

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNSAN TİCARETİ SUÇU

DOKTORA TEZİ

Gülşah KURT YÜCEKUL

Tez Danışmanı: Doç.Dr.Ümit KOCASAKAL

ŞUBAT 2011

ÖNSÖZ

Doktora tezi olarak hazırlamış olduğum bu çalışma, kökeni 19. yüzyıl başlarına kadar dayanmasına rağmen, son on beş – yirmi yılda kayda değer bir artış ve yayılma göstererek bugün dünyada küresel boyutta bir tehdit olarak algılanan, kişileri bir ticari ilişkinin konusu haline getirmek suretiyle insan onurunun çiğnenmesine ve aynı zamanda önemli insan hakları ihlallerine neden olan insan ticareti suçunu konu almaktadır. Birinci bölümde, çok farklı yönleri olan bu konunun, yaygın biçimde kölelik olgusuyla ilişkilendirilen tarihsel gelişimi ele alınarak, nedenleri ve boyutları temelinde kriminolojik özellikleri ortaya konulmuş ve sınıraşan niteliğinden yola çıkılarak, bu suçla mücadeleye yönelik uluslararası çabaların yanısıra; kaynak, geçilen ve hedef ülkelerdeki durumu yansıtmak amacıyla insan ticareti suçuyla ilgili ulusal mevzuatlara yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümü ise, Türk hukukunda, ceza hukuku mevzuatı dışında ve bu mevzuat kapsamında, insan ticareti suçu ile ilgili düzenlemelere ve yargısal içtihatlarla ayrılmıştır.

Olgu eski olmasına karşılık, suçun mevzuatımızda düzenlenmesi oldukça yakın bir tarihte gerçekleşmiştir. İlk olarak 765 sayılı Ceza Kanunu'nda ayrı bir suç olarak öngörülen insan ticareti, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da bir takım değişikliklerle yer almıştır. Gün geçtikçe yeni biçimler alan ve özellikle organize suç örgütlerinin gelir kaynakları arasında önemli bir yer edinen bu faaliyet, uluslararası toplumun dikkatini giderek daha fazla çekmekte ve suçla mücadele açısından, ulusal düzeydeki çalışmaların yanısıra yoğun bir uluslararası çaba ortaya konulmaktadır.

Konu seçiminde beni destekleyen ve tezin hazırlanması sürecinde de bu desteğini ve katkılarını esirgemeyen tez danışmanım Doç Dr. Ümit KOCASAKAL'a teşekkürü bir borç bilirim.

Tezin yazımı sırasında karşılaştığım zorluklarda, bilgisiyle ve dostluğuyla bana büyük yardımlarda bulunan, değerli zamanından ayıran Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK'e herşey için teşekkür ediyorum.

Çalışma arkadaşlarım Dr. Güçlü AKYÜREK, Dr. Pınar MEMİŞ ve Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ'a da tez yazım sürecinde vermiş oldukları destekten dolayı teşekkürlerimi sunuyorum.

Lisans döneminde öğrencisi olduğum ve daha sonraki yıllarda birlikte çalışma şansına eriştiğim, yetişmemde büyük katkıları ve emeği olan Hocalarım Prof. Dr. Duygun YARSUVAT ve Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'a sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Tezin her aşamasında göstermiş oldukları ilgi ve yayınlanmamış Yargıtay kararlarına ulaşmam konusundaki büyük katkıları nedeniyle Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi üyesi Sayın Hamdi Yaver AKTAN'a ve tetkik hakimi Sayın Rıfat SAGÜT'e teşekkürü bir borç bilirim.

Aynı süreçte kendi tez çalışmalarını sürdüren ve Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yarattıkları çalışma ortamı ve dayanışma ruhu nedeniyle yolun büyük bir kısmını hızla almamı sağlayan Bige AÇIMUZ, Özen ÜLGEN, Hamdi Deniz Ege GÖKTUNA, Sedef KOÇ, Didem YILMAZ, Birden GÜNGÖREN ve Başak KARAMAN'a da herşey için teşekkür ediyorum.

Ayrıca, alanım dışında kalan konularda yardımlarını esirgemeyen ve sorularıma cevap vermek için zaman ayıran Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte çalıştığım meslektaşlarıma teşekkür etmek isterim.

Her zaman olduğu gibi bu süreçte de yanımda olan anneme, babama ve ağabeyime sevgileri, sabırları ve destekleri için sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Tezin yazılması aşamasına en yakın tanık olan ve sevgisiyle, sabrıyla bana daima güç veren eşime de teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	x
RESUME	xii
ABSTRACT	xviii
ÖZET	xxiii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: KAVRAM – TARİHSEL GELİŞİM – KRİMİNOLOJİK ÖZELLİKLER – ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATLARDA İNŞAN TİCARETİ SUÇU	7
I. KAVRAM	7
A. Genel Olarak	7
B. Tanım	10
C. Terminoloji	15
1. “İnsan ticareti” ve “insan kaçakçılığı” kavramları	15
2. İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı kavramlarının karşılaştırılması	19
a) İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığının ortak veya benzer yönleri	20
b) İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığının farklı yönleri	22
3. “Kaynak ülke”, “geçilen ülke” ve “hedef ülke” kavramları	25
4. “Tacir”, “istismar eden” ve “müşteri” kavramları	28
II. TARİHSEL GELİŞİM	30
A. Genel Olarak	30
B. Kölelik ve İnsan Ticareti	31
1. Kölelik	31
2. Köleliğin tanımı ve kölelik benzeri uygulamalar	37
3. İnsan Ticareti	39
a) İnsan ticaretinin ortaya çıkışı: beyaz kadın ve çocuk ticareti	39
b) İnsan ticaretinin günümüzdeki görünümü	47
c) “Modern kölelik” kavramı	50
III. İNŞAN TİCARETİ SUÇUNUN KRİMİNOLOJİK ÖZELLİKLERİ	53
A. Genel Olarak	53
B. İnsan ticaretinin sayılarla ifade edilen boyutları	54
C. Suçun İşlenmesinin Nedenleri	56
1. Sosyo-ekonomik Nedenler	57
2. Siyasi çatışmalar ve iç savaşın yarattığı koşullar	60
3. Göç Politikaları	62
D. İnsan Ticareti Suçunun Fail Bakımından Gösterdiği Özellikler	64
E. İnsan Ticareti Suçunun Mağdur Bakımından Gösterdiği Özellikler	67
F. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Yöntemler	70

IV. ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATLARDA İNSAN TİCARETİ SUÇU.....	72
A. Genel Olarak	72
B. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler	73
1. Birleşmiş Milletler	74
a) 18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretine Karşı Etkili Himayenin Sağlanmasına Dair Uluslararası Düzenleme	75
b) 4 Mayıs 1910 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılması konusunda Paris Sözleşmesi.....	76
c) 30 Eylül 1921 tarihinde Cenevre’de imzalanan Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men’ine Dair Milletlerarası Sözleşme	78
d) 25 Ekim 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme	79
e) 11 Ekim 1933 tarihli Yetişkin Kadın Ticaretinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme	81
f) 21 Mart 1950 tarihli İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin New York Sözleşmesi	82
g) 7 Eylül 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek Sözleşme	85
h) 15 Eylül 1995 tarihli Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu.....	87
i) 13 Aralık 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol	
90	
(1)Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi ile Ek Protokolün ilişkisi .92	
(2)Amaç ve Tanımlar	92
(3)Kapsam.....	94
(4)Suç haline getirme	96
(5)Mağdurlara yardım ve koruma	97
(6)İşbirliği ve diğer önlemler	98
j) 25 Mayıs 2000 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol	99
2. Avrupa Konseyi	102
a) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 6 Ekim 1987 tarih ve 1065 (1987) sayılı Çocukların Ticareti ve Diğer Yollarla Sömürülmesi ile İlgili Tavsiye Kararı	103
b) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Cinsel Sömürü, Pornografi, Fuhuş ve Çocuk ve Genç Ticareti ile İlgili 9 Eylül 1991 tarih ve R(91) sayılı Tavsiye Kararı	104
c) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 25 Eylül 1996 tarih ve 1099(1996) sayılı Çocukların Ticareti ve Diğer Yollarla Sömürülmesi ile İlgili Çözüm Önerisi	105
d) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin, Konsey Üyesi Ülkelerde Kadın Ticareti ve Kadınların Fuhşa Zorlanması ile ilgili 1325(1997) sayılı Tavsiye Kararı	107
e) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cinsel Sömürü Amacıyla İnsan Ticaretine Karşı Eylem konulu 19 Mayıs 2000 tarihli ve R (2000) 11 sayılı Tavsiye Kararı	108

f)	Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin, “Ev hizmetlilerinin köleleştirilmesi” ile ilgili 26 Haziran 2001 tarihli ve 1523(2001) sayılı Tavsiye Kararı	111
g)	Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Çocukların Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair 31 Ekim 2001 tarihli ve R(2001)16 sayılı Tavsiye Kararı ..	112
h)	Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin “Ev hizmetlilerinin Köleleştirilmesi: Kulluk, Çocuk Bakıcıları (au-pairler) ve Posta ile Sipariş Edilen Gelinler Konusundaki Tavsiye Kararı	114
i)	İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 16 Mart 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi	116
	(1) Amaçlar, Kapsam ve Ayrımcılık Yasağı.....	116
	(2) Tanımlar	118
	(3) Önleme, İşbirliği ve Diğer Önlemler.....	120
	(4) Cinsiyet Eşitliğini Güvence Altına Alarak Mağdurların Haklarını Teşvik Edecek ve Koruyacak Önlemler	121
	(5) Maddi Ceza Hukuku.....	125
	(6) Soruşturma, kovuşturma ve usul hukuku	128
	(7) Uluslararası işbirliği ve sivil toplumla işbirliği.....	129
	(8) İzleme mekanizması	130
3.	Avrupa Birliği	131
a)	Avrupa Parlamentosu.....	132
b)	Avrupa Birliği Konseyi.....	134
c)	AB Komisyonu	139
d)	10 Mart 1995 tarihli Europol Sözleşmesi	141
e)	AB Temel Haklar Şartı	142
4.	Uluslararası ve Bölgesel İnsan Hakları Sözleşmeleri	144
a)	Genel Olarak	144
b)	BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi	144
c)	AİHS	147
	(1) AİHS, madde 3	148
	(2) AİHS, madde 4	149
5.	Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Belgeleri	156
6.	Diğer belgeler.....	161
C.	Ulusal Mevzuatlar.....	162
1.	Genel Olarak	162
2.	Ülkelerin seçiminde ve gruplara ayrılmasında izlenen yöntem.....	163
3.	Kaynak Ülkelerin Kanunlarında İnsan Ticareti Suçunun Düzenlenişi	164
a)	Bulgaristan	164
b)	Çin.....	167
c)	Hindistan.....	169
d)	Estonya.....	172
e)	Rusya Federasyonu	174
f)	Moldova	177
g)	Romanya	180
h)	Ukrayna.....	184

4.	Geçilen Ülkelerin Kanunlarında İnsan Ticareti Suçunun Düzenlenişi	189
a)	Meksika.....	189
b)	Polonya	193
c)	Avusturya.....	196
d)	Slovenya.....	199
e)	Azerbaycan	201
5.	Hedef Ülkelerin Kanunlarında İnsan Ticaretinin Düzenlenişi.....	205
a)	AB Ülkeleri.....	205
(1)	Fransa	205
(2)	Almanya	210
(3)	İtalya.....	212
(4)	Belçika.....	214
(5)	Birleşik Krallık.....	217
(6)	Hollanda	221
(7)	İsveç.....	229
b)	AB dışındaki ülkeler	233
(1)	ABD.....	233
(2)	Kanada.....	236
İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇU.....		240
GENEL ÖZELLİKLER VE TARİHSEL GELİŞİM		240
I.	239	
A.	Genel Olarak	240
B.	İnsan Ticaretiyle İlgili TCK Dışındaki Düzenlemeler.....	243
1.	Anayasa.....	244
2.	2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun 245	
3.	5682 sayılı Pasaport Kanunu	248
4.	Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında 4817 sayılı Kanun	252
5.	Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında 5683 sayılı Kanun 253	
6.	5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu	256
7.	4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu.....	258
8.	1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü.....	259
9.	4857 sayılı İş Kanunu	266
10.	İnsan Ticareti Mağdurlarının Ücretsiz Tedavisine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı ile Sağlık Bakanlığı Genelgesi.....	269
11.	İnsan Ticareti Mağdurlarına Yönelik Kısa Süreli Vize ve İkamet Uygulamasına İlişkin İçişleri Bakanlığı Genelgesi.....	270
12.	İnsan Ticareti Mağdurlarının Korunmasına İlişkin İçişleri Bakanlığı Genelgesi.....	271
a)	21 Kasım 2004 tarih ve 207646 sayılı Genelge.....	271
b)	26.02.2004 tarih ve 2004/47 sayılı Genelge.....	272
c)	09.07.2004 tarih ve 129483 sayılı Genelge	272
d)	26.11.2004 tarih ve 210276 sayılı Genelge	273
e)	27.05.2005 tarih ve 96996 sayılı Genelge	273
f)	27.10.2006 tarih ve 74 sayılı Genelge.....	274

C.	İnsan Ticareti Suçuyla İlgili Tarihsel Gelişim.....	274
1.	Genel Olarak	274
2.	765 sayılı Türk Ceza Kanununun 201/b maddesinden önceki durum	275
a)	Reşit Kadın Ticaretinin Men'ine Dair 11 Ekim 1933 tarihli Uluslararası Cenevre Sözleşmesi'nin onaylanması ve 765 sayılı TCK'da yapılan değişiklik.....	275
b)	201/b maddesi eklenmeden önce ETCK'da insan ticareti fiillerinin cezalandırılması bakımından uygulanabilen hükümler	276
(1)	ETCK 179 – Hürriyeti tahdit.....	277
(2)	ETCK 188 – Cebir kullanma suçu	278
(3)	ETCK 191 – Tehdit	280
(4)	ETCK 201- Çalışma hürriyetini bozma.....	281
(5)	ETCK 313 – Cürüm işlemek amacıyla teşekkül kurma ve 4422 sayılı Kanunda düzenlenen çıkar amaçlı örgütlenme suçu.....	282
(6)	ETCK 339 vd. – Evrakta sahtekarlık.....	284
(7)	ETCK 435, 436 – Fuhşa teşvik ve fuhuş için aracılık.....	284
(8)	ETCK 456 – Kasten müessir fiil	286
(9)	ETCK 503 – Dolandırıcılık	286
c)	TCK dışındaki mevzuat kapsamında insan ticareti fiilleri bakımından uygulanabilen düzenlemeler	287
d)	Değerlendirme.....	288
3.	765 sayılı TCK'nun 201/b maddesindeki insan ticareti suçunun genel özellikleri	289
4.	5237 sayılı TCK'nun 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunun gelişimi.....	294
II.	TÜRK CEZA KANUNUNUN 80. MADDESİNDE DÜZENLENEN İNSAN TİCARETİ SUÇU.....	298
A.	Kanuni hüküm ve genel özellikler	298
B.	Korunan hukuki menfaat.....	302
1.	Kamu düzeni	304
2.	Uluslararası toplum düzeni	308
3.	Kişinin temel hak ve hürriyetleri	311
a)	Kişi hürriyeti	311
b)	Yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü.....	313
c)	Zorla çalıştırma ve angarya yasağı	314
4.	İnsan onuru.....	315
5.	Kanaatimiz	317
C.	Suçun mevzuatımızda bulunan diğer suçlardan benzer ve farklı yönleri	320
1.	Göçmen Kaçakçılığı (TCK madde 79)	321
2.	Organ ve doku ticareti (TCK madde 91)	326
3.	Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK madde 109)	330
4.	İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK madde 117)	335
5.	Dolandırıcılık (TCK madde 157, 158).....	339
6.	Fuhuş (TCK madde 227)	345
D.	Fail ve mağdur	350
1.	Fail	350
2.	Mağdur	354
E.	Konu.....	360
F.	Maddi unsur	362

1.	Araç fiiller.....	367
a)	Cebir, şiddet, tehdit ve baskı ile ilgili genel tespitler.....	371
b)	Cebir, şiddet ve baskı.....	374
c)	Tehdit.....	379
d)	Kandırmak.....	382
e)	Nüfuzu kötüye kullanmak.....	387
f)	Kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek.....	389
2.	Asıl hareketler.....	395
a)	Ülkeye sokmak veya ülke dışına çıkarmak.....	401
b)	Tedarik etmek.....	406
c)	Kaçırmak.....	409
d)	Bir yerden başka bir yere götürmek.....	412
e)	Sevk Etmek.....	414
f)	Barındırmak.....	415
3.	Netice.....	418
a)	Genel Olarak.....	418
b)	Teşebbüs.....	422
G.	Hukuka aykırılık unsuru.....	429
1.	Genel Olarak.....	429
2.	Mağdurun rızası.....	436
H.	Manevi Unsur.....	441
1.	Genel Olarak.....	441
2.	Özel kastı oluşturan maksatlar.....	447
a)	Genel Olarak.....	447
b)	Zorla çalıştırmak ve hizmet ettirmek.....	451
c)	Fuhuş yaptırmak maksadı.....	457
d)	Esarete tabi kılmak maksadı.....	462
e)	Vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadı.....	467
I.	Suçta tesir eden sebepler.....	469
J.	İçtima ve iştirak.....	473
1.	İçtima.....	473
a)	Genel Olarak.....	473
b)	Suçların Birleşmesi.....	473
	(1)Bileşik Suç.....	474
	(2)Zincirleme Suç.....	476
	(3)Fikri İçtima.....	478
c)	Cezaların Birleşmesi.....	481
2.	İştirak.....	484
K.	Yaptırım.....	488
III.	USUL HÜKÜMLERİ.....	493
IV.	İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN MİLLETLERARASI CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER.....	497
SONUÇ.....		503
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....		507
ÖZGEÇMİŞ.....		525

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ACK	:Avusturya Ceza Kanunu
AICK	:Alman Ceza Kanunu
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK.	:Avrupa Konseyi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	:Cilt
CD.	:Ceza Dairesi
CGK.	:Ceza Genel Kurulu
CMK	:Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇCK	:Çin Ceza Kanunu
Çev.	:Çeviren
dpn.	:Dipnot
E.	:Esas
EU-OJ C	:European Union - Official Journal, Information and Notices
EU-OJ L	:European Union - Official Journal, Legislation
FBI	:Federal Bureau of Investigation
FCK	:Fransız Ceza Kanunu
FEVIM-TRA	:Federal Special Prosecutor for Crimes of Violence against Women and Trafficking of Persons
GIFT	:Global Initiative to Fight Human Trafficking
GRETA	:Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings

ILO	:International Labour Organization
IOM	:International Organization for Migration
İTMHY	:İnsan Ticaretiyle Mücadele Hakkında Yasa
İTÖCFY	:İnsan Ticaretini Önleme ve Cezalandırma Federal Yasası
İTÖİTM	:Ticaretinin Önlenmesi ve İnsan Ticaretiyle Mücadele
İTÖY	:İnsan Ticaretini Önleme ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Yasası
ITPA	:Immoral Trafficking Prevention Act
K.	:Karar
KhukA	:Kamu Hukuku Arşivi
md.	:madde
no.	:numara
par.	:paragraf
R.G.	:Resmi Gazete
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
STÖ	:Sivil Toplum Örgütü
UN	:United Nations
UN GIFT	:United Nations, Global Initiative to Fight Human Trafficking
UNODC	:United Nations Office on Drugs and Crime
US	:United States
Vol.	:Volume
Yarg.	:Yargıtay
YKD	:Yargıtay Kararları Dergisi
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:Türk Ceza Kanunu
Tdk	:Türk Dil Kurumu
TIP	:Trafficking in Persons
TKK	:Tanık Koruma Kanunu
vb.	:ve benzeri

RESUME

L'objet de cette étude est le «traite des êtres humains», qui est devenu aujourd'hui l'un des problèmes le plus sensationnel rencontré par la communauté internationale. Des cas isolés de prostitution forcée concernant les femmes et les jeunes filles, s'est apparu l'un après l'autre.

Cela a attiré l'attention de la société et le problème a déjà été abordé comme «traite des blanches» ce qui a alarmé par la suite plusieurs parties du monde à la fin des XIXe et au début du XXe siècle.

Au début, il s'agissait uniquement l'«exploitation de la prostitution d'autrui» et les jeunes filles et les femmes étaient considérées comme les seules victimes.

Dès lors, étant donné que l'activité est extrêmement lucrative pour les organisations criminelles, le profil des victimes et les formes d'exploitation représente un large éventail.

ILO estime qu'entre 1995 et 2004 le nombre de victimes de trafic international et interne s'élèvent au moins 2,45 millions de personnes.

Alimenté par des diverses raisons telles que les inégalités socioéconomiques entre les pays, les problèmes causés par l'immigration, les problèmes de genre, la corruption et l'état de guerre sans fin dans certaines régions du monde, le phénomène ne cesse de croître.

Aujourd'hui, le terme «traite des blanches» est remplacé par celui de «traite des êtres humains", qui correspond mieux au phénomène, compte tenu de l'ampleur des victimes, des enfants, des hommes et femmes ou différents types d'exploitation, y compris le travail forcé, les mariages forcés, l'exploitation sexuelle et économique, etc. Comme il

s'est adapté aux changements économiques, sociologiques et juridiques et aux développements technologiques, il a maintenant un visage moderne qui est plus complexe, dangereux et sans vergogne.

La traite des êtres humains se réfère simplement à la situation d'un «humain», devenant ainsi le «sujet» d'un commerce, comme une marchandise dans un commerce. Dans le contexte de cette définition simple et générale, de nombreuses similitudes entre la traite et l'esclavage peuvent être constatés, ce qui nous conduit nous appeler "traite des êtres humains» comme «esclavage contemporain» ou la «forme moderne d'esclavage".

Toutefois, étant donné la définition de "l'esclavage" au 1er article de la Convention sur l'esclavage en 1926 comme *“l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux”*, cette définition considère que la traite des êtres humains et l'esclavage comme deux phénomènes substitution d'un autre ne peut être acceptée, au moins dans une perspective juridique.

Par ailleurs, comme une activité illégale, la traite des personnes est un problème beaucoup plus complexe par rapport à l'esclavage, qui a existé en tant qu'institution légale jusqu'au jour il a été aboli et donné une définition juridique. Pourtant, les deux institutions ont des points communs importants tels que la «domination» ou «propriété» des êtres humains et «exploitation».

Comme une question de fait, disposé comme l'un de l'exploitation des formes dans le « Protocole Visant à Prévenir, Réprimer et Punir La Traite des Personnes¹», l'esclavage est inclus dans le champ de la traite humaine. Dans ce travail, l'esclavage est abordé de façon limitée pour e une comparaison entre l'esclavage et de traite des êtres humains afin de placer la base conceptuelle de l'infraction et de présenter son développement historique.

La définition la plus répandue et largement acceptée de la «traite des personnes» en tant qu'acte illégal et punissable a été introduit par le Protocole additionnel de l'ONU (article 3, alinéa (a)). Cette définition substantielle a constitué la base pour le crime de traite

¹ Article 3, alinea (a) du Protocole Additionnel à la Convention de Nations Unies Visant à Prévenir, Réprimer et Punir la Traite des Personnes, en Particulier des Femmes et des Enfants signée en Italie en 2000. Ci-après “le Protocole Additionnel”.

des êtres humains dans le droit pénal turc. L'article 201 / B du Code pénal turc n° 765 a été largement inspiré par l'article 3 du Protocole susmentionné, ainsi que l'article 80 du nouveau Code pénal turc, n° 5237 qui est entré en vigueur le 1er juin 2005. Selon le Protocole « *l'expression "traite des personnes" désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes* ».

Les «actes», «moyens» et «les formes d'exploitation» dans cette définition peut varier dans les législations nationales des Etats parties au Protocole. Par exemple, tous les moyens (menaces, usage de la force etc.) prévues à l'article 3, alinéa (a) ne sont pas peut être prévus ou nouveaux actes ou les formes d'exploitation peuvent être introduits dans la définition légale en conformité avec les caractéristiques nationales de toute Partie de l'État. Pourtant, trois éléments de la traite des êtres humains sont fixés dans cette définition:

1- Objet (l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, travail ou services forcés, l'esclavage ou les pratiques similaires à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes),

2 - Moyens (la menace ou l'emploi de la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité ou de la donner ou de recevoir des paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre personne)

3 - action (recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes).

Pour que tout acte soit considéré comme la traite des personnes, les trois éléments - le but, les moyens et l'action - doivent coexister. La seule exception à cette règle est le cas

où la victime est un enfant, car aucun des moyens énoncés à l'alinéa (a) de l'article 3 ne doit être utilisé que si l'acte est commis contre une personne de moins de 18.

En référence à la définition du protocole additionnel, il peut être constaté qu'aucune référence directe à un commerce n'est faite par les actes inclus dans le contexte de la traite des êtres humains, comme la «vente» ou «acheter». Au lieu de cela, les actes qui appartiennent à une phase antérieure, en plaçant la personne dans une position d'exploitation qui fait que la personne concernée devient l'objet d'un commerce, sont inclus dans la définition de l'infraction. Ainsi la traite des personnes implique uniquement un service d'intermédiaire. Etre recruté, transporté, transféré, hébergé ou accueilli par des moyens différents pour des fins d'exploitation, une personne devient le sujet d'une transaction.

Le rôle du trafiquant est d'établir un lien entre les victimes et les personnes qui vont les exploiter ou de bénéficier de leurs services par le biais de ces actes. Par conséquent, aux fins d'exploitation, c'est à dire le travail forcé, prélèvement d'organes ou d'exploitation sexuelle est réalisé après la commission de l'infraction. L'exploitation devient importante car il révèle l'intention du délinquant et donc il est considéré au sein de l'élément moral du crime. Ainsi, il n'est pas nécessaire que les actes soit commis fait par l'auteur de l'infraction de traite des êtres humains. La victime peut être exploitée par l'auteur ou toute autre personne.

L'infraction, dans ce contexte, constitue avant tout un traitement inacceptable et extrêmement sévère contre un «humain» qui est complètement incompatible avec la dignité humaine. A cela s'ajoute, la violation fondamentaux tels que le droit à la liberté et la sécurité, droit à la vie ou l'interdiction de la torture et l'esclavage ou forcé du travail. des droits en ce qui concerne l'utilisation de certains moyens par le trafiquant et l'objectif de l'exploitation. Cette évaluation est également importante pour la détermination de l'intérêt juridique protégé, la raison de punir cet acte. Même si l'infraction de «traite des êtres humaines» est réglementée parmi les «infractions internationales» dans la deuxième partie du Code pénal turc (CPT), le principal intérêt juridique visés par cette disposition n'est pas «l'ordre juridique international», mais le droit de l'individu »pour agir de propos délibéré ".

En d'autres termes le droit de «déterminer son propre sort", qui devrait être considérée dans le "droit à la liberté" est protégé par l'article pertinent de CPT.

Après tout, ce n'est pas tout à fait «inapproprié» de classer cette infraction parmi les «infractions internationales». En dépit du fait que «la traite des personnes" ne peuvent pas être considérés dans le concept de «crime international», le caractère «transnational» de cette infraction crime ne doit pas être discuté. Cependant, contrairement au crime de "trafic illicite de migrants» (article 79, CCI), le caractère transactionnel de traite des êtres humains n'est pas un élément obligatoire. Ainsi, le trafic humain peut être commis à l'intérieur des frontières d'un pays, mais généralement plusieurs pays sont impliqués. Quand il est transnational, il ya toujours le «pays source», où le trafiquant recrues de la victime et le «pays de destination", où il / elle vise à exploiter la victime. Dans la plupart des cas, sur la route vers le pays de destination, un ou plusieurs pays sont passés à travers, qui sont appelés points de transit. À cet égard, il faut souligner que les mesures prises par un pays sont la plupart du temps insuffisante pour lutter efficacement contre cette infraction grave et cette lutte passe inévitablement par une approche multilatérale. En effet, conscients de ce fait, la communauté internationale a pris des mesures il ya longtemps.

Un mouvement de codification dominée par les tentatives internationales et régionales peut être constaté depuis le début du XIXe siècle, où le trafic humain était interdit sous le nom de «traite des blanches». Dans les dernières décennies de diverses organisations internationales et régionales, notamment l'ONU et le Conseil de l'Europe ont fait des efforts considérables en matière de lutte contre la traite des êtres humains. Parmi ces derniers, les recommandations, résolutions et autres documents juridiques pertinents adoptés par les organes des organisations susmentionnées tiennent une place importante. Outre le protocole additionnel de l'ONU, il ya aussi le «La convention sur la lutte contre la traite des êtres humains du Conseil de l'Europe " signée en 2005. Largement inspiré par le Protocole additionnel, ladite convention vise également à renforcer la protection offerte par cet instrument et se concentre particulièrement sur les droits de l'Homme des victimes de la traite. La Turquie est un des Etat partie aux deux instruments.

La traite des êtres humains constitue une menace grave pour la communauté internationale non seulement parce qu'elle constitue une violation des droits fondamentaux

et une négation de la dignité humaine, mais aussi il est souvent liée à la criminalité organisée. Tout d'abord, il est l'une des activités les plus lucratives des organisations criminelles. Par ailleurs, au motif que la commission de la traite exige habituellement une organisation concernant la structure complexe de la criminalité et de son caractère transnational, il est presque monopolisé par les entreprises criminelles. Le fait que le Protocole additionnel de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée peut être considéré comme une confirmation de cette relation entre le trafic et le crime organisé.

En tant que phénomène mondial, la traite des êtres humains, constitue un problème croissant pour la communauté internationale. La Turquie est dans une région où ce crime est commis sur un degré élevé. Être sur le point de passage de l'Asie, du Moyen-Orient et en Europe et certains pays voisins ex-bloc de l'Est, qui sont considérées parmi les points source principale, la Turquie semble être un pays de destination et de transit. Le besoin de main-d'œuvre bon marché et qualifiée et la demande de certains secteurs jouent un rôle important dans la commission cette activité illicite dans notre pays. Par ailleurs, la politique visant à accroître le tourisme et les revenus de la politique de non-rigides appliquées aux Républiques turcique sont réclamés à jouer un rôle dans l'augmentation de la commission de l'infraction dans ce territoire.

ABSTRACT

The subject of this study is “trafficking in human beings”, which became one of the most sensational problems faced by the international community today. Single cases of forced prostitution concerning women and young girls, coming to surface one after another drew a great deal of attention in the society and the problem was already addressed as “white slave trade” arising an alarm in several parts of the world in the late nineteenth and early twentieth centuries. In the beginning, it was all about the purpose of “exploitation of prostitution of others” and young girls and women were seen as the only victims. As an extremely lucrative activity for criminal organizations, the scope of the crime became wider in terms of victims’ profiles and forms of exploitation since then. According to ILO, the estimated number of people trafficked internationally and internally between 1995 and 2004 is at least 2.45 millions². Fed by various reasons such as socio-economic inequalities between the countries, immigration issues, gender problems, corruption and the endless state of war in certain regions of the world, the phenomenon keeps growing. Today, the term “white slave traffic” is replaced by “human trafficking”, which seems to be a better fit, considering the large scale of victims, from children to men and women or various types of exploitation, including forced labour, forced marriages, sexual and economic exploitation, etc. As a result of adapting itself to economical, sociological and legal changes and technological developments, it now has a modern face which is more complex, dangerous and shameless.

Trafficking in human beings refers simply to the situation of a “human”, becoming the “subject” of a commerce, like a merchandise in a trade. In the context of this simple and general definition, many similarities between trafficking and slavery may be identified, which even leads us to call “human trafficking” as the “contemporary slavery” or “the

² Human Trafficking: An Overview, UN.GIFT, United Nations, New York, 2008, p. 16.

modern form of slavery”. However, given the definition of “slavery” in 1st article of the Slavery Convention dated 1926³ as “*the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised*”, considering human trafficking and slavery as two phenomena substituting one another cannot be accepted, at least from a legal perspective. Besides, as an illegal activity, trafficking in persons is a much more complex issue compared to slavery, which existed as a “legal” institution till the day it was abolished and given a juridical definition. Still, it is beyond question that both has significant common points such as “domination” or “ownership” of human beings and “exploitation”. As a matter of fact, listed as one of the exploitation forms in the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons⁴, slavery is included within the scope of human trafficking. In this work, slavery is discussed to a limited extent to enable a comparison between enslavement and human trafficking to place the crime on the right conceptual basis and to present its historical development.

The most inclusive and widely accepted definition of “trafficking in persons” as an illegal and punishable act was introduced by the Additional UN Protocol (article 3, alinea (a)). This definition substantially formed the basis of the provision for the crime of human trafficking in Turkish criminal law. Article 201/b of Turkish Penal Code no. 765 was inspired on a large scale by article 3 of the above-mentioned Protocol, as well as article 80 of the new Turkish Penal Code no. 5237 which came into force on 1 June 2005. According to the Protocol; “ *‘Trafficking in persons’ shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or*

³ Slavery Convention signed at Geneva on 25 September 1926 and amended by the Protocol, New York, 7 December 1953 (http://treaties.un.org/doc/Treaties/1955/07/19550707%2000-53%20AM/Ch_XVIII_2p.pdf) (16.08.2011).

⁴ Article 3, alinea (a) of the Protocol to Prevent Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime signed in Italy on December 2000, United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, United Nations, New York 2004, p. 41-51. Hereinafter referred to as “the Additional UN Protocol”.

other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs”.

The “acts”, “means” and “forms of exploitation” specified in this definition may vary in the national legislations of the States Parties to the Protocol. For instance, not all of the means (threat, use of force etc.) set forth in article 3, alinea (a) may be included or new acts or forms of exploitation may be introduced within the legal definition in accordance with the national characteristics of any State Partie. Yet, three elements of human trafficking are fixed in this definition:

1- Purpose (the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs),

2- Means (the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person)

3- Action (recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons).

In order for any act to be considered as trafficking in persons, all three elements – purpose, means and action – should exist together. The only exception to this rule is the case where the victim is a child, since none of the means listed in alinea (a) of article 3 needs to be used if the act is committed against a person under 18.

With reference to the definition in the Additional Protocol, it can be observed that no no direct reference to a trade is made by the actions included within the context of human trafficking, like “selling” or “buying”. Instead, actions which belong to an earlier phase, and cause a person to become the subject of a trade, placing him/her to a position to be exploited are included in the definition of the crime. Thus trafficking in persons implies solely a service of intermediation. Being recruited, transported, transfered, harboured or received by different means for the purpose of exploitation, a person becomes the subject of a transaction. The role of the trafficker is to establish a connection between the victims and

the people who will exploit them or benefit their services through these acts. Therefore, the purpose of exploitation, i.e. forced labor, removal of organs or sexual exploitation is realized after the commission of the crime. Exploitation becomes important since it reveals the intention of the offender and therefore it is considered within the moral element of the crime. Thus it is not needed to be done by the perpetrator of the offence of human trafficking. The victim may be exploited by the offender or any other person.

The crime, within this context, primarily constitutes an unacceptable and extremely severe treatment against “human” which is completely incompatible with human dignity. In addition to that, regarding the use of certain means by the trafficker and the objective of exploitation, fundamental human rights are violated in most of the cases, such as right to liberty and security, right to life or prohibition of torture and slavery or forced labor. This evaluation is also important for the determination of the legal interest protected by punishing this act. Even if the crime of “trafficking in persons” is regulated under “international offences” in the second part of Turkish Criminal Code (TCC), the primary legal interest targeted by this provision is not the “international legal order”, but the right of the individual “to create his/her own free will and act in line with it”. In other words the right to “determine his/her own future”, which should be considered within the “right to liberty” is protected by the relevant article in TCC.

After all, it is not entirely “inappropriate” to include this crime in the “international offences”. In spite of the fact that “trafficking in persons” cannot be considered within the concept of “international offence”, the “transnational” character of this crime shall not be argued. However, unlike the crime of “migrant smuggling” (article 79, TCC), the transactional character of human trafficking is not an obligatory element. Thus, human trafficking can be committed within the borders of one country, but usually more than one countries are involved. When it is transnational, there is always the “source country”, where the trafficker recruits the victim and the “destination country”, where he/she aims to exploit the victim. In most cases, on the way to the destination country, one or more countries are passed through, which are called transit points. In this respect, it must be underlined that the measures taken by one country are most of the time insufficient to fight effectively against this serious crime and this struggle inevitably requires multilateral approaches. Actually, conscious of this fact, the international community took action a long time ago. A

movement of codification dominated by international and regional attempts can be observed since the early nineteenth century, where human trafficking was banned under the name of “white slave trade”. In the last decades various international and regional organizations, particularly UN and the Council of Europe have been making considerable efforts concerning the fight against human trafficking. Among these, the recommendations, resolutions and other relevant legal documents adopted by the organs of the above-mentioned organizations take an important place. Besides the Additional UN Protocol, there is also the “Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings” signed in 2005. Largely inspired by the additional Protocol, this Convention also seeks to strengthen the protection afforded by this instrument and focuses particularly on the human rights of victims of trafficking. Turkey is a State Party to both instruments.

Trafficking in human beings constitutes a serious threat to international community not only because it is a violation of basic human rights and a denial of human dignity but also it is often linked to organized crime. First of all it is one of the most lucrative activities of criminal organizations. Furthermore, on the grounds that the commission of trafficking usually requires an organization regarding the complex structure of the crime and its transnational character, it is almost monopolized by criminal enterprises. The fact that the UN Protocol supplements the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime can be deemed as a confirmation of this relation between trafficking and organized crime.

As a worldwide phenomenon, trafficking in human beings, constitutes a growing problem for the international community. Turkey is in a region, where this crime is committed on a high degree. Being on the crossing point of Asia, Middle East and Europe and neighbouring certain ex-Eastern Block countries, which are considered among the main source points, Turkey appears to be a destination and transit country. The need for cheap and qualified labour force and the demand for certain sectors play an important role in this illicit activity going on in our country. Moreover, the policy aimed at increasing tourism incomes and the non-rigid policy applied to Turcic Republics are claimed to play a part in the increase of the commission of the crime in this territory.

ÖZET

Çalışmanın konusunu oluşturan insan ticareti suçu, ilk ortaya çıktığı dönemlerden bugüne, hem mağdurların profili hem de sayısı bakımından giderek genişleyen bir nitelik kazanmış ve bugün toplumun karşılaştığı en karmaşık ve sansasyonel sorunlardan biri haline gelmiştir. Bu suç tipi, başta yalnızca fuhuş yaptırmak maksadı üzerine vurgu yapılmış olmakla birlikte, 19. yy. sonlarından itibaren varlığını hissettirmiş ve çok büyük kazanç getiren bir faaliyet olarak, özellikle dünyadaki sosyo-ekonomik eşitsizliklerin artması ve göç meselesi, cinsiyet sorunu, yolsuzluk, çeşitli bölgelerdeki sürekli savaş hali gibi nedenlerle beslenerek gün geçtikçe daha da yaygınlaşmıştır. 1900’lerin başlarında “beyaz kadın ticareti” adı ile anılan suçun kapsamı giderek hem mağdurlar hem de yöneldiği istismar biçimleri yönünden genişlemiş; toplumların ekonomik ve hukuki yapılarında meydana gelen değişimler ve teknolojidaki ilerlemelere ayak uydurması sonucunda bugün “insan ticareti” olarak adlandırılan modern biçimine kavuşmuştur.

İnsan ticareti suçu, özünde bir insanın, ticari bir ilişkinin konusu haline getirilmesini, diğer bir ifadeyle bir ticari eşya, meta gibi alışverişe konu edilmesini ifade eder. Bu yalın tanımıyla, “kölelik” kurumuna benzeyen pek çok özellik içermektedir. Hatta olgunun, bugün, “çağımızın köleliği”, “modern kölelik” ya da “köleliğin modern biçimi” gibi isimlerle anılması çok yaygındır. Bununla birlikte, 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme’de köleliğin; “üzerinde mülkiyete bağlı erk ve yetkilerin kısmen ya da toplu olarak kullanıldığı bir kişinin statüsü ya da durumu” olarak tarif edildiği göz önüne alındığında, kölelik ve insan ticaretini, biri diğerinin yerine geçen olgular olarak kabul etmek, en azından hukuki açıdan doğru bir tespit olmayacaktır. Herşeyden önce, yasaklanarak bir hukuki tanıma kavuşturulduğu güne kadar “yasal” bir kurum olarak varlığını sürdüren kölelik karşısında, başından itibaren “yasadıışı” bir konuma sahip olan insan ticareti, bu özelliği itibariyle çok daha karmaşık bir fiili ifade eder. Ancak, her iki

faaliyetin, kişinin indirgendiği konum ve istismara konu olmaları yönünden çok büyük benzerlikler taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim “köleliğe veya kölelik benzeri uygulamalara tabi kılma”, insan ticareti suçunun yöneldiği istismar biçimlerinden birini teşkil etmekle, esasında bu suçun kapsamına dahil edilmiş bir kavramdır. Çalışmada öncelikle suçu, kavramsal olarak doğru bir zemine yerleştirmek ve tarihsel gelişimini ortaya koyabilmek amacıyla kölelik ve insan ticareti arasında bir karşılaştırmaya imkan verecek ölçüde kölelik konusuna değinilmiş ve “modern kölelik” yaklaşımının eleştirel bir değerlendirmesi yapılmıştır.

İnsan ticaretinin cezalandırılabilir bir fiil olarak, ceza hukuku anlamında bugün en kapsayıcı ve en geniş kabul gören tanımı, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek 2000 tarihli İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol’de yapılmıştır. Gerek 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK), gerekse 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) insan ticareti suçunun düzenlenmesinde bu belgenin 3. maddesindeki insan ticareti tanımı esas alınmıştır. Buna göre; “*kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak üzere ödeme yapmak veya kazanç veya çıkar sağlamak ya da kendisine yapılan ödemeleri veya kazançları kabul etmek yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması*” insan ticaretidir. Aynı maddede, istismar teriminin; “*asgari olarak, başkalarının fuhşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içereceği*” belirtilmiştir.

Protokole taraf olan çok sayıda Devlet, bu tanımda yer alan araçları, hareketleri ve istismar biçimlerini ulusal mevzuatlarında çeşitli şekillerde yansıtabilmektedirler. Örneğin, araç fiillerden bazılarında yer verebilmekte, burada öngörülmeven bazı hareketleri suç tanımı içerisine dahil edebilmekte ya da yerel özelliklere göre farklı istismar biçimlerini öngörebilmektedirler. Ancak Protokolde yer alan bu tanımla, içerikleri farklılık gösterse de, insan ticareti suçunun dayandığı üç unsur ortaya konulmakta ve fiilin özellikleri de buna göre tespit edilmektedir. Bunlar:

1- Amaç (başkalarının fuhşunun istismarı, cinsel istismarın diğer biçimleri, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete, köleliğe veya kölelik benzeri uygulamalara tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak),

2- Araç (kuvvet kullanma, kuvvet kullanma tehdidi, diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, çaresizlikten yararlanma, başkaları üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak üzere ödeme yapmak veya kazanç veya çıkar sağlamak ya da kendisine yapılan ödemeleri veya kazançları kabul etmek)

3- Eylem (tedarik etmek, bir yerden bir yere taşımak, devretmek, barındırmak, teslim almak), unsurlarıdır.

İnsan ticaretinin söz konusu olabilmesi için amaç, araç ve eylem unsurları bir arada olmalıdır. Bunun tek istisnası, fiilin 18 yaşından küçük bir kimseye, yani bir çocuğa yönelmesi halinde araç fiillere başvurulmuş olmasının aranmamasıdır.

Böylece aslında, doğrudan bir “ticaret”i ifade eden almak ve satmak gibi hareketlerin değil de, ticaretten önceki bir aşamada gerçekleşen, kişinin bir ticaretin konusu haline getirilmesi sonucunu doğuran ve onu istismar edilecek konuma indirgeyen hareketlerin insan ticareti suçu kapsamında kabul edilmesi söz konusudur. Buradan hareketle, insan ticaretinin, yalnızca bir “aracılık faaliyeti”ni ifade ettiği görülmektedir. Kişiler, iradelerini sakatlayan veya ortadan kaldıran bir takım araçlarla uslandırılmak ya da direnmeleri engellenmek suretiyle çeşitli biçimlerde istismar edilmek üzere tedarik edilmekle, nakledilmekle, sevk edilmekle, devredilmekle veya barındırılmakla ticaretin konusu haline getirilmektedirler. İnsan taciri, bu fiillerle suçun mağduru ile onu istismar edecek ya da istismar konusu hizmetlerinden yararlanacak kişiler arasındaki bağlantıyı kurmakta, bu yönden bir aracı olarak hareket etmektedir. Bu bakımdan, istismar maksatlarının gerçekleştirilmesi, yani örneğin, kişinin fuhşunun sömürülmesi, zorla çalıştırılması ya da organlarının alınması insan ticareti suçunun işlenmesinden sonraki aşamaya ilişkin olmaktadır. Bunların fiil ile bağlantıları yalnızca manevi unsur içerisinde, failin saikini oluşturmaları yönündendir. Yoksa istismarın bizzat suçun faili tarafından gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Bununla birlikte, kişiyi bu maksatlarla tedarik eden, nakleden ya da barındıran kişi aynı zamanda onu, bu maksatları gerçekleştirmek suretiyle

istismar da edebilir. Ancak bu durumda, insan ticareti suçunun yanında, belirtilen maksatların ceza kanunundaki diğer normları ihlal etmeleri ölçüsünde başka bir takım suçların oluşması da söz konusu olacak ve bunların ilgili oldukları suçlarla insan ticareti suçu arasında gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.

Bu şekilde tanımlanan fiil, öncelikle, konusunu oluşturan “insan”a yönelik son derece ağır, insan onuru ile bağdaşmayan, kabul edilemez bir muameleyi içermektedir. Ayrıca, maddi unsurun bünyesinde “araç fiilleri” içermesi ve fiilin çeşitli istismar maksatlarına yönelmesi nedeniyle, insanın bir takım temel haklarının ihlali de söz konusu olmaktadır. Bunlar arasında kişi hürriyeti ve güvenliği kapsamındaki “hareket serbestisi” ve iç hürriyeti, yani irade serbestisi, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı kapsamında vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı, işkenceye ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi olmama hakkı sayılabilir. Bu tespit, suçla korunan hukuki menfaatin belirlenmesi yönünden de önem taşımaktadır. Her ne kadar TCK’da, insan ticareti suçu ikinci kitapta, birinci bölümde “uluslararası suçlar” arasında düzenlenmiş olsa da, suçla korunan asıl hukuki menfaatin uluslararası toplum düzeni değil, kişi özgürlüğü kapsamında değerlendirilen “bireyin serbestçe irade oluşturma ve bu irade doğrultusunda hareket etme” özgürlüğü, diğer bir ifadeyle “kendi geleceğini tayin etme” hakkı olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte, insan ticareti suçunun, TCK’da “uluslararası suçlar” arasında düzenlenmiş olması tamamen yersiz de değildir. Her ne kadar “uluslararası suç” kavramı içerisinde değerlendirilemese de, insan ticareti “sınıraşan” niteliğe sahip bir fiildir. Ancak yine aynı bölümde 79. maddede düzenlenen “göçmen kaçakçılığı” suçundan farklı olarak, insan ticaretinin sınıraşan şekilde işlenmesi, onun zorunlu bir unsuru değildir. Diğer bir ifadeyle, suç tek bir ülkenin sınırları içinde de işlenebilir. Ancak çoğunlukla birden fazla ülkeyi içine alacak şekilde işlendiği görülmektedir. Bu özelliği nedeniyle, tek bir Devletin fiile müdahalesi genellikle yeterli olmamakta, bu suçla mücadele çok taraflı yaklaşımları zorunlu kılmaktadır. Nitekim insan ticaretinin “beyaz kadın ticareti” adıyla yasaklandığı ve cezalandırılmak istendiği daha 19. yüzyıl sonlarından itibaren uluslararası toplumun birlikte hareket etme eğiliminde olduğu, hatta daha ziyade uluslararası ve bölgesel girişimlerin yön verdiği bir kanunlaştırma hareketinin bulunduğu dikkati çekmektedir. Bu amaçla başta BM ve Avrupa Konseyi olmak üzere, çeşitli uluslararası ve bölgesel kuruluşların insan

ticaretiyle mücadeleye odaklanan çalışmalar yaptıkları, çeşitli tavsiye kararları, çözüm önerileri ve diğer hukuki belgeleri kabul ettikleri görülmektedir. Bunlar arasında Türkiye'nin de taraf olduğu; İnsan Ticaretinin Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına Dair Ek Protokol ile 2005 tarihli "İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi (AK) Sözleşmesi" en önemli yere sahip iki belgedir.

Suçun bir başka özelliği daha vardır ki, uluslararası toplum düzeni bakımından ağır bir tehlike teşkil etmesine yol açar. Bu da insan ticareti suçunun örgütlü suçluluk ile olan bağlantısıdır. Bu bağlantı iki yönlüdür. İlk olarak, insan ticareti suçu, bizatihi çok yoğun bir şekilde örgütlü olarak işlenmekte, hatta neredeyse suç örgütlerinin tekelindeki bir faaliyeti teşkil etmektedir. Diğer taraftan, suç örgütlerinin, başka bir takım suçların işlenmesi için büyük kazanç getiren bir faaliyet olarak insan ticareti suçuna yöneldikleri görülmektedir. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Protokol'ün, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek olarak hazırlanmış olması, ikisi arasındaki bu bağlantıyı teyit eder niteliktedir.

Suçun sınıraşan niteliği, bu suçla mücadele bakımından bir ülkenin aldığı yasal ve benzeri tedbirlerin, bir başka ülke yönünden de önemli sonuçları olmasına neden olmaktadır. Bu özelliğin yarattığı kendine özgü bir terminoloji içerisinde "kaynak ülke"de, "geçilen ülke"de ve "hedef ülke"de suçun önlenmesi, faillerin yakalanması ve cezalandırılması için ne gibi tedbirlerin öngörüldüğü önem kazanmaktadır.

Bu nedenlerle, insan ticareti suçuna ilişkin uluslararası düzenlemelerin ve çeşitli ulusal mevzuatlarda bu suçu düzenleyen hükümlerin incelenmesi, bu çalışma içerisinde çok büyük bir öneme sahiptir. Ulusal mevzuatların incelenmesi yönünden, seçilen ülkeler, bu suçtan ağırlıklı olarak etkilenme biçimlerine göre kaynak ülkeler, geçilen ülkeler ve hedef ülkeler şeklinde gruplandırılmıştır. Bu gruplandırma, özellikle bazı yönlerden önem kazanmaktadır. Örneğin, böyle bir ayırım, insan ticareti suçunun mağduru olan kişilerin, tacirlerin eline düşmeden önce yaşadığı veya vatandaşı olduğu ülke olarak tanımlanabilecek "kaynak ülkeler" arasında Hindistan, Estonya, Çin ve Ukrayna gibi bazı ülkelerde, doğrudan insan ticaretini cezalandıran veya bu fiilleri işleme biçimleri ya da sömürü türleri yönünden kapsayan yeterli yasal çerçevenin bulunmadığı biçimindeki saptamayı yapmayı mümkün kılmaktadır. Geçilen ülkeler yönünden 2010 yılında yapılan değişikliğe

kadar Polonya’da ve Meksika’da benzer bir eksikliğin bulunduğu tespit edilebilmektedir. Bu nedenle, ulusal mevzuatlar bakımından her üç grubu da temsil edecek bir çeşitliliğe yer verilmesi önemli görülmüştür. Yine suçun, çeşitli ülkelere göre nasıl biçimler alabildiği, bazı istismar biçimlerinin kültür ve coğrafya tanımadığı, ya da ilgili ülkenin özelliklerine göre farklı istismar biçimlerinin ortaya çıkabildiğini göstermek bakımından da ulusal mevzuatlarla ilgili bir çeşitliliğin bu çalışma içerisinde yansıtılmasına özen gösterilmiştir. Gerek bu sınıflandırma, gerekse daha fazla sayıda ülkeden örnekler verilebilmesi amacıyla çeşitliliğin üzerinde durulması, bu incelemenin, insan ticareti suçunun TCK’nın 80. maddesi çerçevesinde unsurlarının incelendiği kısımdan ayrı bir bölüme yerleştirilmesini zorunlu kılmıştır. Buna karşılık bu metodun bir yararı, çeşitli ülkelerle ilgili olarak suçla ilgili soruşturmalara, yargılamalara ve mahkûmiyetlere ilişkin istatistiklere yer verilerek, dünya genelindeki tablonun ortaya konulmasına imkân verebilmesidir.

Çalışmanın ikinci bölümü Türk hukukunda insan ticareti suçuyla ilgili düzenlemelere ayrılmıştır. Suçla mücadelenin yalnızca ceza hukuku araçlarına dayanmaması ve fiilin çok çeşitli yönleri olması nedeniyle insan ticaretine ilişkin TCK dışında kalan mevzuatın da ele alınması gerekli görülmüştür. Bu kapsamda, Anayasanın, iş kanununun, konuyla ilgili sağlık mevzuatının, yabancılar ve göçle ilgili mevzuatın, insan ticaretiyle ilgili çeşitli organlar tarafından yayınlanan genelgelerin incelenmesine çalışılmıştır. Ayrıca, 5237 sayılı TCK’nın 80. maddesinde yer alan mevcut düzenleme yürürlüğe girene kadarki gelişim, ETCK’ya bu fiili cezalandırmak amacıyla 201/b maddesinin eklenmesinden önceki dönemden başlayarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu incelemenin, Türk ceza hukuku sistemi içerisinde bu suçun hangi amaçla düzenlendiğini, hangi suçlarla bağlantılı olabileceğini ve mevcut düzenlemenin yeterli olup olmadığını değerlendirebilmek ve ortaya koyabilmek bakımından yararlı olacağı düşünülmüştür. İkinci bölümün devamında ise TCK’nın 80. maddesinde yer alan suçun unsurları incelenmiştir. Bu kapsamda yapılan incelemenin ortaya koyduğu sonuçlar bakımından birkaç önemli saptamada bulunmak mümkündür. İlk olarak fiilin yöneldiği maksatlar bakımından 2006 yılında yapılan değişikliğe kadar “fuhuş yaptırmak” maddede yer almamış olduğundan, Türkiye’de insan ticareti suçunda en fazla görülen istismar biçiminin kapsam dışı bırakılması söz konusu olmuştur. Bu tarihe kadar, insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilemeyen fiillerin büyük bir kısmının “fuhuş” ile ilgili suçlar çerçevesinde

(ETCK 436) ve yerine göre “hürriyeti tahdit” kapsamında cezalandırılma eğiliminin bulunduğu görülmüştür. Neyse ki 2006 yılında 5560 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme sonucunda “fuhuş yaptırmak”, maksatlar arasında sayılarak bu önemli eksiklik giderilmiştir.

Bundan başka Ek Protokolde ve İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi’nde yer alan iki önemli hareket biçiminin kanunumuzda yer almamış olması büyük bir eksiklik olarak tespit edilmiştir. Bunlar “devretmek” ve “teslim almak” hareketleridir. İnsan ticareti suçunda mağdurun kabul edilmesi veya teslim alınması, maddede sayılan hareketlerin sonucunda hemen her zaman gerçekleşen, çok temel hareketleri teşkil etmektedir. Bu nedenle suç kapsamında yer alması gereken bir fiilin çoğu zaman cezasız kalması sonucu ortaya çıkmaktadır. Devretmek ise, suç kapsamında 80. maddede sayılan diğer hareketlere kıyasla “ticarete” en yakın kavram olarak, el değiştirmeyi ifade eden bir harekettir. Bu hareketin de kanun hükmünde yer almaması önemli bir eksikliktir.

Bunlardan başka Ek Protokolde AK Sözleşmesinde araç fiiller arasında; *“kişinin çaresizliğinden yararlanmak veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlamak”*tan söz edilmektedir. Özellikle denetim yetkisine sahip kişilerin hareket tarzı bakımından TCK madde 80 ile Ek Protokolün 3. maddesindeki düzenleme önemli farklılıklar içermektedir. Protokolde kastedilen, bir kimsenin üzerinde denetim kurduğu kişinin, yani mağdurun rızasını elde etmek değil, kazanç veya çıkar sağlayarak veya bunun için vaatte bulunarak mağdur üzerinde denetime sahip olan kimselerin rızasını elde etmektir. Örneğin, kurumda çalışan sosyal hizmet görevlisinin para karşılığında, çocukların zorla çalıştırılmak amacıyla Adana’dan İstanbul’a götürülmesine rıza göstermesi, Ek Protokolde belirtilen araca başvurulduğu bir örnek teşkil etmektedir. 80. maddede ise bunun karşılığı olarak yer verilen araç fiil “kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanarak rızalarını elde etmek” biçiminde olduğu için, aynı örnek bakımından sosyal hizmet görevlisinin çocukların rızasını elde etmesi yeterli sayılacaktır. Doktrinde bu durumun bir çeviri hatasından kaynaklandığını kabul eden görüşler bulunmaktadır. Gerçekten de, Ek Protokolde düzenlenen şekliyle bu araç fiil insan ticareti suçunda sıklıkla başvurulan bir yöntemi teşkil etmektedir. TCK’daki ifade bu durumu yansıtamadığı için, önemli bir eksikliğe neden olmaktadır. Bugünkü düzenlemeye göre, mağdur üzerinde denetim yetkisi olanların

mağdurun rızasını elde etmeleri, geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği için mümkün değildir.

Son olarak suçun yaptırımına ilişkin bazı eleştirilerde bulunmak mümkündür. İnsan ticareti suçu için TCK'nın 80/1. maddede öngörülen yaptırım, sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasıdır. Mevcut düzenleme ele alındığında, suçun yaptırımının çok ağır olduğu göze çarpmaktadır. Ayrıca suçun cezasının ağırlaştırılmasını gerektirecek hiçbir nedene yer verilmemiştir. Oysa yaptırım yönünden en azından; hapis cezasının alt sınırı azaltılmak ve suçta bir takım ağırlaştırıcı hallere yer verilmesi suretiyle, fiilin ağırlığı ile orantılı biçimde kademeli olarak artan bir cezanın öngörülmesi daha yerinde olacaktır. Böylece, hakime, somut olayın özelliklerine göre 61. maddede sayılan hususları dikkate alarak alt ve üst sınırlar arasında bir ceza tayin edilmesi yönünden daha geniş bir hareket alanının tanınması mümkün olacaktı. Mevcut sistemde, örneğin suçun, tek bir fiille birden fazla mağdura karşı işlenmesi halinde, ceza en alt sınırdan verilse dahi, temel ceza tayin edilirken, 43/2. maddeye göre, dörtte birinden dörtte üçüne kadar kişi sayısınca artırım yapılacak ve çok ağır yaptırımlara hükmedilebilecektir.

GİRİŞ

İnsan ticareti, ilk ortaya çıktığı dönemlerden bugüne, hem mağdurların profili hem de sayısı bakımından giderek genişleyen bir nitelik kazanmış, ulusal planda olduğu kadar uluslararası boyutta da tehlike teşkil eden, organize suç örgütlerine ciddi bir ekonomik kaynak sağlayan önemli bir sorun haline gelmiştir. Bugün toplumun karşılaştığı en karmaşık ve sansasyonel insan hakları sorunlarından birini teşkil eden insan ticaretinin, uluslararası suç faaliyetleri içinde uyuşturucu ve silah kaçakçılığından sonra ikinci sırada geldiği kabul edilmektedir⁵.

Suç, hukuki boyutunun ötesinde, en başta insanın onuruna ve saygınlığına bir saldırı teşkil etmektedir. Bugün hangi tanım kabul edilirse edilsin, eylemin özünde insanın, cansız bir nesne, bir ticari meta gibi bir alışverişin konusu haline getirilmesi yatmaktadır. Modern insan hakları teorisinin temelini oluşturan ve insanın doğuştan sahip olduğu temel hakları kapsayıcı bir çatı olarak kabul edilen “insan onuru”nun tamamen yok sayılması sonucunu doğuran bu uygulamanın, genel anlamda insanlığın ve dolayısıyla bütün toplumların ortak bir sorunu olarak algılanması gereklidir. Bu noktada, suçun işlenmesinde başvurulan yöntemler ve ticaretin sonucunda bireyin maruz kaldığı uygulamalar nedeniyle bir çok temel insan hakkının ayrı ayrı ihlalinin de söz konusu olduğu belirtilmelidir. Bunların başında genel olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği, vücut

⁵ Paul Holmes, Trafficking in Persons Global Briefing, IOM Counter-trafficking Law Enforcement Consultant, IOM Counter-trafficking Training, Washington, DC, October 2003'den aktaran: ENGLE, Lauren B., The World in Motion, Short Essays on Migration and Gender, International Organization for Migration, Geneva 2004, s. 53.

bütünlüğü, işkence ve onur kırıcı muameleye tabi olmama hakkı ve zorla çalıştırılma yasağı gelmektedir. Bu yönüyle, mesele aynı zamanda bir insan hakları sorunu olarak algılanmaktadır. Bu nedenle Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler başta olmak üzere birçok uluslararası ve bölgesel kuruluş, uzun yıllar, kadın ve çocukların cinsel istismar maksatlı ticareti temelinde sorunun bu boyutuna ağırlık veren çalışmalar yapmışlar, son onbeş-yirmi yıllık bir zaman dilimi içinde ise diğer istismar türlerini de içerecek şekilde konuyu ele almaya başlamışlardır.

İnsan ticareti birçok yönü olan bir faaliyet olduğundan, çok çeşitli açılardan ele alınabilir. Kaldı ki, bu fiili daha iyi anlayabilmek ve onunla daha etkili bir biçimde mücadele edebilmek için, sorunun bütün bu açılardan ortaya konulmasına ihtiyaç da bulunmaktadır. Gerçekten de insan ticareti; ahlaki yönüyle, ceza hukuku yönüyle, göç sorunu açısından, insan hakları boyutuyla, kamu düzenine aykırı bir faaliyet olarak, bir işgücü ya da emek sorunu olarak ve cinsiyet sorunu yönleriyle ortaya konulabilir. Bu çalışmada, asıl olarak insan ticaretinin “ceza hukuku yönünün” incelenmesi amaçlanmış ve çalışmanın kapsamını da buna göre sınırlama zorunluluğu içerisinde hareket edilmiştir. İnsan ticaretinin diğer görünümlerine ise, konuya ışık tutacak ve bu olguyu daha iyi anlayarak değerlendirme yapmaya hizmet edecek ölçüde kısıtlı olarak değinilmiştir.

Fiilin, özellikle ekonomik ve sosyolojik yönlerinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Nitekim insan ticareti, pek çok farklı bileşenin sonucunda ortaya çıkan, karmaşık bir yapıya sahip bir suç tipidir. Özellikle, göç olgusu, yoksulluk, küreselleşme, ayrımcılık, yolsuzluk, silahlı çatışmaların ve siyasi karışıklıkların yarattığı sorunlar, ülkelerin katı sınır politikaları ve vize uygulamaları gibi çok çeşitli etkenlerin suçun işlenmesini hazırlayan nedenler olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Failleri bu suçu işlemeye yöneltten saikler, mağdurları savunmasız hale getiren ve tacirlerin eline düşüren nedenler, suçun işlenmesini hazırlayan, kolaylaştıran, insan ticareti fiillerinin artmasında ve yaygınlaşmasında rol oynayan faktörler de, bu kapsamda ele alınması gereken konulardır. Suçu doğru bir bağlama yerleştirmek, boyutlarını tespit edebilmek ve ortadan kaldırmak için bütün bu yönlerinin araştırılması gereklidir. Suçun kriminolojik özellikleri başlığı altında toplanabilecek bu konulara çalışmamızın kapsamı içerisinde, birinci bölümde yer vermeye çalışılmıştır.

Bir sorunla mücadele etmek için ilk adım, onu doğru bir şekilde tanımlamak ve benzer yasadışı faaliyetlerden ayırıcı özelliklerini tespit etmektir. İnsan ticareti suçu yönünden bu anlamda karşılaşılan en büyük zorluklardan biri, göçmen kaçakçılığı ile taşıdığı benzer nitelikler nedeniyle bu iki faaliyetin birbirine karıştırılmasıdır. Bu suçlar birbiriyle karşılaştırıldığında, her ikisinin de sınıraşan nitelikte işlenmesi ve örgütlü suç gruplarının faaliyet alanlarını teşkil etmeleri birer benzerlik olarak ortaya çıksa da; özellikle insan ticaretinde, mağdurların iradelerini zorlamaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik araçlara başvurulması ve istismar maksadıyla işlenmesi, bu suçu, göçmen kaçakçılığından kesin bir biçimde ayıran unsurlardır. Çalışmanın başında, bu ayırımı gerçekleştirebilmek amacıyla “terminoloji” başlığı altında iki faaliyetin bir karşılaştırmasına yer verilmiştir.

İnsan ticareti, kişinin çeşitli biçimlerde sömürülmesi ya da istismar edilmesi suretiyle kazanç elde etme amacına yönelik bir eylemdir. Bu sömürü biçimleri dünyanın birçok yerinde, ekonomik, sosyolojik ve kültürel özelliklere göre farklılık gösterebilmektedir. Bu farklılıkların yanında, hemen her ülkede görülen bazı temel istismar şekilleri ise işgücünün istismarı, cinsel istismar, köleliğe veya köleliğe benzer uygulamalara tabi kılmak ve vücut organlarının verilmesini sağlamaktır. Bunlar arasında özellikle cinsel istismar ve işgücünün istismarı, diğerlerine göre daha yaygın olarak ortaya çıkabilmektedir. Özellikle başkalarının fuhşunun sömürülmesi amacıyla kadın ve çocukların ticarete konu olması, tarihsel süreç içerisinde insan ticaretinin en fazla ortaya çıkarılan ve üzerinde durulan yönü olmuştur. Nitekim on dokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren uluslararası toplumu meşgul eden ve uluslararası düzenlemelere konu olan mesele, suçun, “beyaz kadın ticareti” adıyla da anılan bu şekli olmuştur. Bunda, belirtilen dönemlerdeki uluslararası fuhuş ağlarının yaygınlığı ve fuhşun daha kolay ortaya çıkarılan bir faaliyet olmasının yanısıra; köleliğin bir tortusu olarak sömürgeciliğin de etkisiyle, zorla çalıştırma teşkil eden uygulamaların tamamen yasaklanmasının daha fazla zaman alması bir etken olarak kabul edilebilir. Bu durum, uzun yıllar, insan ticaretinin tek boyutlu olarak algılanmasına neden olmuştur. Suçun yöneldiği istismar biçimlerinin bugünkü kapsamıyla ele alınabilmesi için neredeyse bir asırlık bir sürenin geçmesi gerekmiştir. Nihayet, 2000 yılında, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk

Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'un⁶ kabul edilmesiyle, yöneldiği maksatlar itibariyle, yukarıda belirtilen temel sömürü biçimlerini içeren kapsamlı bir tanım, uluslararası mevzuatta ilk kez kabul edilmiştir.

Sınıraşan niteliği nedeniyle birden fazla ülkeyi ilgilendirmesi, örgütlü suçlulukla bağlantısı ve insan hakları temelinde bir yaklaşımı gerektirmesi gibi özelliklerinden dolayı, insan ticaretiyle mücadelede odaklanan uluslararası çabalar günden güne artmaktadır. Bu nedenle konuyla ilgili kaynaklar arasında, uluslararası ve bölgesel nitelikteki kuruluşlar tarafından hazırlanan Sözleşmeler, tavsiye kararları ve çözüm önerilerinin önemli bir yeri bulunmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde bu belgelerin önemli bir kısmına yer verilmektedir.

Yine, sınıraşan nitelikte işlenen bir suç olması karşısında; bir ülkenin, suçun önlenmesi, faillerin yakalanması ve cezalandırılması gibi konularda, kısacası suçla önleyici ve bastırıcı nitelikte etkili mücadele konusunda tek başına hareket etmesi neredeyse hiçbir zaman istenilen sonucu verememektedir. Bu nedenle, başta sınır komşuları ve kaynak ülkeler olmak üzere, diğer ülkelerin bu suçla ilgili mevzuatları ve her türlü girişimleri, ülkemiz açısından da büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada, söz konusu bağlantılar nedeniyle, diğer ülkelerin mevzuatlarının; kaynak ülke, geçilen ülke ve hedef ülke olarak konumları esas alınarak yapılan sınıflandırma çerçevesinde olabildiğince geniş bir kapsamla ele alınmasına önem verilmiştir.

Türkiye, bu suçun yoğun olarak işlendiği bir bölgede, doğal rotalardan birisi üzerinde bulunmaktadır⁷. Asya, Ortadoğu ve Avrupa kavşağında bulunan ve kaynak ülkelerin başında gelen eski Doğu Bloğu ülkelerinin birçoğu ile komşu olan ülkemizin coğrafi konumu, onu bazı ülkeler karşısında hedef, bazıları bakımından ise geçilen ülke konumuna getirmektedir. Ülkemizde ucuz ve nitelikli iş gücüne olan ihtiyacın ve başta fuhuş olmak üzere bazı sektörlerle olan talebin, insan ticaretinde önemli rol oynadığı görülmektedir. Ayrıca, Türkiye'nin turizm gelirlerini artırmaya yönelik politikası ve

⁶ Bundan böyle "İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol" olarak anılacaktır.

⁷ YENİDÜNYA, Caner, İnsan Ticareti Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 2.

Türk Cumhuriyetleriyle ilişki geliştirme kapsamında uyguladığı gevşek vize politikasının, suçun yaygın olarak işlenmesinde etkili olduğu ileri sürülmektedir⁸.

Bu suçla mücadele için Türkiye'deki yasal düzenlemelerin yetersizliği karşısında, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol doğrultusunda, 2002 yılında 765 sayılı Kanunda (ETCK) yapılan değişiklik ile suçun özel olarak düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Bu düzenlemeden önce fiilin ancak başka suçlarla örtüştüğü ölçüde cezalandırılması mümkün olmaktadır. 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da, bu suç eski düzenlemeyle büyük ölçüde örtüşen bir biçimde düzenlenmiştir. Türkiye'de, özellikle Ek Protokol'e taraf olunmasından itibaren, insan ticareti suçuyla mücadele için, birçok çalışma yapılmaya başlanmıştır. Uygulamada en yüksek verimi alabilmek için, bu konuda görevli aktörlerin eğitimine de önem verilmekte⁹ ve Ceza Kanunu dışındaki yasal mevzuat yenilenerek geliştirilmektedir. Nitekim bu suçla mücadelenin, yalnızca ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesi yoluyla gerçekleştirilmesine olanak yoktur. Bu amaca ulaşmak için bütünsel bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Konunun çeşitli boyutlarıyla bağlantılı olarak, bu kapsamda göçle ilgili mevzuat, çalışma hukuku, sağlık, çocukların korunması ve diğer konulara ilişkin mevzuat da bu olgu dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmelidir. Buradan hareketle, çalışmamız kapsamında, Türk hukukuna ayrılan ikinci bölümde, TCK dışında kalan mevzuatın da ayrı bir kısımda incelenmesi gerekli görülmüştür.

Türk hukukunda insan ticareti suçuna ilişkin temel düzenlemeyi TCK'nın 80. maddesi teşkil etmektedir. Ancak burada düzenlenen suçun incelenmesine geçmeden, söz konusu fiilin ayrı bir başlık altında düzenlenmesinden önceki dönemden başlayarak, Türk hukuku açısından insan ticareti suçunun yasal çerçevede izlediği gelişimin anlatılması, Türk mevzuatının ve uygulamasının yorumlanması ve ülkemizin bu suçta

⁸ Türkiye'de İnsan Ticaretinin Farklı Formlarına Olan Talebin İncelenmesi, Kasım 2008, Ankara, s. 40.

⁹ Ayrıca, 2002 yılında Dışişleri Bakanlığı'nın başkanlığında kurulan « İnsan Ticaretiyle Mücadele Ulusal Görev Gücü », her iki ayda bir ilgili kurum/ kuruluşların katılımıyla toplanmakta ve insan ticaretinin önlenmesi, mağdurların tespit edilmesi ile korunması, insan tacirlerinin cezalandırılmasına yönelik politikaların geliştirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Bunun dışında biri 2003 yılında ve diğeri, 2007 yılının sonunda "İnsan Ticaretiyle Mücadele Eylem Planları" kabul edilmiştir (2007 Yılı Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 8) (bkz. http://www.countertrafficking.org/pdf/yearbook_2007_tr.pdf) (Erişim tarihi: 10.04.2008).

karşı koymak yönünden ulaştığı aşamanın da tespit edilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle, çalışmanın ikinci bölümünde, ceza hukuku mevzuatının suçla ilgili gelişimine yer verilerek bugüne kadarki aşamalar ele alınmıştır. Bundan sonraki kısım ise, 80. maddede düzenlenen suçun genel özelliklerinin ve unsurlarının incelenmesine ayrılmıştır. Bu inceleme sırasında, birinci bölümde ortaya konulan kriminolojik özellikler, uluslararası belgeler ve çeşitli ülkelerin ulusal mevzuatlarına ilişkin bilgiler ışığında, mevcut yasal çerçevenin ne ölçüde yeterli olduğu sorusuna da cevaplar aranması amaçlanmıştır. Bu araştırma, özellikle yargıya intikal eden olaylar, bu olaylara mahkemelerin yaklaşımı ve insan ticareti suçuna ilişkin yargı kararlarının irdelenmesi faaliyetini de içermektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM: KAVRAM – TARİHSEL GELİŞİM – KRİMİNOLOJİK ÖZELLİKLER – ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATLARDA İNSAN TİCARETİ SUÇU

I. KAVRAM

A. Genel Olarak

En yalın anlamıyla, insanın ticari bir faaliyetin konusu haline getirilmesini ifade eden insan ticareti, çok çeşitli yönleri olan ve istisna tanımaksızın dünyadaki bütün ülkeleri meşgul eden bir suç tipidir. Başlangıçta yalnızca kadınların fuhuş amacıyla ticaretine hasredilen “beyaz kadın ticareti” kavramının yerini, bugün, kapsam ve çeşitlilik yönünden geçirdiği dönüşüm sonucunda “insan ticareti” almıştır. Sözü geçen dönüşüm; bu faaliyetin, kadınlarla sınırlı olmaksızın her yaştan ve cinsiyetten insanı konu edinebilmesi ve fuhşun yanısıra, zorla çalıştırmadan organların alınmasına kadar türlü istismar biçimlerine yönelebilmesi bakımından hem kapsamının daha da genişlemesini, hem de suçun işlenme biçimleri – modus operandi – yönünden daha karmaşık bir yapıyı ifade etmektedir.

İnsanı, ticaretin konusu haline getirebilmek için psikolojik ve fiziksel şiddetin de dahil olduğu zorlayıcı araçlarla, hile veya aldatma gibi yollarla hataya sevk etmek suretiyle iradesinden yoksun bırakan insan tacirleri; böylece mağdurları, alınıp, satılabilen, takas edilebilen herhangi bir cansız nesne gibi metalaştırmakta ve nihayet

kişinin çeşitli yönlerden sömürülmesi suretiyle üzerinden maddi kazanç elde edilmesi sağlanmaktadır. Bu bakımdan suç, çok çeşitli aşamalarında doğrudan veya dolaylı olarak sayısız insani dram içermektedir¹⁰. İndirgendiği konum itibarıyla, insanın doğuştan sahip olduğu onuru hiçe sayılmakta¹¹ ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı başta olmak üzere, en temel hakları ağır bir şekilde ihlal edilmektedir.

İnsan üzerinde hakimiyet kurularak, ona mülkiyete konu olabilen bir varlık muamelesi yapılması sonucunu doğurduğundan, oldukça yaygın bir tarihsel bakış açısıyla bu faaliyetin kökenlerinin, tarihteki en eski kurumlardan biri olan köleliğe kadar dayandırıldığı ve özellikle sömürgeci köle ticareti ile insan ticareti arasında bir takım paralellikler kurulduğu görülmektedir¹². Bunun da etkisiyle, insan ticareti, bugün adeta genel kabul gören bir yaklaşımla, “modern kölelik” olarak adlandırılmaktadır¹³.

Tarihi kökeni nereye dayandırılırsa dayandırılınsın, insan ticaretinin bir faaliyet ya da olgu olarak ortaya çıkışı ile bugün ulusal mevzuatlarda bir suç olarak yer alması arasında uzunca bir zaman dilimi bulunmaktadır. On dokuzuncu yüzyıl sonlarında, Avrupa'nın çeşitli yerlerinde, kadınların ve çocukların fuhuş amacıyla yabancı ülkelere yapılan ticarete konu edildiğini gösteren şok edici vakaların arka arkaya ortaya çıkarılmasının ardından gelen tepkilerle bir uluslararası platform oluşmaya başlamış ve sorunun, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, çeşitli uluslararası ve bölgesel örgütler tarafından ele alınmaya başlamasıyla, insan ticareti uluslararası nitelikte çok sayıda hukuki metnin konusunu oluşturmuş ve bunlara taraf olan ülkelerde de söz konusu faaliyetin suç haline getirilmesi ve bununla mücadele edilmesi için adımlar atılmaya başlanmıştır.

