada da kişi sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanmaktadır ve bu da bir şeyi yapmak veya yapmamak üzere zorlanmaktır.

O halde cebir suçu özel olarak düzenlenmişken, kişileri bir şeyi yapmak ya da yapmamak hususundaki bazı zorlama biçimlerinin özel olarak ayrı bir madde ile düzenlenmesi, zorlama ile ulaşılmak istenen neticeye verilen değerin, bağımsız cebir suçunda korunmak istenen menfaatten daha önemli yahut daha önemsiz görülmesinden olmalıdır. Korunan menfaate verilen önem ise verilen cezanın daha ağır ya da daha hafif olmasından anlaşılabacaktır. Cebir suçunda kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Kasten Yaralama, Madde 86 - (1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kasten yaralama suçunun;

- a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,*
 - b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*
 - c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,*
 - d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*
 - e) Silahla,*
- İşlenmesi halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

Buna göre cebir suçunda, kasten yaralama suçuna verilecek 1 yıldan 3 yıla yahut 2 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezası üçte birinden yarısına kadar arttırılacaktır. Böylece cezanın üst sınırı 7 yıl 6 aya kadar çıkmaktadır. Cebir suçunda faile verilebilecek bu ceza, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu işleyen faile verilebilecek cezadan daha fazladır. O halde 117nci madde ile koruna hukuki menfaate, 108inci maddede korunan hukuki menfaatten daha az değer verilmektedir.

Ancak burada tekrar etmekte yarar görüyoruz, 108inci maddede düzenlenen cebir, yapmaya veya yapmamaya zorlanan şey bakımından daha genel anlam ifade etmesine rağmen, sadece şahsa yönelik olması ve acı vermesi gerekliliği ile kasten yaralamanın bir biçimi olması bakımından, 117nci maddede kullanılan cebir kavramından daha özeldir. Bu bakımdan korunan hukuki menfaatlere verilen önem saptanırken, 117nci maddedeki suçlar açısından da cebrin bu biçimi düşünülmelidir.

Bu noktada akla gelen konu, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek için cebir uygulandığında, kasten yaralama suçu da oluşmuşsa, failin, 117nci maddeyle birlikte 86ncı maddeyle mi yoksa 108inci maddeyle mi cezalandırılacağıdır. Bize göre bir şeyi yapmak veya yapmamaya zorlamak durumu, 117nci madde hükümleri gereğince cezalandırılmaktadır. Bu sebeple mağdurun yaralanması halinde artık faile kasten yaralama suçundan ceza verilmesi, hakiki içtima hükümlerinin 117nci madde ile 108inci madde arasında kurulamaması gerekmektedir. Böylece bir taraftan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda özel olarak düzenlenen bir şeyi yapmak ya da yapmamaya zorlamak hali cezalandırılırken, diğer taraftan kişinin vücut bütünlüğüne yönelik fiil de 86ncı madde ile cezalandırılmış olacaktır.

4. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Madde 109 - (1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

a) Silahla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımından önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Bu madde ile korunan hürriyet, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetidir. Bu hürriyetin hukuka aykırı surette ihlal edilmesi gerekir. Yasaya uygun yakalama, gözaltı, tutuklama durumunda, bu haller hukuka aykırı olmayacağından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmaz. Fiili işlemek için veya işlediği sırada failin cebir, tehdit veya hile kullanması yahut kullanılmamasına göre farklı miktarda hapis cezası öngörülmüştür. 3üncü fıkra da ağırlaştırıcı sebepler sayılmıştır. 4üncü fıkra, mağdurun önemli ekonomik kaybı halinde faile verilecek adli para cezasını düzenlemektedir. Suçun cinsel amaçla işlenmesi hali, ağırlaştırıcı hallerden sonra cezanın ikinci bir kez arttırılma sebebidir. Son fıkraya göre ise kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler ayrıca uygulanacaktır. Bu durumda önce 2nci fıkraya göre ceza verilecek, daha sonra 5237 Sayılı Kanun'daki Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama başlığını taşıyan 87nci madde ayrıca tatbik edilecektir.

Kişinin iş ve çalışma hürriyeti, onun hukuka aykırı şekilde bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması suretiyle de ihlal edilebilir. Olayın özelliğine göre iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastı tespit edildiğinde fail 117nci madde ile cezalandırılacaktır. 117nci madde, kişiyi bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak fiili bakımından, iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastı araması yönünden daha özel bir düzenleme gibidir. Burada failin kastı, kişinin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmeye yönelik olduğundan, kişinin bir yere gitmesini veya bir yerde kalmasını engellemek fiili, iş ve çalışma

hürriyetinin ihlali suçunun unsuru niteliğine büründüğünden, ayrıca 109uncu madde tatbik edilemeyecektir. Ancak failin, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek için bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetini ihlal etmesi hali, olayın özelliğine göre 117nci maddenin unsuru olmaktan çıkacak şekilde daha ağır veya uzun süre tatbik edilmesi halinde fail ayrıca 109uncu maddeyle de cezalandırılabilir. Çünkü fail iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastından ayrılmış ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçuna yönelmiştir. Bu durumda iki ayrı suç ve dolayısıyla iki ayrı ceza söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu failin hareketinin neticesinin, yani mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinin ihlali sonucunun, mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmedileceğini öngörmüştür. Bu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halidir. Bu fıkranın iş ve çalışma hürriyetiyle bağlantısı dikkat çekicidir. Yukarıda belirtildiği üzere, iş ve çalışma hürriyeti kavramı, 5237 Sayılı Kanun kapsamında, gelir elde etmeye yönelik faaliyetlerin çok büyük bir kısmını içine almaktadır. Mağdurun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyeti ihlal edildiğinde, bu müddet içinde iş ve çalışma faaliyeti gösteremeyeceği, dolayısıyla gelir elde edemeyeceği, bir başka ifade ile ekonomik bakımdan kaybının olacağı açıktır. İşte kanun koyucu bu durumda hapis cezasına ek olarak, adli para cezası da verileceğini belirtmiştir. Ancak burada dikkate alınacak kaybın, ağır olması gerekmektedir. Hangi miktardaki ekonomik kaybın ağır sayılacağı belirtilmemiştir. Bu durumda olayın özellikleri, mağdurun durumu, genel ekonomik durumun dikkate alınacağı söylenebilir. Zaman içinde uygulamada belirli bir değer sınır olarak belirlenebilir. Burada iş ve çalışma hürriyetinin ihlali halinin gelir kaybıyla sınırlandırılmasının düşünülemeyeceğini hatırlatmakta yarar vardır. Gelir kaybına yol açmasa da iş ve çalışma hürriyetini ihlal edilmiş olabilir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda kast aranmayacağıdır. Ancak failin en azından taksirle hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. Fail, mağdurun ağır ekonomik bir kaybına yol açmak kastıyla hareket etmemiş olsa, bu sonucu istemese bile kendisinden beklenen özeni göstermemek

suretiyle suç tipinde belirtilen ve öngörülebilir nitelikteki neticenin gerçekleşmesi halinde cezalandırılacaktır. 5237 Sayılı Kanun'da netice sebebiyle ağırlaşmış suç aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Madde 23 - (1) Bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.

Dikkat edilecek olursa, netice sebebiyle ağırlaşmış suç, iki durumda söz konusu olmaktadır. (1) Kastedilenden daha ağır bir neticenin gerçekleşmiş olması ve (2) kastedilenden daha başka bir neticenin gerçekleşmiş olması. Failin gerçekleşen ve kastettiğinden daha ağır ya da farklı olan neticeden sorumlu tutulabilmesi için, en azından taksir düzeyinde kusurlu olması gerekirken, aynı zamanda hareketi ile bu daha ağır veya farklı netice arasında nedensellik bağının da bulunması gerekir⁸⁸.

5. Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 112 - (1) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla;

a) Devletçe kurulan veya kamu makamlarının verdiği izne dayalı olarak yürütülen her türlü eğitim ve öğretim faaliyetlerine,

b) Öğrencilerin toplu olarak oturdukları binalara veya bunların eklentilerine girilmesine veya orada kalınmasına,

Engel olunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Eğitim ve öğretim faaliyeti, kamu hizmeti niteliği taşımakla birlikte özel okul ve üniversite, dersane, çeşitli kurs sahipleri, idarecileri ve burada çalışan öğretmenler ve diğer çalışanlar açısından iş ve çalışma hürriyetinin kullanıldığı bir alandır. Bilindiği gibi öğretmenlerin, profesörlerin çalışmaları 765 Sayılı Kanun'un

⁸⁸ ÖZBEK, s:153

201inci maddesinin kapsamı dışındaydı. Ancak Özel derslane, okul vb. eğitim kurumlarında yürütülen faaliyetin engellenmesinin, sanayi ve ticaret faaliyeti kapsamında sayılacağından, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturabileceği söylenmiştir. Bu arada 765 Sayılı Kanun'un 188inci maddesinin 6, 7, 8 ve son fıkralarında yer alan düzenlemeler ile eğitim ve öğretim faaliyeti korunmaktaydı. 5237 Sayılı Kanun'un 112nci maddesi, 765 Sayılı Kanun'un 188inci maddesinde korunan menfaati korumak maksadıyla getirilmiş bağımsız bir düzenlemedir.

112nci maddenin ihlal edildiği birçok durumda aynı zamanda iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmiş olacağı açıktır. Örneğin tartıştığı kız arkadaşının okuduğu okulda ders yapıldığı sırada sınıfa izinsiz olarak giren, elindeki bıçağı masaya saplayarak, 'dersimiz aşk, ihanet ve esrar nasıl içilir' şeklinde beyanda bulunan, öğretmeni bir köşeye iterek öğrenimi kesen ve öğrenim özgürlüğünü engelleyen failin eylemi⁸⁹, 112nci madde kapsamında değerlendirilecektir. Olayda, öğretmenin çalışma hürriyetinin de ihlal edilmiş olduğu söylenebilir. Fakat bu olayda failin kastı öğretmenin çalışma hürriyetini ihlal etmek değildir ve bu davranış 117nci madde ile cezalandırılmayacaktır. Çünkü eğitim ve öğretimin engellenmesiyle neticelenen davranışlar özel hükümle korunmaktadır. Bu sebeple daha özel nitelikteki 112nci madde uygulanacaktır.

Ancak olayın özelliğine göre, failin kastı da iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmekken, örneğin özel bir dershanede çalışan öğretmenin işe gitmesinin engellenmesi, 117nci maddenin ihlali sayılabilecektir. Burada devlet memurlarının çalışmasını 117nci madde kapsamında değerlendiremediğimizi hatırlatarak, devlet okulları ve üniversitelerinde çalışanlar için 117nci maddenin tatbik edilemeyeceğini tekrar hatırlatalım.

⁸⁹ Yargıtay 8inci Ceza Dairesi 12.12.2001 tarih 2001/13892 E., 17168 K. Sayılı Kararı. ERALP, s: 258

6. Konut Dokunulmazlığının İhlali

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Konut Dokunulmazlığının İhlali, Madde 116 - (1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikayeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir.

(3) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(4) Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Konut dokunulmazlığının ihlali suçuna burada yer vermemizin sebebi, 765 Sayılı Kanun'da 201inci maddenin 3üncü fıkrasında düzenlenen işyeri işgali suçunun, 5237 Sayılı Kanun'da bulunmayıp, Konut Dokunulmazlığının İhlali suçunu düzenleyen 116ncı maddenin 3üncü fıkrasında buna benzer bir suça yer verilmiş olmasıdır. Kanun koyucu 765 Sayılı Kanun'da İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler başlığını taşıyan 201inci maddenin aksine, 5237 Sayılı Kanun'da bu suça 201inci maddenin karşılığı olan 117nci maddede yer vermemiştir. Bunun yerine benzer bir suçu, 1871 Alman Kanunu'nda olduğu gibi⁹⁰, konut dokunulmazlığını işgal suçu içinde düzenlemiştir. Aşağıda öncelikle 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinde düzenlenen işyeri işgali suçunu genel olarak inceledikten sonra, 5237 Sayılı Kanun'un 116ncı maddesinde yer alan ve bizim İşyeri Dokunulmazlığının İhlali olarak adlandırdığımız suçu incelemeye geçeceğiz.

⁹⁰ EREM-TOROSLU, s: 124

a. 765 Sayılı Kanunda İşyeri İşgali Suçu

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler; Madde 201 - (Değişik madde: 28/09/1971 - 1490/2 md.) Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.

Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadiyle bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Her kim yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın, işyerini her ne suretle olursa olsun kısmen veya tamamen işgal ederse bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen filler silah ile veya kendini tanınmayacak bir hale koyarak veya birkaç kişi tarafından birlikte işlenirse veya ayrıca bir tahribat meydana getirilmişse yahut mevcut veya mefruz bazı gizli cemiyetlerin husule getirdikleri tehdit kuvvetinden istifade ile işlenmiş ise; ceza iki misli artırılarak hükmolunur. Ancak hükmolunacak ceza beş seneyi geçemez.

201inci maddenin 3üncü fıkrasında düzenlenen İşyeri İşgali suçunu inceleyebilmek için maddenin tamamına bakmak gerekmektedir. Zira bu suç 1inci ve 2nci fıkralardan bağımsız ve ağırlatıcı sebepleri düzenleyen son fıkradan ayrı bir şekilde düzenlenmiş değildir. Nitekim işyeri işgali suçundan söz edebilmek için işyerinin, yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, yalın Türkçeyle 1inci ve 2nci fıkralarda gösterilen amaçların üretilmesine yönelik olmak üzere işgal edilmesi gerekmektedir. Yine bu suç son fıkroda gösterilen şekillerde işlenirse ceza arttırılacaktır.

3üncü fıkranın 1inci ve 2nci fıkralarla olan bağı, bir işyerinin işgali durumunun iki şekilde olabileceğini düşündürmektedir. (1) İşyerinin yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere işgal edilmesi yahut

(2) işyerinin yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatlar dışında sebeplerle işgal edilmesi.

İşyerinin işgali durumuna ilişkin bir diğer ayrım, işyerinin cebir ve şiddet veya tehditle işgal edilmiş olup olmamasına göre yapılabilir. (1) İşyerinin cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın işgal edilmesi veya (2) işyerinin cebir ve şiddet veya tehditle işgal edilmesi.

Bu iki farklı ayrıma işaret ettikten sonra 3üncü fıkra da belirtilen suçun oluşması için işgal olayında her iki ayrımda 1 numarada gösterilen durumların birlikte olması gerektiğini belirtelim. Buna göre işyeri işgali suçu, işyerinin 201inci maddenin 1inci ve 2nci fıkralarında gösterilen amaçların üretilmesine yönelik olmak üzere ve cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın işgal edilmesi halinde söz konusu olacaktır. Daha ayrıntılı söylersek; bir işyeri, sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men veya gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak amacıyla, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın işgal edildiğinde fail 3üncü fıkra da öngörülen müeyyide ile cezalandırılacaktır.

O halde her iki ayrımda 2 numarada gösterdiğimiz hallerden birinin varlığında yahut diğer deyişle 1 numarada gösterdiğimiz durumlardan birinin var olmadığı olaylarda 3üncü fıkra tatbik edilemeyecektir. Yani işyeri, 1inci ve 2nci fıkralarda gösterilen maksatlar dışında sebeplerle işgal edilmişse yahut cebir ve şiddet veya tehditle işgal edilmişse 3üncü fıkra uygulanamaz. Fakat bu durum, bu çeşit işyeri işgali fiillerinin cezalandırılmayacağı anlamına gelmez. İşyeri 1inci ve 2nci fıkralarda gösterilen maksatlar dışında sebeplerle işgal edilmişse, unsurlarına göre 765 Sayılı Kanun'daki Cebir Kullanma Suçu, Hakkı Olmayan Yere Tecavüz (Madde 513-515) yahut Nası İzzar (516 vd.) suçu söz konusu olabilir⁹¹. İşyerinin 201inci maddenin 1inci ve 2nci fıkralarında gösterilen amaçların üretilmesine

⁹¹ ERSOY, s: 190

yönelik olmak üzere ve cebir ve şiddet veya tehditle işgal edilmesi halinde ise olayın özelliğine göre unsurları gerçekleştiğinde 201inci maddenin 1inci yahut 2nci fıkraları tatbik edilebilir.

201inci maddeye işyeri işgalini düzenleyen 3üncü fıkra 1971 yılında 1490 Sayılı Kanun'la eklenmiştir. Bu kanunun gerekçesinde “Yukarıdaki fıkraların istihsaline matuf olmak üzere işyerinin cebir ve şiddet yahut tehdit ile işgalinde fiilin mahiyetine göre 1inci ve 2nci fıkra hükmünün uygulanması gerekmekte ise de cebir ve şiddet kullanmadan veya tehdit etmeksizin bir işyerinin işgali halinin 201inci maddenin kapsamına girip girmediği vazih değildir. Bu hususu açıklığa kavuşturmak için maddenin 1inci ve 2nci fıkralarındaki maksatların istihsaline matuf olmak üzere cebir ve şiddet kullanmaksızın veya tehdit etmeksizin bir işyerinin her hangi bir surette kısmen veya tamamen işgal edilmesi halinin suç olduğu, teklife sarahaten derbiş edilmiş bulunmaktadır.” şeklinde açıklama yapılmıştır⁹².

Bu suçun maddi unsuru, her ne surette olursa olsun bir işyerinin kısmen veya tamamen işgal edilmesidir. Hareketin cebir ve şiddet yahut tehdit kullanmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir. Cebir ve şiddet yahut tehdit dışında her türlü hareketle suçun işlenmesi mümkündür. Ancak işyerinin tamamen veya kısmen işgali ile neticelenecek hareketin haksız, hukuka aykırı olması gerekir.

İşyerinin tanımı İş Kanununda yapılmıştır.

4857 Sayılı İş Kanunu

Tanımlar, Madde 2/ 1, 2, 3 - Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir. İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.

İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme,

⁹² SAVAS, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2nci Cilt, 3üncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999; s: 2221

yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi diğer eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

İşyeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür.

Bu tarife uyan ve sanayi ve ticaret faaliyeti yürütülen işyerine haksız veya keyfi şekilde girmek, işyeri işgali suçunun oluşması için yeterli değildir. Çünkü fail ya da failer işyerinin bahçesine girip diğer taraftan çıkıp gitmiş olabilirler. Bu itibarla işyerine girdikten sonra, işyerine normal olarak giren veya normal olarak orada bulunan kişi veya kişilerin, işyerinde gerek işçi gerek işveren olarak çalışanların normal faaliyetlerini etkileyici şekilde davranışlarda bulunulması gerekmektedir. Buna göre işyerinin işgal edilmiş sayılması için işyerine girmiş olmak bile gerekmez. Giriş çıkışı engelleyecek şekilde dışarıdan kapıların tutulması dahi yeterlidir. İşyeri faaliyetinin kısmen veya tamamen engellendiği durumda yahut faaliyet sürmesine rağmen bunun işverenin iradesine veya uygulana gelen kurallara aykırı hale getirilmesi durumunda suç oluşacaktır. Hatta işyerinin işçiler yahut üçüncü kişilerce işgal edildiği durumda, bu kişiler faaliyetin olağan surette devam etmesine özen göstermiş ve iş durmamış yahut hiç aksamamış olsa da işverenin çalışma hürriyeti, iradesi sınırlanmış olacağından ihlal edilmiş olacaktır. Çünkü 3üncü fıkra ile işgal fiili, doğrudan çalışma hürriyetini ihlal eden bir fiil olarak cezalandırılmaktadır⁹³.

201inci maddenin 1inci fıkrasında iş ve çalışma hürriyeti aleyhine cürümlerin en genel biçimi düzenlenmektedir. 3üncü fıkarda, 1inci ve 2nci fıkra kastedilerek “yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere” denildiğinden suçun oluşması için, işgal neticesine yönelik harekette 1inci fıkarda belirtilen genel kastın varlığı yeterlidir. Bu ise “sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men etmektir”. Bu arada belirtmek gerekir ki, 2nci fıkarda, 1inci fıkarda yer alan genel kastın kapsamına dahil olan bir genel kastla, özellikle aranan özel bir kast belirtilmiştir. 2nci fıkarda yer alan “bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak” genel kastı,

⁹³ ERSOY, s: 194

1inci fıkradaki maddenin genel kastı olan “sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men etmek” kavramına dahildir. Fakat 2nci fıkra da ayrıca “gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek” özel kastı da aranır. Bu açıklama çerçevesinde özetle, işyeri işgali suçunun oluşması için 1inci fıkradaki genel kastın bulunmasının yeterli olduğu söylenebilir. 2nci fıkradaki genel kast, 1inci fıkradaki genel kasta dahil olduğundan, 2nci fıkradaki genel kast var olduğu sürece, yine 2nci fıkradaki özel kastın bulunup bulunmaması, işyeri işgali suçunun söz konusu olması için gerekli değildir. 2nci fıkradaki genel kast var olduğu sürece, 2nci fıkradaki özel kastın varlığı sadece, işyeri işgali suçunun, 201inci maddenin hangi fıkrası, yani 1 veya 2nci fıkrasında gösterilen maksat üzerinden gerçekleştiğini belirlemeye yarar fakat bu durum sonucu etkilemez.

İşyeri, (1) “sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men etmek” maksadının istihsaline amil olmak üzere işgal edildiğinde 1inci fıkra üzerinden, (2) “bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak” maksadının istihsaline amil olmak üzere işgal edildiğinde yine 1inci fıkra üzerinden, (3) “bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak” amacıyla hareket ederken ayrıca “gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek” özel kastı da varsa ve bu maksadının istihsaline amil olmak üzere işgal edildiğinde 2nci fıkra üzerinden işyeri işgali suçu oluşacaktır. Her durumda faile verilecek ceza aynı olacaktır.

b. 5237 Sayılı Kanunda İşyeri Dokunulmazlığının İhlali Suçu

5237 Sayılı Kanun’un 116ncı maddesinin 3üncü fıkrası; “Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde, altı aydan bir

yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.” şeklindedir. İnci fıkra ise “Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” der. O halde 116ncı maddenin 3üncü fıkrasında cezalandırılmak istenen fiil, bir kimsenin işyeri ve eklentilerine rızasına aykırı olarak girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamaktır.

İşyeri kavramının 5237 Sayılı Kanun bakımından neyi ifade ettiğini, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun Tanımlar başlığını taşıyan 2nci maddesini dikkate alarak belirlemek gerekir. Bu bölümde kavrama ilişkin biraz daha geniş açıklamaya yer verelim. İşyeri kavramının kapsamının tespit edilmesi, Türk Ceza Kanunu açısından olduğu kadar, Sendikalar Kanunu ve Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’nun uygulama alanları açısından da önem arz etmektedir. Ayrıca bu kavramın işletme kavramıyla ilişkisi de incelediğimiz konu açısından olmasa da önemli bir diğer konudur⁹⁴.

İşyeri ile ilgili 4857 Sayılı Kanun’daki tanım, 1475 Sayılı Kanun’daki tanımdan daha geniş ve ayrıntılıdır⁹⁵. 2nci maddenin ilk fıkrasının son cümlesine göre, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir. Bu tanıma göre yapılabilecek ilk tespit, işyerinin işveren tarafından örgütlendiğidir. İşyerinin mal veya hizmet üretmek amacıyla örgütlenmesi gerekir. O halde işyeri sadece sanayi veya ticari amaç güden yerleri değil, hizmet kesimine giren ve ayrıca serbest meslek faaliyetlerinin de görüldüğü bütün işyerlerini, örneğin avukat, mali müşavir yazıhanelerini, hekim muayenehanelerini de kapsamaktadır⁹⁶. Bilindiği gibi, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinde korunan iş ve çalışma hürriyeti, sadece sanayi ve ticaret serbestisiyken, işyeri kavramı için yapılan bu çeşit bir tespit, 765 Sayılı Kanun açısından geçerli olamazdı. Çünkü avukatlık faaliyeti, bağımsız doktor çalışması gibi faaliyetler, insan faaliyetinin özerk uygulaması şeklinde ortaya çıkan

⁹⁴ ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 14üncü Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1998, s: 52

⁹⁵ KILIÇOĞLU, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005, s: 15

⁹⁶ ÇELİK, s: 53

ve şahsi şekilde ifayı gerektiren mesleklerdir ve ticaret veya sanayi kavramlarına dahil değildir. 765 Sayılı Kanun'da geçen işyeri kavramını da bu kapsamda değerlendirmek ve sadece sanayi ve ticaret faaliyeti yürütülen işyerlerini 201inci madde kapsamında işyeri olarak değerlendirmek gerekmektedir⁹⁷. Fakat 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde artık sadece sanayi ve ticaret serbestisinin değil, daha geniş anlamda ve bu arada şahsi şekilde ifayı gerektiren meslekler de içinde olmak üzere iş ve çalışma hürriyetinin korunduğunu yukarıda açıklamıştık. O halde 5237 Sayılı Kanun'da geçen işyeri kavramı bundan sonra, İş Kanunu'nda geçen işyeri kavramıyla bu açıdan tam olarak örtüşebilmektedir.

İşyerinden bahsedebilmek için bir araya gelmesi gereken unsurlar kanunda sayılmıştır. Bunlar (1) maddi olan unsurlar, (2) maddi olmayan unsurlar ve (3) işçilerdir. Maddi unsurlar, arsa, bina, makineler, malzeme gibi eşyalardır. Manevi unsurlar ise patent, buluş, tecrübe, müşteri ilişkileri ve alacak hakları vb.dir.

İşyerinden sayılan yerler, normun düzenlenmesine göre, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardır⁹⁸. İşyerine bağlı yerler 1475 Sayılı Kanun'un 2nci maddesinin 2nci fıkrasında "İşverenin işyerinde ürettiği mal veya hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler" olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan bağlı yerler, amaçta birlik ve yönetimde birlik kavramları ile açıklanmaktadır⁹⁹. Burada bahsedilen amaç, kâr elde etmeye yönelik genel ekonomik amaç değil, mal ve hizmet üretmektir¹⁰⁰.

Eklentiler ve araçlar işyerinden sayılır. Eklenti kavramı örnek verilerek gösterilmiştir. Dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi yerler eklentidir. Sınırlayıcı biçimde olmaksızın sayılan eklentilerin ortak özelliği, asıl işin yani mal veya hizmet üretiminin yapılmasıyla doğrudan bağlantılı olmayıp, dolaylı bağlantı içinde bulunan yerler olmalarıdır¹⁰¹.

⁹⁷ ERSOY, s: 87

⁹⁸ KILIÇOĞLU, s: 16

⁹⁹ AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 1inci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s: 52

¹⁰⁰ ÇELİK, s: 53

¹⁰¹ AKYİĞİT, s: 54

Araçlar deyimiyle neyin kastedildiği eklentilerden farklı olarak örnekle gösterilmiş değildir. Araçların, hareketli yahut hareketsiz olması mümkündür. Bazı durumlarda taşıma işlevi gören at, eşek gibi hayvanlar da araç sayılabilir. Araçlar mal veya hizmet üretimine doğrudan ya da dolaylı olarak hizmet ediyor olabilirler. Vinç veya greyder gibi üretime doğrudan yahut işçileri taşımak için kullanılan servis aracı gibi dolaylı olarak hizmet eden araçların da işyerinden sayılacağı belirtilmektedir¹⁰². Araçların işyerinden sayılabilmesi için, işverene ait olması yahut işyerinin coğrafi sınırları içinde olması da gerekmez¹⁰³.

Son olarak tekrar, işyerinin İş Kanunu'nun 2/3'üncü maddesinde belirtildiği gibi, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütün olduğunu söyleyelim ve buradan 5237 Sayılı Kanun'un 116'ncı maddesinde kullanılan işyeri terimine geçelim.

5237 Sayılı Kanun'un 116'ncı maddesinde, rızasına aykırı olarak girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak fiillerinin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi halinde altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunacağı belirtilmektedir. Bu fıkraya göre işyeri, iki farklı nitelikte düşünülmüştür. (1) Açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri ile (2) Açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan işyerleri ve eklentileri.

Maddenin gerekçesinde, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentilerine örnek olarak avukatlık büroları ve özel muayenehaneler gösterilmiştir. Bu ve benzeri yerlere, mağdurun rızasına aykırı olarak girmek veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak 3'üncü fıkradaki suçu oluşturur. Yine gerekçeye göre, 3'üncü fıkranın uygulanmasında birinci fıkrada söz konusu olan koşullar aranacaktır.

¹⁰² AKYİĞİT, s: 54

¹⁰³ TUNÇOMAĞ, Kenan; CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 2'nci Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999, s: 63

Gerekçede, süpermarketler, mağazalar ve dükkânlar, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan işyerlerine örnek olarak gösterilmiştir. Buralar herkesin herhangi bir koşulu yerine getirmeksizin girebileceği, hak sahiplerinin isteyenin girmesi hususunda daha başlangıçta rızalarını örtülü olarak açıklamış sayıldıkları yerlerdir. Bu gibi yerlere halka açık olmadıkları zaman, mesela mesai saatleri dışında rıza hilafına girilmesinin suç olacağı gerekçede açıklanmıştır.

Bize göre fıkra hükmü, fıkrada tercih edilen ifade biçimi, “açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesinin mutata olması ya da olmaması” temelinde yapılan işyeri ayrımı ve gerekçede yer alan açıklamalar, korunmak istenen menfaat ve uygulamada oluşacak sonuçları bakımından gereksiz, yetersiz ve yanlışlıklara açıktır. Maddenin lafzından anlaşılan, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olan işyerleri ve eklentilerine, yani örneğin bir süpermarkete, hak sahibinin rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişiye ceza verilemeyecektir. Bu kanun koyucunun istediği sonuç olamaz. Zira böyle bir durumda süpermarkette hak sahibinin, fail girenken yahut girdikten sonra çeşitli sebeplerle onu dışarı çıkarmak hak ve yetkisi elinden alınmış olacaktır. Gerekçede mesai saatleri dışında rıza hilafına girildiğinde suç oluşacağına yönelik açıklama, fıkranın uygulanmasında lafzına bağlı kalınmayacağına işaret etse de, bu açıklama yetersizdir.

Bize göre işyeri dokunulmazlığını ihlal olarak adlandırdığımız bu suç için temel belirleyici olan hak sahibinin rızası olmalıdır. İşyeri, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata olsun ya da olmasın, hak sahibinin rızası kalktığı an suç oluşacaktır. Rızanın hangi halde var olduğu, hangi halde var sayıldığı, ne zaman kalktığı, hak sahibinin rızasının yahut rıza göstermemesinin hukuka uygun yahut meşru bir amaca yönelik olup olmadığı, olayın özelliğine göre yargıç tarafından belirlenebilecek konulardır. Açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata işyeri ayrımı yapılmasaydı bile, böyle bir işyerine yahut eklentisine giren kişinin bu suçu işlemiş sayılmayacağı açıktır. Kanunda böyle bir ayrıma gidildiğinde, bunu daha açık hale getirmek ve hatta daha ayrıntılara inmek gerekir ki bunlar gereksizdir. Örneğin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutata bir işyerinde, açık bir

rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olmayan, müdürlerin ofisleri gibi bölümler olabilir. İşyeri içindeki bu gibi yerlere ilişkin düzenleme yapmak gereği duymayan kanun koyucu, her nedense işyerleri arasında bu çeşit bir ayrımı göstermek gereği duymuştur.

116ncı maddenin 3üncü fıkrasında, “işyerleri ve eklentileri” ifadesi kullanılmaktadır. İşyeri teriminin, 4857 Sayılı İş Kanunu’na göre işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlarla oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütünü ifade ettiğini yukarıda açıklamıştık. Acaba kanun koyucunun eklentileri ayrıca göstermesinin, bağlı yerler ile araçları işyeri kavramından ayrı tutmak yönündeki niyetini ortaya koyması olarak değerlendirmek mümkün müdür? Bize göre eklentilerden ayrıca bahsedilmesi de yanlış anlamaya sebep olabilecek şekilde bir açıklamadan ibarettir. Yoksa bağlı yerler ve araçların işyerinden ayrı tutulmak istendiğini düşünmüyoruz. Bize göre 116ncı maddede kullanılan işyeri kavramı, İş Kanunu’nda tarif bulan işyeri kavramıyla örtüşmekte hatta ondan daha geniş bir anlam taşımaktadır. Şöyle ki, 5237 Sayılı Kanun’da kullanılan işyeri terimi, İş Kanunu kapsamında olmayan işyerlerini de, esas aldığı hukuki menfaat açısından korumayı amaçlamıştır.

765 Sayılı Kanun’da işyeri işgali suçunda bahsedilen işyerinin, sanayi ve ticaret faaliyeti yürütülen işyeri olduğunu belirtmiştik. 5237 Sayılı Kanun’da eğer 117nci madde içinde işyeri işgali suçu düzenlenmiş olsaydı, burada kullanılacak işyeri terimi, 117nci maddede korunan menfaatin sanayi ve ticaret faaliyetiyle sınırlı olmaması bakımından, daha geniş bir anlam taşıyacaktı. Fakat yine de örneğin devlet memurlarının çalıştığı işyerleri, yukarıda 5237 Sayılı Kanun’da iş ve çalışma hürriyeti kavramına ilişkin yaptığımız açıklamalar karşısında, işyeri kavramına dahil olamayacaktı. 5237 Sayılı Kanun’da işyeri dokunulmazlığının ihlali olarak adlandırdığımız suç, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan ayrı ve bağımsız biçimde düzenlendiğinden, buradaki işyeri kavramı 117nci maddenin kapsamıyla sınırlı değildir. O halde devlet memurlarının çalıştığı işyerleri de 116ncı maddenin 3üncü fıkrası ile korunuyor olmalıdır. Tabi olaylar değerlendirilirken, 113üncü maddede düzenlenen Kamu Kurumu veya Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek

Kuruluşlarının Faaliyetlerinin Engellenmesi gibi özel bazı suçları dikkate almak gerekecektir.

Burada işyeri dokunulmazlığının ihlali suçu ile korunan hukuki menfaatin, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda korunmak istenen hukuki menfaatten tamamen bağımsız düşünüldüğünü ve ayrı tutulduğunu açıklamak gerekir. 116ncı maddede korunan ne kişinin iş ve çalışma hürriyeti, ne de malvarlığına karşı suçlar arasında sayılmaması bakımından işyerinin kendisidir. Korunan işyerinin fiziki alanında ortaya çıkan kişiye ait huzur ve sükundur, kişi hürriyetidir. Bu sonuç, konut dokunulmazlığının 1982 Anayasası'nda; İkinci Kısım: Temel Haklar ve Ödevler, İkinci Bölüm: Kişinin Hakları ve Ödevleri, IV. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması başlıkları altında yer almasının da bir sonucudur. Anayasanın 21inci maddesindeki konut dokunulmazlığı, kişi hürriyetinin tezahürlerinden biridir¹⁰⁴. 5237 Sayılı Kanun'da işyeri dokunulmazlığının ihlali suçunun, konut dokunulmazlığının ihlali suçu ile birlikte düzenlenmesi, aynı anlayışla hareket edildiğini açıkça göstermektedir.

İşyeri dokunulmazlığının ihlali durumunun, işyerinin işgali durumuyla aynı şey olmadığını da belirtmek gerekir. İşyeri dokunulmazlığının ihlali durumu, işyerine rıza dışında girmek yahut rıza olmaksızın kalmak haliyle sınırlıdır. İşgalden ne anlaşılması gerektiğini ise yukarıda anlatmaya çalıştık. Bir işyerinin oraya girmeksizin de işgal edilmiş sayılabileceğini belirlemiştik. Örneğin kapıların tutulması halinde işgal söz konusu olabileceksen, işyeri dokunulmazlığının ihlal edildiğinden bahsedilemeyecektir. Ancak bu özellik, 4237 Sayılı Kanun'da bu çeşit işyeri işgali hallerinin cezalandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü 117nci maddenin 1inci fıkrası, hukuka aykırı her fiil ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşabileceğini öngörmektedir.

Bu arada işyeri dokunulmazlığının ihlali davranışıyla, diğer bir söyleyişle, işyerine hak sahibinin rızasına aykırı olarak girmek yahut rıza ile girdikten sonra buradan çıkmamak suretiyle, iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi de mümkündür.

¹⁰⁴ EREM-TOROSLU, s: 122

Bu durumda failin kastı ve olayın özellikleri belirleyici olacaktır. Olayın özelliğine göre, sadece 116ncı maddenin yahut sadece 117nci maddenin veya her ikisinin birlikte tatbiki gerekebilir. Örneğin bir sendika görevlisi, bir işyerinin üretim bölümüne gizlice girip işçileri sendikalı olmaya ikna etmek için sözlü propaganda yapamaya çalışırken, işyeri işgalinden söz edilemez fakat işyeri dokunulmazlığının ihlali suçu oluşur. Bu kişi işyerine girmek ve propaganda yapmakla kalmayıp işçilerin çalışmasına engel olursa, 117nci maddeyi ihlal etmiştir. İşçileri işyerinden çıkmamaya ikna etmişse hep birlikte işyerini işgal etmiş ve bu surette 117nci maddeye aykırı davranmış olacaklardır. Propaganda için girip, daha sonra işyerini işgal etmek kastıyla harekete girişmişse, 116 ve 117nci maddeleri birlikte tatbik edilebilir. İhtimaller böylece çeşitlendirilebilir.

İşyeri dokunulmazlığının ihlali, konut dokunulmazlığının ihlalinden farklı olarak şikâyetle bağlı tutulmamış ve hapis cezası yerine adli para cezasına da hükmedilebileceği öngörülmüştür.

7. Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi; Madde 118 - (1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Çalışmamızın başında, bir işe girmek için sendikaya üye olmak zorunluluğu getirilemeyeceğini, bu itibarla iş ve çalışma hürriyetini sınırlar biçimde uygulanamayacağını belirttiğimiz sendikal haklar, 5237 Sayılı Kanun'un 118inci maddesinde öngörülen müeyyide ile himaye altına alınmıştır. Esasen bu haklar, iş ve çalışma hürriyetinin tamamlayıcısı, bu hürriyeti koruyan temel unsurdur. Zaten sendikal hakların gelişimi, iş ve çalışma hürriyetinin kavramlarının gelişimini takip

eder. 1789 Fransız İhtilali'ne egemen olan eşitlik ve özgürlük kavramları, liberal ekonomi anlayışıyla, o dönemde giderek sanayileşen çalışma hayatına da egemen olmuş, zamanla bu yapının güçlü olan işveren yararına sonuçları olurken, işçilerin çalışma ve bağlı olarak yaşam koşullarına olumsuz etkisi ön plana çıkmıştır. İşçilerin aleyhe gelişen bu duruma karşı birlikte hareket etmeleri, işverenler ve onların etkisiyle devlet tarafından önce engellenmeye çalışılsa da, işçi kesimindeki fiili birliktelik engellenemeyerek, çatışma ortamının giderilmesi ve ekonomik ve sosyal düzenin temini yolunda sendikal haklar tanınmaya başlanmıştır¹⁰⁵. Günümüzde sendikal haklar olmaksızın, iş ve çalışma hürriyetinin var olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Nitekim güçlenen sermaye karşısında sendikaların ve sendikal hakların önündeki engellerin kaldırılması gerekliliği çeşitli platformlarda vurgulanmaktadır. Aksi yöndeki gelişmenin, çalışanların ekonomik ve sosyal koşullarındaki gerilemeye yol açacağı, bunun ise temel insan haklarıyla ve en başta iş ve çalışma hürriyetiyle bağdaşmayacak sonuçları olduğu tarihteki tecrübelerle sabittir. Bu itibarla 118inci madde, 117nci maddeyle doğrudan bağlıdır. Kanun koyucunun aynı anlayışla hareket ettiği bu iki maddenin birbiri ardına düzenlenmiş olmasından da çıkarılabilir.

Türkiye'deki sendikal haklardaki gelişme, sanayileşmenin gecikmesiyle ilişkili olarak oldukça yakın zamana tekabül etmektedir. Öyle ki 1924 Anayasası'nda bu konuya yer verilmemişken 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, örgütlenme ve toplu pazarlık faaliyetlerini yasaklar¹⁰⁶. 5237 Sayılı Kanun'da yer alan sendikal haklara ilişkin düzenlemenin 765 Sayılı Kanun'da bir karşılığı yoktur.

Anayasa'nın 51inci maddesinde Sendika Kurma Hakkı yer almıştır ve bu düzenlemeyle sendikal haklar Anayasal boyutta himaye edilmektedir. 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve 12.07.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu bu konudaki temel yasal kaynaklardır.

Sendikanın tanımı, 2821 Sayılı Kanun'un 2nci maddesinin 10uncu fıkrasında yapılmıştır. Buna göre;

¹⁰⁵ AKYİĞİT, s: 248

¹⁰⁶ AKYİĞİT, s: 249

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Tanımlar, Madde 2/10 - Sendika, işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlara denilir.

Kamu görevlileri sendikaları için yapılan tanıma ayrıca “mesleki hak ve menfaat” kavramı eklenmiştir.

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu

Tanımlar, Madde 3/f - Sendika: Kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları ... ifade eder.

Sendikaların unsurları çeşitli kaynaklarda sırasıyla, ortak amaç, serbestçe kurulabilme, bağımsızlık, özel hukuk tüzel kişiliği ve demokratik esaslara uygun işleyiş olarak sayılmaktadır. Buna göre ortak amaç, tanımda açıkça gösterilen şekilde, işçilerin ve işverenlerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmektir. Bu ortak amacı gerçekleştirmekte sendikaların en önemli aracı, toplu iş sözleşmeleridir¹⁰⁷. Toplu iş sözleşmesinin tanımı ise Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nda yapılmıştır.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

Toplu İş Sözleşmesinin Tanımı ve Muhtevası Madde 2 - Toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir.

Toplu iş sözleşmeleri, tarafların karşılıklı hak ve borçlarını, sözleşmenin uygulanmasını ve denetimini, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de ihtiva edebilir.

¹⁰⁷ DEMİRCİOĞLU, Murat; CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Genişletilmiş 6ncı Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999, s: 166

Buna göre, toplu iş sözleşmesinin işçi tarafında sadece işçi sendikası bulunabilmektedir.

