

GÖREVİN YAVAŞLATILMASI, TERK'İ SUÇU

Yrd.Doç.Dr. Ayşe Nuhoglu*

I. Giriş

TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen görevin terki veya yavaşlatılması suçu, kaynak 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 281. maddesinden alınmıştır¹. Madde ilk şeklinde, üç veya daha fazla devlet memurunun aralarında aldıkları bir karar üzerine görevi terk etmeleri halini cezalandırmaktaydı. Ancak maddede 1490² ve 2370³ ve 2790⁴ sayılı kanunlarla yapılan değişikliklerle, hükmün uygulama alanı genişletilmiş ve 1930 İtalyan Ceza Kanunu sistemine yaklaşılmıştır.

1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun görevin yavaşlatılması veya terki suçunu düzenleyen 330. maddesinde, kamu hizmetinde çalışan memurlar ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmetlilerinin görevi terk etmeleri, görev yerine gelmemeleri veya geldikleri halde çalışmamaları veya işi aksatmaları veya yavaşlatmaları cezalandırılmaktadır.

Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, bu eylemi idare eden, azmettiren veya organize eden iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin; Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, sh. 184.

² RG. 03.10.1971. 1490 sayılı Kanunla getirilen değişiklikle işçi niteliğini taşımayan kamu hizmetlileri de madde kapsamına alınmıştır.

³ RG. 10.01.1981.

⁴ RG. 22.01.1983.

3. fıkraya göre, eylem, politik amaçlarla işlenmişse, eylem gösteri, huzursuzluk veya halk ayaklanmasına sebebiyet vermişse ceza arttırılır⁵.

Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinin ilk şekli, yürürlükteki hali ve 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 330. maddesi karşılaştırıldığında, yapılan değişiklikler sonucu memurlar dışında işçi niteliğini haiz olmayan kamu hizmeti görenlerin de TCK'nun 236. maddesi kapsamına alındığı görülmektedir. Öte yandan göreve gelmeme veya gelindiği halde çalışmama veya işi aksatma veya yavaşlatma eylemlerinin de cezalandırıldığı ve bu şekilde 1930 İtalyan Ceza Kanunu'na daha uygun bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır⁶. Aynen 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, suçun organize bir şekilde işlenmesi ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

II. Maddenin Uluslararası Düzenlemelere Uygunluğu

Memurların işi terk etme, işi yavaşlatma gibi haklarının dolayısıyla bir tür grev hakkı olarak adlandırılabilen haklarının kullanılmasını yasaklayan Türk Ceza Kanunu'nun 236. maddesinin, çalışanların ekonomik ve sosyal haklarının düzenleyen ILO Sözleşmeleri ile çatışıp çatışmadığı konusunun irdelenmesi gerekir⁷. Bu konuda öncelikle Türkiye'nin 1993 yıla

⁵ Maddenin Almanca metni için bkz. Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930 (Königl. Dekret Nr. 1398), (Çev.: Roland Riz). Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. XC, Berlin 1969, sh 241.

⁶ ERMAN/ÖZEK, sh. 184.

⁷ Birçok uluslararası düzenleme kamu görevlilerinin sendika hakkına ilişkin hükümler içermektedir. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 22 - 27. maddelerinde hiçbir ayırım gözetmeksizin "herkes" sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı tanınmış olup, bu hakkın kamu görevlilerince kullanılmasına yasal veya haklı kısıtlamalar konulmasına olanak tanımıştır. Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, sendika hakkının kısıtlanması imkanı getirmiş, görevlerinin özelliği nedeniyle ek yasal kısıtlamalara bağlı tutulabilecek kişiler arasına silahlı kuvvetler ve polis dışında, memurları da almıştır. Ancak Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 22. madde-

linda 87⁸ ve 151⁹ No'lu Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmelerini¹⁰ imzaladığı ifade edilmelidir. Bu sözleşmelerde memurların grev hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organları 87 No'lu Sözleşmeye dayanarak grevin, tüm çalışanların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek için başvurabilecekleri temel ve yasal bir hak olduğunu kabul etmektedirler. Aynı organlar temel hizmetler bakımından grev hakkının sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedirler¹¹.

TCK'nun 236. maddesi ile hiçbir ayırım yapmadan memur ve kamu hizmeti gören kişilerin toplu iş bırakmaları, işi

si, sendika hakkının sadece silahlı kuvvetler ve polis üyelerince kullanımının yasal kısıtlamalara bağlı tutulabileceği belirtilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde, sendika kurma hakkını herkese tanımıştır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜLMEZ, Mesut; Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri, in: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler Tartışmalar, Yayına Hazırlayan: Mesut Gülmez, Ankara 1992, sh. 62 vd.).

8 Sözleşme 25.11.1992 tarih ve 3847 sayılı kanunla (RG. 11.12.1992 No: 21432 Mükerrer) onaylanmış ve uygulanması 08.01.1993 tarih ve 93/3967 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG. 25.02.1993 No: 21507) kabul edilmiştir. 87 No'lu Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin kanun tasarısının gerekçesinde ve komisyon raporlarında, yürürlükteki mevzuat ile sözleşme arasında uyum bulunup bulunmadığı konusuna değinilmemiştir. Gerekçede sendika kurma ve üye olma hakkının kamu görevlilerini de kapsadığı belirtilmekte ve bu konuda anayasal bir engel bulunmadığı ifade edilerek, ayrıca onaylanan diğer sözleşmeler dolayısıyla kamu personeli dahil tüm çalışanlara sendikalaşma ve toplu pazarlık hakkının tanınmasının ülkemiz tarafından esasen üstlenilmiş bulunduğu ifade edilmektedir, zikreden, GÜLMEZ Mesut; İnsan Haklarında Gelişmeler ILO Sözleşmelerinin Onaylanması, in: İnsan Hakları Yıllığı, 1992, C. 14, sh. 180.

9 Sözleşme 25.11.1992 tarih ve 3848 sayılı kanunla (RG. 11.12.1992 No: 21432 Mükerrer) onaylanmış ve uygulanması 08.01.1993 tarih ve 93/3967 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG. 25.02.1993 No: 21507) kabul edilmiştir

10 Sözleşmelerin tam metinleri için bkz. CENTEL, Tankut; Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, MESS Yayını:299, İstanbul 1999.

11 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 1. Baskı, İzmir 2000, sh. 206.

yavaşlatmaları, aksatmaları cezalandırılmaktadır. Türkiye'nin bu Sözleşmeleri imzalamasından sonra da söz konusu eylemlerin hiçbir istisna bulunmaksızın suç teşkil etmesinin, Anayasa'nın 90. maddesinde belirtilen Uluslararası Sözleşmelerin bağlayıcılığı kuralı ile bağdaşıp bağdaşmadığı problem teşkil etmiştir¹².

Zira Anayasa'nın 90. maddesine göre, usulüne uygun yürürlüğe konmuş Uluslararası Sözleşmeler kanun hükmündedir. Anayasa'nın söz konusu hükmü öğretide ve yüksek mahkeme kararlarında farklı şekillerde yorumlanmaktadır¹³.

1. Uluslararası Düzenlemelerin İç Hukuktaki Yeri

a) Öğretideki görüşler

Uluslararası düzenlemelerin iç hukuktaki yeri konusunda öğretide çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, Anayasa'nın 90. maddesi hükmü gereğince, uluslararası andlaşmalar kanunla eşdeğer olup, andlaşma ile kanunun çatışması halinde "lex posterior" kuralı uygulanacaktır. Bu görüşü savunanlara göre, Anayasa bir andlaşmaya aykırı kanun yolunu kapamış değildir. Böyle bir kanun, başka bir kanunla veya sonradan yapılan bir andlaşmanın getireceği bir hükümlle kaldırılmış ya da değiştirilmiş olmadıkça iç hukukta bağlayıcı olacaktır.¹⁴ Bu görüşün bir sonucu olarak bağlayıcı olan andlaş-

¹² TEZCAN/ERDEM, sh. 207. Anayasa Mahkemesi 23.06.1970 tarihinde (1970/1-36, zikr. SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık; Türk Ceza Kanununun Yorumu, C. II, 3. Baskı, Ankara 1999, sh. 2075 vd.) vermiş olduğu kararında söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, TCK'nun 236. maddesi ile getirilen sınırlama kamu hizmet ve düzeninin gereği olup, memurların anayasal haklarının özüne dokunan bir ölçü ve nitelikte değildir.

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Pir Ali; Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Ankara 1999, sh. 55 vd.

¹⁴ MERAY, Süha; Devletler Hukukuna Giriş, 1. Cilt, Ankara 1968, sh. 132; GÜZEL, Ali; ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukuku, Kamu-İş, Ankara 1997, sh. 19-20.

manın iç hukukta doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁵.

Diğer bir yoruma göre, uluslararası andlaşmalar, normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alır. Zira andlaşmaların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. İç hukukun bir parçası olan andlaşmalar, Anayasaya aykırı olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır. Bu görüş uyarınca andlaşma kanundan üstün olduğuna göre "lex posterior" kuralına dayanılarak, sonradan çıkarılan bir kanunla andlaşmanın hükümleri işlersiz bırakılmaz. Andlaşma iç hukuk metni haline geldikten sonra buna aykırı bir kanun çıkarılamaz. Böyle bir kanun çıkarılırsa hükümleri geçersiz kabul edilmelidir¹⁶.

Benzer bir görüşe göre¹⁷, sözleşmeyi imzalayan üye devletlerin iç hukuk sistemlerinde sözleşmeye uygun düzenleme yapmaları zorunluluktur. Ancak bu zorunluluğun yerine getirilmemesi hali, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Çünkü, sözleşme iç hukukta yasadan daha üstün bir duruma gelmiştir.

b) Yargı organlarının görüşleri

aa) Anayasa Mahkemesi'nin görüşü

Anayasa Mahkemesi kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisine sıklıkla baş-

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, in: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler Tartışmalar, Yayına Hazırlayan: Prof.Dr. Mesut Gülmez, Ankara 1992, sh.14, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, (İHMD) Mayıs 1994, C. II, sy.1, sh. 34. YÜZBAŞIOĞLU'na göre, İHAS gibi insan hakları belgeleri türk hukuk düzeninde normlar hiyerarşisinde anayasa üstü bir değer taşır.

¹⁶ BATUM, Süheyl; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, sh. 273.