Olgu eski olmakla birlikte, dünya ülkeleri arasındaki ekonomik dengesizlikler ve küreselleşmenin belirli sektörlerde büyümeyi tetiklemesiyle, özellikle kadın ve

¹⁰ NAIR P.M. – SEN, Sankar, Trafficking in Women and Children in India, National Human Rights Commission, New Delhi, 2005, s. 263.

¹¹ EBBE, Obi N.I., “Introduction: An Overview of Trafficking in Women and Children”, Global trafficking in Women and Children, Edited by Obi N.I. and Dilip K. Das, International Police Executive Symposium, CRC Press, United States, 2008, s. 3.

¹² Foreword by David Barrett & Maria Kukheueva, Global trafficking in Women and Children.

¹³ GOODEY, Jo, “Human Trafficking: Sketchy Data and Policy Responses”, Criminology and Criminal Justice, Vol. 8, Issue: 4, November 2008, s. 422. AB Paramentosunun 10 Şubat 2010 tarihinde kabul ettiği İnsan Ticaretinin Önlenmesi konusunda Çözüm Önerisi'nin giriş kısmında da, insan ticaretinin köleliğin modern bir biçimi olduğu açıkça ifade edilmiştir (EU-OJ C 341E, 16.12.2010, s.18–25).

çocuklara yönelik olarak seks endüstrisinde ve diğer hizmet sektörlerinde artan ucuz işgücü talebinin ve göç yasalarının gelişmiş ülkelerin işgücü pazarlarına girişi fazlasıyla sınırlaması sonucunda göçle gelen işgücünü büyük oranda yer altına itmesinin de etkisiyle yeni biçimler almıştır¹⁴. Serbest pazarın ucuz işgücü talebi ve sınırların giderek daha kolay aşılır hale gelmesi, insan ticaretinde “arz” ve “talebin” birbirini sürekli beslemesini sağlayan gelişmelerden bazılarıdır. Özellikle ekonomik koşulların ağır olduğu ülkeler, tacirler için önemli birer “kaynak” oluşturmaktadır. Buralarda umutsuzluk ve yoksulluk içinde yaşayan insanlar, genellikle “talebin” bulunduğu “hedef” ülkelere götürülerek istismara konu edilmektedir. Böylece, sınıraşan bir nitelikte işlenmesi nedeniyle, insan ticareti, tek bir coğrafya ya da toplumu ilgilendirmekten çıkarak, uluslararası boyutu olan bir sorun olarak algılanmaya başlamıştır. Üstelik, düşük riskler içeren ve yüksek kazanç getiren bir faaliyet olarak, suçun, genellikle suç örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde işlendiği de göz önüne alındığında uluslararası toplum bakımından yarattığı endişenin boyutları daha iyi anlaşılacaktır.

Giderek artan küresel tepkiye ve özellikle son dönemde hız kazanan yoğun ulusal çabalara karşın, insan ticareti bugün son derece trajik bir gerçek olarak varlığını sürdürmektedir. Buna karşılık halen, bu fiilin tanımı konusunda bir uzlaşmanın mevcut olmadığı ve bu durumun, sorunun hem tespitinde hem de üzerinde çalışılması konusunda ilerleme kaydedilmesinin önünde bir engel teşkil ettiği görülmektedir¹⁵. Bir sorunla mücadele etmek için ilk adım, onun doğru bir bağlama yerleştirilmesidir. Bunun için de, olgunun doğasına uygun bir terim ile ifade edilerek doğru bir şekilde tanımlanması ve benzer diğer yasadışı faaliyetlerden ayrılan yönlerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Aşağıda, önce suç tipinin tanımlanmasına çalışılarak özellikleri tespit edilecek, daha sonra da terminoloji ile ilgili sorunlara değinilecektir.

¹⁴ OMELANIUK, İrena, “Trafficking in Human Beings”, United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development, Doc. UN/POP/MIG/2005/15, 8 July 2005 (http://www.un.org/esa/population/meetings/ittmigdev2005/P15_IOMelaniuk.pdf) (Erişim tarihi:03.01.2010).

¹⁵ KELLY, Liz, Journeys of Jeopardy: A commentary on current research on trafficking of women and children for sexual exploitation within Europe”, Migration Research Series, No. 11, IOM, Geneva, 2002, s. 14.

B. Tanım

Bundan neredeyse bir asır önce, Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından, Amerika, Avrupa ve Orta Doğu'nun belirli bölgelerinde kadın ve çocuk ticaretinin gerçekleştirilme koşulları hakkında araştırma yapılması için görevlendirilen Uzmanlar Komitesi'nin 1927 tarihli bir Raporunda, uluslararası ticaret; ağırlıklı olarak, “*kazanç elde etme maksadıyla, bir veya daha fazla kişinin cinsel arzularını gidermek için sunulmak üzere kadınların veya genç kızların doğrudan veya dolaylı olarak hizmetlerinin taahhüt edilmesi ve yabancı bir ülkeye götürülmeleri*”nden hareketle tanımlanmıştır¹⁶. Bu Raporda genel hatlarıyla ortaya konulan tanım, daha sonra önemli bir değişikliğe uğramaksızın 1933 tarihli Yetişkin Kadın Ticaretinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme'de yansımaları bulmuştur¹⁷.

Bu tarihten sonra uzun yıllar kadın ticaretini dahi tanımlayan başka bir belgeye rastlanmamaktadır. 19. yüzyılın sonlarına kadar götürülebilecek çalışmalara ve örgütlenmelere karşın, insan ticaretini bütün yönleriyle ele alarak, suçla mücadele için etkili tedbirlere odaklanmış, yoğun bir uluslararası çabanın ortaya konulmasının ve sonuçlar alınmaya başlanmasının son on – on beş yıllık bir zaman diliminde gerçekleştiğini söylemek mümkündür¹⁸.

BM Genel Kurulu, 23 Aralık 1994'te 49/166 sayılı Çözüm Önerisi ile kadınların ve çocukların ticaretine ilişkin *de facto* bir tanım önermiştir. Bu tanımın kapsamında; “özellikle gelişmekte olan ve geçiş sürecinde bulunan çeşitli ülkelerden gelen kadınların ve kız çocuklarının kuvvet kullanılarak baskı altına alınması ve cinsel ya da ekonomik yönden istismar edilmesi suretiyle tedarikçilere, tacirlere ve suç örgütlerine kazanç sağlamak amacıyla, ulusal ve uluslararası sınırlardan yasadışı ve kaçak olarak taşınması ve aynı zamanda zorla ev hizmetlerinde çalıştırma, sahte evlilikler yapılması, kaçak çalışma ve yasadışı evlat edinme gibi insan ticaretine bağlı diğer yasadışı faaliyetler” yer

¹⁶ Etude sur la traite des êtres humains et la prostitution, Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales, New-York, 1959, s. 2. Bu tanımda, ticaretin uluslararası niteliğini, yabancı bir ülkeye götürmenin söz konusu olmadığı diğer biçimlerinden ayırmanın, tamamen imkansız olmasa da çok zor olduğu belirtilmiştir.

¹⁷ Bu Sözleşmenin 1. maddesinde “*Bir başkasının ihtiraslarını tatmin etmek üzere reşit bir kadın veya kızı, kendi rızasıyla olsa bile, başka bir memlekette icrayı fuhuş maksadıyla kullanan, sürükleyen veya baştan çıkarıcıları*” cezalandırılacağı belirtilmektedir.

¹⁸ ENGLE, Lauren B., The World in Motion, Short Essays in Migration and Gender, International Organization for Migration, Geneva, 2004, s. 60.

almıştır¹⁹. Bundan kısa bir süre sonra, 1997 yılında “kadın ticareti ve zorla fuhuş” konusundaki bu tanımın, bir takım değişikliklerle Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi’nin bir Tavsiye Kararında “*kadınların, ekonomik kazanç elde etmek için, daha sonrasında zorla fuhuş yaptırmak, zorla evlendirmek veya diğer zorla cinsel istismar biçimlerine tabi kılmak maksadıyla, rızalarıyla veya rızaları hilafına, yasal veya yasadışı olarak bir yerden başka bir yere taşınmaları ve/veya değiş-tokuş edilmeleri*” olarak kabul edildiği görülmektedir²⁰. Bu Kararda, zorlamanın; fiziksel, cinsel ve/veya psikolojik olabileceği ve korkutmayı, tecavüzü, yetkinin veya bağımlılık durumunun kötüye kullanılması hallerini içereceği belirtilmiştir. Böylece “kadın ticareti” ve “fuhuş” maksatları ile sınırlanmış olsa da, özellikle yöntemler konusunda zamanla güncel biçimine yaklaşan bir “ticaret” tanımına doğru yol alındığı görülmektedir. Bundan üç yıl sonra Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Cinsel Sömürü Amacıyla İnsan Ticaretine Karşı Eylem konulu 19 Mayıs 2000 tarihli ve R (2000) 11 sayılı Tavsiye Kararı’nda, genel olarak cinsel sömürü amaçlı insan ticaretinin bir tanımı yapılmış, bu tanımda kişilerin rızaları ile de olsa “*şiddet, tehdit, nüfuzun, veya bir çaresizlik halinin kötüye kullanılması biçimindeki zorlayıcı araçlarla (...) tedarik edilmeleri ve/veya sömürünün organize edilmesi ve/veya –yasal ya da yasadışı olarak – bir yerden bir yere taşınmaları veya göç ettirilmeleri*” biçimindeki hareketlere yer verilmiştir.

Bununla birlikte, insan ticareti konusunda en eksiksiz ve en fazla kabul gören tanıma ulaşılması, Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek, İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin 15 Kasım 2000 tarihli Protokol’ün kabulü ile mümkün olmuştur²¹. Bu belgenin, dünyada insan ticareti ile mücadele bakımından bir dönüm noktası teşkil ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ek Protokolün 3. maddesinin (a) bendinde insan ticareti; “*kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer*

¹⁹ David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, Abolir l’esclavage et ses formes contemporaines, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme, HR/PUB/02/4, Nations Unies, New York et Genève 2002, s. 22.

²⁰ Avrupa Konseyi Parlamento Meclisinin, Konsey Üyesi Ülkelerde Kadın Ticareti ve Kadınların Fuhşa Zorlanması ile ilgili 1325(1997) sayılı Tavsiye Kararı. Bu kararın içeriğine ayrıntılı olarak, ileride, *Uluslararası ve bölgesel düzenlemeler* başlığı altında yer verilmektedir.

²¹ “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”, 30.01.2003 tarihli ve 4804 sayılı Kanunla onaylanmış ve 18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak üzere ödeme yapmak veya kazanç veya çıkar sağlamak ya da kendisine yapılan ödemeleri veya kazançları kabul etmek yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması” olarak tanımlanmakta, aynı bendin devamında “istismar” teriminin; “*asgari olarak, başkalarının fuhşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içereceği”* belirtilmektedir. Bu tanım, hiçbir değişiklik yapılmaksızın İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin²² 4. maddesinde de kabul edilmiştir.

Böylece, insan ticaretinin dayandığı üç unsur, bugüne kadarki en geniş kapsamıyla tanıma dahil edilmiştir:

1- Amaç (başkalarının fuhşunun istismarı, cinsel istismarın diğer biçimleri, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete, köleliğe veya kölelik benzeri uygulamalara tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak),

2- Araç (kuvvet kullanma, kuvvet kullanma tehdidi, diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, çaresizlikten yararlanma, başkaları üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak üzere ödeme yapmak veya kazanç veya çıkar sağlamak ya da kendisine yapılan ödemeleri veya kazançları kabul etmek)

3- Eylem (tedarik etmek, bir yerden bir yere taşımak, devretmek, barındırmak, teslim almak)

İnsan ticaretinin söz konusu olabilmesi için; amaç, araç ve eylem unsurları bir arada bulunmalıdır. Bunun tek istisnası, çocuğun istismar amaçlı tedarik edilmesi, bir

²² “Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings”. 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova’da imzaya açılan ve 1 Şubat 2008’de yürürlüğe giren Sözleşme’ye, Türkiye 19 Mart 2009 tarihinde taraf olmuştur. Sözleşme metni ve Açıklayıcı Rapor için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197_en.asp#TopOfPage. (Erişim tarihi: 21.10.2010). Bundan böyle “İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi” olarak anılacaktır.

yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınmasında herhangi bir araca başvurulmuş olmasının aranmamasıdır (md.3, (c)).

Ek Protokoldeki düzenlemenin, evrensel bir tanıma ulaşılmadaki rolünü yadsımak elbette mümkün değildir. Ancak burada yer alan tanımın da çeşitli yönlerden eleştirisi yapılmaktadır. Özellikle, “ticaret” ile doğrudan bir ilgisi bulunmayan “bir yerden bir yere taşımak, temin etmek, barındırmak” gibi hareketler yerine veya bunlarla birlikte “almak”, “satmak” veya “alım-satım hususunda anlaşmak” gibi hareketlere yer verilmemesi, bir eleştiri konusu olmaktadır²³. Bunun dışında, 18 yaşından büyük olan mağdurun rızasının, kuvvet kullanma, hile, diğer bir biçimde zorlama gibi yollarla etkisiz hale getirilmesinin aranmasının, bu kişiyi, kendisine karşı söz konusu araçların uygulandığını ispat etmek zorunda bırakacağı, bunun mümkün olmadığı pek çok halde ise insan tacirlerinin serbest kalacağı ileri sürülerek, araç fiillerden çok istismar maksadına odaklanılmasının bu sakıncayı gidereceği belirtilmektedir²⁴. Ayrıca, yasadışı evlat edinme, zorla evlilik, dilencilik yaptırma, kişinin bir takım suçların işlenmesinde kullanılması²⁵, çocukların silahlı çatışmalarda kullanılması gibi günümüzde sık rastlanan istismar biçimlerine, insan ticaretinin yöneldiği maksatlar arasında yer verilmemiş olmasının da bir eksiklik olduğu belirtilebilir²⁶. Bütün bu eleştirilerin, çalışmanın izleyen

²³ YENİDÜNYA, s. 202.

²⁴ Kişilerin söz konusu araçlara başvurulmaksızın istismar konusu haline getirilerek, birer ticari eşya muamelesi görmesinin insan ticareti suçunu oluşturmak bakımından yeterli olduğu yönündeki anlayış oldukça taraftar toplamaktadır (Lutte contre la traite des êtres humains, Image du phénomène de la traite des êtres humains et analyse de la jurisprudence, Rapport annuel 2000, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, s. 32). Nitekim aşağıda ulusal mevzuatlar arasında incelenen Belçika Ceza Kanununda, istismar maksadına yoğunlaşarak bu sistemin kabul edildiği görülmektedir.

²⁵ Özellikle çocukların, organize suç örgütleri tarafından bu maksatlarla ticarete konu edilmesi yönündeki eğilimde çok büyük bir artış olduğu Europol tarafından tespit edilmiştir. Çocukların beş yaşından itibaren, yankesicilik, organize dilencilik, hırsızlık ve yağma gibi suçları işlemek üzere suç örgütleri tarafından sistematik olarak eğitildikleri ve bu faaliyetlere zorlandıkları belirtilmektedir (Europol, Basın Açıklaması, 11 Ocak 2010, Lahey, bkz. <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=news&news=pr110111.htm>) (Erişim:22.01.2011)

²⁶ Bununla birlikte, gerek Ek Protokolün Resmi Yorum Notlarında (par. 66), gerekse İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporunda (par. 94); yasadışı evlat edinmenin, Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurum ve Uygulamaların Ortadan Kaldırılması Hakkında Tamamlayıcı Sözleşme'nin 1(d) maddesinde tanımlanan şekilde kölelik benzeri bir uygulama teşkil etmesi halinde, bu durumun da insan ticareti tanımına dahil olacağı belirtilmektedir (“Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto”, Addendum to the Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, UN General Assembly, 55th session, Agenda Item 105, UN Doc. A/55/383/Add.1, par. 59 (bkz. http://www.unodc.org/pdf/crime/final_instruments/383a1e.pdf) (Erişim tarihi: 12.10.2010) (Bundan böyle “Interpretative Notes” olarak anılacaktır). Zorla evlendirmenin de, 7

bölümlerinde, ilgili oldukları konu başlıkları altında ele alınarak ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunların hepsinde, belirli ölçüde haklılık payı olduğu kabul edilebilir. Ancak, İnsan ticaretine ilişkin Ek Protokol’de yer alan tanımı eleştirirken, gerçekleştiği yere ve zamana göre farklı biçimler alabilen, yöntemleri ve istismar türleri ile gelişmelere hızlıca ayak uydurabilen, çok çeşitli yönleri olan bir suç faaliyetini genel bir çerçeve içine yerleştirmeye çalışmaktan kaynaklanan zorlukları görmezden gelmek mümkün değildir. Ek Protokol’de kabul edilen tanımın karmaşıklığı da bu zorluktan ileri gelmektedir. Eksik veya tartışmalı yönleri bulunsa da, mevcut düzenlemeler içerisinde en kapsayıcı tanımı içermesi ve çok sayıda ülke tarafından da onaylanması nedeniyle “ortak” bir yaklaşımı mümkün kıldığı için, biz de “insan ticareti” suçunu, buradaki düzenlemeden hareketle ele alacağız.

Bununla birlikte, insan ticareti tanımının içermesi gereken unsurlar ve suçun karmaşık yapısı da göz önüne alınarak, tanımda izlenecek yönetime ilişkin bir takım önerilerde bulunmak mümkündür. Bu konuda öncelikle faaliyetin genel bir çerçevesinin çizilmesi ve daha sonra tümdengelim yöntemi uygulanmak suretiyle amaç, araç ve eylem öğelerinin neleri içereceğinin, gereken tanımlara yer verilerek açıklanması, yasal düzenleme mantığına uygunluğun sağlanması gerektiği de gözetildiğinde bizce en uygun çözüm olacaktır. Buna göre, insan ticareti; *“kişinin; bir başkası tarafından, iradesini sakatlayan veya ortadan kaldıran araçlarla istismar maksadıyla ticarete konu olması sonucunu doğuran aracılık faaliyeti”* olarak tanımlanabilecektir.

Bu tanımda, aracılık faaliyeti teşkil eden hareketler; *“kişinin tedarik edilmesi, elde edilmesi, teslim edilmesi, teslim alınması, devredilmesi, nakledilmesi, sevk edilmesi, gizlenmesi veya barındırılması”*nı kapsar. Kişinin iradesini sakatlayan veya ortadan kaldıran araçlar; *“hile, aldatma ya da cebir, şiddet ve tehdit gibi zorlayıcı araçlar, kaçırmak, nüfuzun kötüye kullanılması, kişinin çaresizliğinden yararlanmak veya kişi üzerinde yasadan, gelenekten ya da sözleşmeden kaynaklanan denetim yetkisi olan başkalarının maddi menfaat vaadi veya temini karşılığında rızalarının elde edilmesi”*ni içerir. İstismar ise; *“kişinin zorla çalıştırılmasını veya hizmet ettirilmesini, kölelik*

Eylül 1956 tarihli Kölelik, Köle Ticareti ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme’nin 1. maddesinde sayılan uygulamalar kapsamında kabul edilerek, Ek Protokolde belirtilen “kölelik benzeri uygulama” biçimindeki istismar türü içinde değerlendirilebileceği biçiminde bir yoruma tabi tutulması mümkündür.

durumuna indirgenmesini, fuhşun istismar edilmesini veya pornografik gösterilerde ya da pornografik materyallerin üretilmesinde kullanılmayı, dilencilğin istismarını, organlarının veya dokularının alınmasını, suç işlenmesinde kullanılmayı, çocukların işgücü sömürüsü maksadıyla yasal olmayan yollarla evlat edinilmesini ve çocukların silahlı çatışmalarda kullanılmasını” ifade eder.

C. Terminoloji

1. “İnsan ticareti” ve “insan kaçakçılığı” kavramları

Suçun tanımı konusunda tam bir birlik söz konusu olmasa da yine de Ek Protokoldeki düzenlemenin genel bir kabul gördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, bu suç tipini ifade etmek için kullanılan “terim” konusunda bugün bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir. Gerek Türk hukukunda gerekse uluslararası kaynaklar ve yabancı hukuk sistemlerinde bu suçla ilgili olarak farklı kavramların birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir²⁷. Bunlar arasında en fazla tercih edilenler “insan ticareti” ve “insan kaçakçılığı” terimleridir²⁸. “İnsan kaçakçılığı” bazen insan ticaretinin bazen de göçmen kaçakçılığının yerine kullanılmaktadır²⁹. Bu durum, aynı zamanda sıklıkla insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçlarının birbirleriyle karıştırılmasına da neden olmaktadır. Bu konu, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacağından, burada

²⁷ ZHANG, Sheldon X. – PINEDA, Samuel L., “Corruption as A Casual Factor in Human Trafficking”, Organized Crime – Culture, Markets and Policies, Editors: Dana Siegel- Hans Helen, Studies of Organized Crime, Springer, New York, 2008, s. 42. Özellikle kadın ve çocukların cinsel istismar amaçlı ticareti konusunda Avrupa düzeyinde yapılmış olan araştırmaları inceleyen bir çalışmada terim konusunda bir uzlaşmanın bulunmamasının sıkıntı yarattığı belirtilerek, birbirlerinin yerine kullanılan kavramlara örnek olarak; “yasadışı göçmen kaçakçılığı”, “insan ticareti”, “yabancı kaçakçılığı”, “yabancı ticareti” sayılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KELLY, s. 14 vd.

²⁸ KOCASAKAL, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, s. 40; DEMİRBAŞ, Timur, Kriminoloji, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2005, s. 250.

²⁹ Özellikle medyada çıkan çeşitli haberlerde bu durumla sık sık karşılaşılmaktadır. Hürriyet Gazetesinin, “ABD Dışişleri Bakanlığı’nın İnsan Kaçakçılığı 2010 Raporu açıklandı” biçimindeki haberinin içeriğinde “Türkiye’nin fuhşa zorlanma ve zorla çalıştırılmanın da dahil olduğu insan kaçakçılığına maruz kalan kadın ve çocuklar için varış yeri ve transit ülke konumunda olduğunun” belirtilmesi (15 Haziran 2010 tarihli Hürriyet Gazetesi, “Türkiye’de fuhuş trafiği arttı” başlıklı haber) ve 30.11.2010 tarihli Milliyet Gazetesinin, “İnsan kaçakçılarında Avusturya darbesi” başlığı ile yayınlanan, “Türkiye’den yüzlerce Kürt kökenli vatandaşı, iş vaadiyle Avrupa ülkelerine kaçak yoldan sokmaya çalışan Türkler” hakkındaki haber, “insan kaçakçılığı” teriminin insan ticareti suçunu ifade etmek üzere kullanıldığı örneklerden bazılarıdır. Aynı ifadenin, göçmen kaçakçılığını kastedecek şekilde kullanıldığı örnekler olarak ise; İzmir’in Urla ilçesinde yabancı uyruklu kişileri, para karşılığı, deniz yoluyla yurt dışına kaçırarak öne sürülen kişilerin yakalanması hakkındaki haberin, 20.01.2010 tarihli Hürriyet Gazetesinde “İzmir’de jet ski ile insan kaçakçılığı” başlığı ile yayınlanması; yine, yasadışı yollarla Türkiye’ye giren ve aynı şekilde Yunanistan’a geçmek isterken Edirne’de yakalanan kaçak göçmenlerin “insan kaçakçılığı” yapan kılavuzlara yaklaşık 3 bin dolar ödediklerinin anlatıldığı “Mısır tarlasında 25 kaçak” başlığıyla 27.9.2010 tarihli Milliyet Gazetesinde yayınlanan haber belirtilebilir.

yalnızca suç tipinin özellikleri göz önünde bulundurularak, “insan kaçakçılığı” ve “insan ticareti” ifadelerinden hangisinin tercih edileceği sorunu üzerinde durulacaktır.

Özellikle insan ticaretine ilişkin uluslararası ve bölgesel metinlerde genellikle kullanılan dillerin ağırlıklı olarak İngilizce ve Fransızca olması nedeniyle, İngilizce “*trafficking in persons*” veya “*trafficking in human beings*”³⁰ ve Fransızca “*le trafic d’êtres humains*” tabirlerinin kullanımının, bu ikili terminoloji bakımından etkili olduğunu belirtmek gerekir. İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün özgün İngilizce metninde 3. maddedeki tanımda yer alan “trafficking in persons” ifadesinin karşılığı olarak Ek Protokol’ün resmi çevirisinde “insan ticareti” kullanılmıştır. Gerçekten de, İngilizcedeki bu ifade veya bunun yerine kullanılan “human trafficking”, insan ticaretini ifade etmek üzere kullanılan terimler olduklarından, bu çevirinin yerinde olduğu belirtilmelidir. “*Traffic*” veya “*trafficking*” terimleri ise tek başına kullanıldıklarında, Türkçeye, “yolculuk yapmak, gidişgeliş, ticaret” olarak, “*trafficker*” sözcüğü ise “kaçakçı” olarak tercüme edilmektedir³¹. Bu durum, bazen “human trafficking” kavramının, Türkçeye insan ticareti yerine yanlış bir biçimde insan kaçakçılığı şeklinde tercüme edilmesine neden olabilmektedir. Söz konusu terim, genellikle belirli bir “hareketliliği” içeren bir anlama sahiptir³². Hatta, bu nedenle “esaret” veya “kölelik” (enslavement) sözcüğünde daha doğru ifadesini bulacak olan suçun, mağdurları “hareket ettirme” (transaction) yönüne vurgu yapan bir kavramla anılmasının yanıltıcı nitelikte olduğu belirtilerek, suçun karşılığı olarak İngilizcede “*trafficking in persons*” teriminin kullanılması eleştirilmiştir³³.

Bunun yanında, yine Ek Protokol’ün Fransızca olarak kaleme alınan özgün metninde kullanılan terimin “*traite des personnes*” olduğu ve “*traite*” sözcüğünün ise Türkçede

³⁰ Nitekim diğer pek çok örneğin yanında; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin, “Cinsel İstismar Amacıyla İnsan Ticaretine Karşı Eylem Hakkında” R(2000)11 sayılı Tavsiye Kararı, İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “Köleliğin ve zorla çalıştırmanın yasaklanması” başlıklı 5. maddesinin üçüncü paragrafı belirtilebilir.

³¹ İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü, Redhouse Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 1039.

³² “Traffic” sözcüğünün, çeşitli alanlarda “alım-satım”, “ticaret”, “iletişim”, “anlaşma”, “değiş-tokuş”, “ilişki” gibi sözcüklerin yanında; “gidip-gelme”, “taşımacılık”, “nakil”, “ulaşım” sözcükleri ile eşanlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir (Colins Concise Dictionary and Thesaurus, The Authority on Current English, HarperCollins Publishers, 1991, s. 767).

³³ Global Report on Trafficking in Persons, UNODC, UN.GIFT, February 2009, s. 6 (Raporun İngilizce metni için bkz. http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf, erişim tarihi:28.12.2009).

(olumsuz anlamda) “ticaret” kelimesinin karşılığı olarak kullanıldığı da belirtilmelidir³⁴. Fransızca, “*le trafic d’êtres humains*” veya “*le trafic humain*” ifadelerine de yer verilmekle birlikte³⁵, resmi terminoloji bakımından “*traite*” teriminin kullanımında, Beyaz Kadın Ticaretine Karşı Etkili Himayenin Sağlanmasına Dair 1904 tarihli Uluslararası Düzenleme ile başlayan daha ilk uluslararası metinlerden itibaren bir istikrar bulunduğu görülmektedir³⁶.

Ek Protokolün 3. maddesindeki tanıma bakılarak, suça ilişkin bazı temel özellikleri ortaya koymak mümkündür. Ceza hukuku yönünden suçun konusu, “bir ticari eşya durumuna indirgenen insan”dır. Suç daima, insan taciri, müşteri ve mağdur arasında üçlü bir ilişkiyi içerir³⁷. Tacir, mağduru, onu sindirecek ve etkisiz hale getirecek vasıtalarla yararlanarak tedarik etmekle, teslim almakla, bir yerden başka bir yere götürmekle, devretmekle veya barındırmakla³⁸, istismar edilmesi amacıyla ticaretin konusu haline getirir. Böylece, müşteri, mağduru istismar konusu hizmetlerinden yararlanabilecektir. Bu bakımdan insan tacirinin, mağdur ile müşteri arasında bir aracı olarak hareket ettiği, insan ticaretinin ise yalnızca bir “aracılık faaliyetini” ifade ettiği belirtilmelidir³⁹.

³⁴ SARAÇ, Tahsin, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam, İstanbul, 2004, s. 1409. Ayrıca Sözlükte kelimenin anlamı verildikten sonra “zenci ticareti” anlamına gelen “*traite des nègres*” ve “beyaz kadın ticareti” anlamında “*traite des blanches*” örneklerine yer verilmektedir.

³⁵ “Le trafic d’êtres humains”, Fiche pratique, Interpol, COM/FS/2009-12/THB-02 (<http://www.interpol.int/Public/ICPO/FactSheets/THB02FR.pdf>) (Erişim tarihi:10.01.2010). Ayrıca bkz. “Comment lutter contre le trafic sexuel et humain?”, L’intégralité du débat avec Célhia de Lavarene, Ancienne chef de l’Unité de l’ONU contre le trafic des êtres humains, Le Monde.fr, 03.11.2006 (http://www.lemonde.fr/afrique/chat/2006/11/03/comment-lutter-contre-le-traffic-sexuel-et-humain_830372_3212.html) (Erişim tarihi:11.01.2011).

³⁶ Resmi terminolojiden kasıt, uluslararası düzenlemeler ve ceza kanunları gibi resmi metinlerde kullanılan terimlerdir (bkz. Fransız Ceza Kanunu, md. 225-4-1, Belçika Ceza Kanunu 433quinquies vd., İsviçre Ceza Kanunu md. 182 ve Kanada Ceza Kanunu md. 279.01)

³⁷ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 42; *Traite des êtres humains en Suisse, Rapport du groupe de travail interdépartemental traite des êtres humains au Département fédéral de justice et de police, Office fédéral de la justice, Berne, Septembre 2001*, s. 11.

³⁸ Tek başlarına bir anlam ifade etmeyen, bireylere ait herhangi bir değere saldırı teşkil etmeyen, hatta göçle ilgili bir takım kuralların ihlali dışında cezai düzenlemeye dahi konu olmayacak nitelikteki bu hareketler, ancak istismar maksadına yöneldikleri anda insan ticaretiyle bağlantılı hale gelmekte, bu çerçevede anlam kazanmaktadırlar (Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, European Commission - Directorate-General Justice, Freedom and Security, Brussels, 22 December 2004, s. 52. (http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/crime/crime_human_trafficking_en.htm) (Erişim tarihi:12.04.2009). (Bundan böyle “Report of the Experts Group on THB” olarak anılacaktır.).

³⁹ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 42.

“Kaçakçı”, sözlükte, “yasadışı yollarla yurda mal sokan veya yurttan mal çıkaran kimse” olarak tarif edilmekte ve bu kişinin yaptığı işe “kaçakçılık” adı verilmektedir⁴⁰. Bu durumda, “insan kaçakçılığı”, konusu bir “insan” olan kaçakçılığı ifade edecektir. Diğer bir deyişle, insanların yasadışı yollarla ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması, insan kaçakçılığı olarak adlandırılmak gerekir. Oysa kişileri sınırlardan yasadışı olarak geçiren veya bunu kolaylaştıran kişiler birer aracı olarak hareket etmemektedir⁴¹. Kaldı ki, bu fiilleri ifade etmek için kullanılan kavram daha ziyade göçmen kaçakçılığıdır⁴². Bu nedenle insan kaçakçılığı teriminin tercih edilmesi, hem kavramın göçmen kaçakçılığıyla karıştırılmasına neden olacak hem de suç tipini tam anlamıyla karşılamak bakımından yetersiz kalacaktır.

Bunun yanında öğretilerde, eylemin cezalandırılmasındaki asıl nedenin, “*insanın alçaltılması, kişiliğinin yok sayılması ve onun bir eşya gibi yağmanın konusu haline getirilmesi*” olduğu gerekçesiyle, suçu ifade etmek üzere “insan yağması” (sömürüsü) kavramının da kullanıldığı görülmektedir⁴³. Bizce, sömürü, söz konusu faaliyetin yalnızca maksat unsuruna işaret eden, diğer özelliklerini dışarıda bırakan bir kavram olduğundan, bu suç tipini “insan sömürüsü” ya da “insan yağması” olarak adlandırmak yerinde bir tercih olmayacaktır. Kaldı ki, zor kullanılarak ele geçirilen malın alınıp kaçılması, talan anlamına gelen “yağma”⁴⁴, insanın istismar edilmesini ifade etmek bakımından da doğru bir tabir değildir. Bu suçun mağduru, her ne kadar bir “eşya”

⁴⁰ PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Türkçe Sözlük, Can Yay., İstanbul, 2007, s. 968; YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 614.

⁴¹ Traite des êtres humains en Suisse, s. 11.

⁴² TCK'nın 79. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu; “Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan; bir yabancıyı ülkeye sokmak veya ülkede kalmasına imkan sağlamak; bir Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak” olarak tarif edilmiştir. Ayrıca, 30.01.2003 tarihli ve 4803 sayılı Kanunla onaylanan, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 3. maddesinin (a) bendinde, göçmen kaçakçılığının tanımı; “doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini” biçiminde yapılmaktadır (18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazete) (Bundan böyle “Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” olarak anılacaktır). Bununla birlikte, “göçmen kaçakçılığı” suçunun konusunu oluşturan insanların, her zaman gittikleri ülkeye “yerleşmek amacı” olmadığından, “göçmen” teriminin yerinde olmadığı belirtilerek, “insan kaçakçılığı” kavramının, bu suçu daha doğru ifade edeceği yönünde bir görüş bulunduğu da belirtilmelidir (DOĞAN, Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin, Ankara 2005, s. 24. Aksi görüş için bkz. ARSLAN, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S. 4, s. 21).

⁴³ KOCA, Mahmut, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 2, 2003, s. 142.

⁴⁴ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi:12.01.2011).

muamelesi görmekteyse de, burada gerçek anlamda bir insanın “yağmalanması”nın söz konusu olamayacağı açıktır.

Ticaret, kazanç amacıyla yürütülen alım satım etkinliğini ifade eder⁴⁵. İnsan ticareti ise, sözlükte “insanın mal gibi alınıp satılması”⁴⁶, “kişinin, isteği (iradesi) ile olsa bile, başkasının onu mal gibi sahiplenmesi olan bir anlayış ve uygulama düşüncesi”⁴⁷ olarak tarif edilmektedir. Bu tanımlarda da ortaya konulduğu gibi, asıl belirleyici olan, insanın, devredilebilen bir eşya ya da mal gibi muamele görmesidir. Suçtaki en önemli özellik de, insanın adeta bir meta olarak değerlendirilerek bir ticari ilişkinin konusu haline getirilmesi olduğuna göre, “insan ticareti” teriminin bu özelliği ifade etmesi bakımından çok daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz⁴⁸. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) 80. maddesinin başlığında da bu terim tercih edilmiştir⁴⁹.

2. İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı kavramlarının karşılaştırılması

Sınıraşan özelliği bulunan iki suç tipi olarak insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı sıklıkla birbirine karıştırılan iki suç tipidir⁵⁰. Yukarıda belirttiğimiz üzere, her iki faaliyeti ifade etmek üzere “insan kaçakçılığı” teriminin kullanılmasının, bunda önemli bir etkisi vardır. Bir başka etken ise, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığının çoğu zaman birlikte ortaya çıkmasıdır. Gerçekten de bir ülkeye yasadışı yollarla giren ve bu koşullarda yaşamını sürdüren ve çalışan kişiler, yasadışı konumları nedeniyle genellikle

⁴⁵ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1707.

⁴⁶ ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Selim Kitabevi, Ankara, 2002, s. 219.

⁴⁷ SENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin, Ankara, 2001, s. 358.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40; YENİDÜNYA, s. 6; EVİK, Vesile S., “İnsan Ticareti Suçu”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No. 5, s. 393.

⁴⁹ Ukrayna mevzuatında terim, bizde olduğu gibi “insan ticareti” (“*torgivlia liu'me*”) olarak çevrilmiştir. Bununla birlikte, uzmanların çoğunun, “*trafficking*” sözcüğünün yalnızca “ticareti” değil, bir yerden başka bir yere götürmeyi, yer değiştirmeyi de içeren bir kavram olduğu gerekçesiyle, mevcut terimin buna uygun olmadığı kanaatinde olduğu belirtilmiştir (PYSHCHULINA, Olga, “Human Trafficking and Legal Practice: A New Challenge for Ukraine”, Central European University, Center for Policy Studies, Open Society Institute, CPS International Policy Fellowship Program, Budapest, 2006, s. 38) (<http://www.policy.hu/news/Pyshchulina-PS/22>), (Erişim tarihi: 14.07.2010).

⁵⁰ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 393; YENİDÜNYA, s. 58; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 21.

diğer insanlara kıyasla istismara daha yatkın bir durumdadır ve insan ticareti mağduru haline gelmeleri daha kolaydır⁵¹.

Bu iki kavramın birbiriyle karıştırılmasına neden olan bir diğer sorun, sınıraşan hareket esnasında kaçak bir göçmenin mi yoksa bir insan ticareti mağdurunun mu söz konusu olduğunun pek çok durumda belirsiz olabilmesidir. Nitekim insan ticareti suçunda da mağdurların, yasadışı yollarla bir ülkeden diğerine nakil veya sevki söz konusu olabilmektedir. Bazı hallerde ne sınır görevlileri ne de mağdurlar, taşımanın asıl maksadını ya da kişilerin sonunda kendilerini hangi koşullar altında bulacaklarını bilememektedirler⁵². Gerçekten de özellikle insan ticareti suçunda istismar maksadı oldukça zor tespit edilebilmekte, hatta çoğu zaman ancak mağdurun istismar koşullarına tabi tutulmasıyla birlikte bu maksat kesin biçimde ortaya çıkabilmektedir.

Bu iki faaliyet, bazı hallerde iç içe geçebilir veya birbirini takip edebilirse de esasında iki farklı şeyi ifade etmektedir. Farklı özelliklere sahip bu fiillerin, suç haline getirilmelerinde ve cezalandırılmalarındaki amaçların da farklı olması nedeniyle iki kavramı birbirinden ayırmak önemlidir. Bu nedenle, aşağıda önce bu iki suç türünün ortak veya benzer özelliklerine değinilecek ve daha sonra bunları birbirinden ayıran yönler ortaya konulacaktır.

a) İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığının ortak veya benzer yönleri

Her iki faaliyet, ortaya çıkış nedenleri, konuları ve işleniş biçimleri itibariyle bir takım benzerlikler taşımaktadır⁵³. İlk olarak, göçmen kaçakçılığının da insan ticaretinin de konuları “insan”dır. Göçmen kaçakçılığında, “yabancılar” suçun konusunu oluştururken; insan ticaretinde de genellikle kişilerin, yaşadıkları ülkelerden başka yerlerde istismar edilmeleri hedeflendiğinden, mağdurların, ağırlıklı olarak yabancıardan oluştuğu görülmektedir.

⁵¹ La politique belge en matière de traite des êtres humains: Etat des lieux, évaluation et options futures, Institute for International Research on Criminal Policy, Ghent University, Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 2006, s. 22-23.

⁵² Report of the Experts Group on THB, s. 48.

⁵³ DOĞAN, s. 26; YENİDÜNYA, Caner – ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TBB Dergisi, Sayı 82, Mayıs – Haziran, 2009, s. 35.

İnsan ticareti suçunun işlenmesindeki maksatların, mağdurların çeşitli biçimlerde sömürülmesi olduğunu belirtmiştik. Bunlar; İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'de; başkasının fuhşunun istismarı veya cinsel istismarın diğer biçimleri, zorla çalıştırma veya hizmet ettirme, kölelik veya köleliğe benzer uygulamalar ve organların alınması olarak belirtilmiştir. Göçmen kaçakçılığında ise, sınırları geçmek için ödedikleri fahiş bedeller ile, yabancılar, maddi yönden sömürülmektedir. Bu nedenle, insan ticaretinde daha dolaylı olmakla birlikte, her iki suçta da, kişilerin, maddi çıkar elde etmek amacıyla sömürülmeleri söz konusudur⁵⁴.

İnsan ticareti suçunda kişilerin bir yerden başka bir yere taşınmasına hareketlerden biri olarak yer verilmektedir. Hatta 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde suçun, "ülkeye sokma", "ülke dışına çıkarma", "sevketme" biçimindeki hareketlerle işlenmesi öngörülmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçunda da daima bir nakil veya sevk bulunmaktadır⁵⁵.

Göçmen kaçakçılığı suçunda esas olan sınırların geçilmesi olduğundan, suç her zaman sınır aşan niteliğe sahiptir. İnsan ticareti bakımından da bu özelliğin çoğunlukla bulunduğu görülmektedir. Ancak bu suçun, bir ülkenin sınırları aşılmaksızın da işlenebilmesi mümkündür.

Gerek insan ticareti, gerekse göçmen kaçakçılığı, yüksek kazanç getiren faaliyetler olmaları nedeniyle organize suç örgütlerinin ilgilendiği iki alanı oluşturmaktadır⁵⁶.

İki suçun; insanlara ait bir takım değerleri ihlal etmeleri noktasında da örtüştüğü görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, insan ticareti, kişilerin birer ticari eşya gibi muamele görmeleri ve istismara konu edilmeleri nedeniyle öncelikle insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin ağır bir şekilde ihlal edilmesine neden olur. Bunun yanında, hem fiziksel olarak hem de iradeye yönelik engellemelerle kişinin hareket özgürlüğünü kısıtlayan veya ortadan kaldıran uygulamaları içerir. Aynı zamanda suçun işlenme

⁵⁴ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 24-25; YENİDÜNYA, s. 58-59.

⁵⁵ YENİDÜNYA, s. 59; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40.

⁵⁶ "Organized Crime Involvement in Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants", Issue Paper, UNODC, 2010, http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/FINAL_REPORT_06052010_1.pdf (Erişim tarihi:01.12.2010) s. 34; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 26; YENİDÜNYA, s. 59.

biçimleri ve istismar maksatları göz önüne alındığında kişinin beden bütünlüğüne, sağlığına ve yaşamına zarar verecek bir nitelik taşıyabilmektedir. Göçmen kaçakçılığı da, kişilerin sınırların ötesine geçirilmesi için pek çok halde, insan gibi muamele görme hakkının hiçe sayıldığı, güvenlikten yoksun, sağlığa ve yaşama aykırı koşullarda taşınmaları suretiyle temel insan haklarını ihlal edecek şekilde işlenmektedir. Yolculuğun belli bir aşamasından sonra, göçmenin içinde bulunduğu tehlikeli ve insanlık dışı koşullara son verme iktidarı genellikle bulunmamaktadır. Bu yönden, söz konusu suç, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu da doğurabilmektedir⁵⁷.

Gerek insan ticareti, gerekse göçmen kaçakçılığı, “göç” sorunu ile yakından ilgilidir. Her iki suçun ortaya çıkış nedenleri arasında ekonomik, sosyolojik veya siyasi nedenlerle gerçekleşen büyük nüfus akınları ve özellikle gelişmiş ülkelerin göçle ilgili katı politikaları önemli bir etkiye sahiptir. Bunun yanında, her iki suçun işlenmesiyle, ilgili ülkelere, çoğu zaman yasadışı konumdaki yabancıların dahil olması söz konusudur. Böylece, bu ülkelerin ekonomileri ve kamu düzenleri “yasadışı göç” neticesinde ortaya çıkan kaçak çalışma, işsizlik gibi sorunlardan ve diğer yasadışı faaliyetlerdeki artıştan olumsuz yönde etkilenmektedir. Yine iki suçun da sınıraşan niteliğinin olması ve örgütlü suçluluğu besleyen alanlar olmaları, bunları uluslararası toplum açısından da birer tehdit haline getirmektedir.

b) İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığının farklı yönleri

İki suç tipi arasındaki en önemli fark, suça konu olan kişilerin iradi olarak hareket edip etmemeleri yönündendir. Göçmen kaçakçılığında, harekete geçirici etken, göçmenin yabancı bir ülkeye gitme isteğidir. Bunun kolaylaştırılması için maddi menfaat karşılığında bir başkasının yardımından yararlanan göçmenin, ekonomik sıkıntılardan, siyasi, ailevi, sosyal vb. birçok koşuldaki etkilenmiş olsa bile yine de serbest bir iradesi söz konusudur⁵⁸. Oysa, insan ticaretinde, mağdurun, ticarete konu olmak yönünden hiçbir isteğinden söz edilemeyeceği gibi, fiile karşı koymak iktidarının da engellenmesi amacıyla iradesinin bir takım araçlardan yararlanmak suretiyle sakatlandığı görülmektedir. İnsan ticareti suçunda, güç kullanma, tehdit, kandırma,

⁵⁷ DOĞAN, s. 101.

⁵⁸ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40.

çaresizliğin kötüye kullanılması vb. araçlardan herhangi birinin veya birden fazlasının süreç boyunca veya sürecin herhangi bir aşamasında istismar maksadıyla uygulanmasına karşılık, göçmen kaçakçılığında bunlardan hiçbirine başvurulmadığından, göçmenin iradesi sakatlanmamıştır⁵⁹.

Göçmen kaçakçılığında, bir ülkeden diğerine yasal olmayan bir takım yollarla geçilmesi söz konusudur⁶⁰. Bu yasadışı unsur, ülkeye giriş ve ülkeden çıkış ile ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat uyarınca belirlenmektedir. Sınırların bu amaçla belirlenmiş olan yerlerin dışında kaçak olarak geçilmesi, yasadışı yollarla elde edilmiş veya sahte seyahat belgeleri ile geçişin yapılması bu kapsamda değerlendirilecektir. Oysa insan ticareti, sınıraşan şekilde işlendiği zaman bir ülkeye giriş veya bir ülkeden çıkışın tamamen yasaya uygun şekilde yapılması mümkündür. Nitekim birçok halde, yasal yollarla bir yabancı ülkeye gelen kişilerin belgelerinin ellerinden alınarak, savunmasız ve bağımlı durumlarından yararlanması suretiyle insan ticareti mağduru haline getirildiklerine rastlanmaktadır⁶¹. Şu halde birden çok ülke söz konusu olduğunda sınırlardan yasadışı geçiş, göçmen kaçakçılığının doğal ve zorunlu bir unsuru olmasına karşılık, insan ticaretinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca, insan ticareti suçunun, göçmen kaçakçılığından farklı olarak mutlaka sınıraşan bir nitelikte işlenmesi de gerekmemektedir. Bu suç, tek bir ülkenin ulusal sınırları içinde de işlenebilir.

Sınıraşan nitelikte işlenen insan ticareti, kişilerin kaynak ülkelerde tedarik edilmelerini, geçilen ülkeler üzerinden nakledilmelerini ve hedef ülkelerde sömürülmelerini içeren bir “süreç” olarak gerçekleşir⁶². Bu aşamaların gerçekleşmesi,

⁵⁹ İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi Hakkında Açıklayıcı Rapor, par. 77. Buna karşılık, göçmen kaçakçılığında da çeşitli nedenlerle “sağlıklı” veya çoğu zaman özellikle yolculuğun koşulları hakkında “tamamen aydınlatılmış” bir rızadan bahsedilemeyeceği ileri sürülebilir. Bu suçta, belki göçmene yapacağı yolculuğun ayrıntıları hakkında yeterince bilgi verilmemekte veya bazı hususlar gizlenmekte olabilir, ancak göçmen yine de eylem hakkında fikir sahibidir, yani belirli bir yöntemle sınırın geçileceğini ve bu girişimin belirli oranda risk içerdiğini bilmektedir. Oysa insan ticareti, mağduru, gerçekler hakkında tamamen yanıltıldığı, başlarına geleceklerden habersiz bir şekilde kandırıldığı veya tehdit, cebir, şiddet uygulanarak rızası hilafına hareket etmeye zorlandığı koşulları içermektedir. Bu nedenle göçmenin, nispeten özgür bir iradeye dayalı rıza ile hareket ettiğini belirtmek gerekir.

⁶⁰ ENGLE, s. 54.

⁶¹ CARMEN, Galiana, Trafficking in women, Working paper, European Parliament Directorate-General for Research, Civil Liberties Series, LIBRE 109 EN, Brussels, 2000, s. 46.

⁶² Human Trafficking: An Overview, United Nations Office on Drugs and Crime, UN Global Initiative to Fight Human Trafficking, New York, 2008, s. 1. Sınıraşan nitelikte işlenmediği hallerde ise, bütün bu aşamalar, tek bir ülkenin sınırları içerisinde gerçekleşmektedir.

tacir ile mağdur arasındaki ilişkinin belirli bir süre devam etmesini gerektirir. Göçmen kaçakçılığında ise, göçmenin hedeflenen yere ulaşmasıyla, kaçakçı ile aralarındaki anlaşma yerine getirilmiş olduğundan ilişkileri sona erer ve bu andan itibaren göçmen, kaçakçının ilgi alanının dışında kalır⁶³.

Bundan başka, göçmen kaçakçılığında amaç, sınırların yasadışı geçişi ve bundan maddi kazanç sağlanması iken; insan ticaretinde, ticarete konu edilen kişinin çeşitli şekillerde istismarı amaçlanır⁶⁴. Bununla birlikte “maddi kazanç amacının” iki suçtu birbirinden ayırdığını söylemek yerinde olmayacaktır. İnsan tacirleri ve göçmen kaçakçılarının maksatları arasında birbirinden çok da farklı değildir. Göçmen kaçakçılığında, doğrudan veya dolaylı olarak maddi çıkar elde edilmesi maksadı oldukça açıktır. Buna karşılık, insan ticaretindeki “istismar” maksadında, maddi çıkar elde etme biçimindeki nihai amaç gizlidir. Nitekim kişinin fuhşunun istismarı, diğer cinsel istismar biçimleri, zorla çalıştırılması vb. haller, kişi üzerinden haksız kazanç elde edilmesini ifade etmektedir. Ayrıca, insan ticaretinin bir “aracılık faaliyeti” olduğu hatırlanacak olursa, daha istismar aşamasına gelmeden; tedarik etmek, devretmek, nakletmek gibi hareketlerle mağduru ticaretin konusu haline getirilmesine aracılık edenler, hizmetlerinin karşılığında maddi kazanç sağlamaktadırlar. Sonuç olarak her iki suçta da “maddi çıkar sağlama” amacının bulunduğu, yalnızca buna ulaşma yollarının farklı olduğunu belirtmek daha doğru olacaktır. Bununla birlikte, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, insan ticaretinin bir aracılık faaliyeti olması nedeniyle; insan taciri, müşteri ve mağdur arasında üçlü bir ilişki söz konusu iken, göçmen kaçakçılığında göçmen ve kaçakçı arasında ikili bir ilişki bulunmaktadır.

İki suçun ortak ve benzer yönlerini belirtirken, yukarıda, her ikisinin de benzer değerleri ve menfaatleri ihlale yöneldiğini ifade etmiştik. Aynı konuda, iki suç tipi arasında bazı ayırıcı özelliklerin de bulunduğu belirtilmelidir. Göçmen kaçakçılığında, sınır güvenliği ve yasadışı göç nedeniyle devletlerin egemenlik yetkileri ve kamu düzeni gibi menfaatlerinin korunması, göçmenlere ait haklara nazaran daha ön planda iken;

⁶³ ENGLE, s. 55.

⁶⁴ Report of the Experts Group on THB, s. 48; La politique belge en matière de traite des êtres humains, s. 23.

insan ticaretinde, kişilerin temel haklarının korunması ilk sırayı almaktadır⁶⁵. Bu bakımdan, insan ticaretinde suçun konusu olan “insan” aynı zamanda mağdur olarak kabul edilirken, göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenlere mağdur statüsünün tanınması konusunda bir uzlaşma sağlanabilmiş değildir⁶⁶. Bizce, göçmen kaçakçılığı suçunda devlete ait menfaatlerin daha ağırlıklı bir koruma konusu olduğu kabul edilse dahi, bu durum bireyler olarak çok çeşitli biçimlerde zarar gören göçmenlerin de mağdur kabul edilmelerine bir engel teşkil etmez⁶⁷.

3. “Kaynak ülke”, “geçilen ülke” ve “hedef ülke” kavramları

İnsan ticareti suçu sınıraşan nitelikte işlendiğinde, mağdurların temin edilmesini, çeşitli araçlar ve yöntemlerle hakimiyet altına alınmasını ve istismar konusu haline getirilmesini kapsayan süreç, birden fazla ülkeyi içerir. Bu durumda, genellikle suçun, bir ülkede başlayıp bir başka ülkede devam ettiği ve bir üçüncü ya da dördüncü ülkede tamamlandığı görülmektedir⁶⁸. Faaliyetin karmaşıklığı, yöneldiği sektör veya sektörler, faillerin sayısı ve örgütlü olarak hareket edip etmemeleri gibi özelliklere göre, suçun işlenme biçimleri ve izlenecek rota her somut olay bakımından değişiklik gösterecektir. Ancak, çoğu insan ticareti fiilinin aynı izlekte gerçekleştiği ve kişilerin bir ülkede tedarik edildikten sonra başka bir takım ülkeler üzerinden taşındıkları ve varış ülkesinde istismar edildikleri görülmektedir⁶⁹.

İnsan ticaretinde arz ve talep faktörlerine bağlı olarak dünyadaki çeşitli ülkelerin bu suçtan etkilenme biçimleri farklılık göstermektedir. Dolayısıyla, izlenen coğrafi rotalar kesin biçimde tespit edilemese de, ülkelerin ekonomik, sosyal, siyasi konumlarına ve gelişmişlik düzeylerine göre genel bir takım eğilimler ortaya

⁶⁵ Report of the Experts Group on THB, s. 48; La politique belge en matière de traite des êtres humains, s. 23.

⁶⁶ Bu konudaki görüşler için İkinci Bölümde, *Göçmen Kaçakçılığı* başlığı altındaki açıklamalara bakılmalıdır.

⁶⁷ Bu konuyla ilgili görüşümüz ve gerekçeleri için de, *Göçmen Kaçakçılığı* başlığı altındaki açıklamalara bakılmalıdır.

⁶⁸ Prof. Dr. Hikmet Sami Türk’ün 1 Eylül 2001 günü Uluslararası Hukukçu Kadınlar Federasyonu Genişletilmiş Konsey Toplantısı’nda yaptığı konuşma, “Kadın ve Genç kız Ticareti”, Uluslararası Hukukçu Kadınlar Federasyonu Genişletilmiş Konsey Toplantısı, Türk Hukukçu Kadınlar Derneği, 1-4 Eylül 2001, İstanbul, s. 15.

⁶⁹ Trafficking in Persons: Global Patterns, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), April 2006, s. 57 (Raporun İngilizce metni için bkz. <http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en.pdf>) (erişim tarihi: 15.10.2009).

konulabilmektedir. En azından mağdurlarla ilk bağlantının kurulduğu ve temin edildikleri ülkeler, istismar maksadının gerçekleştirileceği hedefe doğru yapılan yolculukta üzerinden geçilen noktalar ve istismarın gerçekleşeceği ülke bakımından bir takım özelliklerin tespit edilmesi mümkün olmaktadır. Böylece, insan ticareti suçunda, ülkelerin konumlarına göre “kaynak ülke” ya da “çıkış ülkesi”, “transit ülke” ya da “geçilen ülke” ve “hedef ülke” ya da “varış ülkesi” biçimindeki kavramlar ortaya çıkmaktadır⁷⁰. Bu ülkelerle ilgili eğilimlerin belirlenmesi; insan ticaretinin, nedenleri, boyutları, kullanılan yöntemler gibi suçla ilgili kriminolojik özellikler de dahil birçok yönden anlaşılmasına yardımcı olacak, deyim yerindeyse suçla ilgili şifrelerin çözülmesini sağlayacaktır. Bu kapsamda, öncelikle bu suçtan etkilenen ülkelerin neye göre ve hangi kavramlar altında gruplandırılacağı belirlenmesi gereklidir.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, ülkeleri insan ticareti suçundaki konumlarına göre üç gruba ayırmak mümkündür: Kaynak ülkeler, transit ülkeler ve hedef ülkeler. Bu gruplandırmada en önemli ölçüt suçu oluşturan “hareketler” olmakla birlikte, bunun tek başına belirleyici olmadığı belirtilmelidir. Örneğin, kaynak ülkelerin belirlenmesinde mağdurun vatandaşlığı önemli olabilmekte; hedef ülkeler yönünden ise, failer ve mağdurlar daha bu ülkelere varmadan ele geçirilebildiklerinden, bazı hallerde, ortaya konulduğu ölçüde, yalnızca maksada bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekebilmektedir.

Kaynak ülkeler, genellikle ekonomik, sosyal veya siyasi yönden o ülkede yaşayan bireylerin yaşamlarını olumsuz yönde etkileyecek koşulları barındıran ülkeler olmakta ve insan ticaretinin “arz” yönünü oluşturmaktadır. İnsan tacirlerinin, bu ülkelerde yaşayan kişileri, sahte iş vaatleri, sözde evlilik teklifleri gibi türlü yöntemlerle tedarik ederek yolculuğu başlatan taraf olmalarına daha sık rastlanmaktaysa da; kaynak ülkelerde yaşayan kişilerin, iş bulmak ya da yaşamlarındaki olumsuz koşullardan kurtulmak gibi amaçlarla yabancı ülkelere gitmek üzere yola çıkarak, sınırları geçmelerini kolaylaştıran insan tacirlerinin eline düşmeleri veya gittikleri ülkelerde yasadışı durumları ya da diğer nedenlerle savunmasız olmaları nedeniyle insan ticareti mağduru haline gelmeleri de mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, tacirlerin mağdurlarla ilk

⁷⁰ Sınıraşan nitelikteki suçlara özgü bir terminolojiye ait olan bu kavramlar, yine bu özelliği taşıyan göçmen kaçakçılığı suçu bakımından da kullanılmaktadır.

bağlantıyı kurdukları, onları temin ettikleri ve yolculuğun başladığı yerden daha fazlasını ifade eden kaynak ülkenin, insan ticareti mağdurlarının tacirlerin eline düşmeden önce yaşadığı veya vatandaşı olduğu ülke olarak tanımlanması daha doğrudur⁷¹. Bu kavramın tercih edilmesinde belirleyici olan, ticaretin “kaynağı” olan kişilerin bulunduğu ülkelerin kastedilmesidir. Bu nedenle, belki “kaynak ülke” biçimindeki ifade yerine, Türkçe bakımından daha doğru olan “çıkış ülkesi” tercih edilebilirse de, bu kavram, suçun mağduru olarak “insan” kaynağını sağlayan ülkelerin konumlarını tam anlamıyla ifade etmek bakımından yeterli olmayacaktır. İnsan ticaretini oluşturan hareketler arasında kaynak ülkelerle doğrudan bağlantılı olanı, mağdurların veya olası mağdurların “tedarik edilmesi” olmaktadır⁷².

Transit ülke veya geçilen ülke, bir mağdurun, kaynak ülkeden, tacirler tarafından belirlenmiş olan hedef ülkeye götürüldüğü yol üzerinde bulunan ve yasal veya yasadışı yollardan sınırlarının geçildiği ülkedir⁷³. Genel kabul gören “transit ülke” teriminin, aynı anlamı verecek şekilde Türkçede “geçilen ülke” olarak ifade edilmesi daha uygun olacağından, bundan sonraki açıklamalarımızda bu kavram tercih edilecektir. Bir yol üzerinde birden fazla geçilen ülke olması mümkündür. Ayrıca; tacirlerin, her zaman en kısa yolu ya da coğrafi koşullara göre en uygun güzergahı tercih etmedikleri, belirli bir kaynak ülke ile belirlenen hedef ülke arasında çok farklı alternatif yolların bulunabileceği belirtilmelidir⁷⁴. Genellikle geçiş ülkelerinin topraklarında istismar biçimlerinin gerçekleşmesi söz konusu olmazsa da, kimi zaman hedef ülkeye henüz varılmadan, mağdurların çeşitli sebeplerle istismara maruz kalmaları mümkündür⁷⁵.

Hedef ülke bakımından belirleyici olan hareket ise, insan ticareti suçunun yöneldiği maksadı oluşturan, “istismar” olmaktadır⁷⁶. Tacirler tarafından kararlaştırılan hedef ülkeler, insan ticareti mağduru kişilerin götürüldükleri son duraktır. Burada,

⁷¹ BOLAT, Gürbüz, Dünyada ve Türkiye’de İnsan Ticareti, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Ana Bilim Dalı, Ankara, Eylül 2005, s. 43.

⁷² Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 58.

⁷³ Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, “Türkiye’nin İnsan Ticareti ile Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalete Erişimlerinin Desteklenmesi” - AB Hibe Projesi, 2. Baskı, Kasım 2009, Ankara, s. 19 (Bundan böyle “İnsan Ticareti Suçu El Kitabı” olarak anılacaktır); Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 60; BOLAT, s. 43.

⁷⁴ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 60.

⁷⁵ İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 20.

⁷⁶ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 63.

mağdurlar; ya kendilerini istismar edecek kişilere satılarak, devredilerek, teslim edilerek ya da tacirlerin kendileri tarafından istismar edilmek, kullanılmak üzere barındırılarak ticaretin konusu haline getirilmektedir. Buna göre, hedef ülkeyi; insan ticaretinde bir kişinin istismara konu edilmek üzere götürülmesinin hedeflendiği, insan tacirleri tarafından belirlenen varış ülkesi olarak tarif etmek mümkündür.

Bütün ülkelerin, insan ticareti suçundan ağırlıklı olarak etkilenme biçimlerine göre bu gruplardan biri içinde konumlandırılmaları mümkündür. Ancak, insan ticareti akımları dünya üzerinde tek bir yönde ve düzeyde ilerlememektedir ve izlenen rota, coğrafi özellikler ve istismar maksadı gibi nedenlere bağlı olarak ülkelerin karşılıklı rolleri değişebilmektedir. Bu nedenle, bir ülkenin aynı anda hem kaynak, hem geçilen hem de hedef ülke olabilmesi mümkündür⁷⁷. Örneğin, Asya bölgesinde yer alan ülkeler, Batı Avrupa bakımından genellikle kaynak ülke özelliği gösterebilirler de, suçun aynı bölge içinde çeşitli ülkeler arasında işlenmesi durumunda, bazı Asya ülkeleri geçilen ülke, bazıları da hedef ülke konumunda olacaktır⁷⁸. Yine bir ülke, faaliyetin yöneldiği istismar maksadına göre, farklı kategoriler içinde konumlandırılabilir. Örneğin Romanya'nın zorla fuhuş yaptırma maksadıyla hedef ülke olarak konumlandırıldığı hallerde, kaynak ülkeler Moldova ve Kolombiya gibi ülkeler olurken, zorla çalıştırma amacıyla Romanya'ya yönelen insan ticaretinde Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Honduras kaynak ülkeler olarak belirtilmektedir⁷⁹. Bu bakımdan, bir ülkenin insan ticareti suçundan kaynak, geçilen veya hedef ülke olarak etkilenmesinde, o ülkenin sosyo-ekonomik koşullarının yanında, içinde bulunduğu bölge ve komşuları gibi coğrafi özelliklerin de belirleyici olduğu görülmektedir⁸⁰.

4. “Tacir”, “istismar eden” ve “müşteri” kavramları

İnsan ticareti, kişilerin çeşitli biçimlerde istismarına yönelik bir faaliyet olduğu için çoğunlukla bir süreç içerisinde gerçekleşmekte, diğer bir ifadeyle zamana yayılabilmektedir. Bu süreç boyunca suçun çeşitli aşamalarında farklı kişilerce

⁷⁷ Aynı yönde bkz. BOLAT, s.43.

⁷⁸ Ülkelerin gruplandırılması konusunda ikinci bölümde, ulusal mevzuatların incelendiği kısımda daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

⁷⁹ Trafficking in Persons Report 2010, United States Department of State, Office To Monitor and Combat Trafficking in Persons, s. 277 (Raporun tam metni için bkz. <http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2010/>) (Erişim tarihi: 24.08.2010). (Bundan böyle “US TIP Report 2010” olarak anılacaktır).

⁸⁰ BOLAT, s. 43.

gerçekleştirilen eylemler söz konusu olabilmektedir. Bu aşamaların her birinde yer alan kişileri kapsayacak ortak bir terimde karar kılmanın mümkün olup olmadığının tartışılması gereklidir.

Genel eğilim, suçun maddi unsuruna dahil olan araç veya asıl hareketleri gerçekleştiren; örneğin mağdurları tedarik eden, teslim alan veya mağduru aldatan, ona şiddet uygulayan kişileri “tacir” kavramı ile ifade etmek yönündedir⁸¹. “Tacir” sözlükte, “ticaretle uğraşan kimse, tüccar” anlamlarına gelmektedir⁸². Yukarıda, bu faaliyeti ifade etmek için “insan ticareti” kavramını tercih ettiğimiz göz önüne alındığında, bu ticareti icra eden, bununla meşgul olan kişileri de “tacir” olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Kaldı ki, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin tamamı, mağduru ticaretin konusu haline getirmeye yöneldiğine ve bir aracılık faaliyetini ifade ettiğine göre, “aracı” sıfatıyla bu hareketleri gerçekleştiren kişiye “tacir” denilmesi, fiilin niteliği ile de bağdaşacağından bizce yerindedir.

Hedef ülkelerde mağdurları satın alarak, üzerlerinde hakimiyet kuran ve onları zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek veya fuhuş yaptırmak suretiyle istismar eden kişiler bakımından “tacir” sözcüğünün uygun olup olmayacağı ise ayrıca değerlendirilmelidir. Mağdurların nakledilmesine, barındırılmasına veya tedarik edilmesine dahil olmayan bu kişiler, ancak “maksadın” gerçekleştiği noktada, yani “istismar” aşamasında sürece katılmaktadırlar. Bizce bu aşama “insan ticaretinin” devamı olmakla birlikte, teknik anlamda “ticaret” sona erdikten sonra başlamaktadır. Bu nedenle bu kişiler için “tacir” ifadesinin kullanılması doğru olmayacaktır. Burada en uygun kavramın “istismar eden” olduğunu düşünmekteyiz⁸³. Bununla birlikte, bazı hallerde tacir ile istismar eden sıfatlarının aynı kişide birleşmesi mümkündür. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesindeki tanımda, sadece “istismar maksadı” denilerek, bu maksadı kimin gerçekleştireceği yönünden bir sınırlama getirilmemiştir.

⁸¹ KELLY, s. 17. İngilizcede tacirin karşılığı olarak “*trafficker*” terimi kullanılmaktadır. “Human trafficking” kavramı içerisinde değerlendirildiğinde terim bu anlama gelmekteyse de, başka suçlarla bağlantılı olarak kullanıldığında anlamı değişebilmektedir. “*Drug trafficker*” tabiri için “uyuşturucu taciri” yerine daha çok “uyuşturucu kaçakçısı” ifadesinin kullanılması, bu duruma bir örnek teşkil eder.

⁸² www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 26.12.2010).

⁸³ Aynı yönde bkz. KELLY, s. 17. İngilizcedeki “*exploiter*” kelimesinin karşılığı olarak “istismar eden” tabiri kullanılmıştır.

Son olarak “müşteri” kavramından söz etmek gereklidir. Bu terim, genellikle insan ticareti mağdurlarının sunduğu hizmetlerden yararlanan kişileri ifade etmek üzere kullanılmaktadır⁸⁴. Bunlar, mağdur üzerinde belirli bir kontrol yetkisine sahip olmayan, sadece menfaat karşılığı mağdurun hizmetlerinden yararlanan kişileri ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, müşteriler, insan ticaretinde “talebi” oluşturan kişilerdir. Örneğin, fuhuş yaptırmak suretiyle istismar edilen mağdura cinsel ilişki karşılığı para ödeyen kimse, organları alınmak suretiyle istismar edilen kişinin böbreğini belirli bir ücret karşılığı satın alan kişi bu kavram altında değerlendirilecektir.

II. TARİHSEL GELİŞİM

A. Genel Olarak

İnsan ticareti, bireyin, bir başka insanın hakimiyeti altına girmesi ve ticarete konu edilerek istismar koşullarına tabi tutulması sonuçlarını doğurması nedeniyle köleliğe benzetilmekte, hatta “çağımızın köleliği” ya da “modern kölelik” gibi isimlerle anılabilmektedir. Bu durum, suçun tarihçesinin köleliğin ortaya çıkışını da içerecek şekilde ele alınması şeklindeki yaklaşımı beraberinde getirmektedir. Tarihsel gelişime ilişkin bu bölümde kölelik ve insan ticareti arasında bir karşılaştırma yapmaya imkan vermesi amacıyla bu iki olgu ayrı başlıklar altında incelenmiştir. İlk kısımda; tarihin eski dönemlerinden, bu kurumun kaldırıldığı güne kadar, çeşitli örnekler temelinde köleliğin uygulanma biçimleri ve özellikleri genel hatlarıyla ortaya konularak, bu olgunun tanımı ve sürekli genişleme eğiliminde olan kapsamı incelenecektir. İkinci kısımda; tarihte “beyaz kadın ticareti” olarak anılan kadın ve genç kızların fuhuş amacıyla ticaretinin ortaya çıkışından başlayıp, faaliyetin, bugünkü “insan ticareti” suçu haline gelene kadarki gelişimine yer verilmektedir. Son olarak, kölelik ve insan ticareti ile ilgili olarak varılan sonuçlar doğrultusunda; “modern kölelik” kavramından yola çıkılarak, bu ikisi arasındaki ilişki, her iki olgunun örtüşen ve farklılık arzeden yanları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

⁸⁴ İngilizcedeki “customer” ve Fransızcadaki “client” sözcüğünün Türkçedeki karşılığı olarak “müşteri” kelimesi tercih edilmiştir.

B. Kölelik ve İnsan Ticareti

1. Kölelik

İlk insan toplumundan bu yana güç (iktidar), karşıtı olan zayıfları da doğurmuş, bir toplumsal olgu olan kölelik kurumu, bu ilişkiye dayanarak oluşmuştur. Tarihte köleliğin, ekonomik-sosyal bir gerçeklik olarak kabul edilerek benimsendiği ve çok uzun bir süre boyunca bu “gerçekliğe” karşı çıkılmasının söz konusu olmadığı görülmektedir⁸⁵.

Bütün eski uygarlıklarda köleliğe rastlamak mümkündür. Bununla birlikte, köleliğin toplumsal, siyasal ve ekonomik yaşamdaki yeri tarihsel süreç içerisinde ve çeşitli toplumlara göre değişiklik göstermektedir.

Köleliğin başlangıç tarihi tam olarak bilinmemekle birlikte, kabilelerin, göçmen hayattan, tarım hayatına (yerleşik hayata) geçmesi ile bu kurumun oluştuğu tahmin edilmektedir. Özellikle büyük toprakları elinde bulunduran az sayıdaki zengin nüfusun köle emeğine ihtiyaç duyduğu, büyük toprakların parçalara bölünmesiyle köleliğin giderek yaygınlaştığı belirtilmektedir⁸⁶. Tarımın yanında zamanla hayvancılık, ticaret ve madencilik gibi alanlarda da köleler kullanılmaya başlanmıştır⁸⁷. Köleliğin tarihi boyunca hiç değişmeyen olgu, kölelerin ekonomik hayatın bir parçasını teşkil etmeleri olmuştur. Özellikle eski uygarlıklar bakımından, çeşitli toplumlarda gerek kurumun kaynağı gerekse kölelerin hukuki statüleri ve fonksiyonları bakımından büyük benzerlikler bulunması, bunların dayandığı ekonomik temelin değişmeden varlığını sürdürmesi ile açıklanmaktadır⁸⁸.

Modern hukuk sistemlerine hakim olan, insanların eşit ve özgür oldukları ve doğuştan bir takım haklara sahip oldukları yönündeki anlayışın aksine, köleliğin kabul edildiği eski hukuk sistemlerinde, özgür insanların ve kölelerin iki ayrı sınıfı

⁸⁵ FENDOĞLU, Hasan Tahsin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik, Kamu Hukuku Açısından Mukayeseli Bir İnceleme, Beyan Yayınları, İstanbul 1996, s. 26.

⁸⁶ İbid., s. 25.

⁸⁷ İbid., s. 25 vd. Atina’da çok sayıda kölenin gümüş madenlerinde çalıştırıldığı, M.Ö. 5. yüzyılda madenlerde çalışan kölelerin sayısının on bini geçtiği belirtilmektedir (JONES, A.H.M., “Slavery in the Ancient World”, Slavery in Classical Antiquity, Edited by M. I. Finley, Cambridge, 1960, s. 4).

⁸⁸ BOZKURT, Gülnihal, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 38, Sayı: 1-4, 1981, s. 66.

oluşturmaları söz konusudur. Özellikle antikçağda, eski Yunan ve Roma uygarlıklarında bu ayırımın oldukça keskin olduğu ve yasalarla belirlendiği görülmektedir.

Köleliğin, başlangıcı M.Ö. 4000 yıllarına kadar dayandırılan Mezopotamya uygarlıklarında da varolması, ne derece eski ve köklü bir kurum olduğunun bir göstergesidir. Örneğin, Sümerlerde, esas kaynağı savaş esirleri olan kölelik, Sümer kanunlarına da yansımış, Sümer tabletlerinde, kölelerin hukuki statüleri ve azatlanmalarına ilişkin bazı maddelere dağınık olarak yer verilmiştir⁸⁹. Özgür insanların da çeşitli nedenlerle köle haline gelebildiği bu toplumda, kölelerin efendinin malı sayılmaları ve örneğin saçlarının traş edilmesi suretiyle damgalanmaları kabul edilmişse de, mülk edinme, hürriyetini satın alma, başkasına satılmayı istememe halinde mahkemeye gitme gibi bir takım haklarının bulunduğu da görülmektedir⁹⁰. Bunun gibi, Babil’de Hammurabi Kanunlarına göre “köleler” toplumdaki halk tabakalarından en aşağısını temsil etmekte ve köleler, dışardan köle ithali, savaş esirleri, borcunu ödeyememe, anne-babaların çocuklarını satmaları gibi kaynaklardan elde edilmekteydi⁹¹. Efendinin köle üzerinde mutlak bir mülkiyet hakkı bulunmakta ve köle her türlü ticarete konu olmaktadır. Ayrıca kölelerin saçlarının traş edilmesi, kızgın demirle ya da iğneyle efendinin isminin dövme yapılması suretiyle damgalandıkları görülmekteydi⁹².

Yunan uygarlığında da, köleliğin, üretim etkinliği sorununa getirilebilecek kabul edilebilir bir çözüm olarak toplumsal ve ekonomik hayatta yer aldığı görülmektedir⁹³. Bu dönemde, köleliğin özgürlük ile ilişkilendirilerek değil, yerine getirdiği işlev açısından kabul edildiğini söylemek mümkündür. Nitekim eski Yunanda köleliğin zorunlu bir kurum olduğunu belirten Aristoteles, köleleri, mülkiyetin bir parçasını oluşturan birer unsur, bir işin yapılmasına yardım eden “alet” olarak görmekteydi⁹⁴. Bu dönemde köle, “*istenildiğinde alınıp satılabilen, ömrünü tüketinceye kadar hizmet eden*

⁸⁹ İbid., s. 69, 70.

⁹⁰ İbid., s. 70- 71.

⁹¹ İbid., s. 74.

⁹² İbid., s. 75-77.

⁹³ Siyaset Felsefesi Sözlüğü (Dictionnaire de philosophie politique), Yayına Hazırlayanlar: RAYNAUD, Philippe – RİALS, Stéphane, Çev. YERGUZ, İsmail -SEVİL, Necmettin Kamil – ERGUN, Emel – DİLLİ, Hüsnü, İletişim, İstanbul 2003, s. 524.

⁹⁴ MALAY, Hasan, Çağlar Boyu Kölelik, Gündoğan, Ankara 1990, s. 14.

ve işlevini tamamlayınca bir kenara atılabilen bir malı” ifade etmekteydi⁹⁵. Bu toplumda, kölelerin, azad edilmiş olsalar da vatandaş sayılmamaları önemlidir. Köleleri “mal” olarak kabul eden Platon, kölelerin vazifesinin efendileri için gereken serveti ve diğer şeyleri temin etmek, hizmetlerine koşmak olduğunu belirtmiştir⁹⁶. Atina’da az sayıda zanaatkarın köle olduğu ve bunların hak ve borç edinebildikleri, bu hak ve borçlarla birlikte satıldıkları belirtilmektedir⁹⁷.