Sendikaların serbestçe kurulabilme unsuru ise, sendika hürriyetinin bir biçimi olarak algılanabilir¹⁰⁸. 1982 Anayasası'nın 51/4üncü maddesinde sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği belirtilmiş, Sendikalar Kanunu'nun 6/1inci maddesinde ise, sendika ve konfederasyonların önceden izin almaksızın kurulabileceği hükmüne yer verilmiştir. 4üncü fıkra da sayılan bazı bilgi ve belgelerin yetkili mercie verilmesi, sendikanın tüzel kişilik kazanması için gerekli ve yeterlidir. Sendikalar Kanunu'nun 3/3 maddesine göre, bir iş kolunda birden fazla sendika kurulabilir. Sendika çokluğu ilkesi getirilirken aynı fıkra ile meslek veya işyeri esasına göre işçi sendikası kurulması da yasaklanmıştır.

Sendikaların bağımsızlık unsuru, işçi ve işveren sendikalarının birbirlerine karşı bağımsızlıklarını, devlete, siyasi partilerle dini kuruluşlara karşı bağımsızlıklarını ve dernekler vakıflar, odalar ve benzeri diğer kuruluşlara karşı bağımsızlıklarını ifade eder.

Tüzel kişiliğe sahip olduğu, Sendikalar Kanunu madde 2 ve 6, 33 gibi çeşitli maddelerde vurgulanan sendikaların ve üst kuruluşlarının tüzüklerinin, yönetim ve işleyişlerinin, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacağı, 1982 Anayasası'nın 51inci maddesinde açıkça belirtilmiştir. Sendikalar Kanunu'nun 10 ve 14üncü maddelerinde de demokratik esaslara uygun işleyişi temine yönelik hükümler yer almıştır.

Sendikanın tanımına ve unsurlarına genel olarak değindikten sonra sendika özgürlüğü kavramına geleyim. Sendika özgürlüğü, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü olmak üzere iki ana başlık altında incelenmektedir. Bireysel sendika özgürlüğü de olumlu ve olumsuz sendika özgürlüğü şeklinde ikiye ayrılır.

¹⁰⁸ AKYİĞİT, s: 261

118inci madde, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünü temin için getirilmiş yepyeni bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin 1inci fıkrasının bireysel, 2nci fıkrasının ise kolektif sendika özgürlüğüne yönelik olduğu söylenebilir. Çünkü 1inci fıkra da gösterilen, bir kimseyi sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacı, bireysel sendika özgürlüğü ile ilgilidir. Bireysel sendika özgürlüğünün olumlu olarak adlandırılan tarafı, bireylerin özgürce sendika kurmaları, kurulmuş sendikalara üye olmaları demektir¹⁰⁹. Bireyin sendikal faaliyette bulunma özgürlüğü, örneğin sendika temsilcisi yahut sendika yöneticisi olması, olumlu sendika özgürlüğünün bir parçasıdır¹¹⁰. Kişiler sendikaya üye olmamak, üye oldukları sendikadan dilediklerinde ayrılmak, sendikanın faaliyetlerine (örneğin greve) katılmamak hakkına da sahiptirler. Bu da olumsuz sendika özgürlüğünü ifade eder.

Bir kimsenin sendikaya üye olup olmaması, sendika faaliyetlerine katılıp katılmaması, sendika yönetiminde görev alıp almaması yönünde getirilen koruma, bireysel sendika özgürlüğünün 5237 Sayılı Kanun'daki yansımasıdır. Ancak burada dikkati çeken, bireysel sendika özgürlüğünün bir parçası olan sendika kurma özgürlüğünün 118inci madde kapsamına alınmamış olmasıdır. Bize göre böyle bir düzenlemede, bu çeşit bir zorlama olasılığı az da olsa, kişilerin sendika kurmak ya da kurmamaya zorlanması haline de yer verilebilirdi.

118inci maddenin 2nci fıkrasında ise bireyin değil, sendikanın faaliyetleri korunmaktadır. Kolektif sendika özgürlüğü de korunan bu menfaat ile örtüşmektedir. Sendikanın bireylerden bağımsız tüzel kişi niteliğiyle kendi varlığını koruma ve kendine özgü faaliyette bulunma özgürlüğü, kolektif sendika özgürlüğüdür¹¹¹. Sendikanın özgürce yürüteceği faaliyetlerine örnek olarak, aidat toplaması, üye kaydetmesi, toplu iş sözleşmesi, grev veya lokavt yapması, konfederasyon kurması, konfederasyona üye olması, üyelikten ayrılması sayılabilir.

¹⁰⁹ DEMİRCİOĞLU-CENTEL, s: 172

¹¹⁰ AKYİĞİT, s: 255

¹¹¹ AKYİĞİT, s: 255

118inci maddede belirtilen suçun faili her hangi bir şahıs olabilir. Ancak kolektif sendika özgürlüğünün, sendikanın varlığını devlete karşı korumak¹¹² unsuru, bu madde için geçerli değildir. Çünkü sendikaların varlığı devlete karşı Anayasal güvence altındadır. Ancak bu, failin devlet memuru olamayacağı anlamına gelmez.

Mağdur linci fıkrada, sendika üyesi olabilecek işçi veya işverenlerdir. Bu kişileri Sendikalar Kanunu göstermiştir.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Sendika Üyeliği Şartları, Madde 20 - Onaltı yaşını doldurmuş olup da bu Kanuna göre işçi sayılanlar, işçi sendikalarına üye olabilirler. Onaltı yaşını doldurmamış olanların üyeliği kanuni temsilcilerinin yazılı iznine bağlıdır.

Bu Kanun anlamında işveren sayılanlar işveren sendikalarına üye olabilirler.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Sendika Üyesi Olamayacaklar, Madde 21 - İşçi veya işveren sendikalarına;

1. Askeri şahıslar (Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına bağlı işyerlerinde bu Kanun anlamında işçi olarak çalışanlar hariç),

2. (Mülga bent: 04/04/1995 - 4101/15 md.)

3. (Mülga bent: 25/05/1988 - 3449/17. md.)

4. (Mülga bent: 25/05/1988 - 3449/17. md.)

5. (Mülga bent: 04/04/1995 - 4101/15 md.)

Üye olamazlar ve sendika kuramazlar.

Sendikalar Kanunu'na göre işçi, 2nci maddede gösterildiği üzere, hizmet akdine dayanarak çalışanlardır. O halde Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Borçlar Kanunu'na göre çalışanlar da suçun mağduru olabilirler. Hatta 2821 Sayılı Kanun, diğer bazı sözleşmelerle çalışanları da işçi saydığından, 2nci maddede sayılan diğer kimseler ve bu arada aynı maddede gösterilen işveren ve işveren sayılan gerçek veya tüzel kişiler, suçun mağduru olabileceklerdir.

¹¹² DEMİRCİOĞLU-CENTEL, s: 174

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Tanımlar, Madde 2 - İşçi: Hizmet akdine dayanarak çalışanlara denilir.

Bu Kanun bakımından araç sahibi hariç nakliye mukavelesine göre esas itibariyle bedeni hizmet arzı suretiyle çalışmayı veya neşir mukavelesine göre eserini naşire terketmeyi meslek edinmiş bulunanlar ve adi şirket mukavalesine göre ortaklık payı olarak esas itibariyle fiziki veya fikri emek arzı suretiyle - bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla - bir işyerinde çalışanlar da işçi sayılırlar.

Hizmet akdine dayanarak çalışan bir kimsenin T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi olması işçi sayılmasına engel teşkil etmez.

İşveren: İşçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzelkişiyeye ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşlarına denilir.

Bir adi şirkette fiziki veya fikri emek arzı suretiyle ortak olanların dışındaki ortaklar da bu Kanun bakımından işveren sayılırlar.

(Değişik fıkra: 04/04/1995 - 4101/1 md.) İşveren vekili: İşveren sayılan gerçek ve tüzelkişiler ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşları adına işletmenin bütününe sevk ve idareye yetkili olanlara denilir.

İşveren vekilleri bu Kanun bakımından işveren sayılırlar.

İşyeri: İşin yapıldığı yere denilir.

İşin niteliği ve yürütümü bakımından işyerine bağlı bulunan yerlerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya mesleki eğitim yerleri ve avlu gibi sair eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılır.

Sendika: İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlara denilir.

Konfederasyon: Değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelmesi suretiyle meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip üst kuruluşlara denilir.

118inci maddenin 2nci fıkrasında ise mağdur, işçi veya işveren sendikasıdır. Sendika sayılmayan bir gerçek veya tüzel kişiliğin yahut kamu kurumunun mağdur olması fıkranın açıklığı karşısında ileri sürülemez.

118inci maddede kamu kesimine ilişkin bir ayırım yapılmadığından, 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu kapsamına giren kimseler ve sendikalar

da maddenin himayesi altındadır. Bu Kanun'da da 3üncü madde dikkate alınarak mağdur olabilecekler tespit edilebilir.

Bu açıklamalardan sonra 118inci madde ile cezalandırılan hareketin 1inci fıkrada, cebir veya tehdit ile zorlamak fiili olduğunu belirtelim. 2nci fıkrada ise suçun hukuka aykırı başka bir davranışla da işlenmesi mümkündür. 1inci fıkrada cebir veya tehditle zorlama fiili cezalandırılmakta, 2nci fıkrada sendikanın faaliyetinin engellenmesi neticesi aranmaktadır. Bu, iki suç arasındaki önemli bir farktır. Bize göre sırasıyla birincisi tehlike suçu, diğeri ise zarar suçudur.

Yukarıda 5237 Sayılı Kanun açısından cebir ve tehdit için yaptığımız açıklamalar, 118inci madde için de geçerlidir. Bu itibarla cebir kavramını da, tehdit kavramını da, 5237 Sayılı Kanun'da bu başlıkları taşıyan maddelerde yapılan tanımlarıyla sınırlı anlamamak gerekecektir. O halde cebir veya tehdit doktrinde bu güne kadar yerleşmiş anlamlarıyla kullanılmış sayılacak, tehdit ayrıca gösterildiğinden cebir, şiddet olarak anlaşılabilecek ve şiddet ve tehdit unsurunun varlığı açısından bunların neticeye elverişli ve hukuka aykırı olmaları gerekli ve yeterli olacaktır.

Cebir ve tehdit için yaptığımız bu açıklamadan sonra sendika özgürlüğünün, 5237 Sayılı Kanun'a kadar ne şekilde korunduğunu ve bu yeni düzenlemenin getireceği bazı sonuçları değerlendirelim.

Kolektif sendika özgürlüğünün devlete karşı Anayasa'da düzenlenmekle korunduğunu ve 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ve 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun bu özgürlüğün hayata geçirilmesi için düzenlendiklerini belirttik. İşçi ve işverenlerin bireysel sendika özgürlükleri genel olarak, Anayasa'dan ayrı, Sendikalar Kanunu'nun 22nci maddesi ile korunmaktadır.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Üyeliğin Kazanılması, Madde 22 - (Değişik fıkra: 25/05/1988 - 3449/6. md.)
Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz. İşçi veya işverenler aynı zamanda ve aynı işkolunda birden çok sendikaya üye olamazlar. Birden çok sendikaya üye olunması halinde, sonraki üyelikler geçersizdir.

Bir işyerindeki işçiler yardımcı işte çalışsalar bile ancak işyerinin bağlı olduğu işkolunda kurulu sendikaya üye olabilirler.

İşçi sendikasına üyelik, işçinin beş nüsha olarak doldurup imzaladığı ve notere tasdik ettirdiği üye kayıt fişini sendikaya vermesi ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır. Haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen işçinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açmak hakkı vardır. Mahkemenin kararı kesindir.

(Değişik fıkra: 25/05/1988 - 3449/6. md.) Üyeliği kesinleşen işçinin üye kayıt fişinin birer nüshasının sendikaca onbeş gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ve işçinin çalıştığı işyerinin bağlı bulunduğu Bölge Müdürlüğüne gönderilmesi zorunludur. Üye kayıt fişinin bir nüshası da işçinin kendisine verilir.

İşveren sendikası üyeliği, üç nüsha üye kayıt fişinin doldurulup imzalanması ve sendikaya verilmesi ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile kazanılır. Üyelik başvurusu sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmeyen işverenin üyelik istemi kabul edilmiş sayılır. Haklı bir sebep gösterilmeksizin üyeliği kabul edilmeyen işverenin üçüncü fıkradaki usule göre dava açmak hakkı vardır. Üye kayıt fişinin birer nüshası, sendikaca onbeş gün içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ve işverenin işyerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge müdürlüğüne gönderilmesi zorunludur.

Tarihte daha tanımlanmadan işverenleri karşısında bulan “işçilerin bireysel sendika özgürlüğü” ilkesi, Sendikalar Kanunu’nun 31inci maddesi ile ayrıca korunmaktadır.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Sendikaya Üye Olup Olmama Hürriyetinin Teminatı, Madde 31 - İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz.

Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz.

İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde

ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(Değişik fıkra: 25/05/1988 - 3449/8. md.) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleyle tabi tutulamazlar.

(Değişik fıkra: 09/08/2002 - 4773 S.K./10. md.) İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanır. Ancak, İş Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.

(Ek fıkra: 09/08/2002 - 4773 S.K./10. md.) 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tâbi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile İş Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun 13/A, 13/B, 13/C, 13/D ve 13/E maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır.

(Ek fıkra: 09/08/2002 - 4773 S.K./10. md.) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır.

İşverenin, maddenin 1inci fıkrasına aykırı davranışı Sendikalar Kanunu'nda adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

2821 Sayılı Sendikalar Kanunu

Ceza Hükümleri, Madde 59/3 - (Değişik bent: 04/04/1995 - 4101/12 md.) 31 inci maddenin birinci fıkrasına aykırı hareket eden işverene,... sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının yarısından az olmamak üzere adli para cezasına hükmedilir.

Öyleyse işveren, işçilerin işe alınmalarını, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutarsa, sanayi kesiminde çalışan 16 yaşından büyük işçiler için belirlenen asgari ücretin aylık brüt tutarının yarısından az olmamak üzere adli para cezasına çarptırılacaktır. Bu hüküm açıktır.

Bununla birlikte, 31inci maddeye göre işveren;

(1) Bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından herhangi bir ayırım yaptığında,

(2) işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı herhangi bir nedenle işçileri farklı muameleye tabi tuttuğunda, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminat ödeyecektir.

(3) Eğer yukarıda sayılan sebeplerle ayırım yapmak yahut farklı muameleye tabi tutmak yerine, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdini feshederse, İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci madde hükümleri uygulanacak ve İş Kanunu'nun 21 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca ödenecek tazminat işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacaktır. Bu tazminat geçersiz sebeple yapılan fesih sonucunda işçiyi başvurusu üzerine bir ay içinde işe başlatmayan işverenin ödemek zorunda olduğu tazminat olup, esasen işçinin en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarındadır.

Buna göre işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdini feshedilmesi, İş Kanunu Madde 18de bahsedilen geçerli sebep değildir. İşçi fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava

açabilir. Gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece tespit edildiğinde feshin geçersizliğine karar verilip, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek işçinin bir yıllık ücreti tutarından az olamayacak tazminat miktarını da belirlenecektir. İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunacak, eğer süreyi geçirirse işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılıp, işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacaktır. İşveren işçiyi başvurusundan sonra bir ay içinde işe başlatmazsa, kararda öngörülen tazminatı ödemekle yükümlü olur. İşe başlatılan işçiye kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir. Ancak peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarına ilişkin ödemedir mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu süreler için ücret tutarı ayrıca ödenir.

5237 Sayılı Kanun'un 118inci maddesi yürürlüğe girene kadar işçinin bireysel sendika özgürlüğünün işverene karşı korunması bundan ibarettir. Yukarıda belirttiğimiz gibi 118inci maddenin faili herhangi bir kişi olabilirken, tabii ki işveren de olabilecektir. O halde artık işverenin, işçiyi bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanması halinde, işveren de altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Burada cebir ve tehdit kavramlarının geniş anlamlarıyla kullanıldığını kabul ettiğimizden, özellik arz eden tehdit durumu için bir açıklama yapmak yerinde olacaktır.

İşverenin; işçiye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla,

(1) bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki

ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından ayırım yapacağından,

(2) işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutacağından,

(3) Yukarıda sayılan sebeplerle ayırım yapmak yahut farklı muameleye tabi tutmak yerine, işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdini feshedeceğinden,

bahisle işçiyi tehdit etmesi halinde, 118inci maddenin unsuru olan tehdit söz konusu olacaktır.

Eğer işveren cebir yahut tehdit kullanmaz, yani örneğin yukarıdaki gibi tehdit etmez de belirtilen şekillerde ayırım yapar, farklı muameleye tabi tutar ya da sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı işçinin hizmet akdine son verirse, cebir veya tehdit unsurlarının varlığından bahsedilemeyeceğinden, 118/1 fıkrası ile korunmak istenen hukuki menfaat zedelenmiş olsa bile bu fıkra tatbik edilemeyecektir. Bu sonuç adil değildir.

Ancak işverenin bu muamelesini hukuka aykırı davranış olarak tespit etmek ve 118/2 fıkrasında korunmak istenen kolektif sendika özgürlüğünü ihlal ettiğini varsaymak pekâlâ mümkündür. Çünkü üye bulmak, kaydetmek üyelerin ekonomik ve sosyal haklarını müdafaa etmek sendikaların faaliyetleri arasındadır. Bu durumda işveren bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.

Bir diğer bakışla, işverenin yukarıda saydığımız fiillerini, yani işçiye karşı sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı ayırım yapmak, farklı muamelede bulunmak yahut iş akdini feshetmek tehdidinde bulunmasını, 118inci maddede belirtilen tehdit mefhumundan sayamasak da böyle bir tehdidi hukuka aykırı davranış kabul etmek mümkündür. İşverenin aynı sebeplerle işçinin iş sözleşmesini feshetmesi de hukuka aykırı bir davranıştır. Nitekim Sendikalar Kanunu'na göre bu davranışlar haksız fiil niteliğiyle hukuka aykırı olmakla, işvereni tazminat ödemek

yükümlülüğünde bırakmaktadır. O halde bu durumlarda işveren 118inci madde ile cezalandırılmasa da, 117nci maddenin linci fıkrasındaki müeyyidenin uygulanması mümkün görünmektedir. Çünkü iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sayılacak fiillerin hukuka aykırı davranışla da işlenmesi mümkündür ve kişilerin sendikal haklarının bu şekilde ihlali onların iş ve çalışma hürriyetlerinin de ihlali sonucunu doğurur. Bu durumda işverene mağdurun yani işçinin şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilebilecektir. Uygulamanın ne şekilde gelişeceğini zaman içinde göreceğiz.

8. Ayrımcılık

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Ayrımcılık, Madde 122 - (1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

- a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan,*
 - b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,*
 - c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,*
- Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.*

Ayrımcılığa ilişkin 122nci madde görünüş itibariyle, bazı fiiller bakımından iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun özel bir biçimi gibidir. Buna göre eğer bu çeşit bir düzenleme olmasaydı, 122nci maddede öngörülen bazı fiillerin 117nci madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktı. Gerçekten de ayrımcılık yapmak suretiyle sınırlandırılması cezalandırılan bazı hakların iş ve çalışma hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Maddede sayılan, (1) bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasının yahut devrinin engellenmesi, (2) bir hizmetin icrasının ya da ondan yararlanılmasının engellenmesi, (3) bir kişinin işe alınmaması, (4) kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesi fiilleri, bu fiillerin mağduru açısından iş ve çalışma hürriyetinin sınırlandırılması niteliğinde olabilecektir.

117nci maddenin 765 Sayılı Kanun'dan farklı olarak özellikle sanayi veya ticaret faaliyetini değil, genel olarak iş ve çalışma hürriyetini himaye edecek şekilde genişletilmesi, 122nci maddede yer alan bu fiillerin, 117nci madde kapsamında değerlendirilmesi imkânını vermektedir. Esasen, 117nci madde sadece sanayi ve ticaret faaliyetini koruyacak şekilde düzenlenmiş olsaydı dahi, sayılan bu fiillerin iş ve çalışma hürriyetini ihlal eder nitelikte sayılması mümkün olabilirdi. Çünkü birçok durumda bir malın devri, hizmetin icrası, kişinin işe alınması yahut ekonomik etkinlikte bulunması sanayi veya ticaret faaliyetidir.

Aslında 122nci madde, gerekçenin son cümlesinde gösterildiği üzere, millet bireyleri arasında bölücülük yapılmasını önlemek amacını gütmektedir. Bu özellik, maddeyi iş ve çalışma hürriyetini korumayı amaçlayan 117nci maddeden ayırmaya yarayan temel unsurdur. 122nci maddede sayılan ve genellikle iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sayılabilecek fiillerin kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak işlenmesi halinde 122nci maddenin tatbiki gerekecektir. Sayılan nedenlere dayanarak ayırım yapmak unsuru, 122nci maddede gösterilen suçla, 117nci maddedeki suç arasında özel-genel suç ilişkisi kurulabilmesine neden olmaktadır. 122nci madde düzenlenmeseydi bu maddede sayılan fiiller, hukuka aykırı davranışla işlenmesi mümkün olan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu oluşturacaktı. Çünkü ayrımcılık, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bakımından, neticeye elverişli ve hukuka aykırı bir davranıştır.

122nci maddede sayılan sebeplerle ayırım yapılması, 1982 Anayasası'nda da yasaklanmıştır.

1982 Anayasası

Kanun Önünde Eşitlik, Madde 10 - Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./1. md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.

Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Ancak burada öngörülen eşitliğin kanun önünde eşitlik olduğu, devlet organları ve idare makamlarını bağladığı metinden anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, kişilere devletle olan ilişkilerinde ve kanun önünde tanıdığı eşitlik ilkesini, birbirleriyle kurdukları ilişkiler bakımından da temin etmek iradesini, 5237 Sayılı Kanun'un 122nci maddesiyle ortaya koyduğunu söylemek mümkündür. Aynı iradenin iş ilişkileri bakımından tezahürünü, İş Kanunu'nda da görebiliriz.

4857 Sayılı İş Kanunu

Eşit Davranma İlkesi, Madde 5 - İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.

İş Kanunu'nun İdari Ceza Hükümleri'nin düzenlendiği Sekizinci Bölüm'ünde, 5inci maddeye aykırılık cezalandırılmaktadır.

4857 Sayılı İş Kanunu

Genel Hükümlere Aykırılık, Madde 99 - Bu Kanunun;

a) 5 inci ve 7 nci maddelerde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranan,

b) 8 inci maddenin son fıkrasındaki belgeyi işçiye vermeyen, 14 üncü madde hükümlerine aykırı davranan,

c) 28 inci maddesine aykırı olarak çalışma belgesi düzenleme yükümlülüğüne aykırı davranan veya bu belgeye gerçeğe aykırı bilgi yazan,

İşveren veya işveren vekiline bu durumdaki her işçi için elli milyon lira para cezası verilir.

31.03.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu’nun 2nci maddesinde, kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı belirtilmiştir. 3üncü maddesinde ise “Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.” denilmektedir.

O halde işveren veya vekilinin, İş Kanunu’nun 5inci maddesinde öngörülen ilke ve yükümlülüklerle aykırı davranışı idari para cezası ile cezalandırıldığından, kabahattir. Bu durumda işçi işveren ilişkilerinde kişilere karşı ayrımcılık fiillerinin bazıları, Türk Ceza Kanunu’nda yer almakla suç, bazıları ise idari para cezası öngörülmeyle kabahat olarak belirlenmiştir. Dikkatli bir ayırım yapmak ve neticesi bakımından değerlendirmek gereklidir.

4857 Sayılı İş Kanunu’nun 5inci maddesinde sayılan ve 99uncu maddeyle idari para cezası ile cezalandırılacak olan ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu’nun 2nci maddesi gereğince kabahat sayılan fiiller şunlardır:

- (1) İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapmak,
- (2) İşverenin, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli - kısmi süreli, belirsiz süreli - belirli süreli çalışan işçilere farklı işlem yapması,
- (3) İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında

ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapması,

(4) Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılması,

(5) İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması sebebiyle daha düşük bir ücretin uygulanması,

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122nci maddesinde "suç" olarak cezalandırılan işçi işveren ilişkilerine dair olabilecek fiiller şunlardır:

Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

(1) Kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlamak,

(2) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemek.

122nci madde fail yahut mağdur bakımından özellik arz etmediğinden yani her hangi bir kişinin suçun faili ya da mağduru olması mümkün olduğundan, bu iki fiilin failinin işveren, mağdurun işçi olması da pekâlâ mümkündür. Bu arada belirtmek gerekir ki, "olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmak" sözüyle neyin kastedildiği açık olmasa da, bir işyerinde çalışan işçinin, işyeri kurallarına uygun olarak işini yapmasının, işçi açısından olağan ekonomik etkinlik sayılacağı kabul edilebilir. O halde işverenin, kişinin işe alınmasını dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere bağlaması veya bu sebeplerle ayırım yaparak işçinin olağan ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemesi 122nci madde ile cezalandırılacaktır. Bu fiiller 5237 Sayılı Kanun'a göre "suç"tur.

Fakat aynı fiillerin yani işverenin, kişinin işe alınmasını dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere bağlaması veya bu sebeplerle ayırım yaparak işçinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engellemesi fiillerinin, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 5inci maddesinde belirtilen "iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri

sebeplere dayalı ayırım yapmak” olduğunu da söyleyebiliriz. Bu durumda fiiller kabahat niteliğine bürünmektedir.

Benzer şekilde 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 5inci maddesinde sayılan bazı fiillerin de 5237 Sayılı Kanun’un 122nci maddesindeki fiillerle örtüştüğünü dolayısıyla kabahat yerine suç sayılabileceğini söylemek de mümkündür. Bu bakımdan düzenlemeler akıl karıştırmaktadır. Bu bakımdan yargıcın karşısına gelen olayın özelliklerini dikkate alarak fiilin hangi nitelikte olduğunu saptaması oldukça güç olacaktır. Aynı fiilin kabahat yahut suç olabileceğini tespit ettikten sonra, böyle bir durumda uygulanması gereken hükmün hangisi olacağını belirlememiz gerekmektedir. Anahtar hüküm Kabahatler Kanunu’nda yer almaktadır.

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu

İçtima, Madde 15 - (1) Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir.

(2) Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır.

(3) Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

Görüldüğü gibi 3üncü fıkrada, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması durumunda sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağı açıkça gösterilmiştir. Örtüşen durumlarda 5237 Sayılı Kanun tatbik edilecektir. Ancak bu hükme rağmen İş Kanunu’ndaki düzenlemenin daha ayrıntılı olması itibarıyla belirleyici olduğunu söylemek yanlış olmaz. Fiil, İş Kanunu’nun 5inci maddesinde tarif edilene tam olarak uymadığında kabahatten bahsedilemeyecek, 5237 Sayılı Kanun, 5326 Sayılı Kanun’un 15inci maddesine dayanmaya dahi gerek olmaksızın uygulanabilecektir. Bu durumda öyle bazı olaylar olacaktır ki, birbirlerine çok yakın

ve benzer fiiller arasında, faile uygulanan yaptırımlar açısından önemli farklar doğabilecektir.

İşçi ve işveren arasındaki ilişkileri 5237 Sayılı Kanun'un 122nci maddesi kapsamı dışında değerlendirmeye yönelik fikir ileri sürüldüğünde de yaptırımlara ilişkin bu dengesizlik dikkat çekici olur. Diğer bir deyişle, işveren işçinin çalışma koşullarında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere ayırım yaptığında fiil kabahat sayılıp idari para cezasıyla cezalandırılırken, fail veya mağdur işveren yahut işçi olmadığında benzer ayrımcılığın suç kabul edilerek altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilmesi adil görünmemektedir.

Burada bir de yürürlük bakımından hangi kanunun uygulanacağı sorunu vardır. 5237 Sayılı Kanun, 4857 Sayılı Kanun'a göre daha sonra yürürlüğe girmiştir. Aslında Ceza Kanunu'nda daha genel ifadelerle de olsa suç olarak düzenlenen 122nci maddenin, daha önceki tarihli İş Kanunu'nun 99uncu maddesinin önüne geçmesi gerekir. Bu durum da uygulamada sorun yaratabilir.

D. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar

1. Kamu Görevinin Terki veya Yapılmaması

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Kamu Görevinin Terki veya Yapılmaması, Madde 260 - (1) Hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmayan veya yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Kamu görevlisi sayısının üçten fazla olmaması halinde cezaya hükmolunmaz.

(2) Kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, ceza da verilmeyebilir.

Bir hizmetin kamu adına yürütülmesi, onu iş ve çalışma hürriyeti kapsamının dışına çıkarmaktadır. Gerekçeye göre bu hizmetlerin düzenli ve aksamaksızın yürütülmesi gerekir. Bu itibarla 765 Sayılı Kanun'da memurlar ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlileri için getirilen yasağa, 5237 Sayılı Kanun'da da yer verilmiştir. Kamu görevlisi sözünden neyin kastedildiği, 5237 Sayılı Kanun'un 6ncı maddesinde açıklanmıştır. Buna göre "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, kastedilmektedir. Bu kimselerin, hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde yani üçten fazla olmak suretiyle görevlerini terk etmeleri, görevlerine gelmemeleri, görevlerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmamaları veya yavaşlatmaları, her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesini gerektirir.

Hizmetin niteliği, faaliyeti iş ve çalışma kavramından ayırmaktadır. Fakat kamu görevlileri, bu hizmeti kamu adına yürütürken, aslında iş ve çalışma hürriyetlerini de kullanmaktadırlar. Çünkü bu hizmet onlar için bir meslek, gelir elde etme yöntemidir. Nitekim kanun koyucu, bunu dikkate aldığından olmalıdır, kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebileceği yönünde yargıca takdir yetkisi tanımıştır.

Söz konusu maddede sayılan fiillerin, aynı zamanda 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125inci maddesinde belirtilen hallerden sayılarak disiplin cezası uygulanması, 5237 Sayılı Kanun'un tatbikine engel değildir. Zira 657 Sayılı Kanun'un 125/son fıkrasında, "yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez" ifadesi yer almaktadır.

260ıncı maddede sayılan fiillerin, kamu görevlileri değil de işçiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde, işverenin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sayılabileceği, bu durumda, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda yer alan

kanun dışı grevin sonuçları ve müeyyidesine ilişkin hükümlerin 5237 Sayılı Kanun'dan sonra ne şekilde tatbik edileceği konusuna aşağıda değineceğiz¹¹³.

2. Görevi Yaptırmamak İçin Direnme

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Görevini Yaptırmamak İçin Direnme, Madde 265 - (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

(4) Suçun, silahla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, kamu görevlisi için gelir elde etmeye yönelik bir faaliyet olsa da, hizmetin kamu adına yürütülmesi onun özel olarak korunması gereğini doğurmuştur. Bu anlayışla, kamu görevini yapmasını engellemek amacıyla, kamu görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanan kişi 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Kamu hizmetinin kesintisiz devamını sağlamaya yönelik bu özel düzenleme olmasaydı, böyle bir davranışın, kamu görevlisinin iş ve çalışma hürriyetine yönelik bir saldırı olarak değerlendirilmesi mümkündü. O zaman fail şikâyet üzerine 6 aydan 2 yıla kadar ceza alacaktı. Suçun şikâyete bağlanmaması ve cezanın üst sınırının 3 yıl olması, kamu hizmeti faaliyetinin devamına verilen değerin, iş ve çalışma hürriyetine verilen değerden fazla olduğuna işaret etse de uygulamada cezaların genellikle alt sınırıyla tatbik ediliyor olması, bu iki farklı hukuki menfaatin ihlali halinde aynı yahut yakın cezaların söz konusu olacağını,

¹¹³ Bakınız Aşağıda s: 151

böylece daha fazla değer verilen menfaat açısından istenen sonucun alınamayabileceğini düşündürmektedir.

Gerekçede kullanılan, “bu suçun oluşması için kullanılan cebirin, kasten yaralama suçunun temel şekli veya daha az cezayı gerektiren hali kapsamında değerlendirilebilecek boyutta olması gerekir” ifadesinden, kanun koyucunun, çeşitli suçların unsuru olarak kanunda yer alan cebir kavramına bizim kabul ettiğimizin aksine, 108inci madde kapsamında anlam vermeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak bunu sakıncalı gördüğümüzü ve gerekçenin bağlayıcı olmadığını tekrar hatırlatalım.

Maddenin 2nci fıkrasında suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi halinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Böylece yargı faaliyeti himaye altına alınmak istenmiştir. 5237 Sayılı Kanun’un 6ncı maddesinde “yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatların” anlaşılabileceği belirtilmektedir. Yukarıda yaptığımız açıklamalarda, 117nci maddede kullanılan iş ve çalışma hürriyeti kavramının, istisnası hariç devlet memurlarını kapsamadığını belirtmiştik. Bu itibarla yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcılarının çalışmasının 117nci madde himayesi dışında olması ve böyle özel bir hükümle ve bu hüküm içinde hizmetin niteliği bakımından daha ağır ceza öngörülmek suretiyle korunmasının düşünülmesi yerindedir. Fakat avukatların durumu özellik arz etmektedir.

Gerçekten de avukatlar, yargılamada savunma görevini yerine getirmekle bir kamu hizmeti ve yargı görevi görmektedirler. Fakat avukatlar, bir devlet kuruluşunda memur olarak çalıştıkları durumlar dışında, bağımsız çalışmaktadırlar. Bu durum 1136 Sayılı Avukatlık Kanun’un ilk maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu

Avukatlığın Mahiyeti, Madde 1 - Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

(Değişik fıkra: 02/05/2001-4667/1. md.) Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

Bu durumda avukatlık faaliyeti, bir taraftan kamu hizmeti ve yargı görevi olması itibariyle 265inci madde vasıtasıyla korunurken, diğer taraftan serbest meslek olması yönünden 117nci maddenin himayesi altındadır. O halde hangi fiillerin avukatın yargı görevini yaptırmamak için direnme, hangilerinin avukatın iş ve çalışma hürriyetini ihlali sayacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

265inci maddede, gösterilen amaçla cebir veya tehdit kullanmak fiili cezalandırılmakta olup, amaca ulaşılması şart koşulmuş değildir. Diğer bir değişle yargı görevi yapan kişiye yani avukata karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla cebir veya tehdit uygulandığında suç oluşur. Görevi yapmasının engellenmiş olması gerekmez.

117/1inci maddede ise, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kimse cezalandırılmakta yani bu netice aranmaktadır. Fakat burada suçun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla da işlenmesi mümkündür.

Eğer avukatın işiyle ilgili her faaliyetini yargı görevinin bir parçası sayarsak ki bu kabul 5237 Sayılı Kanun'un 6ncı maddesinde yer alan tanım yüzünden 265inci maddenin 117nci maddeye nazaran özel bir düzenleme haline geldiği savından doğar, avukatın ister özellikle bir veya birkaç iş üstünde, isterse genel olarak çalışmasına engel olmak üzere avukata karşı cebir veya tehdit uygulandığında, faile 265inci maddedeki cezanın verilmesi gerekir. Bu durumda avukata görevini yaptırmamaya yönelik cebir veya tehdit dışındaki hukuka aykırı davranışların cezalandırılması mümkün olamayacaktır. Çünkü avukatlık faaliyetinin bütününi himaye ettiğini kabul ettiğimiz 265inci madde buna müsaade etmez.

O halde ayırım yapmak gerektiği düşünülebilir. Görevini yaptırmamak amacı gerçekleşmiş yahut gerçekleşmemiş olabilir. Bu amaç gerçekleşmemişse, avukata görevini yaptırmamak suçu, cebir veya tehdit söz konusuysa söz konusu olacaktır. Avukata görevini yaptırmamak amacı gerçekleşmişse, 265inci maddeye göre cezalandırılacak olan yine cebir veya tehdit fiilidir.

Cebir veya tehdit yerine hukuka aykırı başka bir davranış gerçekleştirilmiş ve avukata görevini yaptırmamak amacı gerçekleşmemiş, yani avukatın görevini yapmasına engel olunamamışsa fiil 265inci madde ile cezalandırılmayacaktır. Örneğin avukatın görevini yapması hile yoluyla engellenmeye çalışılmışsa ve buna rağmen avukat görevini yerine getirebilmişse, fail, amacı avukata görevini yaptırmamak olsa dahi bu madde ile cezalandırılmayacaktır. Fakat 265 ile 117nci madde arasında kurduğumuz ilişki sebebiyle, 265inci maddeden kaçabilen fail, 117nci maddeye yakalanacaktır. Bu noktada 117/1deki suça teşebbüsten bahsetmek mümkündür.

Cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla, örneğin yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, hile yoluyla avukatın görevini yapmasına engel olunabilmişse, 265inci madde amacın gerçekleşmesine değer vermediğinden fail yine 265inci maddeyle cezalandırılmayacaktır. İşte bu durumda yine 117nci maddenin devreye gireceği düşünülebilir. Fail hile yoluyla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali nedeniyle cezalandırılabilir.

Bir diğer düşünceye göre ise, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastına yönelik olarak avukatın genel çalışması engellendiğinde, hukuka aykırı hangi fiil kullanılırsa kullanılsın netice gerçekleştiğinde fail 117nci madde ile cezalandırılacak, eğer cebir veya tehdit fiili, özel olarak bir veya birkaç işin görülmesini engellemek amacına yöneltilmişse netice oluşsun yahut oluşmasın 265inci madde tatbik edilecektir. Bu ayrıma göre fail özel bir veya birkaç işin görülmesini cebir veya tehdit kullanmaksızın engellemek yolunu seçer, örneğin hile yaparak avukatı engellemeye çalışırsa, 265inci madde uygulanamayacak, cebir veya tehditten başka hukuka aykırı bir davranış yoluyla iş ve çalışma hürriyetini ihlale teşebbüs söz konusu olacak ve 265inci madde yerine 117nci madde teşebbüs hükümleriyle birlikte uygulanabilecektir.

Bu açıklamalar ışığında, avukatın çalışmasına yönelik bir fiil söz konusu olduğunda önce bu fiilin cebir veya tehdit olup olmadığına bakılacaktır. Eğer fiil cebir veya tehditse, amacın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırılmaya dahi gerek

olmadan, amaç tespit edildiğinde fail 265inci madde ile cezalandırılır. Avukata görevinden dolayı uygulanan fiil cebir veya tehdit değilse, amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılacaktır. Amaç gerçekleşmiş ve fiil hukuka aykırıyken neticeye de elverişliyse, 117nci madde tatbik edilecektir. Bu arada fiil örneğin şantaj gibi daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, ayrıca bundan da ceza vermek gerekebilir. Netice gerçekleşmemişse teşebbüs hükümleri uygulanabileceği gibi fiil ayrıca suç ise bundan ceza verilecektir.

E. Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar

1. İhaleye Fesat Karıştırma

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İhaleye Fesat Karıştırma, Madde 235 - (1) Kamu kurum veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihalelere fesat karıştıran kişi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Aşağıdaki hallerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır:

a) Hileli davranışlarla;

- 1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek,*
- 2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak,*
- 3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak,*
- 4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak.*

b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak.

c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek.

d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları.

(3) İhaleye fesat karıştırma sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmiş ise, ceza yarı oranında artırılır. Zararın meydana gelmiş olduğu sabit olmakla birlikte miktarının belirlenememiş olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını engellemez.

(4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar.

(5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır.

Bu bölümde ihaleye fesat karıştırma suçuna yer vermemizin sebebi, bu suçun işlendiği birçok durumda, ihaleye katılmak isteyen yahut katılanların, iş ve çalışma hürriyetlerinin ihlal edilmiş olmasıdır. Yukarıda, iş ve çalışma hürriyeti kavramının sanayi ve ticaret faaliyetinin serbestçe yürütülmesinin teminine yönelik olarak doğduğunu belirtmiştik. Sanayi ve ticaret faaliyetinin ve 5237 Sayılı Kanun'daki daha genel ifade ile iş ve çalışma faaliyetinin kamu kurumlarına ve 235inci maddenin son fıkrasında belirtilen kurumlara yönelik olarak mal ve hizmet üretmek şeklinde ortaya çıkması mümkündür. Bu amaçla örgütlenen, ihalelere katılmak suretiyle faaliyet göstermek isteyen gerçek veya tüzel kişilerin iş ve çalışma hürriyetleri, ihaleye fesat karıştırmak suretiyle zedelenebilir. Nitekim objektif ve serbest rekabet koşullarında yapılmayan ihalelerden bir taraf avantaj sağlarken, diğerleri önemli zararlara uğramaktadır.

Gerekçedeki açıklamaya göre bu madde ile korunmak istenen hukuki değer, kamusal faaliyetlerin dürüstlük ilkesine uygun olarak yürütüldüğüne dair ve özellikle kamu adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımı gibi ihale işlemlerinin yapılmasıyla ilgili olarak kamu görevlilerine duyulan güvendir. Bu itibarla suç, 117nci maddeden kesinlikle ayrılmaktadır. Fakat iş ve çalışma hürriyetinin hukuka aykırı herhangi bir davranışla ihlal edilebilecek olması, bu ve diğer birçok suçla, 117nci madde arasında bağ kurabilmemize olanak tanımaktadır. Gerçekten, 117nci

maddenin genişliği karşısında, ihaleye fesat karıştırma suçuna varmadan, haksız rekabet sayılabilecek durumlarda bile iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edildiği iddiasıyla karşılaşmak mümkündür.

235inci madde kapsamında değerlendirilen bir fiilin, içlerinden birinin yararını gözetmek amacı dışında, ihaleye katılmak yahut katılıp da kazanmak isteyen kişilerin iş ve çalışma hürriyetlerini ihlal etmek kastıyla yapılması mümkündür. Böyle bir kast tespit edildiğinde, failin ayrıca 117nci maddeyle cezalandırılması gerekir. İhaleye fesat karıştırıldığından ihaleden olumlu sonuç alamayanların, ekonomik olarak iş ve çalışma faaliyetine devam edecek güçte olmaları da önemli olamaz. Çünkü bir fiilin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmiş olması için mağdurun faaliyetini geçici olarak sınırlandırması da yeterlidir.

Bu 117/1’de belirtilen suçun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebileceği yönündeki değişikliğe uygun olmasa bile, uygulamanın, ihaleye fesat karıştırma fiilini cezalandırmak ve fakat iş ve çalışma hürriyetini ihlal durumunu dikkate almamak yönünde gelişeceği kanaatimizi de belirtelim.