¹⁷ ATEŞOĞULLARI, Kamil; Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, Petrol-İş Yayın 44, İstanbul 1997, sh. 35.

vurmakta ve bu kaynakları kararlarında gerekçe ve destek ölçü norm¹⁸ olarak kullanmaktadır. Yüksek Mahkeme 29.01.1980 tarihli kararında¹⁹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukta da yürürlükte olduğunu, hükümlerinin doğrudan uygulanabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “İnsanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarılmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasanın başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur. Söz konusu bildiri ve sözleşmenin, buyurucu ve bağlayıcı içeriği, ... ulusal hukuk düzenimizde ... ilkesini güçlendiren üstün ve evrensel hukuk kuralı niteliğini taşımaktadır”.

Anayasa Mahkemesi 22.05.1997 tarihli kararında ise, “... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir, denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası davada Sözleşmeye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir ...” ifadelerine yer vererek, uluslararası düzenlemelerin kanun hükmünde olduğunu, kanunla eş değer olduğunu kabul etmiştir.

bb) Danıştay'ın görüşü

Danıştay kararlarında uluslararası andlaşmaları gerekçe olarak kullanmaktadır. Yüksek Mahkemenin 5. Dairesi 1991 yılında verdiği bir kararında²⁰, Anayasa'nın 90. maddesine gö-

¹⁸ Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, sh. 31.

¹⁹ Any.Mah. E. 79/38, K. 80/11. T. 29.01.1980, AYMKD, Ankara 1981, sy. 18, sh. 98 vd.

²⁰ Dan. 5 D, 22.05.1991, E. 1986/1723, K. 1991/933, DD, y.22, sy. 84-85, Ankara 1992, sh.325 vd.

re uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemezliğinden, uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisi açısından üst norm olduğu görüşünü savunmuştur. Başka bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Anayasa'ya aykırı hüküm taşısa bile, uygulanmaktan alıkonamaz, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan kanunlara aykırılığı ya da sonradan çıkan kanun hükümlerinin sözleşme hükümlerini değiştirdiği ileri sürülerek uygulanması saksaklanamaz. Bu kararda uluslararası sözleşmelerin kanunların üstünde bir konumda olduğu, yargı ve yürütme organlarını bağlayacağı açıkça belirtilmiştir. 1970 tarihli bir kararında andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağını kabul etmiştir²¹. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu 07.12.1989 tarihinde verdiği bir kararında²² 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2/son fıkrasındaki "bir daha" ifadesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 5. maddesi ile bağdaşmayacağını kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme 1402 sayılı Kanunun 2/son maddesini yorumlarken, Anayasa'nın 11 ve 138. maddelerini değerlendirmiştir. Bu suretle kanun hükmü yorumlanırken hem uluslararası düzenlemeye hem de Anayasaya uygun yorum yapılarak, Anayasa Mahkemesinin uygulaması ile paralellik kurulmuştur.

Danıştay 8. Dairesi, TCK'nun 236. maddesine ilişkin olarak verdiği 1997/2243 Esas ve 1998/3214 sayılı kararında, "... yasa ile göreve gelmemenin cezalandırılmasındaki amaç, memurun görevine nedensiz ve keyfi olarak gelmemesi, hizmetin bu şekilde aksatılması gibi durumların önlenmesidir. Ülkemizde memurların içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal sıkıntılarının bir ölçüde kamuoyuna duyurulması ve desteğinin sağlanması amacıyla, sendikaların kararı doğrultusunda etkinlik göstermelerini doğal ve hoşgörü ile karşılamak gerekir ..." ifadelerine yervererek, kamu görevlilerinin sendikal faaliyetlere katılmaları sebebiyle göreve gelmemeleri halinin cezalandırıl-

²¹ Dan. 12 D., E.1968/1117, K. 1970/1310, T. 15.06.1970, DD. Sy.2, sh. 304.

²² Dan. İBK, E.1988/6, K. 1989/4, DD, yıl 20, sy. 78-79, Ankara 1990, sh. 62 vd.

masının hak ve adaletle bağdaşmayacağını belirtmiştir²³.

cc) Yargıtay'ın görüşü

Yargıtay birçok kararında uluslararası düzenlemelere başvurmaktadır. Örneğin Ceza Genel Kurulu 12.03.1996 tarihli bir kararında²⁴ CMUK'nun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olan hükmü yerine, doğrudan doğruya bir iç hukuk metni gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/son maddesini uygulamıştır. Söz konusu kararda, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin, TBMM tarafından 6366 sayılı Yasa ile onaylanarak yürürlüğe konulmuş ve Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca **yasa** niteliğini kazandığı" açıkça ifade edilmektedir.

Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu 1995 tarihli bir kararında²⁵, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası düzenlemelerin doğrudan iç hukuk metni haline gelmeyeceğini, iç hukukta sözleşmeye uygun düzenlemeler yapma yükümü getirdiğini kabul etmiştir. Hukuk Genel Kurulu söz konusu kararında, 151 No'lu ILO Sözleşmesinin kabulünden sonra bu konuda özel bir yasa kabul edilip yürürlüğe konmadığından bu sözleşmeye dayanılarak uygulama yapılamayacağını, bu nedenle sözleşmenin kabulünden sonra da henüz kamu görevlileri sendikası ile ilgili düzenleme yapılmadığından dava konusu sendikanın tüzel kişilik kazanmadığını belirtmiş ve aynen şu ifadelerle yer vermiştir: " ... Anayasa'da yer alan dernek, sendika, siyasi parti kurmak, toplu sözleşme, grev ve lokavt gibi hak ve özgürlükler ise, yasal düzenlemeye dayanmadan, doğrudan doğruya kullanılmaları mümkün olmayan özgürlüklerdendir. Çünkü, Anayasa'nın 33, 51, 53 ve 54. maddelerinde, bu hakların kullanılmasının Kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'da tanınmış olmasına rağmen henüz yasal

²³ Kararın zikredildiği yer: Aksaray Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü'nün 04.04.2001 tarih ve 4483/19 sayılı kararı, (yayınlanmamıştır).

²⁴ CGK 12.03.1996, E. 6-2/, K. 96/33, YKD, Nisan 1996, sh. 621 vd.

²⁵ HGK E. 1995/4-367, K.1995/550, T. 24.05.1995, YKD, C.21, sy.7, sh. 1013 vd.

düzenleme yapılmamışsa dernek, sendika veya siyasi partinin tüzel kişilik kazanması mümkün değildir. ... Görülüyor ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Kanun ile kabul edilen bu sözleşmeler (ILO Sözleşmeleri), doğrudan doğruya konuyu düzenlememekte, üye ülkelere gerekli düzenlemeyi yapmak görevini yüklemektedir..

Benzer doğrultudaki bir görüş 21. Hukuk Dairesi tarafından kabul edilmiştir. Söz konusu kararda²⁶, ulusal hukukun açık düzenleme ve kuralları karşısında, uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik ve geçerlilik tanınmasının anayasal sisteme ters düştüğü, Anayasa hükümleri ile çatışan bir uluslararası sözleşme kuralının, Anayasada bir değişiklik gerçekleşmeden veya anayasal olur sağlanmadan, mahkemelerce, doğrudan doğruya uygulanamayacağı belirtilmiştir. Zira Yüksek Mahkemeye göre, Anayasa, uluslararası sözleşmelerin sadece birer yasa olduğunu vurgulamış, bunların iç hukukta, diğer yasalar karşısında uygulama önceliği ve üstünlüğü olduğu yolunda bir açıklama veya ibareye yer vermemiştir.

dd) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görüşü

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İHAS 11. maddesinde²⁷ düzenlenen hakların grev hakkını da kapsayıp kapsamadığı sorununu, bu konunun ulusal yasalara bırakıldığı şeklinde çözümlenmiştir²⁸. Diğer bir anlatımla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, grev hakkı konusunda devletler serbest bir şekilde yasal düzenleme yapabilirler²⁹. Ancak grev hakkının tamamen ortadan kaldırılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesi ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Söz ko-

²⁶ Y. 21. HD, E. 1996/2261, K. 1996/5790, T. 18.10.1996, YKD, C. 23, sy. 4, sh. 582 vd..

²⁷ İHAS 11. maddesinde, herkese çıkarlarını savunmak için ve başkalarıyla sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı tanınmaktadır.

²⁸ GÜLMEZ, Mesut; Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara 1990, sh.229.

²⁹ FROWEIN, Jochen Abr./PEUKERT; Wolfgang; Europaeische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl, Strassburg, Arlington 1996, sh. 416.

nusu sözleşmenin 11/2. fıkrasında maddede belirtilen hakların sınırları gösterilmiştir. Bu sınırlamaya göre belirli devlet fonksiyonlarını yerine getirenlerin 11/1. fıkrada belirtilen haklarının kısıtlanabileceği kabul edilmektedir³⁰.

c) Memur eylemleri konusundaki anayasal düzenleme

Bu konuda 1982 Anayasası'nın düzenlemelerine bakıldığında, 53 ve 54. maddeler ile toplu iş sözleşmesi ve grev hakkının sadece hizmet akdi ile çalışanlar açısından düzenlendiği görülmektedir. 51. maddede kamu görevlilerinin sendika ve üst kuruluşlar kurabilecekleri ve bu kurumlar vasıtasıyla toplu görüşme yapabilecekleri kabul edilmiştir. Ancak, aynı maddede söz konusu kurumların Anayasa'nın 53 ve 54. maddelerine tabi olmayacakları belirtilerek, kamu görevlilerinin grev ve benzer diğer eylemleri konusunda açık bir düzenleme getirilmemekte, bunun yanında söz konusu eylemler konusunda bir yasaklama da bulunmamaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinde, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendika ve üyelik konusundaki haklarının kapsamının, istisnalarının ve sınırlarının gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin öğretmen boykotu ve kanunsuz grev konusunda verdiği bir kararında, sözlü açıklamada bulunan Muammer Aksoy, Anayasanın öğretmen grevini yasaklamadığı görüşünü savunmuştur. Aksoy'a göre, Anayasa memur grevi konusunda hüküm getirmemekte, susmaktadır. Bu nedenle Anayasanın diğer hüküm ve ilkelerinden çıkarılacak anlama göre bir sonuca varılmalıdır. "Hukuk devletinin bir garantisi olarak grev hakkına ihtiyaç vardır. Anayasanın ilkelerine saygı gösteren bir yorumlama yapıldığı takdirde memurların grev hakkına sahip olması sonucuna ulaşılabileceği gibi Anayasamızın bir denge anayasası olması niteliği de bu sonuca varılmayı gerektirir. Anayasada bu hakkın sarahaten belirtilmemesi ortaya çıkacak münakaşaları ve uzun sürecek müzakere-

³⁰ FROWEIN/PEUKERT, sh. 416.

leri önlemek içindir. Bu yüzden ileriye, soyut Anayasa koyucuya başka bir deyimle Anayasayı yorumlayacak olan Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. ... Öte yandan, 46. madde (1961 Anayasası) kamu görevlileri için sendika hakkı tanımıştır. Sendika bir baskı grubudur. Müdahale imkanı ve unsuru olmayan bir sendika tasavvur edilemez. Bir kuruluşun sendika olabilmesi için muhakkak grev hakkına sahip olması gerekir. Grev hakkını tanımadığımız zaman sendika hakkı ve Anayasanın 46. (1961 Anayasası) maddesi iptal edilmiş demektir, Anayasanın 11. maddesine (1961 Anayasası) aykırı düşer", ifadelerine yer vererek, memur grevi konusunda 1961 Anayasasının susmuş olmasının onu yasakladığı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir³¹.