Romalılar, “diğer kavimlerin köle olarak yaratıldıklarına” inanmaktaydı⁹⁸. Roma imparatorluğu döneminde, köle işgücünün büyük ölçüde tarım alanına doğru genişlediği ve toprak sahiplerinin, her türlü çiftçilik işlerinde, toprağın ekilmesinde, sürülmesinde, üzüm bağlarında ve otlaklarda, kölelerin işgücünden yararlandıkları görülmektedir⁹⁹. Roma yasalarına göre, köleler ve özgür insanlar kesin sınırlarla birbirlerinden ayrılmışlardır¹⁰⁰. Buna göre kölelik, insanlığın ortak bir uygulamasıdır (*ius gentium*)¹⁰¹. Yine bu yasalarda “özgürlük” (*libertas*), “insanın silah ya da yasalarla engellenmeksizin istediğini yapabilme yetkisi”; “kölelik” (*servitus*) ise, “kişinin diğer bir kişiye sahip olmasını sağlayan bir(..) kurum” olarak tanımlanmakta ve kölelerin, birer mülk sayılmalarının, “onların kuvvet kullanılarak ele geçmiş (*manucipiantur*) olmalarından kaynaklandığı” kabul edilmektedir¹⁰².

Bunun yanında, yine Romalılarda, toprakta ve maden vb. sanayide iş gücü olarak kullanılan özgür kişiler ile kölelerin toplumsal ve yasal statülerinin bazı açılardan benzeştiği anlaşılmaktadır. Bir taraftan, işgücü kaynağı az olduğundan, çalışanların, örneğin toprağı işleyen özgür kişilerin, aileleriyle birlikte imparatorun egemenliği altındaki bu toprağı bağlanması istenmekte, yasalarla buradan ayrılması ve efendisine karşı dava açması engellenmekteydi. Diğer taraftan nesilden nesile geçen statü

⁹⁵ İbid., s. 13.

⁹⁶ SAHİ: *el-İslam ve'r-Rıqq*, s. 14'ten aktaran: FENDOĞLU, s. 43.

⁹⁷ İbid., s. 46.

⁹⁸ MALAY, s. 13.

⁹⁹ JONES, s. 8.

¹⁰⁰ MALAY, s. 15.

¹⁰¹ İbid., s. 16. Bunun yanında, bazı imparatorlar tarafından getirilen iyileştirmelerden söz edilmektedir. Örneğin Augustus, efendilerin köleler üzerindeki yaşam ve ölüm yetkilerini kısıtlamış, *Hadrianus*, kölelerin zindana atılmasını yasaklamıştır (BENOT, Yves, La modernité de l'esclavage-Essai sur la servitude au coeur du capitalisme, Editions La Découverte, Paris, 2003, s. 26)

¹⁰² MALAY, s. 16.

neticesinde kölelik durumunda bulunanların, mülk edinmelerine ve bunu çocuklarına miras bırakmalarına izin verildiği görülmekteydi¹⁰³.

Doğu toplumlarında ise kölelik, M.Ö. 1000-M.S. 500 yılları arasında zaman içinde kabul edilmiş ve savaşta adam öldürmenin alternatifi sayılmıştır¹⁰⁴. Eski Mısırlılarda kölelik, iş yapma, itaat etme ve savaşmak için bir güç olarak kullanılmıştır¹⁰⁵. Araplarda kölelik kurumlaşmıştı ve savaşların yanında, borçluluk, adam öldürme ve zina gibi ağır suçlar işlemek, kişinin kendisini veya çocuklarını satması gibi nedenlerle de köleleştirme söz konusuydu¹⁰⁶.

Türklerde, müslümanlık öncesinde de köleliğin olduğu belirtilmektedir. Savaşta elde edilen esirlerin mülkiyeti, bunları elde edene verilirdi. Göktürk Devletinde, savaşta kaybeden kavimler ve çocukları köle olarak alınmaktaydı. Uygurlarda ise kölelik, köle azadı, köle satımı, diyet gibi kavramlar bulunmakta; Roma hukuku kadar sert olmasa da, sahiplerin, köleleri üzerinde mülkiyet hakları kabul edilmekteydi¹⁰⁷.

Roma imparatorluğundan miras kalan kölelik Batı Avrupa'da hiçbir zaman ortadan kaldırılmamış olsa da sona ermiştir. Tam olarak hangi tarihte gerçekleştiği bilinmemekle birlikte, burada çeşitli siyasi koşulların da yardımıyla bir tür doğal ölümün gerçekleştiği belirtilmektedir. Esasında bütün Roma Avrupası bu yokoluşu yaşamamış, Akdeniz'de; İber yarımadasında, İtalya'nın pek çok yerinde ve Malta'da, rönesansa ve hatta XIX. Yüzyılın başlarına kadar diğer yerlerde kölelik varlığını sürdürmüştür¹⁰⁸.

Ortaçağ döneminde köleliğe ilişkin yeterli kaynağa rastlamak mümkün olmasa da genel olarak Hristiyan dünyasında, dinsel öğretinin kölelere karşı daha insancıl bir yaklaşımı telkin ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Bu etkinin dışında, Avrupa'yı işgal eden barbar kavimlerde, köleler ile özgür insanları kesin bir biçimde birbirinden ayıran

¹⁰³ JONES, s. 14. Birbirleriyle evlenmelerine izin verilen köleler ve toprağa bağlı özgür köylüler arasında tek fark olarak, bunların karışık evliliklerinden doğan çocukların statülerinin farklı kurallara tabi olması belirtilmektedir (İbid., s. 15)

¹⁰⁴ FENDOĞLU, s. 30.

¹⁰⁵ İbid., s. 31-32.

¹⁰⁶ İbid., s. 35.

¹⁰⁷ FENDOĞLU, s. 32.

¹⁰⁸ BENOT, s. 27.

¹⁰⁹ LENGELLÉ, Maurice, L'esclavage, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, 1962, s. 70.

yasaların yürürlükte olduğu ve özellikle savaş esirleri bakımından köleliğin bir ceza işlevi gördüğü belirtilmektedir¹¹⁰.

Artık ticaretten çok toprağa ve araziye, efendi ve uşak arasındaki ilişkiye dayalı bir yaşamın hüküm sürdüğü bu dönemde, eski Roma şehirlerinin kalıntıları arasında, serflerin yaşadığı topraklarla çevrili şatolar üzerine temellenen bir ekonomiden söz edilmektedir¹¹¹. Böylece, Kuzey Avrupa’da ikinci bin yılın başlarında köleliğin hızlı bir şekilde yerini “serfliğe” bırakmaya başladığı, senyör ve toprağa bağlı köylü ilişkisinin ortaya çıktığı görülmektedir. Hatta özgürlüğüne kavuşmuş kölelerin de dahil olduğu köylülerin bir senyörün koruması altına girmeleri, bunlara bir ev ve bir miktar toprak verilerek bunun karşılığında da önceden kararlaştırılan zorunlulukların yüklenmesi bu dönemde ortaya çıkmaktadır¹¹². Aynı dönemde, köleliğin geleneksel özelliklerinden sayılan yükümlülüklerin hemen hepsinin serflere uygulanmaya başladığı ve serflere karşı bir aşağılama tavrı geliştirildiği belirtilmektedir¹¹³. Bir süre sonra serflik, toprağa değil, bir başka insana, “senyöre” bağımlı bir statü haline gelmiştir¹¹⁴.

15. yüzyılda yeni ticaret yollarının bulunması amacıyla başlayan yolculuklarla yeni kıtaların keşfedilmesi, kölelikte yeni bir dönemi ve 19. yüzyılın sonlarına kadar devam eden “transatlantik köle ticaretini” başlatmıştır. Avrupalı güçlerin, “Yeni Dünya’yı sömürme telaşının ortalarında doğan transatlantik köle ticareti ile; kolonilerin yağmalarına, hastalıklara ve işgücü taleplerine yenik düşen Amerikan yerlilerinin yerini almak üzere Afrikalı kölelerin ithaline başlanmış ve bunlar kısa zamanda, Batı dünyasında ekonomik ve toplumsal yaşamın bir parçası haline gelmişlerdir¹¹⁵. Tarihçiler, 15. yüzyıl başlarından 19. yüzyıl sonlarına kadar dokuz buçuk milyon civarında Afrikalının Amerika’ya ve diğer bölgelere köle olarak gönderildiklerini tahmin etmektedir¹¹⁶. İthal edilen kölelerin çalıştırılması suretiyle yeni keşfedilen topraklardan

¹¹⁰ İbid, s. 70-71.

¹¹¹ İbid, s. 71.

¹¹² BENOT, s. 30.

¹¹³ BLOCH, Marc, Feodal Toplum, Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY, Opus, Ankara, 1997, s. 400, 409.

¹¹⁴ İbid., s. 412.

¹¹⁵ BRAVO, Karen E., “Exploring the Analogy Between Modern Trafficking in Humans and the Transatlantic Slave Trade”, Boston University International Law Journal, Vol. 25, No. 2, 2007, s. 213; aynı yönde bkz. LENGELLÉ-TARDY, Maurice, L’esclavage Moderne, Que sais-je?, Presses Universitaire de France, 1999, s. 13.

¹¹⁶ BRAVO, s. 213.

yararlanmak, koloni sisteminin temelini oluşturmaktaydı. Bu dönemde köleliğin uluslararası alanda yaygınlaşmasında, özellikle Avrupa için başta şeker kamışı olmak üzere, çeşitli yiyecek malzemelerinin üretiminin önemli bir etkisi olduğu belirtilmektedir¹¹⁷.

Siyasi mücadelelerin ardından İngiltere’de ve ABD’de köle ticareti 1807-1808 yıllarında resmi olarak yasaklanmasına rağmen, yasadışı bir faaliyet olarak 1800’lerin ortalarına kadar sürmüştür. Nihayet 1838 yılında Birleşik Krallık’ta kölelik yasal olarak tamamen kaldırılmış, bunu diğer ülkeler izlemiştir¹¹⁸. Uluslararası düzeydeki siyasi baskının sonucunda, köleliğin aşamalı olarak kaldırıldığı görülmektedir. Ancak özellikle sömürge bölgelerinde bu gelişmenin daha geç tarihlerde yaşandığı dikkati çekmekte¹¹⁹ ve doğrudan sömürge bölgesi olmayan bazı yerlerde de, örneğin Orta Doğu’da Sudan ve Umman gibi ülkelerde bu yasaklamanın 1960’ların sonlarını bulduğu tespit edilmektedir. Bu durumun, köleliğin yasaklanması konusundaki yoğun uluslararası baskılara dayanamayan gönülsüz bir siyasi tavrın sonucu olduğu belirtilebilir. Nitekim aynı isteksiz yaklaşım nedeniyle, dünyanın pek çok yerinde yasaklama süreci; köleliğin aşama aşama azaltıldığı ancak tamamen ortadan kaldırılmadığı, yetkili makamların zamanla sessizliğe gömüldüğü veya bu durumdaki kişilerin “gerçekte” köle değil, serf, hizmetçi ya da uşaklar olduklarını iddia ettikleri “yavaş bir ölüm” biçiminde yaşanmıştır¹²⁰.

Köleliği yasaklayan ilk uluslararası belge 1815 tarihli “Köle Ticaretinin Evrensel Olarak Kaldırılmasına İlişkin Bildirge” olmuştur (La Déclaration relative à l’abolition universelle de l’esclavage). 1815 yılından 1957 yılına kadar çok sayıda iki veya çok taraflı anlaşma bu Bildirgeyi izlemiştir¹²¹.

¹¹⁷ İbid.

¹¹⁸ İbid., s. 214.

¹¹⁹ Örneğin Mısır’da 1895, Sudan’da 1900, Nijerya’da 1901 ve Sierra Leone’de 1928 yıllarında kölelik yasaklanmıştır (QUIRK, Joel, “Trafficked into Slavery”, Journal of Human Rights, Vol. 6, Number 1, January-March 2007, s. 184).

¹²⁰ QUIRK, s. 185.

¹²¹ Abolir l’esclavage ..., s. 3.

2. Köleliğin tanımı ve kölelik benzeri uygulamalar

Tarih boyunca çok çeşitli toplumlarda toplumun kölelere bakışı, kölelerin statüleri, hakları, işlevleri ve benzeri alanlarda bir takım farklılıklar bulunsa da temel bir takım eğilimlerin tespit edilebileceği görülmektedir. Herşeyden önce, kölelerin “mülkiyet” konusu olabilmeleri, bunların statülerini belirleyen en önemli özellik olarak ortaya çıkmaktadır. Bazı çağlarda ve toplumlarda kölelere az da olsa haklar tanınarak bunların birer hukuk süjesi gibi muamele gördükleri hallere rastlanmaktaysa da, esasen kölelerin, efendilerinin “malı” sayılarak, eşya hukukuna konu olmaları söz konusudur. Diğer bir ifadeyle, kölelik, bu duruma konulan kimsenin hukuki kişiliğinin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir kavramdır¹²². Ayrıca kölelik ilişkisinde, azat etme dışında, bir süreklilik olduğu da tespit edilmektedir¹²³. Köle, bir çok temel hakkının yanısıra hareket özgürlüğünden ve kendisi adına karar verme yeteneğinden yoksun bırakılan kişidir¹²⁴. Dolayısıyla “mülkiyet” kavramına aynı zamanda “tam bir hakimiyet” eşlik etmektedir. Bunun yanında, kölelerin ekonomik hayatın vazgeçilmez bir parçası olmaları, çok ucuz veya bedava işgücü olarak üretimin her aşamasında kullanılmaları tarihin bütün dönemlerinde ve bütün toplumlarda köleliğin değişmeyen temelini teşkil etmektedir. Bu nedenle, kölelik, içinde “sömürü” kavramını da barındırır. Uzun yıllar kölelik karşıtı söylemlerin temelini oluşturan bu kavramlar¹²⁵, köleliğin tanımlandığı ilk uluslararası belge olan 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme’de kısmen karşılığını bulmuştur.

23 Ekim 1953 tarihli Protokol ile değişik 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme’nin 1. maddesinde kölelik; “*üzerinde mülkiyet hakkına bağlı erk ve yetkilerin kısmen ya da toplu olarak kullanıldığı bir kişinin statüsü ya da durumu*” olarak tanımlanmaktadır (par. 1). Aynı maddenin ikinci paragrafında ise köle ticareti “*bir şahsın köle haline getirmek için ele geçirilmesi, iktisabı veya devri, bir kölenin satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere iktisabı; satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere iktisap edilmiş bir şahsın satış veya değiş-tokuş suretiyle devri ve genel olarak kölelerin ticareti*

¹²² SMITH, Rhona K.M., Textbook on International Human Rights, 1st Ed., Black Stone Press, 2003, s. 235.

¹²³ Siyaset Felsefesi Sözlüğü, s. 522.

¹²⁴ UN Doc E/CN.4/Sub.2/1999/--, p. 9.’den aktaran: Report of the experts group on THB, s. 49, dnp. 52.

¹²⁵ QUIRK, s. 183-184.

veya nakline ilişkin her türlü eylem” olarak kabul edilmektedir. Köleliğin tanımı bakımından bugün hala 1926 tarihli bu Sözleşme geçerli olmakla birlikte, köleliğin burada yer alan klasik tanımının, köleliğe benzeyen ve yasaklanması gereken başka esaret biçimlerini içermemesi nedeniyle, bu belge, 1956 tarihli “Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme” ile tamamlanmıştır. 1956 tarihli Ek Sözleşme’de, “köleliğe benzer koşullar” (*condition servile*) olarak ifade edilen bir takım uygulamalar sayılarak, köleliğin yanında ve 1926 tarihli Sözleşmedeki “kölelik” tanımına girip girmediğine bakılmaksızın, bu uygulamalara son verilmesi yükümlülüğü getirilmektedir. Bu kapsamda, borç karşılığı köleleştirme, serflik ve çocukların emek sömürüsü amacıyla başkalarına teslimi ile köleliğe benzer bir takım uygulama ve gelenekler belirtilmiştir¹²⁶.

Kölelik benzeri kurum ve uygulamaları bu şekilde açıkça kabul eden ve tanımlayan 1956 Sözleşme’den önce de, kavramın, 21 Mart 1950 tarihli İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin New York Sözleşmesi’nde kullanıldığı görülmektedir. Burada, açıkça “kölelik”ten bahsedilmezken, Sözleşme’ye konu olan faaliyetlerin, gelişen uluslararası kavramlar sonucunda, kölelik benzeri uygulamalar dahilinde sınıflandırıldığı belirtilmiştir. Buna göre kadın ve genç kızların ticareti, köleliğe benzeyen ve bu nedenle uluslararası toplum tarafından cezalandırılması gereken uygulamalar olarak kabul edilmelidir¹²⁷.

BM’nin, bir takım eylemleri ve uygulamaları “köleliğe benzer” olarak nitelermek yönündeki tavrı, 1956 tarihli Ek Sözleşme’nin ardından daha da belirginleşmiş¹²⁸ ve nihayet, Ayrımcılığın Kaldırılması ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu

¹²⁶ Bu kapsamda sayılan kurum ve uygulamalar aşağıda uluslararası düzenlemelere ilişkin bölümde, ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Burada, sözü geçen Sözleşmenin kapsamıyla sınırlı olmaksızın, daha genel bir yaklaşımla “kölelik benzeri uygulama” kavramı ele alınmak istenmektedir.

¹²⁷ SMITH, 235.

¹²⁸ BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi’nin 1232(XLII) sayılı ve 1967 tarihli Çözüm Önerisinde, ırkçı apartheid politikaları ve sömürgeciliğin, köleliğe benzer uygulamalar teşkil ettiği ve tamamen ortadan kalkması gerektiği açıkça belirtilmiştir (Resolution of 6 June 1967, “Question of slavery and the slave trade in all their practices and manifestations, including the slavery-like practices of Apartheid and Colonialism”, Economic and Social Council Official Records, Forty-Second Session, Resolutions, Supplement No. 1, United Nations, New York, 1967, s. 13) (Çözüm Önerisinin İngilizce metnine ulaşmak için bkz. <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/761/56/IMG/NR076156.pdf?OpenElement>) (Erişim tarihi: 24.12.2010).

tarafından, 1974 yılında Köleliğin Modern Biçimleri konusunda bir Çalışma Grubu görevlendirilmiştir. Bu Çalışma Grubu, bugün hala sürdürülmekte olan kölelik benzeri uygulamalara dünyanın dikkatini çekerek, kölelik profilini geliştirmeye devam etmektedir¹²⁹.

3. İnsan Ticareti

Transatlantik köle ticaretinin kaldırılmasının ardından bütün dikkatlerin kadın ve genç kızların fuhuş maksadıyla ticareti üzerine yoğunlaşmasıyla birlikte, “beyaz kadın ticareti” kavramının ortaya çıktığı ve bu kavramın, bugün “insan ticareti” olarak adlandırılan suç türünün temelini teşkil ettiği görülmektedir. Bu bölümde, olgunun ve buna bağlı olarak kavramın nasıl bir değişim geçirdiğinin ortaya konulması amacıyla, 19. yüzyılın ortalarında kadın ve genç kız ticaretinin iyice etkisini göstermeye başlamasından günümüze kadar devam eden süreç incelenecektir.

a) İnsan ticaretinin ortaya çıkışı: beyaz kadın ve çocuk ticareti

Zorla veya iradi olarak “seks işçiliği”¹³⁰ ticareti 1840’larda kök salmış, sonrasında ise büyümeye ve karmaşıklaşmaya devam etmiştir. Bu faaliyete yönelik talebe, ailevi herhangi bir bağı olmayan çok sayıda erkeğin taşınmasını ve göçü içeren birbirine bağlı üç gelişme hakim olmuştur. Bunlardan ilki; tarım ekonomisinde Afrikalı kölelerin yerine geçmek, madencilik sanayiine insan sağlamak ve tren yolları, kanallar gibi büyük inşaat projelerini yüklenmek üzere sözleşmeli işgücünün yerleştirilmesidir¹³¹. Köleliğin kaldırılması, giderek genişleyen kapitalizmin henüz aç olduğu ve serbest işgücü göçünün bu talebi karşılayamadığı bir zamanda gerçekleşmiştir. Bu durum, yoksulluğun ve topraksızlığın istekli bir göçmenler havuzu yarattığı Hindistan, Çin,

¹²⁹ SMITH, s. 238.

¹³⁰ “Seks işçiliği” kavramı, aslında “fuhuş” terimi ile neredeyse aynı anlama gelecek şekilde, para karşılığı cinsel hizmet sunumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Her ne kadar, “fuhuş” tanımı konusunda bir uzlaşmadan söz edilmesi mümkün değilse de, mevzuatımızda tercih edilen terimin bu olması ve daha genel ve yerleşik bir kullanım alanına sahip olması nedeniyle, çalışmamızın geneli içerisinde, bu faaliyetleri, “fuhuş yapmak” terimi ile ifade etmeyi tercih etmiş bulunuyoruz. Bununla birlikte, yararlandığımız metinlerde, “sex work”, “sex worker” veya “sexual labour” gibi doğrudan “seks işçiliği”ne gönderme yapılan ayırık durumlarda, bu terimin kullanılmasına dikkat edilmiştir.

¹³¹ SCULLY, Eileen, “Pre-cold war traffic in sexual labor and its foes: Some contemporary lessons”, Global Human Smuggling : Comparative Perspectives, edited by David Kyle and Rey Koslowski, John Hopkins University Press, 2001, s. 75.

Japonya, Vietnam ve Pasifik Adalarından büyük çaplı bir işgücü teminine neden olmuştur¹³². Bununla aynı anda gerçekleşen ikinci gelişme, Batılı olmayan erkeklerin koloniyel kalıplar içindeki ve Batılıların hükmettiği dünya pazarında yer değiştirmesi ve göçüdür. Zengin ve fakir, genellikle herhangi bir bağı olmayan erkeklerin yoğunlaşması, göç yoluyla gelen kadınlar tarafından sunulan, fuhuştan ev hizmetçiliğine kadar geniş bir hizmet pazarı oluşturmuştur¹³³. Üçüncüsü ise, talep tarafında Avrupa'dan ve Amerika'dan gelerek büyük inşaat projelerinin ve sömürge fırsatlarının peşinden sınırlara yönelmiş, bağımsız, varlık peşinde koşan erkeklerin geniş çaplı, uzak mesafeli akınlarıdır¹³⁴.

Seyahatin göreceli olarak kolay ve karşılanabilir olması, 1870'lerin ortalarından 1890'lara kadar süren ekonomik bunalım ve sömürge dünyasının her yerindeki büyük işgücü intikali, Batılı olmayan ülkelerin nüfusunu ve cinsel ekonomilerini geri dönülemez bir şekilde değişime uğratacak bir göç dalgasını beraberinde getirmiştir. Bu üç önemli gelişme, seks işçilerinin uluslararası ticaretini harekete geçirmiş, bölgesel fuhuş göçünü genişletmiş ve yerel fuhuşu pekiştirmiştir. Kadınlar, kurnaz girişimlerden tuzağa düşürülmeye kadar çok çeşitli koşullar altında ticarete dahil olmuş, iş koşulları üzerinde tam bir kontrolden kilitli genelevlerde köleleştirmeye varan biçimler altında çalışmışlardır¹³⁵.

Uluslararası düzeyde en önemli dinamik; bir yandan erkeklerin cinsel ve ev hizmetlerine erişimini belirleyen, diğer taraftan kadınların pazar değerini tespit eden ırk, etnik köken ve milliyet gibi evrensel ayırımlara dayanan cinsel hiyerarşilerin doğmasıdır. Bunun sonucu olarak da, örneğin, Asyalı erkek işgücünün talebine cevap verebilmek için, kendi ırkından veya etnik kökeninden olan Çinli kadınlar, Kuzey ve Güney Amerika'ya, Güneydoğu Asya'ya ve Avustralya'ya götürülmekteydi. Başlangıçta, kadınların tek başına başlattığı az sayıda girişim söz konusuysen, zaman içinde zorla ve organize şekilde tedarik unsuru artmış, 1850'lerden sonra gizli örgütler ve mafyalar, ticaretin kontrolünü tamamen ele geçirmişlerdir¹³⁶. Ayrımcılığa dayalı

¹³² İbid., s. 76.

¹³³ İbid.

¹³⁴ İbid.

¹³⁵ İbid., s. 77.

¹³⁶ İbid., s. 78.

cinsel hiyerarşinin biraz daha ayrıcalıklı bir köşesinde, sömürge dünyasında beyaz ticari ve askeri garnizonların kurulması, hızlı gelişen kıyı şehirlerinin açılışı ve şehir fuhşunun açıkça ticarileşmesi, aynı zamanda batı toplumlarından da seks işçisi göçüne yol açmıştır¹³⁷.

1800'lerin sonlarına doğru Asya, Orta Doğu, Amerika ve Avrupa arasında kapsamı ve uzunluğu değişen kadın ticareti ağları açığa çıkmıştı¹³⁸. Aynı dönemde, reform gruplarının taktikleri ve toplumun karmaşık endişeleri sonucunda arka arkaya sansasyonlar yaratan olaylar zinciri, toplumun diğer kesimlerinin de bu organize ve geniş çaplı fuhuştan haberdar olmasını sağlamıştır¹³⁹. 1879 yılında Brüksel'in yankı uyandıran skandallarla sarsılmasının ardından genelevleri işleten ve aracılık yapan çok sayıda kişi yakalanarak mahkum edilmiş, yüksek rütbeli polis memurları istifaya zorlanmıştır¹⁴⁰. Bunu, 1880 yılında İngiliz Hükümetinin girişimiyle başlatılan ve bir çoğu çocuk yaşta genç İngiliz kızlarının genelevlerde fuhuş yaptırmak amacıyla kıtanın çeşitli yerlerine nakledildiklerini ortaya çıkaran bir dizi soruşturma izlemiştir¹⁴¹. Birkaç yıl sonra, 3 Temmuz 1885'te "Pall Mall Gazette" isimli bir İngiliz Gazetesinde kadın ticaretinin engellenmesi için bir kampanya başlamıştır. Çeşitli vakalarla ilgili araştırmalara dayanan bir dizi makale çok ağır istismları ortaya çıkarmıştır¹⁴².

¹³⁷ İbid.

¹³⁸ İbid., s. 83.

¹³⁹ Reform gruplarının dünyada halihazırda yapılan bu ticaretle ilgili durumu ahlakçı, ırkçı ve cinsiyetçi bir yaklaşımla, biraz da abartıyla ortaya koyarak skandal yaratma eğilimi içinde oldukları ileri sürülmüştür (İbid.). Bu grupların, mevcut sorunu; "büyük bir alçaklık ve ahlaksızlık içinde gerçekleştirilen ve antik çağlarda ya da modern zamanlarda dünyanın herhangi bir yerinde yapılmış insan ticaretinin bütün biçimlerini gölgede bırakacak bir uygulama" olarak tarif ettikleri göz önüne alındığında, en azından insanlık tarihini hafife alan bir yaklaşım içerisinde olduklarını söylemek mümkündür (Lord Dalhousie, Remarks to a Select Committee of the Lords, British Parliament (May 1881), *quoted in* Charles TERROT, Traffic in Innocents: The Shocking Story of White Slavery in England 124-25 (1960)'den aktaran: BRUCH, Elizabeth M., "Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking", Stanford Journal of International Law, Vol. 40(1), 2004, s. 6).

¹⁴⁰ HAİDAR, Salim, La Prostitution et la Traite des Femmes et des Enfants, Thèse Pour le Doctorat, Université de Paris, Faculté de Droit, Les Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1937, s. 211.

¹⁴¹ MAUS, Isidore, "L'Enquête de la Société des Nations sur la traite des femmes et des enfants", Revue de droit pénal et de criminologie, 1928, s. 367. Soruşturmaları yürüten Komisyonun resmi raporunda, bazı vakalarda, tacir tarafından genç kızla ilk bağlantının kurulmasından onun geneleve yerleştirilmesine kadarki operasyonun bütün aşamalarında olayların gerçeğe aykırı şekilde yansıtıldığına, yalan söylendiğine ve hileye başvurulduğuna dair belirtiler bulunduğu saptanmıştır. Bunun yanı sıra, mağdurları götürüldükleri yerlerde fuhuş yapmaya zorlamak amacıyla şiddete başvurulduğu ifade edilmiştir.

¹⁴² İbid.; HAİDAR, s. 211.

Arka arkaya açığa çıkan skandallar uluslararası toplumun dikkatini çekmiş ve geniş bir kesimin tepkisine neden olmuştur. “National Vigilance Assosication” isimli bir kuruluş konuyla ilgili ilk girişimi gerçekleştirerek 1889 yılında “Londra Kongresi”nin toplanmasını sağlamıştır¹⁴³. Bu Kongrede kadın ve çocuk ticaretinin cezalandırılması için milletlerarası bir büronun ve Avrupa’nın başlıca merkezlerinde milli komitelerin kurulmasına karar verilmiştir¹⁴⁴. Aynı kuruluş tarafından, 1901 yılında Amsterdam Konferansı düzenlenerek; idari tedbirler ve denetimlerle ticaretin önlenmesi ve çeşitli ülkelerin mevzuatlarının gözden geçirilmesi biçimindeki çözümler tartışılmıştır¹⁴⁵. Çok geçmeden, 1902 yılında Paris Konferansı toplanarak, konuyla ilgili yetersiz ceza mevzuatına sahip ülkelerde genç kızların ve reşit kadınların fuhşa sevkedilmelerinin suç haline getirilmesi ve suçun işlenmesinde şiddet, tehdit, hile gibi araçların kullanılmasının ağırlaştırıcı nedenler olarak öngörülmesi konuları görüşülmüştür. Bunların yanında bir uluslararası sözleşme hazırlanmasına karar verilerek bunun taslağı hazırlanmıştır¹⁴⁶.

Aynı yılın Ekim ayında Frankfurt’da beyaz kadın ticaretinin önlenmesi için bir uluslararası Kongre düzenlenmiş ve çeşitli ülkelerde bu konuda yapılan çalışmalar ele alınmıştır¹⁴⁷.

ABD’de 1908-1909 yılları arasında yapılan dış göçle ilgili bir araştırmada, milyarlarca genç kızın buraya getirildiği ve ABD’nin değişik bölgelerinde bulunan genelevlere gönderildiği ortaya çıkmıştır. Bunların, yazışma yoluyla veya Avrupa’ya dolaşan ve burada aracılar bulunduran acentalar vasıtasıyla tedarik edildikleri ve satın alındıkları belirtilmiştir¹⁴⁸.

Beyaz Kadın ticareti konusunda toplanan uluslararası kongrelerden sonra ilk kez 18 Mayıs 1904 tarihinde Avrupa milletleri arasında Beyaz Kadın Ticaretine Karşı Etkili

¹⁴³ HAİDAR, s. 212.

¹⁴⁴ DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar, Dördüncü Bası, İstanbul, 1975, s. 279.

¹⁴⁵ HAİDAR, s. 214.

¹⁴⁶ İbid., s. 216 vd. Bu taslak, daha sonra gözden geçirilerek, belirli noktalardaki eksikliklerin tamamlanmasının ardından 1910 tarihli Paris Konferansında bir uluslararası sözleşmeye dönüşecektir (s. 218).

¹⁴⁷ İbid., s. 219.

¹⁴⁸ MAUS, s. 370.

Himayenin Sağlanması Dair Uluslararası Düzenleme kabul edilmiştir. Bunu takiben de 1910'da yeniden Paris'te bir uluslararası konferans düzenlenmiş ve 1902 tarihli Paris Kongresi'nde hazırlanmış olan Sözleşme taslağı bir takım değişikliklerle 4 Mayıs 1910 tarihinde "Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılması konusunda Paris Sözleşmesi" olarak kabul edilmiştir¹⁴⁹. Bu Sözleşmede kadın ticareti kapsamında cezalandırılması kararlaştırılan fiiller; *"başkasının ihtiraslarını tatmin için, rızası ile de olsa, reşit olmayan bir kadın yahut bir kızın fuhuş maksadıyla hizmetlerini taahhüt etmek, böyle birisini bir yerden başka bir yere götürmek veya yoldan çıkarmak"* şeklindedir (md. 2).

Birinci Dünya Savaşı sırasında kadın ticareti kısa bir süre için durgunluk döneminde girdiyse de, savaşın getirdiği sıkıntılar, ekonomik ve sosyal düzensizlik, özellikle kadınları insan tacirlerine karşı daha savunmasız bir konumda bırakmış ve bu faaliyet uluslararası toplum için giderek daha büyük bir tehdit haline dönüşmüştür. Milletler arasında barışı sağlamak misyonunu üstlenen Milletler Cemiyeti de bu konuya duyarsız kalmamış ve Kurucu Paktın 23. maddesiyle; *"mevcut veya aktedilecek uluslararası Sözleşmeleri göz önüne alarak ve bunlara uygun olarak, ...c) Cemiyete, kadın ve çocuk ticaretine ilişkin (...) anlaşmalar üzerinde genel bir kontrol görevi"* verilmiştir¹⁵⁰.

Bu yetkilendirmenin ardından 1920 yılında özel olarak beyaz kadın ticaretine ilişkin bütün sorunlarla ilgilenmek üzere Milletler Cemiyeti Sekreteryası'na bağlı olarak çalışacak bir kişi görevlendirilmiş ve bütün hükümetlere, o tarihe kadar bu ticaretle mücadele amacıyla alınan yasal tedbirlere ilişkin sorular gönderilerek, bu sorulara verilen yanıtların değerlendirilmesine ve bu konuda ortak bir eylem gerçekleştirilmesi amacıyla birlik sağlanmasına hizmet edecek bir konferans düzenlenmiştir. Bu Konferansın sonunda Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men'ine Dair 1921 tarihli Milletlerarası Sözleşme ortaya çıkmıştır¹⁵¹.

Bundan birkaç yıl sonra Milletler Cemiyeti'nin uluslararası kadın ve çocuk ticareti konusunda görevlendirdiği Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan 1927 tarihli bir Raporda, Avrupa'da bütün ülkelerde çok sayıda fuhuş vakasının bulunduğu, fuhuş

¹⁴⁹ HAİDAR, s. 221.

¹⁵⁰ İbid., s. 226.

¹⁵¹ İbid., s. 225 vd.

için aracılık yapanların, tacirlerin ve genelev işletmecilerinin sayılarının ciddi boyutlarda olduğuna ilişkin tespitler yer almış ve buradan yola çıkarak yoğun bir ticaret faaliyetinin bulunduğu sonucuna ulaşılabileceği ifade edilmiştir¹⁵². Raporla göre; her yıl yüzlerce kadın başka bir ülkede fuhuş yapmak üzere bulunduğu ülkeyi terketmektedir. Dünyanın pek çok yerinde, genelevler veya fuhuş amacıyla kullanılan diğer yerlerde yabancı kökenli kadınların oranı oldukça yüksektir. Örneğin bu oranın Brezilya’da ortalama % 80 civarında olduğu, hükümetin Milletler Cemiyeti’ne gönderdiği bir yazıda belirtilmiştir¹⁵³. Tacirlerin; tedarik ettikleri kadınlarla aralarında romantik bir ilişki olduğuna inandırarak daha sonra onları fuhuş yapmaya zorladıkları, tiyatro veya dans topluluklarında çalışan kadınları sözleşmelerine konulan çeşitli maddelerle , şiddet ve tehditle bu faaliyete sevkettikleri, gazetelerdeki iş ilanları ve evlilik ilanları yoluyla kadınlara ve genç kızlara ulaşıldığı, hatta çoğu zaman evlilikle yasal bir durum elde edildikten sonra şiddet ve diğer biçimlerde zorlama yoluyla ticarete konu ettikleri, yönündeki bilgiler aynı Raporla yansımıştır¹⁵⁴. 1932 yılında Uzmanlar Komitesi tarafından Doğu ve Uzak Doğu’da kadın ve çocuk ticareti konusunda hazırlanan bir başka Raporla, bu bölge bakımından farklı bir yöntem olarak özellikle yoksul Çinlilerden satın alınan veya kaçırılan küçük yaşta ki çocukların yetiştirilerek daha sonra fuhuşa yönlendirildikleri belirtilmiştir¹⁵⁵.

Kadın ve çocuk ticaretinin daha etkili bir şekilde bastırılması ve 1904 tarihli Uluslararası Düzenleme ile 1910 ve 1921 tarihli Sözleşmelerin tamamlanması amacıyla Cenevre’de 9-11 Ekim 1933 tarihlerinde Milletler Cemiyeti’nin himayesinde bir diplomatik Konferans düzenlenmiştir. Bu Konferans, 11 Ekim 1933 tarihli Yetişkin Kadın Ticaretinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin kabul edilmesiyle sonlanmıştır¹⁵⁶. Bu Sözleşmenin, diğerlerine nazaran getirdiği en büyük yenilik, reşit kadınların rızası ile de olsa uluslararası ticaretinin yasaklanmasıdır. Bununla birlikte, uluslararası nitelikte olmayan, diğer bir ifadeyle “yabancı bir memlekette fuhuş

¹⁵² MAUS, s. 372. Uzmanlar Komitesi 1932 yılında Doğu ve Uzak Doğu’da kadın ve çocuk ticaretini konu alan bir Rapor daha hazırlamıştır. On yedi ülke üzerinde yapılan araştırmaya dayanan bu Raporla, bölgedeki ticaretin uluslararası nitelikte olmadığı, daha ziyade Asya içerisinde gerçekleştiği sonucuna varılmıştır (HAİDAR, s. 260).

¹⁵³ HAİDAR, s. 244-245.

¹⁵⁴ İbid., s. 246 vd.

¹⁵⁵ İbid., s. 265-266.

¹⁵⁶ İbid., s. 237.

yapılması maksadıyla” işlenmeyen fiiller sözleşmeyle düzenlenen alanın dışında bırakılmıştır.

Söz konusu ticaretin zamanla biçim değiştirdiği ve tacirlerin, faaliyetlerine yasal bir görünüm kazandırarak yasaları dolanmaya çalıştıkları anlaşılmıştır¹⁵⁷. BM nezdinde kadın ve genç kızların uluslararası ticaretine ilişkin olarak yapılan araştırmalar ve anketler karşısında, üye ülkelerin verdikleri yanıtlar ve bilgiler bu durumu ortaya koyan en önemli kaynakları teşkil etmiştir. Örneğin, Avusturya’da ikinci dünya savaşının sona ermesinden sonra, genç oyuncu ve dansçılara yönelik belirgin bir talebin ortaya çıktığı ve bu talebin karşılanması için çok sayıda acentenin dansçı toplulukları kurarak yurt dışına turnelere çıktıkları belirtilmektedir. Başlangıçtan itibaren dansçıların seçiminde sanatsal yeteneklerinden çok dış görünüşlerinin daha önemli bir rol oynadığı gözlenmiştir. Çoğu zaman dansçıları, çalıştıkları yerlere gelen müşterilere eşlik etmeye zorlayan bir maddenin sözleşmelere ustalıkla eklendiği ve bu şekilde fuşşa sürüklendikleri tespit edilmiştir¹⁵⁸. Benzer şekilde, Fransa hükümeti, ülkede uluslararası insan ticaretine ait hiçbir izin saptanamadığı; bununla birlikte kadınların yurt dışında, içkili lokantalarda, kafelerde, restoranlarda, tiyatro topluluklarında vb. yerlerde çalıştırılmasına yönelik olarak yapılan yasaya uygun sözleşmelerin arkasında ticaretin varlığını sürdürdüğünü düşündürecek belirtiler olduğu yönünde bilgiler vermiştir¹⁵⁹.

Bunun yanında, özellikle Avrupa dışındaki bölgelerde, aynı ölçüde yaygınlık göstermese de, çeşitli kültürel özelliklerin ve geleneklerin şekillendirdiği yerel uygulamalara da rastlanmaktadır. Örneğin, Japonya’da özellikle kırsal nüfusun dengesiz yaşam koşulları, ondokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren, “*jimavari*” adındaki insan tacirlerini ortaya çıkarmıştır. 1946’ya kadar bu kişiler, çok özel nitelikteki yerleştirme bürolarını idare ediyorlardı. Yoksul köylü ailelerden, bir miktar para karşılığında çalışacak yaştaki çocuklarını teslim alıyor, daha sonra bu çocukları bir yerlere yerleştirerek maaşlarını alıyorlar ve onlara çok az bir kısmını veriyorlardı. Ancak Japon hükümeti duruma el koymuş ve *jimavariler* tarafından yapılan ticarete karşı mücadele etmiştir. Böylece, bu endüstriye dahil olan, neredeyse esir haline indirgenmiş yaklaşık

¹⁵⁷ Etude sur la traite ..., Nations Unies, s. 4.

¹⁵⁸ Ibid., s. 5.

¹⁵⁹ Ibid., s. 5.

2.500.000 çalışanı özgürlüğüne kavuşturmuştur¹⁶⁰. Rakamlar, Japonya’da çocuk satışının ciddi bir sorun teşkil ettiğini ortaya koymaktadır. 1951 yılında 289 çocuğun satıldığı ortaya çıkmış ve bunlar içerisinde büyük olasılıkla geysalık için ayrılan 145 kız çocuğu bulunduğu tespit edilmiştir¹⁶¹.

20. yüzyılın ilk yarısında, kadın ve genç kızların ticareti üzerinde durulması ve bu ticaretin fuhuşla ilişkilendirilmesi sonucu, yapılan hemen bütün çalışmaların ikincil maddesi olarak fuhuş ve özellikle genelevlerin varlığı ele alınmıştır. İnsan ticaretinin fuhuşa bağlanması ve uluslararası sözleşmelerde bu ikisinin bir arada anılması yönündeki eğilim İkinci Dünya Savaşından sonra kabul edilen “İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1950 tarihli New York Sözleşmesi”ne de yansımıştır. Bu Sözleşme, “beyaz kadın ticareti” ve kadın ve çocuk ticaretiyle ilgili daha önceki tarihli uluslararası belgelerin bir sentezini oluşturmakta ve rızası olsun ya da olmasın, fuhuş yaptırmak amacıyla bir kimsenin tedarik edilmesini, baştan çıkarılmasını, bir yerden başka bir yere götürülmesini bir suç olarak kabul etmektedir.

1974 yılında İnterpol tarafından Ayırıcı Tedbirler ve Çocukların Korunması Hakkında BM Alt Komisyonu’na gönderilen Raporda, “kadın ticareti”nin biçim değiştirmiş bir halde bütün dünyada varlığını sürdürdüğü belirtilerek bazı örneklere yer verilmiştir. İnterpol tarafından dikkat çekilen çok sayıda vaka arasında; özellikle Arjantin kökenli veya bu ülke üzerinden gelen Güney Amerikalı kadınların, Porto Riko, Güney Avrupa ülkeleri ve Orta Doğu’ya “ithal edilmeleri”; Lüksemburg ve Federal Almanya başta olmak üzere yalnızca komşu ülkelerde “çalışan” Fransız kadınlara, arada sırada da Güney Amerika veya Orta Doğu kökenli kadınlara yönelik bir bölgesel Avrupa pazarının bulunması; bazı ticaret ağlarının Avrupa’da tedarik ettikleri kadınları belirli bir gelişmişlik düzeyine ulaşmış ve fuhuş sömürüsüne imkan veren Fildişi sahilleri, Senegal gibi bir takım Afrika ülkelerine götürmeleri; özellikle Tayland ve

¹⁶⁰ POLLAUD-DULIAN Marcel, Aujourd’hui L’Esclavage ... , Editions Economie et Humanisme – Les Editions Ouvrières, Paris, 1967, s. 71-72.

¹⁶¹ İbid., s. 72.

Filipinli kadınları fuhuş amacıyla başka ülkelere götürülmesine yön veren bir Asya pazarı bulunması belirtilebilir¹⁶².

Sorunun odağında görülen “fuhuş maksatlı kadın ticareti” hiçbir zaman sona ermemiş, ulusal makamlar tarafından rapor edilen soruşturmalar, bu alanda organize suç örgütlerinin günden güne artan hakimiyetini ortaya koymuştur¹⁶³. Bu noktada, özellikle BM tarafından, yalnızca fuhuş maksadına hasredilen insan ticareti yerine “modern kölelik” şemsiyesi altında incelenmesi tercih edilen; kadınların satılması, dünyanın çeşitli bölgelerinde göç ile desteklenen ve çocukları da kapsamına alan işgücü istismarı ve zorla çalıştırma, ev hizmetlilerinin köleleştirilmesi, borç karşılığı köleleştirme, çocuk ticareti gibi başka uygulamaların da uluslararası toplumun dikkatinden kaçmadığı belirtilmelidir¹⁶⁴.

b) İnsan ticaretinin günümüzdeki görünümü

İnsan ticaretinin, ayırım yapmaksızın kadın, erkek ve çocukları konu alan ve çeşitli sektörlere yayılmış farklı istismar biçimlerini kapsayan bir olgu olarak ele alınması oldukça yeni bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. İkinci Dünya Savaşından sonra, fuhuştan ayrı olarak olmasa da, onunla birlikte “insan ticareti” kavramının kullanıldığına rastlamaktayız. Nitekim 1950 tarihli New York Sözleşmesi, “İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması” başlığını taşımaktadır. Ancak, bu Sözleşme’de insan ticaretinin tanımlanması ihmal edilerek, kavram tamamen fuhuşla bağlantılı olarak ele alınmış, üstelik kişi üzerinde kontrol tesis edilmesi ve istismara yönelen hareketlerin cezalandırılması yönünde önceki çabalar görmezden gelinerek, yalnızca cinsel sömürü üzerinde durulmuştur.

¹⁶² L’esclavage, Rapport préparé par Benjamin Whitaker, rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, mettant à jour le Rapport sur l’esclavage présenté à la Sous-Commission en 1966, E/CN.4/Sub.2/1982/20/Rev.1, Nations Unies, 1984, s. 12.

¹⁶³ Bu kapsamda, Şubat 1982’de Avustralya polisi tarafından, Güney Amerikalı seks işçilerini Melbourne kentine gönderen Arjantinli bir çetenin yakalandığı; Nisan 1982’de Amerikan polisi tarafından, Havai ve Kaliforniya’dan getirilerek Japonya’da Yakuza’nın sahibi olduğu genelevlerde fuhşa zorlanan 150’den fazla genç şarkıcı ile ilgili iddialar hakkında soruşturma yürütüldüğü; İsveç polisinin, genç İskandinav kızlarını kaçıran Uzak Doğu’da fuhşa zorlayan Singapur kaynaklı bir çeteye mücadele konusunda Interpol’ün yardımını istediği, BM’ye ulaşan bilgiler arasındadır (L’esclavage, Rapport ..., s. 13).

¹⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İbid., s. 10 vd. Ayrıca bkz. GUESSAB, Valérie, Les formes contemporaines d’esclavage et l’ONU, Mémoire de DEA, Philosophie de droit, Paris II, 2001.

Konu, 1970'lerde dünyada gittikçe yayılan kadın hakları hareketinin bir parçası olarak yeniden ele alınmaya başlanmıştır. Bu andan itibaren, insan ticareti, özellikle de kadın ticareti uluslararası düzeyde belirgin bir şekilde ilgi odağı olmaya devam etmiştir. Soruna karşı geliştirilen ilk uluslararası tepkilerden farklı olarak, bu yeniden dirilen ilgi ve aktivizm, daha çok yeni insan hakları ve kadın hakları anlayışı çerçevesinde gelişmiştir. 18 Aralık 1979 tarihli “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme”nin (CEDAW) 6. maddesinde, kadın ticareti yasaklanmış, 1975 yılında gerçekleştirilen Dünya Kadın Konferansı’nda “kadınların ve kız çocuklarının istismarının önlenmesi” bağlamında bu konudan söz edilmiştir. İnsan ticareti, bunu izleyen iki kadın konferansının sonunda kaleme alınan metinlerde endişe yaratan bir konu olarak ele alınmıştır¹⁶⁵. 1990'lardan itibaren komünist rejimlerin çöküşü ve yeni dünya düzeni ile birlikte daha farklı bir dönemece girilmiştir. Soğuk savaş sonrasında, kölelik karşıtı gündeme giderek artan bir şekilde insan ticareti sorunu hakim olmaya başlamıştır. Tarihi geleneğin de etkisiyle esas odak noktası “cinsel kölelik” ya da zorla fuhuş olsa da, sorunun daha geniş kapsamlı bir yaklaşımla ele alınmaya başlandığı görülmektedir¹⁶⁶.

1950 tarihli New York Sözleşmesi'nin kabulünden sonra, “insan ticareti” tanımının, doğrudan fuhuşa bağlı olmayan temin etme biçimlerini ve bunun yanında erkeklerin, kadınların ya da çocukların zor kullanılarak ya da kendilerini bekleyen işin niteliği konusunda aldatılarak fuhuş dışındaki amaçlarla ülke dışından temin edilmesini içerecek şekilde genişletilmesi yönünde BM nezdinde pek çok öneri getirilmiştir¹⁶⁷. Bu önerilerin bir türlü somutlaştırılmamasının nedenlerinden birinin, üzerinde uzlaşılan bir

¹⁶⁵ Konuya, 1980 tarihli Kopenhag Konferansında “başkasının fuhşunun sömürülmesi ve insan ticareti” başlığı altında açıkça fuhuşla ilişkilendirilerek, 1985 tarihli Nairobi Konferansında ise “insan ticaretinin ve zorla fuhşun kadın mağdurları” başlığı altında yer verilmiştir. Ayrıca Ayrıca, 1993 tarihli Dünya İnsan Hakları Konferansında kadın haklarına özel bir dikkat gösterildiği belirtilerek, ticaretin ortadan kaldırılması için çağrıda bulunulmuştur. Son olarak 1995 tarihinde Pekin’de toplanan Dördüncü Dünya Kadın Konferansında, insan ticareti kadına yönelik şiddet kapsamında bir insan hakları sorunu olarak değerlendirilmiştir (BRUCH, s. 11-12).

¹⁶⁶ QUIRK, s. 181.

¹⁶⁷ Ayrıca, BM tarafından düzenlenen, “Kadınların Ticareti ve Zorla Fuhuşla Mücadele Amacıyla Alınacak Tedbirler Hakkında Seminer”de, BM’nin mevcut uluslararası belgelerin uygulama alanını, hangi istismar biçimi söz konusu olursa olsun, insan ticaretinin bütün biçimleri bakımından uygulanacak şekilde genişletmesi teklif edilmiştir.(Le trafic des personnes: Rapport du Comité consultatif au Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas sur les droits de l’homme et la politique étrangère (1992)’den aktaran: Abolir l’esclavage ..., s. 22, dpn. 99).

tanımın kabul edilmesi konusundaki zorluk olduğu ileri sürülmüştür¹⁶⁸. Nihayet, elli yıllık bir bekleyişin ardından insan ticaretine kapsamlı bir uluslararası yanıt oluşturmak üzere “13 Aralık 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” kabul edilmiştir. Esasında, Ek Protokolün hazırlanma sürecinde ilk taslaklarda, kapsamın yalnızca kadın ve çocuklarla sınırlandığı, ancak devletler, hükümetlerarası kuruluşlar ve STÖ’ler arasındaki müzakereler sırasında bu yaklaşımın gereksiz bir şekilde sınırlayıcı olduğunun ve erkeklerin de insan ticaretine konu olduğu gerçeğinin göz ardı edildiğinin dile getirildiği belirtilmektedir. Ad-hoc Komitenin tavsiyesi üzerine, Genel Kurul, genel anlamda insan ticaretini ve özellikle kadın ve çocuk ticaretini içerecek kapsamda bir Protokol hazırlanabilmesi amacıyla, Komitenin yetkisini genişletmiştir¹⁶⁹. Bu durum; uluslararası toplumun, konunun diğer boyutlarını göz ardı etmek ve “fuhuş” sorunundan bir türlü kopamayan, sınırlı bir yaklaşım içerisinde hareket etmek konusundaki ısrarının bu yüzyılın başlarında halen devam ettiğini ortaya koymaktadır. Ancak, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile yeni bir dönem başlamış, bu suçla mücadelede adeta bir engel teşkil etmeye başlayan ve her geçen gün daha fazla gecikmeye neden olan bu önyargı duvarı geri dönülemez bir şekilde yıkılmıştır. Nitekim bugün insan ticaretinin suç haline getirilmesi ve cezalandırılması konusunda, Ek Protokolün çok sayıda devlet tarafından onaylanmasının da etkisiyle önemli bir yol katedilmiştir.

Bundan beş yıl sonra, Avrupa Konseyi’nin konuyla ilgili çalışmaları bir sonuca ulaşmış ve İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu Sözleşme, suçun tanımı bakımından İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile tam bir uyum içinde olmakla birlikte, konuya özellikle mağdurların insan hakları temelinde yaklaşması bakımından önemli getirileri olan bir belgedir. Nitekim bu konuda acil çözüm bekleyen önemli sorunlardan birinin suçun mağdurlarının, insan hakları temelli bir yaklaşım içerisinde korunması olduğu kabul edilmektedir.

¹⁶⁸ BRUCH, s. 14.

¹⁶⁹ GALLAGHER, Anne, “Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis”, Human Rights Quarterly, Vol. 23, No. 4, November 2001, s. 983.

c) “Modern kölelik” kavramı

Kölelik, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1948’de resmen kaldırılmış olmasına rağmen, köleliğin belirli bir biçiminin devam etmekte olduğu¹⁷⁰ ve uluslararası hukukun bugün karşı karşıya kaldığı bağlantılı uygulamalardan birinin kazanç amacıyla yapılan insan ticareti olduğu yönünde oldukça yaygın bir yaklaşım¹⁷¹ çerçevesinde, insan ticareti “modern kölelik” ya da “köleliğin modern görünümü” olarak kabul edilmektedir. Bu görüşün izlerine pozitif normlarda dahi rastlamak mümkündür. Örneğin, 2000 tarihli ABD İnsan Ticareti Mağdurlarını Koruma Yasası’nda (*Trafficking Victims Protection Act*) mağdurların çoğunluğunu kadınlar ve çocukların oluşturduğu insan ticaretinin, köleliğin modern görünümü olduğu açıkça öngörülmektedir (md. 102-Amaçlar ve Tespitler). Bu bağlamda, insan ticaretini, 19. yüzyıldaki köle ticaretinin modern karşılığı olarak görenlerin bulunduğu da belirtilmelidir¹⁷².

Günümüzde geleneksel anlamda kölelikten geriye Afrika’nın bazı bölgelerinde belgelendirilmiş tek tük olaylar kaldığından, bugün odak insan ticaretine ve köleliğe varmayan uygulamalara kaymıştır¹⁷³. Gerçekten de insanların hala hangi nedenle olursa olsun satın alınması ve nakli, geçmişte yaşanan ağır tecrübelerle, bugün yapılan yasadışı ticaretin yol açtığı insani acıyı özdeşleştirme eğilimi yaratmıştır. Köleliğin kaldırılmasından sonra, bu faaliyetin yerini 1956 tarihli Ek Sözleşme’ye de konu olan başka uygulamaların aldığı bilinmektedir. İnsan ticareti bu uygulamalar arasında kabul edilmese de, hem bu faaliyetin sonucunda kişilerin sömürülmesi nedeniyle köleliğe benzer durumların ortaya çıkması, hem de tarihsel olarak birbirini izleyen bir süreçte gerçekleşmeleri bakımından, insan ticaretinin “modern kölelik” olarak adlandırılmasının, tamamen temelden yoksun bir bakış açısını yansıtmadığı açıktır.

¹⁷⁰ ELEBE, ma Sabato Sandra, *L’esclavage Moderne: Le droit et les pratiques*, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l’Université de Paris I, Université Panthéon-La Sorbonne, U.F.R. de Sciences Juridiques, 2006, s. 10; LENGELLÉ-TARDY, s. 9.

¹⁷¹ SMITH, s. 236. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Bir Sözleşme Tasarısı Hakkında 253(2005) sayılı Görüşünde, insan ticaretinin bugüne kadar görülmemiş bir düzeye ulaştığını ve ondan köleliğin yeni bir türü olarak bahsetmemizin mümkün olduğunu belirtmiştir (s. 235). Köleliğin modern biçimleri Çalışma Grubunun, 1998 yılındaki bir oturumunda kabul ettiği tavsiye kararında, « kadınların ve kız çocuklarının cinsel istismar maksadıyla ticaretinin köleliğin modern bir biçimini ve insan haklarının ağır bir ihlalini teşkil ettiği» belirtilmiştir (*Abolir l’esclavage ...*, s. 28-29).

¹⁷² Bkz. TESSIER, Kevin, “The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling”, *Indiana Journal of Global Studies*, vol. 13 (1995-1996), p. 261.

¹⁷³ SMITH, s. 235.

Ancak, bir olgunun diğ erinin yerine geçmesini ifade eden bu nitelemenin; her ikisinin hukuki, ekonomik, sosyolojik vb. boyutları karşılaştırılmadan yapılması mümkün değildir. Diğ er konular, incelememizin dışında kaldığından bunlar bakımından herhangi bir sonuca varılması en azından bu çalışmanın sınırları içerisinde mümkün değildir. Bununla birlikte, köleliğin bugün “insan ticareti” adı altında halen devam ettiği biçimindeki yaklaşımın hukuki temellerinin tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yukarıda bahsedilen 1926 tarihli Köleliğ e İlişkin Sözleşme, köleliğin dünyada aşamalı olarak yasaklandığı bir dönemi takiben, tarihte köleliğ e ilişkin uygulamaları ve içerdiği unsurları göz önünde bulundurarak, kurumu, “*mülkiyet hakkına bağlı erk ve yetkilerin kısmen ya da toplu olarak kullanılması*” ile ilişkilendirerek tanımlamaktadır. Yine bu Sözleşmeye göre, köle ticaretinin ise, doğrudan köle haline getirme maksadına dayalı olarak kişinin, “*ele geçirilmesi, iktisabı veya devrini*”, köle olan bir kişinin “*satılmak veya değış-tokuş edilmek üzere iktisabını*”; “*satış veya değış-tokuş suretiyle devrini*” ve genel olarak “*kölelerin ticareti veya nakline ilişkin her türlü eylemi*” içereceğı kabul edilmektedir.

İnsan ticareti ise, Ek Protokolün 3. maddesi temelinde; kişilerin fuhşunun sömürülmesi veya cinsel istismarın diğ er biçimleri, organlarının alınması, zorla çalıştırma, hizmet ettirme, kölelik veya benzeri uygulamalara tabi kılmak maksadıyla iradesini zorlayan veya ortadan kaldıran bir takım araçlarla temini, bir yerden başka bir yere taşınması, teslim alınması, devredilmesi, barındırılmasıdır. Köle ticaretine ve insan ticaretine ilişkin bu tanımlar arasında birkaç ortak nokta dışında, pek çok farklılık olduğu oldukça açıktır. Herşeyden önce, artık insanların doğuştan eşit ve bir takım hakların sahibi olduğu yönündeki modern anlayış, insan ticaretinin tanımında, “irade” ve bu iradenin “zorlanması” veya “yok edilmesi” unsuru ile kendini göstermektedir. 1926 tarihli Sözleşme’de köle ticaretini oluşturan devir, ele geçirme, nakil, değış tokuş gibi hareketler, insan ticareti teşkil eden hareketlerin bazıları ile örtüşüyorsa da, “irade” unsurunun yokluğu bu iki faaliyet arasında karşılaştırma yapılmasına imkan vermemektedir. Ayrıca, insan ticaretinde failerin saikini oluşturan “istismar” maksadının, her ne kadar köle ticaretinin doğası gereğı kavramın içine kendiliğinden dahil olduğu ileri sürülebilirse de, yasal çerçevede yer almaması karşılaştırmaya engel bir husustur. Kaldı ki, insan ticareti, kişilerin, “kölelik veya benzeri uygulamalara tabi

kılınması” maksadına yönelebilen bir faaliyet olduğundan, esasında köleliği de içine alan bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. Sonuç olarak, geleneksel anlamda kölelik ile bugün “modern kölelik” olarak kabul edilen insan ticareti karşılaştırıldığında, çok daha karmaşık bir faaliyetin söz konusu olduğu görülmektedir¹⁷⁴. Bunun en önemli nedeni, bugünkü uygulamaların, yasaklandığı döneme kadar çok uzun bir süre “yasal” nitelik taşıyan geleneksel köleliğin aksine “yasadışı” koşullar altında cereyan etmek zorunda olmasıdır.

Bununla birlikte, köleliğin ve insan ticaretinin; bireyin indirgendiği konum itibariyle, bir başkasının hakimiyeti altına girmesi, kendi geleceğini tayin hakkının elinden alınması, insan onurunun dokunulmazlığının ve temel insan haklarının ihlalini teşkil etmeleri gibi aynı esaslardan hareketle yasaklandıkları bir gerçektir.

Bizce bu yaklaşımın temelinde, kurumsal olarak yasaklanmış ve tarihsel tecrübelerden hareketle dar bir kalıp içerisinde tanımlanmış köleliğin, geçmişe ait açıkça yanlış bir uygulama olarak ifade edilmesine karşılık, “köleliğin modern biçimleri” başlığı altında değerlendirilebilen bir dizi karmaşık ve uzun zamandır devam eden sorunlar karşısında¹⁷⁵ bu kurumsal çerçevenin yetersiz kalması yatmaktadır. Nitekim “kölelik” tanımının yeterli olmaması nedeniyle ve köleliğe varmayan bir takım uygulamaları yasaklamak adına “köleliğe benzer kurum ve uygulamalar” kavramının kabul edildiğini ve 7 Eylül 1956 tarihli Ek Sözleşme ile Köleliğe Karşı Sözleşmenin tamamlanmaya çalışıldığını yukarıda ifade etmiştik. Böylece, “köleliğin”, birbirine benzer bir takım kurumları ve uygulamaları birleştirici bir unsur, bir şemsiye kavram olarak kullanılması yönündeki eğilim, hukuki bir zemine yerleştirilmek istenmektedir. Köleliğin, bugün sabit ve değişmez bir kavram olarak kabul edilmeyip, aksine benzer nitelikteki kurum ve uygulamaları da içine alacak şekilde genişletilmesi yönündeki bu çabalar sonucunda, bu kavramın, insan ticaretine giderek daha da yaklaştığı bir gerçektir. Ancak bu durum insan ticaretinin köleliğe benzemesinin değil, “kölelik” kavramının giderek modernize edilmeye çalışılmasının bir sonucudur. Kaldı ki, “modern kölelik” nitelmesi, gerçekten de bu faaliyetin geleneksel anlamda kölelikten farklı olduğunu kabul etmek anlamına gelmektedir.

¹⁷⁴ ELEBE, s. 22.

¹⁷⁵ QUIRK, s. 182.

III. İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN KRİMİNOLOJİK ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Normatif bir bilim olan ceza hukuku, içeriğindeki kuralların oluşturulması bakımından daima kriminolojiye ve onun verilerine ihtiyaç duyar. “*Suçun işlenmesi ve engellenmesi gibi, suçluya davranışla ilgili olarak ortaya çıkan, insani ve toplumsal alandaki durumlarla ilgilenen*”¹⁷⁶ disiplinlerarası bir bilim olarak kriminolojinin konusunu, tek tek insanların yaşamındaki görünüş olarak suçluluk ve bunun yanında devletlerin ve toplumların yaşamındaki suçluluk oluşturur¹⁷⁷. Bununla birlikte, kriminolojik araştırmaların konusunu yalnızca suç ile sınırlamaya imkan yoktur. Suç olsun veya olmasın, göze çarpan bütün olumsuz sosyal davranışlar, bunlarla bağlantılı olarak sosyo-ekonomik ilişkiler ve etkenler ile ilgili bütün sosyal araştırmalar da bu alana dahil olacaktır¹⁷⁸. Bu alanlardaki araştırmalardan hareketle, suçun kapsamı, görünüş biçimleri, nedenleri, fail ve mağdur gibi pek çok konuda bilgi ve tecrübeler elde edilmesine çalışılmaktadır.

Bugün bütün dünyada endişe verici boyutlara ulaşan ve içeriğindeki yöntemler ve yöneldiği maksatlar göz önüne alındığında, insan onuruna aykırı, kabul edilemez muamelelere yol açan bir suç türü olarak insan ticareti, çok çeşitli yönleriyle kriminoloji bilimine konu olmuştur. Özellikle suçun; amaç, araç ve eylem unsurlarını kapsamına alan karmaşık bir yapıyı içermesi, çok çeşitli yönlerinin olması, sınıraşan nitelikte işlenmesi, suçun konusunu insanların oluşturması ve insanın en uç şekillerde istismarına yol açabilmesi gibi özellikleri, bu suçun kriminolojik boyutunun çok çeşitli yaklaşımlar içerisinde ve farklı disiplinlerle ilişkili olarak ele alınmasına imkan vermekte, araştırma ve inceleme yönünden bir zenginliği de beraberinde getirmektedir. Bu bölümde, “suçun kriminolojik özellikleri” başlığı altında, bu alanda uygulanan bilimsel yöntemler kullanılarak gerçekleştirilmiş belirli bir araştırmaya dayanılması söz konusu değildir. Böyle bir araştırma ve buna dayanan veri incelemesi, ayrı bir uzmanlık gerektirmesinin yanısıra, bu çalışmanın sınırlarını aşan bir içeriği ifade etmektedir. Bu nedenle, bu

¹⁷⁶ DEMİRBAŞ, Kriminoloji, s. 30.

¹⁷⁷ İbid., s. 31.

¹⁷⁸ Geniş açıklama için bkz. DEMİRBAŞ, s. 31 vd.

bölümde yalnızca, insan ticareti suçunun belirli yönlerine ilişkin olarak anket, gözlem, doküman analizi ve istatistik gibi çeşitli yöntemlerin kullanılması suretiyle yapılmış olan araştırmalardan elde edilen bilgi ve tecrübelerin bir derlemesi yapılmak suretiyle suça ilişkin bir takım özellikler ve eğilimler hakkında genel bir resmin ortaya çıkarılmasına çalışılacaktır. Bu kapsamda, suçun rakamlara ve istatistiki verilere dayandırılan boyutu, nedenleri, fail ve mağdur bakımından gösterdiği özellikler ve kullanılan yöntemler ele alınacaktır.

B. İnsan ticaretinin sayılarla ifade edilen boyutları

İnsan ticareti suçuyla ilgili sayılar, bu alanda istatistiki yöntemlerle elde edilmiş verilere dayanmakta ve suçun boyutlarını çeşitli yönlerine ağırlık veren yaklaşımlarla ortaya koymaktadır. İnsan ticaretinin küresel boyutunun ölçülmesi çok zor olmakla birlikte, bugün yapılan araştırmalardan yola çıkılarak, bazı kuruluşlar tarafından bir takım tahminlerde bulunulduğu görülmektedir. Örneğin, İLO rakamlarına göre, çeşitli istismar türlerine bağlı olarak, dünya üzerinde herhangi bir anda ülkeler arasında ve çeşitli ülke toprakları içinde “275 068” ile “508 931” kişi insan ticaretine konu olmaktadır. Yine İLO’nun tahminlerine göre, 1994-2005 yılları arasında ulusal sınırlar içinde ve uluslararası sınırlar arasında dünyada en az “2,45 milyon” kişi insan ticareti mağduru olmuştur¹⁷⁹. Bu sayının çeşitli bölgeler arasındaki dağılımı ise şu şekilde belirtilmektedir: Asya ve Pasifik bölgesinde, 1,36 milyon; endüstrileşmiş ülkelerde, 270 000, Latin Amerika ve Karayiplerde, 250 000; Orta Asya ve Kuzey Afrika bölgesinde, 230 000; geçiş ekonomileri olarak sınıflandırılan ülkelerde, 200 000 ve Güney Sahra-Afrika bölgesinde 130 000 kişinin toplamının, dünya genelinde bu istismar biçimine yönelik olarak işlenen insan ticareti suçu mağduru sayısını oluşturduğu tahmin edilmektedir¹⁸⁰. ABD hükümetinin tahminlerine göre ise; her yıl uluslararası sınırlar

¹⁷⁹ Human Trafficking: An Overview, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking, New York, 2008, s. 16. İLO’nun zorla çalıştırmaya ilişkin 2005 tarihli Raporuna göre, bu tahminler, cinsel istismar da dahil olmak üzere zorla çalıştırma maksadıyla insan ticareti mağduru olan kişilerin sayısını yansıtmaktadır (“A global alliance against forced labour”, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 2005, International Labour Conference 93rd Session 2005, Report I (B), Geneva, s. 10) (Bundan böyle “ILO Global Report 2005” olarak anılacaktır).

¹⁸⁰ ILO Global Report 2005, s. 14.

arasında ticarete konu olan kişilerin sayıları “600 000” ile “800 000” arasındadır¹⁸¹. Bu sayıların, 1990’ların sonlarında ve 2000’li yılların başlarında STÖ’ler tarafından yalnızca bu dönemde AB üyesi olan 15 ülkeye yönelen cinsel istismar maksatlı insan ticaretinin yıllık potansiyelini ifade etmek için kullanılan sayılara oranla “500 000” kişi oranında daha az olduğu belirtilmiştir¹⁸².

Bugün IOM tarafından sunulan daha güncel verilere göre; her yıl uluslararası sınırlar arasında yaklaşık “800 000” kişinin ticarete konu olduğu, çok daha fazlasının ise aynı ülke içinde yapılan ticaretin mağduru olduğu tahmin edilmektedir¹⁸³.

Avrupa Birliği Parlamentosu’nun konuyla ilgili yürüttüğü 2000 tarihli bir çalışmada, her yıl dünyada insan ticareti mağduru olan kişilerin sayısının 4 milyon, Batı Avrupa’ya giriş yapan mağdur sayısının ise yıllık “500 000” civarında olduğu belirtilmiştir¹⁸⁴.

Sayılar arasındaki farklılıklar, olgunun farklı yönlerinin ele alınması veya veri toplama yöntemlerindeki farklılığa dayanabilmektedir. Bu konudaki en önemli etken, araştırmacıların bilgilere ulaşma ve sınıflandırmada insan ticareti tanımının farklı yorumlarını esas almalarıdır¹⁸⁵. Örneğin, zorla fuhuş yaptırılan, tarım, inşaat konfeksiyon gibi alanlarda ya da ev hizmetlerinde zorla çalıştırılan kişiler, insan ticareti tanımının içinde değerlendirilmesi zorunlu olan ve bunları söz konusu faaliyetlerin konusu haline getiren fiiller dikkate alınmaksızın, “insan ticareti mağduru” olarak nitelendirilebilmektedir. Bu nedenle, yukarıda yer verilen sayıların dikkatle ele alınmasında ve dünyada veya belirli bölgelerde insan ticaretinin ulaştığı boyutlara ilişkin bir fikir verebilecek tahmini değerlendirmeler olarak kabul edilmesinde yarar vardır.

¹⁸¹ Kutnick, B., Belsler, P. and Danailova-Trainor, G. (2007) Methodologies for global and national estimation of human trafficking victims: current and future approaches, ILO publication, p. 1, 11’den aktaran: GOODEY, s. 426.

¹⁸² İbid.

¹⁸³ Bkz. http://www.iom.int/jahia/Jahia/activities/by-theme/regulating-migration/counter-traffic_king (Erişim tarihi: 10.12.2010)

¹⁸⁴ CARMEN, Galiana, Working paper on Trafficking in women, European Union Parliament Directorate-General for Research, Civil Liberties Series, LIBRE 109 En, 3-2000, s. 5) (http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/libe/pdf/109_en.pdf) (Erişim tarihi: 19.01.2011).

¹⁸⁵ ZHANG-PINEDA, s. 44.

C. Suçun İşlenmesinin Nedenleri

Uluslararası Göç Örgütü tarafından kadın ve çocuk ticaretine ilişkin Avrupa düzeyindeki araştırmaların gözden geçirilmesini konu alan bir çalışmada, üzerinde fikir birliği bulunan neredeyse tek konunun, bu faaliyetin “nedenleri” olduğu biçiminde bir tespiti yer verilmektedir. Bu konuda genel bir liste yapıldığında ise; pazarların, emeğin ve ulaşımın küreselleşmesi, yoksulluk, kadınların içinde bulunduğu sosyo-ekonomik adaletsizlik, ekonomik dönüşüm, siyasi ve/veya silahlı çatışmaların sonucunda ortaya çıkan ekonomik ve toplumsal düzensizlik gibi etkenlerin bir birleşimi ortaya çıkmaktadır¹⁸⁶. Bunun dışında, bazı çalışmalarda insan ticaretinde “talep” de bir neden olarak yer almaktadır¹⁸⁷. Örneğin, insan ticaretinin nedenlerinin “itici etkenler” ve “çekici etkenler” olarak iki başlık altında ele alındığı İsviçre Adalet Bakanlığı’nın 2001 tarihli bir Raporunda, itici etkenler; mağdurları ülkelerini terketmeye iten yoksulluk, işsizlik, eğitim eksikliği, ayrımcılık gibi koşullar olarak belirtilirken, çekici ya da teşvik edici etkenler arasında ise; hedef ülkelerde ucuz ve vasıfsız işgücü ve “egzotik” ülkelere gelerek seks endüstrisine yöneltilen kadınlar için yoğun bir “talebin bulunması” sayılmıştır¹⁸⁸. Rapordaki diğer tespitlere genel olarak katılmakla birlikte, insan ticaretinin “talep” yönü, burada sayılan pek çok etkenin hazırladığı bir durumu ifade ettiğinden, başlı başına bir neden olarak, diğerleriyle aynı kategoride değerlendirilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığını düşünmekteyiz.

Bu bölümde, insan ticaretinin nedenleri olarak ele almayı tercih ettiğimiz konular, failleri suçu işlemeye yönelten kişisel nedenlerden ziyade, insan ticareti faaliyetinin talep ve arz yönlerini etkileyerek suçun işlenmesi bakımından zemin hazırlayan sosyo-ekonomik ve siyasi koşullar ile dünyadaki ülkelerin göç politikaları gibi faktörlerdir. Esasında bu konular, bir taraftan birbirleriyle ilişki ve etkileşim içinde olduğundan, bunları, suçun işlenmesindeki etkileri bakımından birbirinden ayırmak oldukça güçtür. Ancak, diğer taraftan herbiri çok geniş bir kapsamda ele alınabilecek farklı bileşenleri ve unsurları içermektedir. Bu nedenle, yöntem bakımından kolaylık sağlayacağı düşünülerek, sayılan faktörleri ayrı başlıklar altında sınıflandırma yoluna gidilmiştir.

¹⁸⁶ KELLY, s. 23.

¹⁸⁷ İbid.

¹⁸⁸ Traite des êtres humains en Suisse, s. 5.

1. Sosyo-ekonomik Nedenler

Bütün dünyada yoksulluk arttıkça, umutsuz göçmenler ulusal sınırların ötesinde ekonomik fırsatlar aramaya başlamışlardır¹⁸⁹. Özellikle 1989 yılında komünist iktidarların arka arkaya çöküşünün ardından bir zamanlar Doğu ve Batıyı ayıran uluslararası sınırlar daha kolay geçilir hale gelmiştir. Bu jeopolitik değişiklikten en fazla yararlananlar ise, ekonomik olanakların çok kısıtlı olduğu ülkeleri umutsuzluk içinde terketmek durumunda kalan yoksul kesimlerin yeni keşfettikleri “yer değiştirme yeteneği”ni istismar eden insan kaçakçıları olmuştur. Gelişmiş ülkelerdeki iş imkanlarının çekiciliği ve bu işleri elde etmek için sınırları geçme zorunluluğu, 1990’larda insan ticaretinin yaygınlaşmasında etkisi olan faktörlerden biri olmuştur¹⁹⁰. Böylece, sınırların daha kolay geçilir hale gelmesi ve serbest pazarın ucuz iş gücü talebi şeklindeki iki gelişmenin, yıllık 9 milyar dolar kar getiren bir gölge köle endüstrisini ayakta tuttuğu tahmin edilmektedir¹⁹¹.

Bu gelişmelerin yön verdiği ve körüklediği insan akınları ve/veya göç, insan ticaretiyle doğrudan bağlantılı bir olgudur. Bu insan akının önemli bir kısmını, gelişmekte olan ülkelerde yaşayan ve refah seviyesi yüksek ülkelerdeki yaşam standartlarını ve tüketim mallarının bolluğunu görerek, kendilerinin de bunlara erişebileceklerini düşünen insanlar oluşturur. Bu senaryonun yaşandığı örnekler, insan ticaretine “kötü sonuçlanmış göç” şeklindeki bir yaklaşımın gelişmesini sağlayacak ölçüde yaygındır¹⁹². Kişilerin, insan ticaretine karşı korunmasızlığı, yer değiştirmek yönündeki istek ya da ihtiyaç ile doğrudan bağlantılı olsa da insanları hareket etmeye yöneltten tek neden geçim sıkıntısı değildir. İnsanların, buldukları bölgelerin ya da ülkelerin dışına çıkmalarını sağlayan; iş arama, aile üyelerine destek olmak için para kazanma, seyahat etme isteği, arkadaş ya da akrabalara yapılacak ziyaretler gibi pek çok meşru nedenin, tacirler tarafından olaya kendilerini de dahil edecek şekilde kullanılmalrı mümkündür¹⁹³. Pek çok halde, mağdurun kendisinin, harekete geçmek ve bulunduğu yerden ayrılmak isteği içinde olması, tacirlerin işlerini kolaylaştırmaktadır.