2. Fiyatları Etkileme

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Fiyatları Etkileme, Madde 237 - (1) İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir.

(2) Fiil sonucu besin veya malların değerleri veya işçi ücretleri artıp eksildiği takdirde ceza üçte biri oranında artırılır.

(3) Fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise ceza ayrıca sekizde bir oranında artırılır.

117nci maddeyle kurduğumuz bağ, özellikle “işçi ücretleri”dir. 117nci maddenin son fıkrasında yer alan suçlardan biri “Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama Suçu”dur ve özel olarak gösterilmiş olmasaydı bile, ücret iş sözleşmesinin temel unsuru olduğundan, anlaşma içeriğine işçi ücretleri de dahildir. Burada 117nci

maddenin son fıkrasının ilgili kısmını yineleyelim; “Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ... kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Fiyatları Etkileme suçu, Topluma Karşı Suçlar içinde, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete ilişkin Suçlar başlığı altında işlenmiştir. Bilindiği gibi 117nci madde ise Kişilere Karşı Suçlar kısmının Hürriyete Karşı Suçlar bölümünde yer almıştır.

Gerekçeye göre 237nci maddeyle korunmak istenen hukuki yarar, serbest rekabet koşulları çerçevesinde fiyatların belirlenmesini ihlal edici hareketleri engellemektir. 117/4üncü maddeye ilişkin gerekçeye göre ise korunan, çalışma ve sözleşme hürriyeti ve özel teşebbüs kurma hürriyetidir. Her iki suç da birer tehlike suçu olup, failin elde etmek istediği nihai amacın gerçekleşmesi gerekmemektedir. Hareketin yapılması ve tehlikenin ortaya çıkması yeterlidir. Hareket, 237nci maddede ‘yalan haber veya havadis yaymak veya sair hileli yollara başvurmak’ dır. 117nci maddede ise cebir veya tehdit kullanarak zorlamaktır. Fail her iki suçta da herhangi biri olabilir. Ücreti arttırmaya yönelik fiillerin işçi, azaltmaya yönelik fiillerin işverenlerden geleceği düşünülebilir. Ancak failin 3üncü bir şahıs olması da mümkündür. Nitekim 237nci maddenin son fıkrasında failin ruhsatlı simsar veya borsa tellalı olması halinde cezanın ayrıca sekizde bir oranında artırılacağı belirtilmiştir. Bunun dışında örneğin bir işvereni zarara uğratmak amacıyla 3üncü bir şahıs ücretlerin artması yönünde hareket edebilir. Ücret, işçiye işveren tarafından yapılan ödemeyi ifade ettiğinden, suçun mağduru olmasa da muhatabı her iki suçta da işçi veya işveren olacaktır. Her ne kadar 237nci maddede mağdurun işçi veya işveren olması, 117nci maddeden farklı olarak açıkça gerekme de, yalan haber veya havadis yaymak veya sair hileli yolların işçi veya işverene doğrudan yöneltilmesi mümkündür. Bu durum iki maddenin örtüştüğü andır.

Bu karşılaştırmalar kapsamında denilebilir ki, kanun koyucu, işçi ücretlerinin artması yahut eksilmesi sonucuna yönelik davranışları ikiye ayırmıştır. (1) Cebir

veya tehdit kullanıldığı durumlar (2) yalan haber veya havadis yayıldığı veya sair hileli yollara başvurulduğu durumlar.

Havadis haber demektir. “Sair hileli yollar” ifadesiyle, yalan haber yaymak durumunun da hile sayıldığı anlaşılmaktadır. Bu yüzden ikinci durumda kastedilene burada kısaca “hile” diyebiliriz.

Bu tespitin doğurduğu sonuç şudur. İşçi ücretlerini değiştirmeye yönelik davranış, cebir veya tehdit ise, fiil kişisel görülüp, kişinin hürriyetini ihlal eder nitelikte kabul edilmekte, davranış hile ise, fiil toplumsal görülüp, ekonomi, sanayi ve ticareti ihlal ettiği kabul edilmektedir. Burada kullanılan hile kavramının bir işverene yöneltilen hileden çok, haber yaymak gibi daha genel ve geniş çevreye etki eden türden bir hile olduğu dolayısıyla sonuçları açısından toplumsal nitelik taşıyarak 117nci maddeden ayrıldığı iddia edilebilse bile bize göre bu bir çelişkidir. Çünkü bazı durumlarda örneğin cebir veya tehdidin bir işverene yöneltildiği durumda eğer işverene ait işletme büyük kapasiteli ve burada çok işçi çalıştırılıyorsa, fiilin toplumsal sonuçları olacak nitelik taşıması mümkündür. Ayrıca hile yolunun, toplumsal nitelikte sonuçlar doğuracak biçimde yaygın etkiyle besin veya malların değerini etkileyebileceğini düşünmek mümkünse de, işçi ücretlerini etkileyebileceğini düşünmek oldukça iddialı bir öngörüdür. Bu boyutta bir hileden, daha çok siyasi bir kararın uygulanması durumunda bahsedilebilir. Çünkü ücret, fiyatlara göre çok daha sabit ve değişmesi zor bir değerdir. Bir yalan haberin ya da sair hilenin ücret üzerinde etkili olması için daha çok doğrudan işveren ya da işçiye yöneltilmesi ve bunun özellikle ücretin kararlaştırıldığı ana isabet etmesi gerekir. Bu yönden hile kullanmak, cebir yahut tehdit kullanmakla benzemektedir.

Kanun koyucunun, düzenleme yapmak gereğini hissettiği “ücret” konusunu aynı kısım ve bölüm altında bir maddede toplamayı uygun olabilirdi. Bu itibarla ücrete ilişkin kısmın 237nci maddeden çıkarılarak, iş ve çalışma hürriyetine ilişkin 117nci maddenin son fıkrasına konması yerinde olabilir. Zira ücret düzeyinin, ekonomik sonuçları itibarıyla toplum düzeniyle doğrudan ve etkin biçimde ilgili olduğunu kabul ediyor olsak da, kişiler açısından hayati öneme sahip olması

bakımından iş ve çalışma hürriyeti kapsamında değerlendirilmesini uygun görüyoruz. 237nci Maddenin başlığı ve besin ve malların değeriyle beraber anılması da ücretin, “işçinin fiyatı” gibi görüldüğünü düşündürmektedir. Kanun koyucu bir taraftan işçiyi korumak isterken, diğer taraftan ondan alınıp satılabilecek bir eşyaymış gibi bahsetmektedir. Sadece bu bile ücretin 237nci maddeden ayrılmasına yeter gerekçedir.

Ücretin iki farklı maddede anılması, yaptırım bakımından da eleştirilebilecek sonuca yol açmaktadır. İşçi ücretlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde -ki bu durumu unsurlar bakımından ‘neticeye elverişli olmak gereği’ biçiminde yukarıda cebir veya tehdit için de aramak gerektiğini belirtmiştik- ve bu maksatla hile yapıldığında faile üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilecekken, işçiyi veya işverenlerini ücretlerin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde cebir veya tehdit kullanarak zorlayan faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Bu da yöneltildikleri ortak amaç bakımından kandırmak fiiline, zorlamak fiilinden az değer verildiğine işaret etmektedir. Oysa çoğu zaman hile ile cebir veya tehdit arasında, iradeyi etkilemek özellikleri bakımından yaptırımda bu derece fark yaratacak kadar ayrılık olmayabilir. Fakat uygulamacıların nihai cezayı tayin ederken bunu gözetmesi mümkündür.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNE KARŞI SUÇLAR

I. GENEL OLARAK

Yukarıda belirttiğimiz gibi İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 201inci maddesinde “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler” adı altında düzenlenmekteydi. 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise bu suç 117nci maddede yer almış ve madde başlığı İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali olarak değiştirilmiştir. Bizim, birinci fıkrada düzenlenen suça verdiğimiz isim de budur.

Birinci fıkrada düzenlenen suçla karışıklık yaratmaması bakımından, ikinci bölümün başlığını, 765 Sayılı Kanun’da kullanılan madde başlığına benzer tuttuk ve “İş ve Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar” ifadesini kullandık. Burada “cürüm” ifadesi yerine “suç” ifadesini kullanmamızın sebebi, 5237 Sayılı Kanun’da cürüm ve kabahat ayrımının kaldırılarak, kabahatlerin ayrı bir kanunda düzenlenmesidir. Kanaatimizle 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinin başlığında da bu isim tercih edilmeliydi.

Yeni düzenlemede sadece madde numarası değiştirilmekle ve kullanılan Türkçe sadeleştirilmekle kalınmamış, düzenlemenin içeriği de değiştirilmiştir. Aşağıda her iki düzenlemeyi bir arada görüyoruz.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler, Madde 201 – Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.

Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla bir işin

tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Her kim yukarıdaki fıkralarda gösterilen maksatların istihsaline matuf olmak üzere, cebir ve şiddet veya tehdit olmaksızın, işyerini her ne suretle olursa olsun kısmen veya tamamen işgal ederse bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen fiiller silah ile veya kendini tanınmayacak bir hale koyarak veya birkaç kişi tarafından birlikte işlenirse veya ayrıca bir tahribat meydana getirilmişse yahut mevcut veya mefruz bazı gizli cemiyetlerin husule getirdikleri tehdit kuvvetinden istifade ile işlenmiş ise; ceza iki misli artırılarak hükmolunur. Ancak hükmolunacak ceza beş seneyi geçemez.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Madde 117 – (1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikayeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

(2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kalan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

(3) Yukarıdaki fıkroda belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Buna göre 765 Sayılı Kanun'da İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler üç ayrı şekilde ortaya çıkmaktaydı.

1inci fıkroda “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Meni Suçu”,

2nci fıkroda “Ekonomik Amaçla İş Bırakmaya Zorlama Suçu”,

3üncü fıkroda “İşyeri İşgali Suçu”.

4üncü fıkra ise “Ağırlaştırıcı Nedenleri” düzenlemekteydi.

5237 Sayılı Kanun’da ise İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu; 1inci ve son fıkrasındaki suç tipiyle 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinin sırası ile 1inci ve 2nci fıkralarına benzemekle birlikte, hem iş bu fıkralardaki farklar, hem de metne yeni eklenen 2nci ve 3üncü fıkraları ile bambaşka bir biçimde karşımıza çıkmaktadır.

Buna göre 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinin; 1inci fıkrasında “İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu”, 2nci fıkrasında “Sömürü Suçu”, 3üncü fıkrasında “Sömürmek İçin Tedarik, Sevk veya Nakil Etmek Suçu” ve 4üncü fıkrasında “Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama Suçu” ve “İşin Durmasına Neden Olma Suçu” düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesinin 2nci ve 3üncü fıkraları ile yeni suç biçimleri getirilmişken, 765 Sayılı Kanun’un 201/3üncü maddesinde bulunan ve İşyeri İşgali Suçu olarak anılan suç maddeden çıkarılmıştır. Ancak benzer bir suç 5237 Sayılı Kanun’un “Konut Dokunulmazlığının İhlali” başlığını taşıyan 116nci maddesinin 3üncü fıkrasında kapsamı değiştirilerek yerini almıştır¹¹⁴.

765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinin 4üncü fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı sebepler, 5237 Sayılı Kanun’da Hürriyete Karşı Suçların bazıları için düzenlenen ortak bir hükümde, 119uncu maddede belirlenmiştir.

Çalışmamızın İkinci Bölümünde 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesini, yeri geldiğinde aynı Kanun’un ilgili maddeleriyle ve 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesiyle karşılaştırarak incelemeye çalışacağız. Bu arada, Birinci Bölümde değindiğimiz hususları tekrar etmemek için sayfa göstermek suretiyle yollamalar yapmakla yetineceğiz.

¹¹⁴ Bakınız Yukarıda s: 90

II. İŞ VE ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN İHLALİ SUÇU

A. Genel Olarak

765 Sayılı Kanun'un madde 201/1inci fıkrasında;

“Her kim cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men ederse üç aydan iki seneye kadar hapis cezasına mahkum olur.” biçiminde ifade edilen suç, 5237 Sayılı Kanun'un madde 117/1inci fıkrasında değiştirilerek;

“(1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddelerin 1inci fıkraları arasında ilk bakışta dikkati çeken farklar şunlardır.

- Metinden, “şiddet” terimi çıkarılmıştır.
- Suçun 765 Sayılı Kanun'dan farklı olarak “hukuka aykırı başka bir davranış”la da işlenebileceği söylenmiştir.
- “Sanat ve ticaret serbestisi” yerine “iş ve çalışma hürriyeti” ifadesi kullanılmıştır.
- “Her ne surette olursa olsun tahdit veya men ederse” yerine “ihlal eden” denilmiştir.
- Artık fail, “Mağdurun şikayeti halinde” cezalandırılacaktır.
- Hapis cezası “üç aydan” değil, “altı aydan” iki yıla kadar verilecektir. Cezanın aşağı haddi yukarı çekilmiştir.
- Bundan sonra hapis cezası yerine “adli para cezası” verilmesi de mümkündür.

Sözünü ettiğimiz bu değişikliklere rağmen 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin ilk fıkrası, yine kendisinden sonra gelen fıkralara nazaran daha genel nitelikte bir hüküm olma özelliğini korumaktadır. İş ve çalışma hürriyeti en genel biçimiyle 1inci fıkroda himaye edilmektedir. Diğer fıkralarda öngörülen suçlar, iş ve çalışma hürriyetini ihlalinin özel biçimleridir. Bu itibarla, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 1inci ve 2nci fıkraları arasında mevcut özel-genel hüküm özelliği, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin 1inci fıkrayla diğer fıkralar arasında korunmuştur diyebiliriz. O halde 117nci maddenin 1inci, 2nci ve 3üncü

fıkralarında belirtilen suçların unsurları var olmadığında yargıç, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali durumunu tespit ederse, yine unsurlarını gözeterek faili 117/1inci fıkra hükmünü esas alarak cezalandıracaktır.

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bir fiil, suç olarak düzenlendiğinde, bu suç işlendiğinde ihlal edilen şey, hukukun konusunu oluşturur. Bu itibarla suç yaratıldığında, korunan varlık yahut menfaat hukuki bir değer kazanır¹¹⁵.

Varlık, insanın ihtiyaçlarını tatmine elverişli her şeyi ifade eder¹¹⁶. İnsan bu varlığı ihtiyacını gidermek üzere kullanmak istediğinde, varlıkla insan arasında bir ilişki doğar. Bu ilişki menfaat olarak adlandırılmaktadır. Suç işlendiğinde, hukuken değer ifade eden bir varlık veya menfaat zedelenir. O halde zedelenen bu hukuki değer maddi veya manevi nitelikte olması mümkündür. Ayrıca bu varlık veya menfaatin bireylere, topluma yahut devlete ait olması mümkündür.

117nci maddenin 1inci fıkrasında tanımlanan ve iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu olarak isimlendirdiğimiz suçla korunan hukuki değer, bireylere ait olan bir değerdir. Bu sonuca maddenin bizzat kendisinden ulaşılabileceği gibi, maddenin 5237 Sayılı Kanun'un Kişilere Karşı Suçlar kısmında yer almasından da bu sonuç çıkarılabilir. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti'nin, 1982 Anayasası'nda Kişi Hakları ve Ödevleri başlıklı 2nci Bölümde değil, 3üncü Bölüm: Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altında yer alması durumu değiştirmez. Gerçekten çalışma hürriyetinin toplumun bir menfaati olarak kamu iktisadını ilgilendirdiği söylenebilir. Fakat bu, uzak bir ilgiden ibaret olup, ihlal edilen hukuki değer, suçun mağduru olan birey ile doğrudan ve yakın irtibat halindedir.

Burada belirtmek gerekir ki, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesi, Hürriyete Karşı Suçlar içerisinde, Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümleri takiben İkinci Bab

¹¹⁵ DÖNMEZER-ERMAN, s: 334

¹¹⁶ TOROSLU, s: 65

altında düzenlenmişken dahi hukuki konunun bireysel bir varlık olarak çalışma hürriyeti olduğu kabul edilmiştir¹¹⁷.

Hukukça korunan bu bireysel değer, iş ve çalışma hürriyetidir. 765 Sayılı Kanun'da bu suça karşılık gelen düzenlemede korunan hukuki değer genel anlamda iş ve çalışma hürriyeti yerine sanayi ve ticaret hürriyeti olduğunu çalışmamızın 1inci Bölümünde açıklamaya çalıştık¹¹⁸. 5237 Sayılı Kanun'da ise artık korunan hukuki değer, daha geniş şekilde iş ve çalışma hürriyetidir. Fakat bunun da, maddenin lafzı ve diğer maddeler içeriğiyle sınırlandırıldığını tekrar etmekte yarar vardır. Zira 117nci maddenin kapsamı, örneğin devlet memurlarının çalışma hürriyetini himaye etmemektedir. 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde geçen iş ve çalışma hürriyeti kavramının kapsamına ilişkin açıklamaları da Birinci Bölümde ele almıştık¹¹⁹.

C. Fail ve Mağdur

1. Suçun Faili

117nci maddenin 1inci fıkrasında “Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir” denilmektedir. Görüldüğü gibi fail, fıkra “kişi” olarak nitelendirilmiştir. Kişi terimi herhangi bir özellik arz etmemektedir. O halde her hangi bir niteliğe sahip olmayan bir kimsenin fail olması mümkündür. Failin işçi veya işveren olması gerekmediği gibi, birden çok kişi söz konusu olduğunda aralarında bir anlaşma bulunması da gerekmez.

5237 Sayılı Kanun'da ve bu arada 765 Sayılı Kanun'da da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali fiillerinin, grev ve lokavt yasağı anlamına gelmediği, kanunların zaman bakımından uygulanma alanlarında grev ve lokavtın anayasal ve yasal hak

¹¹⁷ ERSOY, s: 83-86

¹¹⁸ Bakınız Yukarıda s: 13

¹¹⁹ Bakınız Yukarıda s: 36

olarak mevcut bulunmalarından, ayrıca kanunun lafzından anlaşılmaktadır. Böyle olmasaydı, suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi gerekeceği düşünülebilirdi. Nitekim İtalya’da 1864 tadilinden önceki Toscana Ceza Kanunu ve başlangıçta Fransız Ceza Kanunu’nda, grev ve lokavta engel olmak maksadı taşıdıklarından, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun bir kişi tarafından işlenemeyeceği kabul edilmiştir¹²⁰. Günümüzde iş ve çalışma hürriyetinin kazandığı anlam bu çeşit bir kabule elverişli değildir. Zira 5237 Sayılı Kanun’da da bu yönde bir düzenlemeye gidildiği metinden kolayca anlaşılmaktadır.

Suç bir kişi tarafından işlenebileceğinden, birden fazla kişiyle işlenmesi halinde aralarında anlaşma olması gerekmez. Fakat hemen belirtmek gerekir, 5237 Sayılı Kanun’un 119uncu maddesinde “Eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçları” için getirilen Ortak Hüküm’de, bu suçların “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde” verilecek cezanın bir kat artırılması öngörülmüştür.

117nci maddede failden “kişi” olarak söz edildiğinden, fail yabancı veya Türk olabilir, işçi veya işveren olabilir, fakat özellikle böyle olması gerekmez. Fail herhangi bir kimse olabilir. 765 Sayılı Kanun’da 20inci maddedeki suçun oluşabilmesi için, suçun cebir veya şiddet yahut tehdit ile işlenmesi şart olduğundan, suça teşvik edenin asli maddi fail olarak cezalandırılması mümkün görülmemektedir¹²¹. 5237 Sayılı Kanun ise bu konuda özellik arz etmektedir. İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun artık hukuka aykırı başka bir fiille işlenmesi de mümkündür. O halde iş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelik teşvik fiilinin de bu suçun unsuru olarak kabul edileceği düşünülebilir. Ancak 5237 Sayılı Kanun’un Genel Hükümlerin yer aldığı 1inci Kitabında, 39uncu maddede suça teşvik etmeye ilişkin özel bir düzenleme vardır. Buna göre;

¹²⁰ ERSOY, s: 95

¹²¹ ERSOY, s: 97

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Yardım Etme, Madde 39 - (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

- a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.*
- b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.*
- c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.*

39/2-a fıkrasında yer alan bu özel düzenleme gereği, 5237 Sayılı Kanun bakımından da teşvik edenin asli maddi fail olarak cezalandırılması söz konusu değildir. Fakat teşvik eden kişi, işlenen suçtan dolayı “yardım eden” sıfatıyla sorumlu olacaktır. Teşvik edenin fiilinin, cebir veya tehditle yahut hukuka aykırı başka bir davranışla iş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelik olması gerekir. Uygulamanın teşvik edeni, yardım eden sıfatıyla cezalandırmak yönünde olacağını öngörmekle birlikte, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı davranışla işlenebiliyor olması ve teşvik fiilinin de hukuka aykırı fiil niteliği taşıması bakımından, teşvik edenin de asli maddi fail olarak nitelendirilmesine yönelik görüşün ileri sürülebileceğini belirtelim. Yardım etme fiili, 5237 Sayılı Kanun’da suça iştirakin bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Konuya aşağıda değineceğiz¹²².

Fail her hangi bir kimse olabileceği için, devlet memuru veya diğer bir kamu görevlisi olması da mümkündür. Bu durum da 119uncu maddede ağırlaştırıcı sebep olarak sayılmıştır.

5237 Sayılı Kanun’da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu işleyebilecek failden “kişi” olarak bahsedilmesi, akla tüzel kişilerin de suçun faili olup olamayacağı

¹²² Bakınız Aşağıda s: 162

sorusunu getirmektedir. Öncelikle belirtmekte yarar var, 765 Sayılı Kanun bakımından tüzel kişiler suç faili olamamaktaydılar.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusu doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu konuda üretilen teorilerden Faraziye Teorisi, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmez. Cezai sorumluluğu, tüzel kişiler adına hareket eden gerçek kişilere yükler¹²³. Gerçeklik Teorisi, tüzel kişilerin fail olabileceklerini¹²⁴ ancak cezanın tüzel kişilerin yapısına uygun olarak, örneğin kapatma cezası gibi, belirlenmesi gerektiğini kabul eder¹²⁵. Karma Teori ise tüzel kişilerin kanunun öngördüğü durumlarda ve idari nitelikte bir suç söz konusu olduğunda suçun faili olabileceklerini kabul eder. Buna göre cürümlerden ancak gerçek kişiler sorumlu olur¹²⁶. Dikkate alınması gereken aksi yönde savunular¹²⁷ olsa da, baskın görüş halen, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun olamayacağı yönündedir¹²⁸.

5237 Sayılı Kanun'da da tüzel kişilerin suçun faili olamayacakları kabul edilmiştir. Bu sebeple ceza yaptırımına muhatap olmazlar. Fakat suç dolayısıyla güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırım uygulanabilir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği, Madde 20 - (1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

Suçun faili olamayacakları kabul edilen tüzel kişilerin, suça karşı ceza dışındaki diğer yaptırım türü olan güvenlik tedbirine maruz kalabilmesi haklı olarak

¹²³ CENTEL, s: 201

¹²⁴ CENTEL, s: 201

¹²⁵ ÖZBEK, s:114

¹²⁶ ÖZBEK, s:114

¹²⁷ BİYİKLİ, Hasan: Sosyal Ceza Hukuku İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Gazi Üniversitesi Yayın No: 15, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayın No: 13, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara Şubat 1983, s: 191-219

¹²⁸ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 125

eleştirilmektedir¹²⁹. Tüzel kişilere uygulanabilecek güvenlik tedbirleri hakkındaki genel hüküm 60ıncı maddede yer almaktadır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri, Madde 60 - (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

Bu maddeye göre tüzel kişilere karşı güvenlik tedbiri olarak belirlenen iznin iptali ve müsadere, kanunda özel olarak belirtildiği hallerde söz konusu olabilecektir. 117nci maddede, örneğin Soykırım Suçunun düzenlendiği 76ncı maddenin 3üncü fıkrasındakine benzer, böyle bir hüküm bulunmadığına göre, tüzel kişilerin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun ne faili olabileceği ne de bu suç sebebiyle güvenlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezalandırılabilmesi kabul edilmiştir. Netice itibarıyla 5237 Sayılı Kanun'da tüzel kişiler için getirilen yeni düzenlemelere rağmen, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bakımından 765 Sayılı Kanun'la arasında fark yoktur.

Bu değerlendirmenin sendikaları da kapsadığını, sendikaların suçun faili olamayacaklarını, suçun sendikanın vermiş olduğu emir yahut talimatla işlenmesi halinde, tüzel kişi olarak sendikanın değil, bu emri veren veya verilmesine katılan kişilerin 5237 Sayılı Kanun'un Suça İştirak hükümlerine göre cezalandırılacaklarını belirtelim.

¹²⁹ ÖZBEK, s:115

2. Suçun Mağduru

Fail gibi mağdurun da birden fazla kişi olması gerekmez. Unsurları tamam olduğunda mağdurun bir kişi olması durumunda da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu oluşur. Bunu 117nci maddenin diğer fıkralarında belirtilen suçlar için de söylemek mümkündür. Zira maddenin tümünde korunan menfaat kolektif çalışma değildir¹³⁰. Her ne kadar birinci fıkrada ihlal edilecek olan “iş ve çalışma hürriyeti” olarak gösterilmişse ve bu ifade kolektif bir hürriyete işaret eder gibi görünse de, tek bir kişinin çalışması engellendiğinde de iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilmiş olur. Üstelik metinde failin, “mağdurun” şikâyeti halinde cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu ifadeden mağdurun tek kişi olabileceği anlaşılmaktadır. Bu sebeple bir tek işçinin, tüccarın, sanayicinin, zanaatkârın yahut insan faaliyetinin özerk uygulaması şeklinde ortaya çıkan ve şahsi şekilde ifayı gerektiren meslekle iştigal eden bir tek kişinin çalışma hürriyeti ihlal edildiğinde fail cezalandırılacaktır.

Suçun umumi nitelikte bir fiille işlenmesi de mümkündür. Kolektif iş ve çalışma hürriyeti ihlal edildiğinde, bireylerin de hürriyeti ihlal edilmiş olacağından 117nci madde uygulanabilecektir.

Mağdur bir tek kişi olabilir fakat 117nci maddenin linci fıkrasındaki suçun oluşması için mağdurun iş ve çalışma hürriyetini kullanan yahut kullanmak isteyen bir kişi olması gerekir. Aksi halde cebir, tehdit yahut hukuka aykırı başka bir davranışa muhatap olan şahsın, 117nci madde açısından mağdur sayılması mümkün değildir. Bu kişi cebir, tehdit yahut diğer bir suçun mağduru olabilir fakat iş ve çalışma hürriyetini kullanmak istemedikçe yahut kullanmadıkça ve bu fiiller bu hürriyete yönelmedikçe kişi 117ini maddede düzenlenen suç açısından mağdur sayılamaz.

¹³⁰ 765 Sayılı Kanun’da suçun “şahıs hürriyetleri aleyhinde cürümler” arasında yer almaması sebebiyle korunan menfaatin aynı zamanda kolektif ve umumi bir menfaat olduğuna ilişkin görüş (ERMAN, Sahir: “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi veya Men’i Suçu”, s: 681) 5237 Sayılı Kanun açısından suçun yer aldığı bölüm itibarıyla artık savunulamaz görünmektedir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, her ne kadar yukarıda cebir veya tehdidin mağdur dışında bir kişiye yöneltilebileceğini söylemiş olsak da, işçi veya işveren arasındaki ilişki söz konusuysa olayın özelliğine göre öncelikle cebir veya tehdit yahut hukuka aykırı başka bir davranışa doğrudan maruz kalan kişinin mağdur sayılacağıdır. Örneğin bir işyerinde çalışan işçiler tehdit edildiklerinden işe gitmezlerse, bu sebeple fabrikada çalışma durduğunda mağdur fabrika sahibi işveren değil, bizzat işçilerdir. Çünkü tehdit fiiline doğrudan muhatap olan kişiler işçilerdir. Farklı bir örnekte işveren, şantaj yapıldığından işyerini kapattığında, işçiler değil şantajın yöneltildiği işveren mağdur sayılacaktır. Bunun tespiti önemlidir çünkü 117nci maddenin linci fıkrasına göre failin cezalandırılması, mağdurun şikâyetine bağlıdır. Şikâyet eden mağdur olmadıkça fail cezalandırılamaz. Fakat verdiğimiz olaylarda olduğu gibi bazı olaylarda mağdur ile suçtan zarar gören kişinin ayrılması mümkündür ve böyle durumlarda suçtan zarar gören kişiye de şikâyet hakkı tanınması gerektiği açıktır. Bize göre karışıklığı önlemek üzere madde metninde mağdur yerine suçtan zarar gören ifadesinin kullanılması daha uygun olurdu. Böylece ilk örnekte işveren, ikinci örnekte işçilerin de şikâyet hakkı olduğu daha kolay kabul edilebilecektir.

Ç. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin linci fıkrasında yer alan suçun maddi unsuru şiddet veya tehditle sanayi ve ticaret hürriyetinin her ne surette olursa olsun tahdit veya menetmekken, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin linci fıkrasında gösterilen suçun maddi unsuru, cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmekten ibarettir.

Görüldüğü gibi hükmün mahiyeti suçla korunan hukuki değer bakımından olduğu gibi, suçun maddi unsuru açısından da oldukça değiştirilmiştir. Aşağıda, nedensellik bağına ayrıca değinmeksizin suçun maddi unsurunu, hareket ve netice başlıkları altında inceleyeceğiz.

a. Hareket

Öncelikle çalışmamızın bu bölümüne ve devamına açıklık getirmesi amacıyla ceza hukukunda “hareket” terimiyle ne demek istendiğine kısaca değinelim. Ceza hukuku, hareket olmadıkça devreye girmez. Hukuk devletinde benimsenen düşünce özgürlüğü ilkesi, düşüncenin harekete dönüştürülmeden cezalandırılmasına engeldir¹³¹. Ancak düşünce özgürlüğünü sadece beyin faaliyetinde özgürlük olarak algılamak yanılıdır. Çünkü zaten sözle, yazıyla, resimle yahut benzeri bir araçla dışa vurulmadan kişilerdeki beyin faaliyetinden haberdar olmak bu günün iletişim imkânlarında mümkün değildir. Bu sebeple düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklamak özgürlüğünü de içine alır. Fakat düşünceyi açıklama özgürlüğü konu olduğunda hukukun, bir düşünce açıklamakla, kanunun suç saydığı fiil arasındaki bağı özenle tespit etmesi gerekmektedir. Nitekim düşünce açıklamanın her biçimi, ceza hukukuna karşı dokunulmazlığa sahiptir diyemeyiz. Çünkü öyle bazı düşünce açıklamaları vardır ki bunun dış dünyadaki yansıması suç oluşturacak boyutta etkin ve önemlidir¹³². Örneğin tehdit bir çeşit düşünce açıklamasıdır fakat dış dünyada ve mağdur üzerinde cezalandırılmaya değer bir etkiye sahiptir. Bir suça azmettirme durumunda da ilk bakışta düşüncenin dışa vurumu gibi görünen hal, dış dünyada yadsınamaz değişikliklere sebep olmaktadır. Bu çeşit irade açıklamalarının ceza hukukuna takılması, aslında düşüncenin cezalandırılması kabulünden değil, bunun, suç tipinde öngörülen neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensellik bağı taşıyan iradi hareket olarak görülmesindendir¹³³. Böylece ceza hukukunda önem taşıyan hareketin, “insanın yapmak veya yapmamak biçimindeki iradi beden davranışı” şeklinde tanımlanması mümkündür¹³⁴.

117nci maddenin linci fıkrasında düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda cezalandırılması öngörülen insanın iradi beden davranışı yani hareket, iş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelen davranıştır. Ancak bu davranışın cebir veya tehdit yahut hukuka aykırı başka bir davranışla yapılması gerektiği hükümde

¹³¹ DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s: 104

¹³² ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 122

¹³³ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 123

¹³⁴ CENTEL, s: 191

gösterilmektedir. Kanun koyucu, 1inci fıkradaki tipik suçun gösterilen bu belirli şekil ve vasıtalarla işlenmesini öngördüğünden ve korunan hukuki değeri ihlal edebilecek davranışlar arasında cezai yönden kavuşturulabilecek olanları seçmek yolunu tercih ettiğinden¹³⁵, bu suç bağlı hareketli suçtur. Cebir veya tehdidin yahut hukuka aykırı başka bir davranışın çeşitli şekillerde ortaya çıkması ihtimali sonucu değiştirmez çünkü iş ve çalışma hürriyetini ihlal sonucunu doğuran her hareket cezalandırılmamaktadır. Her ne kadar hukuka aykırı başka bir davranış ifadesi, hüküm açısından önem taşıyan hareketin çeşitliliğini öngörülmesi zor bir genişliğe taşımış olsa da hiçbir şekilde hukuka aykırı olmayan davranışlarla iş ve çalışma hürriyetinin ihlal edilmiş olması hali cezalandırılmadığından suç kanaatimizce, 765 Sayılı Kanun'daki hali gibi¹³⁶ bağlı hareketli olmaya devam etmektedir.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, 765 Sayılı Kanun'da şiddet ve tehdit vasfındaki hareketlerle işlenebildiğinden, icrai bir suç niteliğindeydi. 117/1inci madde de cebir veya tehdit unsurları bakımından icrai bir suç niteliğinde görünmekle birlikte, hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebilmesi sebebiyle ihmali suç şeklinde de karşımıza çıkabilecektir. Failin ancak aktif bir davranış içinde bulunması ile işlenebilen suçlar icrai suçlarken, hareketsiz kalması ile işlenebilen suçlar ihmali suçlardır¹³⁷. İhmali suçlar suç tipinde öngörüldüğünde gerçek ihmali suç adını alırken, kanunda ayrıca tanımlanmadıklarında görünüşte ihmali suç (ihmal suretiyle icra suçu) olarak anılmaktadırlar¹³⁸. 117nci maddenin 1inci fıkrasında da ihmal durumu özel olarak öngörülmediğinden görünüşte ihmali suç olarak nitelenmesi mümkün görünmektedir. Fakat belirtmek gerekir ki, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bize göre, ihmali suçların neticesi harekete bitişik suç olduğuna ilişkin tespite uymamaktadır¹³⁹.

Hareketin şekli bakımından bağlı hareketli ve görünüşte ihmal suçu olarak tarif ettiğimiz iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, hareketin sayısı bakımından

¹³⁵ TOROSLU, s: 84

¹³⁶ ERSOY, s: 108

¹³⁷ CENTEL, s: 209

¹³⁸ ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, Uygulamalı Ceza Hukuku, s: 128

¹³⁹ Tespit için bakınız: DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2nci Baskı, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. Ankara Şubat 2005, s:208

incelendiğinde “seçimlik hareketli suç” olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü suçun tarifinde öngörülen neticenin meydana getirilebilmesi için birkaç vasıta gösterilmiş ve bu vasıtalardan yalnızca birinin yapılması ile çeşitli ihlal neticelerinin gerçekleşeceği kabul edilmişse seçimlik hareketli suç söz konusudur¹⁴⁰. 1inci fıkarda gösterilen suçun cebir veya tehdit yahut hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebileceği öngörüldüğünde, kullanılan “veya-yahut” bağlaçları, suçun bunlardan biriyle işlenebileceğine ve çeşitli ihlal neticelerinin bunlardan herhangi biriyle doğabileceğine işaret etmektedir.

Hareket kavramını yukarıda tanımladıktan sonra cebir veya tehdit yahut hukuka aykırı başka bir davranış, incelediğimiz suç bakımından, suçun değil hareketin vasıtası olarak anmanın daha doğru olabileceğini belirtmekte yarar vardır¹⁴¹. Zira suçun vasıtası tabirinin, suçu işlerken kullanılan araç, örneğin adam öldürme suçunda kullanılan tabanca gibi, anlaşılması mümkündür. Oysa suç tipinde gösterilen davranışlar, hareketin vasıtalarıdır. Hareketin gösterilen vasıtaları çeşitli araçların kullanılması suretiyle ortaya çıkabilir. Örneğin iş ve çalışma hürriyetini ihlale yönelik tehdit davranışı silah göstermek şeklinde ortaya konduğunda, hareketin vasıtası tehdit, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru olan tehdit hareketinde kullanılan, bu itibarla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun vasıtası ise silahtır.

765 Sayılı Kanun’da hareketin vasfı şiddet veya tehditle sınırlandırıldığından tahrik, teşvik, hakaret, manevi cebir teşkil edecek dereceye varmadığında bunların hareketin vasfı olarak kabul edilmesi mümkün görülmemekteydi. Vasıfları sınırlandırmak iradesinin sonucu olarak 765 Sayılı Kanun’a mehzaz İtalyan Ceza Kanunu’ndan ayrıca “hileli muameleler” vasıtası çıkarılmıştır. Bu durum “hile” kavramının kesinlikten uzak olduğu, “ikna”dan hangi kıstaslarla ayrılacağının belirli olmadığı fikriyle açıklanmıştır. Fakat muhalifler, hile vasıtasının suçtan çıkarılmasının işverenlere yarayacağını, çünkü şiddet veya tehdit daha çok işçiler tarafından kullanılırken, işverenlerin işçilere karşı genellikle hileyi tercih ettiklerini, bu suretle suçun işverenleri işçilere karşı koruyan bir şekle dönüşeceğini iddia

¹⁴⁰ CENTEL, s: 216

¹⁴¹ ERSOY, s: 110

etmişlerdir. Gerçekten de uygulamada bu fıkra ile cezalandırılanların neredeyse tümüyle işçiler olduğu görülmüştür. Neticede hile vasıtası, en son İtalyan Ceza Kanunu'nda maddeye eklenmiştir¹⁴².

5237 Sayılı Kanun'umuzda ise hareketin vasfı sınırlandırılmakla birlikte, hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebileceğinin öngörülmesi, 765 Sayılı Kanun'da 201inci maddenin ilk şeklinde eleştirilen ifadeye yakın bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Maddenin Tarihçesi başlığı altında 1 numaralı bentte görüldüğü üzere 201inci maddenin ilk şeklinde 1inci fıkra; *“Her kim ihafe veya tehdit veya cebir ve şiddet veya başka suretlerle sınaat veya ticaret serbestisini men ederse bir aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur”* biçimindedir. Burada hareketin vasıtaları bir taraftan tehdit veya şiddetle sınırlandırılırken, diğer taraftan mehzaz kanunda men neticesine ekli olan *“her ne surette olursa olsun”* ifadesi tercüme hatasıyla, *“başka suretlerle”* denilmek suretiyle vasıtalara eklenmiştir. Böylece tehdit veya şiddet vasıtalarının gösterilmesi anlamsızlaşmış, suçun her hangi bir vasıtayla işlenmesi mümkün hale getirilmiştir. 1956 yılındaki tadile kadar hüküm bu haliyle meşru ekonomik yolların ve rekabet uygulamalarının da kavrama dahil olması sebebiyle çeşitli eleştirilere maruz kalmış ve bir taraftan sınırlandırırken diğer taraftan olabildiğine genişleten ifade kullanılması çelişkili kabul edilmiştir.

5237 Sayılı Kanundaki ifade tabi ki bu kadar geniş değildir. Fakat yukarıda izah etmeye çalıştığımız gibi, hiçbir surette hukuka aykırı olmayan hareketler dışında tüm vasıtalarla suçun işlenebilecek olması, kesinlikten uzak, belirsiz bir biçim almasına yol açmaktadır. Bunun sonuçlarına ilişkin ve bu arada cebir ve tehdit kavramlarının ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamaları yukarıda başlıklar halinde yapmış olduğumuzdan tekrar etmiyoruz.

¹⁴² ERSOY, s: 110

b. Netice

Failin ihmali veya icrai hareketi nedeniyle dış dünyada meydana gelen değişikliğe netice denir¹⁴³. Ancak failin hareketi neticesinde ortaya çıkan her netice, bahse konu edilen suç açısından netice sayılmaz. Sadece kanuni tarifte yer alan netice, suçun neticesidir¹⁴⁴. 765 Sayılı Kanun'da, 201inci maddenin 1inci fıkrasındaki suç açısından netice, sanat veya ticaret serbestisini her ne surette olursa olsun tahdit veya men etmektir. 5237 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 1inci fıkrasında ise netice, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmektir.

Birinci bölümde, tahdit veya men terimlerinin anlamını, ardından ihlal terimini açıklamaya çalıştık. Burada özetle ihlal teriminin tahdit veya men etmek kavramlarını da kapsayan fakat bunlar dışındaki ihtimalleri de içine alacak şekilde daha geniş bir anlam ifade ettiğini söylemiştik. Böyle olmasaydı, kanun koyucu tasarılarında yer alan, "engellemek veya ortadan kaldırmak" terimlerini kullanmayı tercih ederdi. Ayrıca madde başlığında kullanılan ihlal terimi, maddenin bütünü dikkate alındığında, her bir fıkrada belirtilen suçların neticelerini kapsarken, ilk fıkradaki ihlal terimiyle, diğer fıkralarda gösterilen neticeler dışında kalan durumların anlatılmak istendiğini tespit etmiştik.

İhlal durumunun her bir şeklini öngörmek ve tek tek saymak pek mümkün görünmemekle birlikte, yukarıdaki açıklamanın, karşısına gelen olayın özelliğine göre ihlal durumunu tespit etmek isteyen yargıca en azından yol gösterebileceğini düşünüyoruz.

Çalışma hürriyetinin ihlal edilmesi için, bir kimsenin iş yapmak veya çalışmak faaliyetini göstermesi yahut bu hürriyetini kullanmak üzere harekete geçmiş olması gerekir. Bu özellik, tahdit ile men karşılaştırıldığında söylenebilecek bir özelliktir. Gerçekten tahditten söz edebilmek için bir kimsenin sanayi ve ticaret faaliyetinde bilfiil çalışması gerekirken, men durumunun oluşabilmesi için bu şart

¹⁴³ DEMİRBAŞ, s:205

¹⁴⁴ DÖNMEZER-ERMAN, s: 381

aranmaz. İşe girmek ya da ticarethane açmak isteyenin engellenmesi durumunda da men hali oluşur.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, maddi bir suçtur. Maddi suçlarda hareketle netice birbirinden ayrıdır¹⁴⁵. Madde 97’de düzenlenen Terk Suçu yahut 125/1de yer alan Sövmeye Suçu gibi şekli suçlarda ise hareket neticeye bitişiktir. Bir suçun maddi mi yoksa şekli bir suç mu olduğunun tespiti teşebbüs bakımından önem taşır. Bu konuya teşebbüs başlığı altında aşağıda değineceğiz.