Anayasanın 53. ve 54. maddeleri gözönüne alınarak, özellikle 87 No'lu ILO Sözleşmesinin onaylanma gerekçesinde, bu sözleşmenin onaylanmasında anayasal bir engel bulunmadığı ifadesine yer verilerek, daha önce onaylanan ILO Sözleşmeleri, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa Sosyal Şartı ve ILO Anayasasının başlangıç bölümüne yollama yapılarak, "kamu personeli dahil tüm çalışanlara sendikalaşma ve toplu pazarlık hakkının tanınması ülkemizce esasen üstlenilmiş" bulunduğu açıkça belirtilmiştir³².

d) Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu³³ndaki düzenleme

Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 1. maddesinde

³¹ Zikr.: KAZANCI, Sadi; Topluma Karşı İşlenen Suçlar, Alkan Matbaası, Ankara 1971, sh. 209-210.

³² Gerekçe için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı 143, Ankara 1992, sh.1-2; 87 No'lu sözleşmenin onay gerekçesine benzer gerekçeler 151 No'lu sözleşmenin onay gerekçesinde de belirtilmiştir. Söz konusu gerekçede 87 No'lu sözleşmenin tamamlayıcısı durumunda olduğu belirtildikten sonra, iş veren konumundaki kamu yetkilileri ile kamu görevlileri örgütleri arasındaki sağlıklı bir çalışma ilişkileri düzeni kurulmasını sağlayabilmek için onaylanmasının uygun bulunmasının ülkemiz için yararlı olacağı düşünülmüştür' ifadesine yer verilmektedir, bkz. KAYA, sh. 77.

³³ 4688 sayılı ve 25.06.2001 tarihli Kanun.

Kanunun amacı olarak, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için oluşturdukları sendika ve konfederasyonların kuruluşu, organları, yetkileri ile faaliyetleri ... belirlemek olduğu belirtilmektedir. Ancak sendika ve konfederasyonların faaliyetlerinin düzenlendiği 19. maddede açıkça grev hakkından veya iş yavaşlatma, işi bırakma eylemlerinden bahsedilmemekte, kamu görevlilerine işi bırakma veya işi yavaşlatma hakkı tanınmamaktadır. Buna karşılık Kanunun yasakların düzenlendiği 20. maddesinde de grev yasağından söz edilmemektedir. Söz konusu Kanunu'nun 18. maddesinde kamu görevlilerinin, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tabii tutulamayacakları hüküm altına alınmıştır. Kanun, çalışanların ancak iş verenin izni ile sendikal faaliyetlere katılmasını kabul etmiştir. Kanunun bu hükmünün 87 ve 151 No'lu sözleşmelerin ilgili maddelerine aykırı olduğu açıktır. Zira 87 No'lu Sözleşmenin 3/II. maddesinde, kamu makamlarının, çalışanların örgütlerinin etkinliklerini düzenleme hakkını sınırlayacak şekilde veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasını engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınması gerektiği belirtilmektedir.

2. Görüşümüz

ILO Sözleşmeleri gözönüne alındığında memur eylemlerini düzenleyen iki hükmün varlığı kabul edilmelidir. TCK'nun 236. maddesi ile bu eylemler istisnasız yasaklanmakta, Sözleşmelerle ise bu eylemlere belirli şartlarla izin verilmektedir. Ancak bir hukuk düzeninde aynı davranışı yasaklayan ve ona izin veren iki ayrı normun varlığı düşünülemez. Birbiriyle çatışan eşit değerdeki iki hükmün varlığı halinde genel norm-özel norm veya önceki norm-sonraki norm ilişkisi gözönüne sorun çözülür³⁴. ILO Sözleşmeleri (Anayasanın 90. maddesi gözönüne

³⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi 22.05.1997 (RG: 02.06.2000) tarihli kararında, "... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları yasa hükmün-

alındığında) TCK'na nazaran özel norm niteliğinde olduğu gibi, aynı zamanda sonraki tarihli kanunu da oluşturur. Bu takdirde çatışma halinde ILO sözleşmelerinin öncelikle uygulanması gerekir. Bir başka deyişle, örgütlü bir kamu görevlisi veya kamu hizmetlisi eylemi söz konusu olduğu takdirde, bu eylemlerin öncelikle ILO sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi ve sözleşmelere aykırı olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekir. Ancak eylemlerin sözleşmelere aykırı olması halinde TCK'nun 236. maddesinin ihlal edilebileceği ihtimali üzerinde durulabilir. Bu açıdan ILO sözleşmelerinin kabulünden sonra TCK'nun 236. maddesinin uygulama alanının oldukça daraltıldığı ifade edilebilir.

Öte yandan, uluslararası sözleşme ile kanun arasında çatışma bulunduğu kabul edildiğinde, sorunun Anayasa hükümlerine göre çözülmesi gerekir. Sorun konusunda Anayasa da açık bir düzenleme bulunmaması halinde, "Anayasa'nın uluslararası hukuka açıklığı ilkesi ve yine Anayasa'nın 2. maddesinin insan haklarına saygılı devlet ve hukuk devleti ilkeleriyle yollama yaptığı sözleşme hükümleri devreye sokularak çözüm aranmalıdır. Diğer bir ifade ile Anayasa'nın suskun olduğu konu sözleşme hükümleri ile doldurulmalıdır"³⁵. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi benzer doğrultuda karar vermiştir. Söz konusu kararda, "151 No'lu ILO sözleşmesinin Devletçe onaylanarak, Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuz yönünden de bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeni ile sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasada öngörülenden fazla ödemedede bulunmaktan oluşan eylemlerinin hukuka uygun sayılması gerekeceği"³⁶ belirtilmiştir.

dedir. Ancak ... yasası davada Sözleşmeye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan, uygulanma önceliğine sahiptir" ifadelerine yer vererek, çatışmayı özel norm- genel norm kuralları çerçevesinde çözümlenmiştir.

³⁵ YÜZBAŞIOĞLU, sh. 34-35.

³⁶ 4 CD, E. 2000/4753, K. 2000/5787, T. 29.06.2000, YKD, C. 27, sy. 5, Mayıs 2001, sh. 756 vd.

III. Suçla Korunan Hukuki Menfaat

Ceza Kanunlarında kamu idaresine karşı suçlar isimli bir bab'ın bulunmasının sebebi, kamu idaresinin fonksiyonlarının ülkede yaşayan herkese eşit ve tarafsız bir şekilde ulaştırılmasının sağlanmasıdır. Bunun için de kamu fonksiyonları dürüst bir şekilde, tarafsızlıkla, belirli bir disiplin ve sadakat içinde sürekli, kesintisiz bir şekilde yerine getirilmelidir³⁷. Görevin terki veya yavaşlatılması suçu da TCK'nun Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler Bab'ında düzenlenmiştir. Eylemin cezalandırılması ile kamu görev veya hizmetlerinin belirli bir disiplin içinde yürütülmesi ve aksamasının önlenmesi istenmiş, bu hizmetlerde sürekliliğin sağlanması amaçlanmıştır. Kamu fonksiyonunun ne onu kullananlar ve ne de üçüncü kişiler tarafından sekteye uğratılmasına izin verilemez. Bu açıdan TCK'nun 236. maddesi ile görevin terki veya yavaşlatılması suç haline getirilmiştir³⁸.

Türk hukukunda yürürlükteki iç hukuk kurallarına bakıldığında, memurların grev, görevi yavaşlatma vs. haklarının bulunmadığı söylenebilir (Devlet Memurları Kanunu m. 26, 27). İşte TCK'nun 236. maddesi bir tür memur grevinin yaptırımını oluşturmaktadır³⁹.

Suçla korunan hukuki yararın, kişileri kamu fonksiyonlarının devamına zorlamak olmadığı haklı olarak belirtilmektedir⁴⁰. Kamu hizmetlisi veya görevlisi olmanın kişinin iradesine

³⁷ ERMAN/ÖZEK, sh. 1 vd.; KAZANCI'ya göre (KAZANCI, sh. 199), kamu fonksiyonları belirtilen şekilde yerine getirilmediğinde devlet düzeninin sarsılması sonucu doğar. Yazar, bu sarsılma sebebiyle devlet memurlarının grev veya boykot adı verilen kanunsuz harekete geçmelerinin toplumu rahatsız edeceğini belirtmektedir.

³⁸ ERMAN/ÖZEK, sh. 2, Ayrıca bkz. Askeri Y. Daireler K., 18.02.1982, 33/32, zikreden SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 1994, C. II, sh. 2079.

³⁹ EREM'e göre (Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993, sh. 1367) TCK'nun 236. maddesi memur grevi ile istifa kabul edilinceye kadar geçecek süre zarfındaki durumu aynı şekilde cezalandırmaktadır.