¹⁸⁹ COONAN, Terry – THOMPSON, Robin, “Ancient Evil, Modern Face – The Fight Against Human Trafficking”, Georgetown Journal of International Affairs, Winter/Spring 2005, s. 44.

¹⁹⁰ İbid.

¹⁹¹ COONAN – THOMPSON, s. 43.

¹⁹² ENGLE, s. 63.

¹⁹³ İbid., s. 64.

Böylece yoksulluğun, özellikle göç olgusuyla birleştiğinde insan ticareti faaliyetleri için son derece elverişli bir ortam hazırladığı anlaşılmaktadır. Göç için, finansal sermayenin yanında; iş gücü pazarı hakkında bilgi edinme, yurt dışında aile, arkadaş vb. bir bağlantının bulunması gibi sosyal olanaklar gereklidir. Oysa, yoksul insanlar bu olanakların her ikisine de sahip olmadıklarından, diğer göçmenlere nazaran daha çaresiz ve savunmasızdır. Bu kişiler, yola çıkmadan önce, genellikle tacirlerin de dahil olduğu acentelere borçlanmakta ve gidecekleri ülkelerdeki yasal çalışma fırsatları hakkında yeterince bilgilendirilmemektedir¹⁹⁴. Küresel ölçekte, yoksulluk ve insan ticareti arasında doğrudan bir bağ bulunup bulunmadığı tartışmalı olsa da, insan ticareti mağdurlarının çoğunluğunun, dünyanın en yoksul bölgelerinden ve ülke nüfuslarının en yoksul katmanlarından geldikleri tespit edilmektedir¹⁹⁵. Ancak yoksulluğun da bu olgu bakımından tek başına belirleyici olmadığını, suçun işlenmesini hazırlayan nedenlerden yalnızca biri olarak, küreselleşme, ayrımcılık, yolsuzluk ve kötü işleyen işgücü pazarları gibi diğer faktörlerle birlikte ele alınması gerektiğinin altı çizilmelidir.

Küreselleşme, ekonomik ve siyasi sonuçları itibariyle insanların yer değiştirmesini kolaylaştıran etkenlerden biri olmasının yanısıra, aynı zamanda e-posta, cep telefonları gibi iletişim araçlarının ve internet, televizyon, radyo gibi bilgi mecralarının giderek yayılması sayesinde bu eğilimi daha da artıran bir gelişme olarak da kendisini göstermektedir¹⁹⁶. Ayrıca, suçun işlenmesini ve gizlenmesini kolaylaştıran bir takım etkilerinin de bulunduğu görülmektedir. Küreselleşmeye dayalı olarak kişiler arasındaki iletişimin hızı ve malların, kişilerin, sermayenin ve bilginin dolaşımının kolaylaşması, insan ticaretinin de dahil olduğu suç faaliyetlerini belirgin şekilde değiştirmekle kalmamış, aynı zamanda suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması gibi uluslararası ekonomik pazar üzerinde olumsuz etkisi olan eylemlerin kolaylaşması sonucunu da doğurmuştur¹⁹⁷.

Bilinen mağdurların çoğunluğunu kadınların oluşturduğu göz önüne alındığında, insan ticaretini, kadınların statüsü ve haklarına ilişkin genel sorunlardan da ayırmaya da

¹⁹⁴ ILO Global Report 2005, s. 56.

¹⁹⁵ İbid.

¹⁹⁶ ENGLE, s. 63.

¹⁹⁷ Explanatory Paper 15 – Money Laundering, seizure of assets, financial investigations”, Report of the experts group on trafficking in human beings, s. 212.

imkan yoktur¹⁹⁸. İnsan ticaretini hazırlayan sosyo-ekonomik etkenler arasında, özellikle kadınları daha savunmasız bir konuma yerleştiren cinsiyet eşitsizliği sorunu önemli bir yere sahiptir. Genç kadınlar genellikle işsizlikle en fazla karşı karşıya kalan gruplardan biridir. Bu kişiler, pek çok ülkede ücret konusunda ayrımcılığa maruz kalmakta, ataerkil ailelerde bağımlı bir konuma itilmekte ve evlendirilmesi gereken fazlalıklar olarak görülebilmektedir¹⁹⁹. Özellikle dünya ölçeğinde seks ticaretine yönelik yoğun talebin karşılanmasında, birçok toplumda kadının bu ikincil konumundan yararlanılmaktadır²⁰⁰.

Bundan başka, son yıllarda, kamu görevlilerinin dahil olduğu yolsuzluk faaliyetleri ile insan ticareti fiilleri arasındaki bağlantıyı ortaya koyan çalışmalara ağırlık vermeye başlanmıştır. Yolsuzluk, insan ticareti suçu işlenmeden önce, işlendiği sırada ve işlendikten sonra ortaya çıkabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, suçun işlenmesi sırasında kolaylaştırıcı bir rol oynayabileceği gibi, aynı zamanda suç tamamlandıktan sonra, hedef ülkelerde mağdurların istismarının sürdürülmesini sağlayan bir etken olabilmektedir²⁰¹. Kaynak ülkelerde yasaya aykırı seyahat belgelerinin düzenlenmesinden, geçilen veya hedef ülkelerde göç kontrollerin yapılmasına; fuhuş yapılan yerlerin teftişinden tacirlerin soruşturulmasına kadar, sürecin farklı aşamalarında; konsolosluk çalışanları, sınır görevlileri ve kanun uygulayıcı makamlarda görev alan kişiler gibi değişik mevkilerdeki kamu görevlilerinin suça katılması söz konusu olabilmektedir²⁰².

Yolsuzluk tanımı konusunda, çeşitli ülkeler arasında yaklaşım ve uygulama yönünden farklılıklar bulunması nedeniyle, iki konu arasındaki bağlantıyı tespit edebilmek bakımından, bu kapsama giren fiilleri yalnızca kamu görevlilerinin, insan ticareti faaliyetlerini görmezden gelmek ya da bunları kolaylaştırmak için maddi çıkar talep etmesi ya da kabul etmesi ile sınırlandırmak daha yerinde olacaktır²⁰³. Kamu

¹⁹⁸ ENGLE, s. 53.

¹⁹⁹ İbid., s. 63.

²⁰⁰ Miko, 2004'den aktaran: ZHANG-PINEDA, s. 45.

²⁰¹ "Workshop: Corruption and Human Trafficking: The Grease that Facilitates the Crime", The Vienna Forum to Fight Human Trafficking, 13-15 February 2008, Austria Center Vienna, Background Paper, UN.GIFT (<http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2008/BP020CorruptionandHumanTrafficking.pdf>) (Erişim tarihi:16.08.2010).

²⁰² ZHANG-PINEDA, s. 46.

²⁰³ Nitekim bu kapsam, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin "Yolsuzluğun Suç Haline Getirilmesi" başlıklı 8. maddesiyle de örtüşmektedir. Bu maddeye göre, yolsuzluk kapsamında suç haline getirilmesi istenen eylemler şu şekilde tespit edilmiştir: "(a) Bir kamu görevlisine resmi görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde bir işlem yapması veya yapmaktan kaçınması için, kendisi

görevlilerinin yolsuzluk faaliyetlerinin, insan ticareti suçunun işlenmesinde yoksulluk kadar etkili bir faktör olduğu varsayımı üzerinden değerlendirme yapmayı amaçlayan güncel bir araştırmada varılan sonuçlar, konunun boyutlarını ortaya koyması bakımından ilginçtir²⁰⁴. Öncelikle, kişi başına düşen gelir esas alınarak yapılan değerlendirmede, yoksullukla mücadele eden bir çok ülkenin, insan ticareti suçunun en yoğun olarak işlendiği bölgeler arasında bulunması, bu etken ile insan ticareti fiilleri arasında bir bağlantı olduğunu ortaya koymasına karşılık, refah seviyesi yüksek olan ülkelerin de aynı özelliği taşıması başka etkenlerin de bulunduğunu göstermektedir²⁰⁵. Söz konusu araştırmada, bunun en önemli nedenlerinden birinin bu ülkelerde failerin yakalanması ve mağdurların korunması için kamu makamlarının çabalarının ve yasal düzenlemelerin yetersizliği olduğu ortaya konulmaktadır²⁰⁶. Bunun dışında, eğitim seviyesi ve çocuk ölümleri gibi diğer etkenlerle karşılaştırıldığında, ülkelerin insan ticareti karşısındaki durumlarını belirlemek bakımından, yolsuzluğun ve kişi başına düşen gelirin daha doğrudan bir etkisi olduğu ileri sürülmüştür. Bunlarla insan ticareti suçu arasındaki ilişki şu şekilde kurulmuştur: kamusal faaliyetlerin yerine getirilmesinde şeffaflık ve kişi başına düşen gelir arttıkça, insan ticareti faaliyetlerinde de azalma olmaktadır²⁰⁷.

2. Siyasi çatışmalar ve iç savaşın yarattığı koşullar

BM Uyuşturucu ve Suç Bürosu tarafından hazırlanan insan ticaretine ilişkin 2008 tarihli bir çalışmada, Doğu Afrika bölgesinde uzun süreli sivil savaşların yaşandığı ülkelerdeki somut örneklerden yola çıkılarak, silahlı çatışma döneminde veya sonrasında, toplumu insan ticareti suçuna karşı korunmasız durumda bırakan bir takım koşulların oluştuğu tespit edilmiştir²⁰⁸. Bu çalışmada, bölgede yaşayan halkı, insan ticaretine karşı savunmasız durumda bırakan temel nedenler arasında yoksulluk, cinsiyet

veya üçüncü bir kişi veya taraf lehine, haksız bir menfaatin doğrudan veya dolaylı olarak vaadedilmesi, teklif edilmesi ya da verilmesi; (b) Bir kamu görevlisinin resmi görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde bir işlem yapması veya yapmaktan kaçınması için, kendisi veya üçüncü bir kişi veya taraf lehine, haksız bir menfaati doğrudan veya dolaylı olarak talep etmesi veya kabulü”.

²⁰⁴ Bu çalışmada, Transparency International isimli uluslararası girişim tarafından hazırlanmış olan 2005 tarihli “Yolsuzluk Algısı Endeksi”nin içerisindeki veriler, kamu görevlilerinin yolsuzluk faaliyetleri bakımından bir ölçü olarak kullanılmıştır. Bu endeks, sayıları 146’ya varan ülkeyi içerecek şekilde, uzun bir zaman diliminde hazırlanan oldukça geniş kapsamlı bir araştırmaya dayanmaktadır. Bu araştırmada, 18 farklı kaynaktan ve 12 kuruluştan aktarılan verilere dayanmaktadır (ZHANG-PINEDA, s. 46)

²⁰⁵ Ibid., s. 49.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid., s. 51.

²⁰⁸ Human Trafficking: An Overview, s. 32-33.

eşitsizliği, iş imkanlarının bulunmayışı, yolsuzluk, yasal çerçevenin yetersizliği, doğum kayıtlarının eksikliği ve ucuz işgücü talebi sayılarak, bu koşulların siyasi çatışma ortamıyla bağlantıları ortaya konulmaktadır. Buna göre, siyasi çatışma içinde bulunan veya bu süreci atlatan ülkelerde, çatışma öncesinde mevcut olan toplumsal zaafiyetin şiddeti daha da artmakta veya özellikle kadın ve çocukları etkileyen yeni zaafiyetler oluşmaktadır. Kişileri saldırılara karşı korunmasız kılan bu koşullar arasında; hukuksuzluk ve sosyal fonksiyon bozukluğu, dağılmış aileler, artan cinsel şiddet ve HIV/AIDS riski, sokak çocuklarının ve kimsesiz çocukların sayısındaki artış, doğrudan silahlı çatışmalara dahil olan çocuklar, okulların ve iş fırsatlarının yetersizliği sayılabilir.

Çatışma sürecinde veya çatışmadan sonra, hukuk sisteminde bir çözümlenin ortaya çıkması ya da ülkeye tam bir hukuksuzluğun hakim olması durumunda, temel altyapı ve yasal düzen kurulana ya da yeniden tesis edilene kadar, suç ve şiddet artma eğilimi göstermekte ve toplumda en savunmasız durumdaki kişiler mağdur olmaktadır. Bu toplumsal koşullar içerisinde, faillere karşı etkili bir müdahalenin eksikliği sayesinde, insan ticareti de gelişmek ve yayılmak için uygun koşulları bulmaktadır.

Çatışma içindeki veya çatışmayı atlattığı toplumlar, genellikle yoksullukla, zor sosyo-ekonomik koşullarla ve iş imkanlarının yetersizliği ile mücadele etmektedirler. Çatışma öncesinde varolan ekonomik güvensizlik ve yoksulluk, çatışmayla beraber veya sonrasında ortaya çıkan siyasi istikrarsızlıkla daha da artacağından, bireyler insan ticaretine karşı daha savunmasız bir konumda olacaklardır.

Çatışmanın çocuklar üzerindeki etkileri, onları pek çok farklı yönden insan ticaretine karşı savunmasız hale getirebilmektedir. Çatışmalar, kaçınılmaz olarak, kimsesiz veya anne ve babasından birini kaybetmiş, geçim sorunuyla karşı karşıya olan ve bu nedenle ticarete ya da işgücü sömürüsü karşısında korunmasız durumdaki çocukların sayısını artırır. Ayrıca, doğrudan silahlı çatışmalara katılmış olan çocuklar sivil yaşama uyum sağlamakta zorluk çekebilir ve böylece ticaretten kolayca zarar görebilecek bir durumda bulunurlar. Bunların yanında, çatışma sırasında veya sonrasında düzenli bir eğitim sisteminin bulunmayışı da çocukların ticaretin konusu haline gelmesini kolaylaştıracak bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.

Yine çok yakın bir tarihte Eski Yugoslavya'nın dağılmasıyla sonuçlanan çatışmalar sonucunda, doğrudan savaş nedeniyle zarara uğrayan kesimin yanında, ayrıca savaş sonrasında, özellikle Bosna-Hersek açısından, çoğunluğunu cinsel istismar maksadıyla ticarete konu olan genç kadınların oluşturduğu bir diğer mağdur grubunun ortaya çıktığı gözlenmiştir²⁰⁹. Savaş öncesinde, diğer Doğu Avrupa ülkelerinde faaliyette bulunan az sayıda suç örgütünün burada da varlık göstermesi dışında, Yugoslavya'da, organize suçluluğun yaygın olmadığı ve suç oranlarının göreceli olarak düşük olduğu, ancak 1992 yılında savaşın başlamasının ardından, suç örgütlerinin bölgeye yerleşmesini sağlayacak koşulların yaratıldığı belirtilmektedir²¹⁰. Savaş koşulları, silahlardan temel besin maddelerine kadar herşeyi kontrol eden ve zamanla toplumda yerleşen organize bir karaborsa ekonomisini getirmiş ve savaşın ardından bir hukuksuzluk kültürü bölgeye hakim olmaya başlamıştır. Bu hukuksuzluğun da etkisiyle kurumsal otoriteye neredeyse hiç riayet edilmediği ve düşük gelir seviyeleri nedeniyle parayla kolaylıkla satın alınabilen kamu görevlileri arasında rüşvet ve yolsuzluğun çok ciddi boyutlara ulaştığı görülmüştür. Suç örgütlerinin siyasi partilere yerleşmesi ve toplumun bütün yönlerine işlemesi sonucunda, Bosna-Hersek'te organize suçluluk en kârlı sektörlerden biri haline gelmiştir²¹¹. Bu bölgedeki suç örgütlerinin, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığından yılda yaklaşık 25 milyon dolar kazandıkları tahmin edilmektedir²¹².

3. Göç Politikaları

Yukarıda da ifade ettiğimi üzere, insan ticareti faaliyetinin daha geniş bir bağlamda, göç kapsamında değerlendirilen nüfus akınlardan ayrı düşünülmesi mümkün değildir²¹³. Sanayileşmiş ülkeler kendilerine yönelen nüfus akınlarnı engellemek için göç ve yabancıların ülkede oturmaları ve çalışmaları konusundaki kısıtlamaları artırmaya devam etmektedir. Diğer taraftan, aynı zamanda insan ticaretinde genellikle hedef alınan bölgeler olan bu ülkelerdeki yetersiz iş gücü arzı, göçmen işçilere yönelik bir talebi doğurmaktadır²¹⁴. Katı koşullarla kuşatılmış olan yasal göç, bu ihtiyacı

²⁰⁹ RATHGEBER, Corene, "The Victimisation of Women through Human Trafficking – An Aftermath of War?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 10/2–3, 2002, s. 152.

²¹⁰ *İbid.*, s. 153.

²¹¹ *İbid.*

²¹² *İbid.*, s. 154.

²¹³ ENGLE, s. 53.

²¹⁴ VERMEULEN, Gert, «Visa: un instrument dans la lutte contre le trafic et la traite des êtres humains?», *Revue du droit des étrangers*, avril-mai-juin, 2007, No. 143, s. 147.

karşılama için yeterli olmadığında ise, kişilerin yasadışı göçe yönlendirildiği ve buna yönelik imkanların fazlalaştığı görülmektedir²¹⁵. Daha iyi yaşam koşulları bulma umudu ve yasal koşullarda göçün ve çalışma izni edinmenin neredeyse imkansız oluşu, mağdurlara sınırları geçmek için göçmen kaçakçılara ve insan tacirlerine bağımlı olmak dışında bir seçenek bırakmamaktadır²¹⁶. Tacirler ise, mağdurları tanımadıkları ülkelere çekmek için onlara sözde iş teklifleri veya evlilik fırsatları gibi sahte vaatlerde bulunmak, gördükleri hizmetler için yüksek bedeller belirlemek ve kimlik, pasaport gibi belgelerini ellerinden alarak mağdurları kendilerine bağımlı hale getirmek suretiyle mağdurları ağlarına düşürmektedirler²¹⁷. Bu durumun, uluslararası sınırlar arasında, yılda yaklaşık 600 000 ilâ 800 000 arasında göçmenin ticarete konu olması sonucunu doğurduğu belirtilmektedir²¹⁸.

Göç amacı ile hareket eden mağdur, sınırları yasadışı olarak geçmesini sağlayan göçmen kaçakçısı olarak hareket eden kişiler tarafından, savunmasız durumundan faydalanılması suretiyle ticarete konu edilebileceği gibi²¹⁹, yasadışı göçmenin ülkede kaldığı süre içerisinde başkaları tarafından insan ticareti mağduru haline getirildiğine de rastlanmaktadır. Yine bastırıcı göç politikalarının sonucu olarak, göçmenlerin çoğunluğunun gittikleri hedef ülkelerde yasal belgelerinin bulunmayışı, bazılarının, buldukları ülkenin dilini dahi bilmemesi, ailelerinden ve arkadaşlarından uzakta olmaları, onları çeşitli istismar ve kötüye kullanmalara karşı savunmasız ve daha bağımlı hale getirmekte, bu kişiler, kendilerine karşı gerçekleştirilen fiiller karşısında adeta sessizliğe gömülmek zorunda kalmaktadırlar²²⁰. Özellikle, göçmen işçilerin istismara uğrama riski, bu kişilerin, hedef ülkelere yasa dışı girişleri ya da durumlarının sonradan

²¹⁵ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 25 Haziran 2003 tarihli 21. Oturumunda Kabul edilen 1337 (2003) sayılı Çözüm Önerisi, par. 4 (Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/7442>) (Erişim tarihi:12.09.2010). Ayrıca bkz. VERMEULEN, s. 147.

²¹⁶ BOLAT, s. 16.

²¹⁷ Rapport Suisse, s. 5

²¹⁸ U.S. State Department, Trafficking in Persons Report (June 2004):6'dan aktaran: COONAN – THOPMSON, s. 44. Belçika'da, çeşitli STK'ların ortak yürüttükleri bir araştırma, insan ticareti mağdurlarının % 45'inin, bu ülkeye yasadışı girmeleri sonucunda bu suçla konu olduklarını ortaya koymuştur (VERMEULEN, s. 148)

²¹⁹ Nitekim AK Parlamenterler Meclisinin 1337 (2003) sayılı Tavsiye Kararında bir suç örgütünün göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının ikisiyle birden bağlantılı olduğuna sık rastlandığı belirtilmektedir (par. 7).

²²⁰ AK Parlamenterler Meclisinin 1337 (2003) sayılı Tavsiye Kararı, par. 4. Aynı yönde bkz. COONAN – THOPMSON, s. 44.

yasa dışı hale gelmesiyle yakından ilgilidir. Nitekim suçun işlenmesinde hedef ülkelerden biri olarak değerlendirilen Belçika'da, insan ticareti mağduru olan Doğu Avrupa kökenli göçmen işçiler üzerinde yapılan araştırmalara göre, kişinin insan ticareti ağına dahil olup olmamasında belirleyici etken, yasal koşullarda göç etme imkanındır²²¹.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Orta ve Doğu Avrupa'da Transit Göç Hakkında 1489(2001) sayılı Tavsiye Kararında²²² göç sorunlarının insan ticaretiyle yakından bağlantılı olduğu ve yasadışı transit göçü engellemenin en önemli yollarından birinin insan ticaretini önlemek olduğu belirtilmiştir. Parlamenterler Meclisi, aynı Tavsiye Kararında, yasadışı göçle mücadelede en etkili yöntemin yasadışı göçmenlerin geldikleri ülkelerdeki temel nedenlerle ilgilenmek olduğunu vurgulamış ve üye ülkeleri, özellikle kısa süreli yasal göçün kolaylaştırılması için yeni bir yönetim yaklaşımının kabul edilmesi amacıyla ulusal mevzuatlarını gözden geçirmeye, göçmenlere yasal göç imkanları sunan ülkelerin edindiği tecrübelerini incelemeye, yasadışı göç ve insan ticaretiyle mücadelede tam bir işbirliği içinde hareket etmeye çağırmıştır.

Bu tür engelleyici göç politikaları nedeniyle sadece yasadışı göçmenler değil, çeşitli nedenlerle sığınma talebinde bulunmak amacıyla Avrupa ülkelerine gitmeye çalışan olası mülteciler de insan ticareti mağduru haline gelebilmektedir. Yukarıda sözü edilen 1489(2001) sayılı Tavsiye Kararında mültecilerle ilgili olarak da bazı tedbirlerin alınması önerilmektedir. Kararda, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerini transit geçen mülteciler ve diğer göçmenler arasında kesin bir ayırım yapılması ve her olası mülteciye statü belirleme usulüne başvurma imkanının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu amaçla, üye ülkelere, topraklarına giriş imkanı sağlayacak şekilde göç yasalarını ve iltica politikalarını yeniden gözden geçirmeleri tavsiye edilmiştir.

D. İnsan Ticareti Suçunun Fail Bakımından Gösterdiği Özellikler

İnsan ticareti suçuyla etkin bir mücadelenin kilit noktalarından biri, tacirlerin kimler oldukları ve nasıl hareket ettiklerinin anlaşılmasıdır. Suçun faillerine yönelik

²²¹ VERMEULEN, s. 148.

²²² 22 Ocak 2001 tarihli Oturumda kabul edilmiştir. Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <http://assembly.coe.int/main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/TA01/EREC1489.htm> (Erişim tarihi: 22.12.2010).

böyle bir araştırma; suçun tek başına hareket eden kişiler tarafından ya da örgütlü olarak işlenmesi, örgüt içindeki görev paylaşımı ve organizasyon, failerin cinsiyetleri, suçun işlendiği ülkenin vatandaşı veya yabancı olmaları gibi pek çok özelliğin ve eğilimin ortaya çıkarılmasını kapsayacaktır.

İnsan tacirleri hakkındaki verilerin, daha çok bu kişilerin yaşları, cinsiyetleri, etnik kökenleri veya uyrukları gibi demografik bilgilere dayandığı, bunların dışında kalan bireysel özellikleri hakkında bilgi içeren çalışmaların ise oldukça sınırlı olduğu görülmektedir. Bu nedenle insan tacirlerini harekete geçiren “kişisel nedenler” ya da bunların kişilikleri hakkında çok az bilgiye ulaşılabilmektedir²²³.

Suçun işlenmesinde ağırlıklı rol, organize suç örgütlerinin olsa da, suç örgütleri içinde yer almayan, organize bir özellik taşımayan daha küçük gruplar veya tek başına hareket eden bireyler tarafından bu suçun işlendiği hallere de rastlanmaktadır. Suç faaliyeti, bu kişilerin esas gelir kaynağını teşkil etmemekte ve bunlar genellikle, suç örgütlerinin kiralık işgücü gibi kullandıkları, “kirli işler”i yapan kişiler olmaktadır²²⁴. Hollanda Ulusal Raportörü, önceki yıllarda, insan ticaretiyle ilgili soruşturma ve yargılamalara ilişkin kayıtların, geleneksel anlamda “organize suç örgütü” olarak değerlendirilebilecek bir yapının parçası olmayan kişileri içerdiğine dikkat çekmiştir. Bu çerçevede, Raportör, “örgütlü bir suç grubuna katılma” ile bir arada bulunan az sayıda insan ticareti vakası bulunduğunu, bunun ise, tacirlerin, mağdurları kandırmak için “loverboy”²²⁵ olarak tek başlarına hareket ettiklerine ve organize suç operasyonlarındansa, “bir seferlik” (*quick-hit*) vakaların söz konusu olduğuna işaret edebileceğini belirtmiştir²²⁶.

²²³ Analysing the Business Model of Trafficking in Human Beings to Better Prevent the Crime, Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings (OSCE) – Global Initiative to Fight Human Trafficking (UN.GIFT), Vienna, 2010, s. 20.

²²⁴ DI NICOLA, Andrea, “Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants”, Handbook of Transnational Crime and Justice, Reichel Philip, Sage Publications, 2004, s.185.

²²⁵ Bu terim, savunmasız genç kızları baştan çıkararak ve onları fuhuş yapmaya ikna eden genellikle genç insan taciri erkekler tarafından uygulanan metodu anlatmak için kullanılmaktadır (Human Trafficking, Seventh Report of the National Reporter, 2009, s. 35 (Raporun İngilizce metni için bkz. Seventh%20Report_tcm64-281585[1].pdf) (Erişim tarihi: 20.09.2010) (Bundan böyle “Human Trafficking, Seventh Report” olarak anılacaktır).

²²⁶ GOODEY, s. 428.

Bununla birlikte, tek başına çalışan ya da amatör failler, insan ticareti suçunun işlenmesinde dünya ölçeğinde oldukça küçük bir oranı temsil etmektedir. Nitekim bazı suçların işlenmesi için, özellikle suç örgütleri tarafından değerlendirilebilecek bir takım fırsatların ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. Özellikle ulusal sınırların ötesinde işlenen suçlarda, örgütlenmemiş, tek başına hareket eden kişilere nazaran, organize yapı bir avantaj oluşturmakta ve örgütün bağlantıları, fiilin işlenmesinde kolaylık sağlayabilmektedir. İnsan ticareti suçu da büyük ölçüde sınıraşan bir karaktere sahip olduğundan suç örgütleri tarafından daha kolay ve daha yaygın bir şekilde işlenebilmektedir. Bunun yanında, suçun organize bir yapı içerisinde işlenmesinin, faillerin kazanç beklentilerini artırması ve cezalandırılma riskini azaltması gibi nedenlerle daha avantajlı olduğu görülmektedir²²⁷. Bu nedenle, başlangıçta bireysel girişimlerle ya da küçük ölçekli operasyonlarla yürütülen faaliyet, büyük bir hızla, uluslararası suç örgütleri için giderek daha fazla tercih edilen bir iş alanı haline gelmiştir. Hatta, bu faaliyetin, örgütlü suç gruplarının neredeyse tekelinde olduğunu ileri sürmekle, mevcut tabloyu ortaya koymak yönünden aşırıya kaçılmış olmayacaktır. Bugün uluslararası örgütlü suçluluğun faaliyet alanları arasında uyuşturucu madde kaçakçılığından sonra insan ticareti, ikinci sırada yer almaktadır²²⁸. Fiil, yıllık 7 milyar dolara yaklaşan bir rakam ile organize suç örgütleri için çok karlı bir faaliyet teşkil etmektedir²²⁹.

Kadınların daha çok erkekler tarafından tedarik edildikleri yönündeki yanlış kanının aksine, Asya bölgesine ilişkin raporlar, kadınların, bazen kendi borçlarının ödenmesi baskısı altında diğer kadınları suçun mağduru haline getirmeleri yönünde giderek artan bir eğilime işaret etmektedir²³⁰. IOM tarafından 2001-2005 yılları arasında insan ticareti mağdurlarıyla yapılan görüşmelere dayanılarak oluşturulan veritabanına göre, insan ticareti suçunda mağdurların tedarik edilmesinde, fail olarak kadınların genel oranı oldukça yüksektir (%29)²³¹.

²²⁷ DI NICOLA, s. 185.

²²⁸ COONAN – THOMPSON, s. 44.

²²⁹ HAYNES, Dina Francesca, "Used, Abused, Arrested and Deported: Extending Immigratin Benefits to Protect the Victims of Trafficking and to Secure the Prosecution of Traffickers", Human Rights Quarterly 26 (2004), s. 223.

²³⁰ ILO-IPEC, 2002'den aktaran: OMELANIUK, s. 6.

²³¹ İbid.

Faillerin uyrukları ya da geldikleri ülkeler konusunda, dünya genelinde bir eğilimden bahsetmek oldukça güçtür. BM'nin, insan ticaretini küresel ölçekte çok çeşitli yönlerden ele alan 2006 tarihli Raporu hazırlanırken; ulusal, bölgesel ve uluslararası çok sayıda kaynağa dayanılarak oluşturulan veri tabanında, dünyada genelinde bu suç nedeniyle yargılanan ve/veya mahkum olan kişilerin uyrukları veya kökenlerine ilişkin bilgi içeren çeşitli kaynaklar ele alındığında, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: özellikle Asya ülkelerinden, Orta ve Güneydoğu Avrupa ve Batı Avrupa bölgelerinden gelen faillerin tespit edildiği kaynakların sayısının oldukça yüksek olduğu; eski Sovyetler Birliği ülkeleri, Afrika, Latin Amerika ve Karayip kökenli failleri rapor eden kaynakların daha az olduğu; Kuzey Amerika ve Okyanusya bölgelerinden gelen faillere ise oldukça az kaynaktan rastlandığı görülmektedir²³².

Organize suçluluk tehdidine ilişkin 2009 tarihli Europol Raporunda, insan ticaretine dahil olan en etkin organize suç gruplarının, Bulgaristan, Nijerya ve Romanya kökenli olduğu belirtilmektedir. Bunun yanında, diğer Balkan ülkelerinden, Çin, Moldova, Rusya, Ukrayna, Türkiye ve Vietnam gibi ülkelere kaynaklanan grupların da sıklıkla rapor edildiğinin altı çizilmiştir. Raporda, ayrıca Romen etnik kökenli suç örgütlerinin çocuk ticaretinde etkin rol oynadıkları belirtilmiştir²³³.

E. İnsan Ticareti Suçunun Mağdur Bakımından Gösterdiği Özellikler

Konuyla ilgili çeşitli kuruluşlar tarafından yapılan çok sayıda araştırma sonucunda, insan ticareti mağdurları bakımından özellikle yaş, cinsiyet, eğitim gibi özelliklerin çeşitli risk faktörleri olarak ortaya çıktığı tespit edilmektedir²³⁴. Özellikle IOM tarafından 2001 ve Haziran 2005 yılları arasında yardım edilen 5233 mağdurla ilgili bilgilerden oluşturulmuş küresel bir veritabanına dayanılarak mağdurlarla ilgili pek çok özellik ve eğilim ortaya konulmaktadır²³⁵. Öncelikle, mağdurların geldikleri kaynak ülkeler bakımından bir değerlendirme yapılarak, yoksulluk göstergeleri bakımından, bunların, kalkınma yardımı yapılan ülkeler listesinde ilk sıralarda yer aldıkları tespit

²³² Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 72

²³³ OCTA 2009, EU Organized Crime Assessment, Europol, The Hague, 2009, s. 21.

²³⁴ OMELANIUK, s. 4.

²³⁵ İbid.

edilmektedir²³⁶. Ayrıca, görüşme yapılan mağdurların % 81'inin kadın, % 74'ü 25 yaş veya altı grupta yer aldığı, çoğunluğunun ise 18 ila 25 yaş arasında olduğu sonucuna varılmıştır. Bundan başka, mağdurların yarısından fazlasının bekar, boşanmış veya dul olduğu, evli mağdurların ise % 8 gibi daha düşük bir oranda olduğu belirtilmiştir²³⁷.

Gerçekten de mağdurların cinsiyet yönünden gösterdiği eğilim, kadınların oranının daha fazla olduğunu ortaya koymaktadır²³⁸. Bu veri, insan ticaretini hazırlayan nedenler ile birlikte değerlendirildiğinde, özellikle kadınlara yönelik cinsiyet ayrımcılığı, aile içi şiddet, hatta silahlı çatışmaların yarattığı olumsuz koşullar gibi etkenler ile bir bağlantı kurulabilmesi mümkündür. Bunun yanında suçun bazı istismar biçimlerine yönelik olarak işlenmesinin de mağdurların cinsiyeti bakımından belirleyici olduğu görülmektedir. Örneğin koşullara bağlı olarak, “zorla çalıştırma” veya “kulluk” kapsamında değerlendirilen “ev içi hizmetlerde çalıştırmak” suretiyle istismar bakımından, bu faaliyet, konut içinde ve dışında geleneksel olarak kadının görev ve sorumluluk alanı olarak kabul edildiğinden, cinsiyet yönünden belirgin bir eğilimin söz konusu olduğu belirtilmelidir²³⁹. Suçun mağduru olarak erkeklerin ise, yoğun olarak restoranlarda, atölyelerde, inşaat sektöründe ve tarla işçisi olarak zorla çalıştırmak suretiyle istismar edildikleri tespit edilmektedir²⁴⁰.

ILO'nun yukarıda sözü edilen veritabanında, yaygın kanının aksine, mağdurların eğitim seviyesinin belirleyici bir risk faktörü olduğuna dair kesin göstergeler yer almamaktadır. 2003 tarihli bir başka Raporda, Doğu Avrupa bölgesinde tespit edilen mağdurlar bakımından bu eğilim teyit edilmiş, ancak Arnavut ve Kosovalı mağdurlarla ilgili olarak eğitim seviyesinin düşüklüğünü, bir risk faktörü olarak

²³⁶ İbid. Bunlardan bazıları; Moldova, Romanya, Mali, Ukrayna, Belarus, Bulgaristan, Özbekistan, Kolombiya ve Kırgızistan'dır. Veritabanında bunların dışında ayrıca 50 kaynak ülke ve 78 hedef ülke yer almaktadır.

²³⁷ İbid.

²³⁸ COONAN – THOMPSON, s. 50.

²³⁹ “Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude”, Research Paper on Trafficking in Human Beings for Domestic Servitude in the OSCE Region: Analysis and Challenges, Report of the Tenth *Alliance against Trafficking in Persons* Conference – “Unprotected Work, Invisible Exploitation: Trafficking for the Purpose of Domestic Servitude”, Vienna, 17-18 June 2010, OSCE, Occasional Paper Series no. 4, s. 46. (Rapor için bkz. http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/OSCE_Domestic_Servitude.pdf) (Erişim tarihi: 12.02.2011).

²⁴⁰ COONAN – THOMPSON, s. 50.

değerlendirilmiştir²⁴¹. Veritabanı, yine beklentilerin aksine, bütün mağdurların göç faaliyetinden önce işsiz olmadıklarını ortaya koymaktadır. IOM yetkililerinin görüşme yaptıkları mağdurların, çoğunluğu kendi işlerinde veya aile işinde çalışmak şeklinde olmak üzere, % 42'sinin göçten önce belirli bir iş deneyiminin bulunduğu anlaşılmıştır. Ancak bu kişilerin yarısı ayda 100 dolardan daha az kazandıklarını beyan etmişlerdir. Bu durum, ekonomik koşulların, başka bir ülkeye göç etmek vb. hayatta kalma stratejilerine ihtiyaç duyulmasına neden olacak ölçüde ağır olduğuna dair bir belirti olarak değerlendirilmiştir²⁴². Ailenin yoksulluğunun ise, önemli bir risk faktörü olduğu tespit edilmiştir. Mağdurların yarısı “yoksul” bir aileden geldiklerini ve %14'ü ise aşırı yoksul koşullar içinde yaşadıklarını belirtmişlerdir²⁴³.

“Azınlık grupları” içerisinde yer almanın, insan ticareti suçuna konu olmak bakımından belirleyici bir faktör olup olmadığı konusu da değerlendirilmiştir. Bu grupta yer almamakla birlikte, özellikle genel ve bireysel ayrımcı politikalar eşliğinde, “göç” olgusunun ve vize kısıtlamalarının rolü düşünüldüğünde, göçmen işçilerin durumunun, bu suçun mağduru olmaları bakımından tehlike içerdiği şüphesizdir²⁴⁴. Nitekim İLO tarafından yayınlanan zorla çalıştırmaya ilişkin 2009 tarihli Raporda, Latin Amerika'da, özellikle yasadışı atölyelerde çalıştırılan göçmenler ve ait oldukları topluluklardan ayrılmış olan yerli gruplar gibi diğer savunmasız işçilerin büyük tehdit altında olduğu belirtilmiştir. Burada, zorla çalıştırmanın en temel biçiminin borç karşılığı çalışma olduğu ve izinsiz olarak faaliyet gösteren aracılardan, geçici işçilere ön ödeme yaparak, onları tuzağa düşürdüğü tespit edilmiştir²⁴⁵. Yine Avrupa'da, İLO, özellikle son yıllarda yasadışı göçün sonucu olarak ortaya çıkan zorla çalıştırma vakalarının dikkat çekici boyutlara ulaştığının altını çizmektedir²⁴⁶. Bunun dışında, özellikle Romanya,

²⁴¹ OMELANIUK, s. 4.

²⁴² İbid., s. 5.

²⁴³ İbid.

²⁴⁴ Köleliğin modern biçimleri Çalışma Grubu Nisan 1995'te yaptığı oturumda “yabancı göçmenlerin, insanlık onuruna aykırı ayrımcı düzenlemelere sıklıkla maruz kaldıklarını” tespit ederek, bu kişilerin, özellikle de evlerde çalıştırılan kesimlerin, üzerlerinde denetim kurulmasına, diğer bireylere göre daha açık olduklarını belirtmiştir (Abolir l'esclavage ..., s. 18). Özellikle Avrupa'da fuhsun sömürülmesi maksadıyla ticarete konu olan kadınların % 80'ini göçmenlerin oluşturduğu tespit edilmiştir (CARMEN, s. 5).

²⁴⁵ “The Cost of Coercion”, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 98th Session 2009, Report I(B), Geneva, s. 19 (Bundan böyle “ILO Global Report 2009” olarak anılacaktır).

²⁴⁶ İbid, s. 20.

Bulgaristan ve Arnavutluk gibi ülkelerde Romen etnik grubuna ait olmak, bir risk faktörü olarak tespit edilmiştir. 2003 tarihli ABD İnsan Ticareti Raporunda, Bulgaristan'dan gelen mağdurlar arasında Romen kadın ve kız çocuklarının belirgin bir oranı işaret ettiği belirtilmiştir. Bu gruplar açısından yüksek risk ortaya çıkaran etkenlerin toplumsal dışlanma ve yoksulluk olduğu saptanmıştır²⁴⁷.

Bu suç bakımından savunmasız konumdaki bir diğer grup çocuklardır. Çocuklarla ilgili vakalarda, istismar biçimleri yönünden geniş bir liste söz konusudur. Bunun içerisinde deve jokeyliği yaptırılmak üzere, Güneydoğu Asya ve Sudan'dan, diğer Arap ülkelerine götürülen çocuklar bulunduğu gibi, Güney Afrika'da tarım işçiliğinde ve ev hizmetlerinde çalıştırılmak maksadıyla ticarete konu edilen çocuklara da rastlanmaktadır. Sokak çocuklarının, kimsesiz çocukların, mültecilerin ve kıtlık, silahlı çatışmalar, kırsal bölgelerden kentlere yönelen göç, işsizlik, yoksulluk, parçalanmış ve HIV-AIDS nedeniyle zarar görmüş ailelerin çocuklarının özellikle savunmasız grupları oluşturduğu kabul edilmektedir²⁴⁸.

F. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Yöntemler

Suçu oluşturan araç fiiller kapsamında mağdurları kandırmak ya da onları uslandırmak için başvurulan yöntemlerin yanında, aynı zamanda mağdurların sınırdan geçirilmeleri ve taşınmaları gibi suçu oluşturan asıl hareketlerin gerçekleştirilme biçimlerini de ortaya koymak amacıyla suçun işlenmesinde kullanılan yöntemler bakımından çeşitli uygulamaları ortaya koymak yararlı olacaktır.

Bu kapsamda tacirlerin mağdurları tedarik etmek bakımından en sık başvurdukları yöntemin “iş vaadi” olduğu belirtilmektedir. IOM küresel veritabanına göre; mağdurların %56'sına iş teklif edilmektedir. Bunlar arasında en önemli yeri, hizmetçilik, dansçılık veya eğlence sektöründe başka işler, garsonluk, satış, seks ve çocuk bakıcılığı gibi alanlar tutmaktadır²⁴⁹. Ukrayna'da faillerin, mağdurların çok büyük bir kısmını (%70), iş vaatleri, güzellik yarışmalarına katılma, modellik fırsatları, makul

²⁴⁷ OMELANIUK, s. 5.

²⁴⁸ İbid., s. 5-6.

²⁴⁹ OMELANIUK, s. 6. BM'nin bir raporunda da, Balkan kaynaklı suç örgütleri tarafından en sık başvurulan yöntemin bu olduğu belirtilmiştir (The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment, UNODC, Vienna, 2010, s. 45)

fiyatlı tatiller, yurt dışında eğitim programları ve evlilik acenteleri yoluyla tedarik ettikleri tespit edilmiştir. Balkanlar, eski Doğu Bloku ve Orta Avrupa ülkelerinin kaynak teşkil ettiği insan ticareti fiillerinde tipik yöntemlerden birinin mağdurun, arkadaşlar ve aile gibi tanıdığı kimselerce tedarik edilmesi olduğu belirtilmektedir. Ukrayna’da yapılan bir çalışmaya göre, mağdurların yaklaşık olarak % 20’sine, egzotik dansçılık ve masörlük gibi iş tekliflerinde bulunmaktadır. Bu kadınlar, cinsel hizmetlerde bulunmak zorunda kalacaklarını tahmin etmekle beraber, çalışmanın içereceği istismar niteliğindeki koşullardan habersizdirler²⁵⁰.

Mağdurları denetim altına almak için ağırlıklı olarak başvuru alan yöntem, şiddet olmaktadır. Özellikle Balkan kökenli örgütlü suç örgütlerinin çok ağır şiddet uyguladıkları gözlemlenmektedir. Rusya kaynaklı örgütlerin de genelde oldukça sert kontrol yöntemlerine başvurdukları, istismar ve aşağılanma döngüsüne dahil olmalarını sağlamak için, müşterilere sunulmadan önce, kadın mağdurlara, tacirler tarafından tecavüz edilebildiği görülmektedir. Kaçmalarını engellemek için mağdurlardan bazılarını uyuşturucu verilebilmektedir. Romanya, Çek Cumhuriyeti ve Polonya’da yapılan çalışmalar, mağdurlara çoğunlukla hedef ülkelerde şiddet uygulandığını ortaya koymuştur²⁵¹.

Bölge içi insan ticaretinde, özellikle Orta Avrupa ve Balkanlar’dan yine Avrupa içindeki belirli hedef ülkelere ticarete konu edilen mağdurların taşınmasında genellikle otomobil veya otobüsler kullanılmaktadır. Daha uzak mesafelerde ise, örneğin Latin Amerika ‘dan Avrupa’ya yapılan insan ticaretinde, mağdurlar, hedef ülkelere genellikle hava yoluyla nakledilmektedir. Mağdurların sınırlardan geçirilmesinde, 3 ay süreli standart turist vizeleri kullanılabilir. Mağdurların nakli sırasında işlenen bağlantılı suçlar arasında göç ve sınır denetimine ilişkin yasaların ihlalini teşkil eden fiiller, rüşvet, belgede sahtecilik ağırlıklı olarak yer almaktadır²⁵². Eski Doğu Bloku ülkelerinden getirilen mağdurların sınırdan geçirilmesinde genellikle sahte pasaport ve vizelerin kullanıldığı, yasal geçişin sağlanması için ise sahte evliliklere başvurulduğu görülmektedir. Bazı hallerde, insan ticareti mağdurları, gizlenmeksizin, sokak fuşşuna

²⁵⁰ İbid., s. 45-46.

²⁵¹ İbid.

²⁵² Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 60-61.

dahil edilirken, çoğu olayda, cinsel istismar, özel konutlar veya genelevler gibi daha gizli yerlerde gerçekleştirilmektedir. Bundan başka, masaj salonlarının, “spa” merkezlerinin, striptiz klüplerinin, yasadışı faaliyetlerin gizlenmesi amacıyla paravan olarak kullanılmasına sık rastlanmaktadır²⁵³.

IV. ULUSLARARASI BELGELERDE VE ULUSAL MEVZUATLARDA İNSAN TİCARETİ SUÇU

A. Genel Olarak

İnsan ticareti suçunda uluslararası mevzuatın incelenmesi ayrı bir öneme sahiptir. Bunun nedeni, suçun sınıraşan niteliği üzerinde durulması suretiyle, meselenin ele alınışında daha başından beri birden fazla ülkeyi içine alan çok taraflı yaklaşımların geliştirilmiş olmasıdır. Suçla ilgili yasal çerçevenin oluşturulmasında, beyaz kadın ticaretine ilişkin düzenlemelerden başlayarak, uluslararası ve bölgesel girişimler sonucunda oluşturan metinler önemli ölçüde belirleyici olmuştur. Hatta, denebilir ki, suça ilişkin ulusal mevzuatlar ve ülkelerin bu suçla mücadele siyasetleri, uluslararası düzeyde başlatılan çalışmaların izinden giderek ve bunlardan hareketle şekillenmiştir.

Bunun yanında, birden çok ülkeyi içine alan ve etkileyen bir faaliyetin söz konusu olması nedeniyle, tek bir ülkenin bu soruna ilişkin belirleyeceği suç ve ceza siyasetinin veya diğer mücadele stratejilerinin tek başına bir sonuç doğurabilme imkanı bulunmayacaktır. Konuyla ilgili bir ülkenin hukuk sistemindeki eksiklik ya da alınan tedbirlerdeki yetersizlik bir başka ülke bakımından da olumsuz sonuçlara neden olabilecektir. İnsan ticareti suçunun işlenmesinin önüne geçmek bakımından, nerede işlenmiş olursa olsun bu suçun faillerinin cezalandırılmalarını sağlamak çok önemlidir. Bu açıdan adli ve polisiye işbirliğinin sağlanması, özellikle bilgi paylaşımı konuları hayati öneme sahiptir. Ayrıca, çoğunlukla bir başka ülkenin vatandaşı olan mağdurların, geçiş ülkelerinde veya hedef ülkelerde tespit edilmesiyle birlikte, bu kişilerin adaletle işbirliği yapmaları bakımından geçici ikametleri meselesi, bunlara koruma ve destek sağlanması, geldikleri ülkelere geri gönderilmeleri gibi işbirliğini gerektiren diğer

²⁵³ The Globalization of Crime, s. 47.

konular da bulunmaktadır. Bu nedenle, ülkelerin kabul edecekleri yasal mevzuatlar ve diğer tedbirler konusunda en azından asgari standardı oluşturacak düzeyde bir birlik sağlanması gereklidir.

Bu bölümde, ilk olarak konuyla ilgili uluslararası ve bölgesel düzenlemelere yer verilecek, daha sonra kaynak ülke, geçilen ülke ve hedef ülke olarak konularına göre gruplara ayrılan çeşitli ülkelerin hukuk sistemleri genel hatlarıyla incelenecektir.

B. Uluslararası ve Bölgesel Düzenlemeler

Olgunun, kadın ve çocukların ticareti olarak ele alındığı XIX. yüzyıl sonlarından itibaren, sınıraşan nitelikte işlenen gerçek bir ticaret ile karşı karşıya olunduğu ve aynı suçun çeşitli unsurları itibariyle ayrı ayrı ülkelerde işlenebilmesi nedeniyle, konunun birden fazla ülkeyi aynı zamanda ilgilendirdiği anlaşılmaya başlanmıştır. Böylece, söz konusu ticaret, Devletlerin genel ve ortak menfaatlerini ilgilendiren bir konu olarak değerlendirilerek, gerçek bir müdahalenin mümkün olabilmesi için çeşitli ülkelerin işbirliği içinde hareket etmeleri zorunluluğu doğmuştur²⁵⁴. Bu amaçlarla, yukarıda yer verilen tarihi gelişim içinde, başta The National Vigilance Association olmak üzere çeşitli özel ve resmi kuruluşların girişimiyle gerçekleştirilen kongre ve konferanslar, konuyla ilgili uluslararası metinlerin oluşmasına giden yolda atılan ilk adımlar olmuştur.

İnsan ticareti suçuyla mücadele konusundaki uluslararası yaklaşım, günümüzde daha da geniş kitleleri ve grupları içine alacak şekilde sürdürülmektedir. Dünyadaki çok çeşitli uluslararası ve bölgesel nitelikteki kuruluş tarafından; bugün suçu daha geniş bir çerçevede tanımlayan, faaliyeti bütün yönleriyle ele almaya çalışan; cezai ve idari nitelikteki tedbirleri içeren, mağdurların insan haklarının korunmasına yönelik düzenlemeler meydana getirilmiş, suçla mücadeleyi amaçlayan eylem planları oluşturulmuştur. Bunlar içinde, özellikle Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından yapılan çalışmalar çok geniş bir yer tutmaktadır. Bu kuruluşların çeşitli organları ve birimleri, bu sorun üzerinde çalışmak üzere görevlendirilmiş, bunun sonucunda bir takım ilke kararları, tavsiye kararları ve uluslararası sözleşmeler kabul edilmiştir. Avrupa Birliği de çeşitli kurumları ve birimleri nezdinde bu konuyla

²⁵⁴ DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ..., s. 279.

ilgilenecek, bir takım tavsiye kararları ve yasal düzenlemelerle konuyla ilgili uluslararası mevzuata katkıda bulunmuştur. Bunun dışında, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı gibi başka bir takım uluslararası ve bölgesel kuruluş ve örgütlerin de insan ticaretine ilişkin düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Bu şekilde, genel hatlarıyla tespit edilen mevzuat, bu bölümün konusunu oluşturmaktadır. Ancak bunların yanında aynı başlık altında, insan haklarına ilişkin bir takım sözleşmelerde yer alan hükümlerin, aynı zamanda ağır bir “insan hakları ihlali” olarak kabul edilen insan ticareti bakımından değerlendirilmeleri de zorunlu görülmüştür.

1. Birleşmiş Milletler

Uluslararası kamuoyunun özellikle kadın ve çocuk ticaretine verdiği büyük tepkinin ardından başlatılan girişimlerle ve çok sayıda ülkenin katılımıyla gerçekleştirilen uluslararası kongre ve konferansların neticesinde, oldukça hızlı bir ilerlemenin sağlandığı görülmektedir. Yoğun çalışmaların yapıldığı bu dönemde 1904 ve 1910 tarihli Sözleşmelerin kabul edilmesi sağlanmışsa da, I. Dünya Savaşının başlamasıyla birlikte bir durgunluk dönemine girilmiştir. Savaşın bitmesinin ardından kurulan Milletler Cemiyeti, daha da büyük bir tehdit haline gelen bu yasadışı faaliyet ile ilgilenmeye başlamıştır²⁵⁵. İkinci Dünya Savaşından sonra dağılan Milletler Cemiyeti'nin bu görevini, savaş sonrasında, uluslararası ilişkileri istikrara kavuşturmak ve barışı sağlamak için 1945 yılında kurulan Birleşmiş Milletler devralmıştır. Bu ardıllık nedeniyle, insan ticareti konusunda Milletler Cemiyeti'nin çalışmalarının da, Birleşmiş Milletler tarafından meydana getirilen düzenlemeler kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

Milletler Cemiyeti bünyesinde kabul edilen Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men'ine Dair 1921 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin, Cemiyetin kuruluşundan önce kabul edilmiş olan 1904 ve 1910 tarihli uluslararası Sözleşmeleri içerecek bir kapsamda hazırlanmış olması ve bunlara yapmış olduğu atıflar dolayısıyla, bu iki Sözleşme de Birleşmiş Milletler tarafından yapılan çalışmalar kapsamında ele alınmıştır.

²⁵⁵ Milletler Cemiyeti Kurucu Paktının 23. maddesiyle, Cemiyete, kadın ve çocuk ticaretine ilişkin anlaşmalar üzerinde genel bir kontrol görevi verilmiştir (MAUS, s. 368; DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 281).

**a) 18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretine Karşı Etkili
Himayenin Sağlanmasına Dair Uluslararası Düzenleme^{256 257}**

İçeriğinde dokuz maddenin yer aldığı bu Sözleşmeyle, fuhuş maksadıyla kadın ve kız çocuklarının ticarete dahil edilmesi “beyaz kadın ticareti” adı altında bir suç olarak kabul edilmekteyse de, asıl amacı, sözü geçen kişilerin bu ticaretten korunması oluşturmaktadır. Bu nedenle, yalnızca Devletlerin bu çerçevede almaları gereken tedbirler yer verilmiştir. Sözleşmede, beyaz kadın ticaretini tanımlayan veya bu kapsamda belirli fiilleri suç sayarak, Taraf Devletlere bunları cezalandırma yükümlülüğü getiren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu kapsamda, birinci maddeyle; Taraf Devletlere, kadınların ve kız çocuklarının yabancı ülkede fuhuş için hizmetlerinin taahhüt edilmesine ilişkin bütün bilgileri belli bir merkezde toplamakla görevli bir makam görevlendirilmesi veya tespit edilmesi konusunda bir yükümlülük getirilmektedir. Ayrıca, Taraf Devletlerin; özellikle istasyonlarda, limanlarda ve yolculuklar sırasında, fuhuşa yönelmiş kadınları idare edenleri arayıp bulmak maksadıyla gözetimler gerçekleştirmek (md. 2), bu ticaretin failleri, suç ortakları veya mağdurları olduğu alışılan kişilerin ülkeye gelişlerinin, gerekli hallerde, hedef ülkelerdeki yetkili makamlara, ilgili diplomatik mercilere ve konsoloslara bildirmek için gerekli düzenlemelerin yapılması (md. 3) yönündeki taahhütlerine yer verilmiştir.

Üçüncü, dördüncü ve beşinci maddelerde ise, özellikle fuhuşa yönelmiş yabancı ülke vatandaşı kadınların ve genç kızların geldikleri ülkelere geri gönderilmesi bakımından bilgi paylaşımına, insani gerekliliklere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

²⁵⁶ Arrangement International en vue d'Assurer une Protection Efficace Contre Le Trafic Criminel Connu Sous le Nom de 'Traite des Blanches. Anlaşmanın Fransızca metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/Treaties/1920/09/19200907%2006-00%20AM/Ch_VII_8p.pdf (Erişim tarihi: 01.10.2010).

²⁵⁷ Bu belge imzalandığı tarihte Türkiye taraf olmamış, ancak bu uluslararası düzenlemeyi ve 1910 tarihli Sözleşmeyi değiştiren Protokol ve Eki'nin 11.3.1950 tarihinde 5570 sayılı Kanunla onaylanmasıyla, bu Sözleşmenin tamamına da Taraf olduğu kabul edilmekte ve her iki Sözleşme Türkiye'de birlikte yürürlüğe girmiş sayılmaktadır.

b) 4 Mayıs 1910 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılması konusunda Paris Sözleşmesi²⁵⁸

Türkiye'nin 19.12.1949 tarihinde katıldığı Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılması konusunda Paris Sözleşmesi de yine "fuhuş" maksadıyla kadın ve kız çocuklarının ticaretine odaklanmıştır. 1904 tarihli Sözleşmeden farklı olarak 1. ve 2. maddelerde, "beyaz kadın ticareti" olarak adlandırılan fiiller tanımlanmış ve Devletlere bu fiilleri cezalandırma yükümlülüğü getirilmiştir.

1910 tarihli Sözleşme'nin 1. maddesine göre; "*başkasının ihtiraslarını tatmin için, fuhuş maksadıyla, rızası ile olsa bile, reşit olmayan bir kadın yahut bir kızın fuhuş için hizmetlerini taahhüt eden (embaucher), fuhşa sevkeden veya böyle birisini fuhuş amacıyla bir yerden başka bir yere götüren kimseler, suçun unsurlarını teşkil eden hareketler çeşitli ülkelerde işlenmiş bulunsalar da cezalandırılırlar.*"²⁵⁹

2. maddede ise ; "*başkasının ihtiraslarını tatmin için, fuhuş maksadıyla, reşit bir kadın veya kızın cebir ve şiddet, tehdit, hile veya nüfuzun kötüye kullanılması ya da diğer herhangi bir zorlayıcı araç ile fuhuş için hizmetlerinin taahhüt edilmesi, fuhşa sevk edilmesi veya bir yerden başka bir yere götürülmesi*" suç sayılarak, suçun unsurlarını teşkil eden hareketler çeşitli memleketlerde işlenmiş bulunsa da bu fiilleri gerçekleştiren kişilerin cezalandırılacakları belirtilmiştir²⁶⁰.

3. maddede; mevzuatları önceki maddelerde belirtilen suçları cezalandırmak için yeterli olmayan Taraf Devletlerin, sözü geçen fiilleri suç olarak düzenlemek ve ağırlıklarına göre cezalandırmak amacıyla gerekli tedbirleri alacakları düzenlenmiştir.

²⁵⁸ Convention internationale relative à la répression de la traite des Blanches. Sözleşmenin Fransızca metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/Treaties/1888/01/18880101%2006-01%20AM/Ch_VII_10p.pdf (Erişim tarihi: 01.10.2010).

²⁵⁹ Birinci madde, Sözleşmenin aslı olan Fransızca metinde şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Doit être puni quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure, en vue de la débauche, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents*".

²⁶⁰ İkinci maddenin orijinal metni aynen şu şekildedir: "*Doit être aussi puni quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, a, par fraude ou à l'aide de violences, menaces, abus s'autorité, ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné une femme ou une fille majeure en vue de la débauche, alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs de l'infraction auraient été accomplis dans des pays différents*".

Sözleşmenin sonuna eklenen Nihai Protokol 1, 2 ve 3. Maddelerin yorumlanmasına ilişkin esaslar içermektedir. Buna göre; 1 ve 2. maddede yer alan hükümler, bu konudaki asgari gerekliliği teşkil etmeli, bu bakımdan, Devletler, örneğin hile ya da zorlama olmasa da reşit kadınların fuhşu gibi benzer suçları cezalandırma konusunda serbestliğe sahip olmalıdır (bent (A)). Yine 1. ve 2. maddelerde öngörülen suçlar bakımından “reşit olmayan kadın ve kızlar”, “reşit kadın ve kızlar” ifadeleri ile kastedilen, 20 yaşını tamamlamış ya da bu yaşın altındaki kadın ve kızlardır. Bununla birlikte, her milletten kadın ve kızlar için aynı olmak koşuluyla, yasayla bundan daha yüksek bir koruma yaşı tespit edilebilir (bent (B)). Bundan başka; Sözleşmede öngörülen suçlar için, yasayla, ek cezalardan ayrı olarak mutlaka hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmesi ve mağdurun yaşından bağımsız olarak farklı ağırlaştırıcı nedenlerin de göz önüne alınması gerekliliğine yer verilmiştir (bent (C))²⁶¹.

Sözleşmenin 5. maddesinde; yine 1. ve 2. maddede belirtilen suçların bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden itibaren, suçluların iadesine imkan veren fiiller arasında düzenleneceklerine ilişkin Taraf Devletlerin üstlendiği yükümlülük belirtilmekte ve 7. maddede; Taraf Devletlerin, bu Sözleşmede öngörülen ve unsurları farklı ülkelerde gerçekleştirilmiş suçlar nedeniyle verilen mahkumiyet kararlarına ilişkin bilgileri kendi aralarında paylaşmaları öngörülmüştür.

18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretine Karşı Etkili Himayenin Sağlanmasına Dair Uluslararası Düzenleme ve 4 Mayıs 1910 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılması Konusunda Paris Sözleşmesi’nde 4 Mayıs 1949 tarihli Protokol ve eki ile değişiklik yapılarak, Fransa Hükümetinin söz konusu uluslararası belgelerin uygulanmasına dair üstlenmiş olduğu görevler Birleşmiş Milletlere devredilmiştir²⁶².

²⁶¹ Son olarak, Nihai Protokolün (D) bendinde, bir kadının veya kızın rızası hilafına bir genelevde tutulması fiilinin, ağırlığına karşın tamamen iç hukuku ilgilendiren bir konu olması nedeniyle bu Sözleşmede yer almadığı belirtilmiştir.

²⁶² “Kadın Ticareti Namile Anılan Cinai Ticarete Karşı Müessir Bir Himayenin Sağlanması Maksadiyle 18.05.1904 tarihinde Paris’te İmzalanmış Bulunan Milletlerarası Anlaşma ile Beyaz Kadın Ticaretinin Zecren Menine Dair 04.05.1910 tarihinde Paris’te İmzalanmış Olan Milletlerarası Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ve Eki” Türkiye tarafından , 11.3.1950 tarihinde 5570 sayılı Kanunla onaylanarak, 7448 sayılı ve 04.03.1950 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Protokolün ekinde öngörülen değişiklikler; 18 Mayıs 1904 tarihli Uluslararası Düzenlemenin ve 4 Mayıs 1910 tarihli Sözleşmenin esaslarına ilişkin olmayıp, gerekli konularda BM Genel Sekreterliği’ni ve yetkili organlarının işlevlerini düzenleyen niteliktedir.

c) 30 Eylül 1921 tarihinde Cenevre’de imzalanan Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men’ine Dair Milletlerarası Sözleşme²⁶³

30 Eylül 1921 tarihli Cenevre Sözleşmesinin öncekilere kıyasla içerdiği en önemli farklılık başlığındadır. Bu belgeyle ilk kez “beyaz kadın ticareti” ifadesi terkedilerek bunun yerine daha genel bir ifade olan “kadın ve çocuk ticareti” tercih edilmiştir.

Türkiye 1921 tarihli Sözleşme’ye 15.04.1937 tarihinde katılmış, Sözleşmeyi değiştiren 12 Kasım 1947 tarihli Protokole ise imza tarihinde taraf olmuştur²⁶⁴.

Sözleşmenin ikinci maddesinde, cinsiyet ayırımı yapmaksızın çocuk ticaretiyle uğraşanların ve 1910 tarihli Sözleşmenin 1. maddesine göre suç teşkil eden fiilleri gerçekleştiren kişilerin ortaya çıkarılması ve yargılanması için gerekli bütün tedbirleri alma konusunda Taraf Devletlerin anlaşmaları belirtilmektedir. Bunu takip eden 3. maddede; 1910 tarihli Sözleşmenin 1 ve 2. maddelerinde yazılı suçları işlemeye teşebbüs edenlerin ve yasal sınırlar içerisinde bu suçların hazırlık hareketlerini gerçekleştirenlerin cezalandırılmasını temin etmek için gerekli bütün adımları atma konusunda Devletler, yükümlülük altına girmektedir.

Bundan başka; 4. maddede; Taraf Devletlerin, aralarında yürürlükte bulunan herhangi bir iade anlaşması olmaması halinde, 1910 tarihli Sözleşmenin 1. ve 2. maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında mahkûmiyet kararı verilen veya bu suçlardan dolayı itham edilen kişilerin iade edilmeleri konusunda yetkileri ölçüsünde bütün gerekli tedbirleri almayı taahhüt ettikleri öngörülmektedir. 5. maddede ise, 1910 tarihli Sözleşmenin Nihai Protokolünün “B” paragrafında “20 yaşını tamamlamış” ifadesi, “21 yaşını tamamlamış” biçiminde değiştirilmiştir.

²⁶³ Sözleşmenin 12 Kasım 1947 tarihli Protokol ile değişik orjinal metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/Treaties/1950/04/19500424%2010-31%20PM/Ch_VII_2p.pdf (Erişim tarihi: 03.10.2010).

²⁶⁴ “Kadın ve Çocuk Ticaretinin Kaldırılmasına Mütedair 30.09.1921 tarihli Sözleşme ile Reşit Kadın Ticaretinin Kaldırılması Hakkında 11.10.1933 tarihli Sözleşmeyi Değiştiren Protokol ve Eki”, 24.05.1949 tarih ve 5394 sayılı Kanun ile kabul edilerek, 28.05.1949 tarih ve 7218 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Sonuç olarak, 30 Eylül 1921 tarihli Kadın ve Çocuk Ticaretinin Men'ine Dair Milletlerarası Sözleşmenin, yeni bir suç ihdas etmek değil, yalnızca 1904 ve 1910 tarihli Sözleşmelerin eksikliklerini gidermek ve bunların etkisini güçlendirmek amacıyla meydana getirildiği anlaşılmaktadır.

d) 25 Ekim 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme²⁶⁵

Köleliğin yasaklanması ve kaldırılması amacıyla 19. yüzyılın başlarından itibaren çok sayıda bildirge kabul edilmiş, ülkeler arasında sayıları üç yüze varan iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalar imzalanmıştır. Bu hukuki araçların hiçbiri yeterince etkin olamamıştır²⁶⁶. Milletler Cemiyeti, kuruluşundan itibaren köleliğin kaldırılması amacıyla pek çok çalışma gerçekleştirmiş, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bu görevi devralan Birleşmiş Milletler aynı mücadeleyi sürdürmeye çalışmıştır. Milletler Cemiyeti tarafından bu konuda kabul edilen en önemli belge 25 Ekim 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme olmuştur. Bu Sözleşme, 23 Ekim 1953 tarihli Protokol ile değiştirilerek, Milletler Cemiyeti'nin Sözleşme'ye ilişkin görev ve yetkileri Birleşmiş Milletlere devredilmiştir²⁶⁷.

23 Ekim 1953 tarihli Protokol ile değişik 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme, "kölelik" tanımını içeren ilk uluslararası belgedir. Sözleşmenin 1. maddesinde kölelik; "üzerinde mülkiyet hakkına bağlı erk ve yetkilerin kısmen ya da toplu olarak kullanıldığı bir kişinin statüsü ya da durumu" olarak tanımlanmaktadır (par. 1). Aynı maddenin ikinci paragrafında ise köle ticareti tanımlanmaktadır. Buna göre; "köle ticareti, bir şahsın köle haline getirmek için ele geçirilmesi, iktisabı veya devri, bir kölenin satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere iktisabı; satılmak veya değiş-tokuş edilmek üzere iktisap edilmiş bir şahsın satış veya değiş-tokuş suretiyle devri ve genel olarak kölelerin ticareti veya nakline ilişkin her türlü eylemi ifade eder". İkinci maddeye göre, Sözleşmeye taraf Devletlerin her biri, egemenliği, yargı yetkisi, koruması veya

²⁶⁵ Convention relative à l'esclavage. Sözleşmenin 7 Aralık 1953 tarihli Protokol ile değişik Fransızca ve İngilizce metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/Treaties/1955/07/19550707%2000-53%20AM/Ch_XVIII_2p.pdf (Erişim tarihi:4.10.2010).

²⁶⁶ Abolir l'esclavage ..., s. 3.

²⁶⁷ Protokol metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/Treaties/1953/12/19531207%2000-20%20AM/Ch_XVIII_1p.pdf (Erişim tarihi:04.10.2010). Türkiye, 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşmeyi 5 Haziran 1926 tarihli bir yasayla kabul etmiştir (12.06.1933 tarihli ve 2425 sayılı RG). 23 Ekim 1953 tarihli Protokol ise Türkiye tarafından 14 Ocak 1955 tarihinde imzalanmıştır.

idari vesayeti altındaki bütün topraklarda a) köle ticaretinin önlenmesi ve kaldırılması, b) aşamalı olarak ve en kısa zamanda köleliğin bütün biçimleriyle tamamen ortadan kaldırılmasını taahhüt ederler.

Sözleşmenin üçüncü maddesi uyarınca, Taraf Devletler, kara sularında ve bayraklarını taşıyan bütün gemilerde kölelerin taşınması ve nakledilmesini engellemek ve ortadan kaldırmak için gerekli bütün tedbirleri almayı üstlenmektedirler.

Sözleşmenin 5. maddesinde zorla çalıştırmadan ayrıca söz edilerek, kölelik ve zorla çalışma arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Maddenin birinci paragrafında Taraf Devletlerin, zorla çalıştırmaya başvurulmasının ağır sonuçları olabileceğini kabul ederek, her birinin, kendi egemenliği ve yargı yetkisi altındaki topraklarda zorla çalıştırmanın köleliğe benzer koşullara dönüşmesinin engellenmesi için gerekli bütün tedbirleri almayı taahhüt ettikleri belirtilmiştir. İkinci paragrafta göre; Taraf Devletler, zorla çalıştırmanın yalnızca kamusal amaçlarla kabul edilmesi ve bunun dışındaki maksatlarla zorla çalıştırmanın hala devam ettiği topraklarda, bu uygulamaya tedricen ve en kısa zamanda son verilmesi hususlarında anlaşmaktadırlar. Buna rağmen, zorla çalıştırmanın söz konusu olması halinde, yalnızca istisnai nitelikte olması, yeterli karşılığın her zaman ödenmesi ve çalışanların mutlak olarak yaşadıkları yerden ayrılmalarını gerektirmemesi koşullarının gerçekleşmesi zorunluluğu kabul edilmiştir.

Sözleşmenin altıncı maddesinde, Taraf Devletlerin, bu Sözleşmenin etkin bir şekilde amacına ulaşması bakımından, yasaklanan faaliyetlerin suç olarak kabul edilmesi ve ağır cezalarla karşılanması için gerekli yasal düzenlemeleri yapmayı taahhüt ettikleri öngörülmüştür.

Köleliğe İlişkin Sözleşmenin, köleliği yasaklamakla birlikte, Taraf Devletlerde köleliğin ne boyutta olduğunu tespit etmeye imkan verecek bir usul getirmemiş ve ihlalleri tespit edip inceleyecek uluslararası bir organ oluşturmamış olması nedeniyle, etkinliğini sağlayacak mekanizmalardan yoksun olması eleştirilmiştir. Bununla birlikte Birmanya ve Nepal gibi ülkelerde köleliğin kaldırılmasına ilişkin yasaların

uygulanmasını teşvik etmek amacıyla hükümetlere baskı yapılarak ve sürekli bilgi aktarımında bulunularak bir yere ulaşılmaya çalışıldığı belirtilmektedir²⁶⁸.

e) 11 Ekim 1933 tarihli Yetişkin Kadın Ticaretinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme²⁶⁹

Sözleşme, kadın ve çocuk ticaretinin daha etkin bir şekilde önüne geçilmesi amacıyla, yukarıda sözü edilen 18 Mayıs 1904 tarihli Uluslararası Düzenleme ile, 4 Mayıs 1910 ve 30 Eylül 1921 tarihli Sözleşmeleri tamamlamak niyetiyle hazırlanmış ve imzalanmıştır. Sözleşmenin birinci maddesine göre; *“Bir başkasının ihtiraslarını tatmin etmek üzere reşit bir kadın veya kızı, kendi rızasıyla olsa bile, başka bir memlekette icrayı fuhuş maksadıyla kullanan, sürükleyen veya baştan çıkararak kimse, suç unsurlarını teşkil eden fiillerin her biri ayrı ayrı memleketlerde yapılmış bulursa bile cezalandırılacaktır”*. Böylece, söz konusu fiilin cezalandırılması konusunda evrensellik prensibinin geçerli olacağı bir uluslararası belgede kabul edilerek, nerede işlenirse işlensin bütün Devletlere cezalandırma yetkisi verilmesini gerektiren ağır bir suç ile karşı karşıya olunduğuna dikkat çekilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise teşebbüsün ve yasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla hazırlık hareketlerinin de cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Sözleşmede bunun dışında; bu Sözleşmenin ve 1910 ve 1921 tarihli Sözleşmelerin uygulanması bakımından soruşturma, kovuşturma, mahkumiyet ve suçluların iadesi gibi konularda milletlerarası işbirliğine (md. 3), Taraf Devletler arasında 1910 ve 1921 tarihli Sözleşmelerin uygulanmasından doğan ihtilafların çözümüne (md. 4) ilişkin hükümler yer almaktadır.

²⁶⁸ Abolir l’esclavage ..., s. 4.

²⁶⁹ Reşit Kadın Ticaretinin Men’i Hakkında 1933’de imzalanan Beynelmîlel Mukavelenin Tasdikine Dair 15 Nisan 1935 tarihli ve 2693 sayılı Kanun ile onaylanarak 22 Nisan 1935 tarihli ve 2984 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Sözleşmenin Türkiye bakımından yürürlüğe giriş tarihi ise 19.03.1941’dir (22.04.1935 ve 2984 sayılı R.G.)

f) 21 Mart 1950 tarihli İnsan Ticaretinin ve Başkasının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin New York Sözleşmesi²⁷⁰

BM Genel Kurulunun 317(IV) sayılı Kararıyla onaylanan New York Sözleşmesi, 21 Mart 1950 tarihinde New York'ta imzaya açılmış ve 25 Temmuz 1951'de yürürlüğe girmiştir.

New York Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmında BM nezdinde bugüne kadar imzalanmış olan ve yukarıda da yer verdiğimiz kadın ve çocuk ticaretinin kaldırılmasına ilişkin 1904, 1910, 1921 ve 1933 tarihli Sözleşmelerin yürürlükte olduğu hatırlatılarak, aradan geçen zamandaki gelişmelerin, bu belgeleri güçlendirecek nitelikte bir metnin hazırlanmasını gerekli kıldığı ve bu amaçla 1937 yılında Milletler Cemiyeti tarafından hazırlanmış olan Sözleşme Taslağı'nın yapılacak değişikliklerle adı geçen Sözleşme olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Sözleşmenin 28. maddesine göre; yukarıda yer vermiş olduğumuz Sözleşmelere Taraf olan Devletlerin tamamı bu Sözleşmeye taraf olduğunda, eski tarihli bu belgelerin artık yürürlükten kalkacağı ve bu Sözleşmelere taraf olan ülkeler arasındaki ilişkilerde, eski Sözleşmelerin hükümlerinin yerini bu yeni Sözleşme hükümlerinin alacağı düzenlenmiştir.

Taraf Devletlere, Sözleşmenin birinci ve ikinci maddelerinde yazılı fiilleri cezalandırma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu kapsamda 1. maddede sayılan fiiller; başkasının ihtiraslarını tatmin amacıyla; (1) bir başkasını rızasıyla olsa dahi, fuhuş maksadıyla tedarik etmek, baştan çıkarmak, kendisiyle beraber götürmek ve (2) başkasının fuhşunu o kişinin rızasıyla da olsa sömürmek biçimindedir. 2. maddede ise (1) bir geneleve sahip olmak, burayı işletmek veya bilerek böyle bir yere mali kaynak sağlamak veya sağlanmasına katkıda bulunmak ve (2) başkalarının fuhşu için bir binanın veya bölümlerinin yahut başka bir yerin kullanılmasına izin vermek veya kiralamak

²⁷⁰ Convention for the Supression of the Traffic in Persons and of he Exploitation of the Prostitution of Others. Bundan böyle New York Sözleşmesi olarak anılacaktır. New York Sözleşmesi'nin İngilizce orjinal metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/Treaties/1951/07/19510725%2010-42%20PM/Ch_VII_11_b_bp.pdf (Erişim tarihi: 07.01.2010). Türkiye, halen imzaya açık durumda olan bu Sözleşmeye henüz taraf olmamıştır.

fiillerinin cezalandırılacağıının Taraf Devletler tarafından taahhüt edildiği belirtilmektedir.

Taraf Devletlere ayrıca, iç hukuk sistemleri elverdiği ölçüde bu fiillere teşebbüsü, hatta hazırlık hareketlerini (md.3). ve kasten iştirak edenlerin fiillerini de cezalandırma yükümlülüğü getirilmektedir (md. 4). Bundan başka, cezasızlık halinin önüne geçmek amacıyla, gerekli hallerde iştirak teşkil eden eylemlerin ayrı suçlar olarak cezalandırılması konusunda da Taraf Devletlerin gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiği belirtilmektedir (md. 4).