İhlal durumunun geçici veya devamlı olması, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşması açısından fark yaratmaz. Ancak ihlal durumunun devamlılığı, kesintisiz (mütemadi) suç değerlendirilmesine sebep olabilir. Buna göre incelediğimiz suç muhtemel kesintisiz suçtur. Bu gibi suçların ani olarak işlenmeleri mümkün olmakla birlikte failin hareketi ve neticeyi devam ettirme ihtimali de vardır¹⁴⁶. Bu ihtimal sebebiyle suç “muhtemel kesintisiz suç” olarak anılmaktadır. Bilindiği gibi bir suçun kesintisiz şekilde işlenmiş olması için failin, kendi kusuru ile oluşan neticeye son vermek konusunda fiili iktidarı varken bunu yapmaması gerekmektedir¹⁴⁷. Burada dikkat edilmesi gereken, failin yukarıda belirttiğimiz ihlal neticesine son vermemesi, devam ettirmesidir. Yoksa örneğin bir fabrikanın çalışması birkaç saat geçici olarak engellendikten sonra yeniden faaliyete geçse bile, meydana gelen zararın etkisinin devam etmesi, mesela bu yüzden fabrikanın yaptığı anlaşma hükümlerine göre periyodik olarak teslim etmesi gereken malları bundan sonra hiç zamanında teslim edemeyecek olması hali suçu kesintisiz suç yapmaz.

Suç kesintisiz şekilde işlendiğinde, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun takibi şikâyetle bağlı olduğundan, yapılacak şikâyet, şikâyet anına kadar yapılan fiilleri değil o andan sonraki fiilleri de kapsar. Fakat ilk şikâyet sonuçsuz kalır ve suç işlenmeye devam ederse, ikinci bir şikâyet üzerine yeni bir dava açılmalıdır¹⁴⁸. Şikâyet süresi temadinin bittiği anda başlar¹⁴⁹.

¹⁴⁵ CENTEL, s: 218

¹⁴⁶ DÖNMEZER-ERMAN, s:388

¹⁴⁷ DEMİRBAŞ, s:206

¹⁴⁸ DEMİRBAŞ, s:207

¹⁴⁹ DÖNMEZER-ERMAN, s:390

Suçun kesintisiz suç olmasının diğer sonuçları şöyledir¹⁵⁰.

(1) Temadi olduğu durumlarda, dava zamanaşımı, temadinin bittiği günden başlar.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Dava Zamanaşımı, Madde 66 - (1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; ...

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer.

... (6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar. ...

(2) Kesintisiz suçlarda neticenin sona erdiği andaki kanun lehe yahut aleyhe olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır. (3) Suç kesildikten sonra, fiil yeniden işlenirse bağımsız bir suç oluşur. (4) Davaya bakmaya kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkilidir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Yetkili Mahkeme, (1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

(2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. ...

Suç, dava açıldığında, yakalama veya tutuklama gibi uygulamalarda ve fail mahkûm olduğunda kesilmiş sayılır.

Hareketin suçla korunan hukuki değer üzerinde tehlike yaratması durumu değil de zararın meydana gelmesi yani iş ve çalışma hürriyetinin ihlali neticesi cezalandırıldığından, 117nci maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suç bize göre tehlike suçu değil, bir Zarar Suçudur. Bu niteliği kanunun metninden kolayca

¹⁵⁰ DEMİRBAŞ, s:208

anlaşılmaktadır. 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesi benzer ifadelerle kaleme alındığından aynı değerlendirmenin bu madde için de yapılması mümkün olmasına rağmen 201inci maddenin tehlike suçu olduğu ileri sürülmüş hatta İtalyan Yargıtay'ı başlangıçta bu yönde içtihat oluşturmuştur fakat sonradan bundan dönmüştür¹⁵¹. Bize göre metnin açıklığı karşısında suçun tehlike suçu olduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Bize göre eğer kanun koyucu, 'iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek için cebir veya tehdit kullanan ya da hukuka aykırı başka bir davranışta bulunan kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir' biçiminde bir ifade kullanmış olsaydı, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun bir tehlike suçu olduğunu iddia etmek mümkün olabilirdi. Çünkü bu durumda, korunan menfaatin zarara uğrama tehlikesi cezalandırılacaktı. Bilindiği gibi zarar suçlarında cezalandırılan, korunan hukuki yarar açısından tehlike doğması halidir¹⁵². Bağlayıcı olmamasına rağmen maddenin gerekçesinde de suçun tehlike suçu olduğu yönünde bir ifadeye rastlanmamaktadır. Üstelik gerekçede olsaydı bile, tasarıdaki son değişiklikten önce yazıldığı anlaşılan ve suçun hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebileceğini atlayan gerekçenin mevcut haliyle ciddiye alınabileceğini düşünmek doğru olmazdı. Bunun dışında kanun koyucu 5237 Sayılı Kanun'da, 216ncı maddede olduğu gibi, tehlike suçunu açıkça gösterme yolunu seçmiş görünmektedir. Bu da incelediğimiz suçun tehlike suçu sayılamayacağına işaret eder.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama, Madde 216 - (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ...

¹⁵¹ ERSOY, s: 138-141

¹⁵² CENTEL, s: 219

2. Manevi Unsur

Kast suçun manevi unsurunu oluşturur. Failin neticeyi gerçekleştirmek kastı aranacaktır. O halde iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastı olmaksızın hareket eden failin 117/1 maddesi ile cezalandırılması mümkün değildir. Ancak failin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastı, suç seçimlik hareketli olduğundan her zaman yeterli değildir. Zira bu kastı tespit edilmiş olsa dahi, hiçbir surette hukuka aykırı olmayan bir fiili vasıta olarak kullanmışsa suç oluşmaz. Bu sebeple failin cebir veya tehdidi yahut hukuka aykırı başka bir davranışı kullanması, bunları da kasten yapması gerekir. Fail hukuka aykırı davranışı kastetmiş fakat iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmeyi kastetmemişken bu neticenin doğmuş olması halinde 117/1inci fıkra uygulanamayacaktır.

Bize göre 117/1inci fıkradaki suçun oluşması için failin hangi amaçla hareket ettiğinin önemi yoktur. İş ve çalışma hürriyetini ihlal kastıyla cebir, tehdit yahut hukuka aykırı bir fiil kullanması yeterlidir. Yoksa failin siyasi yahut bir başka amaç taşıması sonucu değiştirmez. Failin özellikle iktisadi bir amaç taşıması gerekmez.

Aksi de düşünülebilir. Nitekim İtalya'da 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 1inci fıkrası için doktrinde ve uygulamada farklı düşüncelerin var olduğu görülmektedir. İtalya'da Yargıtay, karşısına gelen olaylarda failin iktisadi avantajlar elde etmek amacıyla iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek amacını aramasına rağmen, bu bakış açısı İtalyan doktrininde birkaç istisna dışında çoğunlukla kabul edilmemiştir¹⁵³. Doktrinin katılmadığı görüşe göre, “sanayi ve ticaret” kavramları yerine başlıkta, “çalışma” kavramının kullanılması, ekonomik amaca işaret etmektedir. Ayrıca 765 Sayılı Kanunun 201/2nci fıkrasına denk gelen fıkra ile 1inci fıkra arasında sıkı bir ilişki bulunmasının da, 2nci fıkrada belirtilen amaçtan uzaklaşmamayı gerektirdiği söylenmektedir. Bilindiği gibi bahsi geçen ikinci fıkrada emekle sermaye arasındaki ihtilafların düzenlenmesi amacı özellikle gösterilmiştir. Buna göre iş ve çalışma hürriyeti ihlal edildiğinde, “gerek işçiye ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce

¹⁵³ ERSOY, s: 145

kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla” hareket edildiğinde 2nci fıkra, bunun dışında ekonomik bir amaç taşındığında 1inci fıkra, ekonomik bir amaçla hareket edilmediğinde, örneğin siyasi amaçla yahut intikam için hareket edildiğinde, cebir yahut tehdit suçları oluşacaktır.

İncelediğimiz 117nci maddede ise, her şeyden önce, 765 Sayılı Kanun’un 201inci maddesinin 2nci fıkrasına benzeyen son fıkradaki düzenlemede, sözü edilen bu özel iktisadi amaç kaldırılmış, bu amaç doğrudan netice haline gelmiştir. Fıkranın yeni halinde “işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak” amaç değil, tek başına bir suçtur. O halde iki fıkra arasında 201inci maddede amaç bakımından kurulan bağı kurmak mümkün görünmemektedir.

Bunun yanında, Kanunun açıkça amacı öngörmediği durumlarda kendiliğinden amaç aramak yerinde bir hareket olmaz. Bu yönde bir hareket, maddeyi uygulanmaz kılacaktır. Çünkü çoğu zaman kastın varlığının tespiti dahi güçlük arz ederken, failde gizli amacın tespiti çok daha zor ve genellikle imkânsız olacaktır. Ekonomik amacın, netice gerçekleştiğinde karine olarak var olduğunun kabulü de, böyle bir amacının olmadığının ispatını sanığa bırakmak anlamına geleceğinden ceza hukukuyla bağdaşmaz.

117nci maddenin suçun vasıtaları ve netice için “hukuka aykırı başka bir davranış”, “iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden” gibi geniş ifadeler kullandığı durumda, maddenin dar yorumlanmaya çalışılması ve bir takım çıkarımlarla sınırlandırılması, maddenin yapısına da uygun değildir. 117nci madde başlığında ve 1inci fıkra lafzında “iş ve çalışma” ifadelerinin tercih edilmiş olması da failin ekonomik bir amaçla hareket etmesi gerektiğine işaret edemez. Zira fail hangi amaçla hareket ederse etsin, suç oluştuğunda iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilmiş olacağından, amaç bakımından olmasa bile en azından netice bakımından ekonomik özgürlüğe dokunulmuş olacaktır. Bu suçun oluşması için gerekli ve yeterlidir. Diğer bir deyişle suç oluştuğunda suç mutlaka ekonomik bir özellik taşıyacaktır. Çünkü iş ve çalışma hürriyeti zaten ekonomik bir özellik taşır.

Suçun oluşması için ekonomik bir amaç aramanın doğurabileceği olumsuz neticelere örnek olması açısından şu olayı düşünebiliriz. Bilindiği gibi Eğitim ve Öğretimin Engellenmesi fiilleri 112nci maddede düzenlenmiş ve çalışma hürriyetinin ihlalden ayrılmıştır. Bir grup öğrencinin eğitimdeki aksaklıkları protesto etmek amacıyla üniversitenin kapılarını tutmaları halinde 112nci maddedeki suç oluşacaktır. Bu öğrenciler gösteri sırasında çevrede bulunan dükkânların camlarını kırdıklarında, alışverişe gelenleri bölgeden kovaladıklarında ise dükkân sahipleri açısından çalışma hürriyeti ihlal edilmiş olacaktır. Öğrencilerin ekonomik bir yarar sağlamak amaçlarının olmaması sonucu değiştirmemelidir. Aksi düşünülürse, yukarıda belirtildiği üzere 117nci madde bu ve benzeri birçok olayda uygulanamaz olur.

Eğer iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda ekonomik amaç aranırsa, bu olmadığında cebir veya tehdide ve bu arada hukuka aykırı diğer davranışla işlenmiş olduğu durumlarda fiil suç niteliğinde ise, bu suça ilişkin özel hükmün uygulanması gerekecektir. Oysa suçun unsuru oldukları diğer birçok suçta ve iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda cebir ve tehdit kavramlarının, 5237 Sayılı Kanunda düzenlenen cebir suçu ve tehdit suçlarının mahiyetinden farklı anlaşılması gerektiğini yukarıda açıklamaya çalışmıştık. Buna göre ekonomik amaç yok diyerek iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşmadığını düşündüğümüz birçok durumda, kapsamı daraltılmış cebir veya tehdit suçlarının da oluşmadığı ve bu sebeple failin cezalandırılmadığı haller olacaktır. Bu sonucun da kabulü mümkün görünmemektedir.

Netice olarak denilebilir ki, 117nci maddenin 1inci fıkrasında failin amacına bakılmayacak, ister ekonomik isterse siyasi yahut bir başka amaçla olsun, iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastının varlığı halinde fail cezalandırılacaktır.

Siyasi amaçla hareket edildiğinde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluşacağı söylenirken akla gelen bir konuya değinmekte yarar görüyoruz. Siyasi

amaçlı grev, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25inci maddesine göre, genel grev ve dayanışma grevi gibi kanun dışı grevdir.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

Grevin Tanımı; Madde 25 - İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veyahut bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denilir.

Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin iktisadi ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denilir.

Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan greve kanun dışı grev denilir. Siyasi amaçlı grev, genel grev ve dayanışma grevi kanun dışı grevdir. İşyeri işgali, işi yavaşlatma, verimi düşürme ve diğer direnişler hakkında kanun dışı grevin müeyyideleri uygulanır.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyete, milli güvenliğe aykırı amaçla grev yapılamaz.

Kanun dışı grev ve lokavt için bu Kanun'un 70inci maddesinde müeyyide öngörülmüştür. Buna göre;

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

Kanun Dışı Grev ve Lokavt; Madde 70 - Bu Kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmeden grev veya lokavt kararı verenlerle, bunu teşvik edenler, zorlayanlar veya propagandasını yapanlar bir aydan üç aya kadar hapis ve otuzbin liradan seksenbin liraya kadar adli para cezasına mahkum edilirler.

Yukarıdaki fıkrada sözü edilen grev veya lokavt kararının uygulanması halinde; grev veya lokavta karar verenler, böyle bir grev veya lokavta karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devam zorlayan veya teşvik edenler veya bu yolda propaganda yapanlar ile lokavta katılanlar veya devam edenler üç aydan altı aya kadar hapis ve ellibin liradan yüzbin liraya kadar para cezasına mahkum edilirler.

Grev veya lokavt kararı alınmasında gerçekleşmeyen şartlar yalnızca süre veya tebligata ilişkin ise yukardaki fıkralara göre verilecek cezalar üçte birden yarıya kadar indirilir.

Bu maddede belirtilen kanun dışı greve katılanlar veya devam edenler beşbin liradan seksenbin liraya kadar adli para cezasına mahkum edilir

Dikkat edilirse 70inci madde, (1) kanun dışı grev kararının uygulanmadığı ve (2) bu kararın uygulandığı durumu ayrı ayrı ele almıştır.

Buna göre kanun dışı grev kararı uygulanmamışsa (1) kararını verenler, (2) bunu teşvik edenler, (3) zorlayanlar veya (4) propagandasını yapanlar cezalandırılmaktadır.

Kanun dışı grev kararının uygulandığı durumda ise (1) grev kararı verenler, (2) böyle bir greve karar verilmesine veya uygulanmasına veya bunlara katılmaya veya devama zorlayanlar veya (3) teşvik edenler veya (4) bu yolda propaganda yapanlar ile (5) kanun dışı greve katılanlar veya devam edenler cezalandırılmaktadır.

Bu şekilde belirlediğimiz hareketlerin, her ne kadar 2822 Sayılı Kanun'un 70inci maddesindeki suç tipinde korunmak istenen menfaatin ulusal ekonomi ve özellikle çalışma düzeni olduğu kabul edilse de¹⁵⁴, aynı zamanda 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesini de ihlal edecek nitelikte oldukları tartışmasızdır. Birinci durumda, yani kanun dışı grevin uygulanmadığı durumda, 117nci maddedeki suça teşebbüsten söz edilebilecekken, kanun dışı grevin uygulandığı durumda, 117nci madde de ihlal edilmiş olacaktır. Hemen belirtelim, benzer ilişki, 2822 Sayılı Kanun'da düzenlenen ceza hükümlerinin diğer bazıları için de söz konusudur. Örneğin madde 71 de düzenlenen "Uygulanan Grev veya Lokavtın Kanuna Aykırı Olması Suçu", madde 72'de yer alan "Yasak Hallerinde Grev ve Lokavt Suçu", madde 73'deki "Kararlara Tesir Maksadıyla Kanun Dışı Grev ve Lokavt Suçu", madde 74'te düzenlenen "Devletin Şahsiyetine Karşı Grev veya Lokavt Suçu", madde 75'deki Grev veya Lokavtı Erteleme Kararına Uyulmaması Suçu, madde 76'daki "Grev Oylamasında Hile, Tehdit ve Cebir Suçu", madde 77'deki "Grev veya Lokavt Halinde İşyerinden Ayrılmama, Engellemede Bulunma Suçu", madde 78'de

¹⁵⁴ YARSUVAT, Duygun: Çalışma Ceza Hukuku, Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar, Kanunsuz Grev ve Lokavt Suçları, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2476, Hukuk Fakültesi No: 558, Sermet Matbaası, İstanbul 1978, s: 310

yer alan “Grev ve Lokavt Kapsamına Giren İşçilerin Haklarına Uyulmaması Suçu” işlendiğinde, olayın özelliğine göre aynı zamanda 5237 Sayılı Kanun’da bulunan İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali Suçu da işlenmiş olacaktır.

Çalışmamız daha çok bir ceza hukuku çalışması olduğundan, burada 2822 Sayılı Kanun’daki suçları ve kavramları ayrı ayrı incelemek yerine, yeri geldiğinde 117nci maddeyle ilişkilerine değinmeyi uygun bulduk. Geldiğimiz noktada, siyasi amaçlı grev ile 117nci madde arasındaki ilişkiyi açıklarken, 2822 Sayılı Kanun’daki diğer ceza hükümleri için de açıklama yapmış oluyoruz.

Öncelikle 2822 Sayılı Kanun’un bizim için anahtar olan maddesini gösterelim.

2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu

Tekerrür Hali ve Daha Ağır Cezanın Uygulanması; Madde 81 - Bu Kanunun suç saydığı eylemlerin tekerrürü halinde, Kanunda belirlenmiş cezalar üçte birden yarıya kadar artırılarak hükmedilir.

Bu Kanunda suç sayılan fiiller diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirdiği takdirde daha ağır ceza uygulanır.

Bu maddenin 2nci fıkrası açıkça daha ağır cezayı gerektiren diğer kanun hükmünün uygulanacağını söylemektedir. O halde 2822 sayılı Kanun’un düzenlediği suç aynı zamanda 5237 Sayılı Kanun’un çalışmamızın konusunu oluşturan maddesini ihlal ettiğinde hangi düzenlemenin daha ağır cezayı öngördüğüne bakılarak karar verilecektir. Siyasi amaçla grev yapılması halinde de uygulanacak yöntem bu olmalıdır. Bu arada genel değerlendirme olarak belirtelim, 2822 Sayılı Kanun’un 74üncü maddesine dikkat edilmelidir çünkü “Devletin Şahsiyetine Karşı Grev veya Lokavt Suçu” özellik arz eder. Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, milli egemenliğe, Cumhuriyetin niteliğine, Devletin güvenliğine aykırı amaçla grev veya lokavt kararı verilmesi veya uygulanması hallerinde fiilin niteliğine göre failer hakkında bu eylemler başka bir suç oluştursa ve bu arada daha ağır cezayı öngörmekle 5237 Sayılı Kanun’un 117nci maddesi uygulansa bile, 73 üncü madde hükümleri “ayrıca” uygulanacaktır.

Esasen 81inci madde, 2822 Sayılı Kanun'un 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesiyle ilişkisi düşünülerek hazırlanmış değildir. Bu maddeyle getirilmek istenen, örneğin kanun dışı greve zorlamak için kullanılan şiddet fiilinin, müessir fiil boyutuna ulaşması halinde, müessir fiil suçunun cezasının uygulanmasını temin etmektir. Fakat 5237 Sayılı Kanun'un kabulü ile 81inci madde hükmü, kanun koyucunun amacını aşacak bir anlam kazanmış görünmektedir. Böylece 2822 Sayılı Kanun'da yer alan ceza hükümlerinin çoğu uygulanmaz hale gelecektir. Bunun düzeltilmesi için yeni bir düzenleme yapılması gerekliliği açıktır. 81inci madde 5237 Sayılı Kanun'la 2822 Sayılı Kanun arasındaki özel kanun-genel kanun ilişkisinin sonucunu ortadan kaldırmaktadır. Aslında, 5237 Sayılı Kanun'un daha sonraki bir tarihte düzenlenmiş olması da bizi benzer bir sonuca götürebilir.

Nitekim eğer 2822 Sayılı Kanun'un 81inci maddesi olmasaydı yine 5237 Sayılı Kanun'un daha sonra çıkarılmış olmakla öncelikle uygulanması gerektiğini söyleyebilecektik. Bu sonucun, daha hafif cezayı gerektirse bile 2822 Sayılı Kanun'da yer alan suçun, aynı zamanda 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesini ihlal eder nitelikte davranış içermesi halinde geçerli olduğunu belirtmemiz gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında gelinen netice şudur. 2822 Sayılı Kanun'da sayılan ve aynı zamanda iş ve çalışma hürriyetinin ihlali niteliği taşıyan suçlara, bundan sonra 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinde gösterilen müeyyideler uygulanacaktır. Bu sonuca iki yoldan ulaşılabilir. (1) 5237 Sayılı Kanun'un daha genel nitelikte olmasına rağmen sonraki bir tarihte çıkarılması sebebiyle 2822 Sayılı Kanun'dan önce gelmesi; (2) her şeye rağmen özel kanuna öncelik tanınacağı kabul edildiğinde bile 2822 Sayılı Kanun'un 81inci maddesi gereğince, daha ağır cezayı öngören 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin öncelikle uygulanacak olması.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Teşebbüse ilişkin kanun hükmü, 5237 Sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Karşılaştırabilmek açısından aşağıda eski ve yeni hükmü sırasıyla gösteriyoruz.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Birinci Kitap, Beşinci Bap: Cürme Teşebbüs

Madde 61 - (Değişik madde: 03/02/1937 - 3112/1 md.) Bir kimse işlemeği kasdeylediği bir cürmü vesaiti mahsusa ile icraya başlayıp da ihtiyarında olmayan esbabı maniadan dolayı o cürmün husulüne muktazi fiilleri ikmal edememiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında on beş seneden 20 seneye ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on seneden on beş seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza, yarısından üçte ikisine kadar indirilir.

Müteşebbis, cürmün ef'ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır.

Madde 62 - (Değişik madde: 03/02/1937 - 3112/1 md.) Bir kimse işlemeği kastettiği cürmün icrasına taalluk eden bütün fiilleri bitirmiş, fakat ihtiyarında olmayan bir sebepten dolayı o cürüm meydana gelmemiş ise kanunda yazılı olmayan yerlerde fiil ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde müteşebbis hakkında yirmi seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim olduğu takdirde on beş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur. Sair hallerde o cürüm için kanunen muayyen olan ceza altıda birinden üçte birine kadar indirilir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Suçta Teşebbüs; Madde 35 - (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

(2) Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

Teşebbüs hükümlerinin tatbiki, bahse konu suçun teşebbüse elverişli olması halinde mümkündür. Yukarıda görüldüğü üzere, 61 ve 62nci maddelere göre kabahatlerin de düzenlendiği 765 Sayılı Kanun'da ancak cürümlere teşebbüs mümkündür. 5237 Sayılı Kanun'da bu ayrım kaldırıldığından ve kabahatlere yer verilmediğinden, 35inci maddede “işlemeye kastettiği bir suçu” ifadesi kullanılmıştır. Bu surette eğer suç tipi teşebbüse elverişli ise 5237 Sayılı Kanun'un ikinci kitabında yer alan suç için 35inci madde hükmünün uygulanması mümkün olacaktır. Bir suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı tespit edilirken dikkat edilecek ilk husus, teşebbüse ilişkin 35inci maddede gösterilmiştir. İlk fıkra hükmüne göre ancak kastedilen bir suça teşebbüs mümkündür. Taksirle işlenen suçlara teşebbüs mümkün değildir. Zira taksirli suçlarda meydana gelen netice cezalandırılır¹⁵⁵.

İncelediğimiz 117nci maddenin 1inci fıkrasındaki suçun, kasten işlenebilecek icrai bir suç ve ihmal suretiyle icra suçu olduğu tespit edildiğinden, teşebbüse elverişli olduğu söylenmelidir. Aynı sonuca bu suçun maddi bir suç olması yani, netice ile hareketin ayrılabilirdiği bir suç tipi olmasından da ulaşılabilmektedir. Burada bilgi mahiyetinde değinilmelidir ki, tehlike suçları ya da şekli suçlarda, hareket ve neticenin ayrılabilirdiği durumlar dışında, teşebbüs söz konusu değildir. Bu suçlarda hareket ve netice ayrılabiliyor ise sadece eksik teşebbüsten bahsedilebilir¹⁵⁶. Ancak 5237 Sayılı Kanun'da tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı kaldırıldığından diğer durumlar için de geçerli olacak şekilde gerekçede yer alan ifadeye göre, “bu hüküm uygulanırken, somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında ceza belirlenecektir”¹⁵⁷.

Yukarıda incelediğimiz, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halinin düzenlendiği 4üncü fıkrasındaki suç gibi, netice sebebiyle ağırlaşmış suç tiplerine teşebbüs olmaz¹⁵⁸.

¹⁵⁵ ÖZBEK, s: 258

¹⁵⁶ DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s: 130

¹⁵⁷ Gerekçe Metni İçin Bakınız; KOÇ, Cihan: Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolu, Yeni ve Eski Kanun Metinleri ile Birlikte Türk Ceza Kanunu; Kartal Yayınevi, Ankara, Kasım 2004, s: 93

¹⁵⁸ DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s: 129

Burada belirttiğimiz özellikler yanında bir kimsenin 117/1inci fıkradaki suça teşebbüs ettiğinden bahsedebilmek için, kastettiği bu suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerekir. Bu ifadede önem taşıyan iki husus vardır. (1) elverişli hareket (2) doğrudan doğruya icraya başlamak.

Elverişli hareket, 765 Sayılı Kanun'da yer alan "vesaiti mahsusa" teriminin yerini almış görünmektedir. Vesaiti mahsusa elverişli araç demekken, 5237 Sayılı Kanun'da bunun yerine "elverişli hareket" ifadesinin tercih edilmesi, elverişliliğin sadece araç için değil, bununla birlikte suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden elverişlilik aranacağını göstermektedir. Gerekçenin son paragrafında da bu yönde açıklama yapılmıştır.

Eğer fail, cebir veya tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışta bulunup da iş ve çalışma hürriyetini ihlal neticesini elde edememişse, suç tamamlanmadığından, 117/1'de yer alan suça teşebbüs etmiş sayılacaktır. Belirtildiği gibi artık tam-eksik teşebbüs ayrımı kalmadığından, cebir veya tehdit yahut hukuka aykırı davranışın failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamasıyla, tamamlanmasına rağmen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali neticesinin failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemesi durumu arasında isimlendirilmesi açısından fark yoktur. Her ikisi de teşebbüstür. Olayın özelliğine göre, teşebbüs durumunda uygulanacak ceza, hakim tarafından, meydana gelen zarar veya tehlike dikkate alınarak belirlenecektir.

Failin cebir veya tehdit davranışını tamamladığı fakat iş ve çalışma hürriyetini ihlal neticesinin gerçekleşmediği durumda, cebir veya tehdit ile cezalandırılacağını düşünmek doğru olmaz. Bu durum, öldürmek için hareket edip sadece yaralama sonucu doğduğunda, müessir fiil cezası verilmesine benzer. Oysa fail, adam öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmalıdır. Her iki durumda da kast belirleyicidir. Fail iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastıyla hareket ettiğinden, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna teşebbüs etmekten cezalandırılacaktır. Şu düşüncemizi eklemekte yarar görüyoruz; öyle bazı olaylar olabilir ki cebir veya tehdit, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru olacak boyutu aşabilir ve başlı

başına unsurlarıyla birlikte cebir veya tehdit suçunu oluşturabilir. Bu durumda, bu fiillerin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna teşebbüsten ayrı değerlendirilmesinin yerinde olacağı ileri sürülebilir. Örneğin failin, daha önce kızını öldürdüğü kişiye, ‘fabrikayı kapat yoksa kızına yaptığım gibi senin de boğazını keserim’ demesi halinde, mağdurun fabrikayı kapatmadığı durumda, failin sadece iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna teşebbüsten cezalandırılmasının yetersiz olacağı düşünülebilir.

Benzer biçimde suçun hukuka aykırı başka bir davranışla işlenmesi hali de karışıktır. Örneğin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali kastıyla şantaj yapıldığında yahut kasten yaralama ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları vasıta olarak kullanıldığında faile sadece iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna teşebbüsten ceza vermek adil olmayacaktır. Bu suçları, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru olarak değerlendirmemek ve ayrı birer suç olarak dikkate almak daha doğru görünmektedir.

2. İştirak

765 Sayılı Kanun’da, 64 ve 65inci maddelerde asli-fer’i fail ayrımı yapılmışken, 5237 Sayılı Kanun’da bu ayrım kaldırılmıştır. Yeni Kanun’da 37nci maddede ‘faillik’, 38inci maddede ‘azmettirme’ ve 39uncu maddede ‘yardım etme’ düzenlenmiştir.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna iştirak halinden bahsedebilmek için, suça birden fazla kişinin katılmasından başka, diğer bazı şartlar da aranacaktır. Öncelikle katılan her kişinin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı olmalıdır. İştirak eden bir hareketi yapmasaydı bile asli maddi şerik başka şekilde davranarak yine neticeyi gerçekleştirebilecek olsa bile, yine nedensellik bağı var kabul edilecektir¹⁵⁹. Yine suça katılan her kişi için, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçuna iştirak etmek iradesinin varlığı araştırılmalıdır. Böyle bir irade tespit edilemiyorsa kişi suça iştirak etmiş sayılamaz. Ayrıca icra hareketlerine başlanan suçun tüm

¹⁵⁹ DEMİRBAŞ, s: 420

şerikler için aynı olması yani suça katılan her kişinin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu işlemesi gerekir. Bu durum iştirakte bağıllık kuralı olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁰. Bağıllık kuralı 5237 Sayılı Kanun'da 40'ncı maddede gösterilmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Bağıllık Kuralı, Madde 40 - (1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir.

Bağıllık kuralına göre iş ve çalışma hürriyetinin ihlal suçuna iştiraktan bahsedebilmek için, iştirak edenlerin bu suçu kasten ve hukuka aykırı davranışla işlemeleri gerekir. Zaten iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu ancak kasten ve hukuka aykırı bir davranışla işlenmiş olabileceğinden, incelediğimiz suç açısından bu husus 40'ncı maddede belirtilmeseydi bile, bu şartlar aranacaktı. Herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı, iştirak edenlerin cezalandırılmasını önlerken, kişisel nedenler sadece ilgili kimseyi etkiler. İncelediğimiz suç özgü bir suç olmadığından iştirak edenlerin azmettiren yahut yardım eden sıfatı dışında suça katılmış olmaları da mümkündür. Nitelikli hallerden hafifletici nedenler, tüm şeriklere bilseler de bilmeseler de etki edecekken, ağırlatıcı nedenler ancak bilmeleri halinde şeriklere sirayet eder¹⁶¹.

Suçun faili konusuna yukarıda değinmiş olsak da, iştirakin incelenmesi açısından ilgili maddeye ve suçun faili konusuna kısaca yeniden değinmekte yarar görüyoruz.

¹⁶⁰ ÖZBEK, s: 307

¹⁶¹ ÖZBEK, s: 308

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Faillik, Madde 37 - (1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.

117nci maddenin 1inci fıkrasındaki suçu birden fazla kişinin birlikte işlemesi mümkündür. Bu fıkra metninde “kişi” tabirinin kullanılması, aksine bir düşüncenin kabulünü gerektirmez. Zira iştirak hükümleri, suç tiplerinin birlikte hareket ederek ihlal edilmesi durumunda, diğer katılanları da cezalandırabilmek üzere özellikle düzenlenmiştir¹⁶². O halde iş ve çalışma hürriyetini cebir, tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışla birlikte ihlal eden kişilerden her biri fail olarak sorumlu olacaklardır. Fiili bizzat gerçekleştiren kişiler ‘doğrudan fail’dirler¹⁶³.

Doğrudan faillerin birbirlerinin hareketlerinden habersiz olmaları halinde, iştirak hükümlerine gitmeye gerek olmaksızın her biri kendi davranışları ile fail sıfatını taşıyacaklardır¹⁶⁴. Örneğin birbirlerinden habersiz iki kişiden birinin iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek üzere tehdit etmesi, diğerinin aynı netice için cebir kullanmasında olduğu gibi. Bu kişiler ‘yan fail’lerdir.

Failler iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek üzere birlikte cebir kullanmışlarsa, bunlar “birlikte fail”dirler. Bu kişilerden her biri, yukarıda gösterdiğimiz 37nci maddenin 1inci fıkrasına göre fail olarak sorumlu olacaklardır. Burada dikkat edilecek husus, suça katılan kişilerin fail olarak cezalandırılması için suçun kanuni tanımında yer alan hareketin aynısını yapması gerekmemesidir. 37nci maddede böyle olması gerektiğini düşündürecek şekilde ifade kullanılmış olsa da bunun “suçun icrasına katılmak” olarak anlaşılması gerekir¹⁶⁵. Buna göre örneğin makinelerini bozmak için içeri girmek isteyen kişiye önceden anlaştıkları üzere gece

¹⁶² ÖZBEK, s: 274

¹⁶³ ÖZBEK, s: 283

¹⁶⁴ ÖZBEK, s: 283

¹⁶⁵ ÖZBEK, s: 285

gizlice kapıyı açan, makineleri göstermek üzere gezdiren bekçi de fail olarak cezalandırılabilir.

37nci maddenin 2nci fıkrası gereği, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek üzere bir başkasını (ki bu kişi kusur yeteneği bulunmayan, kendisinde cezasızlık sebebi bulunan veya hataya düşürülmüş kişi olacaktır), cebir, tehdit veya diğer bir hukuka aykırı davranış hareketini yapmak üzere kullanan kişi de fail olarak sorumlu olacaktır. Böylece bir başkasını araç olarak kullanan kişinin, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek üzere, bizzat kendisinin cebir veya tehdit yahut hukuka aykırı başka bir davranışta bulunmadığından bahisle cezalandırılmaktan kurtulması mümkün değildir. Araç olarak kullanılan kişi 'dolayısıyla fail'dir. Dolayısıyla failler, kendisini araç olarak kullanan adına hareket etmez ve cezalandırılmazlar. Bu itibarla azmettirilenden farklıdır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Azmettirme, Madde 38 - (1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.

Azmettirme, iştirak hallerinden biri olarak 5237 Sayılı Kanun'da yer almaktadır. İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçuna azmettiren de bu suçun cezası ile cezalandırılacaktır. Tüzel kişilerin cezalandırılmayacağına, sendikaların da bu kapsamda değerlendirileceğine ve eğer sendika yöneticileri tarafından azmettirme söz konusuysa, sadece bizzat azmettiren kişilerin sorumlu tutulabileceğine, Suçun Faili bölümünde değinmiştik.

Bir diğerk iştirak hali 5237 Sayılı Kanun'da Yardım Etme olarak adlandırılmıştır. Bu durum, 765 Sayılı Kanun'da benimsenen fer'i faillik durumuyla örtüşmektedir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Yardım Etme, Madde 39 - (1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

Görüldüğü gibi, ikinci fıkrada sayılan yardım etmek fiilleri, 1inci fıkrada belirtilen indirim uygulanarak failin cezalandırılmasına neden olmaktadır. Hükmün iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda da uygulanması pekâlâ mümkündür. Failde mevcut fakat ortaya çıkmamış olan iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek düşüncesini uyandıran, onu harekete geçirten kişi, teşvik eden olarak cezalandırılacaktır. Burada suç işlemek kararını veren, azmettirmeden farklı olarak failin kendisidir. İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu işlemeye karar vermiş fakat çeşitli sebeplerle uygulayamayan kişiye, bu kararının doğruluğu yönünde telkinde bulunan kişi de cezalandırılacaktır. Bunun gibi 2nci fıkranın b ve c bentlerindeki durumlar da olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilecek ve fail cezalandırılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, c bendinde gösterilen suçun işlenmesi sırasında yardım etmek halinin çoğu olayda doğrudan faillik şekline dönüşebildiğidir. Gerçekten biraz önce verdiğimiz örnekte olduğu gibi, olayın özelliğine göre bekçinin, makineleri bozmak için gelen kişiye, önceden anlaştıkları üzere kapıyı açması, onu gezdirerek

makineleri tek tek göstermesi durumunda, filinin yardım etmek yerine birlikte gerçekleştirmek olarak nitelenmesi mümkündür.

İştirake ilişkin son genel hüküm, 41inci maddede yer almaktadır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme, Madde 41 - (1) İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

(2) Suçun;

a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması,

Hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.

Buna göre fail iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek suçunu işlemekten vazgeçerse, diğer şeriklerin sorumluluğu devam edecektir çünkü icra hareketlerine başlanmıştır. Yardım eden gönüllü olarak vazgeçerse, hareketin netice ile kurulacak illiyet bağıını ortadan kaldırması gerekir. Örneğin, gece işyerine girip makineleri bozması için fabrikanın anahtarını faile veren bekçinin anahtarı geri alması gerekir. Ya da en azından suçun tamamlanmasına engel olmalıdır. Örneğin alarma basmalıdır¹⁶⁶. Azmettiren ise, vazgeçtiğinde asli maddi faili bu suçu işlemek kararından döndürmeli, bunu başaramazsa hiç değilse yetkili mercilere haber vererek icra hareketlerinin tamamlanmasını önlemelidir. Örneğin kalabalık bir işçi grubunu, işyerini işgal etmek üzere toplayıp gönderen sendika yöneticisi, bu surette iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu işlemekten vazgeçtiğinde, grubu vazgeçirmek için gerekli çabayı göstermelidir. Bunu başaramazsa kolluk kuvvetlerine zamanında haber vermelidir. Burada azmettirenin vazgeçtikten sonra gösterdiği çaba önemlidir. Çaba samimi ve yeterli olmalıdır. Aksi halde azmettiren cezalandırılacaktır. Bunu dışında gönüllü vazgeçenin, vazgeçene kadar işlediği fiiller başka bir suç oluşturuyorsa, örneğin 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet edilmişse, bu suçtan cezalandırılacaktır.

¹⁶⁶ ÖZBEK, s: 285

3. Suçların İçtimaı

Suçların içtimaı, tek hareketle birden fazla hukuki değerin yahut farklı hareketlerle tek hukuki değerin ihlal edilmesi halidir¹⁶⁷ ve 5237 Sayılı Kanun'da üç maddede düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla Bileşik Suç (madde 42), Zincirleme Suç (madde 43) ve Fikri İçtima (madde 44)dür.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu,

Bileşik Suç, Madde 42 - (1) Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

Bu hükme göre bileşik suç söz konusu olduğunda içtima hükümleri uygulanmayacaktır. Bileşik suç ise, birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması sebebiyle tek fiil sayılan suç olarak gösterilmiştir. Fiil kavramının ceza hukukunda hareket ve neticeyi kapsayan bir anlama geldiğini bu arada hatırlatalım¹⁶⁸. Bu tanıma göre, 117nci maddenin ilk fıkrasında yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu bir bileşik suçtur. Zira farklı maddelerde bağımsız birer suç olarak düzenlenmiş olan cebir suçu ve tehdit suçu, açıkça gösterilmekle, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru niteliğindedirler. Cebir ve tehdit suçlarını incelerken, 117nci maddede yer alan cebir ve tehdit kavramlarını kapsamları itibariyle suç olarak düzenlendikleri anlamlarından farklı tutmuştuk. Bu durumun, 117/1deki suçun bileşik suç olarak nitelenmesine engel olacağı da düşünülebilir. Bu düşünceden hareketle, esasen fail, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu cebir veya tehdit kullanarak işlediğinde, ayrıca cebir veya tehdit suçundan cezalandırılmayacakken, sarf edilen cebir ve tehdit hareketlerinin anlamlarının kapsamını aşarak, unsurlarını barındıracak surette cebir ve tehdit suçu boyutuna varmaları halinde ayrıca değerlendirileceklerini söylemek mümkün olabilir.

¹⁶⁷ CENTEL, s: 442

¹⁶⁸ CENTEL, s: 445

117/1’de yer alan suçun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla da işlenmesi mümkündür. Bu konuya, hukuka aykırı davranışın anlamı ve kapsamına, hukuka aykırı davranışın suç niteliğinde de olabileceğine yukarıda değinmiştik. O halde diğer bazı suçların iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun vasıtası olarak kullanılması da mümkündür. Acaba bu durumda, yani cebir veya tehdit dışında bir vasıtanın iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek için kullanıldığı durumlarda da içtima hükümleri uygulanamayacak mıdır? Esasen bileşik suçun varlığından bahsedilebilmesi için, vasıta niteliğindeki suçun yasadaki açıkça bir başka suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenmesi gerekir¹⁶⁹. İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun, genel bir ifade ile “hukuka aykırı başka bir davranışla” işlenebileceğinin belirtilmiş olması, vasıta olarak kullanılan her suçun, örneğin şantaj yahut cinsel taciz suçlarının, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru olduğunun açıkça gösterilmiş olduğu anlamına gelebilir mi?

Kanaatimizce iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebileceğinin belirtilmesi, her suçun 117/1inci fıkrada yer alan suçun unsuru kabul edilmesini ve dolayısıyla içtima hükümlerinin uygulanmamasını gerektirmez. Çünkü her şeyden önce bu çeşit bir ifade ‘açıkça gösterme’ sayılamaz. Buna göre her suç için ayrıca ceza verilmesi mümkündür. Böyle bir uygulama özellikle failin iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastıyla hareket ederken kullandığı vasıta suçun ağır neticeler doğurması halinde gerekebilir. Fakat olayın özellikleri dikkate alınarak kimi zaman, vasıta olarak kullanılan suçun, iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun unsuru kabul edilerek failin ayrıca cezalandırılmaması söz konusu olabileceği ileri sürülebilir.