⁴⁰ TEZCAN/ERDEM, sh. 207; ERMAN/ÖZEK, sh. 185.

bağlı olması gibi, bu görevden ayrılması da iradeye bağlıdır. Kanunun cezalandırdığı husus, kamu idaresi ile hukuki bağı korumaya rağmen, kamu fonksiyonlarının sürekliliğini engellemektir. Memur veya kamu hizmeti gören her zaman tek başına veya toplu olarak istifa edebileceği gibi emekliliğini de talep edebilir. İstifa eden memurun istifasının kabulünü beklediği süre içinde görevini terk etmesi veya yavaşlatması halinde de 236. madde ihlal edilmiş olur⁴¹. Ancak kamu görevinden ayrılmanın iradi olmasının istisnalarını Sıkıyönetim Kanunu'nun 2/7. maddesi ile Devlet Memurları Kanunu'nun 96. maddesinde görmekteyiz⁴².

Öte yandan, yöntemine aykırı toplu istifalar halinde de hükmün uygulanacağı belirtilmektedir. Toplu istifa kabule bağlı olup, kabule kadar memuriyet görevi devam etmektedir⁴³.

Suçla korunan hukuki yarar gözönüne alındığında memurların grevi veya işi yavaşlatması suçunun Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler kısmında düzenlenmesi yerinde olmuştur. Suç tipi 1997 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının 485. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hemen hemen TCK'nun 236. maddesinden aynen alınmıştır. Özek'e göre⁴⁴, Öntasarının 485. maddesinde TCK'nun 236. maddesindeki yasaklar sürdürülmekte ve kamu görevlilerinin çağdaş, demokratik, evrensel haklarının kullanılması suç sayılmaktadır. Oysa İtalya 12 Haziran 1990 tarih ve 186 sayılı yasa ile kamu görevlisinin demokratik haklarını sınırlayan 330. maddeyi yürürlükten kaldırmıştır.

⁴¹ Aksi görüş için bkz. ERMAN/ÖZEK, sh. 185. Yazarlara göre, belirli bir hükmün işi terketmeyi yasaklamaması halinde bekleme süresinde olan memur hakkında 236. madde uygulanamaz.

⁴² 1402 Sayılı Sıkıyönetim Kanunu (RG. 15.05.1971), 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 96. maddesi KHK ile değiştirilmiştir (KHK 243 - 29.11.1984).

⁴³ MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C. II, 1. Baskı, Ankara, sh.1712.

⁴⁴ ÖZEK, Çetin; 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler, Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, sh. 48.

IV. Önşart

Suçun önşartı, görev veya hizmetin yavaşlatılması veya terkinin önceden alınan bir karar gereği olmasıdır. Ancak bu kararın mutlaka görevi terkeden veya yavaşlatan failer tarafından alınmasına ihtiyaç yoktur. Başkalarının almış olduğu karara uyma şeklinde de suç işlenebilir. Aralarında alınmış bir kararın icrası olmaksızın işin terki veya yavaşlatılması halinde 230. maddesinde düzenlenmiş olan görevin ihmali suçu oluşur⁴⁵. Bu açıdan aralarında anlaşma olsun veya olmasın memurların toplu olarak hareket ettiklerinin anlaşılması halinde suç oluşacaktır⁴⁶. TCK'nun 236. maddesinde değişiklik yapan 1490 sayılı Kanunun gerekçesinden de bu husus anlaşılmaktadır. Söz konusu gerekçede, "devlet memurlarının, önceden aralarında ittifak etmiş olsun veya olmasın, usul ve nizama aykırı olarak birlikte memuriyetlerine ait vazifelerini geçici de olsa kısmen veya tamamen yapmamaları veya yavaşlatmaları keyfiyetidir" ifadeleri kullanılmıştır⁴⁷.

Kararın mutlaka planlı bir şekilde alınmasına ihtiyaç yoktur, ani bir şekilde alınan karar hemen icraya konularak da suç işlenebilir. Doktrinde kararın mutlaka açıkça alınmış bir karar olmasına ihtiyaç olmadığı, zımni olarak alınan kararlarla da suçun işlenebileceği kabul edilmektedir⁴⁸. Karar alan failerin görevi aynı zamanda bırakmaları suçun oluşması açısından zorunlu değildir. Nitekim Yargıtay 1970 tarihli bir kararında⁴⁹

45 DURMUŞ/ERDEM, sh. 208.

46 Yargıtay CGK 28.12.1970 tarihli kararında bu hususu şu şekilde vurgulamıştır: "Bu itibarla öğretmen olan sanığın, kanunun aradığı sayıda memur tarafından (öğretmenler sendikasıca) alınan, radyo ve gazeteler vasıtasıyla yayınlanan karara katılarak vaki ittifak sonucu ve mücerret bu karar ve ittifaka dayanarak (usul ve nizam hilafına) kamu hizmetinin devam ve intizamını bozacak şekil ve derecede okuldaki görevini (geçici olarak) terk ettiği açık ikrarlarından, ... anlaşılmaktadır" (E. 1970/4-313, K. 1970/429, zikreden GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C. III, 4. Baskı, Ankara, sh. 204).

47 Zikr. MALKOÇ/GÜLER, sh. 1712.

48 DURMUŞ/ERDEM, sh. 208; ERMAN/ÖZEK, sh. 187.

49 CGK, T. 28.12.1970, E. 313, K. 429, zikreden AKDAĞ, Selami; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Ankara, sh. 348.

"memurluğu bırakma, memurluk görevinin bırakılmasını kapsamaktadır. Kastın saptanması halinde bunun geçici olmasının suç unsuruna etkisi yoktur. Devlet memurlarının görevi aynı zamanda bırakmaları koşulu yoktur. Memurların başka başka zamanlarda görevi bırakmaları ve bırakanlara katılmaları halinde de suç meydana gelir" görüşünü belirtmiştir⁵⁰.

V. Fail

TCK'nun 236. maddesine göre suçun faili ancak memur veya işçi niteliğini taşımayan kamu hizmetlisi olabilir. Bu açıdan TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen suç, mahsus suçlardandır. TCK'nun 279. maddesinin 1 ve 2. fıkraları kapsamına giren kişiler suçun faili olabilir. Müstahdem olmayan kamu hizmetlileri bu suçun faili olamazlar, çünkü bu kişilerin kamu hizmetinin sürekliliğini aksatmaları mümkün değildir⁵¹. İşçi sıfatını taşıyanların suçun faili olamayacakları maddede açıkça belirtilmiştir. Zaten aksi düşünce anayasal bir hak olan grev hakkını (Any. m. 54) uygulanamaz hale getirirdi⁵². Ancak işçi sıfatını taşıyan failin iş bırakması Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu hükümlerine göre yasa dışı grev olarak nitelendirilebilir. Maddedeki "kamu hizmeti görevlisi" teriminden anlaşılması gereken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin D bendinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, kamu hizmetinde istihdam edilip de memur, sözleşmeli personel ve geçici personel statüsünde bulunmayan herkesi kapsar⁵³. Diğer bir tanımlamaya göre, işçi sıfatı taşımayan kamu hizmetlisi demek, ceza kanunu anlamında memur sayılmayan ve 275 (2822) sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun işçi kavramına girmeyen kişiler bir kamu hizmetinde çalıştıkları takdirde kamu hizmeti görevlisi sayılacaklardır⁵⁴.

50 EREM, Şerh, sh. 1370.

51 ERMAN/ÖZEK, sh. 186.

52 ERMAN/ÖZEK, sh. 186.

53 ERMAN/ÖZEK; sh. 186.

54 ERSOY, Yüksel; Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973, sh. 313.

TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen suç çok failli suçlardandır⁵⁵. Kanun suçun oluşması için failler açısından asgari bir sayı getirmektedir. Diğer bir ifade ile faillerin birden fazla olması gereği kanunda suçun unsuru olarak öngörülmüştür. TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen suçta zorunlu faillerin amaçları aynı olduğundan, bunlar birleşme suçları olarak adlandırılmaktadır.

Suçun oluşabilmesi için üç veya daha fazla memur veya işçi sayılmayan kamu hizmetlisinin görevlerini terk etmeleri veya yavaşlatmaları gerekmektedir. Suçun çok failli suç olarak düzenlenmesinin sebebi, bir memur veya kamu hizmetlisinin görevini terk etmesi halinde kamu hizmetlerindeki sürekliliğin sekteye uğramayacak olmasıdır⁵⁶. Bu bakımdan suçun oluşması için üç kişi veya daha fazla kişinin görevini terk etmesinin veya yavaşlatmasının kamu fonksiyonlarını aksatacak nitelikte olması gerekir⁵⁷. Aynı dairede hizmet görmeyen üç kişinin görevlerini terk etmeleri halinde kamu fonksiyonlarının sürekliliği sekteye uğramayacağından suç da oluşmayacaktır. Başka bir ifade ile suçun oluşması için aynı dairede çalışan asgari üç kişinin görevlerini terk etmeleri gerekir. Aynı daire terimi, "aynı iş yerinde hizmet görmek anlamına gelirse"⁵⁸de mekan olarak aynı yerde çalışmak anlamına gelmez. Farklı okullarda çalışan üç öğretmen aynı işyerinde hizmet görür. Bu açıdan memurlar ayrı ayrı yerlerde bulunsalar dahi bir merkezin tavsiyesine uyarak üç veya daha fazla sayıda memurun maddede sayılan eylemleri yapmış olmaları suçun oluşması için yeterlidir. Ancak GÖZÜBÜYÜK'e göre, memurların aynı teşkilat içinde veya aynı hizmet alanında olmaları gerekmez. Kanunun aradığı, görevi terk ve karar ve anlaşmasının herhangi üç veya

55 DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 11. Bası, İstanbul 1997, C.II, sh. 437. DÖNMEZER/ERMAN, bu tür suçların "birbirine paralel hareketli çok failli suç" olarak isimlendirildiğini belirtmektedir, bkz. sh. 442.

56 ERMAN/ÖZEK, sh. 186.

57 Aksi görüş için bkz. AKDAĞ, sh. 347.

58 ERMAN/ÖZEK, sh. 186, DURMUŞ/ERDEM, sh. 208.

daha ziyade memur arasında meydana gelmiş olmasıdır⁵⁹. Zorunlu faillerin hepsinin aynı statüde bulunmaları gerekmez. Bir kısmı memur, bir kısmı kamu hizmeti gören olabilir⁶⁰.

TCK'nun 236. maddesinde mahsus suç olarak düzenlenen çok failli bir suç olduğundan, memur veya kamu hizmetlisi sıfatını taşımayanların bu suça iştiraki mümkündür. Ancak gereken sıfatı taşımayan bu kişiler, zorunlu fail sayısı olan asgari üç kişi sayısına dahil değildir⁶¹.