Sözleşmenin amacını ortaya koymak bakımından en önemli hükümlerden biri 6. maddede yer almaktadır. Buna göre; *“Sözleşmeye taraf Devletlerden her biri; fuhuş yapan veya fuhuş yaptığından şüphelenilen kişileri özel bir kayıt sistemine veya istisnai bir denetim ya da bildirim gerekliliğine tabi kılan veya özel bir belgeye sahip olmalarını gerektiren yasal, düzenleyici ve idari nitelikte her türlü hükmü iptal etmek yahut kaldırmak konusunda gerekli tedbirlerin alınması konusunda uzlaşmaktadır”*.

Bu maddenin, Sözleşmenin ilk iki maddesinde suç olarak düzenlenmesi taahhüt edilen fiillerle birlikte değerlendirilmesi sonucunda New York Sözleşmesi’yle Taraf Devletlerden “fuhuş” konusunda belli oranda katı bir yaklaşım benimsemelerinin talep edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim reşit ve kendi rızasıyla fuhuş faaliyetini gerçekleştiren bir kimsenin durumunda dahi, bu faaliyetten yarar sağlanması sonucunu doğuran her türlü fiilin cezalandırılması yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Yine aynı düşünceyle, 6. maddeyle; Devletlerden buna imkan verecek her türlü yasal ve idari düzenlemeden kaçınmaları, diğer bir ifadeyle yasaklamadığı fuhuş faaliyetinde hiçbir şekilde “rol” almamaları ve bunun sonucunda oluşacak sömürüyü kabullenici ya da tanıyıcı bir konumda bulunmamaları talep edilmektedir²⁷¹.

²⁷¹ New York Sözleşmesi’nin 6. maddesinde ifadesini bulan bu yaklaşım dünyada fuhuş konusunda geçerli olan başlıca üç eğilimden birini ifade etmektedir: Mütehammil sistem (le système abolitionniste). Bu sistem genel hatları ile; cinsel özgürlüğün bir parçası olarak fuhuş serbest bir faaliyet (özel girişim) biçiminde tanımlayarak, kamu düzeni ve ahlak açısından bir sorun teşkil etmediği sürece bu faaliyete tahammül göstermekte, ancak bu konuyu düzenlemekten sakınmaktadır. Fransa, İtalya, İspanya, Portekiz, Danimarka, Lüksemburg bu sistemin geçerli olduğu ülkelere örnek verilebilir. Diğer iki sistem ise; fuhuşun “kötü, ama gerekli” bir olgu olarak gören ve fuhuşa izin veren ancak, bu faaliyeti kesin kurallara tabi tutarak denetleyen “düzenleyici sistem” (le système réglementariste) ile fuhuş bir suç olarak düzenleyen ve bu faaliyeti yasaklayan “yasaklayıcı sistem”dir. (le système prohibitionniste). Düzenleyici sistemi

Türkiye'nin New York Sözleşmesi'ni bugüne kadar imzalamamasının nedeninin, fuhuş konusundaki resmi tutumuyla Sözleşmedeki bu anlayışın bağdaşmaması olabileceği görüşündeyiz. Nitekim Türkiye'de fuhuş başlı başına bir suç teşkil etmemekte ve bu faaliyet kanuni ve idari bir takım düzenlemelere tabi olarak gerçekleştirilmektedir²⁷². Buna karşılık, fuhşa teşvik, fuhuş için aracılık, fuhşun yolunu kolaylaştırmak gibi hareketler suç sayılmaktadır (TCK md. 227)²⁷³.

Sözleşmenin 17. maddesinde; Devletlerin insan ticaretini denetim altına almak ve tespit etmek için özellikle göçmenlerle ve toplumun geri kalanıyla ilgili üstleneceği yükümlülükler yer verilmiştir. Bunlar arasında; göçmenlerin, özellikle kadın ve çocukların geliş ve gidişlerinde ve yolculuk esnasında korunması için gerekli düzenlemeleri yapmak, insan ticaretinin doğurduğu tehlikeler konusunda toplumu uyuracak nitelikte propaganda faaliyetini düzenlemek, fuhuş maksadıyla insan ticaretini önlemek amacıyla tren istasyonlarının, havaalanlarının, limanların, karayollarının ve

kabul eden ülkeler arasında Hollanda, Almanya, Avusturya, Yunanistan, İngiltere ve İrlanda belirtilebilir. Yasaklayıcı sistem ise Kuzey Afrika ve bazı Doğu Avrupa ülkelerinde uygulanmaktadır (DETHIER, Cindy, PROJET: CRIMINOLOGIE EMPIRIQUE, Année Académique 2007-2008, 2ème Licence en Criminologie, Université de Liège, s. 8-9). Ayrıca geniş bilgi için bkz. VILLEY, Colette, « Les Trois régimes juridique de la prostitution », Les dossiers de la prostitution internationale, Revue de la fédération abolitionniste internationale, No 1-1989, s. 5 vd.

²⁷² Umumi Hıfzısıhha Kanununun üçüncü babında "Umumi Kadınlar Hakkında Ahkam" başlığı altında; 128. maddede, "umumi kadınlar ve evlerin tabi olacakları hükümlerin ve bu fuhuş yüzünden intişar eden hastalıkların ve bilhassa zührevi hastalıkların sirayetini mani olacak tedbirlerin tesbit ve tatbiki" konusunda bir nizamnamenin düzenleneceği belirtilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak 5/984 nolu ve 30 Mart 1961 tarihli (RG.: 19 Nisan 1961 – 10786) Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konan "Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü" yürürlükte. Tüzükte ağırlıklı olarak genel kadınların tespit, tescil, muayene ve tedavilerine ilişkin kurallara yer verilmiştir. Bundan başka, fuhşu sanat ve geçim vasıtası yapan kadınların, genelevi işleten patronların (çalışanları bakımından) düzenli muayene yaptırma yükümlülükleri, genelevi açmak ve işletebilmek için uyulması gereken koşullar da düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler ışığında Türkiye'nin fuhuş konusunda düzenleyici sistemden yana olduğunu belirtmek mümkündür.

²⁷³ Bu noktada, yine New York Sözleşmesi'ni onaylamamış bir ülke olan Hollanda'nın Sosyal İşler Bakanlığı'nın, 1991 yılında Avrupa Konseyi tarafından Strasbourg'da düzenlenen "İnsan Ticaretiyle ve Zorla Fuhuşla Mücadele" konulu bir seminerde, bunun gerekçelerine ilişkin olarak yaptığı açıklamalar, Türkiye'nin konumunu anlamak bakımından da yararlı olabilir. Bu konuda özetle; 1949 tarihli Sözleşmenin, Taraf Devletlere yalnızca insan ticaretiyle değil aynı zamanda, fuhuş yapan kişinin rızasıyla gerçekleşse bile bu faaliyetten bir yarar elde edilmesine karşı da cezai araçlarla mücadele zorunluluğu getirdiği ve bu durumun Hollanda'nın konuyla ilgili ceza adaleti sistemiyle bağdaşmadığı belirtilmiştir. Bunun nedeni, Hollanda'nın kabul ettiği sistemin; ancak bir zorlama, herhangi bir şekilde kandırma mevcut olduğunda veya söz konusu kadının bağımlılık durumunun kötüye kullanılması gibi hallerde fuhuştan yarar sağlanması karşısında ceza hukuku araçlarına başvurulmasını gerektirmesidir. Bunun yanında, 1949 tarihli Sözleşmenin, Taraf Devletler bakımından, bu faaliyete kendi özgür iradeleriyle rıza gösteren reşit ve bağımsız kadınların fuhşundan yarar sağlanmasına karşı cezai araçlarla mücadele etmeyi zorunlu kılması eleştirilmiş ve Hollanda ceza siyasetinin, Sözleşmeyle amaçlanan aksine cezalandırma suretiyle ahlaki güçlendirmek değil, kendi rızalarıyla fuhuş yapanları korumak yönünde bir rol üstlenmeyi hedeflediği belirtilmiştir.

diğer kamusal alanların denetimini gerçekleştirmek için gerekli tedbirleri almak vb. gerekliliklere yer verilmiştir.

g) 7 Eylül 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek Sözleşme²⁷⁴

Köleliğe İlişkin Sözleşmenin kabul edilmesinin ardından, 1931 yılında, Milletler Cemiyeti tarafından, köleliğe ilişkin bilgileri değerlendirmek amacıyla bir uzmanlar komitesi oluşturulmuş, ancak bu organların ikincisinin çalışmaları İkinci Dünya Savaşı patlak verince durdurulmuştur. 1949 yılında BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi, özel bir kölelik komitesi kurmuştur. Bu komite, Köleliğe Karşı Sözleşmenin 1. maddesinde yapılan tanımdan vazgeçmenin ya da bu tanımlı değiştirmenin gerekli olmadığına karar vermiş ve ayrıca, Sözleşmedeki bu tanımın, köleliğe benzer uygulamaları tamamen içine almadığını ve aynı derecede korkunç olan ve yasaklanması gereken başka esaret biçimlerinin de bulunduğunu gözlemlemiştir²⁷⁵. Böylece devreye “Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin 1956 tarihli Ek Sözleşme” girmiştir. 1926 tarihli Sözleşmeden daha ileri giden bu Sözleşmenin uygulanma alanı çok daha geniştir.

Sözleşme, 1. maddesinde, Devletlere, köleliğin yanında ve 1926 tarihli Sözleşmedeki “kölelik” tanımına girip girmediğine bakılmaksızın, aşağıdaki listede sayılan ve “köleliğe benzer koşullar” (*condition servile*) olarak ifade edilen uygulamalara son verme yükümlülüğü getirmektedir:

- a) Borç karşılığı köleleştirme; yani bir borçlunun kendi kişisel hizmetini veya denetimi altındaki başka bir kişinin hizmetini güvence olarak göstermesine karşılık, makul hizmet bedelinin borcun ödenmesine ayrılmaması ya da hizmetin süresi veya niteliğinin sınırlanmamış veya tanımlanmamış olmasından kaynaklanan statü ya da durum;

²⁷⁴ Kölelik, Köle Ticareti, Köleliğe Benzer Uygulama ve Geleneklerin Ortadan Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında 27 Aralık 1963 tarihli Kanun, 06.01.1964 tarih ve 11599 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

²⁷⁵ Abolir l'esclavage ..., s. 6.

- b) serflik; yani yasa, töre veya anlaşma gereği bir başkasına ait toprak üzerinde yaşamak, çalışmak ve bu kişiye karşılığını alarak ya da almayarak belli hizmetlerde bulunmakla yükümlü olan ve statüsünü değiştirme özgürlüğü olmayan kişinin durumu;
- c) Aşağıdaki uygulama veya geleneklerden herhangi biri
 - (i) bir kadının, reddetmek hakkı olmaksızın anne veya babasına, vasisine, ailesine veya diğer herhangi bir kişi ya da gruba yapılan nakdî veya aynî bir ödeme karşılığında evlendirilmesi vaadi ya da evlendirilmesi;
 - (ii) bir kadının kocasının, kocasının ailesinin ya da mensup olduğu aşiretin ya da grubun, bedel karşılığında ya da başka bir suretle bu kadını üçüncü bir kişiye devretme hakkına sahip olması;
 - (iii) Kocasının ölümü üzerine kadının miras yolu ile diğer bir şahsa devredilebilmesi;
- d) 18 yaşından küçük bir çocuğun ya da gencin, annesi, babası veya her ikisi ya da vasisi tarafından, kendisinin ya da emeğinin sömürülmesi amacıyla bir ücret karşılığında ya da herhangi bir karşılık almadan, üçüncü bir kişiye teslim edilmesi.

Sözleşmenin ikinci maddesine göre; Taraf Devletler bu Sözleşmenin birinci maddesi (c) bendinde belirtilen uygulama ve geleneklere son vermek amacıyla, gerekli görülen yerde, evlenme için uygun asgari yaşlar tespit etmeyi, müstakbel eşlerden her birinin yetkili mülki ve dinî makam önünde evlenmeye rızasını serbestçe açıklayabileceği bir usul takibini ve evliliğin tescilini teşvik etmeyi taahhüt ederler.

“Köle ticareti” başlığını taşıyan 3. maddede; köleleri bir ülkeden diğerine herhangi bir ulaşım aracıyla taşımanın veya taşımaya teşebbüs etmenin Taraf Devletlerin mevzuatlarında bir suç olarak düzenleneceği ve bu suç nedeniyle mahkum olanlara çok ağır cezalar verileceği belirtilmektedir. Yine 5. maddede köleliğin ve birinci maddede belirtilen uygulama ve geleneklerin henüz tamamen ortadan kalkmadığı veya terk edilmediği bir ülkede, bir kölenin veya köleliğe benzer durumda bir şahsın durumunu belirtmek, onu damgalamak veya cezalandırmak diğer herhangi bir maksatla; bir uzvunu kesmek, kızgın bir demirle veya diğer bir şekilde işaretlemek fiilinin veya böyle fiillere

iştirakin, Sözleşmeye taraf Devletlerin kanunlarına göre suç teşkil edeceği ve bu suçtan dolayı mahkum olanların cezalandırılacakları öngörülmektedir.

Son olarak Sözleşmenin “Tanımlar” başlıklı 7. maddesinden söz edilmelidir. Bu maddede “kölelik” 1926 tarihli Sözleşmede olduğu gibi tanımlanmakta ve bu durum veya statüdeki kişiye “köle” denilmektedir. “Köleliğe benzer koşullardaki kişi” (*a person of servile status*), bir kişinin, bu Sözleşmenin 1. maddesindeki kurum ve uygulamalar nedeniyle içinde bulunduğu durum veya statüsü olarak tanımlanmıştır. Bu maddede yer alan diğer bir tanım ise “köle ticareti” olarak belirtilmiş ve bu konuda 1926 tarihli Sözleşmedeki tanımın aynısı tekrar edilmiştir.

İçeriği de bu şekilde incelendiğinde, 1956 tarihli Ek Sözleşmenin başlıca iki işlevi olduğu anlaşılmaktadır: 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşmenin uygulanması konusunda uluslararası toplumun kararlılığını desteklemek ve aynı zamanda kölelik karşıtı düzenlemeleri, bu Sözleşmedeki kölelik tanımına dahil olmayan benzer diğer uygulamaları da kapsayacak şekilde genişletmek. Bunun yanında, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesindeki tanımda istismar biçimleri arasında “kölelik veya kölelik benzeri uygulamalar” sayıldığı için, bu kavramların içeriği bakımından 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşme’nin yanında 1956 tarihli Ek Sözleşme’ye de doğrudan bir atıf yapıldığı kabul edilmelidir.

h) 15 Eylül 1995 tarihli Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu

4 – 15 Eylül 1995 tarihlerinde Birleşmiş Milletler tarafından Pekin’de düzenlenen Dördüncü Dünya Kadın Konferansının sonunda, 38 maddelik Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu (Platform for Action) kabul edilmiştir²⁷⁶. Eylem Platformu, kadınların güçlendirilmesi için yapılması gerekenlere ilişkin bir gündem belirlemektedir. Bu platformun amacı; kadınların, toplumsal ve özel hayata aktif katılımlarının önündeki bütün engellerin kaldırılması ve böylece evde, işyerinde, daha geniş ulusal ve uluslararası topluluklarda kadın ve erkek arasında yetki ve sorumluluk

²⁷⁶ Pekin Deklarasyonunun ve Eylem Platformunun tamamı için bkz. Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing 4-15 September 1995, United Nations, New York, 1996, United Nations publication Sales No. 96.IV.13.

paylaşımı ilkesinin yerleştirilmesi olarak kabul edilmektedir. Platformun hedefi tanımlanırken, Dünya İnsan Hakları Konferansının sonunda kabul edilen « Viyana Deklarasyonu ve Eylem Planı » ile ortaya konulan kadının ve kız çocuğunun insan haklarının evrensel insan haklarının devredilemez ve ayrılmaz bir parçası olduğu yönündeki prensibin tekrar teyit edildiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, Eylem Platformu ile Devletlere ve her düzeydeki uluslararası ve bölgesel kuruluşlara önemli sorumluluklar yüklenmektedir²⁷⁷.

Pekin Eylem Platformunun dördüncü bölümünde “Stratejik Amaçlar ve Eylemler” başlığı altında çeşitli alanlarda yapılması gereken eylemler tespit edilmiştir. “Kadın ve Sağlık” başlıklı bölümde; fiziksel ve ruhsal istismarı, kadınların ve kız çocuklarının ticaretini ve diğer cinsel sömürü biçimlerini içeren cinsellik ve cinsiyet temelli şiddetin, kadınları ve kız çocuklarını ciddi ölçüde fiziksel ve ruhsal travma tehlikesine koyduğunun, hastalık ve istenmeyen hamilelik durumlarıyla karşı karşıya bıraktığının altı çizilerek, bu durumların kadınları genellikle sağlık ve diğer hizmetlerden yararlanmaktan alıkoyduğu belirtilmiştir²⁷⁸. Kadınların sağlığını geliştirme amaçlı önleyici programların güçlendirilmesi kapsamında gerçekleştirilecek eylemler arasında; *“kadınları, gençleri ve çocukları; cinsel istismar, insan ticareti ve şiddet dahil her türlü istismardan korumak amacıyla, yasalar çıkarılması ve uygulanması, hukuki koruma, sağlık yardımı ve diğer yardımların sağlanmasını da içerecek önleyici tedbirlerin alınması”* sayılmıştır²⁷⁹.

“Kadına Yönelik Şiddet” başlıklı bölümde; kadına yönelik şiddetin, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, üç farklı alanda gerçekleşen şiddeti kapsadığı belirtilmiştir. Bunlardan ilki, aile içinde ortaya çıkan fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet; ikincisi ise Devlet tarafından gerçekleştirilen veya göz yumulan fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet olarak belirtilmiştir. Üçüncüsü ise; tecavüz, cinsel istismar, işyerinde, eğitim kurumlarında veya başka yerlerdeki cinsel taciz ve sindirme, kadın ticareti ve zorla fuhuş gibi genel anlamda toplum içerisinde gerçekleşen fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddettir.

²⁷⁷ Report of the Fourth World Conference on Women, s. 7

²⁷⁸ Ibid, s. 37.

²⁷⁹ Ibid, s. 44.

Aynı bölümde; kadınların ve kız çocuklarının cinsel istismar maksalı ticaretinin etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasının kaygı uyandıran uluslararası bir sorun olduğu vurgulanmıştır. 1949 tarihli İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fuhşunun Sömürülmesinin Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılması Hakkında 1949 tarihli Sözleşmenin ve ilgili diğer düzenlemelerin uygulanmasının gözden geçirilmesi ve güçlendirilmesi gerektiği belirtilerek, kadınların uluslararası fuhuşta kullanılmasının ve insan ticareti ağlarının uluslararası organize suçluluğun önemli odaklarından biri haline geldiği ifade edilmiştir²⁸⁰. Bu kapsamda; “kadın ticaretinin ortadan kaldırılması ile fuhuş ve ticaretten kaynaklanan şiddet mağdurlarına yardım edilmesi” stratejik amaçlardan biri olarak tespit edilmiştir²⁸¹. Bu amaca ulaşılması bakımından kaynak ülkelerin, geçiş ülkelerinin ve hedef ülkelerin hükümetleri ve bölgesel ve uluslararası kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmesi gereken eylemler;

- a) insan ticareti ve kölelikle ilgili uluslararası sözleşmelerin onaylanmasını ve uygulamaya konulmasını değerlendirmek;
- b) Kadınların ve kız çocuklarının fuhuş, cinselliğin ticarileşmiş diğer biçimleri, zorla çalıştırma, zorla evlendirme gibi maksatlarla ticaretini destekleyen temel nedenlerle mücadele için gerekli tedbirleri almak;
- c) İnsan ticaretiyle ilgili ulusal, bölgesel ve uluslararası ağları ayrı ayrı tespit etmek maksadıyla, ilgili bütün kanun uygulayıcı makamlar arasındaki işbirliğini ve uyumu artırmak;
- d) Mesleki eğitim, hukuki yardım ve sağlık yardımı gibi, insan ticareti mağdurların tedavisine ve topluma kazandırılmalarına yönelik kapsamlı programlar hazırlanması için kaynak tahsis etmek ve yine mağdurların sosyal, psikolojik ve sağlık konularında bakımının sağlanması amacıyla sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği yapılması için gerekli tedbirleri almak;
- e) Genç kadınların ve çocukların korunması konusuna özel bir önem vererek, seks turizmini ve insan ticaretini önlemeye yönelik eğitici ve öğretici programlar ve politikalar geliştirmek ve yasal düzenlemeler yapılmasını değerlendirmek,

²⁸⁰ Ibid., s. 50.

²⁸¹ Ibid., s. 55.

şeklinde sayılmıştır.

Pekin Eylem Platformu, insan ticaretinin mağduru olarak kadınlara ağırlık vermesi ve özellikle bu faaliyeti kadına yönelik şiddet kapsamında değerlendirmesi nedeniyle konuya tek yönlü yaklaşmakta ve eksik bir bakış açısını içermektedir. Ancak, BM liderliğinde, çok sayıda Devlet ve uluslararası kuruluşu işbirliği içinde çalışmaya, önleyici ve bastırıcı tedbirler almaya davet etmesi ve belirli bir bilinç oluşturma çabasını içermesi nedeniyle önemli bir belge niteliğindedir. Nitekim bu konferansı takip eden yıllarda BM tarafından insan ticaretiyle ilgili her türlü Tavsiye Kararında ve düzenlemede, Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı kapsamında belirlenen prensipler ve alınması gereken tedbirler hatırlatılarak, teyit edilmektedir.

i) 13 Aralık 2000 tarihli Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol

Sınırşan Örgütlü Suçlara karşı kapsamlı bir uluslararası sözleşmenin ayrıntılı bir şekilde hazırlanması ve – uygun görüldüğü takdirde – kadın ve çocuk ticaretini, ateşli silahlar ve parçalarının yasadışı üretimi ve kaçakçılığını ve deniz yolu da dahil olmak üzere yasadışı göçmen kaçakçılığını ele alan uluslararası metinlerin ayrıntılı olarak hazırlanışını görüşmek amacıyla, 9 Aralık 1998 tarih ve 53/111 sayılı BM Genel Kurul kararıyla, açık katılımlı hükümetlerarası bir *ad-hoc* komite kurulmasına karar verilmiştir²⁸². *Ad-hoc* komite, sayıları yüzyirmiyi geçen ülkenin katılımıyla gerçekleştirdiği on bir oturumun ardından 2000 yılının Ekim ayında çalışmalarını tamamlamıştır²⁸³. İtalya'nın Palermo şehrinde 12-15 Aralık 2000 tarihlerinde düzenlenen Konferansın sonunda Sınırşan Örgütlü Suçluluğa Karşı BM Palermo

²⁸² BM Genel Kurulunun 9.12.1998 tarihli toplantısında kabul edilen 53/111 sayılı Kararının İngilizce metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/763/27/PDF/N9976327.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi: 09.10.2010).

²⁸³ Report of the Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime on the work of its first to eleventh sessions, UN General Assembly 55th Session, Agenda Item 105, UN Doc. A/55/383 (2000).(http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A%2F55%2F383&Lang=E) (Erişim tarihi: 10.10.2010).

Sözleşmesi²⁸⁴ ve bu Sözleşmeye Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol ve Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol kabul edilmiştir²⁸⁵.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol, insan ticaretinin kapsayıcı bir tanımının yapıldığı ve bu suçla mücadelede küresel bir yaklaşımı benimseyen ilk uluslararası hukuki metindir²⁸⁶. Yukarıda belirttiğimiz üzere, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün kabul edildiği tarihten önce de insan ticaretinin çeşitli yönleriyle, özellikle kadın ve çocukların cinsel yönden istismarıyla mücadeleyi amaçlayan uluslararası veya bölgesel nitelikte kuralları ve uygulanabilir önlemleri içeren düzenlemeler bulunmaktaydı. Ancak meseleyi bütün yönleriyle ele alan temel bir uluslararası metnin ortaya çıkması, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün kabulüyle gerçekleşmiştir. Buna karşılık, insan ticareti suçunun, asıl maksadı örgütlü suçluluk ile mücadele olan bir Sözleşmenin eki olan Protokolde ele alınmasının eleştirilmesi gereken bir yanı olduğunu da düşünmekteyiz²⁸⁷. Sınıraşan nitelikte ve örgütlü suçlulukla bağlantılı şekilde işlenmesi, insan ticareti suçunun pek çok özelliğinden yalnızca ikisini temsil etmektedir ve bu özelliklerin her zaman bu suçla birlikte ortaya çıkması zorunlu değildir. Bu nedenle, insan ticareti suçunun, BM tarafından hazırlanan ayrı bir Sözleşmenin konusunu oluşturması, bizce daha etkili bir mücadele zemini oluşturabilirdi.

Protokol 20 maddeden oluşmaktadır. Birinci bölüm, genel hükümlere; ikinci bölüm insan ticareti mağdurlarının korunmasına; üçüncü bölüm, önleme, işbirliği ve diğer önlemlere, dördüncü bölüm ise son hükümlere ayrılmıştır.

²⁸⁴ Türkiye Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'ne 13 Aralık 2000 tarihinde Taraf olmuştur. Sözleşme, 30.01.2003 tarihli ve 4800 sayılı Kanunla onaylanmış ve 18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Sözleşme ve Eki Protokoller, Sözleşmenin 38. maddesine uygun olarak 29.09.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁸⁵ BM Genel Kurulunun 15 Kasım 2000 tarihli toplantısında kabul edilen 55/25 sayılı Kararı (Kararın İngilizce metni için bkz. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/560/89/PDF/N0056089.pdf?OpenElement> (Erişim tarihi:09.10.2010)). "Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamaları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol" ise 31 Mayıs 2001 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye bu üçüncü Protokole 28 Haziran 2002 tarihinde taraf olmuştur. Protokol, 5095 sayılı ve 12.02.2004 tarihli Kanunla onaylanarak, 25444 sayılı ve 26.04.2004 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

²⁸⁶ Protokolün giriş bölümünde « İnsan ticaretini, ... önlemek ve bununla mücadele etmek için atılacak etkin adımların kaynak, transit ve hedef ülkelerde insan tacirlerinin cezalandırılması ve bu ticaretin mağdurlarının uluslararası düzeyde tanınmış insan haklarının korunması dahil, önlemler içeren kapsamlı bir uluslararası yaklaşım gerektirdiği » yönündeki beyan bu maksadı açıkça ortaya koymaktadır.

²⁸⁷ Aynı yönde bkz. GOODEY, s. 423.

(1) *Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi ile Ek Protokolün ilişkisi*

Sözleşme ile Eki Protokollerin ilişkisi Sözleşme'nin 37. maddesinde düzenlenmiştir²⁸⁸. Buna göre; bir Devlet, Protokollerden herhangi birine taraf olmak için aynı zamanda Sözleşme'ye de taraf olmak zorundadır (fıkra 2). Bununla birlikte, Sözleşme'ye taraf olan Devletler, Protokollerden herhangi birine hükümleri uyarınca ayrıca taraf olmadıkça onunla bağlı olmayacaktır (fıkra 3). Ayrıca Ek Protokoller, amaçları dikkate alınarak Sözleşmeyle birlikte yorumlanacaktır (fıkra 4). Aynı husus, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün birinci maddesinde de tekrarlanmış ve Protokol'ün adıgeçen Sözleşme'nin ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiği belirtilmiştir.

(2) *Amaç ve Tanımlar*

Genel hükümler içerisinde yer alan 2. maddede Protokol'ün amaçları olarak; “(a) *kadın ve çocuklara özel önem verilerek, insan ticaretini önlemek ve mücadele etmek, (b) bu tür ticaretin mağdurlarını, onların insan haklarına bütünüyle saygı göstererek korumak ve onlara yardım etmek ve (c) bu amaçlara erişebilmek için Taraf Devletler arasındaki işbirliğini geliştirmek*” belirtilmiştir.

Yine bu bölümde yer alan “Tanımlar” başlıklı 3. madde Protokolün adeta belkemiğini oluşturmaktadır, zira 5. maddede suç haline getirilmesi öngörülen eylemler bakımından da bu maddeye atıfta bulunmaktadır. 3. maddenin (a) bendinde insan ticareti; “*kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak üzere ödeme yapmak veya kazanç veya çıkar sağlamak ya da kendisine yapılan ödemeleri veya kazançları kabul etmek yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması*” olarak tanımlanmıştır.

²⁸⁸ Sözleşmeden ayrı Protokollerin hazırlanması düşüncesinin ilk olarak, sınıraşan örgütlü suçluluğa karşı sözleşme için bir ön taslak hazırlanması amacıyla BM Genel Kurulu tarafından oluşturulan hükümetlerarası uzmanlar grubunun 1998 yılındaki bir toplantısında ortaya çıktığı belirtilmektedir. Sözleşme Taslağında belirli suçların yer alıp almamasıyla ilgili soru karşısında, uzmanlar grubu bu suçlarla ayrı olarak ele alınmasının müzakere sürecini kolaylaştıracağına karar vermiştir (Report of the meeting of the inter-sessional open-ended intergovernmental group of experts on the elaboration of a preliminary draft of a possible comprehensive international convention against organized transnational crime (Warsaw, 2-6 Feb. 1998), U.N. Doc. E/CN.15/1998/5 at 10(b)'den aktaran: GALLAGHER, s. 981-982).

Aynı bentte istismar teriminin; “*asgari olarak, başkalarının fuhşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını*”²⁸⁹ içereceği” öngörülmüştür²⁹⁰. Belirli istismar biçimlerinin listelenmesi yerine “asgari olarak” denilmesi, insan ticaretini, tanımda belirtilen maksatlar ile sınırlamamak ve burada belirtilmeyen ya da daha sonra ortaya çıkan yeni istismar türlerini dışarıda bırakmamak isteğinin bir sonucudur²⁹¹.

İstismar kapsamında sayılan durumlardan hiçbiri Ek Protokolde tanımlanmamıştır. Ancak “Zorla çalıştırma”, “kölelik”, “köleliğe benzer uygulamalar” konusunda çok sayıda uluslararası belge bulunmaktadır. Belirtilen kavramların içeriği konusunda bu metinlerden yararlanmak mümkündür²⁹². “Kulluk” (servitude) kavramı ile ilgili olarak, Ad Hoc Komite tarafından bir tanımın kabul edildiği, ancak bu tanımın Ek

²⁸⁹ Organların alınmasının insan ticaretinin yöneldiği maksatlar arasında dahil edilmesine ilişkin önerinin, müzakerelerin oldukça geç bir safhasında yapıldığı ve Ek Protokolün organ değil, insan ticaretiyle ilgilendiği yönündeki itirazlara karşın kapsama alındığı belirtilmektedir (GALLAGHER, s. 988).

²⁹⁰ Ek Protokolün resmi çevirisinde, istismar biçimleri arasında “esaret veya esaret benzeri uygulamalar” ifadesine yer verilmektedir. Biz, bunun yerine, Türkiye’nin de taraf olduğu diğer uluslararası belgelerde geçen ve hukuki anlamda diğerine nazaran daha fazla yerleşmiş bir terim olduğunu düşündüğümüz “kölelik veya kölelik benzeri uygulamalar” ibaresini kullanmayı tercih etmekteyiz. Bu özelliği taşımayan bir kavram olan “esaret” in, “kölelik” kavramından farklı bir içeriği olduğunu düşünmememize rağmen, özellikle Türkiye’nin de taraf olduğu 1953 tarihli Protokol ile değişik 1926 tarihli BM Kölelik Sözleşmesi ve 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek Sözleşme’de de kullanılan bir ifade biçimi olan “kölelik veya köleliğe benzer uygulamalar” biçiminde bir çevirinin daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Bu konuda, ayrıca Ek Protokolün İngilizce metninin “slavery or practices similar to slavery” ve Fransızca metninin “l’esclavage ou les pratiques analogues à l’esclavage” biçiminde kaleme alındığı ve adı geçen Sözleşmelerin İngilizce ve Fransızca başlıklarında da aynı terimlerin kullanıldığını belirtmek gereklidir. Bu başlıkların “kölelik” sözcüğünden hareketle Türkçeye çevrilmesinin daha yerinde olacağı açıktır.

²⁹¹ U.N. Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7 (2000), supra note 14’den aktaran: GALLAGHER, s. 987.

²⁹² Aynı yönde bkz. GALLAGHER, s. 987. Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi ve Eki Protokollerin uygulanması amacıyla Taraf Devletlerin yasa yapıcı organlarına yönelik olarak BM tarafından yayınlanan yol gösterici açıklamalarda, zorla çalıştırmanın içeriği bakımından başvurulabilecek uluslararası belgelere örnekler verilmektedir. Bu kapsamda; Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) Zorla Çalıştırmaya İlişkin 1930 tarihli ve 29 sayılı Sözleşmesi ile Zorla Çalıştırmanın Kaldırılmasına dair 1957 tarihli ve 105 sayılı Sözleşmesi belirtilmektedir. Yine, kölelik ve benzeri uygulamalar konusunda, çok sayıda ülkenin mevzuatlarında tanım bulunduğu belirtilerek, bu kapsamda başvurulabilecek kaynaklar arasında BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinin 4.maddesi, 1953 tarihli Protokol ile değişik 1926 tarihli BM Kölelik Sözleşmesi, 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek BM Sözleşmesi, Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1999 tarihli ve 182 sayılı ILO Acil Önlemler Sözleşmesi, Tüm Göçmen İşçilerin ve Ailelerinin Haklarının Korunmasına Dair 13 Ocak 1999 tarihli Uluslararası Sözleşmenin 11. maddesi (1. par.) ve İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi’nin 4. maddesi sayılmaktadır (Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, United Nations Office on Drugs and Crime, Division for Treaty Affairs, New York, 2004, s. 268, dpn. 14)

Protokolün nihai metnine belirli bir gerekçe olmaksızın alınmadığı belirtilmiştir²⁹³. Bu tanımda yer alan kavramlarla ilgili olarak, ayrıca TCK'nın 80. maddesinin incelenmesine ayrılan bölümde, manevi unsur kısmında ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

Üçüncü maddenin (b) bendinde, insan ticaretinin, (a) bendinde sayılan yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmamasının durumu değiştirmeyeceği belirtilmiştir²⁹⁴.

Çocuğun istismar amaçlı temini, bir yerden başka bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması, (a) bendinde öngörülen yöntemlerden herhangi birini içermese bile, “insan ticareti” olarak kabul edilecektir (md. 3, bent (c)). Üçüncü maddenin (d) bendine göre “çocuk”, 18 yaşın altındaki kişileri ifade etmektedir.

3. maddedeki düzenleme çerçevesinde, Protokol'ün, insan ticaretinin yöneldiği maksatlar bakımından, fuhşun yanına diğer “cinsel istismar” biçimlerini eklemek ve bunun yanında zorla çalıştırma, hizmet ettirme, esaret ve esaret benzeri uygulamalara, kulluğa tabi kılma ve organların alınmasını da dahil etmek suretiyle kapsamı oldukça genişlettiği görülmektedir.

(3) Kapsam

Ek Protokolün kapsamını belirleyen 4. maddeye göre; “*Protokol, metinde başka türlü belirtilmedikçe, mahiyetleri itibariyle sınır aşan nitelikte oldukları ve suça örgütlü*

²⁹³ GALLAGHER, s. 988.

²⁹⁴ Bu düzenlemenin getirilmesi, özellikle zorla ve rızayla fuhş üzerine odaklanan uzun tartışmalar neticesinde olmuştur. İnsan ticaretinin tanımına, zorlayıcı araçlar olmasa dahi, yetişkin göçmenlerin fuhşunun dahil edilip edilmemesi gerektiği sorusu karşısında, iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bir grup, zorla ve rızayla fuhş arasında herhangi bir ayırım yapmanın ahlaken kabul edilemez olduğunu ve zorlayıcı araçların şart koşulmasının fuhşu meşrulaştıracağını ileri sürmüşlerdir. Diğer grup ise, tanımın içine, iradeyi zorlayıcı araçlar olmaksızın seks işçisi olarak çalışan yetişkin göçmenlerin dahil edilmesinin, insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı arasındaki ayrımı bulanıklaştıracağını ileri sürmüşlerdir. Tartışma, giderek, insan ticareti suçunun “kişinin rızası dikkate alınmaksızın” oluşup oluşamayacağı sorusuna indirgenmiştir. Bu ibarenin tanıma eklenmesini savunanlar, böylece, insan tacirlerinin mağdurun rızasını savunma olarak kullanmak suretiyle cezadan kaçamayacaklarını belirtmişlerdir. Buna karşı çıkan grup ise, tanımda uzlaşılacak diğer bölümler uyarınca, insan ticaretinin zaten bir anlamda rızayı geçersiz kılan nitelikte davranışların (güç kullanımı, kaçırma, hile, aldatma vb.) varlığını zorunlu olarak içerdiğini, bu nedenle rızayla ilgili bir meselenin ortaya çıkmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ad hoc komitenin nihai kararı, “kişinin rızası dikkate alınmaksızın” ibaresini tanıma dahil etmemek yönünde olmuştur. Ancak, Ek Protokolün kabul edilen metninde bundan çok daha farklı olmayan ve aslında suçun tanımına bir şey eklemeyen (b) bendi ortaya çıkmıştır. (İbid., s. 984 vd.).

bir suç grubu karıştığı takdirde, bu Protokol'un 5. maddesinde belirtilen suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulmasında ve suç mağdurlarının korunmasında uygulanır". "Sınıraşan suç" ve "örgütlü suç grubu" kavramları için Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşmenin "Tanımlar" başlıklı ikinci ve "Kapsam" başlıklı üçüncü maddesi hükümlerine bakmak gereklidir. Sözleşmenin 2. maddesinin (a) bendinde örgütlü suç grubu; "*doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu Sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç²⁹⁵ veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup²⁹⁶*" olarak tanımlanmıştır. Sözleşmenin "kapsam" başlığını taşıyan 3.maddesinin ikinci fıkrasında bir suç; "*(a) birden fazla devlette işlendiğinde; (b) tek bir devlette işlendiğinde ancak, hazırlanma, planlama, idare veya kontrolünün önemli bir kısmının başka bir devlette gerçekleşmesi halinde; (c) tek bir devlette işlendiğinde ancak, birden fazla devlette suç teşkil eden faaliyetlerde bulunan örgütlü bir suç grubu suça karıştığında; veya (d) tek bir devlette işlendiğinde, ancak başka bir devlette önemli etkileri olduğunda*" sınıraşan nitelikte bir suç olarak kabul edileceği öngörülmüştür.

BM Sözleşmesi ve Eki Protokollerin uygulanması amacıyla BM tarafından yayınlanan yol gösterici açıklamalarda, kapsam konusunda, Ek Protokolün 4. maddesi bakımından; suçların sınıraşan niteliği ve örgütlü bir suç grubunun dahil olması kriterlerinin her zaman uygulanmayacağına altı çizilmiştir²⁹⁷. Bu kriterlerin ne zaman uygulanacakları konusu ise, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin, "Sözleşmenin uygulanması" başlıklı 34. maddesi ve bu maddeyle ilgili olarak aynı çalışmada yer verilen açıklamalar çerçevesinde çözümlenmelidir. 34. maddenin ikinci fıkrasına göre; "*Bu Sözleşme'nin 5. maddesinin örgütlü bir suç grubunun varlığını gerekli saydığı haller hariç, bu Sözleşme'nin 5, 6, 8 ve 23.*

²⁹⁵ "Ağır suç", Sözleşmenin 2. maddesinin (b) bendinde; "*üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış*" biçiminde tanımlanmıştır.

²⁹⁶ Sözleşmenin 2. maddesinin (c) bendinde; yapılanmış grubun; "*belirli bir suçu derhal işlemek için tesadüfi olarak oluşturulmamış ve üyelerinin rollerinin şeklen belirlenmesi şartı olmayan, üyeliğinin devamlılığı veya gelişmiş bir yapısı olması gerekmeyen bir grubu*" ifade ettiği belirtilmiştir.

²⁹⁷ Legislative Guides ..., s. 258. Aynı yönde bkz. Les Ripostes Juridiques Appropriées Pour Combattre la Traite des Personnes - Guide à L'usage des Parlements, Forum Parlementaire Consacré à la Lutte contre la Traite des Etres Humains, Projet établi par L'Office des Nations Unies Contre la Drogue et Le Crime, 12 février 2008, s.8 (<http://www.ipu.org/splz-f/vienna08/handbook.pdf>) (Erişim tarihi: 02.05.2010)

maddelerinde belirtilen suçlar, bu Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında yer aldığı şekliyle örgütlü bir suç grubunun karışmasından veya suçun sınıraşan niteliğinden bağımsız olarak, her Taraf Devletin iç hukukunda suç haline getirilecektir ". Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi ve Protokolleri Müzakereleri sırasında kabul edilen Resmi Yorum Notlarında, 34. maddenin ikinci paragrafının amacının; Sözleşmenin 3. maddesinde öngörülen "kapsam" ile ilgili değişiklik yapmaksızın, fiillerin "sınıraşan nitelikte" olması ve "örgütlü suç grubunun suça katılması" koşullarının, Devletlerin suç haline getirme yükümlülüğü bakımından, bu suçların unsurları gibi değerlendirilmemesi gerektiğini kesin surette belirtmek olduğu ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, bu hüküm, Taraf Devletlere, Sözleşmeyi uygulayarak, suç gelirlerinin aklanmasını (md.6), yolsuzluğu (md.8) veya adaletin engellenmesini (md.23) suç haline getirirken, bunların sınıraşan niteliklerini ya da bu suçların işlenmesine örgütlü bir suç grubunun karışmasını birer unsur olarak öngörmeleri gerekmediğini açıklamak amacıyla getirilmiştir²⁹⁸. Aynı husus, yukarıda sözü edilen Yol Gösterici Açıklamalarda da tekrarlanmış ve bu durumun, Ek Protokollerde yazılı olan ve Taraf Devletlere suç haline getirme yükümlülüğü getirilen fiiller bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir²⁹⁹.

(4) Suç haline getirme

5. maddede Protokolde düzenlenen suçlar yer almaktadır. Maddede ilk olarak, Devletlerin, 3. maddenin (a) bendinde insan ticareti olarak tanımlanan fiillerin kasten işlenmesi halinde cezalandırılması için gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bundan başka, aynı fiillere teşebbüsün de suç olarak düzenleneceği (5.md., 2.fıkra, bent (a)) belirtilerek, yine bu fiillere iştirakin de cezalandırılacağı öngörülmüştür (bent (b)). İştirakin yanında ayrıca, insan ticaretini oluşturan fiillerin işlenmesi için

²⁹⁸ Interpretative notes, par. 59. Bu durumda, Taraf Devletlerin, Ek Protokolün birçok yönüyle ilgili olarak, ulusal mevzuatlarında belirli bir derecede "sınıraşan nitelik" ve "örgütlü bir suç grubunun suça karışması" kriterlerini yerleştirmeleri gerekirse de, savcıların, insan ticareti ya da Sözleşme veya Protokollerde yazılı herhangi bir suç nedeniyle mahkumiyet kararı verilebilmesi için bunlardan herhangi birini kanıtlamaları gerekmeyecektir. İnsan ticareti söz konusu olduğunda, suç sınıraşan nitelikte olmasa veya örgütlü bir suç grubu suça dahil olmasa da iç hukukta öngörülen suçlar uygulanmalıdır (Legislative Guides ..., s. 11).

²⁹⁹ Bu durumda, Taraf Devletlerin, Ek Protokolün birçok yönüyle ilgili olarak, ulusal mevzuatlarında belirli bir derecede "sınıraşan nitelik" ve "örgütlü bir suç grubunun suça karışması" kriterlerini yerleştirmeleri gerekirse de, savcıların, insan ticareti ya da Sözleşme veya Protokollerde yazılı herhangi bir suç nedeniyle mahkumiyet kararı verilebilmesi için bunlardan herhangi birini kanıtlamaları gerekmeyecektir. İnsan ticareti söz konusu olduğunda, suç sınıraşan nitelikte olmasa veya örgütlü bir suç grubu suça dahil olmasa da iç hukukta öngörülen suçlar uygulanmalıdır (Legislative Guides ..., s. 11).

başkalarının örgütlenmesi veya suça teşvik edilmesi eyleminin de suç sayılması için Devletlerin gerekli yasal ve diğer önlemleri alacakları belirtilmiştir (bent (c)). Bu maddeyle, Devletlere, diğer iki Ek Protokolden farklı olarak yalnızca “insan ticareti” teşkil eden fiillerin cezalandırılması yükümlülüğü getirilmekte, insan ticaretiyle bağlantılı herhangi bir suça ilişkin düzenlemeye yer verilmemektedir³⁰⁰.

(5) Mağdurlara yardım ve koruma

Protokolde mağdurların korunmasına ilişkin olarak da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. “İnsan ticareti mağdurlarına yönelik yardım ve koruma” başlığı altında, 6. maddede, Taraf Devletlere, uygun hallerde ve iç hukuklarının elverdiği ölçüde insan ticaretine ilişkin yargılama işlemlerini gizli yürüterek insan ticareti mağdurlarının özel hayatlarını ve kimliklerini koruma; mağdurların fiziksel, psikolojik ve sosyal yönden iyileşmelerini sağlamak için özellikle uygun barınma olanağı sağlanması, anlayabilecekleri bir dilde özellikle yasal haklarına ilişkin danışmanlık hizmeti ve bilgi verilmesi, tıbbi, psikolojik ve maddi yardımda bulunulması, çalışma, öğrenim ve eğitim olanaklarının sağlanması hususlarında STÖ’lerle ve diğer ilgili kuruluşlarla işbirliği içinde önlemler alınıp uygulanmasını temin etme; yaş, cinsiyet gibi özellikler temelinde, çocuklar başta olmak üzere mağdurların özel ihtiyaçlarını dikkate alma; fiziksel güvenliklerini sağlamak için çaba gösterme ve hukuk sisteminin mağdurlara gördükleri zararlar için tazminat alma olanağı veren önlemleri içermesini temin etme görevleri yüklenmiştir³⁰¹. Bunlara ek olarak, 7.maddede; her Taraf Devletin, uygun hallerde,

³⁰⁰ Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 6. maddesinin 1. paragrafında; göçmen kaçakçılığının yanısıra; “Göçmen kaçakçılığını gerçekleştirmek amacıyla işlendiği takdirde; sahte seyahat ve kimlik belgesi imali ile bu tür bir belgenin, tedariki, temini veya bulundurulması” eylemlerinin suç haline getirilmesi düzenlenmektedir. Yine aynı Sözleşmeye Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatının Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Protokol’ün 5. maddesinin (c) bendinde; “ateşli silahlar üzerinde bulunması gereken işaretlerin tahrif edilmesi, kanuna aykırı bir biçimde silinmesi, ortadan kaldırılması veya değiştirmesi” bağlantılı bir fiil olarak, suç haline getirilmesi gereken eylemler arasında sayılmıştır. İnsan ticaretine ilişkin Ek Protokolün 5. maddesinde bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır, ancak yine de bazı ülkelerin mevzuatlarında örneğin çocuğun kaçırılması veya satılması gibi, bu suçla bağlantılı olabilecek bazı fiillerin de ihtiyari olarak suç haline getirildiği görülmektedir. Örneğin Çin Ceza Kanununun 240. maddesinde, bir çocuğun satmak amacıyla kaçırılması ve satın alınması, Estonya Ceza Kanununun 173. maddesinde çocukların satılması veya satın alınması cezalandırılmaktadır.

³⁰¹ Ek Protokolde mağdurların korunması bakımından öngörülen düzenlemelere ilişkin olarak, Taraf Devletler için “yükümlülük” vasfının yeterince ağır basmadığı, bu önlemlerin gereksiz biçimde sınırlayıcı olduğu ve insan hakları ihlallerine uğrayan mağdurlara yeterli ve uygun çareler sağlanmasını öngören uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu olmadığı gerekçeleriyle eleştiriler yöneltildiği belirtilmektedir (GALLAGHER, s. 990; COONAN – THOMPSON, s. 46). Bu konuda, özellikle

insan ticareti mağdurlarının kendi ülkesinde geçici veya daimi olarak kalmalarına izin veren yasal veya diğer uygun önlemleri almayı düşünecekleri belirtilmiştir. Yine bu kapsamda, 8.madde; insan ticareti mağdurlarının güvenlikleri gözetilmek suretiyle, kendi ülkelerine gecikme olmaksızın geri dönüşlerinin sağlanması ve kolaylaştırılması konusunda Taraf Devletlerin yükümlülüklerine ilişkindir.

(6) İşbirliği ve diğer önlemler

Milletlerarası işbirliği kapsamında; 10. maddede; “Bilgi Değişimi ve Eğitim” başlığı altında Taraf Devletlerin, kanun uygulayıcı, göçmenlikten sorumlu ve diğer ilgili makamlarının, gerektiğinde, kendi iç hukuklarına uygun olarak, başkalarına ait seyahat belgeleriyle veya seyahat belgeleri olmadan, uluslararası bir sınırı geçen veya geçmeye teşebbüs eden kişilerin insan ticareti faili veya mağduru olup olmadıkları; insan ticareti amacıyla uluslararası bir sınırı geçmek için, kişilerin kullanmış oldukları veya kullanmaya teşebbüs ettikleri seyahat belgelerinin türleri; mağdurların toplanması ve bir yerden bir yere taşınması, bu tür bir ticarete yer almış kişiler ve gruplar arasında kullanılan yollar ve bağlantılar dahil, insan ticareti amacıyla örgütlü suç grupları tarafından kullanılan araçlar ve yöntemler ve bunları ortaya çıkarmak için alınabilecek önlemler gibi konularda birbirlerine yardımcı olmak için bilgi değişimi yoluyla, işbirliği yapacakları düzenlenmiştir. Bundan başka; Taraf Devletlere, insan ticaretinin önlenmesinde kanun uygulayıcı makamların, göçmenlikten sorumlu görevlilerin ve ilgili diğer görevlilerin eğitilmesi ve verilen eğitimin güçlendirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Protokolün ilgili hükümlerinin, “Uygun hallerde ve iç hukuk elverdiği ölçüde her Taraf Devlet, ...” veya “her Taraf Devlet ... değerlendirecektir” biçimindeki örneklerde olduğu gibi bağlayıcı olmayan bir dilde kaleme alınmış olmasının altı çizilmektedir. Bunun nedenlerinden biri olarak, Protokolün, örgütlü suçlulukla mücadeleyi hedefleyen bir Sözleşmenin eki olması nedeniyle, mağdur olan bireylerden çok, insan ticaretinin taraf devletlere karşı işlenen bir suç olmasına odaklanması belirtilmiştir (GOODEY, s. 423). Devletleri bu metinleri onaylamaya iten öncelikli konuların, özellikle göç ve güvenlik sorunları olduğu yönündeki bir diğer tespit de bu yaklaşımı doğrular niteliktedir (COONAN – THOMPSON, s. 46).

j) 25 Mayıs 2000 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol

Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşme, aşağıda “bölgesel ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri” kapsamında incelenecektir. Ancak, bu Sözleşmenin Eki olan Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile ilgili İhtiyari Protokol³⁰², doğrudan insan ticaretiyle ilgili BM belgeleri arasında olduğundan bu bölümde incelenmesi uygun bulunmuştur. Türkiye İhtiyari Protokolü, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ile aynı tarihte, 8 Eylül 2000’de imzalamıştır³⁰³.

İhtiyari Protokolün 1.maddesinde ; çocuk satışı, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi yasaklanmıştır. 2.maddede, çocuk satışı; “*herhangi bir şahıs veya bir grup şahıs tarafından ücret ya da herhangi birşey karşılığında bir çocuğun başka birine devredildiği herhangi bir fiil veya işlem*” olarak tanımlanmıştır. Çocuk fahişeliği aynı maddenin (b) bendinde, « *bir çocuğun ücret veya başka herhangi birşey karşılığında cinsel faaliyetlerde kullanılması* » olarak ; çocuk pornografisi ise (c) bendinde, « *çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi* » biçiminde tanımlanmaktadır.

İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünde «insan ticareti» içerisinde bir alt kavram olarak değerlendirilebilecek “çocuk ticareti” ile Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokolün 2. maddesinde tanımlanan çocuk satışının birbirinden farklı kavramlar olduğu anlaşılmaktadır. İhtiyari Protokolde, çocuğun bir eşya, bir meta gibi, para veya başka bir şey karşılığında devredilmesi söz konusudur. Çocuk ticareti bakımından da yine bir eşyaya indirgeme durumu olsa da, BM Ek Protokolünden farklı olarak, burada çocuk satışının tanımında öngörülen tek hareket “devir” işlemidir. Bununla birlikte, İhtiyari Protokolün 3. maddesinde, Taraf Devletlerin suç haline

³⁰² Bundan böyle “Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol” olarak anılacaktır.

³⁰³ Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol, 09.05.2002 tarihli ve 4755 sayılı Kanunla onaylanarak, 28.06.2002 tarihli ve 24799 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. (İhtiyari Protokolün “ *Türkiye Cumhuriyeti İş bu İhtiyari Protokol’ün hükümlerini yalnızca tanıdığı ve diplomatik ilişki kurduğu Taraf Devletlere karşı uygulayacağını beyan eder*” şeklindeki ekli beyan ile onaylandığı belirtilmelidir.)

getirecekleri fiiller arasında, çocuk satışı çerçevesinde; 1.paragrafın (a) bendinde; hangi yolla olursa olsun, çocuğun cinsel istismarı, organlarının kar sağlama amacıyla nakli, zorla çalıştırılması amaçlarıyla teklifi, teslimi ya da kabulü, evlat edinme konusunda yürürlükteki uluslararası yasal düzenlemeler ihlal edilmek suretiyle bir çocuğun evlat edinilmesi için uygunsuz bir şekilde rıza istihsal edilmesini teminen aracılık yapılması sayılmıştır. Yine 1.paragrafın (b) bendinde, çocuğun 2.maddede tanımlandığı üzere, çocuk fahişeliği amacıyla teklifi, elde edilmesi, tedariki veya temini, ülke içinde veya ülke dışında, bireysel veya örgütlü olarak işlenmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, Taraf Devletlerce suç haline getirilip cezalandırılması gereken fiiller arasında belirtilmiştir. Böylece, İhtiyari Protokolde suç sayılması gereken fiiller bakımından, “çocuk satışı” için 2. maddede öngörülen tanımdan daha geniş bir alan oluşturulmuştur. Özellikle 3. maddenin (a) bendinde cinsel istismar, organların kar sağlama amacıyla nakli ve zorla çalıştırılması maksatları, insan ticaretinde sayılan istismar biçimleriyle birebir örtüşmektedir. Bu amaçlarla gerçekleştirildiği takdirde cezalandırılması istenen hareketler çocuğun satış için teklifi, teslimi ya da kabulü olarak belirtilmiştir. Bu hareketlerin doğrudan satışla ilgili oldukları görülmektedir. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde yer alan “bir yerden başka bir yere taşıma” ve “barındırma” gibi hareketlerin, İhtiyari Protokolde yer almamalarının nedeninin, çocuğun satışıyla doğrudan bir bağlantılarının bulunmaması olabileceğini düşünmekteyiz. İhtiyari Protokolün 3. maddesinde yer verilen, “teslim etme” ve “teklif etme”, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde karşılığı olmayan hareketlerdir. 3. maddenin (a) bendinde, çocuk satışı çerçevesinde yasal düzenlemelere aykırı olarak bir çocuğun evlat edinilmesi için aracılık yapılması da Taraf Devletlerden cezalandırmaları istenen fiiller arasındadır. Özellikle çocuklar bakımından çok fazla ortaya çıkan bir istismar biçimi olması nedeniyle, yasadışı evlat edinme maksadına bu belgede yer verilmiş olması son derece olumludur ve bizce çocuk satışının içinde değerlendirilmesi de yerindedir³⁰⁴. Ancak, çocuğun evlat edinilmesi için “uygunsuz” bir şekilde rıza istihsal edilmesini teminen aracılık yapılması şeklindeki ifade biçimini doğru bulmamaktayız. Burada bir fiilin suç olarak düzenlenmesi söz konusudur ve “uygunsuz” sözcüğünün ceza hukuku bakımından

³⁰⁴ Bu maksadın İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde yer almamasının önemli bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz. Zira Ek Protokolün 3.maddesinde sayılan istismar biçimlerinin hiçbiri bu uygulamayı tam olarak karşılamamaktadır.

karşılığı son derece belirsizdir³⁰⁵. Bizce burada iradeyi ortadan kaldıran veya etkileyen bir takım araçların kullanılması suretiyle rıza elde edilmesinden bahsedilmek istenmektedir. Burada, “uygunsuz” sözcüğünün kullanılması yerine, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde de belirtilen yöntemlerin ya da araçların kullanılmasından söz edilmesi bizce daha doğru olabilirdi.

3. maddenin (b) bendinde çocuk fahişeliği maksadıyla çocuğun teklifi, elde edilmesi, tedariki veya temini de suç sayılması istenen fiiller arasında belirtilmiştir. Çocuğun, “fuhuş yaptırmak” maksadıyla teklifi, elde edilmesi, tedariki veya temini yine İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolü kapsamında insan ticareti suçu olarak öngörülen hareketlerle örtüşmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hükümde, neredeyse aynı anlamlara gelen “elde etmek”, “tedarik etmek” ve “temin etmek” sözcüklerinin bir arada kullanılmasının gereksiz olduğunu düşünmekteyiz³⁰⁶.

Son olarak 3. maddenin (c) bendinde, yine 2.maddede tanımlanan çocuk pornografisinin burada belirtilen amaçlar için üretimi, dağıtımı, yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya zilyetliği suç olarak düzenlenmesi gereken fiiller olarak öngörülmüştür. Maddenin yukarıda ele alınan (a), (b) ve (c) bentlerinden farklı olarak, çocuğun pornografi amacıyla teklifi, temini, kabulü gibi hareketler değil, çocuk pornografisi içeren görüntülerin üretimi, dağıtımı, satışı gibi hareketlerdir. Diğer bir ifadeyle, hareketin üzerinde gerçekleştiği şey çocuk pornografisi içeren görüntülerdir.

İhtiyari Protokolde ayrıca, yukarıda belirtilen fiillere teşebbüsün ve iştirakin de cezalandırılacağı (md.3, par. 2), tüzel kişilerin – ulusal mevzuata uygun olduğu ölçüde – cezai, hukuki veya idari sorumluluğunu tesis etmek için önlemler alınacağı (md.3, par. 4) düzenlenmiştir. Bunun dışında, Taraf Devletlerin, belirli hallerde bu suçlar üzerinde yargılama yetkisini tesis etmesine (4.md.), suçluların iadesine (5.md.) ve Taraf Devletler

³⁰⁵ Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokolün İngilizce metninde “improperly”, Fransızca metninde ise “indument” sözcüklerinin kullanıldığını ve bu ifadelerin Türkçe karşılığı bakımından bir çeviri hatasının söz konusu olmadığını belirtmek gereklidir.

³⁰⁶ İhtiyari Protokolün İngilizce metninde 3. maddenin (b) bendi şu şekilde kaleme alınmıştır: “Offering, obtaining, procuring or providing a child for prostitution, as defined in Article 2”. Fransızca metinde ise aynı bent şu şekildedir: “Le fait d'offrir, d'obtenir, de procurer ou de fournir un enfant à des fins de prostitution, telle que définie à l'article 2”. Hatanın, bu hükmün Türkçeye yapılan çevirisinde olduğunu düşünmediğimizden, yukarıda dile getirdiğimiz eleştiri, İhtiyari Protokolün orjinal metni bakımından da geçerlidir.

arasında adli yardımlaşmaya ilişkin düzenlemelere (6.md.) yer verilmiştir. Protokolün 7. maddesinde, Taraf Devletlerin, kendi ulusal hukuklarının hükümlerine tabi olmak kaydıyla; 3. maddede belirtilen suçları işlemek veya bu suçların işlenmesini kolaylaştırmak için kullanılan malzemenin, mal ve diğer araç gibi her türlü eşyaların ve bu tür suçlardan elde edilen kazancın zapt ve müsadere edilmesini sağlamak için uygun önlemleri alacakları belirtilmiştir.

2. Avrupa Konseyi

Üyeleri arasında kaynak, geçilen ve hedef ülke konumundaki Devletler bulunan Avrupa Konseyi, 1980'lerin sonlarından beri insan ticaretiyle mücadelede etkin bir rol oynamaya başlamıştır. Konsey, bir kısmı aşağıda ele alınacak olan çeşitli Tavsiye Kararlarında (Recommandation) ve diğer hukuki belgelerde insan ticaretini bir insan hakları ihlali ve insan haysiyetine ve bütünlüğüne karşı bir suç olarak değerlendirmektedir. İnsan haklarını koruma ve saygı gösterilmesini sağlama görevini üstlenen Avrupa Konseyi; insan haysiyetine, hareket özgürlüğü ve yaşam hakkı gibi temel insan haklarına aykırılık teşkil eden bu olguyla mücadele amacıyla çok sayıda faaliyette bulunmuştur³⁰⁷. Bunlar arasında özellikle Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesinin çeşitli Tavsiye Kararları ve Çözüm Önerileri (Resolution), konuyla ilgili hukuki çerçevenin oluşturulması bakımından önem teşkil etmektedir. Konsey üyesi olan ülkelere belirli bir konuda belirli bir yönde hareket etmeyi öneren ve çeşitli girişimlerde bulunulması yönünde teşvik edici bir nitelik taşıyan, Parlamenterler Meclisi ve Bakanlar Komitesi tavsiye kararları ve çözüm önerileri, hukuki olarak devletleri bağlayıcı bir etkiye sahip değildir.

Aşağıda bu Kararların önemli bir kısmına yer verilerek Konseyin bu konudaki faaliyetleri kronolojik sırayla özetlenmeye çalışılmış ve son olarak 2005 tarihinde imzalanan İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Sözleşmesi ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

³⁰⁷ Bunlar arasında, diğer çalışmaların yanında; seminerler düzenlenmesi, raporlar hazırlanması üye ülkeleri teşvik etmek amacıyla Eylem Planlarının hazırlanması sayılabilir. Avrupa Konseyi tarafından bu konuda yapılan çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/_Docs/Convntn/FSAction_en.asp#TopOfPage (Erişim tarihi:15.10.2010).

a) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 6 Ekim 1987 tarih ve 1065 (1987) sayılı Çocukların Ticareti ve Diğer Yollarla Sömürülmesi ile İlgili Tavsiye Kararı³⁰⁸

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 6 Ekim 1987 tarihli 15. Oturumunda kabul edilen 1065(1987) sayılı Tavsiye Kararında; çocukların, fuhuş, pornografi, kölelik, yasadışı evlat edinme vb. amaçlarla uluslararası ticarete konu edilmesinden endişe duyulduğu belirtilerek, Konseye üye Devletlere bir aciliyet meselesi olarak bir takım tedbirlerin alınması yönünde tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu kapsamda, çeşitli Sözleşmelerin ve metinlerin imzalanarak onaylanması³⁰⁹, uluslararası evlat edinmelerde güvencelerin aranması ve uygulamaların geliştirilmesi³¹⁰, çocukların satışı, çocuk ticareti ve çocuğun işgücünün istismarıyla ilgili olarak toplumun bilgilendirilmesi için geniş çaplı kampanyalar yapılmasının desteklenmesi, çocukların hakları konusunda eğitimcilerin ve gençlerin bilgilendirilmesi ve her düzeyde okul müfredatına insan hakları eğitiminin dahil edilmesi, çocuk pornografisiyle mücadeleye ilişkin katı yasalar ve düzenlemeler yapılması ve üye devletlerin konuyla ilgili mevzuatının uyumlaştırılması, terkedilmiş çocukların ve sokak çocuklarının ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir siyaset geliştirilmesi ve uygulanması ve çocukların çalışmasıyla ilgili olarak Avrupa Sosyal Şartının 7.maddesindeki uygun yaşam ve çalışma koşullarıyla örtüşen tedbirler alınması belirtilmelidir.

³⁰⁸ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1065(1987) on the Traffic in Children and Other Forms of Child Exploitation. Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta87/erec1065.htm> (Erişim tarihi: 17.10.2010).

³⁰⁹ Bunlar; Tavsiye Kararının 6. maddesinin (a) bendinde; 21 Mart 1950 tarihli İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fuhşunun Sömürülmesinin Ortadan Kaldırılmasına Dair New York Sözleşmesi, Çocukların Evlat Edinilmesi Hakkında 24 Nisan 1967 tarihli Avrupa Sözleşmesi, Evlat Edinme konusunda Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Hakkında 15 Kasım 1965 tarihli Lahey Sözleşmesi, İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin 6 Haziran 1973 tarihli ve 138 sayılı ILO Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartının özellikle çocukların ve gençlerin korunma hakkına ilişkin 7.maddesi olarak belirtilmiştir.

³¹⁰ Tavsiye Kararında, uluslararası evlat edinmelerde güvencelerin aranması ve uygulamaların geliştirilmesi için, diğerlerinin yanında şu tedbirlerin alınması önerilmektedir: refakatsiz çocukların devletlerarası dolaşımını üstlenmeyi teklif eden bireyler, kurum ve kuruluşlar için davranış kuralları ve yönergeler oluşturulması; ulusal sistemlerdeki evlat edinme güvenceleri ve standartlarına eşdeğer standartlar uygulanarak, devletlerarası evlat edinmeyle ilgili olarak yerleştirmelerin yetkili makamlar veya kuruluşlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi zorunluluğunun getirilmesi; evlat edinmelerde yerleştirmenin, hiçbir koşulda ilgililer bakımından uygunsuz bir mali kazanç ortaya çıkarmamasının sağlanması.

b) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, Cinsel Sömürü, Pornografi, Fuhuş ve Çocuk ve Genç Ticareti ile İlgili 9 Eylül 1991 tarih ve R(91) sayılı Tavsiye Kararı³¹¹

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 9 Eylül 1991 tarihli 461. Oturumunda kabul edilen Tavsiye Kararında; kar elde etmek amacıyla, çocukların ve gençlerin, pornografi ve fuhuş biçimindeki cinsel istismarının ve organ ticaretinin ulusal ve uluslararası düzeyde yeni ve endişe uyandıran boyutlar kazandığı belirtilerek, çocukların ve gençlerin cinsel istismarı sorunununla ilgili ulusal ve uluslararası düzeydeki uygulamaların eşgüdümünü sağlamak ve etkinliğini artırmak amacıyla Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin ulusal mevzuatlarını uyumlaştırmalarının kendilerinin yararına olacağı değerlendirilmiştir.

Kararda, üye devletlerin hükümetlerinin, mevzuatlarını ve uygulamalarını, gerekli olduğu takdirde bir takım önlemlerin alınması ve uygulanması amacıyla gözden geçirmeleri tavsiye edilmektedir. Bu önlemler; dört temel grup halinde belirtilmiştir. Birinci grupta, a. toplumda yaşayan bireylerin farkındalıkları, eğitim ve bilgilendirme; b. bilgilerin toplanması ve değişimi; c. önleme, tespit ve yardım ve d. ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku³¹² başlıkları altında *Genel Önlemler* yer almaktadır. İkinci grupta, *Çocuk Pornografisiyle İlgili Önlemler*, üçüncü grupta “*Çocukların ve gençlerin fuhuşuyla ilgili Önlemler*” ve dördüncü grupta da “*Çocukların ve Gençlerin Ticaretiyle İlgili Önlemler*” belirtilmektedir.

³¹¹ Council of Europe, Recommendation No. R(91)11 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Sexual Exploitation, Pornography and Prostitution of, and Trafficking in, Children and Young Adults. Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=572467&SecMode=1&DocId=597998&Usage=2> (Erişim tarihi:17.10.2010).

³¹² Genel Önlemler arasında, *ceza hukuku ve ceza yargılaması* başlığı altında; sanık hakları ihlal edilmeksizin, yargılama sırasında çocukların ve gençlerin menfaatlerinin ve haklarının teminat altına alınmasının sağlanması (par. 12); yargısal ve idari işlemler sırasında, özellikle kimliklerinin açığa çıkmasına neden olabilecek bilgilerin ifşa edilmesinden kaçınmak suretiyle, cinsel istismar mağduru çocukların ve gençlerin özel hayatlarının gizliliğinin korunmasını ve kayıtların gizli tutulmasını güvence altına almak (par. 13); cinsel istismar mağduru ya da tanığı olan çocuk ve gençlerin dahil olduğu duruşmalarda, bu tür duruşmaların travmatik etkilerini hafifletmek ve beyanların güvenilirliğini sağlamak amacıyla özel koşullar oluşturmak (par. 15); cinsel istismar mağduru çocukların ve gençleri uğradıkları zararları, uygun düzenlemeler çerçevesinde tazminini gerçekleştirmek; bu fiillerle bağlantılı suçlardan elde edilen gelirlerin zapt ve müsadere edilmesi imkanı düzenlemek (par. 16) sayılmıştır.

Çocukların ve Gençlerin Ticaretiyle ilgili Önlemler olarak; çocukların ve gençlerin fuhşa veya diğer cinsel istismar biçimlerine sevkedilmeleri ihtimalini önlemek için, bunların ülke içindeki veya ülkeler arasındaki dolaşımını denetlemek amacıyla evlendirme ve evlat edindirme acentelerinin faaliyetlerinin gözetimi; özellikle veli veya vasileri olmaksızın yurt dışına seyahatlerinin insan ticaretiyle bağlantılı olmamasını güvence altına almak amacıyla göç makamları ve sınır görevlileri aracılığıyla denetimi artırmak ve insan ticareti mağduru çocukların ve gençlerin korunması ve bunlara destek olmak amacıyla tesisler kurmak ve mevcut tesisleri desteklemek, sayılmıştır.

Bunun dışında; çocukların ve gençlerin cinsel istismarıyla ilgili suçları ülke dışında işleyen kişilerin yargılanmalarına ve cezalandırılmalarına izin vermek amacıyla, ülkedışı yargılama yetkisine ilişkin kurallar kabul etmek veya uygulanabildiği ölçüde mevcut kuralları bu amaçla gözden geçirmek ve uluslararası işbirliğini geliştirmek, Tavsiye Kararında, uluslararası boyutta alınması önerilen önlemlerden biri olarak yer almaktadır.

c) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 25 Eylül 1996 tarih ve 1099(1996) sayılı Çocukların Ticareti ve Diğer Yollarla Sömürülmesi ile İlgili Çözüm Önerisi³¹³

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 25 Eylül 1996 tarihli 28. Oturumunda kabul edilen Kararda, çocukların cinsel istismarının kabul edilemez bir insan hakları ihlali olduğunun altı çizilerek; Konsey üyesi Devletler, çocukların cinsel istismarının durdurulması amacıyla çocuk fuhuşu, çocuk ticareti ve pornografisiyle mücadele etmek için çabalarını ve kaynaklarını birleştirmeye ve uluslararası işbirliğini artırmaya davet edilmektedir.

Kararda, Üye Devletlerden bir takım düzenlemeler yapılması istenmektedir. Devletler, gecikmeksizin, ulusal düzeyde özellikle çocuk fuhuşu ile ilgili ceza yasalarının kabul edilmesi ve cezai tedbirlerin güçlendirilmesi için teşvik edilmekte ve özellikle

³¹³ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1099 (1996) on the Sexual Exploitation of Children. (Kararın İngilizce metni için bkz. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta96/eres1099.htm>) (Erişim tarihi: 17.10.2010).

belirli konularda yapılacak düzenlemelere olan ihtiyacın altı çizilmektedir (par. 12). Bu kapsamda alınması istenen önlemler şunlardır:

- i- ceza hukuku mevzuatına ülkedışı yargılama ve hüküm verme ilkesinin dahil edilmesi,
- ii- çocuklara karşı işlenen suçlarla ilgili yargılamalar bakımından yeterince uzun bir zamanaşımı süresinin öngörülmesi (bu süre en az yirmi yıl olarak belirtilmiştir),
- iii- çocukları içeren videolar, yazılı materyaller ve fotoğraflar gibi pronografik malzemelerin bulundurulması; çocukların görüntülerini içeren pornografik malzemelerin üretimi, nakli veya dağıtımı ve çocukların pornografik görüntülerinin kaydedilmesi ve yayınlanması fiillerinin suç olarak düzenlenmesi ve bunların caydırıcı cezalarla karşılanması,
- iv- çocukları içeren cinsel suçların ağır suçlar olarak sınıflandıran yasal düzenlemelerin kabul edilmesi ve bu suçların hiçbir koşulda daha hafif suçlar kategorisine dahil edilmemesinin temin edilmesi,
- v- Avrupa'da mümkün olduğu düzeyde, şartla salıverilme, psikolojik tedavi ve sosyal gözetim gibi tedbirler başta olmak üzere, cinsel suç faillerinin iyileştirilmesi konusunda uyumlaştırmanın sağlanması,
- vi- 15 yaşından küçük bir çocuğun bir yetişkinle cinsel ilişkiye girme konusunda rızasının bulunamayacağını prensibinin Üye ülkelerin mevzuatlarına dahil edilmesi,
- vii-Çocukların korunmasıyla ilgilenen derneklerin ve diğer STÖ'lerin çocukların cinsel istismarı vakalarında şikayet hakkına sahip olarak yargılamalara katılabilmelerinin sağlanması.

Kararda ayrıca Üye Devletlerden, seks turizmine bir son vermek, özellikle seyahat acenteleri ve tur operatörlerine yönelik cezai ve idari önlemlerin (ruhsatın geri alınması, para cezası vb.) getirilmesini sağlamak ve tehlike altındaki ülkelere yapılan uçak yolculukları sırasında film gösterimi yaparak cinsel istismara uğramış genç insanların psiko-sosyal ve fiziksel gelişimleri bakımından ortaya çıkan ağır zararı aydınlatmak ve uçaktan ayrıldıkları sırada turistlere cinsel istismarla ilgili broşürler dağıtmak suretiyle seks turizmine dahil olmayı isteyen diğerlerini caydırmak konusunda somut önlemler almaları istenmektedir.

Son olarak, Parlemlenterler Meclisi, etkili bir mücadele amacıyla, ye Devletleri, snrtesi adli ve polisiye işbirliğini güçlendirmeye davet etmekte ve Europol sisteminin iyileştirilmesini amaçlayan girişimlere tam bir destek sağlanacağını belirtmektedir.

d) Avrupa Konseyi Parlemlenterler Meclisinin, Konsey yesi ülkelerde Kadın Ticareti ve Kadınların Fuha Zorlanması ile ilgili 1325(1997) sayılı Tavsiye Kararı³¹⁴

Avrupa Konseyi Parlemlenterler Meclisinin 23 Nisan 1997 tarihli 13. Oturumunda kabul edilen Tavsiye Kararında, son yıllarda Konsey yesi Devletlerde kadın ticareti ve zorla fuh konusundaki dikkat çekici artışın Meclisi harekete geçirdiği ve yüksek kazanç getiren bu suçlara örgütlü suç gruplarının katılımının günden güne fazlalatığı, bu suçların sözü geçen grupların diğer faaliyetlerini finanse etmek ve genişletmek için bir temel olarak kullanıldığı belirtilmiştir. Aynı zamanda, bu gelişmenin bir sonucu olarak, ticarete konu edilen kadınlara yapılan muamelenin kötüleşmesinin ve neredeyse kölelik boyutuna varmasının endişe verici bir durum olduğu ifade edilmiştir.

Tavsiye Kararında, kadın ticareti ve zorla fuh; *“kadınların, ekonomik kazanç elde etmek için, daha sonrasında zorla fuh yaptırmak, zorla evlendirmek veya diğer zorla cinsel istismar biçimlerine tabi kılmak maksadıyla, rızalarıyla veya rızaları hilafına, yasal veya yasadışı olarak bir yerden başka bir yere taşınmaları ve/veya değiş-toku edilmeleri”* olarak tanımlamıştır Zorlamanın, fiziksel, cinsel ve/veya psikolojik olabileceği ve korkutmayı, tecavüzü, yetkinin veya bağımlılık durumunun kötüye kullanılması hallerini içereceği belirtilmiştir.

Tavsiye Kararında, hem kaynak hem hedef ülkeleri bünyesinde toplayan bir bölgeyi temsil eden bir kuruluş olarak Avrupa Konseyinin, ye Devletler ve diğer uluslararası kuruluşlarla bu konuda ivedilikle hareket etmesi ve eyleme geçilmesi konusunda öncülük etmesi gerektiği belirtilmektedir. Kararda ayrıca, Bakanlar Komitesi

³¹⁴ Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1325(1997) on Traffic in Women and Forced Prostitution in Council of Europe Member States. Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <http://assembly.coe.int/main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/TA97/EREC1325.HTM> (Erişim tarihi: 17.10.2010).

tarafından, kadın ticareti ve zorla fuhuş konusunda bir sözleşme hazırlanması ve sözleşme kapsamının yetişkin kadınlarla sınırlanarak, Parlamenterler Meclisi tarafından yapılan ve yukarıya alınan tanıma dayanması gerektiği tavsiye edilmektedir.