Birleşik suçtan ayrı bir diğer suçların içtimaı hali olan ‘zincirleme suç’, 5237 Sayılı Kanun’un 43üncü maddesinde düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Zincirleme Suç, Madde 43 - (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya

¹⁶⁹ ÖZBEK, s: 316

hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/06/2005 - 5377 S.K./6. md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

Görüldüğü gibi 5237 Sayılı Kanun'da, aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, zincirleme suçtan bahsedilmektedir. Bu durum 765 Sayılı Kanun'un 80inci maddesinde 'kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi' olarak formüle edilmişti. Yeni düzenlemeye göre farklı kanunlarda yer alan suçlar arasında da zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir¹⁷⁰. Yeni düzenlemeye göre, 765 Sayılı Kanun'dan farklı olarak mağdurun aynı kişi olması gerekmektedir. Ayrıca düzenlemede tercih edilen ifade biçimi, zincirleme suçun ancak kişilere karşı suçlar için söz konusu olduğunu düşündürmektedir.

117/1 de yer alan suç için de 43üncü maddenin uygulanması mümkündür. Eğer fail, iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kararını gerçekleştirmek üzere, mağdura karşı bu suçu farklı zamanlarda birden çok işlerse, bir cezaya hükmedilecek fakat ceza arttırılacaktır.

Suçun temel şekli ile nitelikli halleri bir suç sayıldığından, 117nci maddenin diğer fıkraları arasında ve bu fıkralarla linci fıkra arasında zincirleme suç bağı kurulabilecektir. Bu durumda zincirleme suç sebebiyle artırım yapılırken ceza suçun ağır haline göre belirlenir.

117/1inci fıkra düzenlenen suç, seçimlik hareketli bir suç olduğundan, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, failin hareketlerden birden fazlasını yapmasının suçu zincirleme suç yapmayacağıdır. Örneğin fail, iş ve çalışma

¹⁷⁰ ÖZBEK, s: 320

hürriyetini ihlal etmek için cebir kullanmış, bu arada tehdit de etmiş olabilir. Bu durumda suç müteselsil suç olmaz.

İncelediğimiz suç şikayete bağlı olduğundan, şikayet yapılmamış ya da geri alınmışsa bu suç zincirleme suça dahil edilmez. Suç, madde 73'te gösterilen şikâyet süresi geçirildikten sonra şikâyet edilmemiş olacaktır. Bu süre içinde her zaman şikâyet edilebilir. Burada, zincirleme suçun bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi gerektiğinden, aradaki zaman önemlidir. Zira aradan geçen süre birkaç ay gibi uzun bir süreyse, aynı kararın icrası kapsamında olmadığı düşünülebilir. Böylece suçlar arasında zincirleme suç ilişkisi kurulamayabilir. Örneğin aradan 4 ay geçtikten sonra aynı mağdurun iş ve çalışma hürriyeti fail tarafından yeniden ihlal edildiğinde, artık ikinci suçun yeni bir suç işleme kararının icrası olarak değerlendirilmesi daha mantıklı görülecektir. Böylece olayın özelliğine göre, eski suç için geriye kalan 2 ay, yeni suç için ise 6 ay içinde şikâyet edildiğinde fail iki defa ceza alabilecektir.

İş ve çalışma hürriyetini ihlal eden suçlardan bazıları teşebbüs aşamasında kalmışken, biri veya bir kaç tamamlanmışsa, zincirleme suçun tespiti sebebiyle yapılacak artırımda, tamamlanmış suçun cezası dikkate alınacaktır¹⁷¹.

43üncü maddenin 2nci fıkrasında yer alan “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır” hükmü yeni bir düzenlemedir. Bu düzenleme incelediğimiz suç üzerinde etkili olabilir. Uygulamada özellikle hakaret ve sövme suçlarında karşılaşılan bu durum, hukuka aykırı herhangi bir davranışla işlenebilecek olmasından, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu için de söz konusu olabilir. Örneğin iki ayrı kişiye karşı, onların iş ve çalışma hürriyetlerini ihlal etmek kastıyla aynı anda yöneltilen ağır hakaret ve sövme sebebiyle failin bir tek ceza alması gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Mağdurlar ihtimal düşük de olsa, hakaret ve sövmeden aşırı şekilde etkilenmiş ve çalışmamış olduklarında, hakaret ve sövme vasıtasıyla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu

¹⁷¹ CENTEL, s: 461

işlenmiş olacaktır. Bu durumda tek hareketle suç iki mağdura etkili olacak şekilde ortaya çıkmakta ama fail bir defa cezalandırılmaktadır.

43üncü maddenin 29/06/2005 kabul tarihli, 08/07/2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5377 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile değiştirilen 3üncü fıkrasına göre “kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz”.

İncelediğimiz suç açısından önemli olan bir diğer içtima hükmü 5237 Sayılı Kanun’un 44üncü maddesinde yer alan ‘fikri içtima’ hükmüdür.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Fikri İçtima, Madde 44 - (1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

Bu hüküm 765 Sayılı Kanun’dan farklı olarak, farklı kanunların arasında da uygulanabilecektir¹⁷². Farklı kanunlar arasında özel genel norm ilişkisine dikkat edilecektir. Ayrıca hükümde suçtan bahsetmekte olduğundan, aynı zamanda disiplin soruşturması gerektiren bir fiil söz konusuysa fikri içtima uygulanmaz. Aynı suçun temel ve nitelikli şekilleri arasında fikri içtima uygulanamayacaktır. Buna göre çok farklı özellikler içeriyor olsalar da, 117nci maddenin çeşitli fıkraları arasında fikri içtima uygulanmaz.

44üncü madde hükmü, 117nci maddenin linci fıkrasında yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebiliyor olması sebebiyle önemlidir. Zira bu özelliği sebebiyle, çeşitli suçlar vasıtasıyla iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilebilecektir. Bu durumda, fail iş ve çalışma hürriyetini ihlal kastıyla hareket ettiğinde esas olan failin bu suç ile cezalandırılmasıdır. Ancak kanaatimizce vasıta olarak kullanılan suçun, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali neticesinden daha ağır neticelere yol açması yahut bu neticenin daha ağır cezayı gerektiriyor olması halinde, bu ağır neticeden de sorumlu tutulması gerekir. Her

¹⁷² ÖZBEK, s: 331

olayın özelliği dikkate alınarak karar verilecektir. Örneğin yeni filmlerin gösterilmesi için gerekli donanımı satın alıp kuran bir sinemaya, rakip sinema işletmecisi tarafından gece vakti girilerek bu donanımın çalınması halinde, hırsızlık suçundan ceza verilmesi gerekecektir.

Kanaatimiz bu olsa da incelediğimiz suçun hukuka aykırı davranışlar vasıtasıyla işlenebileceğinin hükme bağlanması, genel bir takım çıkarımlarda bulunmayı güçleştirmektedir. Bu sebeple yukarıda belirttiğimiz üzere, şimdilik olayın özellikleri dikkate alınarak karar verileceğini söylemek daha uygun görünmektedir.

E. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler

117nci maddenin ilk fıkrasında yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun yaptırımı, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Buna göre hakimın hapis cezası ile para cezası arasında seçim yapmak imkanı vardır.

5237 Sayılı Kanun'un öngördüğü yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikiye ayrılmıştır. Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar 45inci maddeye göre, hapis ve adli para cezalarıdır. Hapis cezaları ise 46ncı maddede, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası, süreli hapis cezası olarak sayılmıştır. 49uncu maddeye göre bir aydan yirmi yıla kadar olan hapis cezaları süreli hapis cezası olarak nitelenmiş ve bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılmıştır. 50nci maddeye göre, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezası gibi çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilebilmektedir. Ancak incelediğimiz suçta olduğu gibi, suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez. Kısa süreli hapis cezaları için öngörülen seçenek yaptırımlardan diğerleri, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iadesi, tazmin suretiyle tamamen giderilmesi veya suçtan önceki hale getirmedir.

51inci madde hükmü, iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezasının, maddede sayılan çeşitli şartlarla ertelenebileceği yönündedir. İncelediğimiz suçun cezasının üst sınırı iki yıl olduğuna göre, bundan dolayı verilecek cezanın da, artırım sebebiyle ceza bu süreyi aşmadığı müddetçe, ertelenmesi mümkün görünmektedir. Erteleme halinde cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz. Bu süre içinde mahkûm için 51inci maddede sayılan yükümlülüklerden birini yerine getirmesine karar verilebilecektir. Denetim süresi uygun şekilde dolduğunda, ceza infaz edilmiş sayılır.

Adli para cezası ise 52nci maddede düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Adli Para Cezası, Madde 52 - (1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.

(2) En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir.

(3) Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

(4) Hakim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödenmesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

Görüldüğü gibi hakim, 117/1 hükmüne aykırı olarak iş ve çalışma hürriyeti ihlal edildiğinde, hapis cezası yerine adli para cezasını tercih ederse, 5 ila 730 güne kadar bir gün sayısı belirleyecek, bunu failin ekonomik ve diğer şahsi hallerini göz önünde bulundurarak 20 ila 100 YTL arasında belirlediği günlük adli para cezasıyla

çarparak cezanın bütününe belirleyecektir. 730 gün, 117/1 fıkrasında yer alan cezanın üst sınırı ile örtüşmektedir. Yani 2 yıldır. Adli para cezası, hapis karşılığı olmadığından, hakim para cezasını taktir ederken “acaba faile kaç gün hapis verirdim?” diye düşünerek gün sayısını belirlemesi gerekmez. Diğer bir deyişle, hapis cezası verseydi 1 yıl ceza vereceği faile, 2 yıla eşit 730 gün belirleyip bunu tespit ettiği günlük para cezasıyla çarpması mümkündür.

58inci maddenin 2/b bendinde, beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla tekerrür uygulanmaz denildiğinden, 117/1inci fıkrada yer alan suç için tekerrür hali üç yıl ile sınırlandırılmıştır. Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur. 58inci maddenin 3üncü fıkrasında yer alan bu hüküm gereği, eğer 117/1inci fıkra göre iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu işlendiğinde tekerrür söz konusuysa, adli para cezası verilemeyecek, zaruri olarak hapis cezası uygulanacaktır.

Ağırlaştırıcı sebeplere geçmeden önce faile verilecek temel cezanın belirlenmesinde 5237 Sayılı Kanun’un 61inci maddesinin uygulanacağını belirtelim. Genel bir konu olduğundan ayrıntılarına girmeden geçiyoruz.

İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunu ağırlatan sebepler 119uncu madde yer alan Ortak Hüküm’de düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Ortak Hüküm, Madde 119 - (1) Eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali ile iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçlarının;

a) Silahla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdıkları korkutucu güçten yararlanılarak,

e) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Görüldüğü gibi iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçunun her biçimi için, maddede a, b, c, d ve e bentlerinde sayılanlar, cezanın bir kat arttırılmasına sebep olmaktadır. O halde iş ve çalışma hürriyeti 117/1 fıkrası kapsamında ihlal edildiğinde, verilecek cezanın dört yıla kadar çıkması mümkündür.

Son fıkra, iş ve çalışma hürriyeti ihlal edilirken, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleşmesi halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin ayrıca uygulanacağını belirtmektedir. Böyle bir düzenleme, maddede sayılan suçların, bu arada iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun, cebir kullanmak vasıtasıyla işlendiğinde cezalandırılacağını hükümlerin tümünde yer almasından olmalıdır. Oysa bu suçların hukuka aykırı başka davranışlarla işlenebilecekleri de düzenlenmiştir. Bu ifade, adı geçen suçların cebir dışında kasten yaralama suçu vasıtasıyla işlendiklerinde de cezalandırılacakları anlamına gelmektedir. Bu iki durum, yani suçların hiç değilse bazı biçimlerinin hukuka aykırı bir davranışla işlenebilecek olmaları ve eğer kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtilmiş olması, fail sayılan suçları kasten yaralama suretiyle işlediğinde, eğer kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmezse, ayrıca kasten yaralama hükümlerinin uygulanamayacağı anlamına gelir gibidir. Buna göre böyle durumlarda sadece sayılan suçlardan ceza verilir. Örnekle açıklamak gerekirse, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, kasten yaralama suçu vasıta olarak kullanılmak suretiyle işlenirse, sadece iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan ceza verilebilecek sonucu çıkmaktadır. Fakat bu durumda, fikri içtima hükmü dikkate alınmalıdır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Kasten Yaralama, Madde 86/1 Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü gibi kasten yaralama suçunun ilk fıkrasındaki hali, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçundan daha ağır cezayı gerektiren bir suçtur. Bu sebeple olayın özelliğine göre faile fikri içtima gereği, iş ve çalışma hürriyetine ihlalden değil, kasten yaralamadan ceza verilebilecektir. Ancak kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri gerçekleşmişse, her iki suçtan da ceza verilecektir.

Ancak biz, yukarıda çeşitli defalar değindiğimiz gibi, diğer suçları iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun unsuru haline getirmenin adil olmayan sonuçlara yol açabileceğini, bu sebeple çoğu zaman her iki suçtan ceza vermenin yerinde olacağını düşünüyoruz.

İş ve çalışma hürriyetini ihlal suçundan verilecek ceza tespit edilirken 5237 Sayılı Kanun'un 62nci maddesinde yer alan takdiri indirim nedenleri dikkate alınarak ceza altıda birine kadar indirilebilir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Takdiri İndirim Nedenleri, Madde 62 - (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

F. Kovuşturma

5237 Sayılı Kanun'un 117/1inci fıkrasında yer alan suçun takibi, yeni ifade biçimini ile soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır. Bu hükümde "mağdurun şikâyeti halinde" denilerek, açıkça gösterilmiştir. şikâyetle ilişkin genel hüküm 73üncü maddede yer almıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Soruşturulması ve Kovuşturulması şikâyetle Bağlı Suçlar, Uzlaşma, Madde 73 - (1)
Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

(3) şikayet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

(4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyetle bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

(5) İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

(6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

(7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

(8) Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürölmesine karar verilir.

Soruşturma, suçun öğrenilmesiyle iddianamenin kabulüne kadar olan devreyi, kovuşturma ise iddianamenin öğrenilmesiyle hükmün kesinleştiği ana kadar olan devreyi ifade etmektedir¹⁷³. şikâyet süresi 6 aydır ve fiilin ve failin öğrenildiği andan

¹⁷³ ÖZBEK, s: 488

başlar. Dava zamanaşımının geçmemiş olması gerekir. Bu süre, 5237 Sayılı Kanun'un 66 ve 67nci maddelerinde gösterilmektedir. Kanunda aksi yazılı olmadıkça vazgeçme davayı düşürür fakat kesinleşen hükmün infazını engellemez. Sanık vazgeçmeyi kabul etmezse, vazgeçme etkili değildir.

Son fıkrada düzenlenen Uzlaşma Kurumu ceza hukukumuzda 5237 Sayılı Kanun'la girmiştir. Buna göre, 117/1'de yer alan iş ve çalışma hürriyeti ihlal suçu şikâyetle bağlı bir suç olduğundan uzlaşma yoluna başvurulması mümkündür. Fail suçu kabul eder, doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını öder veya giderirse uzlaşma olabilir. Mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaşmalı ve uzlaşma Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptanmalıdır. Böylece kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.

Bu kısımda takibi şikâyetle bağlı suçlar dışında mağdurun rızasının failin sorumluluğunu etkilemeyeceği kabulünden¹⁷⁴ hareketle akla gelen bir konuya, her ne kadar suça etki eden bir neden olmayıp, hukuka uygunluk sebeplerinden sayılsa da değinmek istiyoruz. 765 Sayılı Kanun'da genel bir hüküm olarak düzenlenmemiş olan mağdurun rızası mefhumuna, 5237 Sayılı Kanun'da "Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası" başlıklı 26ncı maddede yer verilmiştir. Buna göre;

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası, Madde 26- (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

Gerekçeye göre, rıza durumunda mağduriyetten söz edilemeyeceğinden, mağdurun rızası yerine, ilgilinin rızası ifadesi tercih edilmiştir. Yine gerekçede, rızanın etkili olabilmesi için, rızanın fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlendiği sırada açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Hak sahibinin fail hareketi gerçekleştirirken bu şartları bilseydi rızasını verecekti diyebiliyorsak buna mefruz

¹⁷⁴ DEMİRBAŞ, s:247

rıza denilmektedir ve bu çeşit rıza da geçerlidir. Rıza açık veya kapalı, yazılı veya sözlü olabilir. Temyiz kudreti olan kişilerin rıza beyanı geçerli kabul edilir. Ancak rızanın zorla veya kandırma ile alınmamış olması gerekir¹⁷⁵.

Bilindiği gibi iş ve çalışma hürriyeti, uluslararası kaynaklarla da korunan anayasal bir haktır. Kişiler bu haklarını özgürce kullanabilir ve üzerinde mutlak surette tasarruf edebilirler. Buna göre kişiler çalışıp çalışmamakta, çalışacakları işi, işvereni, yeri, koşulları seçmekte özgürdürler. Ancak bu özgürlük de diğer insanların özgürlük alanıyla sınırlıdır. Diğer bir deyişle, kişinin bir hak veya özgürlük üzerindeki tasarruf yetkisi, bu hak veya özgürlüğün, buna sahip olan kişi dışında kimseleri ilgilendirmeye başladığı ölçüde sınırlanır.

5237 Sayılı Kanun'un da mağdurun rızası konusunda bu düşünceden hareket ettiği söylenmelidir. Bu yüzden, genel hüküm mahiyetindeki 117/1inci fıkranın takibi şikâyete bağlanmış ve kişiye iş ve çalışma hürriyeti konusunda tasarruf yetkisi verilmişken, diğer fıkralarda düzenlenen suçların konusunun bireyden uzaklaştığı düşünülmüş olmalıdır ki bu suçların takibi şikâyete bağlı tutulmamıştır. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu; sömürü suçu, sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu, işin durmasına neden olma suçu şeklinde ortaya çıkarsa, mağdurun rızası bir şey ifade etmez.

III. SÖMÜRÜ SUÇU

A. Genel Olarak

Bizim sömürü suçu olarak adlandırdığımız suç, 5237 Sayılı Kanun'un 117/2nci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 117/2- Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir

¹⁷⁵ ÖZBEK, s:204

ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir.

Sömürü suçu, Türk Ceza Kanunu'na yeni girmiş bir suçtur. Yürürlükten kalkan 765 Sayılı Kanun'da benzeri bir düzenleme bulmak mümkün değildir. Tamamen yeni bu hükmün, uzun bir ifade ile kaleme alınan metni içinde hareket gibi görünen iki farklı netice üzerinden, iki ayrı suç tespit edilebilmektedir. Farklı neticelerden biri, (1) kişi veya kişileri ücretsiz veya düşük bir ücretle çalıştırmak, diğeri ise (2) kişiyi insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmaktır. Bu tespite göre incelediğimiz suç, seçimlik sonuçlu suç¹⁷⁶ görünümündedir. Biz aşağıda bu iki neticeyi sömürü suçu adı altında birlikte incelemeye çalışacağız.

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Sömürü suçuyla korunan hukuki değerın genel olarak iş ve çalışma hürriyeti olduğu tartışmasızdır. Bu sebeple iş ve çalışma hürriyetini açıklamaya çalışırken yaptığımız açıklamalar geçerlidir. Fakat burada, iş ve çalışma hürriyetinin özellikle bir kısmının himaye altına alınmak istendiğı metinden anlaşılır. Korunan, uygun bir ücretle, uygun koşullarda çalışma hakkıdır.

İş ve çalışma hürriyetini açıklarken, bu hürriyetin bağımlı ve bağımsız çalışma hürriyeti olarak ikiye ayrılabilceğinden bahsetmiştik. Sömürü suçu kaleme alınırken “çalıştırmak” ifadesinin kullanılmış olması ve korunan menfaatin uygun ücret ve çalışma koşullarıyla sınırlı tutulması, hükümde korunan menfaatin doğrudan bağımlı çalışma hürriyetiyle ilgili olduğunu, bağımsız çalışma hürriyetinin kapsam dışında tutulduğunu göstermektedir. Ücret, işçinin işverene bağı, onun talimatına uygun olarak gördüğü işin, yaptığı çalışmanın karşılığıdır. Ücret ödeme borcu işverene veya ilgili üçüncü kişilere aittir. Çalışma koşulları ise, işçinin çalışırken

¹⁷⁶ CENTEL, s: 218

muhatap olduğu fiziki koşullarla, çalışma süresini ifade eder. Bu koşulların uygunluğunu sağlamak ve denetlemek işverene düşer.

Fıkırada, “çalışma ve konaklama koşulları” deniliyor olsa da burada çalışmaktan bağımsız bir konaklamanın kastedildiğini sanmıyoruz. Zira hükmün bütünü iş ve çalışma hürriyetiyle ilgilidir. Ayrıca “ve” bağlacı her iki durumun birlikte olması gerektiğine işaret eder. Fakat aynı sebeple, sadece insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma koşullarına tabi kılmak, konaklama koşullarını iyi tutmak durumunda suç oluşmayacakmış gibi bir anlam da çıkarılabilmektedir. Fakat bunu bir ifade yanlışlığı olarak değerlendirmek ve çalışma koşullarının uygun olmaması halinde suçun tamamlanacağını kabul etmenin kanun koyucunun niyetine uygun olacağı fikrindeyiz.

Bu hükümle uygun ücret ve uygun çalışma koşulları korunurken aşağıda açıklamaya çalışacağımız üzere, mağdura ilişkin öngörülen bazı özellikler maddenin etki alanını sınırlandırmaktadır. Suçun, çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiği belirtildiğinden anlaşılan odur ki, mağdur çaresiz, kimsesiz ve bağlı olmalıdır. Bu özelliğe olmayan kişi ya da kişilerin ücretsiz olarak yahut sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılması suç oluşturmayacaktır. Buna göre korunan, esasen herkesin sahip olduğu uygun ücret karşılığında, uygun koşullarda çalışma hakkı değildir. Çaresiz, kimsesiz ve bağlı kişilerin uygun ücret ve koşullarda çalışma haklarıdır.

C. Fail ve Mağdur

1. Suçun Faili

Suçun faili hükümde “kimse” olarak belirtilmiştir. Bu söylem de “kişi” tabiri gibi, bir özellik arz etmez. Bu sebeple her hangi bir kişi suçun faili olabilir. Failin birden çok kişi olması mümkün olduğu gibi, bu durumda aralarında bir anlaşma bulunması da gerekmez. Fail yabancı veya Türk, kadın veya erkek, devlet memuru veya bir kamu görevlisi veya tüzel kişi yöneticisi olabilir. Ancak tüzel kişilerin ceza

sorumluluğunun olmadığı görüşü kabul gördüğünden, failin bir gerçek kişi olması gerektiği söylenebilir.

Dikkat edilirse, kimse olarak nitelenen failin “çalıştıran” yahut “çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan” kimse olması özellikle vurgulanmıştır. Esasen bu suçun hareket unsurunu ifade ediyor gibi görünse de, acaba buradan hareketle failin özel bir niteliğe sahip olması gerektiği sonucu çıkarılabilir mi? Örneğin işveren sıfatı taşımalı mıdır? Bize göre bu çeşit bir çıkarım her şeyden önce suçun etki alanını daraltması bakımından yerinde olmayacaktır. Ayrıca birilerini çalıştıran her kimse işveren olarak nitelenemez. Mesela suçta öngörüldüğü üzere bir kişiyi ücretsiz çalıştıranı işveren olarak nitelemek yersizdir. Zira ücret unsuru olmadan bir iş sözleşmesinden, iş sözleşmesi olmadan işçiden, dolayısıyla da işçi çalıştırmadan işverenden bahsedilemez. Yine çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan herkesin işveren olacağını düşünmek de yanlış olur. Her hangi bir kişi de bir diğer kimseyi doğrudan çalıştırmadan bu koşullara tabi kılmış olabilir. Bu itibarla failin, metinden çıkarılabilecek özel bir niteliği olduğunu da zannetmiyoruz.

2. Suçun Mağduru

Mağdur da fail gibi her hangi bir kişi olabilir. Fakat suçun, kişi veya kişilerin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiği öngörüldüğünden, her hangi bir kişi olabilecek bu mağdurun çaresiz, kimsesiz ve bağılı olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlar mağdurda aranacak özelliklerdir. Eğer mağdur çaresiz, kimsesiz ve bağılı değilse, netice gerçekleşmiş olsa da faili cezalandırmak mümkün görünmemektedir. Çünkü suçun vasıtası, mağdurun bu özelliklerini sömürmek olarak belirlenmiştir. Bu özellikler mağdurda olmazsa, suçun maddi unsuru eksik olacağından, sömürü suçundan bahsedemeyiz. O halde mağdurda aranan bu özelliklerin ne anlama geldiğini araştırmamız gerekecektir.

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki hukuka ilişkin kaynaklarda bu kavramlara ilişkin bir açıklamaya rastlanmamıştır. Zira bu çeşit bir düzenleme kanunda ilk defa yer almaktadır. Çaresizlik, kimsesizlik ve bağıllık kavramları

kişilerin içinde bulunduğu tüm dışsal ve içsel özelliklere bağlı, kişisel algılarla doğrudan ilintili, belirsiz, karışık, değişken, öngörülemez kavramlardır. Bu kavramların her biri belki ayrı bir çalışma konusunu oluşturabilecek kadar geniş ve önemlidir fakat bu çalışma doğrudan hukukla ilgili olamaz. Belki psikoloji, sosyoloji yahut psikiyatri biliminin çalışma konusu olabilir. Bu sebeple, sözü edilen kavramlara ilişkin açıklama yapmaya çalışmak oldukça zordur. Bize göre ceza kanunda düzenlenen bir hükümde bu çeşit kavramların kullanılması kabul edilemez. Bir an evvel değiştirilmelidir.

Buna rağmen, kanun koyucunun böyle bir hükme yasada yer verirkenki iradesine değinmek yararlı olacaktır. Bunun için öncelikle gerekçeye bakmak yerinde olur. Sekiz paragraftan oluşan Gerekçenin 3üncü, 4üncü ve 5inci paragrafları bu hükme ait açıklamalar içermektedir. Gerekçenin tamamı şu şekildedir.

*GEREKÇE:*¹⁷⁷

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

(İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Madde 117)

Anayasamızda herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip bulunduğunu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğunu açıklanmıştır. Bu suç tanımı ile, söz konusu temel hürriyetin güvence altına alınması amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, iş ve çalışma hürriyetinin engellenmesi suç olarak tanımlanmıştır. Suçun oluşması için, bu engellenmenin cebir veya tehdit kullanılarak yapılması gerekir. Bu fıkradaki suçun soruşturma ve kovuşturması şikâyetle bağlıdır.

Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen durumlar içinde bulunan kimseleri rızaları ile de olsa, sömürerek insan onuruna aykırı biçimde ve koşullar altında çalıştırmak suç haline getirilmiş ve böylece Devletin Anayasada belirtilen sosyal devlet olmak niteliğini koruyan ve vurgulayan değerlerden çok önemli birisi ceza himayesi altına alınmıştır.

İş ve çalışma hürriyetinin kullanılmasında kişilerin insan onuruna uygun koşullar içinde çalıştırılmaları esastır. Demokratik toplum kişilerin çaresizliğinin sömürülmesine dayalı bir serbest piyasa sisteminin uygulanmasıyla, elbette ki, bağdaşmaz. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır.

İkinci fıkarda yer alan suç, kişilerin sömürülmesini engellemek amacını taşımaktadır. Kimsesiz, çaresiz veya belirli kişilere çeşitli nedenlerle bağımlı kişi, onun bu

¹⁷⁷ ERALP, s:267

halinden yararlananlar sömürücü kişiler tarafından insanlık dışı durumları kabule veya bazı koşullara katlanmaya sevk edilebilmektedir.

Bu gibi fiilleri önlemek amacı ile maddenin üçüncü fıkrasında, kişileri ikinci fıkrafta belirtilen duruma düşürmek üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakil fiilleri de suç sayılmıştır. Kişileri, ikinci fıkrafta belirlenen hale düşürmemek için söz konusu hazırlık hareketlerini cezalandırmak yerindedir.

Maddenin dördüncü fıkrasında ayrı bir suç tanımına yer verilmiştir.

Söz konusu suçun oluşması için, cebir veya tehdit kullanılarak, işçi veya işverenlerin ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlanması ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olunması gerekir.

Yeri gelmişken gerekçenin içerik, ifade, dil bilgisi bakımından birçok yerde eksik veya yanlış olduğunu belirtelim. Gerekçede çeşitli defalar vurgulandığı üzere, kişilere insan onuruna uygun çalışma ortamı sunulması prensibinden hareket edilmektedir. Bu arada serbest piyasa sisteminin zaaflarına ve sosyal devlete gönderme yapılmıştır. Buna göre ekonomiye egemen olan serbest piyasa sistemi içinde, sosyal nitelikteki devlet, kimsesiz, çaresiz veya belirli kişilere bağımlı kimselerin sömürülmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan hükmün düzenleniş amacı bireysel olmaktan çok sosyal nitelik taşımaktadır. Fakat kanaatimizce bu amaç ile sosyal devlet arasında kurulabilecek ilişki, devletin çaresiz, kimsesiz ve bağımlı kişilerin sömürülmesini bir ceza hükmüyle önlemekten çok, bu nitelikteki kişilerin var olmasını engelleyecek tedbirleri almak olabilir. Bu düşünce atlanmış görünmektedir.

Diğer taraftan, yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, kişilere karşı suçlar adı altında, hürriyete karşı suçlar içinde düzenlenmekle, esasen bireyin iş ve çalışma hürriyeti ile ilgilidir. Tabiidir ki birey üzerinden korunan hukuki yarar, sosyal düzeni temin amacına da hizmet eder. Fakat bu özellik her suç için geçerlidir. Bu sebeple suçun kolektif çalışma hürriyetini koruduğunu söylemek yerinde olmaz. Kanaatimizce gerekçenin bu önermeler temelinden yapılması yerinde olmamıştır. Üstelik gerekçe, anlamını belirlemeye

çalıştığımız kavramlar açısından hiçbir açıklama içermemektedir. Bu bakımdan da yetersizdir.

Yetersizliğine rağmen, maddenin ve gerekçenin metninden şu sonuca ulaşılabilmektedir. Kanun koyucu, çalışma hürriyetini ve buna bağlı uygun ücret ve koşullarda çalışma hakkını kullanırken, hür ve serbest iradesiyle hareket edemeyecek kimselerin sömürülmesine engel olmak istemektedir. Fakat metinde, bu kişilerin sömürülmek suretiyle sömürülmesi gibi garip bir sonuç çıkmaktadır. Sömürünün ilk biçimi belirsizken, son biçiminin, ücretler ve çalışma koşulları üzerinde gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Bize göre kanun koyucunun niyeti ve kabulü iyi fakat yöntemi, bunu ifade ediş biçimi yanlıştır.

Bir defa, hükmü düzenlerken öylesine muğlâk ifadeler kullanmıştır ki bunun amacını aşan sonuçları olabilir. Şöyle ki; bilindiği gibi Türkiye’de ücretsiz aile işçiliği oldukça yaygındır. Hüküm bu haliyle, bunları dahi kapsayacak kadar geniş yorumlanabilir durumdadır. Yine ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşullar sebebiyle, sigortasız ve asgari ücretten düşük ücretle çalışan, sayıları yüz binlerle ifade edilebilecek kişileri çalıştıranların da cezalandırılması gerektiği ileri sürülebilir¹⁷⁸. Diğer bir örnekte, örneğin üniversite sınavına hazırlanan liseyi bitirmiş bir gencin, evde çalışma ortamı bulamadığı için bir doktor yazıhanesinde telefonlara bakmak suretiyle oturup çalışmak isteğini geri çevirmeyen bir doktorun da cezalandırılacağı düşünülebilir. Örnekleri arttırmak mümkündür.

Aslında, ücretsiz veya düşük ücretle çalışan, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına katlanan hiç kimsenin, çaresiz olmadığını düşünmek mümkün değildir. Çünkü akli salim, temyiz kudretine sahip her insan, (mevzu bahis eğlenmek, dinlenmek, öğrenmek, vakit geçirmek veya yardım amaçlı çalışmak değilse ki değildir) eğer çaresiz değilse, iyi koşullarda ve uygun ücretle, insan onuru ile bağdaşır şartlarda çalışmayı ister. O halde hükümde öngörülen koşullarla çalışan kimseye, çaresiz, kimsesiz ve bağımlı gibi bir takım tespiti güç

¹⁷⁸ CENTEL, Tankut: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, Çimento İşveren Dergisi, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayın Organı, Cilt 19, Sayı 5 Eylül 2005, s: 7

özellikler biçmek, hükmü uygulanamaz kılmaktan öteye gidemez. Üstelik maddede tespiti güç olan ifadeler sadece bunlarla kalmamakta, aşağıda netice kısmında değineceğimiz üzere, “düşük ücret”, “insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulları” gibi tartışmalı kavramlar da kullanılmaktadır.

Açıkladığımız nedenlerle, bize göre, mağdurun sahip olması gerektiği ve hatta “ve” bağlacı sebebiyle, birlikte sahip olması gerektiği anlaşılan çaresizliğe, kimsesizliğe ve bağılılığa ilişkin ifadenin maddeden çıkarılması gerekmektedir.

Bundan sonra mağdura ilişkin değinilebilecek bir diğer konu, hükmünde “kişi veya kişileri” tabirinin kullanılmasıdır. Bu ifade biçiminin de yanlış olduğu kanaatindeyiz. Kişi denilmesi yeterlidir. Kişi veya kişiler tabirinin kullanılması, suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde her zaman tek bir suç oluşacağı anlamına gelebilecektir ki bu kanun koyucu tarafından da istenmeyen bir sonuç olacaktır. Zaten suçun, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmaya ilişkin kısmında sadece “kişi” den bahsedilmesi, “kişiler” tabirinin hata sonucu kullanıldığına işaret eder niteliktedir.

Ayrıca “bu durumda bulunan kişi” ifadesinin de hangi durumu kastettiği açık değildir. Acaba kastedilen, (1) “çaresiz, kimsesiz ve bağı” kişi midir yoksa (2) “çaresizliği, kimsesizliği ve bağılılığı sömürülmek suretiyle ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılan” kişi midir? Açık olmamasına rağmen biz birinci ihtimale göre hareket ettik.

Ç. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsur

a. Hareket

Madde metni, neticeyi meydana getirecek hareketin, “kişi veya kişilerin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek” olduğunu söylemektedir.

Ancak esasen “sömürmek” bir hareket değil, bize göre suçun en genel neticesi olmalıdır. Bu sebeple suça isim verirken, bir kimsenin ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılması veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınması neticelerinin sonucunun, o kimseyi sömürmek olduğu düşüncesinden hareket ettik ve suça sömürü suçu adını verdik. Fakat söylediğimiz gibi madde metni aksi yöndedir.

Aksini kabul edip, sömürmek kavramını suçun hareket unsuru sayarsak, yeni bir belirsizliği daha karşılamamız gerekecektir. Buna göre, bir kimsenin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek ne demektir? Ne çeşit bir hareket gerektirir? Bunu önceden kestirmek pek mümkün olmasa da bize göre aslında hükümle öngörülen, mağdurun ikna edilmiş olmasıdır. Yani mağdur, failin ikna hareketleri ile suça öngörülen neticelere rıza göstermiştir zira çaresizdir. Hatta belki fail ikna için çaba bile sarf etmemiş olabilir. Mağdur neticeyi karnını doyurmak adına kendiliğinden kabul etmiştir. Bu anlayışı gerekçede de bulmak mümkündür. Gerekçenin üçüncü paragrafında, “Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen durumlar içinde bulunan kimseleri rızaları ile de olsa, sömürerek insan onuruna aykırı biçimde ve koşullar altında çalıştırmak suç haline getirilmiş...” denilmektedir. Şimdi bunun, yani sömürmenin suçun neticesi değil fakat maddi unsuru olduğu halin olumsuz sonucuna değinelim.

Sömürmeyi suçun maddi unsuru kabul ettiğimizde, örneğin cebir, tehdit yahut hile gibi fiilleri bundan ayrı tutmamız gerekir. Çünkü bunlardan cebir veya tehdit sömürmek değil zorlamak, hile de kandırmak olarak tarif bulur. Belki cebir veya tehdit yahut hile hareketi sonucu kişinin örneğin ücretsiz çalıştırılması onun sömürülmesi olacaktır ama böyle bir olayda sömürmek suretiyle sömürmek değil, zorlamak ya da kandırmak suretiyle sömürmek hali vardır. Sömürmek suretiyle sömürmek hali ancak mağdurun çeşitli nedenlerle, örneğin hükümde gösterildiği gibi çaresizliği, kimsesizliği veya bağıllığı sebebiyle bu duygularının sömürülmesi ile duruma rıza göstermesi sonucu ücretsiz çalışması halinde söz konusu olabilir. O halde mağdurun zorlanması ya da kandırılması gibi, rıza göstermesi durumu dışındaki haller, hükmün kapsamına girmeyecektir. Bunun sonucunda ise bir kimseyi

cebir veya tehdit ya da hile ile ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran kişi bu fıkra hükmü ile cezalandırılmayacaktır. Peki ya neyle cezalandırılacaktır?

Akla hemen üç ayrı hüküm gelir. Bunlardan biri 117/1 hükmü, diğeri cebir veya tehdit hükümleri ve sonuncusu insan ticaretinin düzenlendiği 80inci madde hükmüdür. Sonuncusundan başlayalım. 80inci madde dikkatle okunursa zorla çalıştırmak değil, bu amaçla insan ticareti yapmanın cezalandırıldığı görülecektir. Ayrıca bu hükmün uluslararası suçlar kısmında yer alması da her olayda uygulanmasına engeldir. O zaman bu hüküm uygulanamaz. 117/1 hükmünün genel olarak iş ve çalışma hürriyetinin ihlali fiillerini cezalandırdığını biliyoruz. Acaba bir kimsenin cebir veya tehditle ücretsiz çalıştırılması, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sayılır mı? Sömürmek suretiyle ücretsiz çalıştırmanın iş ve çalışma hürriyetinin ihlali sayıldığı durumda, çaresiz, kimsesiz veya bağlı olsun ya da olmasın, ücretsiz çalışmaya zorlamanın, iş ve çalışma hürriyetini ihlal suçu olmadığını söylemek mümkün değildir. O halde failin 117/1inci fıkrasıyla cezalandırılması gerekir. Burada cebir veya tehdit yahut hile, bu suçun unsuru olduklarından ayrıca cezalandırılmayacaklardır. Hatta mevcut durumda, aynı nedenle fikri içtima bile uygulanamaz. Buna göre fail, cebir veya tehdit veya hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimseyi ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırır veya aynı kişiyi insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılar, 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Üstelik bu cezalar mağdurun şikâyeti halinde verilebilir.

Oysa eğer fail mağduru, onun içinde bulunduğu olumsuz özel koşullar nedeniyle alınan rızasıyla, ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırır veya aynı kişiyi insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılar, mağdurun şikâyetine bağlı olmaksızın, altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Bu sonucun adil olmadığı açıktır.

Bu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması için “sömürmek suretiyle” ifadesinin de fıkra hükmünden çıkarılması gerekmektedir. Ancak önceden önerdiğimiz gibi “çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını” ifadeleri ve şimdi söylediğimiz “sömürmek suretiyle” ifadesi maddeden çıkarıldığında kanun koyucunun hükmü getirmekle korumak istediği hukuki menfaat değişecektir. Daha önce belirtildiği gibi fıkra hükmüyle korunan menfaat çaresiz, kimsesiz ve bağı kişilerin uygun ücret ve koşullarda çalışma haklarıdır. İçinde bulundukları olumsuz koşullar nedeniyle bu haklarından feragat edip, karın tokluğuna ücretsiz veya uygun olmayan ücret veya koşullarda çalıştırılmaları önlenmeye çalışılmaktadır. Fakat beyan ettiğimiz gibi “çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle” ifadesi metinden çıkarılırsa, korunan menfaat bu kez herhangi bir kimsenin uygun ücret ve koşullarda çalışma hakkı haline dönüşecektir. Üstelik bu şekilde Türk Ceza Kanunu’ndaki zorla çalıştırmaya ilişkin bize göre var olan boşluk da bir yönüyle doldurulmuş olur. Açığın tümüyle kapatılması, hükmün tadil edilmesiyle mümkündür.

Bize göre, eğer uygun ücret ve uygun koşullarda çalışma hakkı özel olarak korunacaksa, bu herkes için geçerli olmalıdır. Bu konuda mağdurun rızasının geçerli olmaması, suçun şikâyetle bağı tutulmaması yoluyla özellikle belirtilmeden de sağlanabilir.

Diğer taraftan, ücret ve çalışma koşullarına ilişkin düzenlemelerin iş hukukuna ilişkin bir konu olduğu, bu sebeple İş Kanunu’ndaki hükümlerden ayrı bir düzenlemenin yerinde olmayacağı düşüncesi de ileri sürülebilir. Tartışmaya açık bir husustur.

b. Netice

Hükümde farklı iki neticeye yer verilmiştir. (1) Ücretsiz veya düşük ücretle çalıştırmak, (2) insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak.

Burada öncelikle ücretin ne olduğuna değinmekte yarar görüyoruz.

Ücret, 22.05.2005 tarihli ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nda 32 ila 62nci maddeler arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre ücret, işçinin iş görme borcunun karşılığı olarak işverenin asli bir borcudur. Bir iş karşılığı olması, onun temel unsurunu oluşturur¹⁷⁹.

4857 Sayılı İş Kanunu

Ücret ve Ücretin Ödenmesi, Madde 32 - Genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır.

Ücret, kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir.

Emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamaz.

Ücret en geç ayda bir ödenir. İş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresi bir haftaya kadar indirilebilir.

İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur.

Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkan ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödemesi yapılamaz.

Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır.

Ücretin emeğin karşılığı olduğu Anayasa'da da belirtilmektedir.

1982 Anayasası

Ücrette Adalet Sağlanması, Madde 55 - Ücret emeğin karşılığıdır.

Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.

(Değişik fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./21. md.) Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur.

¹⁷⁹ DEMİR, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3üncü Baskı, Anadolu Matbaacılık, İzmir Eylül 2003, s: 71; İZVEREN, Adil; AKI, Erol: İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, 1inci Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İzmir 1999, s: 205

Her ne kadar ücret emeğin karşılığı da olsa, ücretin sosyal niteliğinin giderek önem kazanması neticesinde, örneğin hafta tatili ücreti, yıllık ücretli izin ücreti ve sözleşmelerle tanınan bayram ücreti, yakacak yemek vb. yardım ödemeleri doğrudan emek karşılığı olmadan işçilere bir hak olarak tanınmıştır.