TCK'nun 236. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen ve karar alan ve bildiriği yayınlayanların asgari fail sayısının hesaplanmasında gözönüne alınıp alınmayacakları konusunda kanunda açıklık yoktur. Karar alan veya bildiriği yayınlayanlar suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlere katılmışlarsa, sayının hesabında göz önüne alınacaklardır. Maddi unsur oluşturan hareketlere katılmamaları halinde ise, asgari sayının tespitinde göz önünde bulundurulamayacakları belirtilmektedir⁶².

VI. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru, memuriyetin terk edilmesi, göreve gelinmemesi, göreve gelindiği halde görevin geçici olarak kısmen veya tamamen yapılmaması veya yavaşlatılmasıdır. Kanundaki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere söz konusu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Kanunda sayılan hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç da tamamlanmış olur. Suçun maddi unsurunda belirtilen seçimlik hareketler şunlardır;

59 GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 201

60 MANZİNİ, zikreden ERMAN/ÖZEK, sh. 186. Ancak maddede gösterilen nitelikleri taşımayan kişilerin suça iştirak etmeleri halinde, bunların asgari fail sayısı bakımından gözönüne alınmayacağı belirtilmektedir (EREM, Şerh, sh. 1368).

61 EREM, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. III, Ankara 1985, sh. 403 vd.

62 DURMUŞ/ERDEM, sh. 208, EREM, Şerh, sh. 1369.

1. Memuriyetin terki

Memuriyetin terki failin görev yerinden uzaklaşmasını ifade eder. Ancak suçun failinin memur ve kamu hizmetlileri olabileceği düşünülduğünde, kanundaki memuriyetin terki ifadesinin, "görev veya hizmetin yapılacağı yerin terki" olarak anlaşılması gerekir. Terk'den bahsedebilmek için bunun sürekli olmasına gerek yoktur⁶³.

Terk'in söz konusu olabilmesi için, kamu fonksiyonundaki sürekliliği aksatacak düzeyde olması gerekir⁶⁴. Bu itibarla İtalyan Yargıtay'ı 24 saat süreyle işbaşı yapmayan tren kolcularının görevin terki suçunu işlediklerini kabul etmiştir⁶⁵. Nitekim Türk Yargıtay'ı da öğretmenlerin bir gün görevi terk etmeleri halinin kamu hizmetlerindeki kesintisizlik değerini bozacak niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁶⁶. Ceza Genel Kurulu 07.03.2000 tarihli kararında, terk hususunun kısa veya uzun olmasının öneminin ve suça etkisinin bulunmadığını kabul ederek, her halükarda kamu düzeninin devamlılığının bozulduğunu belirtmiştir⁶⁷.

Ayrıca terk kavramı, ancak failin görev veya hizmeti dolayısıyla üzerine düşen hiçbir işi yapmaması halinde gerçekleş-

⁶³ ERMAN /ÖZEK, sh. 188. Yargıtay CGK 28.12.1970 tarihli kararında, kamu düzeninin devamlılığı gözönüne alınırsa terk hususunun kısa veya uzun süreli olmasının da önemi ve suça etkisinin bulunmayacağını kendiliğinden ortaya çıkacağını belirtmektedir ((E. 1970/4-313, K. 1970/429, zikreden GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 204).

⁶⁴ EREM'e göre (EREM, Şerh, sh. 1369), terk halinin oluşması için hizmetin fiilen aksamış olması şart değildir. EREM ile aynı görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 201 ve ÖZÜTÜRK, sh. 796.

⁶⁵ Kararı zikreden ERMAN /ÖZEK, sh. 188.

⁶⁶ Y. 4 CD. 01.04.1998, 2230/3156, zikreden SAVAŞ/MOLLAMAHMUTUOĞLU, sh. 2420. Söz konusu karara konu olayda, öğretmen olan sanıklar bir gün süreyle görevlerini terk etmişlerdir. Yargıtay 4. Ceza Dairesine göre, sanıklar öğrencilere ders vermektten ibaret olan esas görevlerini terk etmişler ve bu suretle kamu hizmetlerindeki kesintisizliği bozmuşlardır. Bu nedenle eylemleri TCK'nun 236. maddesine uymaktadır.

⁶⁷ CGK, E. 2000/4-25, K. 2000/44, YKD, C. 26, sy. 6, sh. 943.

miş olur. Bu bakımdan üç öğretim üyesi bir fakülteedeki derslerine girmeyip, diğer fakülteedeki derslerine girerse terk fiili gerçekleşmiş olmaz. Zira sadece belirli bir fakülteedeki görevlerini terk etmişlerdir.

2. Göreve gelmemek

Göreve gelmemek halinin söz konusu olması için üç şartın bulunması gerekir:

a) Fail, görev veya hizmetine göre belirlenen görev yerine hiç gelmemeli,

b) Failin gelmemesinin görev veya hizmetin gereği olan işlerin tamamının yapılmamasına yönelik bulunması,

c) Göreve gelmemek halinin kamu işlerini aksatacak bir süre uzunlukta olması gerekir.

Bu üç şarttan birinin yokluğu halinde 236. madde ihlal edilmiş olmaz⁶⁸. Nitekim Yargıtay 20.10.1998 tarihli bir kararında⁶⁹ memur eyleminin yapıldığı gün, yapılan yoklama esnasında kalem personelinde bulunmayanların saptanması üzerine açılan davada bu hususu şöyle vurgulamıştır; "birbirinden farklı birimlerde çalışan sanıkların, memuriyet görevini terk etmek hususunda alınmış bir karar olmadan ve ne kadar süre için olduğu dahi belirlenmeden yalnızca geçici olarak görevlerinin başında bulunmadıklarının saptandığı somut olayda yüklenen suçun (TCK m. 236) unsurları oluşmamıştır".

3. Görevi yapmamak

Görevi yapmamak halinde, fail görev yerine gelmekte ve buradan uzaklaşmamakta, ancak görev veya hizmetin gerektir-

⁶⁸ ERMAN /ÖZEK, sh. 189.

⁶⁹ Y. CGK, 20.10.1998, 4-248/317, zikreden SAVAŞ/MOLLAMAHMU-TOĞLU, 1999, C. II, sh. 2416.

diği işlemleri yapmamaktadır⁷⁰. Suçun maddi unsurunun bu seçeneğinde fail ihmali bir davranışta bulunmakta, görev veya hizmetine giren bir işi yapmamaktadır⁷¹.

Görevi kısmen veya tamamen yapmamak ifadesi, kaynak Kanunda ve 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda bulunmamaktadır. Öğretide kanundaki bu ifadenin maddenin sevk sebebi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür⁷². Gerçekten maddenin sevk sebebi, kamu fonksiyonlarında sürekliliği sağlamaktır. Geçici bir süre görevin yapılmaması halinin her zaman kamu fonksiyonlarının devamını engelleyeceği, onları aksatacağı söylene-
mez. Bu açıdan kanundaki "geçici de olsa" ifadesi doktrinde kamu görev veya hizmetindeki sürekliliğin aksamasına yol açabilecek bir süre olarak yorumlanmaktadır. Görevin kısmen yapılmamasının madde kapsamına alınması hatalı olmuştur. Çünkü görevi yapmamanın 236. madde uyarınca cezalandırılmasının sebebi, terke eşit olabilecek bir yapmama halinin söz konusu olmasıdır. Görevini kısmen yapmayan kimse ise TCK'nun 230. maddesine göre cezalandırılır⁷³.

Bu sebeple görevine gelip bilgisayara kağıdı koyup, yazılması gerekenlerin yarısını yazıp yarısını yazmayan memurun bu durumu görevi hiç yapmamakla eşittir ve 236. maddedeki

⁷⁰ ERMAN /ÖZEK, sh. 189. Yargıtay CGK 28.12.1970 tarihli bir kararında, memurların görev yerinde bulunmalarının terk unsurunu ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir (E. 1970/4-313, K. 1970/429, zikreden GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 203).

⁷¹ Nitekim 4 CD., 27.01.1971 tarihli bir kararında (E. 92, K. 513, zikr. KAZANCI, sh. 224), devlet memurunun kanunla kendisine tevdi edilen görevi yapmaz veya çeşitli kasıtlı hareketlerle yavaşlatır veya sabote ederse kamu düzeni bakımından büyük tehlikeler arz edeceğini, işte bu sebeplerle özel kanunlarda bu tehlikeyi önleyici ve kamu düzenini koruyucu hükümler mevcut olmakla beraber, TCK'nu da 236. maddeyi sevk ettiğini belirterek, "esas görevi öğrencilere ders vermektan ibaret olan öğretmenin, bu esas görevini yapmaması 236. maddeye gireceğini, görevi yapmamanın, toplu olarak işe gitmeme şeklinde olabileceği gibi, gittikleri halde ders vermeme şeklinde de olabileceğini belirtmiştir.

⁷² ERMAN /ÖZEK, sh. 189.

⁷³ Bkz. ERMAN /ÖZEK, sh. 189.

suçu oluşturur⁷⁴.

4. Görevi yavaşlatmak

Görevin yavaşlatılması, bir görev veya hizmeti ifa için normal süreden çok daha fazla süre harcanmasını ifade eder. Görevi yavaşlatmanın 236. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu yavaşlatmanın kamu fonksiyonunun düzenli bir şekilde görülmesini sekteye uğratacak nitelikte bulunması gerekir. Ancak bu halde işin yapılmamasıyla, yavaş yapılması arasında fark bulunmaz. Kanunumuz görevi yavaşlatmaktan bahsetmişse de, görevi hızlı bir şekilde yapmaktan söz etmemiştir. Bu bakımdan sınav kağıtlarını çok hızlı bir şekilde, okumadan değerlendiren öğretmen 236. maddeyi ihlal etmiş olmaz⁷⁵.

5. Suçun tamamlanması

Öncelikle TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen suçun mütemadi bir suç olduğunu belirtmek gerekir. Suç kamu fonksiyonlarında aksamanın meydana gelmesi ile tamamlanmış olur⁷⁶ ancak tükenmez. Suç, hizmete tekrar başlamakla veya memuriyeti sona erdiren bir sebebin müdahalesiyle tükenmiş olur⁷⁷. Sadece görevin bırakılması veya merciine verilen çekilme dilekçesinin sonucunun beklenmeden ayrılınmış olması halinde suç tamamlanmış olmaz⁷⁸.