Tavsiye Kararında bunun dışında, Bakanlar Komitesine Üye Devletleri bazı önlemleri almaları konusunda teşvik edilmeleri tavsiye edilmektedir. Bunlar arasında; bireyleri ve özellikle vize ve çalışma izni taleplerini inceleyen konsolosluk personelini bu konuda bilgilendirmek, sınır noktalarında görevli personelin kadın ticareti yöntemleri ve eğilimleri, olası mağdurların tespit edilmesi gibi konularda eğitiminin sağlanması, ulusal düzeyde bu suçla mücadele amacıyla özel polis yapıları oluşturulması ve Interpol ve Europol aracılığıyla polis birimleri arasındaki uluslararası iletişimin ve işbirliğinin iyileştirilmesi, mahkemede tanıklık yapmayı kabul eden kadın ticareti ve zorla fuhuş mağdurlarına oturma izni verilmesi ve gerektiği takdirde tanık koruma programlarından yararlanmalarının temin edilmesi belirtilebilir.

e) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cinsel Sömürü Amacıyla İnsan Ticaretine Karşı Eylem konulu 19 Mayıs 2000 tarihli ve R (2000) 11 sayılı Tavsiye Kararı³¹⁵

Bakanlar Komitesinin 19 Mayıs 2000 tarihli 710. Oturumunda kabul edilen Tavsiye Kararında, cinsel sömürü amacıyla insan ticaretinin, mağdurların kölelik durumuna indirgenmesi sonucunu ortaya çıkarabildiği, insan haklarının bir ihlalini ve insan haysiyetine ve bütünlüğüne karşı bir suç teşkil ettiği değerlendirilmekte ve ulusal sınırların ötesine geçen bu faaliyetle mücadelenin ve mağdurların korunmasının uyumlu, yeknesak ve etkin bir Avrupa stratejisinin oluşturulması ile mümkün olacağı belirtilmektedir. Buna yönelik olarak Tavsiye Kararının ekinde bir takım ilkelere, kavramlara ve önlemlere yer verilmektedir.

Tavsiye Kararının Ekinde, cinsel sömürü amaçlı insan ticareti, kişilerin cinsel sömürü maksadıyla, özellikle şiddet, tehdit, nüfuzun, veya bir çaresizlik halinin kötüye

³¹⁵ Council of Europe, Recommendation No. R(2000)11 of the Committee of Ministers to Member States on Action against Trafficking in Human Beings for the Purpose of Sexual Exploitation. Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=355371&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> (Erişim tarihi: 17.10.2010).

kullanılması biçimindeki zorlayıcı araçlarla, rızaları ile olsa da, bir veya daha fazla sayıda gerçek yahut tüzel kişi tarafından tedarik edilmeleri ve/veya sömürünün organize edilmesi ve/veya –yasal ya da yasadışı olarak – bir yerden bir yere taşınmaları veya göç ettirilmeleri olarak tanımlanmaktadır.

Yukarıda belirtilen unsurları içeren insan ticaretine karşı alınacak önlemler bakımından, çocukların, gençlerin ve kadınların daha savunmasız olmaları nedeniyle özellikle bu kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına özel bir önem verilmiştir (md.2).

İnsan ticareti fiillerinden sorumlu olanların hepsinin yakalanması, yargılanması ve cezalandırılması, seks turizmini ve insan ticaretine yol açabilecek her türlü faaliyetin önlenmesi için girişimde bulunmak, Üye ülkelere tavsiye edilen “genel” önlemlerin en başında yer almaktadır (md.4).

Tavsiye Kararında da, Palermo Sözleşmesine Ek Protokolde olduğu gibi insan ticareti bir organize suçluluk biçimi olarak nitelenmiştir (md.5). Kararda, ayrıca, Devletlerden, ulusal ve uluslararası boyutta cinsel sömürü amacıyla insan ticaretine ilişkin araştırma teknolojilerinin, bilgi ağının geliştirilmesine yönelik çalışmaları yaygınlaştırmaları ve insan ticareti konusunda uzmanlaşmış araştırma birimleri oluşturmaları istenmektedir (md.8-9).

Tavsiye Kararda belirtilmesi gereken diğer önemli bir husus, kültürel, sosyal ve ekonomik nitelikteki önlemlere geniş bir yer ayrılmasıdır. Bu çerçevede, örneğin; okullarda özellikle kadın ve erkek arasındaki eşitliğin vurgulandığı cinsel eğitim programları, insan haklarının ve insan onurunun korunmasına, çocuk haklarına saygı gösterilmesine yönelik eğitim programlarına ağırlık verilmesi gerekliliğinden söz edilmektedir. Yine insan ticareti teşkil eden hallerin belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması amacıyla, sosyal hizmetler, sağlık, öğretim, diplomasi, hukuk, gümrük ve güvenlik alanında uzman personel yetiştirilmesi için mesleki programların hazırlanması, mücadelede yararlı olacak önlemler arasında belirtilmiştir.

Kararda, “ceza yasaları ve hukuki işbirliği” başlığı altında; cinsel sömürü amacıyla insan ticareti konusunda yasa çıkarılması ya da varolan yasaların güçlendirilmesi ve

gerektiğinde bu fiilin özel bir suç olarak düzenlenmesi (md. 42), caydırıcı nitelikte hapis cezası da dahil, suçların ağırlığıyla orantılı cezai yaptırımlar konulması ya da varolan yaptırımların ağırlaştırılması, etkin adli işbirliğine olanak tanınması (md. 43), iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına hanel getirmeksizin, insan ticareti suçunda kullanılan araç ve elde edilen suç gelirlerinin zapt ve müsaderesine olanak imkan verecek tedbirlerin alınması (md. 44), insan ticareti mağdurlarının sömürüldüğü yerlerin teftiş ve kontrolünü kolaylaştırmak ve gerekirse kapatılmasını sağlamak (md. 45), tüzel kişilerin sorumluluğunun özel cezalarla öngörülmesi (md. 46) gibi çok sayıda önlemin alınması tavsiye edilmektedir.

Bunlardan başka, ulusal ve uluslararası alanda işbirliği ve mağdurların korunması hususlarının da Tavsiye Kararında düzenlendiği belirtilmelidir³¹⁶.

³¹⁶ İşbirliği konusunda “ulusal” düzeyde alınması tavsiye edilen önlemler; “insan ticaretiyle mücadele ve bu konuda çok-disiplinli bir yaklaşımın düzenlenmesi konularında ulusal politikayı oluşturacak bir eşgüdüm mekanizması kurmak; bu mekanizmayı, bilgi alışverişini, istatistiksel veri toplamayı ve alan çalışmasında elde edilen bulguları, insan ticaretindeki eğilimlerin ve ulusal politikanın değerlendirilmesini teşvik etmek amacıyla kullanmak, ayrıca bu mekanizmayı, başka ülkelerin ve uluslararası örgütlerin mekanizmalarıyla bağlantı içinde faaliyetleri eşgüdümleyebilmek ve insan ticaretiyle mücadeleyi hedefleyen ulusal ve uluslararası stratejileri uygulamak, gözden geçirmek ve denetlemek için kullanmak” biçiminde belirtilmiştir. Uluslararası işbirliği konusunda ise üye ülkeler; bir Avrupa kayıp kişiler dosyası oluşturmakla özel olarak sorumlu kılınmış, insan ticaretine karşı mücadeleyi eşgüdümleyecek bir uluslararası kurum oluşturmaya, ülkeler arasında bilgi değişimini ve işbirliğini ikili ilişkiler düzeyinde ve insan ticaretiyle mücadele konusunda çalışan uluslararası örgütler aracılığıyla artırmaya ve geliştirmeye davet edilmektedir. Bunun dışında; çeşitli uluslararası belgelerde dile getirilen ilke ve kararları uygulamak için bütün gerekli önlemlerin üye ülkelerin ulusal sistemlerine dahil etmeleri tavsiye edilmektedir. Bu belgeler arasında; Dünya Kadınlar Konferansı’nda (Pekin, 4-15 Eylül 1995) kabul edilen Eylem Programı’nda belirlenen ilke ve standartlar ve özellikle Bölüm IV.D, Kadınların Statüsüne ilişkin Birleşmiş Milletler Komisyonu’nun 42. oturumunda mutabakatla kabul edilen sonuçlar, Kadın ve Kız Ticareti konusunda Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda düzenli olarak kabul edilen kararlar, Bakanlar Konferansı’nda kabul edilen Cinsel Sömürü Amacıyla Kadın Ticaretini Engellemek ve Mücadele Etmek için Önlemler’e ilişkin Avrupa Yol Gösterici İlkelerini içeren Deklarasyon (Lahey, 24-26 Nisan 1997) ve Bakanlar Komitesi’nin Avrupa Konseyi üyesi ülkelere “Suç Kaynaklı Gelirlerin Transferi ve Saklanması Karşı Önlemlere İlişkin R (80) 10 sayılı Tavsiye Kararı”, “Mağdurlara Yardım ve Mağdur Konumuna İtilmenin Önlenmesine İlişkin R (87) 21 sayılı Tavsiye Kararı Tavsiye Kararı” sayılmaktadır.

f) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin, “Ev hizmetlilerinin köleleştirilmesi” ile ilgili 26 Haziran 2001 tarihli ve 1523(2001) sayılı Tavsiye Kararı³¹⁷

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bünyesinde hazırlanan 17 Mayıs 2001 tarihli bir Raporda³¹⁸, ev hizmetlilerinin köleleştirilmesi, son yıllarda, Avrupa’da ortaya çıkan yeni bir kölelik biçimi olarak adlandırılmaktadır. Binlerce mağduru gerçek bir maddi karşılığı olmaksızın çalışmaya zorlayan ve aynı zamanda insan onurunu hiçe sayan bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilen bu istismar biçimine yönelik olarak dünyada her yıl yaklaşık dört milyon kadının satıldığı tespit edilmiştir.

Parlamenterler Meclisi, daha sonra aynı konuda kabul ettiği 26 Haziran 2001 tarihli ve 1523(2001) sayılı Tavsiye Kararında, bu koşullarda çalıştırılan ev hizmetlilerinin durumunun AİHS’nin, kölelik ve kulluğu yasaklayan 4. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğunu hatırlatmaktadır. Bu Kararda, çok sayıda mağdurun, 1961 tarihli Viyana Anlaşmasına göre dokunulmazlıktan faydalanan diplomatlar ve uluslararası kamu görevlileri için çalıştığı gerçeğinden büyük bir üzüntü duyulduğu belirtilerek, üye ülkelerin hükümetlerini, Viyana Anlaşmasını, diplomatların özel hayatlarında işledikleri bütün suçlar bakımından dokunulmazlıklarını kaldıracak şekilde değiştirmeye çağırması için Bakanlar Komitesine tavsiyede bulunmaktadır. Ayrıca, bir ev hizmetlileri hakları şartı oluşturulması konusu da gündeme getirilmektedir.

Tavsiye Kararında, mağdurların pasaportlarına sistematik bir şekilde el konularak işverenlerine karşı tam bir çaresizlik içinde bırakıldıkları ve hatta bazı hallerde fiziksel ve cinsel şiddete maruz kaldıkları, hapsedilmeye yakın koşullarda yaşadıkları belirtilmektedir. Bu yeni kölelik biçiminin mağduru haline gelenlerin çoğunun, ajanslar tarafından tedarik edilmiş ve en başta yolculuk masraflarını karşılamak için borçlanmış, yasadışı koşullarda bulunan kişiler olduğu tespit edilmektedir. Mağdurların içinde buldukları fiziksel ve duygusal tecrit durumunun,

³¹⁷ Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation no. 1523(2001) on Domestic Slavery. Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta01/EREC1523.htm> (Erişim tarihi: 03.01.2010).

³¹⁸ Report of the Committee on Equal Opportunities for Women and Men on Domestic Slavery, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 9102, 17 May 2001 (<http://assembly.coe.int/documents/workingdocs/doc01/edoc9102.htm>) (Erişim tarihi:03.01.2010).

dış dünyadan duyulan korkuyla birleştiği ve özgürlüklerine kavuşmalarından sonra dahi devam eden psikolojik sorunlara neden olabildiği, Kararda değinilen bir başka konudur.

Parlemlenterler Meclisi, söz konusu Kararda, üye ülkelerin hükümetlerinden bir takım taleplerde bulunulmasını Bakanlar Komitesi'ne tavsiye etmektedir. Bunlar arasında; köleliğin, insan ticaretinin ve zorla evlendirmenin ceza yasalarında suç olarak düzenlenmesi; sınır denetimlerinin güçlendirilmesi, polisiye işbirliği için politikaların uyumlaştırılması ve kadın polis görevlilerinin sayısının artırılması belirtilebilir.

Ayrıca, üye ülkelerden; insancıl nedenlerle geçici ve yenilenebilir oturma izinlerinin verilmesini genelleştirmek, sosyal ve idari tedbirlerle ve yasal destek vermek suretiyle korumaya yönelik adımlar atmak, topluma yeniden uyum sağlamaları ve iyileştirilmeleri için harekete geçmek, korunmaları için özel programlar geliştirmek, zararlarının giderilmesi amacıyla fonlar oluşturmak suretiyle kölelik mağduru olan kişilerin haklarını korumalarının istenmesi tavsiye edilmektedir.

g) Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Çocukların Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair 31 Ekim 2001 tarihli ve R(2001)16 sayılı Tavsiye Kararı³¹⁹

Tavsiye Kararı altı bölümden oluşmaktadır³²⁰. Birinci bölümde “Amaçlar ve tanımlar” yer almaktadır. Kararın birinci paragrafında sayılan amaçlar arasında; çocuğun, cinsel istismar, şiddet ve sömürden uzak bir yaşam geçirmesine yardım etmek için fiziksel, ahlaki, ruhsal ve sosyal yönden gelişimi desteklemek, çocukların deneyimlerini ve bakış açılarını göz önüne alarak cinsel istismarla mücadele için politikalar, uygulamalar ve önlemler planlamak ve gerçekleştirmek, gerçek veya tüzel kişiler tarafından bireysel olarak veya organize biçimde, ülke içinde veya dışında, vatandaşlar veya diğer kişilerce gerçekleştirilen çocuk pornografisi, çocuk fuhşu ve

³¹⁹ Recommendation Rec(2001)16 on the protection of children against sexual exploitation. Bakanlar Komitesinin 31 Ekim 2001 tarihli 771. Oturumunda kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. [http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/_Source/PDF_Rec\(2001\)16_E.pdf](http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/_Source/PDF_Rec(2001)16_E.pdf) (Erişim tarihi: 08.01.2011).

³²⁰ Bu altı bölüm, sırasıyla; Amaçlar ve Tanımlar, Genel Tedbirler, Ceza Hukuku ile Muhakeme Hukuku Alanındaki ve Diğer Zorlayıcı Tedbirler, Çocukları İçeren Pornografi Konusunda Tedbirler, Çocukların Fuhşu Konusundaki Tedbirler, Çocukların Ticaretine İlişkin Tedbirler ve Uluslararası İşbirliği başlıklarını taşımaktadır.

çocuk ticaretinin, çocuğun rızasının olup olmamasına bakılmaksızın ortadan kaldırılması sayılabilir.

İkinci paragrafta; çocuk, cinsel istismar, çocuk fuhşu ve çocuk ticareti kavramları tanımlanmıştır. Buna göre “çocuk”, 18 yaşından küçük herhangi bir kimseyi; “cinsel istismar”, esas olarak çocuk pornografisini, çocuk fuhşunu, seks köleliğini ve bu amaçlarla yapılan çocuk ticaretini de içeren geniş kapsamlı bir kavramı; “çocuk fuhşu”, bir ücret veya başka bir bedel karşılığında çocuğun cinsel eylemde bulunmak üzere, kullanılması, tedarik edilmesi, teklif edilmesi veya elde edilmesini ifade etmektedir. “Çocuk ticaretinin” ise, aynı paragrafta, çocuğun cinsel istismar amacıyla tedarik edilmesini, bir yerden bir yere taşınmasını, devredilmesini, barındırılmasını, teslim edilmesini, teslim alınmasını veya satışını içereceği belirtilmiştir.

Tavsiye Kararında, diğer tedbirlerin yanısıra, üçüncü bölümde ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku alanındaki tedbirler ile genel anlamda zorlayıcı önlemlere yer verilmiştir. Bu kapsamda üye ülkelere; muhakeme sürecinde özellikle çocukların dinlenmesi ve onlara destek olunması sağlanmak suretiyle hak menfaatlerinin gözetilmesine yönelik tedbirlerin, faillerin cezalandırılması ve gereken yerde tedavilerinin sağlanması ve çocukların cinsel istismarıyla bağlantılı suçlardan elde edilen gelirlere el konulmasını ve bunların müsaderesi, tüzel kişilerin bu suçlar nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve ayrıca, cinsel istismar, çocuk fuhşu, çocuk pornografisi ve çocuk ticaretinin suç haline getirilmesi ve fiilin ağırlığı göz önüne alınarak bunlar karşılığında uygun cezalar öngörülmesi tavsiye edilmiştir.

h) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin “Ev hizmetlilerinin Köleleştirilmesi: Kulluk, Çocuk Bakıcıları (au-pairler) ve Posta ile Sipariş Edilen Gelinler Konusundaki Tavsiye Kararı”³²¹

Kararın giriş kısmında; kölelik 150 yıl önce kaldırılmış olmasına rağmen, Avrupa’da hala binlerce insanın köle olarak tutulduğu, nesne muamelesi gördüğü, aşağılandığı ve istismar edildiği, köleliğin bu şekilde devam etmesi karşısında Parlamenter Meclisinin dehşete düştüğü belirtilmektedir. Ayrıca modern kölelerin, ruhsal veya fiziksel yönden tehdit edilerek zorla çalıştırıldıkları, fiziksel özgürlüklerinin sınırlandırıldığı ve aşağılayıcı ve insanlık dışı muameleye maruz kaldıkları ifade edilmektedir. Ayrıca, çoğu koşullarını iyileştirmek, yoksulluktan ve diğer güç durumlardan uzaklaşmak amacıyla gönüllü olarak gelen bugünün kölelerinin ağırlıklı olarak kadınlardan oluştuğu ve çalıştıkları özel konutlarda göçmen ev hizmetlileri, çocuk bakıcıları ya da posta ile sipariş edilen gelinler olarak işe başladıkları; ancak işverenleri, ajanslar veya diğer araçlar tarafından aldatıldıkları, borçlandırıldıkları ve hatta ticarete konu edildikleri belirtilmektedir. Bu kişiler, bir kere çalışmaya başladıktan veya evlendikten sonra savunmasız bir konumda bırakılmakta ve tecrit edilmektedirler. Bu durum, işverenleri ya da kocalarının onları köleliğe varan koşullarda çalıştırmak suretiyle istismar etmelerine zemin hazırlamaktadır. Bu şekilde mağdur edilen ev hizmetleri, çocuk bakıcıları ve evlilik sonucunda istismara uğrayan kadınlar, evlerinden uzakta, çoğu zaman dilini dahi bilmedikleri yabancı bir ülkede işverenleri veya eşleri tarafından denetim altına alınmakta, tehdit edilmekte ve içinde buldukları durumdan kurtulmanın zor veya imkansız olduğunu düşünmektedirler. Ayrıca, bu kişilerin genellikle yasal konumda bulunmamaları yetkili makamlardan yardım almak bir kenara, yakalanıp cezalandırılma korkusuyla yaşamalarına neden olmaktadır.

Tavsiye Kararında, üye ülkeler, ev hizmetlilerinin köleliğe varan koşullarda çalıştırılmalarına neden olan bütün uygulamalarla acilen mücadele etmeye, mevzuatlarında bir kişiyi kölelik koşullarında tutmanın suç olarak düzenlenmesini ve

³²¹ Recommendation 1663 (2004) on Domestic slavery: servitude, au pairs and "mail-order brides". Parlamenterler Meclisinin 22 Haziran 2004 tarihli 19. Oturumunda kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta04/EREC1663.htm> (Erişim tarihi:08.01.2011).

köleliğin herhangi bir biçiminin uygulandığı yönündeki iddialar karşısında yetkili makamlar tarafından derhal, tarafsız ve geniş çaplı soruşturmalar yürütülerek sorumlu olanların yargılanmasını sağlamaya teşvik edilmektedir. Ayrıca, üye ülkelere, göç ve sınırdışı etme konusundaki mevzuatlarını gözden geçirerek bu uygulamalar nedeniyle mağdur olan yabancılara en azından geçici oturma izinlerinin sağlanması ve kendilerini istismar eden kişilere karşı suçlamada bulunmalarına imkan vermeleri tavsiye edilmektedir.

Kararda, özellikle ev hizmetlileri bakımından alınması önerilen tedbirler şu şekilde belirtilmektedir: özel konutlarda hizmetçiliğin, asgari ücret, hastalık ve emekli maaşı da dahil, çalışmadan kaynaklanan bütün hakların ve sosyal korumanın uygulandığı “gerçek bir iş” olarak tanınması; asgari ödemenin, azami saatlerin ve sorumlulukların belirlendiği yasal olarak uygulanabilir bir sözleşme hakkı, sağlık sigortası hakkı, ev hizmetlilerinin çocuklarının sağlık hakkını, eğitim hakkını ve sosyal haklarını da içerecek şekilde aile hayatına sahip olma hakkı, serbest ve kişisel zaman hakkı, göçmen ev hizmetlileri için herhangi bir işverenden bağımsız bir göçmen statüsüne sahip olma hakkı, işverenini değiştirme hakkı, gittiği ülke ve Avrupa Birliği üyesi olan bütün ülkelerde dolaşma hakkı ve vatandaşı olduğu ülkede almış olduğu eğitimin, uzmanlığın ve tecrübenin tanınması haklarının sağlanması.

Çocuk bakıcıları ile ilgili olarak ise, bir Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararıyla, bu kişilerin statülerinin tanınması ve gözetilmesi, çalışma koşullarının ve sosyal haklarının belirlenmesi ve çocuk bakıcılığı sektörünün ulusal ve uluslararası düzeyde uygun bir şekilde düzenlenmesi konusunda yol gösterici kuralların tespit edilmesi kararlaştırılmaktadır.

Posta ile sipariş edilen gelinlerle ilgili özel olarak tavsiye edilen tedbirler arasında; bu alanda faaliyet gösteren ajansların, belirli asgari standartları gerçekleştirmelerini sağlamak amacıyla bir akrediyasyon sistemi getirilmesi suretiyle düzenlenmesi, İnternet sitesi olarak çalışan bir ajansının sorumlularının, açık bir şekilde belirlenebilir olmalarının ve site kullanıcılarının kendilerini tanıtmalarını zorunlu kılmalarının, evlilikleri takip etmelerinin ve acil bağlantı numaraları vermelerinin sağlanması belirtilmelidir.

**i) İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin 16 Mart 2005 tarihli
Avrupa Konseyi Sözleşmesi^{322 323}**

Sözleşmenin Başlangıç kısmında mağdurların ve haklarının korunması ve insan ticaretiyle mücadele eylemi başlıca amaçlar olarak sayılmış, özellikle mağdurların insan haklarına odaklanan ve özel bir denetim mekanizmasının kurulmasını düzenleyen bir belgenin hazırlanmasına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Sözleşmenin adeta bir eki gibi ele alınan ve yorumunda temel bir araç teşkil eden Açıklayıcı Rapor'da, Palermo Protokolü başlangıç noktası kabul edilirken insan ticareti ile mücadeleye ilişkin evrensel ve bölgesel diğer uluslararası belgelerin de dikkate alındığı ve bu belgeler tarafından sağlanan korumanın güçlendirilmesinin ve bunlar tarafından ortaya konulan standartların yükseltilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir (par. 6). Gerçekten de Sözleşme, insan ticaretine ilişkin olarak bugüne kadarki en ayrıntılı uluslararası düzenlemeyi teşkil etmektedir. Bu bölümde, İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmenin özgün metninde yer alan bölüm başlıklarına büyük ölçüde sadık kalınarak, içeriğindeki düzenlemeler genel hatlarıyla incelenecektir.

(1) Amaçlar, Kapsam ve Ayrımcılık Yasağı

Sözleşmenin I. Bölümünün başlığı “Amaçlar, kapsam, ayrımcılık yasağı ve tanımlar” olarak tespit edilmiştir. Sözleşmenin en önemli bölümlerinden biri ve maddi ceza hukukuna ilişkin bölümün de dayanağı olması nedeniyle, “Tanımlar” konusunu ayrı bir başlık olarak ele almanın yerinde olacağını düşünülerek, bu bölüm yalnızca amaçlar, kapsam ve ayrımcılık yasağı ile sınırlanmıştır.

1. maddede amaçlar üç bent halinde sayılmıştır:

³²² “Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings”. 16 Mayıs 2005 tarihinde Varşova’da imzaya açılan ve 1 Şubat 2008’de yürürlüğe giren Sözleşmeye, Türkiye 19 Mart 2009 tarihinde taraf olmuştur. Sözleşme metni ve Açıklayıcı Rapor için bkz.

http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/Convntn/CETS197_en.asp#TopOfPage. (Erişim tarihi: 21.10.2010). Bundan böyle “İnsan Ticaretine Karşı Sözleşme” olarak anılacaktır.

³²³ Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda (Explanatory Report on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings), başlıkta yer alan “eylem” teriminin, Sözleşmenin yalnızca hukuki önlemleri değil, insan ticaretiyle mücadele için alınacak diğer insiyatifleri düzenlediğinin altını çizmek amacını taşıdığı belirtilmiştir. Bu bağlamda, insan ticaretine karşı eylemin, insan ticaretinin önlenmesi ve mağdurlara yardımın yanısıra insan ticaretiyle mücadele için tasarlanmış ceza hukuku önlemlerini de kapsadığı vurgulanmıştır (Açıklayıcı Rapor, par. 39).

“a. cinsiyet eşitliğinin güvence altına alınarak insan ticaretinin önlenmesi ve insan ticareti ile mücadele,

b. cinsiyet eşitliğini güvence altına alarak mağdur ve tanıklara koruma ve yardım için kapsamlı bir çerçevenin tasarlanması, insan ticareti mağdurlarının insan haklarının korunması ve etkin soruşturma ve kovuşturma sağlanması,

c. insan ticaretine karşı eylemde uluslararası işbirliğinin teşvik edilmesi”.

Amaçlar belirtilirken cinsiyet eşitliğine özel bir vurgu yapıldığı dikkati çekmektedir. Bunun, İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmenin, mağdurların kadın, erkek ya da çocuk olmasına bakılmaksızın herkesi koruma altına aldığı ve mağdurların özel gereksinimlerinin akılda tutulmasına önem verdiğinin altını çizmek amacını taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu amaç doğrultusunda; önleme ve mücadeleye yönelik eylemler, gerektiğinde, insan ticaretinin kadına yönelik şiddetin bir biçimi olarak kabul edildiği³²⁴ anlayışını ya da bir çocuk hakları yaklaşımını yansıtmalıdır.

“Kapsam” başlıklı 2. maddede, Sözleşmenin, insan ticaretinin sınıraşan ya da ulusal nitelikte, suç örgütüyle alakalı olan ya da olmayan her biçimine uygulanacağı öngörülmektedir. Burada, özellikle Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Ek Protokolün sınıraşan nitelikte ve bir örgütlü suç grubunun dahil olduğu suçlarla sınırlı kapsamından daha geniş bir koruma getirildiğinin vurgulanmak istendiği açıktır.

Ayrımcılık yapmama ilkesinin düzenlendiği 3. maddede; bu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında, özellikle mağdurların haklarının korunması ve desteklenmesine ilişkin önlemlerden yararlanılmasında cinsiyet, ırk, renk, din, siyasi veya başka türlü görüş, ulusal ya da sosyal köken, bir ulusal azınlık ile bağlantı,

³²⁴ Kadına karşı şiddetin insan ticaretini de içerdiğini belirten belgeler arasında, diğerlerinin yanısıra; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 30 Nisan 2002 tarihli 794. Oturumunda kabul edilen “Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Üye Devletlere yönelik Rec(2002)5 sayılı Tavsiye Kararı; 4 – 15 Eylül 1995 tarihlerinde Birleşmiş Milletler tarafından Pekin’de düzenlenen Dördüncü Dünya Kadın Konferansının sonunda kabul edilen Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu (par. 113) ve Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılararası Konvansiyon (md. 2) belirtilebilir.

mülkiyet, doğum veya başka bir statü temelinde ayrımcılık yapılması yasaklanmaktadır. Açıklayıcı Rapor'da, ayrımcılığın bu maddedeki anlamının, AİHS'nin 14. Maddesi kapsamında verilen anlamla aynı olduğu belirtilmiştir³²⁵.

(2) Tanımlar

İnsan ticareti, Sözleşmenin 4. maddesinde tanımlanmaktadır. Maddenin (a) bendinde yer alan tanım, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün 3. Maddesinin (a) bendindeki tanımın birebir aynısıdır. Bu tanıma, her iki belgede yer alan istismar teriminin anlamı da dahildir. Sözleşmenin 4. maddesinin (b) bendinden (d) bendine kadar olan kısım da Ek Protokolün 3. maddesinin (b) ila (d) bendi ile aynıdır, diğer bir ifadeyle söz konusu Protokolün 3. maddesinin, bu Sözleşme'ye olduğu gibi dahil edildiği görülmektedir. Sözleşmenin 4. maddesinde İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesinden farklı olarak yalnızca (e) bendinde “mağdur” tanımına yer verilmiştir. Buna göre, mağdur “*bu Sözleşmede tanımlanan insan ticaretine maruz kalan herhangi bir gerçek kişiyi ifade eder*”.

Açıklayıcı Rapor'da; 4. maddedeki tanımın, yeni bilgi teknolojileri kullanılarak yapılan insan ticaretini de kapsadığı belirtilmiştir. Örneğin, tanımda yer alan “tedarik”, - sözlü, basın yolu ile veya internet üzerinden – her türlü araçla tedarik etmeyi içermektedir³²⁶.

Araç fiiller arasında yer alan “kişinin çaresizliğinden yararlanılması” hali, Açıklayıcı Rapor'da; kişinin istismara katlanmak dışında herhangi bir gerçek veya kabul edilebilir bir seçeneğinin olmadığı bir durumun kötüye kullanılması olarak

³²⁵ Açıklayıcı Rapor, par. 63. Raporda, ayrımcılık kavramının AİHM'nin 14. maddeye ilişkin içtihat hukuku ile tutarlı olarak yorumlandığı ve bu içtihadı göre her muamele farklılığı ya da ayırımın, ayrımcılık olmadığı belirtilmiştir. Bu konuda, AİHM'nin, “farklı bir muamele, ancak herhangi bir amacının veya makul gerekçesinin bulunmaması halinde”, diğer bir deyişle, “meşru bir amaç gütmemesi” veya “kullanılan araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmaması” halinde ayrımcı bir muamele olacağını kabul ettiği “Abdulaziz, Cabales ve Balkandali – Birleşik Krallık'a karşı” davasıyla ilgili olarak verdiği 28 Mayıs 1985 tarihli ve 9214/80; 9473/81; 9474/81 başvuru sayılı Kararına atıfta bulunulmuştur (par. 64). Ayrıca her muamele farklılığı veya ayırımın ayrımcılık olmamasından ve ayrımcılık yapmama ilkesinin genel karakterinden ötürü, bu Sözleşmeye bir sınırlama maddesi konulmasının gerekli veya uygun bulunmadığı belirtilmiştir (par. 65).

³²⁶ Açıklayıcı Rapor, par. 79. Bu nedenle, 23.11.2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin (ETS no. 185) uluslararası işbirliğine ilişkin düzenlemelerinin insan ticaretine uygulanabilmesi için ayrıca bir madde eklenmesinin gereksiz bulunduğu belirtilmiştir.

yorumlanmaktadır (par. 83). Buna göre, çaresizlik durumu, fiziksel, psikolojik, duygusal, ailevi, sosyal veya ekonomik nedenlerden kaynaklanabilir³²⁷.

İnsan ticaretinin Sözleşmedeki tanımına göre, kişinin insan ticareti amacı ile istismara uğraması gerekmemektedir. Kişinin, istismar “amacıyla” tanımda belirtilen araçlardan biri kullanılarak yine tanımda yer alan eylemlerden birine maruz bırakılmış olması yeterlidir³²⁸.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde olduğu gibi, İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmede de istismar biçimleri tanımlanmamıştır. Ancak Sözleşme’ye Ek Açıklayıcı Rapor’da zorla çalıştırma ve hizmet ettirme, kölelik gibi kavramların anlamları bakımından çeşitli uluslararası belgelere ve AIHM içtihatlarına atıflar yapılmıştır. Örneğin zorla çalıştırmayla ilgili olarak, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 4’e, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin BM Sözleşmesi md. 8’e, Zorla ve Mecburi Çalıştırmaya İlişkin 1930 tarihli ve 29 sayılı ILO Sözleşmesine, Zorla Çalıştırmannın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1959 tarihli ve 105 sayılı ILO Sözleşmesine ve AIHS’nin 4. maddesine atıfta bulunmaktadır³²⁹. Yine insan ticaretinin tanımında yer alan “kölelik” kavramıyla ilgili olarak, Açıklayıcı Rapor’da, 7 Aralık 1953 tarihli Protokol ile değişik 25 Eylül 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Cenevre Sözleşmesine, 7 Eylül 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurum ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Tamamlayıcı Sözleşmesine ve En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanmasına İlişkin 182 sayılı ILO Sözleşmesine yollama yapılmaktadır³³⁰.

³²⁷ Örneğin, mağdurun idari konumunun hukuka aykırılığı, ekonomik bağımlılığının ve hassas sağlık durumunun güvensizliği bu çaresizlik haline neden olmuş olabilir. Kısacası, bu durumun, bir insanın istismar edilmeyi kabul etmek zorunda kaldığı her türlü güçlük halini ifade edeceği kabul edilmelidir.

³²⁸ Açıklayıcı Rapor, par. 87.

³²⁹ Açıklayıcı Rapor, par. 89-90. AIHS’nin 4. maddesi kaleme alınırken, 29 Haziran 1930 tarihli ve 29 sayılı ILO Sözleşmesinin model alındığı ve bu Sözleşmenin zorla ve mecburi çalıştırmaya ilişkin “herhangi bir ceza tehdidi ile herhangi bir kişiden alınan ve söz konusu kişinin gönüllü olarak sunmadığı her türlü iş ve hizmet” biçimindeki tanımına dayanıldığı belirtilmektedir. Bu noktada, AIHM’nin zorla çalıştırma konusunda “ön rıza” kriterine nispi ağırlık verilmesi ve somut vakanın bütün koşullarını dikkate alan bir yaklaşım benimsediği *Van der Müsselle- Belçika* Kararına dayanılmış ve özellikle bazı durumlarda bir hizmetin “önceden gönüllü olarak kabul edilmiş” olarak muamele göremeyeceğinin kabul edildiği vurgulanmıştır. Bu görüşe göre, kişinin rızası, zorla çalıştırmanın varlığını yok saymak için yeterli değildir ve rızanın geçerliliği vakanın bütün koşulları ışığında değerlendirilmelidir (Van Der Müsselle – Belçika, 23 Kasım 1983 tarihli Karar, Başvuru no. 8919/80, paragraf 36-37).

³³⁰ Açıklayıcı Rapor, par. 93.

(3) *Önleme, İşbirliği ve Diğer Önlemler*

Sözleşmenin III. Bölümünde geniş anlamda insan ticaretinin önlenmesine yönelik çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu bölümde, 5. ve 6. maddelerde “insan ticaretinin önlenmesi” ve “talebin azaltılması” başlıkları altında dar anlamıyla önlemeye yönelik tedbirlere yer verilmiştir. Bunun dışında, diğer önlemler olarak; 7. maddede “sınır önlemleri”, 8. maddede “belgelerin güvenliği ve kontrolü” ve 9. maddede “belgelerin yasallığı ve geçerliliği” konuları düzenlenmiştir.

İnsan ticaretinin önlenmesi kapsamında, 5. maddede; ulusal düzeyde insan ticaretiyle mücadele ve önleme konusunda sorumlulukları bulunan çeşitli birimler arasında eşgüdümün sağlanması ve güçlendirilmesine yönelik önlemlerin alınması ve özellikle olası mağdurlara ve ilgili profesyonellere ilişkin olmak üzere araştırma, bilgilendirme, bilinçlendirme ve eğitim kampanyaları gibi uzun dönemli sosyal ve ekonomik önleme politikalarının geliştirilmesi düzenlenmektedir. Bundan başka, insan ticaretiyle mücadele programlarında, insan haklarına dayalı bir yaklaşımın benimsenmesi, cinsiyet eşitliğini ve çocuk hakları yaklaşımını temel alan politikalar geliştirilmesi gerektiği belirtilmektedir³³¹. 6.maddede, Taraf Devletlerin, cinsel istismar, zorla çalıştırma veya zorla hizmet ettirme, kölelik gibi insan ticaretinin yöneldiği alanlardaki talebe müdahale etmek için eğitim, bilinçlendirme, araştırma gibi çeşitli önlemler almaları gerektiği düzenlenmiştir.

“Sınır önlemleri” başlıklı 7. maddede; ülkeye giriş ve çıkışların yasallığını sağlamak için sınır kontrollerinin mümkün olduğunca güçlendirilmesi, ticari taşıyıcılar tarafından işletilen taşıtların Sözleşmede belirtilen suçların işlenmesi için kullanılmasının önlenmesi³³², sınır kontrol birimleri arasında işbirliğinin desteklenmesi amacıyla gerekli önlemlerin alınacağı öngörülmektedir.

Bu bölümde ayrıca, özellikle sınır aşan insan ticaretinde önemli bir araç olarak kullanılan seyahat ve kimlik belgelerinin kalitesini sağlamak ve bu belgelerin

³³¹ Açıklayıcı Rapor, par. 103-104.

³³² Önlemin türü Tarafların takdirine bırakılmış olmakla birlikte, 7.maddenin üçüncü paragrafında bu amaçla, örneğin ticari taşıyıcıların, yolcuların kabul eden devlet topraklarına girmek için gerekli olan seyahat belgelerine sahip olup olmadıklarını kontrol etmelerinin öngörülebileceği belirtilmektedir.

doğruluğunu ve güvenliğini korumak için Taraf Devletlerin gerekli önlemleri alacaklarından söz edilmektedir (md. 8).

(4) Cinsiyet Eşitliğini Güvence Altına Alarak Mağdurların Haklarını Teşvik Edecek ve Koruyacak Önlemler

Bu bölüm mağdur haklarının korunmasına odaklanmıştır ve Sözleşmenin temel kısımlarından biridir. Burada öncelikle, mağdurların bu bölümde yer alan haklardan yararlanmalarının ve korunmalarının sağlanması için kimlerin mağdur olduğunun doğru şekilde tespitine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Mağdurların tespit edilmesi başlıklı 10.maddede; ulusal makamların genellikle insan ticareti sorunu ile ilgili yeterli bilince sahip olmadıkları gerçeğinden hareketle, Taraflara, yetkili makamlarında insan ticaretinin önlenmesi ve insan ticaretiyle mücadele ve çocuklar dahil mağdurların tespiti ve yardım konusunda eğitimli ve uzman kişilerin görevlendirilmelerini ve bu makamların hem kendi aralarında hem de ilgili destek örgütleri ile işbirliği yapmasını sağlama yükümlülüğü getirilmektedir³³³. Mağdurların tanımlanması, gerçekten de insan ticaretiyle mücadelede ilk ve en önemli basamaklardan birini teşkil etmektedir ve zaman alan bir süreçtir. Çoğu vakada, tacirler, mağdurların kimlik ve seyahat belgelerine el koymakta ve ulusal mercilerin yetkili makamları tarafından mağdurlara yasadışı göçmen, seks işçisi veya kaçak işçi muamelesi yapıldığına, bu kişilerin cezalandırılma veya yardıma ulaşmadan ülkelerine geri gönderilme riskiyle karşı karşıya kaldıklarına rastlanmaktadır. Bu nedenle, bir kişinin mağdur olarak nitelendirilmesi, diğer ülkelerin ya da Tarafların yetkili makamlarıyla veya destekleyici sivil toplum örgütleriyle işbirliği ve bilgi alışverişini gerektirebilmektedir. 10. maddenin ikinci paragrafı bu konuyu düzenlemekte ve bir kişinin insan ticareti mağduru olduğuna dair makul nedenlerin bulunması halinde bu kişinin, Sözleşmede belirtilen suçlardan birinin mağduru olarak tanımlanmasına ilişkin süreç tamamlanmadan ülkeden çıkarılmasını³³⁴ önlemek ve bu

³³³ Açıklayıcı Rapor'da, "Yetkili makam" ile kastedilenin insan ticareti mağdurları ile temasta bulunabilecek polis, çalışma müfettişi, gümrükler, göç mercileri, büyükelçilikler ve konsolosluklar gibi kamu makamları olduğu belirtilmiştir (par. 129).

³³⁴ Açıklayıcı Rapor'a göre; "ülkeden çıkarılma" hem kaynak ülkeye hem de üçüncü bir ülkeye gönderilmeyi ifade eder (par. 133).

kişiyeye 12. maddeye uygun olarak yardım edilmesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir³³⁵.

İnsan ticareti mağdurlarına tanınan haklardan ve koruma önlemlerinden ilki 11.maddede “özel hayatın korunması” başlığı altında düzenlenmiştir³³⁶. Bu kapsamda, mağdurlara ilişkin kişisel verilerin, “Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme”³³⁷ ile uyumlu olarak işlenmeleri ve kullanılmalarnın temin edileceği düzenlenmiştir. Bunun dışında, maddede, çocukların kimliklerinin veya kimliklerini tespote imkan verecek ayrıntıların medya veya diğer araçlarla kamuya açıklanmaması için özel önlemlerin alınması gereğine yer verilmektedir³³⁸.

Madde 12’de, Tarafların insan ticareti mağdurlarına sağlamak zorunda oldukları destek tedbirleri yer almaktadır. Madde 10’a uygun şekilde mağdur olarak tanımlanmış kişiler, 12. maddede belirtilen destek tedbirlerinin tamamına hak kazanırlar. Henüz bu şekilde tanımlanmamış, ancak fiili tanımlama süreci sırasında yetkili makamlar tarafından mağdur olduğuna inanmak için makul nedenler bulunan kişiler ise 12. maddede yer alan önlemlerin tamamından değil, sadece birinci ve ikinci paragrafta belirtilen önlemlerden yararlanabilecektir. 12. maddenin birinci paragrafında, “*a. uygun ve güvenli barınma, psikolojik ve maddi yardım gibi önlemler vasıtasıyla kendilerini*

³³⁵ 10.maddenin devamında, çocuk mağdurlarla ilgili özel koruma önlemlerine yer verilmekte ve bu kapsamda dördüncü paragrafta, özellikle refakatsiz çocuklar için, çocuğun çıkarları yönünde hareket edecek bir kanuni temsilci, örgüt veya makamın çocuğu temsil etmesinin sağlanacağı belirtilmektedir.

³³⁶ Mağdurların özel hayat ve kimliklerinin korunması, hem tacirlerden gelen tehlike nedeni ile hem de mağdurların fiziksel güvenliğinin sağlanması, hem de menşee veya kabul ülkesinde yeniden toplumla bütünleşme şanslarının korunması için (gerek mağdur, gerekse aile için utanma duyguları ve damgalanma riski karşısında) zorunludur (Açıklayıcı Rapor, par. 138).

³³⁷ Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Bireylerin Korunmasına Dair 28.01.1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm> (Erişim tarihi: 01.11.2010). Sözleşme, kişisel verilerin ancak belirli meşru amaçlarla saklanacağını ve bu amaçlarla çelişen hiçbir şekilde kullanılmayacaklarını düzenlemektedir. Söz konusu Sözleşme ayrıca verilerin sahibinin kimliğinin saptanmasına imkan sağlayacak herhangi bir biçimde veya verilerin kaydedildiği ve saklandığı amaçlar için gerekli olan süreden daha uzun bir süre saklanamayacaklarını öngörmektedir (md. 5). Türkiye, bu Sözleşme’yi 28.01.1981 tarihinde imzalamış olmasına karşın, henüz uygun bulunmasına dair kararname kabul edilmemiştir (Sözleşme’yi imzalayan ve onaylayan ülkelerin listesi için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=7&DF=05/04/2011&CL=ENG> (Erişim tarihi: 01.11.2010).

³³⁸ Özel hayatın korunması kapsamında özellikle medyaya yönelik tedbirlerin, ifade özgürlüğüne hukuka aykırı müdahale teşkil etmemesi için AİHS’nin 10. fıkrasına uygun olması ve mağdurların özel hayatlarının ve kimliklerinin korunması özel amacına yönelik olması gerektiği belirtilmektedir (md. 11, paragraf 3).

geçindirmelerini sağlayacak yaşam standartları³³⁹, b. acil sağlık hizmetlerine ulaşma imkanı, c. uygun olan hallerde çeviri hizmeti, d. anladıkları bir dilde, özellikle kanuni haklarına ve yararlanabilecekleri hizmetlere ilişkin olarak danışmanlık ve bilgi verilmesi³⁴⁰, e. cezai takibatın uygun aşamalarında hak ve menfaatlerinin dikkate alınmasının sağlanması amacıyla genel destek verilmesi, f. çocuklar için eğitime erişme hakkı” mağdurlara sağlanacak destek tedbirleri olarak düzenlenmiştir.

12. maddenin ikinci paragrafına göre; Taraflardan her birinin, mağdurların güvenlik ve korunma ihtiyaçlarını usulüne uygun olarak dikkate almaları zorunludur. Bu ihtiyaçlar, mağdurların içinde buldukları duruma göre farklılık gösterebilir ve yaş, cinsiyet, maruz kalınan istismarın türü, şiddetin türü ve derecesi, maddi kaynaklar gibi özelliklerden kaynaklanabilir³⁴¹. Madde 13’te yer verilen “iyileşme ve düşünme” süresi boyunca yararlanılabilecek haklar yukarıda açıklanan ilk iki paragrafta belirtilenlerdir.

12. maddenin diğer fıkralarında belirtilen haklar ise; Taraf Devlette yasal olarak ikamet etmekte olan ve yardıma ihtiyaç duyan mağdurlara tıbbi³⁴² ve diğer desteklerin sağlanması, iş olanaklarına, mesleki eğitime ve öğretime erişme imkanı tanınması olarak belirtilebilir.

³³⁹ Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda, uygun barınmanın türünün, mağdurun kişisel koşullarına göre değiştiği belirtilmiştir. Raporla, insan ticareti söz konusu olduğunda özel olarak korunan sığınma merkezlerinin bilhassa uygun ve çeşitli ülkelerde hali hazırda sağlanmış bulunduğu bilgisine yer verilmiştir. Personeli, insan ticareti mağdurlarına destek konuları ile uğraşmakta olan yetkin kişilerden oluşan bu tür sığınakların, insan ticareti mağdurlarını 24 saat aralıksız olarak misafir edecek ve acil durumlara yanıt verebilecek nitelikte olmaları gerektiği belirtilmektedir. Bu tür sığınakların amacının, mağdurlara, kendilerini güvende hissedebilecekleri bir ortam sunarak, yardım ve istikrar sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca mağdurların adreslerinin, güvenlik nedeniyle gizli tutulması ve dışarıdan gelenler tarafından yapılan ziyaretlere ilişkin katı kurallar konulması gibi tedbirlerin önemine işaret edilmektedir (par. 154). Bunun dışında, maddi destek ile yine 12. maddenin birinci fıkrasında belirtilen mali yardımın birbirinden farklı olduğunun altı çizilmektedir. Buna göre maddi destek, mağdurlara geçim araçları sunulmasını ifade etmektedir ve para şeklinde olmayıp (yiyecek, içecek yardımı gibi) aynı yardım şeklinde de sunulabilmektedir (par. 156). Bu konuyla ilgili olarak, Türkiye’de bu amaçla tahsis edilmiş iki adet sığınma evinin bulunduğu belirtilmelidir. Bunlardan biri Ankara’da Kadın Dayanışma Vakfı tarafından, diğeri ise İstanbul’da İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı tarafından işletilmektedir (Türkiye’de İnsan ..., s.. 88).

³⁴⁰ Açıklayıcı Rapor’da, (d) bendinde belirtilen bilginin, koruma ve destek düzenlemelerinin varlığı, mağdurun sahip olduğu çeşitli seçenekler, girdiği riskler, söz konusu Taraf ülkenin topraklarında bulunmalarını yasallaştırmak için gerekenler, yasal tazminatın çeşitli muhtemel biçimleri, ceza hukuku sisteminin nasıl işlediği gibi konularda verildiği belirtilmiştir (par. 160).

³⁴¹ Açıklayıcı Rapor, par. 164.

³⁴² Burada belirtilen tıbbi destek, birinci paragrafın (a) bendinde belirtilen acil tıbbi bakım imkanından daha geniştir ve örneğin mağdura hamileliği sırasında veya HIV/AIDS ile ilgili olarak destek sağlanmasını içerebilir (Açıklayıcı Rapor, par. 165).

12. maddede sağlanan destek tedbirleri, yine aynı maddenin altıncı paragrafına göre; mağdurun, soruşturma ve cezai takibatlarla ilgili olarak yetkili makamlarla işbirliği yapmayı kabul etmesi şartına bağlı tutulmamalıdır. Bununla birlikte, 14. maddede, mağdura ikamet izni verilmesinin, yetkili makamlarla işbirliği yapılması koşuluna bağlanmasına izin verildiğinin altı çizilmelidir. Ancak, 12. maddede sağlanması öngörülen destek tedbirleri ile 14. maddedeki ikamet izni farklı hak kategorilerini ifade ettiklerinden bu konuda bir çelişki olmadığını düşünmekteyiz.

Madde 13'te, Taraflardan birinin topraklarında yasadışı olarak bulunan veya kısa süreli yasal ikamet iznine sahip olan mağdurlara uygulanacak "iyileşme ve düşünme süresi" düzenlenmiştir. Tarafların iç hukuklarında en az 30 gün olarak düzenlemeleri öngörülen bu süre zarfında mağdurlar, ilgili Taraf Devletin topraklarından çıkarılmayacaktır. Bu sürenin ilk amacı, mağdurların iyileşmelerine ve insan tacirlerinin etkilerinden kurtulmalarına imkan tanımaktır. Diğer amacı ise, mağdurun "yetkili makamlarla işbirliği" konusunda bir karara varmasına imkan tanımaktır.

"İkamet izni" başlığını taşıyan 14. maddede; mağdurun kişisel durumunun ülke topraklarında bulunmaya devam etmesini gerektirdiği ya da soruşturma veya kovuşturma sırasında yetkili makamlarla işbirliği yapması amacıyla gerekli olduğu, ya da bu iki koşulun bir arada bulunduğu değerlendirilmesi halinde insan ticareti mağdurlarına yenilenebilir ikamet izinleri düzenlenmesi şart koşulmaktadır.

"Tazminat ve adli yardım" başlıklı 15. maddede, mağdurlara anlayacakları bir dilde ilgili adli ve idari usuller hakkında bilgiye ulaşmalarının yanısıra, iç hukuk kurallarına uygun olarak ücretsiz yasal yardım³⁴³ ve destek hakkı ile insan tacirlerine karşı tazminat hakkı sağlanmasını düzenlemektedir.

Bu bölümde yer alan diğer hükümler, Taraf Devletlerin, mağdurların vatandaşı olduğu veya daimi ikamet hakkına sahip olduğu Taraf Devlete geri gönderilmesi usulü

³⁴³ Açıklayıcı Rapor'da, bu hükmün mağdurlara yasal yardım hakkını otomatik olarak vermediğini, Taraf Devletlerden her birinin bu tür bir yardımı almak için gerekli koşullara karar verecekleri belirtilmiştir. Ayrıca, bu konuda Sözleşmenin 15. maddesinin yanısıra, AİHS'nin 6. maddesinin de dikkate alınacağını altı çizilmektedir. AİHM içtihadına göre, sadece ceza takibatlarında resmen atanan bir avukat tarafından ücretsiz yardım sağlanmasına ilişkin AİHS'nin 6/3 (c) maddesinden başka, 6. maddenin birinci fıkrası, özel hukuk konularında da ücretsiz yardım hakkını tanıyacak şekilde yorumlanmaktadır (9 Ekim 1979 tarihli Airey-İrlanda Kararı, Başvuru no. 6289/73) (Açıklayıcı Rapor, par. 196).

ve koşullarına ilişkin yükümlükleri düzenleyen 16. madde ile, bu bölümde yer alan hakların uygulanmasında, geliştirilmesinde ve değerlendirilmesinde cinsiyet eşitliği teşvik etme zorunluluğuna ilişkin 17. maddedir.

(5) Maddi Ceza Hukuku

Sözleşmenin dördüncü bölümü “maddi ceza hukuku” başlığını taşımakta ve dokuz maddeden oluşmaktadır. Madde 18, 19 ve 20, bazı hareketlerin suç olarak kabul edilmesine iliřkindir³⁴⁴. 18. maddede, Sözleşmenin 4. maddesinde tanımlanan hareketlerin kasten gerçekleştirilmeleri halinde suç olarak düzenlenmesi için, Taraf Devletlerce gerekli yasal ve diğer tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir. Bu madde, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolündeki suç haline getirmeye ilişkin 5. maddesinin 1. fıkrası ile aynıdır. Ancak Sözleşmenin 19 ve 20. maddelerinde, sözü geçen Protokolden tamamen farklı hareketlere yer verilerek, insan ticaretiyle bağlantılı diğer bazı eylemlerin de cezalandırılması esası kabul edilmiştir.

19. maddenin başlığı, “Bir mağdurun hizmetlerinden yararlanmanın suç haline getirilmesi” biçimindedir. Bu hüküm uyarınca, Taraflar, bir kimsenin, insan ticareti mağduru olduğunu bildiği kişinin Sözleşmenin 4. maddesinin (a) bendinde belirtilen istismarın konusu olan hizmetlerinden kasten yararlanmasını suç olarak düzenlemeyi mtalaat etmek zorundadır. Bu hükümün Sözleşme’ye eklenmesindeki ilk nedenin, insan ticaretine yönelik talebi azaltma isteği olduğu belirtilmiřtir³⁴⁵. 18. madde doğrudan insan tacirlerini cezalandırmaya yönelirken, bu maddenin hedefi istismarın konusu olan hizmetlerden yararlanan mřterilerdir³⁴⁶. Çünkü bu kişiler, söz konusu hizmetleri satın alarak mağdurun istismar edilmesinde rol oynamaktadır. Bununla birlikte, bu kişilerin

³⁴⁴ Açıklayıcı Rapor’da, Sözleşmeyi kaleme alanların, insan ticareti suçundan elde edilen gelirlerin aklanmasını bu bölümde yer alan suçlar arasına yerleştirip yerleştirmeme konusunu mtalaat ettikleri ancak Sözleşmeye böyle bir madde eklememeye karar verdikleri belirtilmiştir. Bunun yerine, “Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, Müsaderesi ve Hacine İlişkin Sözleşme” (141 sayılı ve 9 Kasım 1990 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi) gibi, para aklama suçunun birden çok alanı ile ilgili olarak işbirliği yapılmasına değinen yasal bir belgede daha iyi ele alınacağı görüşü kabul edilmiştir (par. 218). Nitekim 16 Mayıs 2005 tarihli “Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zaptı ve El Konulmasına ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”, 9. maddede Sözleşme Ekine yapılan atıfla, suç gelirlerinin aklanması suçunun n suçları arasına insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçlarını da almıştır (Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/198.htm#ANX> (Erişim tarihi:02.11.2010)).

³⁴⁵ Açıklayıcı Rapor, par. 230.

³⁴⁶ Açıklayıcı Rapor, par. 231.

filinin ceza hukuku alanına dahil edilmesi çok büyük bir yeniliktir ve bu nedenle Sözleşmenin diğer düzenlemelerinden farklı olarak, 19. maddeyle Devletlere kesin bir yükümlülük yüklenmemiş, Taraflar, ilgili tedbiri bağlayıcı bir hüküm haline getirmeksizin almaya teşvik edilmiştir.

Bu hüküm uyarınca, örneğin insan tacirleri tarafından tedarik edilen insan ticaretine maruz kalmış işçileri kasten kullanan bir işyeri sahibinin, bir seks işçisinin insan ticaretine maruz kaldığını bilen bir müşterinin veya bir organ elde etmek üzere bir tacirin hizmetlerinden yararlanan kişinin cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır³⁴⁷. Ancak, bu hallerde bir cezai sorumluluktan bahsedebilmek için hizmetlerinden yararlanan “kişinin insan ticareti mağduru olduğunun bilinmesi” zorunludur. Bu bilginin ispatlanması ise çoğu halde zorluk yaratabilir. Açıklayıcı Rapor’da, ispar sorununun, bazen failin kastının – masumiyet karinesi ilkesine zarar vermeksizin – fiili durumdan çıkarsanması suretiyle aşılabileceği belirtilmiştir (par. 235).

Sözleşmenin suç haline getirilmesini öngördüğü diğer bir grup hareket ise 20. maddede “Seyahat veya kimlik belgelerine ilişkin eylemlerin suç olarak tanımlanması” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin amacı, seyahat veya kimlik belgelerine ilişkin bazı eylemlerin, insan ticaretine imkan sağlamak üzere yapıldıkları takdirde, suç olarak muamele görmelerini sağlamaktır, çünkü bu tür belgeler, sınıraşan insan ticaretinin önemli araçlarıdır. 20. maddeye göre; “*insan ticaretine imkan sağlamak amacıyla ve kasten (a) sahte kimlik veya seyahat belgesi düzenlenmesi, (b) bu tür belgelerin tedarik veya temin edilmesi ve (c) bir kimsenin seyahat veya kimlik belgesinin alıkonulması, ortadan kaldırılması, saklanması, zarara uğratılması veya imha edilmesi hareketlerinin suç haline getirilmesi için, Taraf Devletler gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır.*”. Maddenin, (a) ve (b) bentlerinin kaleme alınmasında, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 6(1) maddesi örnek alınmıştır³⁴⁸.

³⁴⁷ Açıklayıcı Rapor, par. 232.

³⁴⁸ Açıklayıcı Rapor, par. 238. Aynı Protokolün 3(c) maddesinde, “sahte seyahat veya kimlik belgeleri”; “(i) Seyahat veya kimlik belgesini bir devlet adına yapmaya veya düzenlemeye kanunen yetkili bir kişi veya kurum dışında, herhangi bir kişi tarafından herhangi bir şekilde maddi olarak sahte bir biçimde yapılmış veya değiştirilmiş ya da, (ii) Usulüne uyulmadan çıkarılmış veya aldatma, yolsuzluk veya baskı yoluyla veya yasadışı başka bir biçimde elde edilmiş ya da, (iii) Gerçek hamili dışında bir kişi tarafından kullanılan, herhangi bir seyahat veya kimlik belgesi” olarak tanımlanmıştır.

21. madde uyarınca, Taraf Devletlerden, Sözleşmenin 18. ve 20. maddelerinde belirtilen suçlardan herhangi birinin işlenmesine yardım etmeyi veya işlenmesini azmettirmeyi suç olarak tesis etmeleri ve yine 18. maddede ve 20. maddenin (a) bendinde belirtilen suçlara teşebbüsü cezalandırmaları istenmektedir. 19. maddedeki “bir mağdurun hizmetlerinden yararlanma” suçuna yardım etme veya azmettirme suretiyle iştirakın Sözleşmede düzenlenmediğine ve yine bu suça teşebbüsün de dışarıda bırakıldığına dikkat edilmelidir. Açıklayıcı Rapor’da, söz konusu suça yardım etme veya azmettirmenin suç haline getirilmesinin kavramsal olarak mümkün olmaması gerekçesiyle bu önerinin reddedildiği belirtilmiştir. Aynı şekilde, bu suça teşebbüsü düzenlemenin de kavramsal güçlüklerle yol açacağı ileri sürülmüştür³⁴⁹. Bizce, bu konudaki çekimsiz tavır, teknik kaygılardan değil, insan ticareti suçunda “müşterinin cezalandırılması” yönünde atılan ilk adımda çok fazla ileri gitmemek ve deyim yerindeyse, “çoğu talep ederek, azdan da olmamak” düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Tüzel kişilerin sorumluluğu Sözleşmenin 22. maddesinde düzenlenmiştir. Amaç, ticari şirketleri, dernekleri ve benzeri hukuki kuruluşları, kendi adlarına yönetici pozisyonunda bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerden sorumlu tutmaktır³⁵⁰. Maddenin birinci paragrafı uyarınca tüzel kişinin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için tüzel kişi bünyesinde yönetici pozisyonunda bulunan kişinin Sözleşmede tanımlanmış bulunan suçlardan birini (yardım ve azmettirme dahil), tüzel kişi yararına işlemiş olması gerekir. Yönetici konumunda bulunan bu kişinin ancak tüzel kişiyi temsil etme, tüzel kişi adına karar verme veya tüzel kişi bünyesinde denetim yapma yetkisine sahip olması halinde, tüzel kişinin sorumlu tutulması mümkün olacaktır (par. 1). 22. maddede ayrıca, yönetici konumundaki kişilerin, tüzel kişinin çalışanlarını veya temsilcilerini denetlememesi veya kontrol etmemesi nedeni ile bu kişilere Sözleşmede belirtilen suçlardan herhangi birini işleme imkanı verilmesi durumunda da sorumluluğun öngörüüleceği belirtilmiştir (par. 2). Maddenin üçüncü paragrafına göre, tüzel kişinin sorumluluğu, cezai, hukuki veya idari olabilecektir.

23. maddede, Tarafların 18 ila 20. maddede suç olarak düzenlenmesi gereken eylemlerin ağırlığı ile orantılı, etkili ve caydırıcı müeyyideler ve tedbirler getirmeleri

³⁴⁹ Açıklayıcı Rapor, 244 ve 245. paragraflar.

³⁵⁰ Açıklayıcı Rapor, par. 247.

gerektiği belirtilmektedir. 24. madde ise, Sözleşmenin 18. maddesinde düzenlenen suçların cezaları saptanırken bazı hallerin ağırlaştırıcı neden olarak ele alınmasının sağlanmasını şart koşturmaktadır. Bu haller; insan ticareti suçunun kasten veya ağır ihmal sonucunda mağdurun hayatını tehlikeye sokmuş olması, suçun bir çocuğa karşı işlenmiş olması, suçun bir kamu görevlisi tarafından görevini yerine getirirken işlenmiş olması ve suçun bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olmasıdır³⁵¹.

Bu bölümde son olarak 26. madde üzerinde durmak gereklidir. Bu hüküm, Taraf Devletlerin, iç hukuk sistemlerinin temel ilkelerine uygun olarak, mağdurların, hukuka aykırı faaliyetlere katılmaları zorlamadan kaynaklandığı takdirde, bu katılımlarından dolayı cezalandırılmama imkanının öngörülmesinin sağlanmasını talep etmektedir. Zorlama koşulunun, Sözleşmenin 4. maddesinde belirtilen araç fiillerden herhangi birine maruz kalmış olma şeklinde anlaşılması gerektiği Açıklayıcı Rapor'da belirtilmiştir (par. 273)

(6) Soruşturma, kovuşturma ve usul hukuku

Sözleşmenin V. Bölümünde, Taraf Devletlerin ceza yargılaması usullerinin, insan ticareti mağdurlarını korumak ve insan tacirlerinin kovuşturulmasına yardımcı olmak amaçlarıyla uyarlanmasına yönelik hükümlere yer verilmiştir.

27. maddede, bu Sözleşmede düzenlenen suçların soruşturulmasında ve kovuşturulmasında, Taraf Devletlerin yetkili makamlarınca, en azından suç kısmen ve tamamen kendi topraklarında işlendiğinde, re'sen harekete geçme ilkesinin kabul edilmesi; mağdurun şikayetini ikamet ettiği ülkedeki yetkili makamlara sunmasına imkan sağlanması, cezai işlemler sırasında STK'lar ve diğer derneklerin de katkısıyla mağdura yardım edilmesinin veya destekte bulunulmasının sağlanması yükümlülükleri öngörülmektedir.

28. maddede, mağdurların, tanıkların ve adli makamlarla işbirliği yapanların korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Mağdurların yanında, 28. maddenin birinci paragrafının (b) bendinde, "*bu Sözleşmenin 18. Maddesinde belirlenen suçları*

³⁵¹ Açıklayıcı Rapor'da, suç örgütünün tanımı bakımından, yukarıda İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ele alınırken yer verilen, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler (Palermo) Sözleşmesinin 2(a) maddesinden yararlanılabileceği belirtilmiştir (par. 264).

ihbar edenler veya soruşturma veya kovuşturma makamları ile sair şekilde iş birliği yapanlar” ve (c) bendinde, yine 18. madde kapsamındaki insan ticareti suçlarına ilişkin ceza takipleri hakkında tanıklık eden kişiler ve son olarak (d) bendinde gerekli hallerde mağdurların ve tanıkların aile üyeleri koruma kapsamında alınmıştır. Bu kişilerin koruma kapsamına alınması için mevcut bir tehlike olmasına gerek yoktur. 28. maddede, olası gözdağı veya korkutma hallerine karşı çeşitli koruma tedbirleri öngörülmüştür³⁵².

Sözleşmenin 29. Maddesinin başlığı “yargılama işlemleri” olmakla birlikte, bu hüküm daha ziyade Tarafların, yargılama işlemlerini, mağdurların gizliliğini korumak ve güvenliklerini sağlamak üzere uyumlaştırılmalarını düzenlemektedir. Burada özellikle, savunma hakkı ile mağdurların ve tanıkların korunması değerlerinin çatışması karşısında, Taraf Devletlerin, AİHS’nin 6. maddesini de dikkate almak suretiyle gerekli yasal ve diğer tedbirleri alacakları vurgulanmıştır.

(7) Uluslararası işbirliği ve sivil toplumla işbirliği

Aynı başlığı taşıyan VI. Bölüm, Sözleşmenin Tarafları arasındaki uluslararası işbirliğine ilişkin hükümleri belirlemektedir. Cezai alanda adli işbirliğine ilişkin olarak, Avrupa Konseyi’nin halihazırda standart belirleyici çeşitli belgeleri bulunmaktadır. Cezai alanda uluslararası işbirliğine ilişkin olarak Sözleşmenin benimsediği genel ilke; bu bölümde (VI. Bölüm) yer alan hükümlerin karşılıklı yasal yardımlaşma ve suçluların iadesine ilişkin ilgili bu gibi uluslararası veya bölgesel belgelerin hükümlerini, bu belgelere ilişkin olarak Taraflar arasındaki karşılıklı düzenlemeleri ve uluslararası işbirliğine ilişkin ilgili iç hukuk hükümlerini iptal etmemesi ve bunların yerini almamasıdır³⁵³.

³⁵² Sözleşmenin 28. maddesinin birinci paragrafında genel olarak uygun ve etkili koruma tedbirlerinden bahsedilirken, ikinci paragrafta örnek kabilinden fiziksel koruma, yer değiştirme, kimlik değişikliği ve iş bulma konusunda yardım sağlama tedbirlerine yer verilmiştir. Açıklayıcı Rapor’da, 28. maddedeki düzenlemenin kaleme alınmasında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tanıklara Gözdağı Verilmesine ve Savunma Haklarına İlişkin Üye Devletlere R(97)13 sayılı Tavsiye Kararından esinlendiği belirtilmiştir (par. 282). Bu bakımdan Sözleşmede belirtilmeyen koruma tedbirleri ve diğer konularda bu Tavsiye Kararındaki düzenlemelerin esas alınması uygun olacaktır.

³⁵³ Açıklayıcı Rapor, par. 343. Rapor, bu alandaki ilgili uluslararası belgeler arasında; “Suçluların İadesine İlişkin 13 Aralık 1957 tarihli ve 24 sayılı Avrupa Sözleşmesi”, “Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardıma İlişkin 20 Nisan 1959 tarihli ve 30 sayılı Avrupa Sözleşmesi ve Protokolleri”, “Suç Gelirlerinin Aklanmasına, Araştırılmasına, Müsaderesine ve Hazine İlişkin 9 Kasım 1990 tarihli ve 141 sayılı Avrupa Sözleşmesi” sayılmaktadır. Ayrıca Avrupa Birliği Üyesi Devletlerle ilgili olarak “Avrupa Tutuklama Emri ve Üye Devletler Arasında Teslim İşlemlerine İlişkin 13 Haziran 2002 tarihli ve 2002/584/JHA sayılı Konsey Çerçeve Kararı” da konuyla alakalı bir diğer belge olarak belirtilmiştir.

Uluslararası işbirliğine ilişkin genel ilkeler ve tedbirleri düzenleyen 32. madde, işbirliği yükümlülüğünün genel kısmını içermektedir. İşbirliği, insan ticaretinin önlenmesini ve insan ticareti ile mücadeleyi, mağdurların korunmasını ve mağdurlara destek sağlanmasını, bu Sözleşme uyarınca ihdas edilen suçlara ilişkin soruşturma ve yargılamayı içermelidir.

(8) İzleme mekanizması

VII. Bölümde, Sözleşmenin Taraf Devletlerce etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla bir izleme sisteminin kurulması düzenlenmiştir. Bu bölüm, İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmeyi, konuyla ilgili mevcut diğer hukuki belgelerden ayıran en önemli özelliğini teşkil etmekle şüphesiz Sözleşmenin temel unsurlarından bir tanesidir.

Getirilen sisteme göre, Sözleşmenin Taraf Devletlerce uygulanmasını izlemekle görevli, dört yıl için seçilen en az 10, en fazla 15 üyeden oluşan İnsan Ticaretine Karşı Uzmanlar Grubu (GRETA)³⁵⁴ kurulması öngörülmektedir (md.36). GRETA'nın Sözleşmeye Taraf Devletlerin vatandaşı olan üyeleri atanırken coğrafi eşitliğin ve cinsiyet eşitliğinin yanısıra çok disiplinli bir uzmanlığın³⁵⁵ da sağlanması gerektiği 36. maddenin ikinci fıkrasında vurgulanmaktadır.

GRETA üyeleri, 37. maddede düzenlenen "Taraflar Komitesi" tarafından seçilecektir. Taraflar Komitesi, Sözleşmeye taraf olan Avrupa Konseyi Üye Devletlerinin Bakanlar Komitesindeki temsilcilerinden ve Avrupa Konseyi Üyesi olmayan Taraf Devlet temsilcilerinden oluşmaktadır (md.37(1)).

İzleme usulü Sözleşmenin 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; değerlendirme usulü dönemlere bölünecek ve her bir dönemin başında izlemenin üzerinde odaklanacağı hükümler GRETA tarafından seçilecektir. GRETA, değerlendirme yapmak üzere gibi en uygun araçları belirleyecektir. Örneğin, bir anketin cevaplanması veya sair bilgi talebi suretiyle bunun yapılması mümkündür. GRETA, sivil

³⁵⁴ Group of experts on action against trafficking in human beings. Bu uzmanlar grubu Sözleşmede kısaca "GRETA" olarak adlandırılmaktadır. Bu çalışmanın devamında da ilgili organa yapılan atıflarda aynı kısaltma kullanılacaktır.

³⁵⁵ 36. maddenin üçüncü paragrafının (a) bendinde üyelerin; insan hakları, mağdurlara destek ve koruma sağlanması ve insan ticaretiyle mücadele alanlarında uzmanlaşmış ve Sözleşmenin kapsadığı alanlarda mesleki deneyime sahip kişiler olacağı öngörülmektedir.

toplumdan da bilgi talep edebilecektir. Bundan başka, Taraf ülkelerden daha fazla bilgi alınması amacıyla gerekli durumlarda ülke ziyaretleri düzenlenebilecektir. GRETA, izlemenin sonucunda, değerlendirmenin dayanağını teşkil eden hükümlerin uygulanması ile ilgili incelemelerini ve tespit edilen sorunlar konusunda ilgili Taraf Devletçe neler yapılabileceğine ilişkin öneri ve tekliflerini içeren bir Taslak Rapor hazırlayacak ve bu Rapor, ilgili Taraf Devletin yorumları ile birlikte yayımlanacaktır. Yayımlanan Rapor ve sonuçlar, söz konusu Tarafa ve Taraflar Komitesine aynı zamanda gönderilecektir. Kabul edilir edilmez kamunun bilgisine sunulacak olan GRETA Raporları, Taraflar Komitesi tarafından değiştirilemez veya düzeltilemez.

İnsan Ticaretine Karşı Sözleşmede yukarıda belirtilen bölümlerden başka “Diğer uluslararası belgeler ile ilişki” başlığını taşıyan VIII. Bölümden kısaca söz etmek gereklidir. Burada özellikle, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolle ilişkiyi düzenleyen 39. maddenin üzerinde durmak gereklidir. Buna göre; Sözleşme, Ek Protokolden doğan haklar ve yükümlülükleri etkilememelidir. Sözleşmenin amacı, bu belgenin sağladığı korumanın güçlendirilmesi ve içerdiği standartların geliştirilmesidir.

3. Avrupa Birliği

İnsan ticaretiyle mücadele konusunda AB, 1990’lı yıllardan itibaren çeşitli STÖ’lerle birlikte bir takım girişimlerde bulunarak bu olguya karşı eyleme geçmiştir³⁵⁶. AB’nin insan ticareti konusundaki faaliyetlerinin dayanağı olarak, öncelikle topluluk hukuku bakımından birinci veya temel hukuku oluşturan kaynaklar arasında yer alan³⁵⁷ Maastricht Anlaşması’ndan (Avrupa Topluluğu Antlaşması-ATA) söz etmek gereklidir. ATA’nın “Ceza alanında adli ve polisiye işbirliği başlıklı” VI. faslında, doğrudan doğruya ceza alanında işbirliği temelinde bir yapılanma öngörülmektedir³⁵⁸, bunun aracı ise polisiye ve adli makamlar arasında sıkı bir işbirliği yapılması ve gerektiğinde üye ülkelerin ceza hukuku kurallarının birbirine yakınlaştırılması olarak belirtilmektedir (ATA, md. 29). ATA’nın Amsterdam Anlaşması ile değişik 29. maddesinde, işbirliği yapılacak alanlar organize olsun ya olmasın bütün suçlar ile mücadele olarak

³⁵⁶ OBOKATA, Tom, “EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: A Critical Appraisal”, *Common Market Law Review*, Vol. 40, 2003, s. 917.

³⁵⁷ KOCASAKAL, Avrupa Birliği ..., s. 30.

³⁵⁸ İbid., s. 52.

belirtilmekle birlikte, bazı suçlar özel olarak sayılarak, bu alanlarda yoğunlaşılması iradesi ortaya konulmuştur³⁵⁹. Bunlar; terörizm, insan ticareti, çocuklara karşı işlenen suçlar, yasadışı uyuşturucu madde ticareti, silah kaçakçılığı, rüşvet ve yolsuzluk olarak belirtilmiştir. Böylece, insan ticaretinin ATA ile açıkça, ceza alanında adli ve polisiye işbirliği kapsamında öncelik verilen konular arasında öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Bu amaca ulaşılması için, AB'nin çeşitli organları ve kurumları tarafından üye ülkelere yönelik olarak yönergeler ve kararların kabul edildiği, çözüm önerilerinin ortaya konulduğu, tebliğlerin çıkarıldığı ve ortak eylem planlarının hazırlandığı görülmektedir. Aşağıda, bu konuda tek tek organlar bazında gerçekleştirilen önemli faaliyetler ana hatları ile ele alınacaktır. Ancak öncelikle, bu faaliyetlerin içeriğini oluşturan işlemlerin topluluk hukukunun kaynakları arasındaki yerlerine ve bunların üye ülkeler açısından doğurdıkları hukuki sonuçlara ilişkin temel bazı açıklamalarda bulunmanın gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

İkincil veya türev hukuk kaynakları arasında kabul edilen yönergeler (diréctive) ve kararlar (décision), bağlayıcı etkisi olan işlemlerdir³⁶⁰. Bu bakımdan, insan ticaretine ilişkin olarak özellikle AB Konseyi tarafından kabul edilen yönerge ve çerçeve kararların, bir yasama faaliyetini ifade ettikleri ve üye ülkeler yönünden bunlara uyulmasının zorunlu olduğu belirtilmelidir.

KOCASAKAL'a göre, Topluluk kurumlarının uygulamaları ile ortaya çıkan "atipik" ve "isimsiz" işlemler arasında sayılan çözüm önerileri (résolution), eylem planları (plan d'action) ve Komisyon tarafından ortaya konulan "tebliğ"lerin (communication)³⁶¹ bağlayıcılıkları konusunda, topluluk hukukunun kaynakları arasında herhangi bir tespite rastlamak mümkün değilse de, bunların belirli bir alanda belirli bir biçimde hareket edilmesi yönünde siyasi iradeyi yansıttıkları ve Topluluğun faaliyetleri bakımından çeşitli önerileri içerdikleri kabul edilmektedir.

³⁵⁹ İbid.

³⁶⁰ İbid., s. 32 vd.