Ücretin işveren veya işveren vekili ile üçüncü kişiler tarafından ödenebilmesi onun bir diğer unsurudur¹⁸⁰. Burada üçüncü kişilerden kastedilen, bahşiş ve benzeri ödemelerde bulunan örneğin lokanta veya otel müşterileridir. Bu çeşit ödemelerin işçiler arasında paylaşımı, 28.02.2004 tarihli Yüzdelere Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik’le düzenlenmiştir.

Ücretin para ile ve özellikle Türk parası ile ödenmesi, onun diğer iki unsurunu oluşturur. Senetle yahut mal ile ödeme yapılamaz. Yabancı para üzerinden yapılan anlaşma geçersiz sayılmayacak fakat anlaşmazlık halinde Türk Lirası üzerinden hesaplama yapılacaktır.

Ücrete ilişkin ayrıntılı düzenlemeler, yukarıda belirtildiği üzere İş Kanunu’nda bulunmaktadır. Burada yaptığımız kısa açıklamadan sonra, 117/2 hükmünde bulunan ifadeyi inceleyelim. Buna göre “kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran” kişiden bahsedilmektedir. Ücretsiz çalıştırmak ifadesi, hiç ücret vermemeyi ifade eder. Bize göre kastedilen asıl ücret, yani “çıplak ücret”tir. Çıplak ücret; mal ile yapılan ödemeler, pirim, ikramiye, çocuk veya aile yardımları, yemek ulaşım, giysi vs. ödemelerin dışında kalan ve Türk parasıyla yapılması esas olan ücret miktarıdır. Diğer sayılanlar eklenerek belirlenen ücret ise, “giydirilmiş ücret” olarak anılmaktadır. Bu durumda çıplak ücret ödenmeden kişinin sadece diğer ödeme ve yardımlar karşılığında çalıştırılması, bu kimsenin ücretsiz çalıştırılması anlamına gelmelidir. Zira ortada esas ücret yoktur. Diğer taraftan bu durumun, kişinin sayılan çeşitli ödemeler yahut yardımlar dahi olmadan çalıştırılmasıyla aynı derecede ağır olmadığı söylenebilir. Fakat her iki ihtimal arasında mevcut ihlal derecesi farkı, suçun oluşmasına mani değil, ancak ceza miktarının belirlenmesine etkili olabilir.

¹⁸⁰ DEMİR, Yargıtay Kararları Işığında, s: 71

Kişiyi, sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran da cezalandırılacaktır. Acaba orantısız düşük ücret nedir? Hükme göre ölçü, “sağladığı hizmet”tir. Ücretin, kişinin sağladığı hizmeti karşılamayacak şekilde düşük olması yetmez, bunun “açık bir şekilde orantısız” olması gerekir. Görüldüğü gibi kanunda öngörülen netice oldukça belirsizdir. Ücretsiz çalıştırmak kavramı için bazı açıklamalar yapmak mümkün olsa da, “sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak” kavramını açıklamak, netleştirmek neredeyse imkânsız gibidir.

Öncelikle alt ve üst sınırları tespit etmek olası değildir. Acaba ücretin alt sınırı Asgari Ücret midir? Bize göre kanun koyucu asgari ücretin altında çalıştırmayı cezalandırmak isteseydi bunu açıkça gösterebilirdi. Zira asgari ücret, İş Kanunu’nda tanımlanmış ve açıkça düzenlenmiş hukuki bir kurumdur. Aynı Kanun’un 102nci maddesinde asgari ücrete aykırı ödeme yapan işverenler için idari para cezası öngörülmüştür. Bu sebeple kastedilen asgari ücret olmamalıdır. Diğer taraftan, Asgari Ücret Yönetmeliği’nin 4/d hükmüne göre asgari ücret, işçilere normal bir çalışma günü karşılığı ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde karşılamaya yetecek ücreti ifade ettiğinden, bunun altında kalan ücretin düşük ücret olmadığını, bu durumda sömürü suçunun oluşmayacağını söylemek de adil olmayacaktır. Fakat tekrar edelim, bize göre maksat, asgari ücretin korunması değildir.

Maddenin mevcut haliyle bilirkişilere çok iş düşeceği söylenebilir. Ölçü kişinin sağladığı hizmet olduğuna göre önce bunun, yani hizmetin değerini tespit etmek gerekecektir. Oldukça zor bir iştir. Zamana, yere, kişilere, işletme yapısına ve daha birçok etkene göre değişir. Daha sonra alınan ücretle sağlanan hizmet arasında açık bir orantısızlık olup olmadığı belirlenecektir. Açık orantısızlık da muğlâk bir kavramdır. Hangi değer farkının açık orantısızlık sayılacağı hükümden anlaşılamamaktadır.

Sözü edilen belirsizlikler yüzünden, hükümde öngörülen neticenin kanun yapma tekniğine aykırı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bir an evvel gözden geçirilmesi ve değiştirilmesi gerekmektedir.

Hükümde öngörülen ikinci netice, kişileri insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmaktır. Burada “çalışma ve konaklama koşulları” ifadesi kullanılmış olmasına rağmen sadece çalışma koşullarının insan onuruyla bağdaşmaması halinin de suçun oluşması için yeterli olacağı düşüncesindeyiz. “Ve” bağlacı yerine “veya” kullanılmamış olmasının sebebi, tek başına uygunsuz konaklama koşullarına tabi kılmak durumunda suçun oluşmayacağını belirtmek için olmalıdır. Bu ifadeyi insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarının bir arada bulunması gerektiği biçiminde anlamak yerinde olmaz. Zaten hükmün bütünü çalışma ile ilgilidir. Çalışmadan bağımsız konaklama kavramı maddenin koruma alanı içinde yer almaz. Ancak bu çıkarıma rağmen “ve konaklama” kelimesinin kaldırılması yerinde olacaktır.

Hükmün ilgilendiği çalışma koşulları, genel çerçevesi İş Kanunu’nda çizilen çalışma koşulları olmalıdır. Bu anlamda çalışma süreleri ile kişinin çalışırken içinde bulunduğu fiziki koşulları ifade eder. Esasen genel manada bu kavramın içine ücretler de girer ancak, hükümde bu hususa ayrıca değinildiğinden, kastedilenin çalışma süreleri ve fiziki koşullar olduğunu kabul etmek gerekir.

Çalışma sürelerini ve diğer çalışma koşullarını, bu arada fiziki şartları insan onuru ile bağdaşacak duruma getirmek işverenin yükümlülüğü altındadır. Zira işveren İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında işçiyi koruma borcu altındadır¹⁸¹. İş Kanunu’nun Üçüncü Bölümünde “ücret” konusu düzenlendikten sonra Dördüncü Bölümde “işin düzenlenmesi” hükümlerine ve Beşinci Bölümde de “İş Sağlığı ve Güvenliği” hükümlerine yer verilmiştir. Bu konuların incelenmesi oldukça geniş bir çalışmayı gerektireceğinden burada ayrıntılara yer vermeyeceğiz. Fakat “insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma koşulları” kavramının tespiti açısından bu hususların önem taşıdığını belirtmek gerekir. Belirttiğimiz hükümler ve bunlara bağlı olarak

¹⁸¹ ÇELİK, s: 137

Çıkarılan diğ r yönetmelik ve düzenlemeler çalışma sürelerine, fiziki koşullara, işçi sağılığı ve güvenliğine ilişkin sınırları çizmektedir.

Burada akla gelen soru şudur. Acaba alışma süreleri ve fiziki şartlara ilişkin İş Kanunu ve bağılı diğ r düzenlemelerin ihlal edilmiş olduğu her durumda, insan onuru ile bağıdaşmayacak çalışma koşullarının var olduğu ve failin 117/2 hükmü ile cezalandırılması gerektiği sonucuna mı varmak gerekecektir? Bize göre bu kanun koyucunun amacını aşar. Çalışma sürelerine ve iş sağılığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, uygun çalışma koşullarının sınırlarını belirlemek üzere yapılmıştır. Ancak bunların her türlü ihlali insan onuru ile bağıdaşmayacak sonuçlar doğurmayabilir. Üstelik bu ihlal halleri, İş Kanunu'nda yer alan hükümlerle özel olarak cezalandırılmaktadır. Burada da olayın özelliğini dikkate almak gerekecektir. İhlal durumunun insan onuru ile bağıdaşmayacak derecede ağır olduğu hallerde 117/2 hükmü uygulanacaktır.

Açıklanan sebeplerle karşımıza yine sınırlarının çizilmesi oldukça güç olan bir kavram çıkmaktadır. “İnsan onuru ile bağıdaşmayan” çalışma koşullarının neler olduğunun hükümde açıkça gösterilmemesi, hükmün uygulanmasının önündeki bir diğ r engeldir.

2. Manevi Unsur

Manevi unsur kasttır. Burada failin; çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağıladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağıdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak kastıyla hareket etmesi gerekir.

Fail, kişinin hem çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmeyi, hem de onu ücretsiz olarak veya sağıladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmayı veya insan onuru ile bağıdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmayı istemelidir.

Yukarıda açıkladığımız üzere, hükmün şimdiki haliyle, failin sadece kişiyi ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak kastıyla hareket etmesi suçun oluşması için yeterli değildir. Çünkü korunan her hangi bir kimsenin uygun ücret ve koşullarda çalışma hakkı değil, çaresiz, kimsesiz ve bağımlı kimsenin uygun ücret ve koşullarda çalışma hakkıdır.

Her ne kadar hükmün mahiyeti gereği ekonomik bir nitelik taşıması gerektiği düşünülebilecek olsa da bize göre failin hangi uzak amaçla hareket ettiği önem taşımaz. Siyasi yahut ekonomik amaçla ya da bir başka amaçla hareket etmiş olabilir. Önemli olan kişinin hükümde tarif bulan zayıf durumundan yani kimsesizliğinden, çaresizliğinden ve bağımlılığından yararlanmak suretiyle hiç ücret verilmeden yahut uygun olmayan bir ücretle çalıştırılmasının ya da insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınmasının kastedilmiş olmasıdır. Gerekçede serbest piyasa sistemine gönderme yapılmış olması, hükümde açıkça gösterilmemiş olmasına rağmen failde uzak bir amaç aramamızı haklı kılmaz. Aslında gerçekten de suç olarak düzenlenen bu çeşit bir fiilin neredeyse her zaman ekonomik bir amaçla işleneceği açıktır. Zira ücretsiz yahut uygun olmayan ücretle ya da olumsuz çalışma ve konaklama koşullarında çalıştırmak hareketi, çoğu zaman serbest piyasa sisteminde ve küresel rekabet ortamında, ücretler ve çalışma koşulları üzerinden bir avantaj sağlama gayesiyle yapılacaktır. Fakat suçun oluşması için böyle bir gaye aramak, zaten sınırları çizilemeyen belirsiz kavramlarla düzenlenmiş bu hükmün uygulanmasını daha da zorlaştıracaktır.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Failin, mağduru ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak neticesine, onun çaresizliğini, kimsesizliğini ve

bağlılığını sömürmek suretiyle ulaşması gerekir. O halde hareket “çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek”, netice ise “kişiyi ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak” olmalıdır.

Kasten işlenebilecek sömürü suçunda, hareket ve netice sözde birbirinden bu şekilde ayrılabilir. Bu itibarla teşebbüse uygun gibi görünmektedir. Ancak uygulamada bu ayrımın yapılması oldukça güç olacaktır. Çünkü yukarıda belirttiğimiz gibi, ne “çaresizlik, kimsesizlik, bağlılık” gibi kavramlar, ne “sömürmek suretiyle” ifadesi, ne “sağladığı hizmetle açık şekilde orantısız düşük ücret” kavramı, ne de “insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşulları” açıktır. Suçun unsurlarını, neticeyi ve özellikle hareketi tespit etmek bu denli güçken, teşebbüsü tespit etmek çok daha güç olacaktır. Bu belirsizlikler en azından, teşebbüs aşamasında kalmış sömürü suçuna karşı adalet mekanizmasının harekete geçmesine engel olacaktır.

Bilindiği gibi teşebbüsten bahsedebilmek için, 5237 Sayılı Kanun’un 35inci maddesi gereği failin kastettiği sömürü suçuna elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olması gerekir. Suçun sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiğinden bahsedildiğinden ve sömürmekten neyin kastedildiği, hangi durumların kimsesizlik, çaresizlik ve bağlılık sayılacağı ve hangi hareketlerin mağdurun bu durumunu sömürmek mefhumunu girdiğini anlamak ve önceden öngörmek mümkün olmadığından, teşebbüse ilişkin yapılacak açıklamalar tatmin edici olamaz. Burada ancak teşebbüse ilişkin genel kurallar tekrar edilebilir ve ancak karşılaşılan spesifik bir olayda çıkarımlar yapılabilir. O halde yine şunu söylemek gerekir; hüküm, 5237 Sayılı Kanun’da da kullanılan ve alışlagelmiş kanun yapma tekniğine aykırı olarak düzenlenmiştir.

Eğer fail, kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak neticesini elde etmek kastıyla, bu kişi veya kişilerin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağlılığını sömürmek sayılabilecek

elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış fakat elinde olmayan nedenlerle neticeyi elde edememiş ise teşebbüsten sorumlu olacaktır. Bu durumda faile verilecek ceza, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilecektir.

Suçun tamamlanmış sayılacağı anın, mağdurun ücretsiz yahut sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılmaya başlandığı veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılındığı an olduğunu bildiğimize göre¹⁸², çalıştırılmaya başlamadan önceki aşamalarda suçun teşebbüs aşamasında kalmış olacağını söylemek yanlış olmaz. O halde bir tahmin yürütürsek örneğin çalıştıracak kimsenin mağdurla görüştüğü, anlaşmaya vardığı, mağdurun çalıştırılmayı beklediği dönemler suçun teşebbüs aşamalarını oluşturacaktır.

2. İştirak

Sömürü suçuna iştirakten bahsedebilmek için suça birden fazla kişinin katılması, katılan her kişinin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı olması, bunların sömürü suçuna iştirak etmek iradesinin var olması gerekir. Bağlılık kuralı gereği icra hareketlerine başlanan suçun tüm şerikler için aynı olması yani suça katılan her kişinin sömürü suçunu kasten işlemesi gerekir. Bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı, iştirak edenlerin cezalandırılmasını önlerken, kişisel nedenler sadece ilgili kimseyi etkiler. İncelediğimiz suç özgü bir suç olmadığından iştirak edenlerin azmettiren yahut yardım eden sıfatı dışında suça katılmış olmaları da mümkündür. Nitelikli hallerden hafifletici nedenler, tüm şeriklere bilseler de bilmeseler de etki edecekken, ağırlatıcı nedenler ancak bilmeleri halinde şeriklere sirayet eder.

Sömürü suçunu mağdurun kimsesizliğini, çaresizliğini ya da bağıllığını sömürmek suretiyle birlikte ve bizzat gerçekleştiren kişilerden her biri doğrudan fail

¹⁸² Kabulümüzün aksine suçun mütemadi suç olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda suçun tamamlanması için çalıştırmak neticesinin temadi kuracak biçimde belirli bir süre devam etmesi gerekecektir.

sıfatıyla olarak sorumlu olurlar. Doğrudan faillerin birbirlerinin hareketlerinden habersiz olmaları halinde, iştirak hükümlerine gitmeye gerek olmaksızın her biri kendi davranışları ile yan fail sıfatıyla cezalandırılırlar. Failler mağdurun kimsesizliğini, çaresizliğini ya da bağılılığını birlikte sömürmüşlerse, birlikte faildirler. Aynı hareketleri yapmaları gerekmez, suçun icrasına katılmaları yeterlidir.

Sömürü suçunu işlemek üzere kusur yeteneği bulunmayan, kendisinde cezasızlık sebebi bulunan veya hataya düşürülmüş bir başkasını mağdurun kimsesizliğini, çaresizliğini ya da bağılılığını sömürmek hareketini yapmak üzere kullanan kişi de fail olarak sorumlu olacaktır. Araç olarak kullanılan kişi cezalandırılmaz. Azmettirme halinde ise sömürü suçuna azmettirilen de, azmettiren de cezalandırılır.

Failde mevcut fakat ortaya çıkmamış olan sömürü suçunu işlemek düşüncesini uyandıran, onu harekete geçirten kişi, teşvik eden olarak cezalandırılır. Sömürü suçunu işlemeye karar vermiş fakat çeşitli sebeplerle uygulayamayan kişiye, bu kararının doğruluğu yönünde telkinde bulunan kişi de yardım eden sıfatıyla cezalandırılır.

5237 Sayılı Kanun'un 41inci maddesi gereği fail sömürü suçunu işlemekten vazgeçerse, diğer şeriklerin sorumluluğu devam eder çünkü icra hareketlerine başlanmıştır. Yardım eden gönüllü olarak vazgeçerse, suçun tamamlanmasına engel olması ya da en azından hareketin netice ile kurulacak illiyet bağıını ortadan kaldırması gerekir. Azmettiren vazgeçtiğinde, asli maddi faili bu suçu işlemek kararından döndürmeli, bunu başaramazsa icra hareketlerinin tamamlanmasını uygun hareketlerle önlemeye çalışmalıdır. Gönüllü vazgeçenin, vazgeçene kadar işlediği fiiller başka bir suç oluşturuyorsa, bu suçtan cezalandırılır.

3. Suçların İçtimai

Suçların içtimai bilindiği gibi, Bileşik Suç (madde 42), Zincirleme Suç (madde 43) ve Fikri İçtima (madde 44) başlıklarını taşıyan hükümlerle düzenlenmiştir.

İçtima hükümlerinin uygulanmasına engel olan bileşik suç, birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması sebebiyle tek fiil sayılan suç olarak tanımlandığına göre, sömürü suçu bir bileşik suç değildir.

Sömürü suçunu işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç oluşacağından bir cezaya hükmedilir fakat ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Sömürü suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da ceza bu şekilde belirlenir. Suçun temel şekli ile nitelikli halleri bir suç sayıldığından, 117nci maddenin diğer fıkralarıyla 2inci fıkra arasında zincirleme suç bağı kurulabilecektir. Bu durumda zincirleme suç sebebiyle artırım yapılırken ceza suçun ağır haline göre belirlenir. Suçlardan bazıları teşebbüs aşamasında kalmışken, biri veya bir kaç tamamlanmışsa, zincirleme suçun tespiti sebebiyle yapılacak artırımda, tamamlanmış suçun cezası dikkate alınacaktır.

Fikri İçtimanın düzenlendiği 44üncü madde gereği işlediği bir fiil ile sömürü suçu dışında farklı bir veya birkaç suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

E. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler

Sömürü suçunun yaptırımı, altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıdır. “Veya” bağlacı sebebiyle hakim ya hapis cezası ya da para cezası uygulayacak, her ikisine birden hükmedemeyecektir. Seçenek yaptırım öngörüldüğünden, verilen ceza kısa süreli hapis cezası olsa da bu cezanın 50nci maddeye göre adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir.

51inci madde hükmü gereği iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükmedildiğinde cezanın ertelenmesi mümkündür. Erteleme halinde cezası ertelenen hükümlü hakkında mahkûm olduğu ceza süresinden az olmamak üzere denetim süresi belirlenir. Denetim süresi uygun şekilde dolduğunda, ceza infaz edilmiş sayılır.

Hakim, adli para cezası uygulamaya karar verirse, 100 günden 730 güne kadar bir gün sayısı belirleyecek, bunu failin ekonomik ve diğer şahsi hallerini göz önünde bulundurarak 20 ila 100 YTL arasında belirlediği günlük adli para cezasıyla çarparak nihai cezayı tespit eder.

Sömürü suçunda tekerrür söz konusuysa, 58inci maddenin 3üncü fıkrası gereği artık sadece hapis cezasına hükmolunabilir.

119uncu madde yer alan Ortak Hüküm’de sayılan ağırlatıcı sebepler sömürü suçunda da uygulanır. Buna göre sömürü suçunun silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Sömürü suçunda, kararda gösterilmek suretiyle, 5237 Sayılı Kanun’un 62nci maddesinde yer alan takdiri indirim nedenleri dikkate alınarak ceza altıda birine kadar indirilebilir.

F. Kovuşturma

Suçun takibi şikâyeteye bağlı değildir. Kovuşturma, ya da yeni ifade biçimiyle suçun soruşturulması ve kovuşturulması özellik arz etmez.

IV. SÖMÜRMEK İÇİN TEDARİK, SEVK VEYA NAKİL ETMEK SUÇU

A. Genel Olarak

5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin 3üncü fıkrasında, sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu, aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 117/3 - Yukarıdaki fıkra da belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

Görüldüğü gibi hüküm, “yukarıdaki fıkra da belirtilen durumlara düşürmek üzere” ifadesiyle 117nci fıkranın 2nci fıkrasına bağlanmıştır. Bu durum gerekcede de vurgulanmıştır.

Gerekçe :

Bu gibi fiilleri önlemek amacı ile maddenin üçüncü fıkrasında, kişileri ikinci fıkra da belirtilen duruma düşürmek üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakil fiilleri de suç sayılmıştır. Kişileri, ikinci fıkra da belirlenen hale düşürmemek için söz konusu hazırlık hareketlerini cezalandırmak yerindedir.

Buna göre, hükmün amacı, kişilerin ikinci fıkra da gösterilen durumlara düşürülmesini önlemektir. Bu amaçla hazırlık hareketleri olarak tanımlanan tedarik, sevk veya nakil etmek fiilleri cezalandırılmaktadır.

Netice itibariyle, 2nci fıkrayla bağlantısı kurulduğunda hüküm şu anlama gelmektedir:

“Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak üzere bir kimseyi tedarik veya sevk

veya bir yerden diğ er bir yere nakleden kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis veya y  z günden az olmamak   zere adli para cezası verilir.”

B. Suçla Korunan Hukuki Değ er

  ki suç arasında kurulan bağ sebebiyle, sömürü suçu ile sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçları arasında unsurları açısından büyük benzerlik vardır. Bu benzerlik suçla korunan hukuki değ er bakımından en yüksek düzeydedir.        gerekçede de belirtildiği   zere incelediğimiz suçun düzenleniş amacı, kişilerin sömürü suçunda belirtilen durumlara düşürülmesinin   nlenmesidir. Aynı amaçla hareket edildiğinden, suçla korunun hukuki değ er her iki maddede aynıdır.

Buna göre sömürü suçunda korunan hukuki değ eri incelerken yaptığımız açıklamalar, sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu için de geçerli olacaktır.   yleyse bu suçla korunan hukuki değ er netice itibariyle, çaresiz, kimsesiz ve bağlı kişilerin uygun ücret ve koşullarda çalışma haklarıdır. Buna ilişkin açıklamalara sömürü suçunu incelerken değindiğimizden tekrardan kaçınıyoruz.

C. Fail ve Mağdur

1. Suçun Faili

Burada fail “kişi” olarak gösterilmiştir. “Kişi” tabiri özellik arz etmez. Her hangi bir kişi suçun faili olabilir. Failin birden çok kişi olması mümkün olduğu gibi, bu durumda aralarında bir anlaşma bulunması da gerekmez. Fail yabancı veya Türk, devlet memuru veya bir kamu görevlisi veya tüzel kişi yöneticisi olabilir. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olmadığından, fail gerçek kişi olmalıdır. Tüzel kişi adına hareket edilse de sorumlu olacak olanlar, fiili bizzat gerçekleştiren veya emri veren gerçek kişi olacaktır.

2. Suçun Mağduru

Mağdur, “bir kimse” olarak belirtilmiştir. Buna göre her hangi bir kişi olabilir. Ancak hükmün 2nci fıkrayla bağlantısı sebebiyle ve 2nci fıkarda suçun kişi veya kişilerin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiği öngörüldüğünden, mağdurun çaresiz, kimsesiz ve bağı bir kimse olması gerektiği söylenebilir. Mağdurda aranacak bu özelliklerin tarifi ve açıklanmasının hükmün şu anki haliyle neredeyse imkânsız olduğunu yukarıda açıklamaya çalıştık. Ancak genel olarak kanun koyucunun kast eylediği şeyin çalışma hürriyetini ve buna bağı uygun ücret ve koşullarda çalışma hakkını kullanırken, hür ve serbest iradesiyle hareket edemeyecek kimseler olduğunu tekrar etmek yararlı olacaktır. Özellikle belirtelim, burada temyiz kudretinden yahut rüşten bahsedilmemektedir. Kişinin hür ve serbest iradesiyle hareket edememesinin sebebi, tespiti ve sınırlarının çizilmesi güç olan çaresizlik, kimsesizlik ve bağılık durumudur.

Ç. SUÇUN UNSURLARI

1. Maddi Unsur

a. Hareket

3üncü fıkra hükmünün, “çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir” anlamına geldiğini yukarıda belirtmiştik. Buna göre, kendisinde her hangi bir özellik aranmayan failin, kişileri tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek neticesini gerçekleştirmek üzere, özellikle başvurması gereken hareketler hükümde gösterilmiş değildir. Bu sebeple ilk bakışta failin neticeyi elde etmek üzere tercih

ettiği hareketin vasfının önem taşımadığı düşünülebilir. Mağdur, içinde bulunduğu olumsuz koşullar sebebiyle kolayca ikna edilmiş yahut kandırılmış ya da cebir veya tehditle zorlanmış olabilir. Hatta bakmakla yükümlü olanlardan bir köleymiş gibi satın alınmış ya da doğrudan kendisine para verilerek veya bir takım vaatlerde bulunularak razı edilmiş de olabilir. Hükmün mevcut lafzı bu denli geniş anlaşılmaya açıktır.

Fakat bize göre, sömürü suçunda olduğu gibi, burada da kanun koyucunun amacı, ‘her hangi bir kimsenin’ ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılmasını veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınmasını sağlamak üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakledilmesini cezalandırmak değildir. Hükmü kurmakla amaçlanan; ‘çaresiz, kimsesiz veya bağlı kimsenin’ ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılmasını veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınmasını sağlamak üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakledilmesini cezalandırmaktır. Bu durumda kastedilen, belirtilen nitelikteki mağdurun, içinde bulunduğu koşullar sebebiyle, uygun olmayan ücret ve koşullarda çalıştırılmak üzere tedarik, sevk veya nakledilmeye, her hangi bir şekilde zorlama yahut hileye maruz kalmaksızın kendiliğinden rıza gösterdiği durumlarıdır. O zaman, neticenin cebir veya tehdit yahut hile veya çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek dışındaki hukuka aykırı başka bir davranışla elde edilmeye çalışıldığı haller, hükmün kapsamında değildir. Bu yöndeki davranışlar ayrı bir suç oluşturuyor ise fail bundan cezalandırılacaktır. Yani 117/3’ün tatbik edilebilmesi için mağdurun çaresizliği, kimsesizliği veya bağıllığı, tedarik sevk veya nakleden kişinin suç oluşturan davranışından doğmamış olmalıdır. Eğer böyle değilse örneğin fail cebirle nakledilmeye zorlanmışsa burada cebir veya yerine göre kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarından ceza verilmelidir. Örneğin fail mağduru tehdit ederek ücretsiz çalıştırılmak üzere nakletmiş olabilir. Nakledildiği yerde mağdur, nakledenin tehdidinin sebep olduğu çaresizliği sömürülerek ücretsiz çalıştırılabilir. Bu olayda çalıştıran, tehdit veya nakil kısmından habersiz ve bu fiillere katılmamış olduğu durumda 117/2 hükmüyle, tedarik veya nakleden ise öncelikle tehdit ve eğer örneğin

naklederken kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçunun unsurları oluşmuşsa, bu suçtan cezalandırılacaktır. Fakat sömürmek suretiyle işlemediğinden ayrıca 117/3 hükmü tatbik edilmeyecektir.

Böylece sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunun, mağdurun kendisinde var olan çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiği söylenebilir. Böyle olduğu içindir ki cebir veya tehdit veya hile yahut diğer bir suç, incelediğimiz suçun hareket unsurunu oluşturmaz ve böylece bu fiiller ayrıca cezalandırılabilir. Diğer bir deyişle, suçun hareket unsuru, mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi, bunun ne anlama geldiğini tespit etmek pek olası görünmemektedir. Bu itibarla hüküm, hareket unsurunun belirsizliği sebebiyle uygulanabilirliğini yitirir yahut çok geniş anlamlara çekilerek adaletsiz sonuçlara sebep olabilir.

b. Netice

Sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunda öngörülen netice, bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmektir. “Tedarik”, sözlük anlamıyla temin etmek demektir. Bir kimseyi, 2nci fıkra da gösterilen durumlara düşürmek üzere temin eden kişi cezalandırılacaktır. Temin edilecek kişi çaresiz, kimsesiz veya bağılı olmalıdır ki sömürülmek suretiyle 2nci fıkra da belirtilen durumlara düşürülebilsin. Tedarik yani temin etmek neticesi çeşitli şekillerde olabilir. Bize göre bu kavram, bu özellikteki kimseleri bulup onlarla irtibata geçmek, onları ikna etmek anlamına geldiği gibi, onlara ücretsiz ya da uygun olmayan ücret ve koşullarda çalışacağı yerleri göstermek, onları bu şekilde çalıştıracak kimselerle ilişki kurmalarını sağlamak anlamına da gelmektedir.

“Sevk” kavramı, önüne katıp sürme, bir neticeye bağlama, yollama, gönderme anlamına gelir. Burada ayrıca nakletme kavramına yer verildiğinden bize göre sevk, özellikle yollamak anlamında kullanılmıştır. Çaresiz, kimsesiz veya bağılı kimseyi sadece bulan, temin eden değil, onu ücretsiz ya da uygun olmayan ücret ve koşullarda çalıştırılacağı yere yollayan da cezalandırılacaktır. Bu arada kendi

kullandığı araç ile yapılmadığı durumda, mağdurun yanında bulunmak da, “önüne katıp götürmek” anlamından hareketle sevk mefhumuna dahil edilebilir.

“Bir yerden diğer bir yere nakleden” denildiğinde ise, sevk ifadesinin varlığına rağmen ayrıca kullanıldığına göre, bizzat taşıyan kişi anlaşılmalıdır. Bir yerden diğer bir yere ifadesi, çaresiz, kimsesiz veya bağlı kimsenin temin edildiği yerden çalıştırılacağı yere götürülmesi anlamına gelmektedir.

2. Manevi Unsur

Sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunun manevi unsuru, bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek kastıdır. Ancak sadece bu kast yetmez. Failin aynı zamanda, mağduru 2nci fıkra da belirtilen durumlara düşürmek üzere hareket etmesi gerekir. Bu failin, mağdurun 2nci fıkra da gösterilen durumlara düşeceğini bilmesi ve bununla birlikte neticeyi gerçekleştirmek yönünde yani tedarik, sevk veya nakil etmek kastıyla hareket etmesi anlamına gelmektedir.

O halde failin kastı mağduru tedarik, sevk veya nakil etmekken, amacı, hükümde gösterildiği üzere, 2nci fıkra da yer alan ve mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağılılığını sömürmek suretiyle ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmasını veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınmasını sağlamaktır. Burada mağduru ücretsiz veya düşük ücretle çalıştıracak olan veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılacak olan 117/3te düzenlenen suçun faili değildir. Bu hüküm çalıştıran dışında mağduru tedarik, sevk veya nakleden cezalandırmak üzere düzenlenmiştir. Bu itibarla failin mağduru ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle bizzat çalıştırmayı veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına bizzat tabi kılmayı kastetmesi gerekmez. Fakat mağdurun bir başkası tarafından da olsa bu duruma düşürüleceğini bilmesi gerekli ve yeterlidir.

Bunun yanında yukarıda belirtildiği üzere hükmün 2nci fıkrayla kurulan bağlantısı sebebiyle bize göre failin mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek kastının varlığı gereklidir. Çünkü tedarik, sevk veya nakil neticesini, mağdurun etkisi altında olduğu olumsuz koşullardan yararlanarak gerçekleştirecektir. Böylece onun bu durumunu sömürmüş olacaktır. Mağdurun çaresiz, kimsesiz veya bağıllık durumunu fail kendisi doğuruyorsa, bunu yaparken başvurduğu yöntem bir suç oluşturuyorsa, örneğin cebir, tehdit ya da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gibi, sadece bu suçtan cezalandırılacaktır.

O halde failin, mağdurun ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılacağını veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınacağını en azından bilmesi, ayrıca onun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmeye ve onu tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmeye kastetmesi gerekir.

Büyük çoğunlukla bu suç, ekonomik menfaat temin etmek üzere işlenecektir. Fakat failin belirttiğimiz amaç dışında hangi uzak amaçla hareket ettiği önem taşımaz. Buna göre örneğin Kürt nüfusunun ülkenin belli yerlerinde toplanarak üstünlüğünün sağlanmasını temin etmek gibi gizli bir siyasi amaçla hareket edilse bile fail cezalandırılabilir.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Eğer fail, kişi veya kişilerin ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılması veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınması için, onları tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek kastıyla, bu kişi veya kişilerin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek sayılabilecek elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış fakat elinde olmayan nedenlerle neticeyi elde edememiş ise

teşebbüsten sorumlu olacaktır. Bu durumda faile verilecek ceza, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilecektir.

Hareketi kişinin çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek olarak belirlediğimiz durumda elverişli hareketlerle icraya başlamış olmak durumunu tespit etmek oldukça güçtür. Çünkü “çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek” hareketine anlam vermek zordur. Fakat şöyle bir çıkarımda bulunabiliriz. Her şeyden önce failin çaresiz, kimsesiz ya da bağımlı kimseleri bulması gerekir. Bulmak yani bu kişileri tespit etmek hareketi bir aramayı ya da bu yöndeki bir başvuruya hazır olmayı gerektirir. Bu iş, tek başına yapılabileceği gibi, birden fazla kişinin bunun için örgütlenmesiyle de yapılabilir. Sonra ücretsiz yahut düşük ücretle veya uygun olmayan koşullarda çalıştırılacak bu kimselerle bir çeşit anlaşmaya varılması gerekir. Böylece çaresiz, kimsesiz veya bağımlı kişi, tedarik edilmiş olur ve gerekli ise sevk veya nakil edilmeye hazır hale gelir. Daha sonra bir yerden başka bir yere sevk veya nakledilirler. Sevk veya nakil işlemi de belirli bir periyoda tekabül eder.

Burada suçun çeşitli evreleri olduğu görülmektedir. Teşebbüsün belirlenmesi için, hangi aşamada elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlandığını bilmek gerekir. Suçun kişilerin çaresizliğini, kimsesizliğini veya bağıllığını sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiğine göre, doğrudan doğruya icraya başlamanın her şeyden önce mağdurla fiziki temas, görüşme gerektireceğini düşünüyoruz. Bu durumda icra hareketleri failin mağdurla, onun uygun olmayan koşullarda çalıştırılması konusunda görüşmesiyle başlamış sayılmalıdır. Ondan önceki aşamalar, hazırlık hareketlerini oluşturacaktır. Görüşmenin başlamasından sonra anlaşmaya varılmasıyla tedarik etme neticesi gerçekleşmiş olur. Mağdurun bir yerden diğer yere götürülmesi, taşınmanın sona ermesiyle de sevk veya nakil neticesi tamamlanmış olacaktır. İşte bu dönemlerde, örneğin görüşme aşamasında anlaşmaya varılmadan önce fail yakalandığında tedarik eden fail için suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bulmak ve anlaşmakla ilgisi olmayan ve sadece sevk veya nakil eden fail açısından ise, bir yerden mağdurun götürüldüğü diğer yere varmadan yakalanma halinde teşebbüs söz konusu olacaktır. Bize göre suçun tamamlanması için mağdurun bizzat çalıştırılmaya başlaması gerekmez.

2. İştirak

Suçta birden fazla kişinin katıldığı, katılan her kişinin hareketi ile tedarik, sevk veya nakletmek neticeleri arasında nedensellik bağı olduğu durumda, sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçuna iştirak söz konusu olur. Ayrıca katılan her kişinin suça iştirak etmek iradelerinin varlığı araştırılacaktır. Bağlılık kuralı gereği icra hareketlerine başlanan suçun tüm şerikler için aynı olması ve suça katılan her kişinin sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunu kasten işlemesi gerekir. Burada da bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı, iştirak edenlerin cezalandırılmasını önlerken, kişisel nedenler sadece ilgili kimseyi etkiler. Hafifletici nedenler, tüm şeriklere etki eder. Fakat ağırlatıcı nedenler, ancak bilmeleri halinde şeriklere sirayet eder.

Mağdurun kimsesizliğini, çaresizliğini ya da bağılılığını sömürmek suretiyle sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunu birlikte ve bizzat gerçekleştiren kişilerden her biri doğrudan fail sıfatıyla olarak sorumlu olurlar. Doğrudan faillerin birbirlerinin hareketlerinden habersiz olmaları halinde, iştirak hükümlerine gitmeye gerek olmaksızın her biri kendi davranışları ile yan fail sıfatıyla cezalandırılırlar.

Kusur yeteneği bulunmayan, kendisinde cezasızlık sebebi bulunan veya hataya düşürülmüş bir başkasını, sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunu işlemek üzere kullanan kişi de fail olarak sorumlu olur. Araç olarak kullanılan kişi cezalandırılmaz. Azmettirme halinde ise azmettirilen, azmettirenle birlikte cezalandırılır. Teşvik eden, telkinde bulunan kişiler yardım eden sıfatıyla cezalandırılır.

5237 Sayılı Kanun'un 41inci maddesi gereği fail suçu işlemekten vazgeçerse, diğer şeriklerin sorumluluğu devam eder çünkü icra hareketlerine başlanmıştır. Yardım eden gönüllü olarak vazgeçerse, suçun tamamlanmasına engel olması ya da en azından hareketin netice ile kurulacak illiyet bağıni ortadan kaldırması gerekir.

Azmettiren vazgeçtiğinde, asli maddi faili bu suçu işlemek kararından döndürmeli, bunu başaramazsa icra hareketlerinin tamamlanmasını uygun hareketlerle önlemeye çalışmalıdır. Gönüllü vazgeçenin, vazgeçene kadar işlediği fiiller başka bir suç oluşturunca, bu suçtan cezalandırılır.

3. Suçların İçtiması

Suçların içtiması Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç (madde 42), Zincirleme Suç (madde 43) ve Fikri İçtima (madde 44) başlıklarını taşıyan hükümlerle düzenlenmiştir.

Sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu 5237 Sayılı Kanun'un 42nci maddesinde düzenlenen türden bir bileşik suç değildir. Bu açıdan içtima hükümlerinin uygulanmasına engel bir hal söz konusu değildir.

Sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu, bu işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla işlenirse zincirleme suç oluşur ve bir cezaya hükmedilir fakat ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Sömürü suçunun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da ceza bu şekilde belirlenir. Suçun temel şekli ile nitelikli halleri bir suç sayıldığından, 117nci maddenin diğer fıkralarıyla 3inci fıkra arasında zincirleme suç bağı kurulabilecektir. Bu durumda zincirleme suç sebebiyle artırım yapılırken, ceza suçun ağır haline göre belirlenir. Suçlardan bazıları teşebbüs aşamasında kalmışken, biri veya bir kaçı tamamlanmışsa, zincirleme suçun tespiti sebebiyle yapılacak artırımda, tamamlanmış suçun cezası dikkate alınacaktır.

Fikri İçtimanın düzenlendiği 44üncü madde gereği işlediği bir fiil ile sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçu dışında farklı bir veya birkaç suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

E. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler

Sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunun yaptırımı sömürü suçu gibi, altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıdır. Hakim hapis ve para cezasına birlikte hükmedemez. Verilen ceza kısa süreli hapis cezası da olsa, 50nci maddeye göre adli para cezasına çevrilemez.

51inci madde hükmü gereği iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükmedildiğinde cezanın ertelenmesi mümkündür. Erteleme halinde cezası ertelenen hükümlü hakkında mahkûm olduğu ceza süresinden az olmamak üzere denetim süresi belirlenir. Denetim süresi uygun şekilde dolduğunda, ceza infaz edilmiş sayılır.

Adli para cezası verileceğinde, 100 günden 730 güne kadar bir gün sayısı belirlenir, failin ekonomik ve diğer şahsi hallerini göz önünde bulundurarak 20 ila 100 YTL arasında belirlenen günlük adli para cezası gün sayısı ile çarpılarak nihai ceza tespit edilir.

Sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunda tekerrür söz konusuysa, 58inci maddenin 3üncü fıkrası gereği artık sadece hapis cezasına hükmolunabilir.

119uncu madde yer alan Ortak Hüküm’de sayılan ağırlatıcı sebepler sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunda da uygulanır. Buna göre sömürmek için tedarik, sevk veya nakil etmek suçunun silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Sömürü suçunda, kararda gösterilmek suretiyle, 5237 Sayılı Kanun'un 62nci maddesinde yer alan takdiri indirim nedenleri dikkate alınarak ceza altıda birine kadar indirilebilir.

F. Kovuşturma

Suçun takibi şikâyeteye bağlı değildir. Suçun soruşturulması ve kovuşturulması özellik arz etmez.

V. ANLAŞMA İÇERİĞİNİ DEĞİŞTİRMEYE ZORLAMA SUÇU VE İŞİN DURMASINA NEDEN OLMA SUÇU

A. Genel Olarak

5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin 4üncü ve son fıkrasında düzenlenen suç, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 2nci fıkrasında düzenlenen suçla benzetmekle birlikte, önemli şekilde değişikliğe uğramıştır. İki fıkra hükmünü aşağıda bir arada görmekteyiz.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali, Madde 117/4- (4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler, Madde 201/2- Her kim cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadiyle bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet verir veya tatilin devamına amil olursa sekiz aydan beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Görüldüğü gibi her iki fıkroda düzenlenen suç da, parçası oldukları maddenin ilk fıkralarında düzenlenen suçun özel görünüş biçimleridir. Diğer bir deyişle, her iki suçla, maddelerin ilk fıkralarında yer alan suç arasında özel-genel suç ilişkisi vardır. Buna göre örneğin 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin son fıkrasındaki suçlar düzenlenmemiş olsaydı, burada belirtilen eylemler ilk fıkraya göre cezalandırılacaktı. Fakat kanun koyucu, özellikle gösterdiği bu eylemleri, iş ve çalışma hürriyetini ihlalin diğer biçimlerinden daha önemli görmüş olmalıdır ki ayrıca düzenlemiş ve yaptırımını arttırmıştır.