VII. Manevi Unsur

TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen görevin terki veya

74 ERMAN/ÖZEK, sh. 189.

75 ERMAN /ÖZEK, sh. 190.

76 Majno'ya göre, suç memuriyeti terk etmekle tamam olur. Kast edilen şeyin gerçekleşmiş olmasına ihtiyaç yoktur (Majno, sh. 189. Majno ile aynı görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 202).

77 EREM, Şerh, sh. 1366.

78 Aksi görüş için bkz. AKDAĞ, sh. 347.

yavaşlatılması suçu ancak kasten işlenebilir, taksirle işlenemez. Kanun koyucu suçun oluşması bakımından failin saikine önem vermemiştir. Bu bakımdan suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Nitekim Yargıtay bir kararında⁷⁹ “öğretmen olan sanığın Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonunun almış olduğu karara uyarak, derse girmemesi eyleminin TCK'nun 236. maddesini ihlal ettiğini, maddede düzenlenen suçun genel kastla işlenen bir suç olduğunu, bu sebeple özel kasta ağırlık vererek beraat hükmü kurmanın yasaya aykırı olacağını belirtmiştir”.

1930 İtalyan Ceza Kanunu failin saikini gözönüne almış ve suçun siyasi amaçlarla işlenmesini veya gösteriye, kargaşaya veya halkın ayaklanmasına yol açmasını ağırlatıcı sebep saymıştır⁸⁰.

Failin kastının, suçun unsurları ile birlikte önşartlarını da kapsamaması gerekir⁸¹. Diğer bir anlatımla fail, kendisinden başka asgari diğer iki memur veya kamu hizmetlisi tarafından da aynı hareketin yapılmakta olduğunu ve bunun önceden alınmış bir karar gereğince hareket edildiğini bilmesi gerekir. Failin böyle bir karardan haberi yoksa veya asgari iki kişinin de

79 Zikreden DURMUŞ/ERDEM, sh. 210. Ayrıca bkz. Y. 4 CD, 01.04.1998, 2230/3156, zikreden SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, 1999, C. II, sh. 2420. Ayrıca bkz. 4 CD., 25.12.1970, E. 4/313, K. 429, zikr. KAZANCI, sh. 222.

80 Maddenin Almanca metni için bkz. Ausserdeutscherstrafgesetzbücher, sh. 241.

81 Ancak öğretide önşartlar için, unsurlarda olduğu gibi, aynı yoğunlukta bir kasta ihtiyaç olmadığı kabul edilmektedir. Bir önşartın bulunması halinde, failin sadece bunu bilmesi yeterli olabilir, bunu kendisinin meydana getirmesi veya gerçekleşmesini istemesi gerekmemeyebilir (DÖNMEZER/ERMAN, C. I, sh. 316; İÇEL, Kayıhan; Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 1999, sh. 32). Öğretideki diğer bir görüş, ön şartlar gibi bir kavrama yer verilmemesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, önşartlar suçun maddi unsuru içinde incelenirler. Suç tipindeki bir unsurun hareketten önce gerçekleşmesini istemek veya istememek tipikliği (maddi unsuru) ilgilendirmez, önşartlar denilen haller aslında unsurdan başka bir şey değildir (ÖNDER; Ayhan; Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, sh. 189; CENTEL, Nur; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001, sh. 150.

görevi terk ettiğinden haberi yoksa, bu bilgisizliği kastını ortadan kaldıracığından suç oluşmaz⁸².

Failin ekonomik veya siyasi nedenlerle görevi bırakmaya hakkı olduğuna inanması halinin hukuki yanılma olacağı ve kasta etkili olmayacağı ileri sürülmüştür⁸³.

Ayrıca "zorunlu kaygıların" kastı kaldıracağı Yargıtay kararlarına da konu edilmiştir. Yargıtay 08.03.1982 tarihli bir kararında⁸⁴ bu hususu kabul etmiştir. Söz konusu karara konu olan olayda, sanık öğretmen Töb-Der tarafından ülke çapında düzenlenen boykota katılmıştır. Özel Daireye göre, öğretmenlere toplu direniş çağrısı yapan örgüt, ülkenin eğitin biçimini ve yönetimini üst düzeyde Bakanlık katında yönlendirmeyi ve denetlemeyi üstlenmiş, yetkili kişilerin de bir ölçüde destekledikleri bir kuruluştur. Sanık savunmasında, boykot ile ilgisi bulunmadığını, aynı okul müdürü ile iki erkek öğretmenin örgüt kararı doğrultusunda direniş çağrısına uyarak derslere girmemesi karşısında görevinin ilk yılı içerisinde tek başına seçebileceği özgür bir davranışının bulunamayacağını belirtmiştir. Özel Daire sanığın suç kastının olmadığı savunmasını kabul etmiştir. Ceza Genel Kurulu özel dairenin bu görüşüne katılarak, "böylesine zorunlu kaygılar içerisinde sanığın suç iradesinin "kastının" yapısına, yalnızlığına ve çaresizliğine özgü bir düşünce ile tartışılıp değerlendirilmesi doğru olur" diyerek katılmış ve hakkında mahkumiyet kararı verilmesine yetecek delil elde edilemeyen sanığın beraatine karar verilmemesi nedeniyle direnme hükmünü bozmuştur.

Aynı şekilde memurun işyerine gelmesinde imkansızlık olması halinde veya iş yerinde ek memur kalması dolayısıyla işleri aksatmaması halinde, kusuru söz konusu olmayacağından, sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır. Örneğin, toplu taşıma araçlarının grevde bulunması sebebiyle failin görev ye-

82 ERMAN /ÖZEK, sh. 192.

83 DURMUŞ/ERDEM, sh. 210.

84 Y. CGK, 08.03.1982, 29/86, zikreden SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, C.2, sh. 2078. Özel daire kararı için ayrıca bkz. Y. 8 CD., 24.04.1981, 1952/2640, YKD Temmuz 1981, sh. 930.

rine ulaşamaması veya memurun tehdit edilmesi gibi hallerde, failer kusurlu davranmamıştır⁸⁵.

VIII. Hukukta Uygunluk Sebepleri

TCK'nun 236. maddesine göre, görevi terk'in, göreve gelmemenin, görevi yapmamanın veya görevi yavaşlatmanın kanun hükümlerine aykırı olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Suçun maddi unsurunu oluşturan seçimlik hareketlere izin veren herhangi bir normun bulunması ve failerin bu norma göre hareket etmeleri halinde fiilleri hukuka aykırı olmayacak, dolayısıyla suç oluşmayacaktır.

Faillerden birinin fiilinde hukuka uygunluk sebebi bulunması halinde diğer iki fail açısından suç gerçekleşmez. Failerin birinde bulunan hukuka uygunluk sebebi nedeniyle suç da oluşmayacaktır. Örneğin görevi terk eden üç memurdan biri yetkili merciin emri üzerine görevi terk etmişse diğerleri açısından da suç oluşmayacaktır⁸⁶. Ancak zorunlu failerden birinin isnad yeteneğine sahip olmaması veya kusurluluğu kaldıran bir sebep nedeniyle cezalandırılmaması halinde, diğer failerin cezalandırılması gerekir⁸⁷.

TCK'nun 236. maddesinde düzenlenen suçun oluşması için, failerin "...kanun hükümlerine aykırı olarak ..." görevi terk etmesi ... gerekir. Failerin görevi terk fiilleri 87 veya 151 No'lu İLO sözleşmelerine uygunsa, suçun "kanun hükümlerine aykırı olma" unsuru, başka bir ifade ile kanuni unsur gerçekleşemeyeceğinden suç oluşmayacaktır⁸⁸.

85 ERMAN /ÖZEK, sh. 191.

86 DÖNMEZER/ERMAN, C. II, sh .446.

87 DÖNMEZER/ERMAN, C. II, sh. 446.

88 Bu konuda ayrıntı için bkz. yukarıda başlık II.

IX. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Seçimlik hareketleri oluşturan son üç şekil, yani göreve gelmemek, görevi yapmamak ve memuriyeti terk ihmali bir nitelik taşıdığından tam teşebbüs mümkün değildir. Suç görev yerinden ayrılmak, görev yerine gelmemek, görevi gereği gibi yapmamakla tamamlanır⁸⁹.

Eksik teşebbüs icra hareketleri kısımlara bölünebildiği sürece mümkündür. Örneğin, asgari üç kişi olan faillerin görevlerini terk etmek istemelerine rağmen güvenlik görevlilerinin kapıyı tutmaları halinde suçun eksik teşebbüs derecesinde kaldığı söylenebilir⁹⁰.

Görev yerine gitmemek veya görevi yapmamak hallerinde eksik teşebbüs de söz konusu olamaz.

İşi yavaşlatma halinde, suçun tamamlanması için kamu fonksiyonlarının sekteye uğraması gerekeceğinden, tam teşebbüs olabilir. Örneğin, üç öğretmenin görevlerini yavaşlatmalarına rağmen, diğer öğretmenlerin fazla çalışarak sürekliliği sağlamaları halinde suç tam teşebbüs derecesinde kalmıştır⁹¹.

Öğretide diğer bir görüşe göre bu suça hiçbir şekilde teşebbüs olmaz⁹².

89 ERMAN/ÖZEK, sh. 190.

90 ERMAN /ÖZEK, sh. 190

91 ERMAN /ÖZEK, sh. 190.

92 GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 202, ÖZÜTÜRK, sh. 797; MALKOÇ/GÜLER, sh. 1713; Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1978, C. II, sh. 188. DURMUŞ/ERDEM'e göre ise suç ihmali bir nitelik taşıdığı için gerek eksik gerekse tam teşebbüse elverişli değildir (sh. 210). Aynı sonuca farklı bir gerekçe ile AKDAĞ varmaktadır. AKDAĞ'a göre, failde zarar verme kastı aranmadığından ve sadece karar veya anlaşma suç niteliği taşımadığından teşebbüs söz konusu olmaz (AKDAĞ, sh. 347). EREM'E göre (EREM, Şerh, sh. 1370), icra başlangıcına suçun uygun olmaması sebebiyle, suça teşebbüs hukuken mümkün değildir.