³⁶¹ İbid., s. 36.

a) Avrupa Parlamentosu

Topluluk sisteminin oluşumundan bu yana etkisi artan bir kurum olan Avrupa Parlamentosunun yetkileri arasında siyasi denetim ve Topluluk ile ilgili kararların alınması bulunmaktadır³⁶². Siyasi denetim kapsamında özellikle Komisyon ve Konsey arasında paylaşılan yürütme gücünün denetimi önemli bir yere sahiptir³⁶³.

AB Parlamentosu tarafından, kadına karşı şiddet, kadın ticareti, başkalarının fuhsunun sömürülmesi ve insan ticareti konularında daha ziyade kadınların fuhuş amaçlı ticaretine odaklanan çok sayıda çözüm önerisi kabul edilmiştir³⁶⁴. Doğrudan insan ticareti ile ilgili olarak ise, ilk olarak, Parlatentonun, İnsan Hakları ve İçişleri Komitesi'nin girişimiyle gündeme aldığı ve kabul ettiği İnsan Ticaretine İlişkin 18 Ocak 1996 tarihli Çözüm Önerisi'nden söz etmek gereklidir³⁶⁵. Bu Çözüm Önerisi, insan ticaretinin “üçüncü bir ülkenin vatandaşı olan bir kişiyi kandırmak, diğer zorlama biçimlerine başvurmak veya çaresizliğinden ya da idari durumundan yararlanmak suretiyle istismar etmek amacıyla bir başka ülkeye girmeye veya orada kalmaya teşvik eden kimsenin yasadışı fiili” olarak tanımlandığı bir belge olması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir³⁶⁶.

Aralık 1997'de Parlamento, cinsel istismar maksatlı kadın ticareti konusundaki tebliğinde sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi için bir görev gücü kurulması konusunda Komisyona çağrıda bulunmuş, STOP ve DAPHNE programlarına ayrılan kaynakların yetersizliği konusunda ısrar etmiştir. Ayrıca, kurulması planlanan Avrupa Bilgi

³⁶² KOCASAKAL, Avrupa Birliği ..., s. 20, 21.

³⁶³ İbid., s. 21.

³⁶⁴ CARMEN, s. 25; VERMEULEN, Gert, “Section III: International Trafficking in Women and Children, General Report”, *Revue International de Droit Pénal*, 2001/3-4, Vol. 72, s. 862. Bunlar arasında özellikle Başkasının Fuhsunun Sömürülmesi ve İnsan Ticaretine İlişkin 14 Nisan 1989 tarihli (EU-OJ C 120, 16.5.1989, s. 352) ve Kadınların Ticaretine İlişkin 16 Eylül 1993 tarihli Kararlar (EU-OJ C 268, 4.10.1993, s. 141) belirtilebilir.

³⁶⁵ Resolution on Trafficking in Human Beings, A4-0326/95 (EU-OJ C 032 , 05.02.1996, s. 88).

³⁶⁶ OBOKATA, Tom, *Trafficking of Human Beings From a Human Rights Perspective*, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 88, dñn. 15. Burada, ayrıca, artık işlevsiz ve etkisiz hale gelmiş 1949 tarihli Sözleşmenin yerini almak üzere yeni bir uluslararası belgenin hazırlanması üzerinde durulmakta, üye ülkeler yasalarında insan ticaretini açıkça cezalandıran hükümlere yer vermeye davet edilmekte, kaynak ülkelerde ve hedef ülkelerde önleme amaçlı düzenlemelerin yapılması istenmektedir (CARMEN, s. 25).

Sisteminin (EIS) kapsamını, insan ticaretine karşı mücadeleyi de içerecek şekilde genişletilmesi için Konseye bir çağrıda bulunulmuştur³⁶⁷.

Parlamento, yine insan ticaretine ilişkin olarak kabul ettiği 16 Aralık 1997 tarihli Çözüm Önerisi ile, insan ticareti mağdurlarının rızalarına aykırı olarak çalıştırıldıkları işyerlerinin kapatılması, sahte pasaportlara ve diğer seyahat belgelerine el konulması ve belirli faaliyetlerde bulunmanın yasaklanması gibi etkili cezaların önemine vurgu yapmıştır³⁶⁸.

Son olarak, Parlamento tarafından 10 Şubat 2010 tarihinde İnsan Ticaretinin Önlenmesi konulu Çözüm Önerisi kabul edilmiştir³⁶⁹. Bu Çözüm Önerisinde, Parlamento; Konsey ve Komisyonu, bu alandaki AB eylemlerini ve politikasının eşgüdümünü sağlayacak ve Parlamento'ya ve İç Güvenlik Konusunda Operasyonel İşbirliği Komitesi'ne (Standing Committee on Operational Cooperation on Internal Security) rapor sunacak bir AB İnsan Ticaretiyle Mücadele Koordinatörlüğü kurulması için çağrıda bulunmuştur. Ayrıca, üye ülkelerden ve Komisyondan, insan ticareti alanında, gelecekte bir yasal düzenleme hazırlığı yapıldığı takdirde belirli konuların özellikle dikkate alınması istenmiştir. Bunlar arasında; tüzel kişiler de dahil olmak üzere, insan ticaretinden çıkar sağlayanlar için, suçun ağırlığını yansıtan ve caydırıcı nitelikteki cezalar ve yaptırımların öngörülmesi, özellikle çocukların mağdur olduğu hallerin çok ağır şekilde cezalandırılması; önleme etkisi bakımından, insan ticareti mağdurlarının sağladığı hizmetlerden yararlanan kişiler üzerinde daha fazla durulması, mağdurların istismara razı olmasının hiçbir değerinin olmaması ve mağdurların korunmalarına daha fazla odaklanması ve gibi konular yer almaktadır.

b) Avrupa Birliği Konseyi

Birliğin temel karar alma organı olan Avrupa Birliği Konseyi'nin en önemli yetkilerinden biri, tüzük ve yönergeler kabul etmek suretiyle sahip olduğu "yasama yetkisi"dir³⁷⁰. Özellikle Amsterdam Anlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, AB

³⁶⁷ İbid.

³⁶⁸ VERMEULEN, s. 863.

³⁶⁹ European Parliament Resolution on preventing trafficking in human beings (P7-TA(2010)0018), EU-OJ C 341E, 16.12.2010, s.18–25.

³⁷⁰ KOCASAKAL, Avrupa Birliği ..., s. 15, 16.

Konseyi, ceza alanında polisiye ve adli işbirliğine ilişkin hükümler kapsamında, ulusal mevzuatları yakınlaştırma amacıyla çerçeve karar kabul edilmesi konusunda ek bir yetkiyle donatılmıştır. Nitekim Konsey, bu yetkisini kullanarak insan ticareti konusunda önemli bir girişimde bulunmuş ve aşağıda ele alınacak olan 2002 tarihli Çerçeve Kararı kabul etmiştir³⁷¹. Konseyin, Çerçeve Karar dışında da insan ticareti ile mücadele amacıyla gerek yasal düzenlemeler gerekse çeşitli girişimler aracılığıyla gerçekleştirdiği pek çok faaliyet bulunmaktadır. Bu kısımda, özellikle AB mevzuatı bakımından önem taşıyan bir takım yasal düzenlemeler ele alınacaktır.

26-27 Eylül 1996 tarihlerinde Dublin’de gerçekleştirilen Adalet ve İçişleri Konseyi toplantısında Belçika’nın başlattığı girişimle, AB Konseyi tarafından, 24 Şubat 1997 tarihinde, insan ticareti ve çocukların cinsel istismarı ile mücadeleye ilişkin bir Ortak Eylem Planı kabul edilmiştir³⁷². Ortak Eylem Planı’na göre; üye ülkeler, cinsel istismar çerçevesinde, çocuk ticaretinin ve çocuk istismarının ve aynı davranış, çıkar amacıyla ve kuvvet kullanma, aldatma, nüfuzun kötüye kullanılması veya başka biçimde baskı uygulanmak suretiyle, kişinin söz konusu baskıya ya da istismara boyun eğmek dışında gerçek ve kabul edilebilir başka bir seçeneğinin bulunmamasına yol açacak şekilde yetişkinlere karşı gerçekleştirildiğinde bunun da cezalandırılmasını sağlamak zorundadır. Kadınların yanısıra erkekleri de korumayı amaçlayan Ortak Eylem Planının kapsamı yalnızca kişilerin cinsel istismarı ile sınırlanmıştır. Yetişkin mağdurlar yönünden cezalandırmanın koşulu, kuvvet kullanma, hileye başvurma ya da nüfuzun kötüye kullanılması koşulu bulunduğundan, göçmen kaçakçılığı ortak eylemde ele alınmamıştır. Yetişkinler söz konusu olduğunda, “ticaret” tanımında “çıkar maksadı” esaslı bir unsur teşkil ettiğinden, Ortak Eylem, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolden daha sınırlayıcı bir belgedir³⁷³.

Ortak Eylem Planı’nın cinsel istismar ile sınırlanmış olması nedeniyle, bu belgenin özellikle iş gücü istismarının gerçekleştiği diğer sektörlere uygulanabilmesi mümkün değildi. Aralık 2000’de, AB Komisyonu, 1997 tarihli Ortak Eylem Planını güncellemek amacıyla insan ticareti ve çocukların cinsel istismarı ile çocuk pornografisi

³⁷¹ OBOKATA, EU Council Framework Decision ..., s. 917.

³⁷² EU OJ L 63, 24.02.1997, s. 2 (VERMEULEN, s. 863)

³⁷³ İbid.

konularında Konsey tarafından kabul edilmesi için iki ayrı Çerçeve Karar Taslağı sunmuştur³⁷⁴. Nihayet Konsey tarafından 2002 yılında kabul edilen Çerçeve Kararda cinsel istismarın yanında iş gücü istismarı da ele alınmıştır³⁷⁵. 19 Temmuz 2002 tarihli Çerçeve Karar, AB Konseyi'nin insan ticareti konusunda kabul ettiği en önemli belgelerden biridir. Çerçeve Kararda, işgücü ve cinsel istismar amaçlarına bağlı insan ticareti ayrı ayrı tanımlanmaktadır. Çerçeve Kararın 1. maddesinde işgücünün istismarı maksatlı insan ticareti; “Bir kişinin; zorlama, güç kullanma veya tehdit yahut kaçırma, hile veya aldatmaya, nüfuzun kötüye kullanılmasına veya kişinin bu istismara boyun eğmek dışında gerçek ve kabul edilebilir bir seçeneğinin bulunmadığı çaresizlik halinden yararlanılmasına ya da, kişi üzerinde otorite sahibi olan bir başkasına rızasını elde etmek üzere para veya başka bir menfaat teklif edilmesine veya kabul edilmesine bağlı olarak, kişinin, asgari olarak zorla çalıştırılması veya hizmet ettirilmesi, köleliğe veya kölelik benzeri uygulamalara ya da esarete tabi kılınması da dahil çalışmasının veya hizmetlerinin sömürülmesi maksadıyla tedarik edilmesi, nakledilmesi, devredilmesi, üzerindeki denetim yetkisinin de el değiştirmesi³⁷⁶, barındırılması ve sonradan kabul edilmesi” olarak tanımlanmıştır.

Cinsel sömürü amaçlı insan ticareti bakımından ise, yine 1. maddede, yukarıda belirtilen tanımın aynısı, işgücünün istismarının yerine, “fuhşun sömürülmesi ve pornografik gösteri yahut pornografik materyal üretimi dahil, cinsel istismarın diğer biçimlerinin gerçekleştirilmesi” maksadı getirilerek kabul edilmiştir.

1. maddenin devamında, mağdurun rızası, mağdurun çocuk olması halinde sayılan araçlara başvurulmuş olmasına gerek olmaması, teşebbüs ve iştirak gibi konularda

³⁷⁴ Ibid., s. 864.

³⁷⁵ Décision cadre 2002/629/JAI, EU-JO L 203, 01.08.2002.

³⁷⁶ Belçika Parlamentosunda Ceza Kanununda değişiklik yapan 2005 tarihli yasa tasarısının görüşmeleri sırasında, Çerçeve Karar ele alınırken, AB Konseyi'nin, kişi üzerindeki denetimin el değiştirmesi ile kastetmek istediğinin, kişinin onu istismar eden bir kişi tarafından, yine istismarı gerçekleştirecek başka bir kişiye “satılması” olduğu belirtilmiştir. Böylece, üye ülkeleri, kişinin istismar maksadıyla tedarik edilmesi, nakledilmesi, kabul edilmesi ve barındırılmasının yanında, istismar maksadı ile bir işyerine veya bir kimseye “satılması” fiilini de, ayrıca cezalandırmaya zorladığı ileri sürülerek, bundan böyle kişi tedarik edilmiş, nakledilmiş, kabul edilmiş veya barındırılmış olmasa dahi, Çerçeve Karar uyarınca, “satma” fiilinin müstakil olarak cezalandırılabilceğini ve insan ticareti suçunun bir unsuru olduğu kabul edilmiştir. Kararda, açıkça “satma” hareketine yer verilmemesinin, AB üyesi ülkelerin tamamında şahsın, ticaret konusu olamayacağı prensibinden hareketle hukuki bir gerekçesi bulunduğu belirtilmiştir (Doc. Parl., Belgique, Chambre, Session 2004-2005, no 1560/001, Doc 51, s. 18, <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/51/1560/51K1560001.pdf>) (Erişim tarihi: 8.12.2008).

Palermo Sözleşmesine Ek Protokol'deki düzenleme ile aynı esasların benimsendiği görülmektedir.

Suçun yaptırımının düzenlendiği üçüncü maddede bir takım hallerin, ağırlaştırıcı nedenler olarak öngörülmesi ve karşılığında öngörülecek hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı en az 8 yıl olması gerektiği belirtilmektedir. Bu haller arasında; suçun, mağdurun hayatını kasten veya ağır taksirle tehlikeye koymuş olması, özel olarak savunmasız durumdaki bir mağdura karşı işlenmiş olması, mağdura ağır şiddet uygulanmış veya mağdura ciddi bir zarar verilmiş olması ve bir suç örgütüne işlenmiş olması sayılmıştır.

Çerçeve Kararda, özellikle tüzel kişilerin cezai sorumluluğu için de ayrıntılı hükümler öngörülmüştür. 1. ve 2. maddede öngörülen suçlar, herhangi bir kişi tarafından tüzel kişi lehine işlenmesi halinde, üye ülkelerin tüzel kişinin sorumluluğunu kabul edecekleri belirtilmiştir (md.4). Bu bağlamda tüzel kişiler için etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımların uygulanması gereğine işaret edilerek; cezai veya idari nitelikte para cezası, kamusal bir yardım veya ayrıcalıktan yararlanamama, ticari faaliyetten geçici veya sürekli olarak men, adli gözetim, fesih, suç işlemek için kullanılan tesislerin geçici veya sürekli olarak kapatılması gibi yaptırımlar öngörülmüştür.

İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolü'nün 3. maddesindeki tanımın, AB Konseyi'nin 2002 tarihli Çerçeve Kararına bir temel oluşturduğu, ancak iki belgede yer alan tanımlar arasında farklılıkların bulunduğu da görülmektedir. Özellikle, Çerçeve Kararda organların alınması maksadına yer verilmediği dikkati çekmektedir. Kararın bunun dışındaki bölümlerinin hem içerik hem de kaleme alınışı bakımından, üye ülkeleri, ulusal mevzuatlarını ceza hukuku alanında AB düzeyindeki düzenlemelere uygun hale getirmeye zorlayan, hukuki anlamda bağlayıcı bir belge olmasının da etkisiyle, Protokole göre daha açık olduğu belirtilmelidir³⁷⁷.

Son olarak, Çerçeve Karar ile Ek Protokol arasındaki bir başka farklılığa değinmek gereklidir. İnsan Ticaretine İlişkin Protokol, Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin bir eki olarak, insan ticaretini; mağdurların korunmaları, yardım ve geri gönderme konularının yanısıra önleme, işbirliği, sınır önlemleri ve belgelerin

³⁷⁷ Report of the Experts Group on THB, s. 130.

güvenliği gibi sorunları da içerecek şekilde geniş bir kapsamda ele almaktadır. Oysa, AB Konseyi Çerçeve Kararı, AB'nin ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanındaki yasal düzenlemelerini teşkil etmekte ve bu nedenle kapsamını bu alanlarla sınırlamaktadır³⁷⁸.

Bundan başka İnsan Ticareti, Özellikle Kadın Ticareti ile Mücadeleye Yönelik Girişimler Hakkında Konseyin 20 Ekim 2003 tarihli Çözüm Önerisinden kısaca söz edilmelidir³⁷⁹. Bu belgede, üye ülkelere; başta İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol olmak üzere insan ticaretiyle ilgili uluslararası sözleşmeleri ve diğer belgeleri onaylamaları ve uygulamaları, insan ticareti sorunuyla ilgilenmek üzere ulusal raportörler tayin etmeleri, konuyla ilgili STÖ'lerle birlikte çalışarak gerekli eylemlerde bulunmaları, önleme, mağdurların korunması konularında sınır ötesi ve uluslararası işbirliğini yoğunlaştırmak amacıyla kampanyalar düzenlenmesi gibi somut önlemlerden yana kararlılıklarını ortaya koymaları konusunda çağrıda bulunmuştur. Ayrıca, Komisyondan, yetkili ulusal makamlardan gelen bilgilerin hızlı ve düzenli bir şekilde toplanması sağlanarak, güncellenmiş bir veri tabanının oluşturulması amacıyla, bir insan ticareti takip sistemi kurmak için gerekli tedbirleri alması istenmiştir.

AB Konseyi tarafından yakın zamanda yapılan çok önemli bir yasal düzenlemeyi de, Yetkili Makamlarla İşbirliği Yapan İnsan Ticareti Mağduru veya Yasadışı Göçün Kolaylaştırılması Faaliyetine Konu Olan Üçüncü Ülke Vatandaşlarına İkamet İzni Verilmesi Hakkında 2004/81EC sayılı ve 29 Nisan 2004 tarihli Konsey Direktifi teşkil etmektedir³⁸⁰.

Direktifin 2. maddesinde; “üçüncü ülke vatandaşı” , “insan ticareti”, “ikamet izni” gibi kavramlar tanımlanmaktadır³⁸¹. Üçüncü ülke vatandaşı, Birlik vatandaşı

³⁷⁸ İbid.

³⁷⁹ Résolution du Conseil relative à des initiatives destinées à lutter contre la traite des êtres humains et en particulier des femmes (2003/C 260/03), EU-OJ C 260, 29.10.2003, s. 4-5.

³⁸⁰ Council of the European Union Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to thirdcountry nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities, EU-OJ L 261, 6.08.2004, s. 19.

³⁸¹ 2. maddenin (b) bendinde, “Yasadışı göçü kolaylaştıran faaliyet” bakımından (Üye Ülkelere)Yasadışı Girişin, Transit Geçişin ve Kalışın Kolaylaştırılmasını Tanımlayan 2002/90/EC sayılı ve 28 Kasım 2002 tarihli Konsey Direktifi'nin 1. ve 2. maddelerine atıfta bulunmaktadır (bkz. EU-OJ L 328, 5.12.2002, s. 17).

olmayan kişiyi ifade ederken, insan ticareti bakımından 2002 tarihli AB Konseyi Çerçeve Kararındaki tanıma atıfta bulunmaktadır.

8. madde ile, üye ülkelere, kanun uygulayıcı makamlarla işbirliği yapma iradesini açıkça ortaya koymuş ve tacirlerle bağlantılarını kesmiş olan insan ticareti mağdurlarına asgari altı aylık bir süre için ikamet izni verilmesi zorunluluğu getirilmektedir. 6. ve 7. maddelere göre, mağdurun ülkeden çıkarılma endişesi olmaksızın işbirliği yapıp yapmamaya karar vermesi için, uzunluğu ve başlama anı ulusal mevzuatlarca tespit edilecek olan bir “düşünme” süresi öngörülmekte ve bu süre boyunca, mağdura temel sağlık ve danışma hizmeti sağlanmaktadır. Direktifin girişinde, bu belgenin, mülteciler veya sığınma talebinde bulunan kişiler bakımından herhangi bir ayırım veya önyargı içermediği belirtilmektedir³⁸².

Konsey tarafından, 2005 yılında insan ticaretini önlemek ve mücadele amacıyla en iyi uygulamalar, normlar ve usullere ilişkin AB Eylem Planı kabul edilmiştir³⁸³. Bu Eylem Planına hakim olan ilkeler arasında; AB'nin ve üye ülkelerin, hangi istismar maksadına yönelirse yönelsin, insan ticaretini önleme ve bu suçla mücadele konusundaki kararlılığını güçlendirmek, suçun mağdurlarına destek olmak ve onları yeniden topluma kazandırmak sayılırken, insan ticaretiyle etkili bir mücadelenin, ancak insan haklarına saygı temelinde bütünleşik bir yaklaşım geliştirilmesi ve olgunun küresel niteliğinin dikkate alınması ile mümkün olduğu belirtilmiştir.

c) AB Komisyonu

Topluluklarını çıkarlarını koruyan ve üye ülkeler arasındaki bütünleşmenin devinimini sağlayan organ olarak AB Komisyonu'nun yetki alanlarından biri de bir dizi alanda antlaşmaları ve topluluk işlemlerini yürütmek ve uygulamaktır. Bu çerçevede Komisyon kendi yetki alanında veya Konsey tarafından kendisine verilen yetki

³⁸² Par. 5. Ayrıca, yine giriş bölümünde; ikamet izni verilen ilgili üçüncü ülke vatandaşlarının bağımsızlık elde edebilmeleri ve suç ağına geri dönmeleri için, bu Direktifte belirtilen koşullar altında çalışma, mesleki eğitim ve öğretim alma imkanlarının yaratılması gerektiği belirtilmektedir (par. 16)

³⁸³ Plan de l'EU concernant les meilleures pratiques, norms et procedures pour prévenir et combattre la traite des êtres humains (2005/C 311/01), EU-OJ C 311, 09.12.2005, s. 1-12.

dairesinde çeşitli ortak politikaları hayata geçirmekte, Birlik içinde adeta bir yürütme organı işlevi görmektedir³⁸⁴.

Komisyunun çalışmaları arasında ilk olarak, cinsel istismar maksadıyla kadın ticaretiyle mücadele konusunu; mağdurlara destek verilmesi, örgütlü suçlulukla mücadele ve kadınların tedarik edildiği ülkelerde önleme amaçlı tedbirler açısından ele alan 20 Kasım 1996 tarihli tebliğin kabulü belirtilmelidir. Bu tebliğe uygun olarak, DAPHNE girişimi altında kadın ve çocuklara karşı şiddet konulu projelere 25 milyon Avro civarından bir kaynak ayrılmıştır. Daha sonra Kasım 1998’de, Komisyon tarafından yine kadın ticareti konulu bir tebliğ kabul edilmiştir³⁸⁵.

Ayrıca Komisyonun, Konsey tarafından kabul edilen, 29 Kasım 1996 tarih ve 96/700/JHA sayılı Ortak Eylem Planı doğrultusunda kurulan ve kısaca STOP (I) olarak adlandırılan, “insan ticareti ve çocukların cinsel istismarıyla mücadeleden sorumlu kişiler için teşvik ve değişim Programı” ndan söz edilmelidir³⁸⁶. Komisyon, söz konusu Ortak Eylem Planının ve dolayısıyla STOP Programının içeriğindeki tedbirlerin uygulanmasından sorumlu tutulmuştur. Programın amacı, insan ticareti ve çocukların cinsel istismarının yanısıra, çocukların kaybolması ve telekomünikasyon araçlarının belirtilen suçların işlenmesi amacıyla kullanılması konularında eşgüdümlü girişimlerin gerçekleştirilmesidir³⁸⁷. Program; eğitim, disiplinlerarası toplantılar ve seminlerler, değişim ve mesleki eğitim programları, çalışmalar ve araştırmalar ve bilgi dağıtım alanlarında tedbirler içermektedir. 2000 yılının sonunda süresi sona eren STOP (I) Programının devamını sağlamak amacıyla 28 Haziran 2001 tarihli bir Konsey Kararı ile, ikinci aşamayı oluşturan STOP II Programı kabul edilmiştir³⁸⁸.

³⁸⁴ KOCASAKAL, Avrupa Birliği ..., s. 17-19.

³⁸⁵ CARMEN, s. 26.

³⁸⁶ EU-OJ L 322, 12.12.1996, s. 7-10.

³⁸⁷ Söz konusu Ortak Eylem Planında, insan ticareti ve çocukların cinsel istismarıyla mücadeleden sorumlu kişiler ile; ilgili alanda görev yapan ve sorumluluk sahibi olan yargıçların, savcılarının, kolluk birimlerinin, göç, sınır denetimleri, iş ve vergi mevzuatıyla ilgilenen, bu olgunun önlenmesi ve mücadelesi, mağdurlara yardım konularında çalışan sivil görevlilerin ve kamu görevlilerinin kastedildiği belirtilmiştir.

³⁸⁸ Décision du Conseil, du 28 juin 2001, établissant une seconde phase du programme d'encouragement, d'échanges, de formation et de coopération destiné aux personnes responsables de l'action contre la traite des êtres humains et de l'exploitation sexuelle des enfants, EU-OJ L 186, 07.07.2001, s. 7-10.

25 Mart 2003'te Komisyon, İnsan Ticareti Uzmanlar Grubu olarak adlandırılacak olan bir danışma grubu kurulması yönündeki Kararı kabul etmiştir³⁸⁹. Uzmanlar grubu Eylül 2003'te göreve başlamış ve insan ticareti konusundaki araştırmalarına ve gözlemlerine dayanan ayrıntılı raporlar hazırlamıştır. Daha sonra, Komisyonun, Grubun yapısı ve çalışma usullerine ilişkin bir takım değişiklikler içeren 2007/675/CE sayılı Kararı ile yeni bir Uzmanlar Grubu kurulmuştur³⁹⁰.

d) 10 Mart 1995 tarihli Europol Sözleşmesi

Amsterdam Antlaşması ile değiştirilmeden önceki ABA'nın, üçüncü sütununu teşkil eden Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliğine ilişkin hükümler arasında yer alan K.3 maddesine³⁹¹ dayanılarak meydana getirilen Avrupa Polis Ofisinin Kurulması Hakkında Sözleşme (Europol Sözleşmesi) 26 Temmuz 1995 tarihinde imzalanmış, AB üyesi ülkelerin ulusal parlamentolarında onaylanmasını takiben ancak Temmuz 1999'da yürürlüğe girerek faaliyet göstermeye başlamıştır³⁹².

Europol, suçlular, suçlar ve soruşturmalara ilgili bağlantıları ortaya çıkartmak üzere bölgesel/ulusal polis güçlerinden istihbarat toplamak amacıyla bir dağıtım merkezi olarak kurulmuştur. Bu kapsamda, Europol'ün operasyonel gücünün, yalnızca ağır uluslararası suçlarla sınırlandırılması çerçevesinde bilgi toplamak ve bu bilginin analizini yapmak olarak tespit edilmesi son derece önem arz etmektedir.

Sözleşmenin 2. maddesinde Europol'ün amacının; *“Avrupa Birliği Anlaşması'nın K.1(9). maddesine uygun olarak, Üye Devletler arasında işbirliği çerçevesinde, terörizmin, yasadışı uyuşturucu ticaretinin ve diğer ağır uluslararası suçların önlenmesi ve bu suçlarla mücadelede Üye ülkelerdeki yetkili makamların etkinliğini ve aralarındaki işbirliğini bu Sözleşmede öngörülen tedbirler aracılığıyla*

³⁸⁹ Décision de la Commission du 25 mars 2003 portant création d'un groupe consultatif dénommé "Groupe d'experts sur la traite des êtres humains" (2003/209/CE), EU-OJ L 79, 26.3.2003, s. 25-27.

³⁹⁰ Décision de la Commission du 17 octobre 2007 portant création du Groupe d'experts sur la traite des êtres humains, EU-OJ L 277, 20.10.2007, s. 29-32.

³⁹¹ Eski K.3 maddesinin ikinci fıkrasına göre; Konsey, herhangi bir üye ülkenin girişimi üzerine, cezai konularda adli işbirliği, gümrük konusunda işbirliği ve terörizm, yasadışı uyuşturucu ticareti ve diğer ağır uluslararası suçların önlenmesi ve bunlarla mücadele edilmesi amacıyla polisiye işbirliği alanlarında, üye ülkelere kendi anayasal gereklerine uygun olarak kabul etmelerini tavsiye edeceği antlaşmalar meydana getirebilir.

³⁹² <http://www.ena.lu/> (Erişim tarihi: 29.12.2010).

iyileştirmek” olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci paragrafında bu amaca ulaşmak için, Europol’ün öncelikle bir takım suçları önlemek ve bunlarla mücadele etmek için harekete geçmesi gerektiği belirtilerek bu suçlar sayılmıştır. Bunlar arasında göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti de bulunmaktadır. Sözleşmenin Ekinde, insan ticareti; *“fuhşun istismarı, çocuklara karşı cinsel şiddet veya cinsel istismarın çeşitli biçimleri ya da terkedilmiş çocukların ticareti maksatlarıyla bir kişinin, şiddet, tehdit, nüfuzun kötüye kullanılması veya hile yoluyla bir başkasının gerçek ve hukuka aykırı hakimiyetine sokulması”* olarak tanımlanmıştır.

Her ne kadar, insan ticaretinin bir aracılık faaliyet olması yer verilmemiş ve istismar biçimleri özellikle reşit mağdurlar bakımından yalnızca fuhşun sömürülmesi ile sınırlanmış olsa da, insan ticareti konusundaki ilk tanımlardan birinin bu Sözleşmede öngörülmüş olduğu belirtilmelidir.

e) AB Temel Haklar Şartı

AB tarihinde ilk kez Avrupa vatandaşlarının ve Birlik sınırları içerisinde yaşayan herkesin medeni, siyasi, ekonomik ve sosyal haklarının tamamının bir tek belgede düzenlenmesini ifade eden Avrupa Temel Haklar Şartı, AB Parlamentosu, Komisyonu ve Konseyi Başkanlarınca söz konusu kurumlar adına 7 Aralık 2000 tarihinde Nice’te imzalanmıştır³⁹³. Temel Haklar Şartı, ATA’ya dahil edilmediği ve bir bildiri şeklinde ilan edildiği için, hukuki bir bağlayıcılığı bulunmadığı ve yalnızca Birlik hukuk düzeninde uygulanacağı, üye ülkelerin doğrudan kendi yetkilerine dahil olan alanları kapsamadığı kabul edilmektedir³⁹⁴.

Şartın 1. maddesinde insan onurunun ihlal edilemez olduğu, saygı gösterilmesi ve korunması gerektiği belirtilmiştir. Şartın Açıklaması’nda, insan onurunun başlı başına

³⁹³ Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne (2000/C 364/01), EU-OJ C 364, 18.12.2000, s. 1-22.

³⁹⁴ KOCASAKAL, Avrupa Birliği ..., s. 88, 89.

bir temel hak teşkil etmediği, ancak temel hakların gerçek temelini oluşturduğu belirtilmiştir³⁹⁵.

3. maddede “kişi bütünlüğü hakkı” düzenlenmiş ve maddenin ikinci paragrafında, tıp ve biyoloji alanlarında, diğerlerinin yanında, özellikle insan bedeninin ve beden parçalarının ticari bir kazanç kaynağı haline getirilmesinin yasaklanmasına saygı gösterilmesi gerektiği öngörülmüştür.

Temel Haklar Şartının 4. maddesi, insan hakları konusundaki diğer sözleşmelere paralel olarak işkence ve insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya ceza yasağına yer verilmiştir.

Şartın “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” başlıklı 5. maddesinde hiç kimsenin kul veya köle olarak tutulamayacağı belirtildikten sonra, zorla veya zorunlu çalıştırmanın yanısıra, üçüncü paragrafta “insan ticareti” yasaklanmıştır. Klasik yaklaşım, temel hakları düzenleyen bir belgede kölelik ve zorla çalıştırmayı yasaklamak suretiyle dolaylı olarak, buna aykırı bir uygulama olan insan ticaretinin de yasakladığını kabul yönünde iken, bu fiilin aynı başlık altında açıkça yasak kapsamına alınması ilk kez bu belge ile gerçekleşmiştir. Böylece, AB, insan ticaretiyle mücadele ve bu fiili bir insan hakları yaklaşımı içerisinde ele almak konusundaki kararlılığını çok kesin bir biçimde ortaya koymuştur.

Şartın Açıklamalarında, üçüncü paragrafın düzenlenmesinin, insan onuruna saygının bir sonucu olduğu ve bu konuda örgütlü suçluluk konusundaki güncel verilerin dikkate alındığı belirtilmiştir³⁹⁶. Ayrıca, insan ticaretinin tanımı bakımından Europol Sözleşmesinin Ekine atıfta bulunulmuştur. Bundan başka, bugün göçmen kaçakçılığı suçu olarak kabul edilen fiillerin cezalandırılmasına ilişkin olarak, Topluluk hukukuna dahil edilen Schengen Antlaşmasının VI. Bölümünde düzenlenen 27. maddenin birinci paragrafına atıfta bulunulmuştur. Bu atıf, göçmen kaçakçılığı teşkil eden fiillerin de Şartın 5. maddesinin üçüncü paragrafı kapsamında kabul edilmesi yönünde bir iradenin

³⁹⁵ Explications relatifs à la Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne, Projet de Charte des des droits fondamentaux de l’Union Européenne, CHARTE 4473/1/00 REV 1, s. 3 (bkz. http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_fr.pdf) (Erişim tarihi:22.01.2011).

³⁹⁶ Explications relatifs à la Charte ..., s. 7.

ortaya konulduğu biçiminde bir yorumu beraberinde getirebilecektir. Oysa, yukarıda belirttiğimiz üzere, bu ikisi, nitelikleri ve sonuçları itibariyle birbirinden tamamen ayrı faaliyetleri ifade etmektedir ve bu nedenle de söz konusu atıf yersizdir.

Son olarak, Temel Haklar Şartının “Çocuk işçi çalıştırmanın yasaklanması ve çalışan gençlerin korunması” başlıklı 32. maddesinden söz edilmelidir. Bu maddede çocuk işçi çalıştırılması yasaklanarak, işe alınan gençlerin, yaşlarına uygun çalışma koşullarında çalıştırılmaları ve ekonomik istismara veya sağlıklarına, fiziksel, ruhsal, ahlaki veya sosyal gelişimlerine zarar verebilecek veya eğitimlerini engelleyebilecek her türlü çalışmaya karşı korunmaları gerektiği belirtilmiştir.

4. Uluslararası ve Bölgesel İnsan Hakları Sözleşmeleri

a) Genel Olarak

Bu bölümde, bazı temel haklar kapsamında, bireylerin, insan ticareti teşkil eden fiillere karşı korunması yönünden “dolaylı” bir etkiye sahip olan temel bir takım insan hakları sözleşmelerine yer verilecektir. Bu Sözleşmeler arasında yer alan, AİHS hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarının çok önemli bir rol oynaması nedeniyle, bu Sözleşme’nin, Mahkeme kararlarıyla birlikte ayrı bir başlık altında ele alınmasına karar verilmiştir.

BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - AİHS) ve Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’dir.

b) BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi

10 Aralık 1948 tarihli BM Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin³⁹⁷, 4. maddesinde, hiç kimsenin kölelik veya kulluk altında bulundurulamayacağı belirtilerek, kölelik ve köle ticaretinin her türlü biçimi yasaklanmıştır. 4. maddenin “zorla çalıştırma” konusunda açık bir düzenleme içermemesi dikkat çekicidir. Bununla birlikte, bu belgenin kabul edilmesi sırasında yapılan tartışmalara bakıldığında, zorla çalıştırmanın bir “kulluk” biçimi olarak değerlendirildiği açıkça anlaşılmaktadır³⁹⁸. İşkence yasağının güvence altına alındığı 5. maddede ise, “hiç kimseye işkence yapılamayacağı, zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamayacağı ve ceza verilemeyeceği” düzenlenmiştir.

BM tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilip 23.3.1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ni, Türkiye 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır³⁹⁹. Sözleşmenin 7. maddesinde “Hiç kimsenin işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamayacağı” belirtilmiştir. 8. maddede ise kölelik yasağı düzenlenmiştir. Buna göre; “hiç kimse köle olarak tutulamaz; her türlü kölelik ve köle ticareti yasaktır”. Maddenin ikinci paragrafında, “kulluk” (servitude) ayrıca yasaklanmış, üçüncü paragrafta ise zorla veya zorunlu çalıştırma yasağına yer verilmiştir. Zorla veya zorunlu çalıştırma yasağının istisnaları ise; “(i) Bir mahkemenin hukuka uygun bir kararının sonucu olarak hapsedilen bir kimseden veya böyle bir hapislikten şartla salıverilmiş bir kimseden şartla tahliye süre için normal olarak istenen ve b) bendi kapsamına girmeyen bir iş veya hizmet; (ii) Askeri nitelikteki bir hizmet ve inanç nedeniyle askerlik hizmetine katılmama hakkının tanındığı ülkelerde vicdani retçilerden hukuken yerine getirmeleri istenen bir kamu hizmeti; (iii) Toplumun yaşamını veya iyiliğini tehdit eden olağanüstü

³⁹⁷ Türkiye tarafından 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 17 Mayıs 1949 tarihli ve 7217 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

³⁹⁸ Doc. des Nations Unies E/CN.4/SR.53(1948)'den aktaran: Abolir l'esclavage ..., s. 14).

³⁹⁹ Sözleşme 4.6.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanunla onaylanarak 21.07.2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

bir durum veya felaket halinde yapılması emredilen bir hizmet; (iv) Normal vatandaşlık yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturan bir iş veya hizmet” olarak sayılmıştır.

Yine BM'nin kabul ettiği bir belge olan 16 Aralık 1966 tarihli “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁴⁰⁰, 6. maddesinde, çalışma hakkını; “her insanın özgürce seçtiği ya da kabul ettiği bir iş ile hayatını kazanma imkanını elde etmesi hakkı” olarak tanımlamaktadır. Bu Belgenin 5, 7 ve 8. maddelerinde, örneğin adil bir maaşın ödenmesi, yapılan işin değerine eşit bir ücretin ödenmesi ve sendikalar kurmak ve bunlara katılma hakkı gibi Taraf Devletlerin korumakla yükümlü olduğu haklar ve çalışma koşulları sıralanmıştır.

20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi'nde⁴⁰¹ (ÇHS) çocuğun⁴⁰² bakımına ve gelişimine yönelik hakların yanısıra, bir takım uygulamalara karşı korunmasına yönelik düzenlemeler de bulunmaktadır. Bu kapsamda, Sözleşmenin 19. maddesinde; Taraf Devletlerin, çocuğun, ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmale, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alacakları belirtilmiştir. Burada kastedilen koruyucu önlemlerin içeriği maddenin ikinci fıkrasında öngörülmüştür⁴⁰³.

ÇHS'nin 21. maddesi özellikle yasadışı evlat edinme maksadıyla çocuk ticareti bakımından Taraf Devletler için önemli bir yükümlülük içermektedir. Maddenin (d) bendine göre; ülkeler arası evlat edinmede, yerleştirmenin ilgililer bakımından yasadışı para kazanma konusu olmaması için gereken bütün önlemlerin alınması gereklidir.

⁴⁰⁰ Türkiye, Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. 04.06.2003 tarih ve 4867 sayılı Kanunla uygun bulunarak, 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴⁰¹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 11.12.1994 tarih ve 22138 sayılı Kanun ile kabul edilerek, 27.01.1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁰² Sözleşmenin 1. maddesinde; “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılacağı*” öngörülmüştür.

⁴⁰³ İkinci fıkraya göre bu önlemler; Sözleşmede “*tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir*”.

32. maddede, özellikle çocuğun işgücü istismarından korunması amacıyla, *“ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkı”* kabul edilmiştir⁴⁰⁴.

Özellikle çocukların cinsel istismar maksatlı ticaretiyle ilgili olarak ÇHS'nin 34. maddesindeki düzenleme önemlidir. Burada, Taraf Devletlerin, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verecekleri ve bu amaçla özellikle; çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını; çocukların fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulması ya da pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemelerde kullanılarak istismar edilmesini; önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alacakları belirtilmektedir.

Sözleşmede doğrudan çocuk ticaretiyle ilgili olan hüküm 35. maddede yer almaktadır. Bu maddede; Taraf Devletlerin, *“her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alacakları”* düzenlenmiştir. Burada, çocukların *“her ne nedenle olursa olsun”, “kaçırılmaları”* ve *“satılmaları”* denilmek suretiyle, her türlü istismar maksadını içeren çocuk ticaretinin de dahil olduğu çok geniş bir faaliyet alanı kastedilmektedir. Bu madde kapsamında istismara fuhuş yaptırma, pornografik gösterilerde yer alma veya pornografik materyallerinde üretiminde kullanılma, çalıştırmanın gireceği konusunda şüphe yoktur.

Son olarak, Sözleşmenin 39. maddesinde, yukarıda sayılan uygulamalardan dolayı mağdur olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemlerin alınması konusunda Taraf Devletler bakımından bir yükümlülüğün öngörüldüğü belirtilmelidir.

⁴⁰⁴ Maddenin ikinci fıkrasında Taraf Devletlerin, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alacakları öngörülerek, bu önlemlerden bazıları açıkça belirtilmiştir. Bunlar, işe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırının tespit edilmesi, çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemelerin yapılması, bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımların öngörülmesidir.

c) AİHS

20 Mart 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1952 tarihinde yürürlüğe giren AİHS⁴⁰⁵, Sözleşmeye Taraf Devletlerin iç hukuklarında uygulanabilmesi için, Devletin başkaca hiçbir işlemine gerek duyulmayan ve iç hukuk düzeninde bireyler üzerinde yasalar gibi doğrudan sonuç doğuran (“self-executing”) niteliğe sahip bir uluslararası Sözleşmedir⁴⁰⁶. Bu etkisi nedeniyle, Taraf Devletlerin hukuk sistemlerinde, bu belgeyi normlar hiyerarşisinde yerleştirdikleri konuma bağlı olarak, doğrudan hukuki sonuçları olan ve bireyler tarafından ilgili yargı organları önünde ileri sürülebilen AİHS’nin, insan haklarına ilişkin Sözleşmeler arasında, iç hukuka etkisi bakımından ayrı bir yere sahip olduğu belirtilmelidir. Sözleşmenin Türk hukuk sisteminde sistemindeki yeri, Anayasanın 90/5. maddesindeki hükme göre yasalar ile eşdüzeydedir. Bununla birlikte, yine aynı maddede *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı”* ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan *“antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı”* öngörülmüş olduğundan, AİHS’nin yasadan da üstün bir konumda olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁷.

Ayrıca, Taraf Devletlerin AİHS’de öngörülen yükümlülüklerine aykırı hareket etmeleri halinde, Sözleşmenin uygulanmasını denetleyen bir organ olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (AİHM) başvuru imkanının tanınmış olması, bu belgenin etkinliğini daha da artıran bir unsurdur (AİHS, md. 19). AİHM’nin kararlarıyla yarattığı otonom içtihat, Sözleşmenin yorumlanmasında önemli bir araçtır.

Bu bölümde, AİHS’de güvence altına alınan ve insan ticareti teşkil eden fiiller nedeniyle ihlali söz konusu olabilecek temel hak ve özgürlükler, AİHM içtihatları da

⁴⁰⁵ Sözleşme Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954’de onaylanarak 19 Mart 1954 tarihli ve 8662 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁰⁶ Sözleşmenin bu özelliği 1. maddesinden çıkarsanmaktadır. Buna göre; *“Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar”*.

⁴⁰⁷ Bu konudaki farklı görüşler ve ayrıntılı bilgi için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bülent Tanör Armağanı, Legal, 2004, s. 782-818.

dikkate alınmak suretiyle incelenecektir. Bu kapsamda özellikle Sözleşme'nin 3 ve 4. maddeleri yönünden bir değerlendirme yapma gereği doğmaktadır.

(1) *AİHS, madde 3*

AİHS'nin 3. maddesinde, “hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamayacağı” öngörülmüştür. Bu maddede öngörülen güvence, bireyleri, doğrudan Taraf Devletin doğrudan bir müdahalesi olmaksızın, 3. kişilerce gerçekleştirilen eylemlere karşı da korumaktadır. Bu halde, Taraf Devletin pozitif yükümlülüğünden bahsedilmektedir⁴⁰⁸. İnsan ticaretinde, gerek suçun işleniş biçimleri, gerekse faaliyetin yöneldiği istismar türleri göz önüne alındığında, ticarete konu olan kişilerin, bir başkası tarafından işkenceye varan, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamelelere maruz kalması sonucunu doğuracak pek çok halin söz konusu olabileceği görülmektedir. Öncelikle, insan ticareti mağdurlarının çeşitli ulaşım araçlarında güvenlikten yoksun, insanlık dışı koşullar altında bir yerden başka bir yere taşınmaları ya da yine benzer koşullarda barındırılmaları halinde 3. maddeye aykırı uygulamalardan bahsedilebilecektir. Bunun dışında, İnsan ticaretinin yöneldiği istismar biçimleri bakımından ise, AİHM, kölelik, zorla çalıştırma veya hizmet ettirme durumunda aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, esasen 4. madde kapsamında bir değerlendirme yapmaktadır. Bunların dışında, AİHM'nin 3. maddenin yorumlanmasında bir araç olarak “insan haysiyeti” kavramına başvurması karşısında⁴⁰⁹, insan ticaretinin, insan haysiyeti ile bağdaşmaz niteliği nedeniyle, Sözleşmenin 3. maddesiyle dolaylı da olsa ilişkilendirilmesi mümkündür. Ancak, bu genel ve soyut bir değerlendirmedir. Oysa 3. maddenin ihlalinden söz edebilmek için belirli ve somut bir olayın değerlendirmesi söz konusu olmalıdır. AİHM içtihadı değerlendirildiğinde, buna örnek teşkil eden bir Karara rastlanmamaktaysa da, Mahkemenin Tremblay / Fransa kararında zorla fuhuş yaptırma ve bu maksatla gerçekleştirilen insan ticareti ile ilgili görüşünü açıkladığı görülmektedir. Bu Kararda, AİHM, zorla fuhuş insan hakları ve insan haysiyeti ile kesin olarak bağdaşmaz bulduğunu belirtmekte ve bu yaklaşımını, Avrupa Konseyi bünyesinde

⁴⁰⁸ PETTITI, Louis-Edmond, “Réflexions sur les principes et mécanismes de la Convention”, La Convention Européenne des droits de l'homme, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI – Emmanuel DECAUX – Pierre-Henri IMBERT, Economica, Paris, 1995, s. 29.

⁴⁰⁹ AKSOY, Emine Eylem, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Fuhşun Meslek Edinilmesi Hakkındaki “Tremblay/Fransa” Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Uğur Alacakaptan'a Armağan, 2. Cilt, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 22

yapılan çalışmalara dayandırmaktadır. Bu kapsamda, özellikle, “insan ticaretinin ve zorla fuhşun, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve aynı zamanda insan haklarının açık bir ihlalini teşkil ettiği” belirtildiği, yukarıda da yer verdiğimiz Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 1325(1997) sayılı Tavsiye Kararına, “cinsel istismar maksatlı insan ticaretinin, insan haklarının bir ihlali ve insan haysiyetine ve insanın bütünlüğüne bir saldırı” olarak kabul edildiği Bakanlar Komitesi’nin, yine yukarıda ele alınan R(2000)11 sayılı Tavsiye Kararına ve İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin AK Sözleşmesi’ne atıfta bulunulmuştur⁴¹⁰.

(2) AİHS, madde 4

AİHS’nin 4. maddesinde kölelik, kulluk ve zorla çalıştırma yasağı düzenlenmiş, ayrıca maddede zorla veya zorunlu çalıştırma sayılmayacak haller belirtilmiştir⁴¹¹. 4. maddede, yukarıda ele alınan diğer insan hakları sözleşmelerinde olduğu gibi bu kavramların tanımlarına yer verilmeksizin yalnızca yasak oldukları belirtilmiştir. Sözleşmenin 4. maddesinin ihlal edildiği yönündeki başvurularda, İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM, söz konusu kavramların içeriğinin tanımlanması amacıyla, diğer uluslararası belgelere başvurmuştur. Örneğin, “kölelik” bakımından 1926 tarihli Köleliğe İlişkin Sözleşmede yer alan tanım kabul edilirken⁴¹², “kulluğun” ise, bu tanımdan yola çıkılarak, “başkaları için belirli hizmetlerin yerine getirilmesi yükümlülüğünün yanında, başkasının mülkünde yaşama ve koşullarını değiştirme olanağına sahip olmama” durumunu içerdiği belirtilmiştir⁴¹³. Zorla veya zorunlu çalıştırma ise, büyük ölçüde Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) Cebri veya Mecburi Çalıştırmaya İlişkin 29 sayılı Sözleşmenin 2. maddesinin 1. paragrafından yola çıkarak tanımlanmaktadır⁴¹⁴. ILO’nun 29 sayılı Sözleşmesi’nin 2/1. maddesine göre, cebri veya

⁴¹⁰ 11 Eylül 2007 tarihli Tremblay/Fransa Kararı, Başvuru no. 37194/02, par. 25.

⁴¹¹ 4. maddenin 3. paragrafında zorla veya zorunlu çalıştırma sayılmayacak haller şu şekilde sıralanmıştır: “a) Bu Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen koşullar altında tutuklu bulunan kimseden tutukluluğu veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma; b) Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet; c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz ve afet hallerinde istenecek her hizmet; d) Normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet”.

⁴¹² AKSOY, Emine Eylem, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesi: Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu – Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2007, s. 116.

⁴¹³ 26 Ekim 2005 tarihli Siliadin/Fransa kararı, Başvuru no. 73316/01, par. 123.

⁴¹⁴ 23 Kasım 1983 tarihli Van Der Müssele / Belçika Kararı, Başvuru no. 8919/80, par. 32.

mecburi çalıştırma, “herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade eder”. Avrupa Komisyonu, zorla veya zorunlu çalıştırmanın söz konusu olması için iki koşulun bir arada bulunması gerektiğini belirtmiştir: hizmet veya çalışmanın, ilgilinin rızasına aykırı olması ve bu yöndeki zorunluluğun, “haksız” veya “baskıcı” olması veya “gereksiz yere yıpratıcı” ya da “bir şekilde rahatsız edici” olması, çalışmanın bizatihi kendisinin dayanılmaz bir sınaama teşkil etmesi⁴¹⁵. 29 sayılı Sözleşmede bulunmayan ve Komisyon tarafından eklenen bu ikinci koşul, birincisinin bulunmaması halinde aranacaktır⁴¹⁶. Ayrıca, AİHM, “kişinin tam isteği olmadan mecbur edilmesi” haliyle ilgili olarak, önceden verilmiş olan rızanın, kişiye yüklenen çalışma veya hizmetin, Sözleşmenin 4. maddesinin 2. paragrafı anlamında zorla veya zorunlu çalıştırma teşkil etmeyeceği sonucuna götürmemesi gerektiğini kabul etmektedir⁴¹⁷.

Kölelik ve kulluk yasağıyla ilgili olarak AİHM’nin verdiği en önemli kararlardan birisi 2005 tarihli Siliadin/Fransa Kararıdır⁴¹⁸. Bu kararda; 1994 yılında henüz 15 yaşında iken üç aylık turistik vize ile Fransa’ya giriş yapan ve Modern Kölelik Komitesinin durumundan haberdar olduğu 1998 yılına kadar, pasaportu alikonularak haftanın yedi günü ağır çalışma ve yaşam koşulları altında, kendisine ücret ödenmeksizin B. Ailesinin yanında çalıştırılan Togo vatandaşı Siliadin’in, çalışma koşulları incelenmiştir. Siliadin, başvurusunda yaşının küçük olması sebebiyle, sömürülmesini engellemek ve faillerin cezalandırılmasını sağlamak üzere Fransa’nın etkin bir cezai mevzuatı haiz olmadığını ve dolayısıyla AİHS’nin 4. maddesinden doğan pozitif yükümlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁴¹⁹.

Mahkeme, Siliadin’in çalışma koşullarını 4. madde bakımından öncelikle “rızanın bulunup bulunmaması” yönünden incelemiştir. Bu noktada başvurucunun yaşının küçük olması ve başka bir seçeneğinin olmaması nedeni ile söz konusu çalışma

⁴¹⁵ Velu Jacques, Ergec Rusen, a.g.e., sah. 227-228. MALINVERINI Giorgio, a.g.m., sah. 181’den aktaran: AKSOY, “Kölelik, kulluk ...”, s. 120.

⁴¹⁶ Van der Müssele/Belçika, par. 37.

⁴¹⁷ Van der Müssele / Belçika, par. 36.

⁴¹⁸ 26 Ekim 2005 tarihli Siliadin/Fransa kararı, Başvuru no. 73316/01.

⁴¹⁹ Siliadin / Fransa, par. 89.

koşullarına rıza gösterdiğinin söylenmesinin mümkün olmadığını belirlemiş ve bu nedenle Siliadin'in zorla çalıştırıldığını saptamıştır⁴²⁰.

AİHM, daha sonra “zorla çalıştırma” olduğu kabul edilen bu durumun kulluk ya da kölelik teşkil edip etmediği sorununu incelemiştir. Bu incelemeyi yaparken, 1926 tarihli “Köleliğe İlişkin Sözleşme” de yer alan kölelik tanımından yola çıkan Mahkeme, başvurucunun, kişisel özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmış olmasına karşılık, söz konusu tanımda belirtildiği gibi adeta bir “eşyaya” indirgenmek suretiyle mülkiyet hakkına konu teşkil etmediğini, dolayısıyla köle olmadığını saptamıştır⁴²¹. Bununla birlikte, Fransa'ya babasının bir akrabası tarafından getirilen başvurucunun yedi gün, günde on beş saat zorla çalışmaya mecbur bırakılmasını, söz konusu ailenin yanında çalışmayı seçmemesini, yaşının küçük olmasını, çaresiz ve tecrit edilmiş olmasını, başka bir yerde barınmasının mümkün olmamasını, pasaportunun alıkonulmuş olmasını, Fransa'da yasal bir şekilde bulunmadığı için polis tarafından yakalanmaktan korkmasını, babasına söz verilmesine rağmen okula gönderilmediği için durumunda bir iyileşme olacağı umudunun bulunmamasını ve Bay ve Bayan B.'ye tamamen bağımlı durumda olmasını göz önünde bulundurarak, başvurucunun durumunun, “zorlama altında bir başkası için hizmette bulunma yükümlülüğünü ifade eden” kulluk kavramı içinde değerlendirilebileceğine karar vermiştir⁴²².

Bu tespitlerden sonra, Mahkeme, AİHM'ye göre; Devletlerin 4. maddeyle ilgili olarak pozitif yükümlülüklerinin, kişileri bu maddede yasaklanan durumlarda tutmaya yönelik her türlü fiilin etkili bir şekilde soruşturulmasını ve cezalandırılmasını gerektirdiğinin altını çizerek⁴²³, konuya ilişkin Fransa mevzuatı ve uygulaması yönünden inceleme yapmıştır⁴²⁴. Fransız mevzuatında kölelik ve kulluğun başlı başına suç teşkil etmediğini ve başvurucunun işverenlerinin yargılandıkları hükümlerin istismar

⁴²⁰ Siliadin / Fransa, par. 120.

⁴²¹ Siliadin/Fransa, par. 122.

⁴²² Siliadin/Fransa, par. 124-126 vd.

⁴²³ Siliadin/Fransa, par. 130.

⁴²⁴ Siliadin'in işverenleri, ilk derece yargılamasında yalnızca Fransız Ceza Kanununun “çaresizlik ya da bağımlılık durumundan yararlanarak ücretsiz veya görülen işin niteliğiyle açıkça orantısız bir ücret karşılığında sağlanan hizmetten yararlanma”yı cezalandıran 225-13. maddesi nedeniyle mahkum olmuş, kararın temyizi üzerine ise gerek 225-13. gerekse “çaresizlik veya bağımlılık durumundan yararlanmak suretiyle insan haysiyetine aykırı çalışma ve barınma koşullarına tabi kılma”yı cezalandıran 225-14. maddelerden beraat etmişlerdir. Bu kişiler yalnızca başvurucuya manevi tazminat ödemeye mahkum olmuşlardır (Siliadin /Fransa, par. 135 vd).

ile daha genel bir çerçevede ilgili olmaları nedeniyle daha sınırlayıcı olduklarını belirtmiştir⁴²⁵. Sonuç olarak, olayın gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan Fransız mevzuatının, başvurucunun mağduru olduğu eylemlere karşı etkili bir koruma sağlamadığına ve Devletin pozitif yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir⁴²⁶.

AİHM'nin bu kararı, “evlerde köleliğe varan koşullarda çalışma”⁴²⁷ olarak ortaya çıkan bir istismar biçimini “kulluk” kapsamında değerlendirerek, bu konuda Devletin pozitif yükümlülüğünü kabul etmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Böylelikle, insan ticaretinin yöneldiği bazı istismar biçimleri yönünden bir güvence sağlandığını söylemek mümkündür⁴²⁸.

AİHM'nin Siliadin/Fransa kararından sonra, insan ticareti teşkil eden fiillerle ilgili olarak 4. maddenin içerdiği güvencenin daha da genişlemesini sağlayan içtihat ise oldukça yeni bir tarihte, 7 Ocak 2010'da verilen Rantsev / Kıbrıs ve Rusya kararıdır⁴²⁹.

Başvurucu, Rus vatandaşı Mikhaylovich Rantsev, Güney Kıbrıs'ta bir gece klübünde çalışan kızı Oxana Rantsev'in ölümü üzerine; kızının ölümüyle ilgili yeterli soruşturma yapılmamış olması, kızı henüz hayattayken Güney Kıbrıs polisinin ona yeterli korumayı sağlamamış olması ve kızının maruz kaldığı kötü muamele ve ölümü nedeniyle sorumlu olan kişilerin cezalandırılması için Güney Kıbrıs makamlarının gerekli işlemleri yapmamış olmasından hareketle, insan ticaretine ve kızının ölümüne yol açan koşullara ilişkin olarak Sözleşmenin 2, 3, 4, 5 ve 8. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Başvurucu aynı zamanda, kızının ticarete konu olduğu iddiası ve daha sonra ölümü ile ilgili yeterli soruşturmanın yapılmamış ve onu insan ticareti tehlikesinden korumak için gerekli adımları atmamış olması nedeniyle Rus makamlarının da Sözleşme'nin 2 ve 4. maddeleri çerçevesinde sorumluluğu olduğunu iddia etmiştir.

⁴²⁵ Siliadin/Fransa, par. 141-142

⁴²⁶ Siliadin/Fransa, par. 149.

⁴²⁷ Nitekim Kararda, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin R(2001)1523 sayılı Tavsiye Kararına atıf yapılarak bu kavrama açıkça yer verilmektedir (bkz. Siliadin/Fransa, par. 133)

⁴²⁸ Aynı yönde AKSOY, “Kölelik, kulluk ...”, s. 120.

⁴²⁹ 7 Ocak 2010 tarihli Rantsev/ Kıbrıs ve Rusya Kararı, Başvuru No. 25965/04.

Başvurucunun kızı Bayan Rantsev, Güney Kıbrıs'a 5 Mart 2001'de giriş yapmış, çalıştığı gece klübünün sahibi X.A'nın, sahne sanatçısı olarak vize ve çalışma iznine yönelik başvurusu üzerine üç aylık bir çalışma izni elde ederek, X.A'nın klübünde çalışmaya başlamış ve bu süre zarfında aynı yerde çalışan diğer kadınlarla birlikte bir apartman dairesinde yaşamaya başlamıştır. Ancak kısa bir süre sonra, yorgun olduğunu ve Rusya'ya dönmek istediğini belirten bir not bırakarak evden ayrılan Bayan Rantsev, çalışmış olduğu gece klübünün işletmecisi M.A. tarafından daha sonra bir diskotekte bulunarak Polis Merkezine götürülmüştür. M.A. Bayan Rantseva'nın ülkede yasadışı koşullarda bulunduğunu ileri sürerek, görevliler tarafından alıkonulmasını istemişse de, polis memurları, Yabancılar ve Göç Bürosu'nda görev yapan yetkiliyi de aradıktan sonra, M.A'nın ısrarlarına rağmen, henüz yasadışı bir durumun bulunmadığını ve sorumluluğunun işveren olarak M.A.'ya ait olduğunu belirterek, ondan Bayan Rantsev'i götürmesini ve daha geniş bir soruşturma yapılması için sabah geri getirmesini istemişlerdir. Bunun üzerine, M.A., Bayan Rantsev ile birlikte geceyi geçirmek üzere gece klübünün bir çalışanının evine gitmiş, M.A.'nın gözetiminde kendisine ayrı bir oda verilen Bayan Rantsev sabah beşinci kattaki evin balkonunun altındaki asfaltta ölü bulunmuştur.

Mahkeme, sonuç olarak yalnızca 2, 4 ve 5. maddelere ilişkin iddiaları değerlendirmiş; Güney Kıbrıs'ın Bayan Rantseva'nın ölümüyle ilgili etkili soruşturma yapmamış olması nedeniyle 2. maddede düzenlenen yaşam hakkı⁴³⁰ ve 5. maddede güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkı yönünden ihlal bulunduğunu tespit etmiştir⁴³¹. Bununla birlikte, Kararın en ilgi çekici yanı, AİHM'nin, Sözleşmenin 4. maddesiyle ilgili olarak, yepyeni ve adeta "devrim" niteliğinde bir bakış açısını benimsemiş olmasıdır. AİHM'ye göre, Güney Kıbrıs'ın; gerek ilgili çalışma vizesinin koşulları, gerekse insan ticareti mağduru olması tehlikesine karşın yetkili makamların hareketsizliği nedeniyle, Bayan Rantseva'ya insan ticaretine ve genel olarak istismara karşı etkili ve uygulanabilir bir koruma sağlanamamış ve onu korumak için gerekli tedbirlerin alınmamış olması, 4. maddenin ihlaline yol açmıştır⁴³². Mahkeme, Sözleşmenin 4. maddesine göre, Bayan Rantseva'yı insan ticaretine karşı korumak için

⁴³⁰ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 242.

⁴³¹ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 318

⁴³² Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 293 ve par. 296.

alınması gereken tedbirler konusunda Rusya'nın pozitif yükümlülüğü bakımından herhangi bir ihlal tespit etmemişse de⁴³³, yine aynı maddeye göre, Rusya'nın insan ticaretinin bulunduğu iddiasını soruşturma yönündeki usuli yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir⁴³⁴.

Mahkeme, bu sonuçlara varırken, öncelikle Rusya hükümetinin “konu (*ratione materiae*) bakımından yetkisizlik” iddiasına da yanıt vermek suretiyle, 4. maddenin insan ticareti bakımından uygulanması ile ilgili bir değerlendirme yaptığı görülmektedir. Mahkemeye göre; “Sözleşme’de “insan ticaretine” ilişkin açık bir göndermenin bulunmaması şaşırtıcı değildir. Sözleşme, 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’nden esinlenmiştir. Bu Belgede de “ticaret”ten söz edilmeksizin, 4. maddede “kölelik ve köle ticaretinin bütün biçimleri” yasaklanmıştır. Bununla birlikte, Sözleşmenin 4. maddesinin kapsamına ilişkin bir değerlendirme yapılırken, onun, günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. İnsan haklarının ve temel hürriyetlerin korunması alanındaki giderek yükselen standartlar, buna bağlı ve kaçınılmaz olarak demokratik toplumların temel değerlerinin ihlallerini değerlendirme konusunda daha katı olmayı gerektirmektedir⁴³⁵. Bu gerekçelerle; “İnsan ticaretinin giderek yaygınlaşması ve onunla mücadele amacıyla alınan tedbirlerin de günden güne artması karşısında, Mahkeme, somut olayda söz konusu olan muamelenin, 4. maddede belirtilen davranışlardan hangisine girdiğine ilişkin bir değerlendirme yapmaya gerek olmaksızın, başlı başına insan ticaretinin, hangi ölçüde 4. maddede öngörülen güvencelerin kapsamına dahil olacak şekilde, maddenin amacı ve ruhuna aykırı kabul edileceğini incelemenin uygun olacağına karar vermiştir”.

AİHM, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin, geleneksel “kölelik” kavramının mülkiyet hakkına bağlı olan yetkilerin herhangi birinin veya hepsinin uygulanmasına dayanan köleliğin çeşitli modern biçimlerini içine alacak şekilde bir değişim geçirdiği yönündeki saptamasına atıfta bulunmuştur. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, bir durumun köleliğin modern bir biçimi olup olmadığını

⁴³³ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya , par. 304-306.

⁴³⁴ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 307-309.

⁴³⁵ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 277.

belirlerken, kişinin hareketinin ya da fiziksel çevresinin denetim altına alınıp alınmadığı, psikolojik bir denetim olup olmadığı, kaçmanın engellenmesi veya bundan caydırmak amacıyla herhangi bir tedbir alınıp alınmadığı ve cinsel faaliyetlerin ya da zorla çalıştırmanın kontrolünün söz konusu olup olmadığı gibi ilgili faktörler bakımından bir değerlendirme yapmıştır⁴³⁶.

Mahkemeye göre, insan ticareti, niteliği itibariyle ve istismar maksadı bakımından, mülkiyete bağlı yetkilerin uygulanmasına dayanmaktadır. İnsanlar, alınıp satılabilen ve seks endüstrisi başta olmak üzere çeşitli sektörlerde çoğunlukla çok az ücret karşılığı veya ücretsiz olarak zorla çalıştırmaya tabi kılınan birer meta olarak muamele görmektedir. Kötü koşullar altında yaşayan ve çalışan mağdurların faaliyetlerinin sıkı bir gözetimini, onlara karşı tehdit ve şiddet uygulanmasını içermektedir⁴³⁷. Böylece, AİHM, insan ticaretinin, insan onurunu mağdurların temel haklarını ihlal ettiği, demokratik bir toplumla ve Sözleşmede açıklanan değerlerle bağdaşmadığı sonucuna varmaktadır. Ayrıca, Sözleşmeyi günün koşullarına uygun şekilde yorumlama yükümlülüğü çerçevesinde, iddia konusu uygulamaların “kölelik”, “kulluk” ya da “zorla veya zorunlu çalıştırma” teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinin gereksiz olduğunu değerlendirmektedir. Bunun yerine, Mahkeme, insan ticaretinin, Palermo Protokolünün 3(a) maddesi ve AK Sözleşmesi’nin 4(a) maddesindeki anlamıyla başlı başına AİHS’nin 4. maddesinin kapsamına girdiğine karar vermektedir⁴³⁸. Yukarıda ele alınan Siliadin/Fransa kararında, başvurucunun karşılaştığı muameleyi “kölelik” olarak sınıflandırma konusunda oldukça katı davranan ve durumu “kulluk” kavramı ile ifade eden Mahkemenin, Rantsev kararında, 4. maddedeki güvenceler yönünden herhangi bir sınıflandırma yapma gereği duymaksızın, “modern kölelik” kavramını da kabul etmek suretiyle, insan ticaretiyle ilgili olarak 4. maddeye ilişkin genel bir değerlendirme yapmak eğilimi içinde olmasının bir çelişkiyi ifade ettiği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, bir başka bakış açısına göre de, Kararı, insan ticareti suçuna karşı özellikle uluslararası düzeyde giderek yaygınlaşan tepkinin ve eyleme geçme kararlılığının Mahkeme bakımından bir yansıması olarak değerlendirmek ve bu konuya ilgili bir içtihat değişikliğinin vuku bulduğunu ileri sürmek de mümkündür.

⁴³⁶ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 280.

⁴³⁷ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 281.

⁴³⁸ Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, par. 282.

5. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri ve Belgeleri

Zorla çalıştırma ve hizmet ettirme, bütün dünyada işlenen insan ticareti fiillerinde en çok başvurulan istismar biçimlerinden biridir⁴³⁹. İnsan haklarına yönelik sayısız uluslararası ve bölgesel antlaşmalarca, hatta ulusal mevzuatlarca yasaklanmış olan, insan ticareti suçuyla mücadeleye odaklanan bütün uluslararası ve bölgesel metinlerin istismar biçimleri arasında yer verdiği “zorla çalıştırma” bu metinlerin hiçbirinde tanımlanmamıştır. Bu konuda, özellikle yukarıda ele alınan İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün ve İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin yorumuna ilişkin kaynaklarda olduğu gibi genellikle ILO’nun zorla çalıştırmaya ilişkin çeşitli sözleşmelerine atıf yapıldığı görülmektedir⁴⁴⁰. Bunun nedeni, “zorla çalıştırma”nın tanımına yer veren yegane uluslararası belgelerin aşağıda incelenecek olan ILO Sözleşmeleri olmasıdır.

ILO, doğum yapan annelerin korunmasından en çaresiz ve kötü koşullardaki işçilere kadar çok çeşitli alanları kapsayan ve adeta bir uluslararası çalışma yasası meydana getiren sayıları iki yüze yaklaşan sözleşme kabul etmiştir. Bu alanda dört temel ilke belirlenmiştir: zorla çalıştırmanın kaldırılması, örgütlenme özgürlüğünün güvence altına alınması, çocuk işçiliğine etkili bir şekilde son verilmesi ve çalışma alanında ayrımcılığın engellenmesi⁴⁴¹.

Zorla çalıştırmanın kaldırılması konusu ilk kez 28 Haziran 1930 tarihli ve 29 sayılı “Cebri veya Mecburi Çalıştırmaya İlişkin Sözleşme” ile düzenlenmiştir⁴⁴². Sözleşme’nin 1. maddesi, Taraf Devletlere, cebri veya mecburi çalıştırmanın mümkün olduğu kadar kısa bir sürede her ne şekil altında olursa olsun kaldırılması yükümlülüğü getirilmektedir. 2. maddede “cebri veya mecburi çalıştırma”, “*herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler*” olarak tanımlanmıştır (par. 1). Bu tanıma göre “mülkiyet” kavramını içermeyen zorla çalıştırma, “ceza tehdidi” ile gerçekleşmesi ve rızanın yokluğu bakımından kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Söz konusu istismar

⁴³⁹ Analysing the business model ..., s. 23.

⁴⁴⁰ Bkz. Legislative Guides ..., s. 268, dñn. 14; Açıklayıcı Rapor, par. 89-90.

⁴⁴¹ Abolir l’esclavage et ..., s. 12.

⁴⁴² Türkiye tarafından 23.01.1998 tarih ve 4333 sayılı Kanun ile onaylanan 29 sayılı Sözleşme 27.01.1998 tarih ve 23243 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

biçiminin, BM tarafından kabul edilen 1956 tarihli Ek Sözleşme’de “köleliğe benzer uygulamalar” arasında sayılmasının bu özellikleriyle bağdaşır nitelikte olduğu görülmektedir.

İkinci maddenin ikinci fıkrasında ise bazı hallerin cebri veya mecburi çalıştırma sayılmayacağı öngörülmüştür. Bunlar; “a) Mecburi askerlik hizmeti hakkındaki kanunlar gereğince mecbur tutulan ve sadece askeri bir mahiyet taşıyan işlere hasredilen bir çalışma veya hizmet; b) Bizzat kendi kendini yöneten bir memleketin vatandaşlarının olağan kamu hizmeti yükümlülüklerinin bir parçasını teşkil eden bir iş veya hizmet, c) Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet; d) Olağanüstü hallerde, yani harp, felaketler veya yangın, su baskını, açlık, yer sarsıntıları, salgın hastalıklar ve şiddetli hayvan salgınları, hayvanların ve mahsule zarar veren böcek veya parazitlerin hastalık yaymaları durumunda ve genel olarak halkın bütünü veya bir kısmının normal yaşama şartlarını veya hayatını tehlikeye koyan tehlikeli veya zarar verici her türlü şartlarda yapılması mecburi bir iş veya hizmet; e) Küçük çaplı toplumsal hizmetler, yani bizzat toplumun fertleri veya doğrudan doğruya temsilcilerinin bu çalışmaların gerekli olduğunu beyan etmeleri hakkının tanınması şartıyla toplum fertleri tarafından doğrudan doğruya toplum menfaatine yapılan işler” olarak sayılmıştır.

Sözleşmede, özel gerçek veya tüzel kişiler yararına veya bunlar tarafından yöneltilen cebri veya zorunlu çalıştırmanın her şekilde yasaklandığı, ancak yukarıda belirtilen istisnalar çerçevesinde kamusal bir görev icra eden kişi veya makamlarca belirli koşullar altında buna imkan verildiği⁴⁴³ ve bunun gönüllü çalışma için ayrılan saatlerle aynı olması ve fazla çalışma saatleri için öngörülen oranlara eşit şekillerde ücretlendirilmesi zorunluluğunun getirildiği (13. md.) görülmektedir. Sözleşmenin 10. maddesinde, bu koşullar düzenlenmektedir. Buna göre; vergi olarak talep edilen cebri

⁴⁴³ Örneğin, Sözleşme’nin 8. maddesine göre; ilgili ülkenin üst sivil makamlarının, üst mahalli makamlara, işçilerin daimi oturma mahallinden uzaklaşmalarına neden olmayacak şekilde, cebir veya mecburi çalıştırma yetkisi verebileceklerdir. Maddenin devamında bu makamların, idarenin memurlarının yer değiştirmesi ve idari materyalin nakli söz konusu olduğu takdirde işçilerin normal ikamet yerleri haricinde icraatta bulunmaları için cebri veya mecburi çalıştırma konulması hususunda üst mahalli makamlara da yetki verebilecekleri öngörülmüştür.

veya mecburi çalıştırma ve idari makamlar tarafından kamu menfaatine çalışmalar için konulan bu nitelikteki çalıştırma aşamalı olarak kaldırılacaktır (par. 1)⁴⁴⁴. Ayrıca belirli iş türleri bakımından (inşaat ve bakım işçileri, hamal veya kayıkçılar gibi) cebri veya mecburi çalıştırmanın kabul edilmesinde özel şartlar öngörülmekte⁴⁴⁵ ve madenlerde yapılmakta olan yeraltı çalışmaları için cebri veya mecburi çalışmaya başvurulamayacağı belirtilmektedir.

Sözleşme'nin 25. maddesine göre; Taraf Devletler, cebri veya mecburi çalışmanın kanuna aykırı olarak geliştirilmesinin bir suç olarak cezalandırılmasını ve bunun karşılığında öngörülen yaptırımların tam ve etkili bir şekilde uygulanmasını taahhüt ederler.

1955 yılında BM Genel Sekreterliği ve Uluslararası Çalışma Bürosu Yönetimi tarafından yayınlanan ortak bir raporda, 29 sayılı Sözleşmede yer alan yasaklara rağmen, zorla çalıştırmanın ortadan kaldırılmadığı ve “ekonomik amaçlarla ya da siyasi baskı aracı olarak yeni zorla çalıştırma sistemlerinin getirildiği ve bunların uluslararası planda yeni sorunlara yol açtığı, yeni tedbirler gerektirdiği sonuçlarına varılmıştır⁴⁴⁶. Yeni zorla çalıştırma biçimlerine yol açan uygulamaların kaldırılmasını öngören 1956 Ek Sözleşme de kabul edildikten sonra, bundan böyle, zorla çalıştırmanın engellenmesine ilişkin uluslararası korumaların yetersiz olduğu ve zorunlu çalıştırmanın yasaklanması için yeni bir sözleşmenin gerekli olduğu düşünülmeye başlanmıştır⁴⁴⁷.

ILO, özellikle sömürge bölgelerindeki uygulamalar hedef alınarak, siyasi zorlama aracı olarak zorla çalıştırmaya başvurulmasının, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 2,9,10,11 ve 19. maddelerinin ihlalini teşkil ettiği yargısına vararak, “Cebri Çalıştırmanın Kaldırılmasına Dair” 25 Haziran 1957 tarihli ve 105 sayılı Sözleşmeyi

⁴⁴⁴ 10. maddenin ikinci paragrafına göre; “bu kaldırmayı beklerken, vergi olarak cebri veya mecburi çalıştırma talep edildiği veya kamu menfaatine çalışmalar için idari görevleri icra eden şefler tarafından cebri veya mecburi çalıştırma konulduğu takdirde ilgili makamlar ilk önce: a) Yapılacak iş veya verilecek hizmetin onu icra etmesi talep edilen toplum için önemli ve doğrudan doğruya toplum menfaatine olduğuna; b) Bu hizmet veya işin halihazır veya kaçınılmaz olarak yakında doğacak bir ihtiyacı karşıladığına c) iş veya hizmetin mevcut iş gücü ve onun söz konusu işi yapma kabiliyeti göz önüne alınarak, söz konusu halka çok ağır bir yük teşkil etmediğine; d) Bu iş veya hizmetin icrasının işçileri daimi ikametgahlarının olduğu mahalden uzaklaştırmaya mecbur etmeyeceğine; e) Bir iş veya hizmetin icrasının dinin, sosyal yaşamın, veya tarımın icaplarıyla uyumlu yönlendirileceğine kani olmalıdırlar”.