765 Sayılı Kanun'da "sayılan maksatlarla bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak" şeklindeki tek bir neticeyle ortaya çıkan suç, 5237 Sayılı Kanun'da "zorlamak" eylemi üzerinden ikiye bölünmüştür. Zorlamak eylemi üzerinden yapılan bu bölünme sebebiyle, 5237 Sayılı Kanun'un son fıkrasında iki farklı suç tipinin var olduğunu kabul ederek aşağıda incelememizi buna göre yaptık.

B. Anlaşma İçeriğini Değiştirmeye Zorlama Suçu

1. Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği gibi, 117/4üncü fıkroda düzenlenen anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu, esasen linci fıkroda düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun özel görünüş biçimidir. Yalnız bu suç, bazı unsurları açısından, genel hüküm mahiyetindeki ilk fıkradan farklı özellikler taşımaktadır. Son fıkroda yer alan bu suçun unsurları bulunmadığında, fiilin linci fıkradaki suç kapsamına değerlendirilmesi mümkündür.

2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer, linci fıkroda yer alan suç ile korunan hukuki değerle aynıdır. Yani bireye ait iş ve çalışma hürriyetidir. Bu konuyu birinci bölümde ve 117/1inci fıkrasını incelerken ele aldığımızdan tekrar etmekten kaçınıyoruz.

Ancak şunu eklemek gerekir. İncelediğimiz fıkra, iş ve çalışma hürriyetinin sınırlı bir bölümünü himaye etmektedir. Bu da sözleşme hürriyetidir.

Hüküm ile korunan sözleşme hürriyeti ise, genel manada sözleşme hürriyeti olmayıp, işçilerle işverenler arasında kurulan sözleşmeler bakımından hürriyettir. Zira hüküm içinde özellikle belirtilmemiş olmasına rağmen, hükmün 765 Sayılı Kanun'daki halinden, ücreti azaltıp çoğaltmaktan bahsedilmesinden ve hükümde gösterilen mağdurlardan bu durum anlaşılmaktadır.

Buna göre içeriğini değiştirmeye zorlanması gereken sözleşmeler, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesidir. O halde eğer fail bir işvereni, diğer bir işverenle yaptığı örneğin müteahhitlik sözleşmesinin içeriğini değiştirmeye cebir veya tehdit ile zorladığında, 117/4üncü fıkradaki suçtan bahsedilemeyecektir. Çünkü bu sözleşme ne iş sözleşmesi ne de toplu iş sözleşmesidir. Fakat bu eylemin unsurların varlığı halinde 117/1 fıkrasında yer alan suç sayılması yahut vasıta olarak kullanılan hukuka aykırı eyleme göre bir başka suçun oluşması pekâlâ mümkündür.

Burada korunan hukuki menfaatin, iş ve çalışma hürriyetinin işçi ile işveren arasında kurulacak sözleşme hürriyeti olduğunu, bu sözleşmelerin ise iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi olduğunu belirtmekle yetinelim.

3. Fail ve Mağdur

a. Suçun Faili

Suçun faili cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan kişidir. Buradan failin cebir veya tehdit kullanması gerektiği ve işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlaması gerektiği anlaşılmaktadır. Fail için bu iki özellik dışında bir özellik aranmamaktadır. Esasen arandığını söylediğimiz bu özellikler de failin özellikleri değil, suçun diğer unsurlarıdır. O halde fail her

Bu fıkrada da fail, “kişi” olarak nitelendirilmiştir. Kişi terimi herhangi bir özellik arz etmediğinden her hangi bir niteliğe sahip olmayan bir kimsenin fail olması mümkündür. Fail işçi veya işveren olabileceği gibi, birden fazla kişi de fail olabilir fakat birden çok kişi söz konusu olduğunda aralarında bir anlaşma bulunması da gerekmez. Çünkü fail tek kişi de olabilmektedir.

Ancak yine belirtelim, 5237 Sayılı Kanun’da 119uncu maddede yer alan Ortak Hüküm’de, bu suçların “birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde” verilecek cezanın bir kat artırılması öngörülmüştür.

İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu açıklarken belirttiğimiz gibi, 765 Sayılı Kanun’da 201inci maddedeki suçun oluşabilmesi için, suçun cebir veya şiddet yahut tehdit ile işlenmesi şart olduğundan, suça teşvik edenin asli maddi fail olarak cezalandırılması mümkün görülmemekteydi¹⁸³. 117nci maddenin son fıkrasında yer alan suçun da ancak cebir veya tehdit kullanarak işlenebileceği öngörüldüğünden benzer bir sonuca gidilmesi mümkündür. Fakat 5237 Sayılı Kanun’un 39uncu maddesinin 2/a bendinde, teşvik edenin suça iştirakin bir biçimi olarak yardım eden sıfatıyla sorumlu olacağı özellikle gösterilmiştir.

Failin devlet memuru veya diğer bir kamu görevlisi olması da mümkündür. Bu 119uncu maddeye göre ağırlaştırıcı sebeptir.

5237 Sayılı Kanun’da da tüzel kişilerin suçun faili olamayacakları kabul edildiğinden, suçun örneğin bir sendikanın vermiş olduğu emir yahut talimatla işlenmesi halinde, tüzel kişi olarak sendika değil, bu emri veren veya verilmesine katılan kişiler 5237 Sayılı Kanun’un Suça İştirak hükümlerine göre cezalandırılacaklardır.

¹⁸³ ERSOY, s: 97

b. Suçun Mağduru

Öncelikle mağdura ilişkin genel açıklamalarımızı yapalım. Fail gibi mağdurun da birden fazla kişi olması gerekmez. Mağdurun bir kişi olması durumunda da suç oluşur. Zira maddenin tümünde korunan menfaat kolektif çalışma değildir. Tek bir kişi anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlandığında son fıkra hükmü ihlal edilmiş olur.

Anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunun da umumi nitelikte bir fiille işlenmesi mümkündür. Bizzat ve sadece mağdura yöneltilmese de genel etki gösteren ve bu surette kolektif iş ve çalışma hürriyeti ihlal eden cebir veya tehdit kullanıldığında, bireylerin de hürriyeti ihlal edilmiş olacağından 117nci maddenin son fıkrası uygulanabilecektir. Örneğin bir şehirde çalışan işverenlerin tümüne yönelik olarak ücretlerin belirli bir düzeye yükseltilmesi aksi halde işyerlerine saldırılacağı tehdidi sebebiyle, tehdidin hukuka aykırılığı ve netice bakımından elverişliliği denetlendikten sonra fail cezalandırılabilir.

Mağdur bir tek kişi olabilir fakat 117nci maddenin 4üncü fıkrasındaki suçun oluşması için mağdurun iş ve çalışma hürriyetini kullanan bir kişi olması gerekir. Bu noktada son fıkra da mağdura ilişkin olarak getirilen özel niteliğe değinelim. Buna göre mağdurun işçi veya işveren olması gerekmektedir. Metinde bu açıkça gösterilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi incelediğimiz hükümde bahsedilen iş ve çalışma hürriyeti, bu hürriyetin bir kısmını oluşturan sözleşme hürriyeti olup, bu hürriyetin fıkra da ki kapsamı ise iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesidir. O halde mağdurun iş ve çalışma hürriyetini kullanan bir kişi olması gerektiğinden bahsedildiğinde kastedilen, bu fıkra hükmü için, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi kurmuş olması gerektiğidir. Ancak bu durum, mağdurun işçi veya işveren olması gerektiği tespitiyle birlikte değerlendirildiğinde çeşitli olasılıklar ortaya çıkmaktadır.

Buna göre mağdur işçi veya işveren olmalıdır ve ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne

zorlanmalıdır. Böylece mağdurun sıfatı önem taşır. Mağdur işçi veya işveren olmalıdır. Örneğin bir limited şirket kurduğunuzda iş sahibi olursunuz fakat işçi çalıştırmaya başlamamışsanız, işveren sayılmazsınız. Ya da bir işverenle çalışmak üzere anlaşmaya çalışıyorsanız, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda henüz pazarlık aşamasındaysanız ve fiilen çalışmaya başlamadıysanız henüz işçi olarak anılamazsınız.

Böylece eğer A kişisi yeni bir şirket kurmuş ve henüz hiç işçi çalıştırmıyorken, işsiz diğer bir B kişisiyle iş sözleşmesi yapmak üzere harekete geçmişse ve daha fiili çalışma başlamamış olmasına rağmen aralarında bir sözleşme kurulmuşsa, işçi sıfatının (hizmet ilişkisinin) iş sözleşmesinin imzalandığı anda değil, fiili çalışmanın başladığı anda kazanılacağını kabul eden katılma teorisi¹⁸⁴ esas alındığında, o an için işçi veya işverenden bahsetmek mümkün değildir. Acaba hal böyleyken A veya B, cebir veya tehditle anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlanırsa 117/son fıkrasının tatbiki mümkün olmayacak mıdır? Olmayacaktır, çünkü fıkra hükmünde yer alan ifade, müstakbel işçi ve işverenleri de kapsar biçimde anlaşılamaz. Böylece henüz fiili çalışma başlamadan önceki aşama fıkra hükmüne dahil edilemeyecek, faile 117/4 yerine, unsurların varlığı halinde ancak 117/1 hükmü uygulanabilecektir. Oysa 765 Sayılı Kanun'da kullanılan ifade "gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri" şeklindeydi. Ticaret veya sanat sahiplerinin maddenin himayesi dışına çıkarılmış olması, açıkladığımız sonuca sebep olmaktadır. Bize göre bu uygun olmayan sonucu önlemek için hükme, en azından "iş sahiplerini" ifadesini eklemek gerekir.

Fıkra hükmüne göre özellik arz eden bir diğer husus, cebir veya tehdide doğrudan maruz kalan kişinin mi yoksa ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlanan kişinin mi mağdur sayılacağıdır. Bazı olaylarda mağdurun kim olduğunun tespiti güç olabilecektir. Çünkü örneğin, ücretlerin arttırılması için işçinin cebir veya tehdit ile kanun dışı greve zorlanması halinde, aslında ücreti arttırmaya zorlanan işverendir. Çünkü işçinin lehine olan bir hususa zorlandığı iddiası, örneğimizde ücretinin

¹⁸⁴ ÇELİK, s: 67

arttırılmasına zorlanması pek de kabul görür mahiyette değildir. Fakat olayımızda cebir veya tehdide doğrudan maruz kalan işçidir. O halde lehine de olsa ücret konusunda bir zorlamaya maruz kalmaktadır ve cebir ve tehdide doğrudan muhatap olmakla mağdur durumundadır. 117/1 fıkrası için yaptığımız açıklamada, mağdurun cebir veya tehdide doğrudan maruz kalan kişi olacağını belirtmiştik. Son fıkra hükmü için de aynı şeyi tekrar edebiliriz. Üstelik bunu daha rahat yapabiliriz çünkü son fıkra hükmü, failin cezalandırılmasını mağdurun yahut suçtan zarar görenin şikâyetine bağlamadığından, mağdurun tespiti suçun soruşturulması ya da kavuşturma açısından, ilk fıkra hükmünde olduğu kadar önem taşımaz.

4. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsur

(1) Hareket

Anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunun maddi unsuru, cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini (ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne) zorlamaktır. Görüldüğü gibi bu suçta hareketin vasfı, cebir veya tehdittir. Diğer bir deyişle suç tipinde öngörülen neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensellik bağı taşıyan iradi hareket cebir veya tehdittir.

Bu suçun cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenmesi mümkün değildir. Mağduru zorlamak neticesi, cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı bir davranışla elde edilmeye çalışıldığında, fail 117/4 hükmüne göre değil fakat 117/1 hükmüne göre cezalandırılabilir. Örneğin hileli davranışlar, korkutma, hakaret, şantaj gibi hareketler, incelediğimiz suçun oluşmasına yetmez. Ancak unsurları varsa başka suçlar oluşabilir. Bu arada, incelediğimiz suçun grev ve lokavtı yasaklamadığını, ayrıca kanuna uygun grev ve lokavt yoluyla ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamanın suç oluşturmayacağını belirtelim. Bunun gibi diğer hukuka

uygun hareketler yoluyla da, neticeye ulaşmak üzere işçi veya işveren üzerinde baskı kurulabilecektir. Bu 117/son hükmü kapsamında suç oluşturmaz, zorlama sayılmaz.

Kanun koyucu, 4üncü fıkradaki tipik suçun gösterilen bu belirli şekil ve vasıtalarla yani cebir veya tehdit ile işlenmesini öngördüğünden bu suç, bağlı hareketli suçtur. Failin ancak aktif bir davranış içinde bulunması ile işlenebilen suçlar icrai suç olarak anıldığından ve cebir veya tehdit fiili aktif davranış gerektirdiğinden, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu icrai suçtur. Bu suç, hareketin sayısı bakımından ise, cebirle yahut tehditle işlenebilmesi mümkün olduğundan kanaatimizce seçimlik hareketli suç olarak adlandırılabilir.

Cebir ve tehdit kavramlarının ne anlama geldikleri, genel olarak ve 117nci maddenin linci fıkrası açısından kapsamaları, yukarıda çeşitli defalar açıklanmaya çalışılmıştır. Sözleşme içeriğini değiştirmeye zorlama suçunda da cebir ve tehdidin muhtevası aynıdır, aynı nitelikte olması gerekir ve bize göre şahıs ve eşya üzerinde olabilir. Fakat burada anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu bakımından yeniden bazı açıklamalar yapmakta yarar vardır. Bir defa bu suç mağdur bakımından sınırlandırılmıştır. Mağdur, “işçiler veya işverenleri” olarak gösterilmiştir. O halde acaba cebir veya tehdidin özellikle bunlara yöneltilmesi gerekir mi? Bize göre, hükmün yeni halinde “zorlamak” bakımından mağdur sınırlandırılmış olmakla birlikte, cebir veya tehdidin yöneleceği şahıs bakımından sınırlandırma yapılmış kabul edilmemelidir. Buna göre örneğin işvereni işçi ücretlerini düşürmesi için zorlamak düşüncesiyle üçüncü bir şahsa yöneltilen cebir halinde de bu suç oluşabilir. Böylece bu suç bakımından da, cebir veya tehdidin doğrudan mağdura yani işçi veya işverenlerine yöneltilmesi gerekmez.

Bu durum işçi ve işverenler arasında da geçerlidir. Yani örneğin ücretlerin arttırılmasını temin etmek maksadıyla işçilere kanun dışı greve başvurmak yönünde cebir veya tehdit uygulandığında, neticede ücretleri arttırmak için zorlanacak olan işverenken, cebir veya tehdit işçilere uygulanmaktadır. Bu değişik bir sonuca sebep olmaktadır. Ücretin artmasından işçiler yarar sağlayacaklardır. Ancak iradeleri dışında bir harekete zorlanmaktadır. Bu arada, işçilerin zorlandığı eylemden zarar

görecek işverendir. Çünkü artan ücretler işverene zarar verir, işçiye değil. Burada şunu belirtmek gerekir, kanunda belirtilen amaçlarla işçi veya işvereni zorlamak söz konusu olduğunda, cebir veya tehdit uygulanmışsa suç oluşacaktır. Cebir veya tehdidin yöneltildiği şahsın kim olduğunun tespiti, cebir veya tehdidin zorlamak neticesi bakımından elverişli ve hukuka aykırı olup olmadığının anlaşılması için önemlidir. Böylece bize göre cebir veya tehdidin her hangi bir kimseye yöneltilmesi mümkündür.

Verilen örnek olayda, mağdur konusu incelenirken belirtildiği gibi, mağduru cebir veya tehdide doğrudan muhatap olan işçi olarak belirlemek yerinde olacaktır. Zira işçiler iradelerine aykırı bir davranışa zorlanmaktadırlar. Bu arada işveren, suçtan zarar gören kişi sıfatıyla soruşturma veya kovuşturma içinde yer alabilmelidir.

(2) Netice

Cebir veya tehdit hareketinin mağdur üzerindeki yansıması, mağdurun zorlanmasıdır. Bu suçun neticesidir. Dikkat edilirse, bu suç ile cezalandırılan özellikle zorlamak neticesidir. Yoksa mağdurun ücretleri azaltmış veya çoğaltmış olması veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmaları kabul etmesi gerekmez. Failin bu neticelere ulaşmak için cebir veya tehdit kullanması gerekli ve hareket unsuru açısından suçun oluşması için yeterlidir. Burada tekrar etmekte yarar görüyoruz, suçun tamamlanması ve zorlama neticesinin gerçekleşebilmesi için, zorlanan kişinin yani işçi veya işverenin sözleşme hürriyetini kullanan yahut kullanmak isteyen kişi durumunda olması gerekir. Fıkarda “evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalardan” bahsedildiğine göre, suçun oluşması için cebir veya tehdit hareketinden ve zorlamak neticesinden önce kabul edilmiş bir anlaşmanın var olması gerekir.

Hareketi cebir veya tehdit, neticeyi zorlamak, mağduru ise cebir veya tehdide doğrudan maruz kalan kimse olarak tespit ettikten sonra anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunun maddi değil şekli bir suç olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü hareket ile neticeyi birbirinden ayırmak pek mümkün görünmemektedir.

Mağdura cebir veya tehdit uygulandığında, zorlamak neticesinin de gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir. Fail, mağdura, örneğin ücreti değiştirmek üzere cebir uygulamış fakat mağduru zorlamamıştır diyemeyiz. Ücreti değiştirmek iradesiyle cebir uygulandığı anda zorlamak neticesi de doğar. Suç tipi açısından neticeyi, ücretleri azaltıp çoğaltmak veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabul ettirmek olarak kabul etseydik doğal olarak yaptığımız değerlendirme değişecekti. Bu durumda suçun maddi bir suç olarak kabulü gerekirdi. Çünkü burada cebir veya tehdit hareketiyle söylenen netice birbirinden ayrılabilirdi. Fakat suç bu özelliği taşımamaktadır. Bunun tespiti, aşağıda inceleyeceğimiz teşebbüs konusu açısından önem taşımaktadır.

Anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu, muhtemel kesintisiz suçtur. Netice zorlamakla sınırlı olduğundan ve ücretlerin azaltılıp çoğaltılması veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmaların kabul edilmesi gerekmediğinden, bakılacak olan zorlamak neticesidir. Failin hareketi ve neticeyi, yani cebir veya tehdit ile zorlamak neticesini devam ettirme ihtimali suça muhtemel kesintisiz suç niteliği kazandırmaktadır. Suçun kesintisiz şekilde işlenmiş olması için failin, kendi kusuru ile oluşan neticeye son vermek konusunda fiili iktidarı varken bunu yapmaması gerekmektedir¹⁸⁵.

Her ne kadar kanun koyucu 5237 Sayılı Kanun'da tehlike suçlarını açıkça gösterme yolunu seçmiş görünse de, incelediğimiz suç açısından, hareketin suçla korunan hukuki değer üzerinde zarar meydana getirmesi değil de tehlike yaratması durumu cezalandırıldığından anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu, bir tehlike suçu görünümündedir. Çünkü burada korunan hukuki değer iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi yapma hürriyetidir. Suçun oluşması için bu sözleşmelerle belirlenen veya belirlenmeye çalışılan ücretlerin ve diğer çalışma koşullarının değişmiş olması gerekmez. Tarafların yani işçi veya işverenin buna zorlanması yeterlidir. Zorlamak hali, tarafların iradelerini etkilemekle sözleşme hürriyeti üzerinde tehlike yaratır fakat suçun oluşması için zararın doğması gerekmez.

¹⁸⁵ DEMİRBAŞ, s:206

b. Manevi Unsur

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, yukarıda suçun neticesinin “zorlamak” olarak tespit edilmesi, incelediğimiz suç, öngörülen hareketler yani cebir veya tehdit hareketlerinin özel bir amaca yönelmiş haline dönüştürmüş görünmektedir. Bunu şöyle de izah edebiliriz. Bilindiği gibi 5237 Sayılı Kanun’da bağımsız bir madde altında düzenlenen cebir suçu şöyle tarif bulmuştur: “Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde ...” cebir suçu oluşur. İşçiyi veya işverenlerini, yani suçun mağdurlarını, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne cebir kullanarak zorlamak, onlara bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için cebir uygulamak demektir. Görüldüğü üzere burada, cebir suçuna özel bir amaç eklenmiş ve belirtilen bu amaç mevcut olduğunda suça cebir suçu değil, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, bizim koyduğumuz adıyla anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu adı verilmiştir.

106ncı maddede düzenlenen tehdit suçunun ise, malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle işlenmesi mümkündür. Bu durumda fail mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırılmaktadır. Tehdit suçunun, genel olarak içinde zorlamak mefhumunu taşıdığı tartışmasızdır. Fakat tehdit, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak maksadıyla yapılırsa suç, iş ve çalışma hürriyetinin ihlaline dönüşmektedir. Üstelik bu durumda takibi şikâyete bağlı olmaktan çıkmaktadır.

Bu tespit üzerinden, faildeki zorlamak neticesine yönelik genel kastın varlığının, yani zorlamak neticesini bilerek ve isteyerek hareket etmesinin, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu açısından yeterli olmayıp, özel bir kastın var olması gerektiğini söylemeliyiz. Aranılan bu özel kast, suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. İncelediğimiz suçun bahsettiğimiz manevi unsuru, (işçiyi veya

işverenlerini) ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamaktır.

Peki ya fail bu özel kast ile hareket etmeyip de, farklı bir şeye zorlamak kastıyla cebir veya tehdit hareketinde bulunursa ne olacaktır. Bu durumda, cebir veya tehdidin yöneldiği zorlamak neticesinin, 117nci madde ile himaye altına alınmak istenen iş ve çalışma hürriyetini ihlal eder nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. İş ve çalışma hürriyetini kapsamına müdahale eder nitelikteyse, 117/1inci madde hükmü uygulanabilir. Eğer zorlanan, iş ve çalışma hürriyetiyle ilgili değilse, olayın özelliğine göre cebir suçu veya tehdit suçunun varlığından bahsedilebilir. Örneğin cebir veya tehdit ile işçi çalışmaktan men edilmeye çalışılıyorsa fiil 117/1 kapsamında olacaktır. Eğer cebir veya tehdit, örneğin kız kardeşinin balkonda oturmasına engel olmak üzere uygulanıyorsa, cebir veya tehdit suçu oluşacaktır.

O halde belirttiğimiz özel kast olmaksızın hareket eden failin 117/son maddesi ile cezalandırılması mümkün değildir. Bu arada failin, cebir veya tehdidi de kasten yapması gerekir. Örneğin fail tehdit etmek kastıyla hareket etmemiş fakat mağdur kendisinden doğan bir hata sebebiyle zorlandığını düşünüp buna göre hareket etmişse yine 117/4üncü fıkra uygulanamayacaktır.

Bize göre 117/1inci fıkra olduğu gibi burada da failin hangi amaçla hareket ettiğinin önemi yoktur. İşçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak özel kastıyla cebir veya tehdit kullanması yeterlidir. Failin siyasi yahut bir başka amaç taşıması sonucu değiştirmez. Yine failin özellikle iktisadi bir amaç taşıması gerekmez. Zaten 765 Sayılı Kanun döneminde özel iktisadi amaç görünümündeki “işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak” durumu, artık yepyeni bir suçun manevi unsuru niteliğindedir.

Bu manevi unsurun, fıkra hükmünde sadece “evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak” biçiminde gösterilmesi de

aslında yeterlidir. Zira ücret, korunmaya çalışılan hukuki değerin konusunu oluşturan iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesinin asli unsurlarından biridir. Bu itibarla “ücretleri azaltıp çoğaltmaya” ifadesinin hüküm de yer alması, ücret konusunun genellikle işçiler ile işverenler arasında doğan anlaşmazlıkların temelini teşkil etmesi ve aralarındaki anlaşmaların asli unsuru olması sebebiyle özellikle vurgulanma gereği duyulmasından kaynaklanmış olmalıdır.

Yukarıda, suçun oluşması için cebir veya tehdit hareketinden ve zorlamak neticesinden önce kabul edilmiş bir anlaşmanın var olması gerektiğini belirtmiştik. Bu anlaşmanın özellikle yazılı veya sözlü olması gerekmez. Ancak süresi bir yılı aşan iş sözleşmelerinin ve toplu iş sözleşmelerinin yazılı olması kanunen şarttır. Mutabakata varılan anlaşmanın uygulanmaya başlanmış olması da gerekmez. Çünkü kanunda buna işaret eden bir ifade yer almamaktadır.

Bize göre, sözü edilen anlaşmanın çeşitli sebeplerle sonradan geçersiz sayılabilecek olması, olayın özelliğine göre, her zaman bu anlaşmayı cebir veya tehdit ile değiştirmek üzere harekete geçen failin cezalandırılmaması sonucunu doğurmamalıdır. Rızada fesat hallerinde şartın kabul edilmiş sayılmayacağından hareketle aksini kabul eden görüşe katılmıyoruz¹⁸⁶.

Anlaşmaya ek şartlar getirilmeye çalışılması da madde kapsamına dahil sayılmalıdır. Ayrıca anlaşmada zorla yapılmak istenen değişikliğin haklı veya haksız olması suçun oluşması açısından önem taşımaz. Fakat bu, hakimnin cezayı taktir ederken haklılığa göre alt veya üst sınıra yaklaşmasına mani olmaz.

Cebir veya tehditle zorlama hareketinin, anlaşma içeriğini değiştirmek için değil de, anlaşmaya riayeti temin için yapılması halinde, bu fiil 117/4üncü fıkra hükmü ile cezalandırılmaz. Çünkü failin kastı, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunun manevi unsuru ile örtüşmemektedir. Bu çeşit bir hareketin, olayın özelliğine göre iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunu, cebir suçunu veya tehdit

¹⁸⁶ ERSOY, s: 182

suçunu oluşturması mümkündür. 765 Sayılı Kanun döneminde kendiliğinden hak alma suçunun oluşması da ihtimaller arasındaydı.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

İncelediğimiz suç ilk bakışta, kasten işlenebilen bir suç olmakla teşebbüse elverişli görünmektedir. Yukarıdaki bölümlerde belirtildiği gibi taksirli suçlar, meydana gelen netice cezalandırıldığından teşebbüse elverişli değildir. Yine anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu, icrai bir suç olması itibarıyla da teşebbüse elverişli gibidir. Fakat suçun teşebbüse elverişli görüldüğünün söylenmesi, bu suçun maddi bir suç olmaması yani, netice ile hareketin ayrılabilirdiği bir suç tipi olmaması sebebiyle yerinde bir tespit olmaz. Zira bilindiği gibi, incelediğimiz suçta olduğu gibi tehlike suçları ya da şekli suçlarda, hareket ve neticenin ayrılabilirdiği durumlar dışında, teşebbüs söz konusu değildir. 765 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilirse, bu suçlarda hareket ve netice ayrılabilir ise sadece eksik teşebbüsten bahsedilebilir. Ancak 5237 Sayılı Kanun'da tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı kaldırıldığından, somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında ceza belirlenecektir.

Failin 117/4üncü fıkradaki suça teşebbüs ettiğinden bahsedebilmek için, kastettiği bu suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması gerekir.

Eğer fail, cebir veya tehdit hareketine başlayıp da işçi veya işverenlerini zorlamak neticesini elde edememişse, suça teşebbüs etmiş sayılacaktır. Ancak anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu tehlike suçu niteliğinde olduğundan özellik arz etmektedir. Şöyle ki, eğer cebir veya tehdit hareketi başlamışsa ve eğer bu hareketler mağdura ulaşmış ve tamamlanmışsa, suç da tamamlanmış olacaktır. Ancak cebir veya tehdit failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamışsa teşebbüsten bahsedilebilir. Tehlike suçu olan anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu için,

cebir veya tehdit hareketinin tamamlanmış olmasına rağmen işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlama neticesinin failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemesi durumu söz konusu olamaz. 5237 Sayılı Kanun'daki yeni düzenlemeye göre hakim, olayın özelliğini dikkate alarak, teşebbüs durumunda uygulanacak cezayı, meydana gelen zarar veya tehlikeyi dikkate alarak belirleyecektir.

Failin cebir veya tehdit hareketini tamamlayamadığı durumda, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak kastı tespit edilmişse, cebir veya tehdit suçlarına teşebbüsten değil, 117/4üncü fıkra da yer alan suça teşebbüsten cezalandırılması gerekir.

b. İştirak

Anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunu birden fazla kişi birlikte işleyebilir. Korunan hukuki menfaati cebir veya tehditle, birlikte hareket ederek ihlal eden kişilerden her biri fail olarak sorumludurlar. Cebir veya tehdit hareketini bizzat gerçekleştiren kişiler doğrudan faildirler. Doğrudan faillerin birbirlerinin hareketlerinden habersiz olmaları halinde, her biri kendi davranışlarından yan fail sıfatı ile sorumlu olacaklardır. Failler işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak üzere birlikte cebir kullanmışlar veya tehdit etmişlerse diğer bir değişle suçun icrasına katılmışlarsa birlikte fail olarak anılırlar. Kusur yeteneği bulunmayan, kendisinde cezasızlık sebebi bulunan veya hataya düşürülmüş kişiyi cebir veya tehdit hareketini yapmak üzere kullanan kişi de fail olarak sorumludur. Araç olarak kullanılan kişi dolayısıyla faildir.

5237 Sayılı Kanun'un 38inci maddesi gereği anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlamak üzere bir başkasını ya da başkalarını azmettiren kişi bu suçun cezası ile

cezalandırılır. Azmettiren örneğin sendika gibi bir tüzel kişiye, bizzat azmettiren gerçek kişiler sorumlu tutulur. Azmettirme iştirak hallerinden biridir.

39uncu madde ise, failde mevcut fakat ortaya çıkmamış olan anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlamak düşüncesini uyandıran, onu harekete geçiren kişinin, teşvik eden sıfatıyla cezalandırılmasını öngörmektedir. Suçu işlemeye karar vermiş fakat çeşitli sebeplerle uygulayamayan kişiye, bu kararının doğruluğu yönünde telkinde bulunan kişi de aynı madde hükmüncce cezalandırılır. Suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kişi de 39uncu madde kapsamında suça iştirak etmiş olacaktır.

5237 Sayılı Kanun'un 36ıncı maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümlerin de anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçuna tatbiki mümkündür. Bu durumda fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Bunun için failin icra hareketlerine başladıktan sonra cebir veya tehdit uygulamaktan gönüllü vazgeçmesi gerekir. İlgili hükümde yer alan “kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse” ifadesi, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu neticesi harekete birleşik bir suç olduğundan, bu suç için “icra hareketlerinin tamamlanmasını önlerse” olarak anlaşılmalıdır. İcra hareketlerinin tamamlanan kısmı başka bir suç oluşturduğu takdirde, fail sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır. Suç, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş yahut gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olsa da, 41inci madde gereği, iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır.

Anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçuna iştirak halinde, katılan her kişinin bu suça iştirak etmek iradesinin varlığı ve hareketi ile netice arasında nedensellik bağı aranacaktır. Bağlılık kuralının düzenlendiği 40ıncı maddeye göre, iştirakten sorumlu tutulabilmek için, suçun en azından teşebbüs aşamasına varması gerekir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen

kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

c. Suçların İctimai

Anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu, her ne kadar suç biçimlerinden daha geniş anlamda değerlendirilmeleri gerekse de cebir veya tehdit suçunu unsuru olarak barındırmakla bir bileşik suç görünümündedir. 42inci maddenin son fıkrası gereği bu tür suçlarda ictima hükümleri uygulanmaz.

Zincirleme suçun düzenlendiği 43üncü madde hükmüne göre eğer fail, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlamak kararını gerçekleştirmek üzere, mağdura karşı bu suçu farklı zamanlarda birden çok işlerse, bir cezaya hükmedilecek fakat ceza arttırılacaktır. Yine aynı hükme göre suçun temel şekli ile nitelikli halleri bir suç sayıldığından, 117nci maddenin diğer fıkraları arasında ve bu fıkralarla 4üncü fıkra arasında zincirleme suç bağı kurulabilecektir. Bu durumda zincirleme suç sebebiyle artırım yapılırken ceza suçun ağır haline göre belirlenir. Failin suç tipinde gösterilen seçimlik hareketlerden birden fazlasını yapması suçu zincirleme suç yapmaz. İş ve çalışma hürriyetini ihlal eden suçlardan bazıları teşebbüs aşamasında kalmışken, biri veya bir kaç tamamlanmışsa, zincirleme suçun tespiti sebebiyle yapılacak artırımda, tamamlanmış suçun cezası dikkate alınacaktır. 43üncü maddenin 2nci fıkrasında yer alan “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.” hükmü gereği, örneğin failin evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak maksadıyla işçi ve işverenini aynı anda birlikte tehdit etmesi halinde, fail bir defa cezalandırılacaktır.

44üncü maddede düzenlenen fikri ictimain bu suça tatbiki de çeşitli olaylarda mümkün olabilir. İşlediği bir fiil ile anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu dışında farklı bir suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Burada, farklı kanunlar arasında özel genel norm ilişkisine dikkat edilecek, disiplin soruşturması gerektiren fiillerle arasında fikri ictima ilişkisi kurulamayacak, 117nci maddenin diğer fıkraları ile arasında fikri

içtima uygulanamayacaktır. Burada, cebir suçunun bazı hallerde daha ağır cezayı gerektirdiğini, bu itibarla anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçuyla aralarında fikri içtima yoluna gidilmesi gerekebileceğini belirtelim. İlgili açıklama yaptırım ve suça etki eden nedenler başlığı altında kısaca açıklanmıştır.

6. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler

Bu suçun yaptırımı altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Buna göre öngörülen ceza, 117nci maddenin ilk fıkrasında yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun yaptırımından, adli para cezası imkânı olmaması ve üst sınırı itibariyle daha ağırdır. Yine bu ceza, tehdit suçunun basit hali için öngörülen cezadan da ağırdır. Cebir suçunun yaptırımı kasten yaralama suçuna bağlandığından, kasten yaralama suçuyla karşılaştırma yapmak gerekmektedir.

Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Cebir suçu işlendiğinde bu ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunacağına göre cebir suçunun üst sınırı bir buçuk yıl olmaktadır. Bu tespitten, cebrin anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama kastı içerdiğinde daha korunmaya değer bir menfaati zedelediğinin düşünüldüğü söylenebilir. Fakat kasten yaralama suçu için öngörülen esas ceza ilk fıkrafta düzenlenmiştir ve bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Bu ceza başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi hakkında uygulanır. Cebir suçu işlenmiş, böyle bir sonuç meydana gelmişse verilecek cezanın üst sınırı dört buçuk yıla çıkmaktadır. O halde bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde verilecek ceza dört buçuk yıla kadar çıkabilirken, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama kastı var olduğunda cezayı arttıran haller dikkate alınmadığında verilebilecek ceza 3 yıla sınırlıdır. Bu yüzden anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu cebir yoluyla işlendiğinde, bir karşılaştırma yapmak gerekcek, cebir hareketinin sonuçları, kasten yaralama suçunda gösterilen neticeler açısından incelenerek, gerekirse fikri içtima uygulanarak, faile daha ağır cezayı

gerektiren suçun cezası verilecektir. Böylece 117/son hükmü yerine 108inci maddenin uygulanması gerekebilir. Hemen hatırlatalım, 119/son fıkra düzenlemesi, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun ve bu arada anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunun işlenmesi sırasında, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda ki bu 87nci maddede düzenlenmiştir, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin “ayrıca” uygulanacağını hükme bağlamıştır. Bu durumda fikri içtima uygulanamayacaktır.

Neticede verilecek ceza kısa süreli hapis cezası olursa, bu cezanın 50nci maddeye göre, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezası gibi çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

51inci madde esasları uygulanarak cezanın ertelenmesi olasıdır. Erteleme halinde bir denetim süresi belirlenir. Denetim süresi uygun şekilde dolduğunda, ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

119uncu madde yer alan Ortak Hüküm, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu için de geçerlidir. Buna göre suçun silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. Böylece verilecek cezanın üst sınırı 6 yıla kadar çıkmaktadır.

Ceza tespit edilirken 5237 Sayılı Kanun’un 62nci maddesinde yer alan takdiri indirim nedenleri dikkate alınarak ceza altıda birine kadar indirilebilir.

7. Kovuşturma

5237 Sayılı Kanun'un 117/son fıkrasında yer alan suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı değildir. Bu itibarla adli mercilerin kendiliğinden soruşturmaya başlamak ve kovuşturmayı sonlandırmak yetki ve görevleri vardır.

B. İşin Durmasına Neden Olma Suçu

1. Genel Olarak

765 Sayılı Kanun döneminde şimdi inceleyeceğimiz suç, iktisadi amaçla işi bırakmaya zorlama suçu olarak adlandırılmıştı¹⁸⁷. 201inci maddedeki haliyle esasen, bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak cezalandırılıyordu. Ancak bu neticenin gerçekleşmesi yetmiyor, suçun oluşması için özel bir maksadın var olması gerekiyordu. Bu özel maksat gerek işçiye ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek olarak gösterilmişti. Belirtilen neticeye, gösterdiğimiz maksatla ulaşmak için failin kullanması gereken vasıtalar, cebir ve şiddet veya tehdit olarak belirlenmişti. Hüküm içine konulmuş özel maksat, suçun iktisadi amaçla işi bırakmaya zorlama suçu adını almasına sebep olmaktaydı.

Fakat yukarıda da görüldüğü üzere 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesindeki yeni düzenleme, bahsettiğimiz bu suçu ikiye bölmüş ve önceden var olan ve iktisadi amaç olarak nitelenen “yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek” özel amacı ayrı bir suç haline getirmiştir. Biz bu suçu yukarıda, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu olarak inceledik. Böyle bir bölünmeden sonra, 765 Sayılı Kanun'un 201/2nci fıkrasında yer alan suçun neticesi de, ayrı bir suç haline dönüşmüştür. Bu ikinci suça ‘işin durmasına neden olma suçu’ adını verdik. Esasen işin sadece durmasına değil, sona ermesine ve durmanın devamına neden olmak da

¹⁸⁷ ERSOY, s:151

cezalandırılmaktadır. Ancak suçu isimlendirirken, durma kavramının sözcük anlamıyla her ihtimalde yer aldığı düşüncesinden hareket ettik. Aşağıda açıklamaya çalışacağımız üzere aslında durmak, sona ermek veya durmanın devamına neden olmak farklı anlamlara gelmektedir. Fakat sona ermek kavramı, hiç değilse sözlük anlamıyla, içinde durma kavramını da içermektedir. Yani bir iş sona ererse, öncelikle durur. Buna rağmen tabii ki suçun, işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olma suçu olarak isimlendirilmesi gerektiği ileri sürüldüğünde yanlış olmayacaktır. Biz açıkladığımız sebeple, kısaca ‘işin durmasına neden olma suçu’ adını kullanmayı tercih ettik.

2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bu suçla korunan hukuki değer de, linci fıkrada yer alan suç ile korunan hukuki değerden farklı değildir. Esasen korunan, bireye ait iş ve çalışma hürriyetidir. Ancak burada da, iş ve çalışma hürriyetinin bir bölümü himaye edilmektedir. Bu bölüm, çalışma hürriyetinin harekete dönüşmüş hali yani faaliyetin bizzat kendisi olarak görünmektedir. Korunan, iş faaliyetini devam ettirme hürriyetidir. Bu itibarla, işin durması, sona ermesi veya durmanın devamı niteliğinde olmayan faaliyet engelleri ve diğer ihlal halleri, tabi diğer unsurları var olduğunda, 117/linci fıkra hükmü nazara alınarak cezalandırılacaktır.

Suçun, fıkra metninden ve birlikte düzenlendiği anlaşma içeriğini değiştirme suçundan ayrılmış hali şöyledir: “Cebir veya tehdit kullanarak bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Buna göre hukuken korunan menfaatin, yani iş faaliyetinin ihlal biçimi, işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmaktır. Burada akla gelen soru, faaliyeti durdurulan, sona erdirilen veya durmasının devamına neden olunan işten neyin kastedildiğidir. Esasen işin durmasından, 117nci maddenin bütününe bakıldığında ki bu bir hükmün doğru anlaşılması için uygulanması gereken yöntemdir, korunan menfaatin bireysel iş ve çalışma hürriyeti olduğu tespitimizden

hareketle, bir kişinin yürüttüğü iş bile olsa bunun durması veya engellenmesinin anlaşılması gerekir. Buna göre örneğin bir matbaada çalışan dizgi ustasının çalışması cebir veya tehditle engellendiğinde, matbaada iş durmamış, bir diğer işçi ile dizgi işi görülmüş bile olsa, çalışamayan işçi açısından iş durmuştur. Fakat dikkat edilirse, bu durum örnekle anlatılırken bile bu işçi açısından yaratılan durum, işçinin işinin değil çalışmasının durduğu biçiminde ifade edilmektedir. Kanun koyucunun da çalışmanın durması yerine işin durması tabirini kullanmasının bir anlamı olmalıdır. O halde kastedilen, yürütülen iş olmalıdır. Her ne kadar maddenin bütününde kolektif çalışma hürriyeti yerine bireysel çalışma hürriyeti himaye ediliyor olsa da, son fıkradaki düzenleme özel bir nitelik taşımakta ve bireysel çalışma hürriyetinden çok, kolektif biçimde yürütülen faaliyetin himaye edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin matbaadaki basım işi, fabrikadaki üretim işi, laboratuardaki tahlil işi gibi.