2. İçtima

İçtima konusunda TCK'nun 230. maddesinde düzenlenen görevin ihmali suçu akla gelebilir. Ancak görevin ihmali suçu genel bir suç tipi, memuriyet görevinin terki daha özel bir suç tipi olduğundan, 236. maddenin uygulanma şartları gerçekleştiğinde ayrıca 230. madde uygulanamaz. Yukarıda belirtildiği gibi, görevi yapmamak eylemi, kamu fonksiyonlarının sürekliliğini aksatacak bir boyuta ulaşmamış ise bu kez 236. madde değil, 230. madde ihlal edilmiş olur.

Öte yandan, görevin terki veya yavaşlatılması suçu suretiyle başka bir suç daha işlenmiş olursa gerçek içtima hükümleri uygulanır. Örneğin, görevin yapılmaması veya görevin terkedilmesi amacıyla, failer tarafından işyeri işgal edilirse, aynı zamanda TCK'nun 254. maddesi de ihlal edilmiş olur. Faillerin bu hareketleri sunucu kişilere zarar verilmişse, kamu mallarına zarar verilmişse veya memura mukavemet suçu işlenmişse ayrıca TCK'nun 517, 258 veya 266. maddelerinden dolayı da faillerin sorumluluğu da söz konusu olur⁹³.

Belirtelim ki, eğitim ve öğretimin engellenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nun 188/7. fıkrasında düzenlenen suç ile 236. maddesinde düzenlenen suç birbirinden farklıdır. Her şeyden önce 188. madde ile kişi hürriyeti korunmak istenmiş, maddeye Ceza Kanununun Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler faslında yer verilmiştir. TCK'nun 188/7. maddesinin ihlalden söz edebilmek için zor ve cebir kullanılarak, icrai bir hareketle eğitim ve öğretim çalışmalarının kesilmesine ya da ara verilmesine haksız eylem ve davranışlarla neden olmak gerekir. Nitekim Askeri Yargıtay 29.01.1981 tarihli bir kararı⁹⁴ ile bu hususu vurgulayarak, ... hiçbir zaman zora dayanmayan, şa-

⁹³ ERMAN /ÖZEK, sh. 192.

⁹⁴ Askeri Y. Drl. Krl., 29.01.1981, E. 14, K. 13, zikreden SAVAŞ/MOLLA-MAHMUTOĞLU, C.2, sh. 2080. Nitekim 2245 sayılı Kanunla (RG. 16.06.1979) değiştirilen 188. maddenin gerekçesinde, "eğitim ve öğretim faaliyetlerinin aksamasına neden olan kötü niyetli kişilerin eylemleri etkin yaptırıma bağlanmak suretiyle, eğitim ve öğretimin kesintisiz sürdürülmesini sağlamak istendiği" belirtilmektedir.

hıslara veya mallara karşı zarar getirecek bir imaj vermeyen pasif eylemlerin TCK'nun 188/7. fıkrası ile tecziye edilemeyeceğini" belirtmiştir.

3. İştirak

Suçun çok failli bir suç olduğu gözönüne alındığında, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketleri gerçekleştiren asgari üç kişi arasında iştirak kuralları uygulanmaz, her biri müstakil fail sayılır⁹⁵. Ancak diğer şerikler açısından suça iştirak mümkündür. Örneğin, asli manevi fail veya fer'i maddi veya fer'i manevi fail sıfatıyla suça iştirak edilebilir. Çok failli bir suç olduğundan asli maddi iştirak şekilleriyle suça iştirak etmek mümkün değildir⁹⁶. Ayrıca mütemadi bir suç olduğundan, icra hareketleri devam ederken suça katılarak müstakil fail sıfatını almak mümkündür.

Zorunlu faillerden her birinin maddi unsuru oluşturan seçimlik hareketlerden aynı nitelikte olanları yapması gerekmez. Örneğin, faillerden biri göreve gelmemesi ve diğer ikisinin görevi yavaşlatması halinde suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Suçun icrasına memur veya kamu hizmetlisi sıfatı taşımayan kimselerin katılması halinde, asgari fail sayısının hesaplanmasında bunların gözönüne alınıp alınmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre söz konusu sıfatı taşımayanlar asgari fail sayısının hesaplanmasında gözönüne alınmaz⁹⁷. Diğer bir görüşe göre ise alınması gerekir⁹⁸.

Öte yandan TCK'nun 236. maddesinin 2. fıkrasında özel bir iştirak hali düzenlenmiştir. 2. fıkraya göre, söz konusu ey-

95 EREM, Özel Hükümler, sh. 404.

96 EREM/DANIŞMAN/ARTUK, sh. 379. Yazarlara göre, bir ortaklık hareketini oluşturan fiil, eğer suçun unsuru veya şiddet nedeni ise bu hareketi yapanlara iştirak hükümleri uygulanmaz.

97 DURMUŞ/ERDEM, sh. 208; ERMAN/ÖZEK, sh. 190.

98 GÖZÜBÜYÜK, Şerh, sh. 876.

lemler dernek veya meslek kuruluşları yöneticilerinin bu yönde aldıkları karar veya yayınladıkları bildirimler üzerine vuku bulmuşsa, bu kararı alan veya bildiriye yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve ... ağır para cezası verilir. Fail memur ise müebbeden memuriyetten mahrumiyet cezası da hükümlenir. Madde uyarınca dernek yöneticilerinin sorumluluğunun doğabilmesi için görevin terki veya yavaşlatılması suçunun işlenmiş olması gerekir. Eylemin vuku bulmaması, diğer bir ifade ile suçun işlenmemesi halinde yöneticilerin 236/1. madde uyarınca sorumluluğu olmaz⁹⁹. Eylemin vuku bulması halinde yöneticiler hakkında sadece 2. fıkrada belirtilen ceza uygulanır, yoksa 1 ve 2. fıkralarda belirtilen cezalar içtima ettirilmez.

X. Sonuç

Sonuç olarak, öncelikle yukarıda açıklanan gerekçelerle TCK'nun 236. maddesinin uluslararası sözleşmelere uygun bir norm olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği belirtilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da kabul ettiği gibi, Türkiye tarafından imzalanan ve yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin iç hukuk metni haline geldiğini kabul etmek gerekir. Bu halde yargı organlarının doğrudan sözleşmeyi uygulama imkanı vardır.

Öte yandan, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün herhangi bir belgesinde kamu görevlilerinin grev hakkından söz edilmiş olmamasına rağmen¹⁰⁰, memur veya kamu hizmetlilerinin işi bırakma veya yavaşlatmalarına izin veren düzenlemelerin bulunduğu kabul edilebilir. Şöyle ki, 87 No'lu Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, çalışanların ve işverenlerin örgütleri ... etkinliklerini ... düzenlemek hakkına sa-

⁹⁹ EREM, Şerh, sh. 1370.

¹⁰⁰ Uluslararası Çalışma Örgütü'nün denetim organları, söz konusu sözleşmenin 3., 8. ve 10. maddelerinin, grev hakkını da içerdiğini kabul etmektedir, (EYRENCİ, Öner; Toplu İş Sözleşmesi Ve Grev hakları Ve Kamu Görevlileri, in: Sempozyum, sh.156, 157).

hiptir. Kamu makamları, bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdır.

Benzer şekilde 151 No'lu Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemleri Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, Sözleşme'nin ... kamu makamlarınca çalıştırılan herkese uygulanacağı belirtilmektedir. Sözleşme'nin 4. maddesinde ise kamu görevlisinin örgütün normal faaliyetlerine katılması nedeniyle işten çıkarılması veya ona zarar verilmesi hali yasaklanmıştır.

Söz konusu sözleşmelerle TCK'nun 236. maddesi karşılaştırıldığında 236. maddenin 151 No'lu sözleşmeye aykırı hükümler taşıdığı ifade edilebilir. 151 No'lu sözleşmenin 4. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde, bir kamu görevlisini, bir kamu görevlileri örgütüne üyeliği veya böyle bir örgütün normal faaliyetlerine katılması nedenleri ile işten çıkarmak veya ona zarar vermeye karşı yeterli korumadan yararlanacağı belirtilmektedir. Oysa 236. madde uyarınca bir kamu görevlisi sendikal etkinliklere katıldığı için cezalandırılabilen, dolayısıyla ona zarar verilebilmektedir. Diğer bir ifade ile TCK'nun 236. maddesi, kamu hizmetlisi veya görevlilerinin örgütlerinin faaliyetlerine katılmalarını da yaptırım altına alınmıştır.

Belirtelim ki, sendikal etkinliklerde bulunan kamu görevlileri veya kamu hizmetlileri hakkındaki, son yıllarda ülkemizdeki mahkemelerin uygulamaları genellikle beraat kararı vermek yönündedir. Şöyle ki;

Yargıtay 17.02.2000 tarihli bir kararında¹⁰¹, haklı olarak "öğretmen olan sanıkların konumundaki kimselere Anayasa'nın 53 ve 657 sayılı Yasanın 22. maddesinde yapılan değişikliklerle sendika kurma ve bu tür kuruluşlara girme hakkı sağlanmış olmasına ve Anayasa'nın 90. maddesine göre iç hukuk halini alan ILO'nun 87 ve 151 sayılı sözleşmelerinde de,

¹⁰¹ Y. 4CD, 17.02.2001, E. 1999/10183, K. 2000/780, (Yayınlanmamıştır).

sendikanın amaçları doğrultusunda üyelere etkinlikte bulunma olanağı sağlanmış olması sonucunda sanıkların eylemlerinde suç öğelerinin oluşmadığı gözetilmeksizin hükümlülüklerine karar verilmesi yasaya aykırı"... bulmuştur.

Hemen hemen aynı gerekçelerle 04.04.2001 tarihinde İzmir 4. Asliye Ceza Mahkemesi sanıkların beraatine karar vermiştir¹⁰². Karara konu olayda İzmir Buca Ticaret Meslek Lisesi öğretmenleri, Kamu Emekçileri Sendikası Emek Platformunun yurt çapında düzenlediği yürüyüş ve protestoya, bireysel olarak, diğerlerine tavsiye ve telkinde bulunmadan kendi inisiyatifleri ile katılmışlardır. Mahkeme yerinde olarak, "sanıkların yasalarla tanınan yasal sendikal haklarını kullandıklarını, TCK'nun 236. maddesindeki üç veya daha fazla sanığın birlikte karar alıp, göreve gelmedikleri veya görev yerlerini terk ettikleri konusunda herhangi bir kanıtın bulunmadığını ... sendikal haklarının ve özellikle mevcut sosyal ve ekonomik koşulların muhafaza edilmesi, daha iyiye götürülmesi amacıyla yasalara uygun olarak bireysel katılımında buldukları" gerekçesiyle beraat kararı vermiştir.

Beyoğlu 7. Asliye Ceza Mahkemesi 12.06.2001 tarihinde¹⁰³, "öğretmen sanıkların olay günü Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonunun aldığı kararı basından duyup, sosyal ve ekonomik sorunlarını dile getirmek ve destek vermek, demokratik haklarını kullanmak için işe gitmeme eylemlerinin TCK'nun 236. maddesini ihlal etmeyeceğine" karar vermiştir. Mahkemeye göre, "Anayasa'nın 53, 54, 90, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 22, 26, 125 ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 25 ve 70, 87 ve 151 No'lu ILO Sözleşmelerinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.06.2000 tarihli kararları birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların demokratik hak taleplerinin yasal olduğunu, eylemlerinde kanuna aykırılık unsuru bulunmadığını, bu nedenle beraatlerine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁰² İzmir 4. Asliye Ceza Mahkemesi, 04.04.2001, 2001/135 sayılı karar (yayınlanmamıştır).

¹⁰³ Beyoğlu 7. Asliye Ceza Mahkemesi, 12.06.2001, E. 2001/510, K. 2001/4783 (yayınlanmamıştır).

Benzer şekilde Menemen Asliye Ceza Mahkemesi, 22.03.2001 tarihinde verdiği kararında¹⁰⁴, sanıkların Emek Platformunun Türkiye çapında düzenlediği yürüyüşe katılmalarının 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri kanununa muhalefet teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Zira, mahkeme-ye göre, "Uluslararası Çalışma Örgütünün sendika kurma, sendikaya girme ve örgütlenme haklarına ilişkin Sözleşmelerinin yasama organınca kabul edilip yürürlüğe konmuş olması sebebiyle, bu hakkın kamu hizmetinde de örgütlenme hakkını kapsaması ve istihdam koşullarının belirlenmesine ilişkin haklar olarak tanımlanmış olması ve bu sözleşme devlet memurlarına sendika kurma hakkı, sendikal etkinliklerde bulunma hakkını da kazandırdığından, sanıkların eylemleri yasal bir hak kullanılmasından ibarettir, beraatlerine karar verilmelidir".

En son olarak Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi 6 Kasım 2001 tarihinde¹⁰⁵ "... Anayasanın 53. maddesi ve 657 sayılı kanununun 22. maddesinde yapılan değişikliklerle öğretmenlere sendika kurma ve bu tür kuruluşlara girme hakkı sağlamış olmasına ve Uluslararası Çalışma Örgütünün iç hukuk metni halini alan sözleşmeleri ve Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen Avrupa Sosyal Şartı, temelde kişi hakları ve siyasal haklara yer veren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin ekonomik ve toplumsal haklar alanındaki karşılığını oluşturmasına göre, öğretmen olan sanıkların emek platformunun almış olduğu karara uygun olarak 01.12.2000 tarihinde Türkiye genelinde uygulanan bir günlük iş bırakma eylemini desteklemek amacıyla derslere gelmemeleri eyleminin yasal ve demokratik haklarını kullanmaktan başka hiçbir anlama gelmediği kanaatine varılmış olup, ... beraatlerine" karar vermiştir.

Buna karşılık Ceza Genel Kurulu 07.03.2000 tarihli bir

¹⁰⁴ Menemen Asliye Ceza Mahkemesi, 22.03.2001, E. 2001/70, K. 2001/117, (yayınlanmamıştır).

¹⁰⁵ Bakırköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 06.11.2001, E. 2001/1084, K. 2001/2218, (yayınlanmamıştır).

kararında¹⁰⁶, “olay günü işyerine geldikleri halde TESK çağrısına uyarak görevlerini geçici olarak yapmayan PTT memuru sanıkların Uluslararası Sözleşmelerde memurlara yalnız sendika kurma hakkı tanınmış ancak yavaşlatma, terketme ya da grev hakkı tanınmadığından eylemleri TCY'nın 236/1. maddesine uyan suç oluşturur” görüşüne yer vermiştir. Ceza Genel Kurulu'nun çoğunluk görüşüne göre, ILO sözleşmeleri ile sendika kurma hakkı tanınmış fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmemiş, kuruluşların yasalara uymak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Bu suretle kamu görevlilerine sendikal haklar tanınmış, ancak bu hakların nasıl kullanılacağı Sözleşmeyi imzalayan Devletlere bırakılmıştır.

Çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyelerine göre, 87 No'lu sözleşmenin 3/1 ve 151 No'lu sözleşmenin 3. maddeleri gereğince, kamu görevlileri örgütlerinin kamu çalışanlarının çıkarlarını savunmak ve çalıştırmak amacıyla etkinliklerde bulunabileceği açıkça kabul edilmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında etkinliklerin kullanılmasının kamu makamlarınca engellenemeyeceği kabul edilerek kamuya karşı çalışanlar korunmuştur. Ayrıca 87 No'lu Sözleşmenin 8/2. maddesinde, kamu çalışanlarına tanınan güvencelerin iç hukukumuzdaki başka bir yasa ile engellenemeyeceği ve ILO sözleşmelerine aykırı olamayacağı belirlenmiş, 151 No'lu Sözleşmenin 4/2-b fıkrasında kamu çalışanlarının örgütünün kendi amaçları doğrultusunda düzenlemiş olduğu etkinliklere katılması nedeniyle cezalandırılmayacağı tartışmasız bir şekilde ortaya konmuştur. Bu nedenle sanıkların eylemi yasal sınırlar içerisinde kalmıştır. TCY'nın 236. maddesindeki suç, görevi terkin yasaya dayanmayan ve hak olmayan bir nedenden kaynaklanması halinde oluşur. ILO sözleşmelerinden doğan yasal bir hakkın kullanılması halinde suç oluşmaz. Sanıklar yasal bir örgüt olan KESK örgütünün mensuplarının yani sanıkların ILO sözleşmelerinden doğan haklarını almak için ve hükümetin dikkatini çekmek amacıyla düzenlenen mitinge sırf bu amaçlarını gerçekleştire-

¹⁰⁶ Y. CGK, 07.03.2000, E. 2000/4-25, K. 2000/44, YKD, C. 26, sy. 6, Haziran 2000, sh. 941 vd.

tirmek için katılmışlardır. Bunun dışında suç teşkil edecek ve mitingin amacına ters düşen bir eylemde bulunmamışlardır. Sanıkların haklı bir nedenle yasalardan doğan haklarını kullanmak için geçici olarak görevden ayrılmalarını yasaya aykırı olarak kabul etmek olanaksızdır”.

Sonuç olarak, hali hazır uygulama şartlarıyla ILO Sözleşmeleri ile çatışan TCK'nun 236. maddesinin uygulanma şartları değiştirilerek uluslararası düzenlemelere daha uygun bir norm ihdas edilmelidir. Aksi takdirde TCK'nun 236. maddesinin uygulanma imkanı ortadan kalkacak, 236. madde kapsamına giren eylemler TCK'nun 230. maddesi ile yaptırım altına alınacaktır. Oysa kamu fonksiyonlarının devamlılığının sağlanması açısından, uluslararası düzenlemelere ve iç hukuk kurallarına aykırı olarak toplu iş bırakma, iş yavaşlatma eylemlerinin yaptırım altına alınması gereği açıktır.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ, Selami;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, Emsal İçtihatlar ve İlgili Kanunlar, Ankara 1976.
- ATEŞOĞULARI, Kamil;** Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, Petrol-İş Yayın 44, İstanbul 1997
- BATUM, Süheyl;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993.
- CENTEL, Nur;** Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2001.
- CENTEL, Tankut;** Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, MESS Yayını: 299, İstanbul 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN;** Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 11. bası, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN;** Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II, 11. Bası, İstanbul 1997.
- EREM; Faruk;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, C. II, Ankara 1993.
- EREM, Faruk;** Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. III, Ankara 1985.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin;** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- ERMAN, Sahir/ÖZEK, Çetin;** Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992.
- ERSOY, Yüksel;** Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973.
- EYRENCİ, Öner;** Toplu İş Sözleşmesi Ve Grev Hakları Ve Kamu Görevlileri, in: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler Tartışmalar, Yayına Hazırlayan: Prof.Dr. Mesut Gülmez, Ankara 1992.
- FROWEIN, Jochen Abr./PEUKERT; Wolfgang;** Europaeische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl, Strassburg, Arlington 1996.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat;** Türk Ceza Kanunu Açılması, C. III, 4. Baskı, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref;** Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, in: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler Tartışmalar, Yayına Hazırlayan: Prof.Dr. Mesut Gülmez, Ankara 1992.
- GÜLMEZ, Mesut;** Sendika Hakkı ve Kamu Görevlileri, in: İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler Tartışmalar, Yayına Hazırlayan: Mesut Gülmez, Ankara 1992
- GÜLMEZ, Mesut;** Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara 1990.
- GÜLMEZ Mesut;** İnsan Haklarında Gelişmeler ILO Sözleşmelerinin Onaylanması, in: İnsan Hakları Yıllığı, C. 14, 1992.

- GÜZEL, Ali;** ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukuku, Kamu-İş, Ankara 1997.
- İÇEL, Kayıhan;** Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 1999.
- KAZANCI, Sadi;** Topluma Karşı İşlenen Suçlar, Alkan Matbaası, Ankara 1971.
- KAYA, Pir Ali;** Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Ankara 1999.
- MALKOÇ, İsmail/GÜLER, Mahmut;** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C. II, 1. Baskı, Ankara.
- MANJO,** Ceza Kanunu Şerh, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, Ankara 1978.
- MERAY, Süha;** Devletler Hukukuna Giriş, 1. Cilt, Ankara 1968.
- ÖNDER; Ayhan;** Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- ÖZEK; Çetin;** 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler, Prof.Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.
- ÖZÜTÜRK, Nejat;** Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, C. II, Ankara 1966.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık;** Türk Ceza Kanununun Yorumu, C.2, 3. Baskı, Ankara 1999.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan;** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 1. Baskı, İzmir 2000.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi;** Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki yeri Üzerine, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, (İHMD) Mayıs 1994, C. II, sy.1.

Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930 (Königl. Dekret Nr. 1398), (Çev.: Roland Riz). Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Nr. XC, Berlin 1969.