3. Fail ve Mağdur

a. Suçun Faili

Suçun faili, cebir veya tehdit kullanarak bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişidir. Kişi tabiri bir özellik arz etmez. Bu sebeple failin her hangi bir kimse olması, bu arada işveren veya işçi yahut yabancı veya Türk olması mümkündür. Birden fazla kişi de fail olabilir. Aralarında bir anlaşma bulunması gerekmez. Korunan hukuki menfaati cebir veya tehditle, birlikte hareket ederek ihlal eden kişilerden her biri fail olarak sorumludurlar. Cebir veya tehdit hareketini bizzat gerçekleştiren kişiler doğrudan faildirler. Doğrudan faillerin birbirlerinin hareketlerinden habersiz olmaları halinde, her biri kendi davranışlarından yan fail sıfatı ile sorumlu olacaklardır. Failler birlikte cebir kullanmışlar veya tehdit etmişlerse diğer bir deyişle suçun icrasına katılmışlarsa birlikte fail olarak anılırlar. Kusur yeteneği bulunmayan, kendisinde cezasızlık sebebi bulunan veya hataya düşürülmüş kişiyi cebir veya tehdit hareketini yapmak üzere kullanan kişi de fail olarak sorumludur. Araç olarak kullanılan kişi dolayısıyla faildir.

Failin devlet memuru veya diğ er bir kamu görevlisi olması da mümkündür. Failin birden fazla kişi olması gibi bu da 119uncu maddeye göre ağırlaştırıcı sebeptir. Tüzel kişilerde emri veren veya verilmesine katılan gerçek kişiler fail olarak cezalandırılır.

b. Suçun Mağduru

Netice konusu incelenirken değınilceğı üzere, işin durmasına neden olma suçunun tamamlanabilmesi ve bu suçtan söz edilebilmesi için faaliyet halinde yahut en azından geçici olarak durmuş bir işin mevcudiyeti gerekmektedir. Aksi halde bir işin durmasına, sona ermesine veya durmasının devamına neden olunması mümkün olamaz.

Buna göre faaliyet halinde veya geçici olarak durmuş bir işten bahsedildiğinde ve su  bu iş üzerinde etki bırakacak şekilde işlenebileceğıne göre mağdurun, suça konu iş ile ilişkisi olan bir kimse olması gerekir. Bu ilişki, işin sahibi olmak veya bu işte çalışmak biçiminde ortaya çıkabilir. O halde işin durmasına neden olma suçunda mağdur, iş sahibi veya işçidir.

İş sahibinin, işi yürütürken işçi kullanıp kullanmaması önem taşımaz. Diğ er bir değışle işveren olması gerekmez. Tek başına y r tt ğı bir işin sahibi olması da mümkündür. Buna göre örneğın yalnız çalışan bir avukata karşı da cebir veya tehdit uygulayarak işin durmasına neden olma suçu işlenebilir. Fakat suça muhatap olan iş sahibinin işveren olması da pekâlâ söz konusu olabilir. Bu durumda işverene cebir veya tehdit uygulandığında işveren çalışamaz duruma gelirse hemen 117/4 nc  fıkra hükmünün uygulanacağını söylemek doğru olmaz. Çünkü her ne kadar işveren  alışamamış olsa da iş durmamış olabilir. Bu durumda unsurları mevcutsa 117/1inci fıkranın yahut harekete göre diğ er bir suçun oluşması mümkündür.

Fıkra metninde bir işin durmasından bahsediliyor olsa da, suçun mağdurunun tek bir işçi olması da mümkündür diyebiliriz. Öncelikle tekrar edelim, bu sonuca, 117nci maddenin bütününde korunan hukuki menfaatin kolektif çalışma hürriyeti

olmadığı tespitimizden varılabilmektedir. Aynı sonuca, çalışamayan işçi açısından işin durduğu düşünülürse de varılabilir. Fakat incelediğimiz suç açısından, suçun mağdurunun tek bir işçi olması mümkündür sözü aslında açıklamaya çalıştığımız anlama gelemmez. Zira metinde kullanılan ifade buna izin vermemektedir. O halde mağdur hangi halde tek bir işçi olabilir? Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, bir fabrikadaki makinelerin çalıştırılmasını sağlayan teknik bilgiye sahip tek işçinin, cebir veya tehdit ile işe gitmesinin engellenmesi halinde işin durduğu durum gösterilebilir. Bu durumda cebir veya tehdide bizzat maruz kalan işçi suçun mağdurudur fakat fabrikanın sahibi de bu suçtan zarar görmektedir. Aynı zamanda çalışamayan diğer işçiler de zarar görmektedirler. Bu durum cebir veya tehdidin yöneltileceği şahıs açısından bir sınırlama getirilmemiş olmasının sonucudur. Çünkü fıkra hükmünde, cebir veya tehdidin bizzat işin sahibine yöneltilmesi gerektiğine dair açıklık yoktur. Bize göre bu durum, suçun unsuru olarak kullanılan cebir veya tehdit mefhumlarının üçüncü kişilere yöneltilebileceği tespitimizle de örtüşmektedir. Cebir veya tehdidin hukuka aykırılığı ve suç tipinde öngörülen neticeyi gerçekleştirmek hususundaki elverişliliği denetlendikten sonra faile ceza verilebilecektir. Böylece işin durmasına neden olma suçunun umumi nitelikte cebir veya tehdit fiilleri suretiyle işlenmesi de mümkündür görünmektedir.

Burada belirtelim, kimi olaylarda işin kısmen durması dahi, suçun oluşmasına yeterli sayılabilecektir. Buna dair açıklamayı netice incelenirken yapacağız.

4. Suçun Unsurları

a. Maddi Unsur

(1) Hareket

Suç tipinde öngörülen neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensellik bağı taşıyan iradi hareket, cebir veya tehdittir. İşin durmasına neden olma suçu, cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenemez. Cebir veya tehdit dışında, hukuka aykırı bile olsa bir başka davranışla bir işin durmasına, sona

ermesine veya durmanın devamına neden olunmuşsa, fail, iş ve çalışma hürriyetinin ihlalini kastetmişken suçun diğer unsurları da varsa, 1117/1inci maddeyle cezalandırılabilir. Çünkü bu suçun hukuka aykırı başka bir davranışla işlenmesi mümkündür.

Suç ancak cebir veya tehdit ile işlenebileceğinden Bağlı Hareketli, bunlardan sadece biri ile işlenebileceğinden ise Seçimlik Hareketli bir suçtur. Ayrıca cebir veya tehdit aktif davranış gerektirdiğinden, icrai suçtur. Cebir ve tehdit için birinci bölümde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

(2) Netice

Suçun tamamlanması için failin neticede bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olması gerekmektedir. Failin neden olduğu cezalandırılan netice, bir işin durması, sona ermesi veya durmanın devamıdır. Failin bu neticelere ulaşmak için cebir veya tehdit kullanması gerektiğini yukarıda belirttik. Neticenin gerçekleşmesi ve suçun tamamlanabilmesi için, faaliyet halinde olan veya faaliyeti durmuş bir işin mevcudiyeti şarttır. Bu itibarla işin başlamış olması gerekir. Hiç başlamamış bir iş üzerinden 117/4 düzenlemesi gereğince hüküm kurulamaz. Fakat kimi zaman faaliyete tamamen geçilmemiş olsa da suç oluşabilir. Olayın özelliği dikkate alınacaktır. Şöyle ki; fabrika inşa edilmiş, makineler alınıp yerleştirilmiş, işçilerle anlaşılmışken henüz daha çalışmaya başlanmadığı savunmasıyla 117/4 hükmünün uygulanamayacağını savunmak yerinde olmayacaktır.

Cebir veya tehdit hareketi ile bir işin durması, sona ermesi veya durmanın devamı neticesi birbirinden ayrılabilirdiğinden suç, maddi bir suçtur. Bu sebeple teşebbüse elverişlidir.

Failin, hareketi ile neticeyi devam ettirme ihtimali suça muhtemel kesintisiz suç niteliği kazandırmaktadır. Fail, kendi kusuru ile oluşan neticeye son vermek konusunda fiili iktidarı varken bunu yapmazsa, eylemi kesintisiz suç niteliğine

bürünür. Bu durum öngörülen neticelerin her biri için geçerlidir. Örneğin işin durmasına neden olduktan sonra bunun devamına sebep olunduğunda, işin sona ermesine neden olduktan sonra yeniden faaliyete başlamasına engel olunduğunda ya da durmanın devamına neden olduktan sonra bunu sürdürmek için cebir veya tehdit uygulamaya devam edildiğinde suç kesintisiz işlenmiş olacaktır.

İşin durmasına neden olma suçu bir Zarar Suçudur. Çünkü korunan hukuki değer iş faaliyetini devam ettirme hürriyetidir ve suçun tamamlanması için zararın doğması yani işin durması, sona ermesi veya durmanın devam etmesi gerekir.

Neden olma kavramı, bir kimsenin dış dünyada değişiklik yaratması anlamına gelir. İncelediğimiz suç açısından bu değişiklik, önceden var olmayan bir durum yaratma (işin durmasına, sona ermesine neden olma) yahut mevcut durumun değişmesini önleme (işin durmasının devamına neden olma) şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Neden olma kavramının, incelediğimiz suç açısından yürütülen faaliyetin yani işin durması, sona ermesi veya durmanın devamı biçiminde yansıyacak dış dünyadaki değişiklik anlamına geldiğini tespit ettikten sonra, yukarıda hüküm ile korunan menfaatin özellikle bireysel çalışma hürriyeti olmadığını belirtmemize rağmen, bunun suçun oluşmasında işçi sayısının başlıca ölçüt olamayacağı hususunu açıklamamız gerekir. Buna göre çoğu zaman tek bir işçinin çalışması cebir veya tehditle engellendiğinde, 117/son fıkrasındaki suç oluşmayacaktır fakat bu her olay için geçerli değildir. Örneğin bir olayda, matbaada dizgi işini yapan başka bir işçi var olduğundan iş durmamış olabileceken, bir diğer matbaada aynı işi yapan başka işçi olmadığından iş tamamen durabilir. Benzer değerlendirme, tek başına yürütülen işlerde de söz konusu olabilir. Örneğin yalnız çalışan bir zanaatkârın, ya da örneğin bir avukatın çalışması cebir veya tehdit ile engellendiğinde iş de durmuş olur. O halde hakim, önüne gelen olayın özelliğine göre karar verecektir.

Peki ya iş tamamen durmamış da kısmen durmuşsa ne olacaktır? Bize göre bu durum da işin durması kavramına dahildir. Bu sonuca bir örnekle gidilebilir. Bir

fabrikada çalışan 500 işçiden 450si cebir veya tehditle işe gidememişken, 50si kaçarak fabrikaya gitmiş ve iş kısmen yürütülmüşse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı mı düşünülecektir? Böyle bir kabul hakkaniyetle örtüşmeyecektir. O halde, özellikle yineleyelim, olayın özelliğine göre, kimi zaman işin kısmen durması da 117/son fıkrada düzenlenen suçun oluşmasına yetebilecektir. Hakim, kanunda belirlenen cezanın alt veya üst sınırına yaklaşarak olayın özelliğine göre hakkaniyeti sağlayabilir.

Bize göre suçun tamamlanması açısından, işin durma süresi de, hakimın vereceği cezayı etkileyebilmesi dışında önemli bir kıstas oluşturmaz. Durma kısa bir süreyle gerçekleşmiş yahut uzun bir süre devam etmiş olabilir. Her iki halde de suç oluşur. Durma gerçekleşmişse ayrıca bir zararın doğup doğmadığı araştırılmaz. Zira korunan hukuki menfaat durma ile zarar görmüştür. Durmanın devamına neden olmak durumunun fıkra da ayrıca gösterilmiş olması, durma nedeni failden kaynaklanmamışken, durmanın devam etmesinin nedeninin failden kaynaklandığı hallerin kapsama alınması için olmalıdır. Aksi durumda, fail durmaya neden olmuş ise suç zaten oluşmuştur. Failin kendisinin durdurduğu işin durmasının devamına neden olması, suçu kesintisiz suç şekline dönüştürmekten başka sonuç doğurmaz.

İşin durması ile sona ermesi birbirlerinden farklı kavramlardır. Durmak, geçici bir durumu ifade eder. Belirttiğimiz gibi bize göre süresi önemli değildir. Fakat süreye önem vermediğimizde, ayrıca işin sona ermesine hükümde yer vermenin pek de anlamı kalmamaktadır. Zira işin sona ermesi halinde iş durur. Bu surette suç oluşmuştur. O halde sona erme durumu fıkra da neden yer almış olabilir? Bunun esas sebebi, suçun 765 Sayılı Kanun'daki halinden derlenmiş olmasıdır. Suçun eski halinde, işin durması, sona ermesi, ya da sona ermenin devam etmesi neticesinin, özellikle belirtilen, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak maksadına bağlanmış olduğunu söylemiştik. Burada failin özel kastı, işin sona ermesi neticesine yönelik hareket etmesini anlamsız kılmaktadır. Çünkü failin, ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak maksadıyla hareket ederken, işin sona ermesini istediğini

düşünemeyiz. Eski yasada kanun koyucu, failin maksadını aşan bu özel durumu, yani işin sona ermesi durumunu da özellikle belirterek, failin işin sona ermesini kastetmediği yönündeki savunmasının da önüne geçecek şekilde düzenlemeye gitmiştir. Ayrıca eğer işin sona ermesi durumu fıkra da yer almasaydı, failin hareketiyle iş sona erdiğinde, doğal olarak failde fıkra da aranan özel kastın var olmadığının karine olarak kabul edilmesi gerekecek ve fail ancak 201/1 hükmü ile cezalandırılabilir. Böyle bir düzenlemenin bu amaçla yapılıp yapılmadığı yahut hukuka uygunluğu tartışılabilir ancak bunun artık bir önemi kalmamıştır çünkü hüküm değişmiştir.

Şimdi ise, 765 Sayılı Kanun'un 201/2nci fıkrasında failde var olması gerektiği öngörülen özel maksat, yeni düzenlemede yer almamıştır. Bu yüzden, işin durması suçun oluşması için yeterliyken, işin sona ermesi halinin hükümde ayrıca yer alması başka anlama gelmelidir. Bize göre buradan şöyle bir sonuç çıkarılabilir. İşin sona ermesinin, yürütülen faaliyetin bütünüyle, kolektif olarak, bir daha başlamamak üzere durması anlamına geldiği açıktır. Hal böyleyken işin durması, bundan daha farklı anlamda kullanılmış olmalıdır. Öyleyse, işin bütünüyle durmadığı haller, örneğin kısmen durma veya uzun veya kısa süreli geçici durmalar, hükümde kullanılan durma mefhumuna dahil olmalıdır.

Bundan başka, fıkra lafzından, durmanın devamına neden olmak suç kapsamına alınmışken, sona ermenin devamına neden olmanın bu suçu oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Bunun sonucu, eğer örneğin bir fabrika faaliyeti bir sebeple sona ermişse, aradan bir süre geçtikten sonra fabrika sahibi işi yeni baştan kurup yürütmek için harekete geçtiğinde ona engel olunursa, 117/son fıkradaki suç oluşmaz. Unsurları varsa 117/1 de yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu oluşur. Fakat fabrikada yürütülen iş tamamen sona erdirilmeyip de tamamen fakat uzun da olsa geçici olarak durdurulmuşken yeniden faaliyete geçilmek istendiğinde, buna engel olunursa 117/4 hükmü uygulanacaktır. Doğrusunu söylemek gerekirse bu durum hakkaniyete uygun görülmemekle birlikte, zaten gerçek hayatta ayırt edilmesi oldukça güç bir haldir. Bu sebeple bize göre fıkra ya, işin sona ermesinin devamına neden olmak halinin de cezalandırılacağı hususunun eklenmesi yerinde olacaktır.

b. Manevi Unsur

Bilindiği gibi, suçun manevi unsuru kasttır. Failin 117/4üncü fıkra ile cezalandırılabilmesi için, hem cebir veya tehdit vasfındaki hareketi, hem de bunun neticesi olarak bir işin durmasını, sona ermesini veya durmanın devamını istemiş olmalıdır. Bu, işin durmasına neden olma suçunun manevi unsurunu yani kastı teşkil eder.

117/1inci fıkarda düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda failin nasıl iş ve çalışma hürriyetini ihlal etmek kastıyla hareket etmesi gerekiyorsa ve eğer bu kastla hareket etmezse iş ve çalışma hürriyetinin ihlali değil, hareketinin mahiyetine göre başka bir suç işlemiş sayılıyorsa, son fıkarda düzenlenen suçun oluşması için de failin işin durmasını, sona ermesini veya durmanın devamını kastetmesi gerekir. Aksi halde failin hareketi ile işin durması, sona ermesi veya durmanın devamı neticesi gerçekleşmiş olsa bile 117/4 hükmü uygulanmaz. Bu durumda eğer iş ve çalışma hürriyetinin ihlali kastı varsa 117/1, bu da yoksa başka maddelerin, örneğin 106 veya 108inci maddelerin uygulanması söz konusu olacaktır.

Maddenin yeni şekline göre, failin hangi amaçla hareket ettiğinin önemi yoktur. Failin siyasi veya ekonomik yahut bir başka amaç taşıması sonucu değiştirmez.

5. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Teşebbüs

İşin durmasına neden olma suçu, cebir veya tehdit hareketi ile bir işin durması, sona ermesi veya durmanın devamı neticesi birbirinden ayrılabilirdiğinden maddi bir suçtur. Bunun yanında kasten işlenebilen icrai bir suç olması sebebiyle de teşebbüse elverişlidir. Bu sebeple eğer fail, kastettiği bu suça elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış fakat suç elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamış ve netice gerçekleşmemişse suç teşebbüs aşamasında kalmıştır ve

somut olayda ortaya çıkan zarar veya tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, teşebbüse ilişkin hükümde belirtilen sınırlar arasında ceza belirlenecektir.

Fail, cebir veya tehdit hareketine başlayıp da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olamamışsa suça teşebbüs etmiş sayılacaktır. İcra hareketleri tamamlanmış veya tamamlanmamış olabilir. 5237 Sayılı Kanun'da tam-eksik teşebbüs ayrımı kaldırıldığından, her iki halde de, teşebbüsün varlığından bahsedilecektir.

5237 Sayılı Kanun'un 36ıncı maddesi kapsamında gönüllü vazgeçtiğinde fail, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Bunun için failin icra hareketlerine başladıktan sonra cebir veya tehdit uygulamaktan gönüllü vazgeçmesi veya işin durmasını, sona ermesini veya durmanın devam etmesini yani suçun tamamlanması ve neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlemesi gerekir. Fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

Failin 500 işçinin çalıştığı bir fabrikada işin durmasını temin etmek için cebir veya tehdit hareketlerine başlamasıyla, sadece 5 işçi işe gidememiş ve diğer işçilerin çalışması işin devam etmesine yetmişse, suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Fakat işçilerden 450 tanesi işe gidememiş, 50si çalışmaya devam etmiş ve iş yarım yamalak da olsa durmadan sürdürülmüşse, acaba yine suçun tamamlanmadığını mı kabul etmek gerekir? Bize göre bu adil olmayacaktır. O halde kimi zaman işin kısmen durması hallerinde de suçun tamamlanmış sayılabileceğini, işi bırakan işçi sayısının suçun tamamlanıp tamamlanmadığının tespiti bakımından yeterli bir kıstas olamayacağını ve bu sebeple her olayın özelliğine göre karar verilmesi gerektiğini söylemek yerinde olacaktır.

b. İştirak

Bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmak üzere bir başkasını ya da başkalarını azmettiren kişi, 5237 Sayılı Kanun'un 38inci

maddesi gereği bu suçun cezası ile cezalandırılır. Azmettiren örneğin sendika gibi bir tüzel kişiyse, bizzat azmettiren gerçek kişiler sorumlu tutulur.

Bu suça teşvik eden kişi suça yardım etmiş sayılır ve 39uncu maddeye göre cezalandırılır. Telkinde bulunan kişi de aynı madde hükmünce cezalandırılacaktır. Suçun nasıl işleneceği hususunda yol gösteren veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlayan, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştıran kişi de 39uncu madde kapsamında suça iştirak etmiş olacaktır.

Suç, gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş yahut gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olsa da, 41inci madde gereği, iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır.

İşin durmasına neden olma suçuna iştirak halinde, katılan her kişinin bu suça iştirak etmek iradesinin varlığı ve hareketi ile netice arasında nedensellik bağı aranacaktır. Bağlılık kuralının düzenlendiği 40ıncı maddeye göre, iştiraktan sorumlu tutulabilmek için, suç en azından teşebbüs aşamasına varmalıdır. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

c. Suçların İctimai

Cebir veya tehdit, işin durmasına neden olma suçunun unsuru olduklarından, 42inci maddenin son fıkrası gereği aralarında ictima hükümleri uygulanmaz.

Eğer fail, işin durmasına neden olma suçunu farklı zamanlarda birden çok işlerse, zincirleme suç söz konusu olur. Bu durumda verilecek ceza 43üncü madde hükmüne göre arttırılır. Suçun temel şekli ile nitelikli halleri bir suç sayılır ve temel ceza suçun ağır haline göre belirlenir. Failin suç tipinde gösterilen seçimlik hareketlerden birden fazlasını yapması suçu zincirleme suç yapmaz. İş ve çalışma

hürriyetini ihlal eden suçlardan bazıları teşebbüs aşamasında kalmışken, biri veya bir kaç tamamlanmışsa, zincirleme suçun tespiti sebebiyle yapılacak artırımda, tamamlanmış suçun cezası dikkate alınacaktır. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da fail bir defa cezalandırılacaktır.

İşlediği bir fiil ile işin durmasına neden olma suçu dışında farklı bir suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Bu, 44üncü maddede yer alan fikri içtima hükmünün sonucudur. İşin durmasına neden olma suçu ile 117nci maddenin diğer fıkralarında düzenlenen suçlar arasında fikri içtima uygulanamaz.

6. Yaptırım ve Suça Etki Eden Nedenler

Bu suçun yaptırımı da anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu gibi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Öngörülen ceza 117/1 fıkrasında yer alan suçtan daha ağırdır. Cebir veya tehdit suçun unsuru olduklarından, bu suçlar arasında fikri içtima uygulanamaz. Ancak bize göre, her ne kadar cebir veya tehdit suçu, işin durmasına neden olma suçunun unsuru gibi görünse de burada kastedilenin suç biçimindeki cebir veya tehdit değil, hareket biçimi olduğundan yola çıkarak, cebir veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin var olması durumunda fikri içtima hükümlerinin uygulanabilmesi imkânının tanınması gerekir. Buna ilişkin açıklamamızı anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçunun yaptırımı incelenirken yaptığımızdan tekrar etmiyoruz.

Bu arada, 119uncu maddenin son fıkrası sebebiyle, işin durmasına neden olma suçunun işlenmesi sırasında, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yani 87nci maddeyle, işin durmasına neden olma suçu arasında fikri içtima değil gerçek içtima uygulanır.

Neticede verilecek ceza kısa süreli hapis cezası olursa, bu cezanın 50nci maddeye göre, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama

sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezası gibi çeşitli seçenek yaptırımlara çevrilmesi mümkündür.

51inci madde esasları uygulanarak cezanın ertelenmesi olasıdır. Erteleme halinde bir denetim süresi belirlenir. Denetim süresi uygun şekilde dolduğunda, ceza infaz edilmiş sayılacaktır.

119uncu madde yer alan Ortak Hüküm, anlaşma içeriğini değiştirmeye zorlama suçu için de geçerlidir. Buna göre suçun silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak, kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. Böylece verilecek cezanın üst sınırı 6 yıla kadar çıkmaktadır.

Ceza tespit edilirken 5237 Sayılı Kanun'un 62nci maddesinde yer alan takdiri indirim nedenleri dikkate alınarak ceza altıda birine kadar indirilebilir.

7. Kovuşturma

5237 Sayılı Kanun'un 117/son fıkrasında yer alan suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı değildir. Bu itibarla adli mercilerin kendiliğinden soruşturmaya başlamak ve kovuşturmayı sonlandırmak yetki ve görevleri vardır.

SONUÇ

Çalışmanın sosyal yaşam içindeki değeri ve sosyal ilişkilerdeki payı arttıkça, iş ve çalışma hürriyetinin korunmasına yönelik düzenlemeler de önem kazanmaktadır. Bu düzenlemelerin ulusal hukuktaki temel dayanağı Anayasa'dır. 1982 Anayasası, fertlerin çalışma ve sözleşme hürriyeti ile özel teşebbüs kurma serbestisini tanımakla kalmamış, devlete özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma görevi vermiştir. Anayasa'da ve diğer kanunlarda yer alan çalışma ile ilgili hükümler, geçmişteki kötü tecrübeler dikkate alınarak, çalışma ilişkilerinin bütününi düzenlemeyi amaçlamaktadır. Çalışma ilişkilerinin düzenlenmesi, çalışma faaliyetinin korunmasını da gerektirir. Bu sebeple iş ve çalışma hürriyeti, ceza hukukunun kapsamına girmiştir.

Nihai hedef olan sürdürülebilir sosyal ve ekonomik refahın temini açısından ceza korumasının önemi inkâr edilemese de, iş ve çalışma hürriyetinin korunması için esas yapılması gerekenin, ekonomik ve sosyal alanda tedbirler almak olduğu unutulmamalıdır. Bununla beraber, çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri bakımından ceza koruması bir zorunluluktur. Çünkü her alanda olduğu gibi, iş ve çalışma hürriyeti kapsamındaki bireyler arası ilişkilerde de bir bireyin, diğerinin özgürlük alanına müdahalesinin engellenmesi bakımından en etkili yol, cezai korumadır. Bireye tanınan özgürlük arttıkça, onun hareket imkânı artmakta, böylece diğerlerinin özgürlük alanıyla arasındaki güvenlik alanı daralmaktadır. Bu açıdan ceza koruması giderek önem kazanır. Ancak özgürlükler ile ceza koruması arasında çok hassas bir denge söz konusudur. Bu dengenin özgürlükler tarafında yoğunlaşarak bozulması, bireylerin birbirleri için tehlikeli olmasıyla sonuçlanacakken, ceza hukukunda yoğunlaşarak bozulması, bizzat ceza hukukunun bireyler için tehlike arz etmesi anlamına gelecektir. Özgürlükler ile ceza hukuku arasındaki dengenin korunması için, her şeyden önce ceza hukukunun temel ilkelerinden uzaklaşmamak gerekir. Kanunilik ilkesi konumuz açısından bunlardan en önemlisidir ve belirlilik bu ilkenin temel unsurudur.

5237 Sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun çalışmamızın konusunu oluşturan 117nci maddesinde, 'iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu' düzenlenmiştir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 201inci maddede yer alan bu suçun, yeni kanunda önemli biçimde değişikliğe uğradığı, yeni suç tipleri yaratıldığı, bu arada işyeri işgali suçunun niteliği değiştirilerek konut dokunulmazlığının ihlali suçu kapsamına alındığı görülmektedir. Tüm bu değişiklikler, iş ve çalışma hürriyetine verilen önemin artmasıyla, bu hürriyetin daha fazla korunması düşüncesinden hareket edildiğini düşündürmektedir.

5237 Sayılı Kanun'da iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, 765 Sayılı Kanun'dan farklı olarak, 'Kişilere Karşı Suçlar' başlığı altında 'Hürriyete Karşı Suçlar' arasında yer almaktadır. 765 Sayılı Kanun'da bu suç, 'şahıs hürriyeti aleyhinde cürümler' içinde değildi. Kanaatimizce bu değişiklik, iş ve çalışma hürriyeti kavramının kişilerden bağımsız bir değer olmadığını yansıtmayı bakımından yerinde olmuştur.

Yapılan değişiklikle hükmün birinci fıkrasında yer alan iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu, cebir veya tehdit dışında hukuka aykırı başka bir davranışla işlenebilir hale getirilmiştir. 765 Sayılı Kanun'da suç ancak cebir ve şiddet yahut tehditle işlenebilmekteydi. Bu çok önemli bir değişikliktir. Zira hukuka aykırı davranış kavramı oldukça geniş bir anlam taşımaktadır. Bu kavram içine, suçlar da girmektedir. Bu surette diğer suçların, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda hareketin vasfını teşkil etmesi mümkün görünmektedir. Böylece iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun maddi unsuru haline gelen diğer suç, ayrıca cezalandırılmayacak yahut suçlar arasında fikri içtima uygulanamayacaktır. Her ne kadar uygulamanın bundan farklı olacağını öngörsek de hükmün şu anki haliyle olumsuz sonuçlar doğurabileceğini söylemek yanlış olmaz. Sözleşmeye aykırı davranışlar da hukuka aykırı davranış teşkil eder. Bu durumda örneğin belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshedilmesi durumunda, fesheden tarafın diğer unsurları da var olduğunda 117nci madde hükmüyle cezalandırılması gerektiği ileri sürülebilecektir. Yine hukuka aykırı davranış kavramına, örneğin haksız rekabet, hile yahut İş Kanunu'nda ya da Sendikalar Kanunu'nda yer alan hususlara aykırı

davranışlar da gireceğinden, esasen ceza yaptırımı uygulanmasının adil olmayabileceği birçok durumda, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun oluştuğundan bahsetmek mümkün olacaktır. Bunun kanun koyucunun amacını aştığı kanaatindeyiz.

765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 1inci fıkrasında sanat ve ticaret serbestisinin her ne surette olursa olsun tahdit veya men edilmesi cezalandırılmışken, 5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin 1inci fıkrasında, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali cezalandırılmaktadır. 'Tahdit' 'sınırlandırma', 'men' ise 'ortadan kaldırma' demektir. 'Her ne surette olursa olsun' ifadesi ise, tahdit veya sınırlandırmanın çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceğini ifade etmekteydi. Bu itibarla birçok ihtimal kapsama alınmış olsa da, suç tipinin neticesi öngörülebilir nitelikteydi. Oysa yeni düzenlemede kullanılan 'ihlal' terimi, öngörülmesi güç bir kavramdır. Bu sebeple kanunilik ilkesinin belirlilik unsuruyla çatıştığını düşünüyoruz. Eğer ihlal terimine uygulamada 765 Sayılı Kanun'un uygulandığı dönemdeki anlamlar yüklenecekse, sınırlandırma ve ortadan kaldırma ifadelerinin kullanılması daha uygun olurdu. Ayrıca 117nci maddenin başlığında kullanılan ihlal teriminin anlamı, madde içinde her bir fıkra da düzenlenen farklı suç tiplerinin tümünü kapsamına alırken, 1inci fıkra da yeniden ihlal terimi kullanılmış olması kavram karışıklığına neden olmaktadır. Hükümde ihlal terimi iki farklı anlama gelmektedir. Bu itibarla, 117nci maddenin başlığının 'iş ve çalışma hürriyetine karşı suçlar' olarak değiştirilmesi daha doğru olacak gibi görünmektedir.

117nci maddenin 2nci fıkrasında yer alan sömürü suçu, birçok açıdan eleştirilebilir niteliktedir. Her şeyden önce fıkra da, anlamı önceden kestirilemeyecek ifadelerle yer verilmiştir. Anlaşılan mağdur; çaresiz, kimsesiz ve bağılı olmalıdır. Ancak mağdur için öngörülen bu özelliklerin anlamını değil önceden tespit etmek, karşılaşılabilecek olayın özellikleri dikkate alınacak olsa bile mağdura bu sıfatları yüklemek olası değildir. Çünkü esas alınacak kıstaslar belli değildir. Eğer ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılan kimsenin ya da insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına

tabi kılınan kimsenin, çaresiz, kimsesiz yahut bağlı sayılacağı kabul edilecek olursa, kullanılan ifadenin bir anlamı kalmayacaktır.

Yine, suçun sömürmek suretiyle işlenmesi gerektiği açıktır fakat hangi hareketlerin sömürmek sayılacağı belirsizdir. ‘Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle’ ifadesiyle kastedilenin, mağdurun içinde bulunduğu, hür iradesiyle karar vermesine engel olan olumsuz koşullar sebebiyle, ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılmaya ya da insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınmaya rıza göstermesi hali olduğunu düşünüyoruz. Ancak bu tespitin, uygulamada doğabilecek karışıklıkları gidermeye yeterli olmayacağı açıktır.

Bu arada, ‘sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücret’ kavramı da uygulamada sorunlara yol açacaktır. Acaba hangi ücret, mağdurun sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücret kabul edilecektir?

Benzer şekilde eğer 117nci fıkranın 2nci fıkrasıyla, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak cezalandırılacaksa, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarının neler olduğu kanunda açık şekilde gösterilmelidir. Mevcut haliyle bu çeşit bir düzenleme, alışılagelen kanun yapma tekniğine aykırıdır.

117nci maddenin 3üncü fıkrası, hükmün 2nci fıkrasıyla sıkı bir bağa sahiptir. Buna göre fail ancak, bir kimseyi 2nci fıkra da gösterilen durumlara düşürmek üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere naklederse, cezalandırılabilir. Bu; failin, mağdurun çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırılmak veya insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılınmak üzere tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere naklederse cezalandırılacağı anlamına gelmektedir. Görüldüğü gibi, 2nci fıkradaki suç tipinin unsurlarını tespit etmek zorken, 3üncü fıkradaki suç tipinin unsurlarını tespit etmek çok daha zordur. Bize göre bu durum, eğer ceza hukukunun temel ilkeleri dikkate

alınacaksa, hükmün uygulanmasını imkânsız kılacaktır. Ceza Kanunu'nda uygulanması imkânsız bir hükmün varlığı anlam taşımaz. Ancak belki, temel ilkelerin ihlali ihtimali üzerinden, tehlike arz edebilir.

5237 Sayılı Kanun'un 117nci maddesinin son fıkrasında, esasen iki farklı suç tipi düzenlenmiştir. Bu suçlar; 1) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlamak, 2) Cebir veya tehdit kullanarak, bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olmak, biçiminde ifade edilmişlerdir. İlk suç tipiyle sözleşme hürriyetinin himaye edilmeye çalışıldığı, ikinci suç tipiyle ise bizzat iş faaliyetinin korunmak istendiği anlaşılmaktadır. Farklı hukuki değerleri korumaya çalışan ve aslında birbirinden ayrılması gereken bu iki farklı suç tipinin aynı fıkra da bir arada düzenlenmesinin sebebi ancak, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 2nci fıkrasına bakıldığında anlaşılabilir. Burada cebir ve şiddet veya tehdit ile gerek işçiyi ve gerek ticaret veya sanat sahiplerini veya işverenleri, yevmiyeleri azaltıp çoğaltmaya yahut evvelce kabul edilen şartlardan başka şartlar altında mukaveleler kabulüne icbar etmek maksadıyla bir işin tatiline veya nihayet bulmasına sebebiyet vermek veya tatilin devamına amil olmak cezalandırılmaktaydı. Kanun koyucu, bu hükümde yer alan 'maksadı', farklı bir suç tipine dönüştürmüştür. Böylece, 765 Sayılı Kanun'un 201inci maddesinin 2nci fıkrasında yer alan suçun neticesi de, hükümde belirtilen özel amaçtan ayrılarak, ayrı bir suç tipinin neticesi olmuştur. Böylece ortaya çıkan iki suç tipinde hareketin vasfı ortakken, korunan hukuki değerler, mağdur, manevi unsur ve neticeler değişmiştir.

Sonuç olarak; burada özetle bir kısmına değindiğimiz değişikliklerin, içerdiği belirsizlikler sebebiyle hükmü uygulanamaz kılacağını düşünüyoruz. Bu itibarla hükmün, anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetilerek, kendi içinde ve yeni Türk Ceza Kanunu'nun genel sistemi içinde, öngörülen yaptırımlar arasındaki uyum da sağlanarak, aceleyle getirilmeden, ayrıntılı biçimde tartışılmak ve sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar gözetilmek suretiyle yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, 1inci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002
- AKYOL, Şener: Türk Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1967
- ARSLAN, Çetin: “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 1, Ankara 2003, A.Ü. Kütüphane No: D 03399
- ARTUK, Mehmet Emin; GÖKCEN, Ahmet; YENİDÜNYA, Caner: Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2nci Baskı, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara Ocak 2003
- AYDEMİR, Murteza: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, 1inci Baskı, Selüloz-İş Sendikası Eğitim Yayınları:12, İstanbul 2001
- BIYIKLI, Hasan: Sosyal Ceza Hukuku İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Gazi Üniversitesi Yayın No: 15, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayın No: 13, Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara Şubat 1983
- CENTEL, Nur: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Gözden Geçirilmiş 2nci Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Yayın No: 1280, Hukuk Dizisi: 533, İstanbul Kasım 2002
- CENTEL, Tankut: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Çalışma Yaşamına İlişkin Düzenlemeler”, Çimento İşveren Dergisi, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayın Organı, Cilt 19, Sayı 5 Eylül 2005

- ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: En Son Değişikleri İle Birlikte Gerekçeli Açıklamalı ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu, 2nci Cilt, Genişletilmiş 3üncü Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara
- ÇANKAYA, Osman Güven; GÜNAY, Cevdet İlhan; GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, Yetkin Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Ankara 2005
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 14üncü Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1998
- DEMİR, Fevzi: Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 6ncı Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kitap Dağıtım Bürosu, Anadolu Matbaacılık, İzmir Mart 2005
- DEMİR, Fevzi: İş Hukukunda Çalışma Hakkı İlkesi (Gerçekleştirilmesi ve Korunması), Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İzmir 1981
- DEMİR, Fevzi: Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3üncü Baskı, Anadolu Matbaacılık, İzmir Eylül 2003
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2nci Baskı, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ankara Şubat 2005
- DEMİRCİOĞLU, Murat; CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Genişletilmiş 6ncı Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999
- DÖNMEZER, Sulhi: Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, Uğur Eğitim Hizmetleri ve Yayıncılık A.Ş., Ankara, Aralık 2003
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14üncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Yayın No: 489, Bilgisayar Dizisi: 211, İstanbul, Eylül 2001

- DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, 14üncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul, Kasım 1997
- ERALP, Tayyar Cem: Karşılaştırmalı Açıklamalı İçtihatlı ve Gerekçeli Yeni Türk Ceza Kanunu İle 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Mektupla İsteme Adresi: İnönü Mahalesi 3üncü Cadde 40ıncı Sokak Yargı 2 Sitesi No: 1/7 Batıkent Ankara, Eposta: tceme@hotmail.com
- EREM, Faruk: Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınlarından, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kolektif Ortaklığı, A.Ü. Kütüphane No: 43360, Ankara 1952
- EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku, Hususi Hükümler, 2nci Cilt, 1inci Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No168, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1962
- EREM, Faruk; TOROSLU, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9uncu Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara Ekim 2003
- ERMAN, Sahir: “Çalışma Hürriyetinin Tahdidi Veya Men’i Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XVIII, Sayı 1-2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1952, A.Ü. Kütüphane No: 62152
- ERSOY, Yüksel: Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No 345, Ankara 1973
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Hususi Kısım-Cürümler, 2inci Cilt, 2nci Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1968
- İÇEL, Kayıhan; SOKULLU-AKINCI, Füsün; ÖZGENÇ, İzzet; SÖZÜER, Adem; MAHMUTOĞLU, Fatih S.; ÜNVER, Yener: Suç Teorisi, 2nci Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3üncü Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Yayın No: 1535, Hukuk Dizisi: 674, İstanbul Ekim 2004

- İZVEREN, Adil; AKI, Erol: İş Hukuku, Bireysel İş Hukuku, 1inci Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İzmir 1999
- KABAKCI, Mahmut: Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, 1inci Baskı, Tavaslı Matbaacılık, İstanbul 2004
- KABAN, Mater / AŞANER, Halim / Güven, Özcan / Yalvaç, Gürsel: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001), Ankara 2001
- KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 453, Yenilenmiş 4üncü Baskı, Ankara 1981, A.Ü. Kütüphane No: A 95458
- KENANOĞLU, M.Macit: “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Cürümler, Türk Ceza Kanunu m.201”, A.Ü. İ.İ.B.F. Der, Vol. 11, No. 1-2, Nov. 1995
- KILIÇOĞLU, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005
- KOÇ, Cihan: Gerekçeli, Karşılaştırma Tablolulu, Yeni ve Eski Kanun Metinleri ile Birlikte Türk Ceza Kanunu; Kartal Yayınevi, Ankara, Kasım 2004
- KORAY, Meryem: Endüstri İlişkileri, Doğruluk Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti., İzmir, Kasım 1996
- LORDOĞLU, Kuvvet; TÖRÜNER, Mete: Çalışma Ekonomisi, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul Haziran 1995
- MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, 2nci Cilt, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara 2002

- NARMANLIOĞLU, Ünal: Grev (Grev Hakkı, Hukuki Grev Kavramı, Kanuni Grevin Şartları), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1990
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001
- ÖZBEK, Veli Özer: Açıklamalı, Gerekçeli, İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu Madde 1-75 Cilt 1, İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. Ankara 2005
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2nci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1989
- ÖZTÜRK, Bahri; ÖZBEK, Veli Özer; ERDEM, Mustafa Ruhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Turhan Kitabevi Basım-Yayın Tic Ltd. Şti., Ankara 2001
- ÖZTÜRK, Bahri; ÖZBEK, Veli Özer; ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7nci Baskı, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ankara 2003
- ÖZÜTÜRK, Nejat: Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 1inci Cilt, Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti., Ankara 1966
- ÖZÜTÜRK, Nejat: Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, 1inci Cilt, 2nci Bası, Filiz Kitabevi, Garanti Matbaası, İstanbul 1976
- SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2nci Cilt, 1inci Baskı, Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara 1995

- SAVAŞ, Vural / MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık: Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2nci Cilt, 3üncü Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4üncü Baskı, Yetkin Yayınları Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., Ankara 2002
- SUR, Melda: Grev Kavramı, 1inci Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1987
- SÜZEK, Sarper: İş Hukukunun Genel Esasları, 1inci Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 1998
- TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Ruhan Erdem: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 2nci Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İzmir 2002
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku, 7nci Baskı, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2005
- TOROSLU, Nevzat; Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayımı, Sevinç Matbaası, Ankara 1970
- TUNCAY, Can: Toplu İş Hukuku, 1inci Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, Ltd. Şti., İstanbul 1999
- TUNÇOMAĞ, Kenan; CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 2nci Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1999
- YALVAÇ, Gürsel: Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK CMK CGTİK ve İlgili Kanun İle Yönetmelikler, Adalet Yayınevi, Ankara Ağustos 2005

- YARSUVAT, Duygun: Çalışma Ceza Hukuku, Sendika Özgürlüğüne Karşı Suçlar, Kanunsuz Grev ve Lokavt Suçları, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2476, Hukuk Fakültesi No: 558, Sermet Matbaası, İstanbul 1978
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 8inci Baskı, Yetkin Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş., Ankara 2004
- ZAIM, Sabahattin: Çalışma Ekonomisi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 1uncu Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997