⁴⁴⁵ 18 ve 19. maddeler.

⁴⁴⁶ BM Belgeleri, E/2815(1955)'den aktaran: Abolir l'esclavage ..., s. 13.

⁴⁴⁷ İbid.

kabul etmiştir⁴⁴⁸. Bu Sözleşme; belirlenmiş koşullarda bu çalışma biçiminin derhal ve tamamen kaldırılmasını öngörmektedir. 1. maddede, Taraf Devletlere a) siyasi bir zorlama ya da eğitim tedbiri olarak ya da kişilerin belirli siyasi fikirleri ya da siyasi veya iktisadi düzene karşı ideolojik muhalefetleri nedeniyle onlara karşı bir ceza olarak, b) ekonomik gelişim gibi amaçlarla elemeğinden faydalanma yöntemi olarak, c) çalışma disiplini olarak, d) bir greve katılan işçilere karşı disiplin tedbiri olarak ya da e) ırki, milli veya dini bir ayırmacılık aracı olarak zorla veya mecburi çalıştırma uygulamasının kaldırılması yükümlülüğü getirilmiştir.

Uluslararası Çalışma Bürosu'nun 1996 tarihli bir raporunda, ILO'nun zorla çalıştırmaya ilişkin Sözleşmeleri olarak bilinen 29 ve 105 sayılı Sözleşmelerin, gerek hükümetler ya da kamu otoriteleri tarafından talep edilen her türlü çalışma ya da hizmete; gerekse özellikle kölelik, borç karşılığı hizmet ve çocukların çeşitli biçimlerde çalıştırılması gibi özel kuruluşlar ya da kişiler tarafından talep edilen zorla çalıştırma biçimlerine uygulandıkları belirtilmiştir⁴⁴⁹.

Bu bölümde son olarak, ILO tarafından kabul edilen 182 sayılı ve 17 Haziran 1996 tarihli “Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi” belirtilmelidir⁴⁵⁰. Sözleşmeye taraf olan Devletler, acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri almayı taahhüt etmişlerdir (1. md.). Sözleşme’de 18 yaşın altındaki herkesin çocuk olarak kabul edilmiş (md. 2) ve “en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği” tanımlanmıştır. 3. maddeye göre bu kavram; “a) çocukların alım-satımı ve ticareti, borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması ve askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırılmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimlerini; b) çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; c) çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda

⁴⁴⁸ 105 sayılı Sözleşme Türkiye tarafından 14 Aralık 1960 tarih ve 162 sayılı yasayla kabul edilerek 21 Aralık 1960 tarih ve 10686 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁴⁹ Rapport du Conseil d'administration du BIT (GB 265/2, 1996)'den aktaran: Abolir l'esclavage ..., s. 13.

⁴⁵⁰ 182 sayılı Sözleşme, Türkiye 25 Ocak 2001 tarih ve 4623 sayılı Kanunla kabul edilerek 3 Şubat 2001 ve 24307 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu; d) doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibariyle çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işi kapsar”.

Sözleşme'nin 3. maddesinin (a) bendinde açıkça “çocuk ticareti” ifadesinin kullanılmasının yanında, (b) bendinde çocukların belirtilen maksatlarla “tedarik edilmesi” veya “sunumu” gibi hareketlerin öngörülmesi önemlidir. Ayrıca, çocuk ticaretinin yöneldiği istismar biçimlerinin oldukça geniş bir kapsamda yasaklanması, söz konusu belgenin bu ticaretle mücadele yönünden önemli bir katkısı olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, Sözleşme’de “çocuk ticareti”nin tanımlanmadığı ve kölelik benzeri uygulamalar kapsamında değerlendirildiği dikkat çekmektedir.

6. Diğer belgeler

Çeşitli konulardaki pek çok uluslararası veya bölgesel nitelikteki sözleşmelerin, kadın ticareti başta olmak üzere insan ticaretine, ya da ticaretin yöneldiği istismar türlerine ilişkin düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Bu bölümde kronolojik sıraya uyulmak suretiyle söz konusu belgelere değinilecektir.

İlk olarak BM tarafından 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme” (CEDAW) belirtilmelidir. Bu Sözleşme'nin 6. maddesinde, Taraf Devletlerin, kadın ticareti ve fuhşun istismarının her şekliyle önlenmesi için yasal düzenlemeler yapılması dahil, gerekli bütün önlemleri alacakları belirtilmektedir.

Kölelik, kulluk ve zorla çalıştırmaya ilişkin yukarıda ele alınan bütün belgeler, diğerleri gibi yabancı göçmen ve işçilere de uygulanmaktaysa da, göçmen işçilerin, özellikle köleliğe benzer uygulamalar kapsamında kabul edilen bazı istismar biçimleri ile daha yoğun bir şekilde karşılaşmaları nedeniyle bu kişiler bakımından özel düzenlemelere gidilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu amaçla 1990 yılında BM, “Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Mensuplarının Haklarının Korunmasına Dair” 18

Aralık 1990 tarihli Uluslararası Sözleşme’yi kabul etmiştir⁴⁵¹. 93 maddeden oluşan bu Sözleşme’de göçmenler ve aileleri bakımından temel insan haklarına ilişkin güvencelerin yanısıra, bu kişilerin çalışmalarına, eğitimlerine, sosyal haklarına ve idari düzenlemelere yer verilmektedir. Sözleşme’nin 11. maddesinde, hiçbir göçmen işçinin veya aile ferdinin esarete veya zorbalıkla çalıştırılmaya tabi tutulamayacağı ve bu kişilerden kuvvet kullanılarak veya zorla çalışma talebinde bulunulamayacağı öngörülmüş ve “Kuvvet kullanılarak veya zorla çalıştırılmak” kavramının kapsamayacağı hallere yer verilmiştir⁴⁵² 16. maddede “özgürlük ve güvenlik hakkı” düzenlenerek, “göçmen işçilerin ve aile fertlerinin ister kamu görevlilerinden ister özel kişiler, gruplar veya kuruluşlardan kaynaklansın, şiddet, fiziksel incinme, tehdit ve korkutma gibi eylemlere karşı Devlet tarafından etkili biçimde korunmaya hakları olduğu” belirtilmiştir. Ayrıca özellikle, göçmenlerin pasaportlarına el konularak bağımlı duruma getirildikleri ve işgücü istismarına uğradıkları göz önüne alınarak, Sözleşme’nin 21. maddesinde, “kanunlara uygun şekilde yetkili kalmış kamu görevlileri dışında, bir kimsenin kimlik belgelerine, ülkeye giriş, ikamet ve çalışma izinleri ile ilgili belgelere el koyması, imha etmesi veya imha etmeye teşebbüs etmesi” kanuna aykırı kabul edilmiştir. Yine 54. maddede, göçmenlerin çalışma şartları ve haklar bakımından istihdam Devleti uyruğundaki kişilerle eşit muamele görmelerinin güvence altına alınması suretiyle istismara yol açan uygulamaların engellenmesi amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda ayrıca, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü’nün 7/1. maddesinin (c) bendinde, “köleleştirme” nin, herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlendiğinde, Mahkeme’nin yetkisine giren bir insanlığa karşı suç olarak kabul edildiği belirtilmelidir.

⁴⁵¹ Sözleşme, Türkiye tarafından 26.4.2001 tarih ve 4662 sayılı Kanunla uygun bulunarak 08.07.2004 tarih ve 25516 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁵² Bunlar 4. maddede; “a) Bu maddenin 3 üncü paragrafında bahsekonu edilmeyen, bir mahkemenin yasal bir kararı gereğince tutuklu bulunan veya böyle bir tutukluluk durumundan şartlı olarak serbest bırakılmış bir kişiden normal olarak istenen herhangi bir iş veya hizmet; b) Toplumsal yaşam ve refahı tehdit eder nitelikte olağanüstü durumlarda veya doğal afet karşısında yapılması istenen herhangi bir hizmet; c) Normal medenî yükümlülükler arasında yer alan ve aynı zamanda ilgili Devletin vatandaşları için de zorunlu olan herhangi bir iş veya hizmet” olarak sayılmıştır.

C. Ulusal Mevzuatlar

1. Genel Olarak

İnsan ticareti, küresel boyutu olan bir olgu olarak bütün dünya ülkelerinin ortak sorunlarından birini teşkil etmektedir. Ayrıca suçun sınıraşan bir niteliğe sahip olması nedeniyle, özellikle suçla mücadele konusunda tek bir ülkenin çabası yeterli olmamakta; gerek yasal çerçeve, gerekse idari, yargısal vb. tedbirler konusunda çok taraflı yaklaşımlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle diğer ülkelerde suça ilişkin yasal düzenleme başta olmak üzere; fiilin işleniş biçimleri, yöntemler, mücadele tedbirleri gibi konulara değinilmesinin gerekli olduğunu ve insan ticareti suçuyla ilgili olarak Türkiye'deki durumu incelerken, bu incelemenin aynı zamanda daha sonraki bölümde Türkiye'deki durumu değerlendirirken de yol gösterici bir etkisi olacağını düşünmekteyiz.

Bu bölümde, uluslararası kuruluşlar tarafından hazırlanan raporların geniş yer tuttuğu kaynaklar ve ceza hukuku mevzuatları esas alınarak 22 ülkedeki durum incelenmiştir. Bu kapsamda ele alınan ülkeler; insan ticareti olgusu bakımından konumlandırılma biçimlerine göre üç gruba ayrılarak incelenmiştir: Kaynak ülkeler, geçiş ülkeleri ve hedef ülkeler. Bu üçlü ayırım gerek ulusal gerekse bölgesel ve uluslararası düzeyde pozitif hukuku ve mevzuatı etkilemektedir.

2. Ülkelerin seçiminde ve gruplara ayrılmasında izlenen yöntem

Bir ülkenin “kaynak ülke”, “geçilen ülke” ve “hedef ülke” gruplarından hangisine yerleştirileceği tespit edilirken, tek bir kaynak esas alınmayıp, çeşitli uluslararası ve bölgesel kuruluşların raporları başta olmak üzere çok sayıda çalışma ele alınmış ve birbirleriyle karşılaştırılarak bir takım sonuçlara varılmıştır⁴⁵³. Bu nedenle, bu konuda yeni bir bilgi yaratılmasının söz konusu olmadığı altı çizilmelidir. Bu noktada, ülkelerin ilgili gruplar içerisine yerleştirilmesi bakımından yapılan ayırımların “kesin” bir nitelik taşımadığı da belirtilmelidir. Bu konuda kesinlikten söz edilememesinin en önemli nedeni, birinci bölümde “kaynak ülke”, “geçilen ülke” ve “hedef ülke” kavramları açıklanırken de belirtildiği üzere, birçok ülkenin özellikle

⁴⁵³ Aşağıda ülkelerle ilgili özellikler ortaya konulurken bu kaynaklara atıfta bulunulacağından, burada liste halinde sayılmasına gerek görülmemiştir.

bölge-içi (*intra-regional*) insan ticareti akımları nedeniyle her üç gruba dahil edilebileceği hallerin söz konusu olabilmesidir. Gerçekten de, bu konuda elde edilen veriler, insan ticareti akımlarının genellikle üç farklı düzeyde gerçekleştiğini ortaya koymaktadır: bölgeler-arası (*trans-regional*), bölge-içi ve ülke-içi (*domestic*) insan ticareti. Bölge-içi insan ticareti, aynı bölge içinde farklı ülkeler arasında ortaya çıkmakta ve genellikle birbirine komşu olan ülkelerin sınırlarının geçilmesi suretiyle işlenmektedir. Bölgeler-arası insan ticareti ise, bir bölgeden diğerine gerçekleşmekte ve kıtalar arası geçişleri içerebileceği gibi, Doğu Avrupa ile Orta ve Batı Avrupa arasında olduğu gibi, aynı kıtada birbirine komşu bölgeleri içerecek şekilde de işlenebilmektedir⁴⁵⁴. Örneğin Tayland, Asya bölgesi içinde gerçekleşen, bu bölgeye yönelen ve bu bölgeden Batı Avrupa başta olmak üzere diğer bölgelere yapılan insan ticareti bağlamında üç özelliği de taşıyabilen bir ülkedir⁴⁵⁵. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu durum karşısında, seçilen ülkeleri aşağıda yer alan gruplara yerleştirmek bakımından bazı kriterler esas alınmıştır. Öncelikle seçilen ülkeler arasında küresel bir bakış açısıyla, “kaynak”, “geçilen” ve “hedef” olarak konumlandırılmaları bakımından bir derecelendirmeye gidilerek, bir ülke bakımından bu özelliklerden hangisinin öne çıktığı değerlendirilmiştir. Bu şekildeki bir sınıflandırmanın ardından, hem geçilen hem hedef ülke olma gibi birden fazla özelliği bünyesinde taşıyan ülkeler, dengeli bir dağılımın sağlanması ve belirli bir grupta yer alan ülkeler arasında konumlandırılma dereceleri bakımından büyük farkların oluşmamasına dikkat edilerek ilgili gruplara yerleştirilmiştir.

Bu bölümde yer alan ülkelerin seçiminde belirleyici olan ise dünya ölçeğinde insan ticareti faaliyetleri bakımından kritik noktaları teşkil etmeleri ve Türkiye'nin bu kapsamdaki rolü ile belirli bir dereceye kadar ilişkilendirilebilmeleridir. Bu bakımdan özellikle Türkiye'ye komşu olan ya da coğrafi açıdan Türkiye'ye göreceli olarak yakın yerlerin seçilen ülkeler içinde ağırlıklı olduğu görülecektir. Bu özellikleri taşımayan ülkelere ise özellikle çeşitli kıtalar ve bölgeler açısından temsiliyetin sağlanması

⁴⁵⁴ Global Report on Trafficking in Persons, UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), UN.GIFT (Global Initiative to Fight Human Trafficking), February 2009, s. 57. Çalışmanın bundan sonraki bölümünde “Global Report on TIP 2009” olarak anılacaktır.

⁴⁵⁵ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 103.

amacıyla aşağıdaki listelerde yer verilmiştir. Yine hedef ülkeler arasında yer alan ABD, ve Kanada'nın seçilmesi bakımından da benzer nedenler söz konusudur.

3. Kaynak Ülkelerin Kanunlarında İnsan Ticareti Suçunun Düzenlenişi

a) Bulgaristan

Bulgaristan, insan ticaretinde bir kaynak ülke konumuna sahiptir. Daha az ölçüde olmakla birlikte, bir geçilen ülke ve hedef ülke olarak da değerlendirilmektedir. En çok öne çıkan istismar biçimleri özellikle kadın ve çocuk mağdurlar bakımından fuhşa zorlama ve genel olarak bütün mağdur tipleri bakımından zorla çalıştırmadır. Zorla fuhuş yaptırma maksadıyla insan ticareti hem ülke içinde hem de Hollanda, Belçika, Avusturya, İtalya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Yunanistan, İtalya, İspanya, Polonya, İsviçre, Türkiye, Kıbrıs ve Makedonya gibi hedef ülkelere yönelik olarak gerçekleştirilmektedir. Bulgaristan'da insan ticareti suçunda mağdurların % 15'ini Roman kadın ve çocuklar oluşturmaktadır. Bulgar kadın ve çocuklar; Yunanistan, İtalya, İspanya ve Birleşik Krallık'ta zorla çalıştırma koşullarına tabi tutulmaktadır. Bulgar çocukların bir kısmı gerek ülke içinde gerekse Yunanistan ve Birleşik Krallık'ta Sokak dilencilğine ve hırsızlığa zorlanmaktadır⁴⁵⁶.

Bulgar Ceza Kanununda 2002 yılında yapılan değişiklik sonucunda, özel kısmın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde, "insan ticareti" başlığı altında 159a, 159b ve 159c maddeleri düzenlenmiştir. Bu bölümde özel olarak cinsel faaliyetlerde kullanmak, zorla çalıştırmak, vücut organlarını elde etmek veya zorla kontrol altına almak maksatlarıyla yapılan insan ticareti cezalandırılmaktadır.

2006 yılında 159a maddesine eklenen bir fıkra ile "doğacak bebeklerin satılması amacıyla hamile kadın ticareti" suçu özel olarak cezalandırılmıştır.

159a maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunun basit halinde araç fiillere yer verilmemiş, bunun yerine, mağdurun rızasının bulunmaması koşulu açıkça öngörülmüştür. Suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler; kişileri maddede sayılan

⁴⁵⁶ US TIP Report 2010, s. 94.

maksatlarla “tedarik etmek, bir yerden başka bir yere taşımak, gizlemek ve kabul etmek” olarak belirtilmiştir.

159a maddesinin ikinci fıkrasında insan ticareti suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerine yer verilmektedir. Bunlar arasında; mağdurun 18 yaşını doldurmamış olması, suçun yanıltma ve zor kullanma şeklindeki araç fiillere başvurulması, nüfuzun kötüye kullanılması veya mağduru kaçırmak veya hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun kılmak suretiyle işlenmesi, yine görev ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle veya çıkar sağlama veya menfaat vaadi karşılığında işlenmesi sayılmıştır.

159a maddesinde suçun basit hali 1 yıldan 8 yıla kadar hapis ve sekiz bin Bulgar Levine kadar para cezasıyla cezalandırılmakta, ağırlaşmış hali ise 2 yıldan on yıla kadar hapis ve on bin Bulgar Levine kadar para cezasını gerektirmektedir.

159b maddesinde, insan ticaretinin sınıraşan nitelikte işlenmesi ayrıca cezalandırılmıştır. Bu suçun maddi unsuru 159a maddesinde sayılan amaçlarla kişileri veya kişi gruplarını tedarik etmek, nakletmek, gizlemek veya kabul etmek ve ülke sınırları dışına yönlendirmektir. Burada birden fazla hareketli bir suç söz konusudur, çünkü 159a maddesindeki insan ticareti suçundan farklı olarak tedarik etmek, nakletmek, gizlemek veya kabul etmek hareketlerine ek olarak aynı zamanda failin mağdurları ülke sınırları dışına yönlendirmesi de gereklidir. 159a maddesinin ikinci fıkrasında sayılan ağırlaştırıcı nedenler 159b maddesi bakımından da aynen geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir.

159c maddesinde ise, 159a ve 159b maddesinde düzenlenen suçların failinin tekerrür halinde bu fiilleri işlemesi veya bu suçların bir örgüt faaliyetiyle bağlantılı olarak işlenmesi halleri her iki maddede öngörülen cezalara nazaran daha ağır bir yaptırımla karşılanmıştır.

Ceza Kanunu dışında 2003 yılında kabul edilen 46 sayılı İnsan Ticaretine Karşı Yasada⁴⁵⁷ (Law on Countering Trafficking in Human Beings) insan ticaretinin önlenmesi, suçla mücadele edilmesi, suç mağdurlarına destek olunması ve korunmaları amacıyla alınması gereken tedbirler ve yetkili makamların suçla mücadele amacıyla üstlendikleri görevler, çeşitli birimler arasında işbirliği ve mücadele teknikleri gibi konular düzenlenmektedir. Yasanın önemli bir bölümü, insan ticaretiyle mücadele için ulusal ve yerel komisyonların kurulması ile bunların görev ve yetkilerine ilişkin kurallara ve geçici barınma merkezlerinin açılması, başta koruma olmak üzere çeşitli hizmetlerin sağlanması gibi mağdurlarla ilgili konulara ayrılmıştır.

Bulgaristan'da Bakanlar Konseyi tarafından, insan ticaretinin önlenmesi ve bu suçla mücadele amacıyla her yıl yeni bir Ulusal Program kabul edilmektedir. Yine aynı amaçlarla, Organize Suçla Mücadele Başkanlığı bünyesinde insan ticareti konusunda uzman özel bir birim kurulmuştur. 2008 yılında tam zamanlı olarak insan ticareti vakalarıyla ilgilenmek üzere 13 polis memuru görevlendirilmiştir⁴⁵⁸.

Yüksek Temyiz Savcılığı (The Supreme Cassation Prosecutor Office in Bulgaria) verilerine göre, Bulgaristan'da insan ticareti suçu nedeniyle 2004 yılında 130, 2005 yılında 159, 2006 yılında 219, 2007 yılında 209, 2008 yılı Ocak ve Ekim ayları arasında 74 kişi hakkında soruşturma açılmıştır. Aynı kaynak, bu suç nedeniyle yargılanan kişilerin sayısını ise 2003, 2004, 2005 ve 2006 yıllarında sırasıyla 13, 44, 63 ve 97 olarak belirtmektedir. İnsan ticareti suçundan dolayı hakkında mahkumiyet kararı verilen kişiler ise 2004 yılında 3 olarak belirtilirken, 2007 yılında bu sayı 85'e ulaşmış, 2008 yılının Ocak ve Ekim ayları arasında ise bu suç nedeniyle 34 kişinin mahkum olduğu tespit edilmiştir⁴⁵⁹.

Bulgaristan'da insan ticareti nedeniyle mağdur olarak tespit edilen kişiler arasında en büyük oranı yetişkin kadınların oluşturduğu ve bunu 18 yaşından küçük kız çocuklarının izlediği görülmektedir. Diğer cinsiyetlere ve yaş gruplarına nazaran az

⁴⁵⁷ Kanunun İngilizce metnine Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın cinsiyet eşitliğine ayrılmış platformu olan "Kadınlar ve Erkekler için Eşit Fırsatlar" konulu web sayfasından ulaşılabilir (http://www.mlsp.government.bg/equal/equalen/trafficking_Bulgaria_4.pdf). (Erişim tarihi : 07.06.2010).

⁴⁵⁸ Global Report on TIP 2009, s. 240.

⁴⁵⁹ İbid.

ölçüde olmakla birlikte yetişkin erkekler ve çok az sayıda 18 yaşın altındaki erkek çocukları da mağdurlar arasında yer almaktadır⁴⁶⁰. Bununla birlikte, bu veriler yalnızca resmi makamlar ve sivil toplum örgütleri (STÖ) tarafından mağdur olarak tespit edilmiş kişileri yansıtmaktadır. Çeşitli nedenlerle tespit edilemeyen mağdurların oranı bilinemeyeceğinden, yukarıda verilen sayıların bir kesinlik taşımadığı ve ülkenin tamamı için “genel” nitelikte bir veri olarak değerlendirilemeyeceğinin altı çizilmelidir.

b) Çin

Çin, insan ticareti bakımından aynı zamanda bir geçilen ülke ve hedef ülke özelliği taşımaktaysa da, kaynak ülke olarak daha belirgin bir yere sahiptir⁴⁶¹. Hatta, Tayland ile birlikte Asya kıtası ölçeğinde bu özelliğiyle konumlandırılan en önemli merkezlerden birini teşkil etmektedir. Hedef ülke olarak Çin’e, Vietnam ve Laos’tan evlilik ve cinsel sömürü maksatlarıyla kadınlar ve kız çocukları getirilmektedir. Kaynak ülke olarak ise; cinsel sömürü, evlilik, fabrika işçiliği ve çiftlik işlerinde çalıştırılmak gibi amaçlarla yine kadınlar ve kız çocukları ticarete konu edilmektedir. ABD menşeli bir kuruluş olan “Çin’de İnsan Hakları” (Human Rights in China), Güney Doğu Asya’da Tayland, Malezya, Burma, Vietnam, Laos ve Kuzey Kore gibi ülkelere her yıl yaklaşık 10,000 Çinli kadının ticaretinin yapıldığına ilişkin tahminlerde bulunmaktadır⁴⁶². Çin kaynaklı insan ticareti faaliyetinin Asya bölgesi dışında yöneldiği diğer ülkeler arasında ise Batı Avrupa ve ABD belirtilebilir⁴⁶³. Çin’de çocuk ticaretinin büyük bir kısmının seks endüstrisine yönelik olduğu belirtilmektedir. 1995 ve 1996 yılına ait Çin Hükümeti kayıtlarında 3200’den fazla çocuğun, çocuk ticareti ağlarından kurtarıldığı rapor edilmiştir⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ İbid., s. 241.

⁴⁶¹ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 89. Bununla birlikte; insan ticareti hakkında 2010 ABD Raporunda herhangi birine vurgu yapılmaksızın, Çin hem bir kaynak ve hedef ülke hem de bir geçilen ülke olarak konumlandırılmıştır (US TIP Report 2010, s. 111)

⁴⁶² LUCKOO, F. – TZVETKOVA M., Combatting Trafficking in Persons: A Directory of Organizations, Created by the Anti-Trafficking Programme, Change, London, 2002, s. 43.

⁴⁶³ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 89. ABD 2010 İnsan Ticareti Raporuna göre Çin kaynaklı insan ticaretinde diğer hedef ülkeler; Birleşik Krallık, Almanya, Malezya, Tayvan, Angola, Uganda, Gana, Zambia, Trinidad ve Tobago, Mozambik, Tanzanya, Güney Afrika, Şili, Polonya, İtalya, Fransa, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, Belçika, Hollanda, İspanya, Ukrayna, Azerbaycan, Bahreyn, İsrail, Birleşik Arap Emirlikleri, Afganistan, Maldivler, Umman ve Katar’dır (US TIP Report 2010, s. 112).

⁴⁶⁴ Combatting Trafficking in Persons, s. 43.

Çin Ceza Kanununda (ÇCK) kadın veya çocukların kaçırılması veya bu kişilerin ticaretinin yapılması cezalandırılmakta, kaçırmak veya ticaretini yapmaktan ise; bir kadının veya çocuğun satmak maksadıyla kaçırılması, satın alınması, getirilmesi, gönderilmesi veya devredilmesi gibi hareketlerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir (md. 240)⁴⁶⁵. Suçun basit hali için öngörülen ceza 5 yıldan 10 yıla kadar hapis ve para cezasıdır. Kanunda, failin bu fiilleri işlemek amacıyla kurulmuş bir çetenin lideri olması, suçun mağdurunun üç veya daha fazla kişi olması, şiddet, zor kullanma veya anestezi uygulamak suretiyle işlenmesi, mağdur kadına karşı cinsel saldırıda bulunulması, fuhşa zorlanması veya bu maksatla satılması, satmak maksadıyla bir bebeğin veya çocuğun kaçırılması gibi belirli koşulların varlığı halinde suçun yaptırımı olarak 10 yıldan az olmamak üzere hapis ve para cezası veya müsadere öngörülmektedir. Kanunda, koşulların özellikle özellikle ağır olması⁴⁶⁶ halinde suçun ölüm cezasını ve müsadereyi gerektireceği düzenlenmiştir⁴⁶⁷. ÇCK’da, kaçırılmış bir kadın veya çocuğu satın almak da üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir (md. 241). Bundan başka, kamu görevlilerinin satılmış bir kadın veya çocuğu kurtarmalarını şiddet veya tehdit yoluyla engellemek de ayrı bir başlık altında düzenlenerek, bu fiilin ÇCK’da öngörülen “kamu görevi yapamı şiddet veya tehdit yoluyla engellemek” (md. 277) suçu çerçevesinde cezalandırılacağı belirtilmiştir.

c) Hindistan

Hindistan insan ticaretinden bir kaynak, geçilen ve hedef ülke olarak çeşitli yönlerden etkilenmektedir⁴⁶⁸. Bununla birlikte, Hindistan’ın bir hedef ülke olarak

⁴⁶⁵ Çin Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. <http://www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalLawENG.php> (erişim tarihi:22.06.2010).

⁴⁶⁶ Çin Ceza Kanununun 240. maddesinde, “if the circumstances are especially serious” ifadesine yer verilmektedir. Bu ifadeyi “koşulların özel olarak ağır olması” hali biçiminde Türkçeye çevirmenin uygun olacağı düşünülmüştür. Ancak, bu koşulların neler olduğuna dair en azından yasanın ilgili maddelerinde bir açıklamaya rastlanmamıştır.

⁴⁶⁷ Çin Ceza Kanununun Çin Ceza Kanununun 240. Maddesinin İngilizce metni şu şekildedir: “Whoever abducts and traffics in a woman or child shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than five years but not more than 10 years and shall also be fined; if he falls under any of the following categories, he shall be sentenced to fixed-term imprisonment of not less than 10 years or life imprisonment and shall also be fined or sentenced to confiscation of property; if the circumstances are especially serious, he shall be sentenced to death and also to confiscation of property”.

⁴⁶⁸ Combatting Trafficking in Persons, 94. Aynı yönde bkz. US TIP Report 2010, s. 171. BM’nin “Trafficking in Persons:Global Patterns” başlıklı 2006 tarihli Raporunda, içinde uluslararası, ulusal, bölgesel nitelikte raporların, istatistiklerin, akademik çalışmaların, resmi makamlar tarafından sunulan verilerin, gazetelerde ve dergilerde yayınlanan yazıların, STÖ çalışmalarının ve raporlarının da bulunduğu

konumlandırılmasının daha çok Asya'daki "bölge-içi" insan ticareti akımlarından kaynaklandığı, ancak Hindistan'ın dünya genelinde bu suç bakımından daha çok kaynak ülke özelliği gösterdiği anlaşılmaktadır⁴⁶⁹. Hindistan'ın kaynak ülke olduğu insan ticaretinde hedef olarak en fazla Batı Asya bölgesi öne çıkmaktadır. Bunun dışında; Bahreyn, Kanada, Fransa, Almanya, Kuveyt, Malezya, Hollanda, Pakistan, Suudi Arabistan, Singapur, Tayland, Türkiye ve Tanzanya diğer hedef ülkeler arasında sayılmaktadır. Hindistan'a yönelen insan ticaretinde ise Bangladeş ve Nepal kaynak ülkeler olarak tespit edilmektedir⁴⁷⁰.

2009 yılının son aylarında Hindistan İçişleri Bakanlığı, ülkede gerçekleştirilen insan ticaretinin cinsel istismarı, zorla çalıştırmayı ve borç karşılığı köleleştirmeyi içerdiği değerlendirmesini yapmıştır⁴⁷¹. Hindistan'da en sık rastlanan istismar biçimleri bakımından çeşitli Raporlara yansıyan bilgiler genel olarak değerlendirildiğinde, zorla çalıştırma ve cinsel istismarın en ön sırada yer aldıkları görülmektedir⁴⁷². Ayrıca Hindistan'dan Orta Doğu ve daha az ölçüde olmakla birlikte Avrupa ve Birleşik Devletler'e, ev hizmetlisi ve düşük vasıflı işçiler olarak çalışmak için kendi iradeleriyle göç eden kişilerin büyük bir kısmının insan ticareti mağduru haline gelebildikleri belirtilmektedir⁴⁷³.

Hindistan Anayasasının 23(1). maddesinde insan ticareti ve zorla çalıştırma özel olarak yasaklanmaktadır⁴⁷⁴. Ayrıca Hindistan, 1956 yılında insan ticaretini cezalandıran

insan ticaretiyle ilgili bilgi içeren küresel boyutta çok sayıda kaynağa dayanılarak, dünyada insan ticareti faaliyetlerinde ülkelerin konumlarına (kaynak, geçilen ve hedef ülke) ilişkin bir derecelendirme yapılmıştır. Bu derecelendirmelerde Hindistan, kaynak ve hedef ülke olarak konumuna göre "yüksek", geçilen ülke olarak ise "orta" ölçekte sınıflandırılmıştır. (sıralamada esas alınan değerler şunlardır: çok düşük, düşük, orta, yüksek ve çok yüksek.) (Appendices to the Report "Trafficking in Persons: Global Patterns", s. 121) (bkz. www.unodc.org/documents/human-trafficking/HT-globalpatterns-en-appendices.pdf) (erişim tarihi: 15.10.2009).

⁴⁶⁹ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 24 ve ayrıca s. 80.

⁴⁷⁰ Appendices to the Report "Trafficking in Persons: Global Patterns", s. 121.

⁴⁷¹ US TIP Report 2010, s. 171. Raporda ayrıca borç karşılığı köleleştirilen çok sayıda Hindistan vatandaşının tuğla ocaklarında, çeltik işlenmesinde, tarımda ve iplik fabrikalarında zorla çalıştırıldıkları belirtilmektedir.

⁴⁷² Global Report on TIP 2009, s. 197, 198 (Tablo no. 177, 178, 179); US TIP Report 2010, s. 171, 172. Bununla birlikte Hindistan'da bazı bölgelerde (özellikle Kerala bölgesinde), zorla evlendirme biçimindeki istismar türünün cinsel istismarı ve zorla çalıştırmayı fazlasıyla geçecek kadar yaygın olduğu dikkat çekmektedir (Global Report on TIP 2009, s. 198, Tablo no. 178).

⁴⁷³ US TIP Report 2010, s. 171-172.

⁴⁷⁴ Global Report on TIP 2009, s. 195; NAIR P.M. – SEN, Sankar, Trafficking in Women and Children in India, National Human Rights Commission, New Delhi, 2005, s. 194.

bir yasa kabul etmiştir. Kız çocuklarının Ahlakdışı Ticareti Hakkında Yasa, 1978 ve 1986 yıllarında esaslı değişikliklere uğramış ve bu kapsamda yasanın başlığı da “Ahlakdışı İnsan Ticaretinin Önlenmesi Yasası” (Immoral Trafficking Prevention Act – ITPA) olarak değiştirilmiştir⁴⁷⁵. Yasanın amaçları arasında; sömürülen kadın ve kız çocuklarını kurtarmak, toplumsal ahlakın bozulmasını önlemek ve ülkenin çeşitli yerlerinde yaygınlaşmış fuhuş ortadan kaldırmak sayılmıştır⁴⁷⁶. 2006 yılında yeni bir Ahlakdışı İnsan Ticaretinin Önlenmesi Yasa Tasarısı hazırlanmış, ancak henüz yasalaşmamıştır.

ITPA, insan ticaretini geniş bir biçimde ele alan özel bir yasadır. Yasada; genelev, çocuk, fuhuş, koruma evi, özel kolluk görevlisi ve insan ticaretiyle görevli kolluk personeli gibi kavramlar tanımlanmıştır. Yasada; genelev işletmek veya bir yerin genelev olarak kullanılmasına izin vermek (md. 3), fuhuştan elde edilen kazançla geçinmek (md. 4), kişileri fuhuş için tedarik etmek, teşvik etmek veya kabul etmek (md. 5), bir kişiyi fuhuş yapılan yerde alıkoymak (md. 6), kamusal alanlarda veya kamusal alanlara yakın yerlerde fuhuş yapmak (md. 7), fuhuş amacıyla baştan çıkarma ve ayartma (md. 8), gözetim altındaki bir kişinin baştan çıkarılması (md. 9) suçları düzenlenmiştir⁴⁷⁷.

ITPA çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, Hindistan’da 1997-2001 yılları arasında çeşitli yasa uygulayıcı makamlar tarafından rapor edilen sayıların istikrarlı bir artışa işaret ettiği tespit edilerek, bu sayı yıllık ortalama 8927 suç olarak belirtilmiştir⁴⁷⁸.

Yalnızca kadın ve çocukların cinsel sömürü amacıyla ticaretini kapsamaması nedeniyle sınırlı bir uygulama alanı olan ITPA’nın dışında, insan ticareti fiillerini cezalandırmak bakımından uygulanan diğer önemli kaynak 45 sayılı ve 1860 tarihli Ceza Kanunu hükümleridir. Bu bakımdan en çok başvuru alan hükümler; Ceza Kanundaki; bir çocuğun dilendirmek amacıyla kaçırılması veya sakatlanması (md. 363A), 18 yaşından küçük kızların tedarik edilmesi (md. 366A), yabancı ülkeden getirilen 21 yaşından küçük kızların ülkeye sokulması (md.366B), bir kimseyi bedenen

⁴⁷⁵ Global Report on TIP 2009, s. 240; NAIR – SEN, s. 194.

⁴⁷⁶ İbid.

⁴⁷⁷ İbid.

⁴⁷⁸ İbid., s. 197.

ağır bir zarara maruz bırakmak, kölelik durumuna koymak vb. amaçlarıyla kaçırmak veya alıkoymak (md. 367), bir kişiyi köle olarak satın almak veya bir kişi üzerinde köle olarak tasarrufta bulunmak (md. 370), köle ticaretini meslek ve sanat haline getirmek (md. 371), bir çocuğun fuhuş amacıyla satılması (md. 372), çocuğun fuhuş amacıyla satın alınması (md. 373), hukuka aykırı olarak zorla çalıştırma (md. 374) suçlarıdır⁴⁷⁹.

Ceza Kanununda bulunan bu düzenlemelere bakıldığında; insan ticareti suçunun maddi unsuru olarak değerlendirilebilecek bazı hareketler (tedarik etme, kaçırma, ülkeye sokmak vb.) ya da sömürü biçimleri (fuhuş yaptırmak, cinsel ilişkiye zorlamak, köle durumuna koymak, zorla çalıştırmak vb.) bakımından belirli bir düzeyde örtüşmenin bulunduğu, ancak doğrudan ve genel insan ticareti fiillerini kapsayan bir çerçeve hükmün eksikliği tespit edilmektedir. Ayrıca, yukarıda zikredilen Hindistan Ceza Kanunu maddelerinin önemli bir kısmının cinsel sömürü amacıyla gerçekleştirilen fiilleri cezalandırmaya yönelik olduğunun da altı çizilmelidir.

Hindistan'da her eyalet yasa yapma yetkisine sahiptir ve merkezi insan ticaretiyle mücadele yasalarının gereklerine uygun olarak, herbirinin insan ticareti ile mücadele konusunda kendi politikaları bulunmaktadır⁴⁸⁰. Ulusal yasal düzenlemelerde bir boşluk bulunması halinde, mahkemeler, Anayasa ve diğer yasalarla uyumlu olduğu sürece uluslararası düzenlemeleri uygulayabilmektedir⁴⁸¹.

Ülkede insan ticaretiyle ilgili yasal düzenlemeleri uygulayan makamlar bakımından, tacirlere ve mağdurların temel haklarının ihlalden sorumlu diğer kişilere karşı, polis ve yargı makamları nezdinde yapılan işlemlerin yetersizliğine dair tespitlerin bulunduğu görülmektedir. Özellikle insan ticareti davalarındaki delil durumu bakımından, faillere karşı birincil derecedeki tanıklar mağdurlar olarak değerlendirilmektedir. Organize suçluluğun söz konusu olduğu vakalarda, mağdurlar büyük bir çaresizlik ve korku içinde bulunmaktadır⁴⁸². Bunun dışında ceza adaleti sistemi bakımından yapılan bir diğer önemli eleştiri; yasal düzenlemenin, kolluğun,

⁴⁷⁹ Hint Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. <http://indiacode.nic.in/> (*Hukuk ve Adalet Bakanlığı, Kanunlar Dairesi Resmi Web Sitesi, erişim tarihi: 11.06.2010*).

⁴⁸⁰ Global Rapport on TIP 2009, s. 195.

⁴⁸¹ NAIR – SEN, s. 186.

⁴⁸² İbid, s. 19.

kendilerine önleme görevi verilmiş gibi daha pro-aktif bir rol oynamasını gerektirmekteyken, kolluğun, suçun kaynağı yerine ortaya çıkışına odaklanmak suretiyle, sürece katılımını daha ziyade tepkisel (reaktif) tedbirlerle sınırlamasıdır⁴⁸³.

d) Estonya

Estonya, özellikle zorla fuhuş yaptırma maksadıyla kadınların ve zorla çalıştırma maksadıyla erkeklerin ve kadınların ticaretinde bir kaynak ülke, daha az düzeyde de bir geçilen ülke özelliği taşımaktadır. Cinsel istismar maksadıyla ticarete konu olan Estonyalı kadın mağdurlar, Estonya dışında özellikle Finlandiya, Hollanda, Birleşik Krallık ve İtalya gibi ülkelerde tespit edilmektedir. Zorla çalıştırma maksatlı insan ticaretinde ise hedef ülkeler arasında özellikle İspanya, Norveç ve Finlandiya yer almaktadır⁴⁸⁴.

Estonya mevzuatında insan ticareti suçu özel bir düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Bu nedenle, insan ticareti fiilleri, uygun düştüğü ölçüde 6 Haziran 2001 tarihli Ceza Kanununda yer alan diğer suçlar vasıtasıyla cezalandırılmaya çalışılmaktadır⁴⁸⁵. Bunlar arasında; Kişilere Karşı Suçlar'ın düzenlendiği dokuzuncu kısımda, “Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümde yer alan köleleştirme (md.133), adam kaçırma (md. 134), hukuka aykırı olarak hürriyetten yoksun kılma (md. 136), organların veya dokuların hukuka aykırı olarak alınması (md. 139), kişiyi organ veya doku vermeye ikna etmek (md. 140) gibi suçların yanı sıra on birinci kısımda, Aileye ve Çocuklara Karşı Suçlar arasında düzenlenen çocuk hırsızlığı (md. 172), çocukların satılması veya satın alınması (md. 173), çocukları fuhşa teşvik etmek (md. 175), çocukların dahil olduğu fuhşa yardım etmek (md. 176), çocukların pronografik materyallerin üretiminde kullanılması (md. 177), çocuğun suçun işlenmesinde kullanılması (md. 181) gibi diğer suçlar belirtilebilir⁴⁸⁶. Bunlara ek olarak, kamu düzenine karşı suçlar arasında onaltıncı kısım, ikinci bölümde yer alan (aracılık yapmak,

⁴⁸³ DWCD'den aktaran: NAİR – SEN, s. 20.

⁴⁸⁴ US TIP Report 2010, s. 143.

⁴⁸⁵ Global Report on TIP 2009, s. 248.

⁴⁸⁶ Estonya Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1280/file/4d16963509db70c09d23e52cb8df.htm/previous> (erişim tarihi: 11.06.2010)

yer sağlamak veya başka bir suretle) fuhşa yardım (md. 268-1) suçu da insan ticareti fiillerini cezalandırmak amacıyla başvuru hukümler arasında sayılmalıdır⁴⁸⁷.

Kanunda bu suçlara ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak dikkati çeken özellik; genelde para veya hapis cezasının seçimlik olarak öngörülmesi ve suçların basit hallerinin ağır cezalar gerektirmemesidir. Örnek olarak; köleleştirme suçunun basit halinin cezası 1 ila 5 yıl olarak düzenlenmiş, suçun iki veya daha fazla kişiye veya çocuklara karşı işlenmesi halinde ise 3 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yine çocukların satılması veya satın alınması halinde fiilin basit şeklinin 1 ila 5 yıl hapis cezasını gerektirmesi bu durumun bir diğer örneğidir.

Estonya hükümeti 2006 yılında insan ticaretiyle ilgili bir Ulusal Eylem Planı kabul etmiştir. Bunun yanında, Kuzey Bölgesi Emniyet Teşkilatı (Northern Police Prefecture) bünyesinde insan ticaretiyle ilgili suçlarla uğraşan özel bir polis birimi bulunmaktadır. BM nezdinde hazırlanan Küresel İnsan Ticareti Raporunda insan ticaretiyle bağlantılı suçlara ilişkin istatistiklere yer verilmiştir, ancak insan ticaretini özel olarak cezalandıran bir yasal mevzuatın eksikliği, bu fiillerle ilgili yapılan yargılamalara ve mahkûmiyetlere ilişkin istatistiki bilgilere ulaşılması bakımından önemli bir engel oluşturmaktadır.

İstatistiklere göre; Estonya'da kolluk, 2006 yılında insan ticaretiyle bağlantılı 135, 2007'de 136 vaka tespit etmiştir. 2006 yılında 84 kişi hakkında insan ticaretiyle bağlantılı suçlar işlemleri nedeniyle mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu sayı 2007 yılında 77, 2008'in ilk yarısında ise 76 olarak belirtilmiştir⁴⁸⁸.

e) Rusya Federasyonu

Rusya, mevzuatında insan ticaretiyle ilgili oldukça kapsayıcı bir yasal düzenlemenin bulunmasına karşın; zorla çalıştırma ve cinsel sömürü amacıyla erkeklerin, kadınların ve çocukların ticarete konu edildiği bir kaynak, transit ve hedef ülke olarak konumlandırılmaktadır. Bu özelliğine karşın, Rusya'nın, Türkiye bakımından kaynak ülke özelliğinin öne çıkması nedeniyle, bu alt bölüm içerisinde incelenmesi tercih edilmiştir. Kaynak ülke olarak Rusya'dan Güney Kore'ye, Çin'e, Bahreyn'e, Umman'a ve Japonya'ya cinsel sömürü, borç köleliği ve başta tarım ve

⁴⁸⁷ Global Report on TIP 2009, s. 248.

⁴⁸⁸ Global Report on TIP 2009, s. 248.

balıkçılık sektöründe olmak üzere zorla çalıştırma maksatlarıyla kadın ve erkeklerin ticareti yapılmaktadır. Özellikle kadınların cinsel sömürü maksadıyla Türkiye'ye, Yunanistan'a, Güney Afrika'ya, Almanya'ya, Polonya'ya, İtalya'ya, İsrail'e, İspanya'ya, Vietnam'a, Tayland'a, Avusturya'ya, Yeni Zelanda'ya ve Orta Doğu'ya yapılan ticarete konu olmaktadır⁴⁸⁹.

ILO'nun Raporlarında; Rusya'da insan ticaretinin en çok karşılaşılan biçiminin iş gücü sömürüsü maksadıyla yapılan ticaret olduğu görüşü ağırlık kazanmaktaysa da, IOM'un, göçmen ve insan ticareti projeleri kapsamında elde ettiği bilgiler doğrultusunda cinsel sömürü amacıyla yapılan ticaretin işgücü sömürüsünden daha yaygın olduğu belirtilmektedir⁴⁹⁰.

1996 tarihli Rus Ceza Kanununa, 2003 yılında 162 nolu Yasayla 127-1 ve 127-2 maddelerinin eklenmesiyle Rusya'da ilk kez insan ticareti suçu özel olarak düzenlenmiştir. Bu suç, BM Protokolünün 3. maddesinde sayılan bütün istismar biçimlerini içermektedir. "İnsan ticareti" başlıklı 127-1. maddenin birinci fıkrasında; istismar amacıyla bir kişinin satın alınması, satılması, tedarik edilmesi, devredilmesi, bir yerden başka bir yere taşınması, barındırılması veya kabul edilmesi insan ticareti olarak tanımlanmakta ve fiil 5 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmektedir. Maddede 2 numaralı açıklayıcı notta; bu madde bakımından istismarın, kişinin başkaları tarafından fuhuş faaliyetinde kullanılmasını veya cinsel istismarın diğer biçimlerine maruz bırakılmasını, esaret koşullarında çalıştırılmasını, başkasının buyruğu altına alınmasını (subjection) ifade ettiği belirtilmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında; insan ticareti suçunun çocuğa karşı işlenmesi, sınıraşan nitelikte işlenmesi, mağdurun kimliğine ilişkin belgelere el konulması, bunların gizlenmesi veya ortadan kaldırması suretiyle işlenmesi, zor kullanmak suretiyle veya zor kullanma tehdidiyle işlenmesi ve mağdurun organlarının ve dokularının alınması amacıyla işlenmesi gibi nedenlerle cezanın artırılması öngörülmüştür. Suçun örgütlü olarak işlenmesi, mağdurun ölümüne veya yaşamı bakımından ağır bir tehlikeye neden olacak şekilde işlenmesi gibi ihtimaller, 127-1. maddedeki suç için en ağır cezayı gerektiren nitelikli haller arasında

⁴⁸⁹ US TIP Report 2010, s. 279.

⁴⁹⁰ İbid.

sayılmıştır ve bu durumlar için 8 yıldan 15 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmektedir⁴⁹¹.

İstismar amacıyla kişilerin satılmasını, satın alınmasını, tedarik edilmesini ve benzeri fiillere konu edilmesini insan ticareti başlığı altında suç haline getiren Ceza Kanununda, 127-2. maddede istismar biçimlerinden biri olan kölelik koşullarında çalıştırma ayrıca cezalandırılmıştır⁴⁹². Buna ek olarak, Ceza Kanununda bir kişiyi fuhşa yönlendirmek veya yapmakta olduğu fuhşa devam etmesi için zorlamak (md. 240), yer sağlamak veya sistematik olarak bir takım yerleri fuhuş yapılması için tahsis etmek suretiyle fuhuş organize etmek (md. 241) ve pornografik içerik taşıyan materyallerin veya nesnelerin üretimini, dağıtımını, reklamını yapmak (md. 242) gibi fiilleri cezalandıran hükümler de insan ticareti fiilleri bakımından uygulanabilmektedir.

2008 yılında Federal Meclis'e, Ceza Kanununun 127-1. maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin bir yasa tasarısı sunulmuştur. Bu tasarıda özellikle insan ticareti suçunun tanımının iyileştirilmesi amaçlanmaktadır⁴⁹³.

Rusya Federasyonu İçişleri Bakanlığı, yapılan ihbarlar ve şikayetler ile açılan soruşturmaların sayısına ilişkin istatistikleri toplamakta ve rapor hazırlamaktadır. Bu istatistiklere göre; 2008 yılında Ceza Kanunu'nda düzenlenen insan ticareti suçu kapsamında 95 vaka ile ilgili olarak soruşturma başlatılmış ve 68 ihbar ve şikayet kaydı tutulmuştur. 2007 yılına ait rakamların ise soruşturmalar bakımından 2008 yılına oranla %15 daha fazla, ihbar ve şikayetler bakımından ise % 4.6 daha az olduğu tespit edilmiştir. Ceza Kanunu'nun esaret koşullarında çalıştırmaya ilişkin 127-2. maddesi kapsamında ise 16 vaka ile ilgili soruşturma başlatılmış ve 7 adet ihbar ve şikayet kaydı tutulmuştur. 2007 yılında ise bu rakamlara oranla açılan soruşturma sayısının % 59, ihbar ve şikayet kaydının ise % 71 daha fazla olduğu belirtilmektedir. 2009 yılının ilk

⁴⁹¹Rusya Federasyonu Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1697/file/0cc1acff8241216090943e97d5b4.htm/preview>. (erişim tarihi 06.04.2010)

⁴⁹² Suçun basit hali 127-2. maddenin birinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: "üzerinde köleliğe benzer bir hakimiyet kurulan ve kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle istenen hizmeti yerine getirmeyi reddedemeyen kişinin çalışmasından yararlanmak 5 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır".

⁴⁹³ Global Report on TIP 2009, s. 224.

yarısında ise yetkili merciler tarafından insan ticaretine ilişkin 63 vakayla ve esaret koşullarında çalıştırmaya ilişkin 4 vakayla ilgili soruşturmaya başlanmıştır⁴⁹⁴.

Rusya’da, insan ticaretiyle mücadele ile görevli makam İçişleri Bakanlığı’dır. Bakanlık bu mücadeleyi Sosyal Düzenin Sağlanması Bölümü, Organize Suçlulukla ve Terörizmle Mücadele Bölümü, Ceza Soruşturmaları Bölümü ve Soruşturmalar Komitesi gibi birimler aracılığıyla gerçekleştirmektedir⁴⁹⁵.

Doğrudan insan ticareti suçu vakalarının yanında, 2006-2007 yıllarında Rusya’da yetkili makamlar tarafından, “fuhuş organizasyonu” suçu kapsamında 3000 civarında ve pornografik malzemelerin üretilmesini ve dağıtımını cezalandıran hükümler kapsamında 6000’den fazla olay tespit edilmiştir⁴⁹⁶. Gerçekten de cinsel sömürü biçimleri içerisinde özellikle internette dağıtımı yapılmak üzere çocuk pornografisi içeren materyallerin üretiminin oldukça yaygın olduğu, ancak özellikle katı polis soruşturmaları ve yabancı ülke makamları ile yapılan işbirliği sonucunda Batı Avrupa ve ABD gibi bölgelerden Rusya’ya cinsel sömürü amacıyla yapılan çocuk ticaretinde önemli bir düşüş olduğu belirtilmektedir⁴⁹⁷.

f) Moldova

Moldova özellikle cinsel sömürü amacıyla kadınların ve işgücü sömürüsü maksadıyla erkeklerin ticareti bakımından önemli bir kaynak konumundadır. Kadın ve çocukların cinsel istismar amacıyla Moldova’dan Türkiye, İsrail, Birleşik Arap Emirlikleri, Ukrayna, Rusya, Kıbrıs, Yunanistan, Arnavutluk, Romanya, Macaristan, Slovakya, Çek Cumhuriyeti, Avusturya, Fransa, İtalya ve Portekiz gibi ülkelere ticareti yapılmaktadır. Yine erkek ve çocuklar, Rusya ve diğer komşu ülkelere zorla çalıştırma ve dilendirme maksatlarıyla yapılan ticaretin konusu olmaktadır. Erkeklerin inşaat, tarım ve hizmet sektörlerinde çalıştırılmak üzere ticarete maruz kalması giderek daha ciddi bir sorun haline gelmeye başlamıştır. ABD resmi makamlarınca 2009 yılında Ülkelerin İnsan Hakları Uygulamalarına ilişkin hazırlanan ülke raporları içinde Moldova

⁴⁹⁴ US TIP Report 2010, s. 280.

⁴⁹⁵ Global Report on TIP 2009, s. 224.

⁴⁹⁶ İbid.

⁴⁹⁷ US TIP Report 2010, s. 280.

Cumhuriyeti'ndeki durumu yansıtan 11 Mart 2010 tarihli raporda yapılan değerlendirmede; yurt dışında çalışan yaklaşık 900 000 Moldova vatandaşının neredeyse % 1'lik bir kısmının insan ticareti mağduru olduğunun tahmin edildiği belirtilmiştir⁴⁹⁸.

İnsan ticareti suçu, 18 Nisan 2002 tarihli Moldova Ceza Kanununda özel kısmın “Kişi Özgürlüğüne, Onuruna ve Haysiyetine Karşı Suçlar” başlıklı III. Bölümünde, 165. maddede düzenlenmiştir⁴⁹⁹. Aynı bölümde 167. maddede “kişiyi köleliğe ve kölelik benzeri koşullara tabi kılma” ve 168. maddede “zorla çalıştırma” suçları da yer almaktadır. 165. maddenin birinci fıkrasında insan ticareti suçu; bir kişinin, cinsel istismar, zorla çalıştırma veya hizmet ettirme, dilendirme, kölelik veya kölelik benzeri koşullara tabi kılma, silahlı çatışmalarda veya suç faaliyetlerinde kullanma, organların veya dokuların alınması maksatlarıyla, rızasıyla veya rızası hilafına tedarik edilmesi, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması olarak tanımlanmıştır. Buna ek olarak suçun oluşumu için fiilin; a) kaçırmak, kişiye ait belgelerin alıkonulması veya miktarı makul ölçülerde belirlenmeyen bir borcun ödenmesi amacıyla hizmet ettirmek gibi kişinin yaşamı ve sağlığı bakımından tehlike yaratmayacak biçimde fiziksel veya psikolojik şiddet uygulanması tehdidiyle, b) kişiyi aldatmak suretiyle, c) kişinin çaresizliğinden yararlanmak veya nüfuzun kötüye kullanılması ya da belirli menfaatler karşılığında kişi üzerinde denetim yetkisi olan bir kimsenin rızasını elde etmek suretiyle işlenmesi aranmaktadır. Suçun basit hali için öngörülen ceza 5 yıldan 12 yıla kadar hapis ve buna ek olarak belirli hakları kullanmaktan veya belirli faaliyetleri gerçekleştirmekten 2 ila 5 yıl yasaklanmadır. Tüzel kişiler bakımından da ayrıca cezalar öngörülmüştür.

İnsan ticareti suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri ise 165. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında iki ayrı grup halinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda ikinci fıkrada fiilin hamile bir kadına karşı işlenmesi, iki veya daha fazla kişiye karşı işlenmesi, bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi, mağdurun hayatı, fiziksel

⁴⁹⁸ United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Moldova, 11 March 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b9e52d80.html> (erişim tarihi 7 Haziran 2010).

⁴⁹⁹ Moldova Ceza Kanunundaki düzenlemeler bakımından Kanunun UNICEF ve NORLAM işbirliğiyle hazırlanan İngilizce çevirisi esas alınmıştır (<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/14/>) (erişim tarihi: 17.06.2010). Ayrıca Moldova Ceza Kanununun Fransızca metni için bkz. <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1688/file/c90518c6903d85df479cea196319.htm/preview> (erişim tarihi 17.06.2010).

veya ruh sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek ölçüde şiddet uygulanması suretiyle veya kişi üzerinde hakimiyet kurmak maksadıyla işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamelede bulunulmak suretiyle veya ırza geçmek, fiziksel bağımlılıktan faydalanılması yoluyla veya silahla işlenmesi gibi haller sayılarak, bu fiiller için 7 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür. Üçüncü fıkrada ise; suçun örgütlü olarak veya bir suç örgütü tarafından işlenmesi ya da mağdur bakımından ağır bedensel zarara veya psikolojik rahatsızlığa veya mağdurun ölümüne ya da intihar etmesine neden olması halleri 10 yıldan 20 yıla kadar hapis cezasını gerektiren nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.

2009 yılı içerisinde hükümet, ulusal hukukun AB standartlarına uyumunun sağlanması çabasıyla insan ticareti suçuna ilişkin cezaların sürelerini kısaltmıştır. Örneğın, insan ticareti suçunun basit hali için 7 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngörölürken, bu süre 5 ila 12 yıla indirilmiş, suçun tekerrür halinde işlenmesi ve nitelikli hali 10 yıldan 20 yıla kadar hapis cezasını gerektirmekteyken, mevcut düzenlemede alt sınır 7 yıl, üst sınır ise 15 yıl hapis cezası olarak öngörölmüştür⁵⁰⁰.

Moldova mevzuatında Ceza Kanunu dışında insan ticaretini düzenleyen bir de özel yasa bulunmaktadır. 20 Ekim 2005 tarihli “İnsan Ticaretini Önleme ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Yasası”⁵⁰¹ (İTÖY) insan ticaretiyle mücadele ve önleme (md. 6-14), insan ticareti mağdurlarına destek ve mağdurların korunması (md. 15-24), çocuk ticaretiyle mücadele ve önleme (md. 25-29), cezai sorumluluk (md. 30-32) ve uluslararası işbirliği (md. 33, 34) gibi konuları düzenleyen 35 maddelik bir yasadır. İTÖY’nin “Temel Kavramlar” başlıklı 2. maddesinde “insan ticareti”; “*bir kişinin, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidiyle veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma veya kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı tedarik edilmesi, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim*

⁵⁰⁰ United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices-Moldova.

⁵⁰¹ Law on Preventing and Combatting Trafficking in Human Beings. 241-XVI sayılı ve 20 Ekim 2005 tarihli Yasanın, AGİT Moldova Misyonu tarafından hazırlanan resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.unhcr.org/refworld/type,LEGISLATION,,MDA,4c3d839f2,0.html> (erişim tarihi: 11.07.2010).

alınması” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın İnsan Ticareti Hakkında BM Protokolünün 3. maddesinin a) bendinin ilk cümlesiyle birebir örtüştüğünün altı çizilmelidir. 2. maddenin 2. bendinde “çocuk ticareti” ayrıca tanımlanmıştır. Yine 2. maddenin 3 numaralı bendinde “istismar” teriminin neleri kapsayacağı oldukça ayrıntılı bir liste verilerek açıklanmıştır.

ABD resmi makamlarınca hazırlanan Moldova Cumhuriyeti’nin 2009 yılı İnsan Hakları Uygulamalarına ilişkin 11 Mart 2010 tarihli Raporda; düşük ve yüksek seviyedeki kamu görevlilerinin, sınırlarda görevli memurların ve polis memurlarının insan ticareti faaliyetlerine dahil oldukları yönünde tespitlerin yer aldığı belirtilmektedir. Raporda; ayrıca, suça iştirak eden kamu görevlilerinin soruşturulması, yargılanması ve mahkum edilmesi bakımından yeterli çabayı göstermemesi nedeniyle, uluslararası kuruluşlar ve diğer ülke hükümetler tarafından Moldova Hükümetine yöneltilen eleştirilerden söz edilmiştir. İçişleri Bakanlığına bağlı İnsan Ticaretiyle Mücadele Biriminde önceki dönemde görev alan çalışanların, haklarında soruşturma yürütülen bazı suç ağlarını koruduğu iddiaları üzerine 2008 yılında savcılık inceleme başlatmıştır⁵⁰².

İçişleri Bakanlığı tarafından, 2009 yılı boyunca sayıları kırka ulaşan yasadışı göç ve insan ticareti ağı hakkında soruşturma başlatılmış ve tamamlanmıştır. Bunlardan dokuzu cinsel sömürü ve işgücü sömürü maksadıyla insan ticareti, yedisi sınıraşan nitelikte fuşşa aracılık, altısı çocukların yasadışı olarak ülke dışına çıkarılması ve onsekizi yasadışı göç faaliyetlerine ilişkindir⁵⁰³. 2010 yılı itibariyle, insan ticareti suçu nedeniyle yapılan yargılamalar arasında, işgücü istismarı maksadıyla işlenen fiillerin oranı % 6 olarak tespit edilmiştir⁵⁰⁴.

g) Romanya

Romanya, özellikle cinsel istismar ve zorla çalıştırma amacıyla insan ticareti bakımından kaynak, geçilen ve daha az ölçüde de hedef ülke olma özelliklerini bir arada taşıyan bir konumdadır. Hedef ülke olarak Romanya’ya yönelen insan ticaretinde kaynak ülkeler; Moldova, Kolombiya ve Fransa ve özellikle zorla çalıştırma maksadı

⁵⁰² United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices-Moldova.

⁵⁰³ İbid.

⁵⁰⁴ Unprotected Work, Invisible Exploitation, s. 51.

bakımından Demokratik Kongo Cumhuriyeti ve Honduras'tır. Romanya'nın kaynak ülke olarak konumlandırıldığı insan ticareti faaliyetlerinde ise, cinsel sömürü, zorla dilendirme ve tarım, inşaat ve hizmet sektörlerinde zorla çalıştırma maksatları öne çıkmakta ve bu bakımdan daha çok İspanya, İtalya, Yunanistan, Çek Cumhuriyeti ve Almanya gibi ülkeler hedef teşkil etmektedir. Yine cinsel istismar ve iş gücünün istismarı amacıyla Romanyalı erkek ve kadınların konu edildiği insan ticaretinde diğer hedef ülkeler Kıbrıs, Hollanda, Slovakya, Polonya, Portekiz, Belçika, Türkiye, İsveç, Macaristan ve Danimarka olarak belirtilebilir⁵⁰⁵.

Romanya'da insan ticareti suçu ilk olarak 2001 yılında özel bir yasada düzenlenmiş ve bu düzenleme 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve İnsan Ticaretiyle Mücadele (İTÖİTM) başlıklı, 678/2001 sayılı bu Yasa 2003 yılında değişikliğe uğramıştır. İnsan Ticaretine ilişkin BM Ek Protokolünün 3. maddesinde asgari gereklilik olarak sayılan bütün insan ticareti biçimleri bu özel Yasa kapsamında cezalandırılmıştır. 2006-2010 yılları için uygulanması öngörülen İnsan Ticaretiyle Mücadele Ulusal Stratejisi 2006 yılında kabul edilmiştir⁵⁰⁶.

Bunun dışında ayrıca 2004 yılında kabul edilerek 2005 yılında yürürlüğe giren Romanya Ceza Kanununun⁵⁰⁷ "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı birinci kısmında dördüncü bölümde "Kişi Özgürlüğüne Karşı Suçlar" başlığı altında 204. maddede "Yetişkin İnsan Ticareti" ve 205. maddede "Çocuk Ticareti" cezalandırılmıştır. Yine Ceza Kanununda aynı bölümde insan ticaretinin yanı sıra kölelik (md. 202) ve zorla çalıştırma (md. 203) suçları da düzenlenmektedir.

204. maddede cezalandırılan fiil; tehdit veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile veya aldatma, nüfuzun kötüye kullanılması ya da kişinin kendini savunmak ve iradesini açıklama imkânının olmamasından yararlanma suretiyle veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye parasal veya başka türlü çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı olarak tedarik edilmesi, taşınması, devredilmesi, barındırılması veya üzerinde egemenlik kurulmasıdır. Bu şekilde

⁵⁰⁵ US TIP Report 2010, s. 277.

⁵⁰⁶ Global Report on TIP 2009, s. 272.

⁵⁰⁷ Romanya Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1965/file/c1cc95d23be999896581124f9dd8.htm/preview> (Erişim tarihi: 06.07.2010).

tanımlanan suçun basit halinin cezası 3 yıldan 12 yıla kadar hapis olarak öngörülmüştür. Cezanın en fazla ağırlaştığı hal; fiilin işlenmesi neticesinde mağdurun ölmesi veya intihar etmesi olarak öngörülmüş ve bu durumun 15 yıldan 25 yıla kadar hapis cezasını ve belirli hakları kullanmaktan yasaklanmayı gerektireceği düzenlenmiştir.

204. maddenin 4. fıkrasında, esasında iştirak kuralları çerçevesinde cezalandırılabilir bir hareketin özel düzenlemeye kavuşturulmuş olması dikkati çekmektedir. Burada; Romanya vatandaşı olmayan veya Romanya’da ikamet etmeyen bir insan ticareti mağdurunun, bu durumu bilerek, hileli hareketlerle, şiddet veya tehdit yoluyla veya diğer bir zorlama biçimine başvurarak veya mağdurun ülkeye yasadışı ya da zor koşullarda giriş yapmasından veya bu koşullarda bulunmasından, hamile oluşundan, hastalık, sakatlık, fiziksel veya ruhsal bir eksiklikten kaynaklanan özel durumunu kötüye kullanmak suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak Romanya sınırlarından girmesine veya burada kalmasına neden olmanın veya imkan sağlamanın 204. maddenin birinci fıkrasındaki gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir.

205. maddede düzenlenen çocuk ticaretinde yine 204. maddenin birinci fıkrasında olduğu gibi çocuğun tedarik edilmesi, taşınması, devredilmesi, barındırılması veya çocuk üzerinde egemenlik kurmak suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerdir. Bu suçun 204. maddede cezalandırılan insan ticareti suçundan en önemli farkı hiçbir araç fiile yer verilmemiş olmasıdır. Çocuğun 15 ila 18 yaşında olması ile 15 yaşından küçük olmasına göre ikili bir ayırım yapılarak, ikinci halde daha ağır ceza öngörülmesi yoluna gidilmiştir. Buna göre 15 yaşından büyük bir çocuk suçun konusu olduğu takdirde 3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörülmüş, 15 yaşından küçük bir mağdura karşı suçun işlenmesi ise 15 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Çocuk ticareti suçunun araç fiillere başvurulmak suretiyle işlenmesi ise suçun nitelikli hali biçiminde düzenlenmiştir.

Romanya Ceza Kanununun 206. maddesinde gerek insan ticareti suçu, gerekse çocuk ticareti suçu bakımından mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

678 sayılı İTÖİTM Yasasının 12. maddesinde tanımlanan insan ticareti, Ceza Kanununun 204. maddesindeki düzenleme ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Maddi unsuru oluşturan hareketler; tedarik etme, bir yerden başka bir yere taşıma, devretme, barındırma ve teslim alma olarak sayılmıştır. Araç fiiller ise, Ceza Kanununun 204. maddesinde sayılanlarla aynıdır. Yasanın 13. maddesinde tanımlanan çocuk ticareti suçunun Ceza Kanununun 205. maddesine göre taşıdığı en önemli farklılık, 15 yaşından küçük ve büyük olan çocukların mağdur olmaları arasında bir ayırımı gidilmemesi ve genel olarak çocuk ticareti suçunun cezasının 5 yıldan 15 yıla kadar hapis olarak öngörülmesidir.

İTÖİTM Yasasının 17 ve 18. maddelerinde “İnsan Ticaretiyle Bağlantılı Suçlar” başlığı altında iki suç tipi daha düzenlenmiştir. 17. maddede; Romanya vatandaşı olmayan bir insan ticareti mağdurunun, bu durumu bilerek, hileli hareketlerle, şiddet veya tehdit veya diğer zorlama biçimlerine başvurarak veya bu kişinin Romanya’ya yasadışı girişinden veya bu koşullarda bulunmasından, hamile oluşundan, hastalık ve fiziksel veya ruhsal bir engelden kaynaklanan çaresizliğini kötüye kullanmak suretiyle, doğrudan veya dolaylı olarak ülkeye girmesini veya burada kalmasını teşvik etmek ya da kolaylaştırmak biçimindeki hareketin de insan ticareti suçunun cezasıyla cezalandırılacağı belirtilerek, esasında Ceza Kanununun 204/4. maddesindeki düzenlemeyle örtüşen bir hükme yer verilmiştir. 18. maddede ise; pornografik nitelikte ve 18 yaşından küçüklerle ilgili görsel içeriğe sahip materyallerin veya nesnelere satış, dağıtım, gösterimi, kiralanması, üretimi ve bulundurulması suç olarak düzenlenmiştir.

İTÖİTM Yasasında ayrıca mağdurların korunması ve yardım konusu oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Yasada; mağdurların tanık olarak korunması, bu kişilerin çeşitli merkezlerde barındırılması veya ülkelerine geri gönderilmesi, mağdurlara psikolojik ve hukuki destek sağlanması gibi konularla ilgili hükümlere yer verilmiştir.

2003-2007 yılları arasında Romanya’da insan ticareti suçu nedeniyle hakkında mahkumiyet kararı verilen kişilerin yıllara dağılımına bakıldığında; 2003 yılında 36’sı erkek, 13’ü kadın olmak üzere toplam 49 kişi, 2004 yılında 86’sı erkek, 17’si kadın olmak üzere toplam 103 kişi, 2005 yılında (111 erkek, 35 kadın) toplam 146 kişi, 2006

yılında (139 erkek, 48 kadın) 187 kişi ve 2007 yılında toplam 188 kişinin bu suç nedeniyle hüküm giydiği tespit edilmiştir⁵⁰⁸. Bu sayının beş yıllık sürede “673” gibi yüksek bir rakama ulaşmış olması önemlidir. 2008 yılında soruşturmaya konu olan insan ticareti vakalarını sayısı ise 494 olarak belirtilmiştir⁵⁰⁹.

Romanya’da 2005-2007 yıllarında polis tarafından tespit edilen insan ticareti mağdurlarının uğradıkları istismar biçimlerine göre dağılımında ise en çok cinsel istismar amacıyla yapılan insan ticaretinin öne çıktığı (2005 yılında 1764, 2006 yılında 1451, 2007 yılında 724 mağdur), bunu büyük bir farkla zorla çalıştırmanın (2005 yılında 541, 2006 yılında 624, 2007 yılında 877 mağdur) ve dilendirme (2005 yılında 177, 2006 yılında 183, 2007 yılında 146 mağdur) izlediği görülmektedir⁵¹⁰.

Romanya’da işlenen insan ticareti suçunda mağdurların cinsiyetlerine dağılımını tespit eden istatistiklere göre en yüksek oranı kadın mağdurların oluşturduğu, daha az bir oranla kız çocuklarının ve erkek mağdurların bu grubu izlediği anlaşılmaktadır⁵¹¹. Özellikle 16 ila 25 yaş arasındaki kadınların cinsel istismar amacıyla işlenen insan ticareti mağdurları arasında en önemli risk grubunu oluşturduğu belirtilmektedir⁵¹².

ABD resmi yetkilileri tarafından hazırlanan ve Romanya’nın İnsan Ticareti Konusundaki 2009 yılına ait uygulamalarını konu alan Raporda; Romanya hükümetinin, insan ticaretinin ortadan kaldırılması konusundaki asgari standartları tam olarak gerçekleştirememesi de çok belirgin bir çaba gösterdiği tespit edilmiştir. Bu kapsamda; mağdurlara yardım amacıyla faaliyetlerde bulunan STÖ’lere sağlanan fonların artırılması, cinsel sömürü ve iş gücü sömürüsü amacıyla yapılan insan ticareti konusunda bilinçlendirme çalışmaları, yabancı ülke makamlarıyla işbirliğinin artırılması gibi icraatlar belirtilmiştir. Bununla birlikte, Raporda, özellikle iş gücü sömürüsü

⁵⁰⁸ Bu veriler Romanya Emniyet Teşkilatı İnsan Ticaretiyle Mücadele Araştırma Merkezi ve Organize Suç ve Terör Suçlarını Soruşturma Başkanlığı tarafından sağlanmıştır (Global Report on TIP 2009, s. 272).

⁵⁰⁹ US TIP Report 2010, s. 278.

⁵¹⁰ Bu bilgiler Romanya Emniyet Teşkilatı İnsan Ticaretiyle Mücadele Araştırma Merkezi verilerine dayanmaktadır (Global Report on TIP 2009, s. 273).

⁵¹¹ Bu rakamlar 2005-2008 yıllarında Organize Suç ve Terör Suçlarını Soruşturma Başkanlığı tarafından yapılan istatistiklere dayanmaktadır (Global Report on TIP 2009), s.273.

⁵¹² United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Romania, 11 March 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b9e52c7c.html> (erişim tarihi 7 Haziran 2010).

amacıyla işlenen insan ticareti fiillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması konusunda daha yoğun adımlar atılması önerilmektedir⁵¹³.

h) Ukrayna

Ukrayna, uluslararası insan ticareti bakımından en önemli kaynak ülkelerden biridir. Rusya, Polonya, Türkiye, İtalya, Çek Cumhuriyeti, Avusturya, Hollanda, Portekiz, Yunanistan ve İspanya ticarete konu edilen Ukraynalı erkek, kadın ve çocuklar bakımından en önemli hedef ülkeleri teşkil etmektedir⁵¹⁴. Ukrayna kaynaklı insan ticaretinde hedeflenen diğer bölgeler arasında Orta Doğu (Suriye, Mısır, İsrail ve Birleşik Arap Emirlikleri) ve Japonya sayılabilir⁵¹⁵. Ukrayna aynı zamanda, Orta Asya, Rusya Federasyonu ve Moldova'dan batıya veya Orta Doğu'ya yapılan insan ticareti bakımından da bir geçilen ülkedir⁵¹⁶.

İnsan ticareti suçu, Ukrayna'da birçok Avrupa ülkesiyle karşılaştırıldığında oldukça erken bir tarihte, 1998 yılında Ceza Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Ukrayna Ceza Kanunu 2001 yılında değiştirilmiş ve mevcut düzenlemede 149. maddede insan ticareti suçuna yer verilmiştir. Bu madde daha sonra 2006 yılında bir değişikliğe uğramıştır⁵¹⁷.

Ukrayna Ceza Kanununun 149. maddesinin başlığı⁵¹⁸ “İnsan ticareti ve insanlarla ilgili diğer hukuka aykırı anlaşmalar” biçimindedir. Suç, Kanunun özel kısmında “Kişi Özgürlüğüne, Şerefine ve Onuruna Karşı Suçlar” başlığını taşıyan III. Bölümde yer almaktadır. Birinci fıkrada suçun basit halinde “*kişilerin istismar amaçlı olarak; aldatma, şantaj veya çaresizliğinden yararlanmak suretiyle ticareti veya tedarik edilmesi, bir yerden bir yere taşınması, barındırılması, devri veya teslim alınması veya kişiyi bir nesne yerine koyan hukuka aykırı her türlü anlaşma*” cezalandırılmaktadır. Bu fiilin karşılığı olarak yasada 3 yıldan 8 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza

⁵¹³ US TIP Report 2009-Romania.

⁵¹⁴ Combating Trafficking in Persons, s. 199; United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Ukraine, 11 March 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b9e52ae80.html> (erişim tarihi 7 Haziran 2010).

⁵¹⁵ Combating Trafficking in Persons, s. 199.

⁵¹⁶ United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices-Ukraine.

⁵¹⁷ Global Report on TIP 2009, s. 229.

⁵¹⁸ Ukrayna Ceza Kanununun 149. maddesinin İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/7058> (erişim tarihi: 14.07.2010).

öngörülmektedir. İkinci fıkrada bu fiillerin bir küçüğe karşı veya iki ya da daha fazla kişiye karşı işlenmesi, tekerrür halinde işlenmesi, bir kamu görevlisi tarafından görevin kötüye kullanılması suretiyle veya mağdurun maddi olarak veya başka bir nedenle bağımlı olduğu bir kimse tarafından işlenmesi veya mağdurun ya da yakınlarının hayatını veya sağlığını tehlikeye koymayacak ölçüde şiddet uygulanmak suretiyle işlenmesi ya da bu tür bir şiddet tehdidiyle işlenmesi suçun nitelikli halleri arasında sayılmış ve karşılığında 5 yıldan 12 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. 149. maddede suçun en ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri olarak üçüncü fıkrada; maddenin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen fiillerin 14 yaşından küçük bir çocuğa karşı veya bir suç örgütü tarafından veya mağdurun ya da yakınlarının hayatını veya sağlığını tehlikeye koyacak ölçüde şiddet uygulanması suretiyle veya bu tür bir şiddet uygulanacağı tehdidiyle işlenmesi veya ağır sonuçlara neden olması belirtilmiştir. Bu durumda fiilin karşılığı olarak, 8 yıldan 15 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür.

Ukrayna Ceza Kanununun 149. maddesinde belirtilen bazı kavramların açıklanması ve belirli hallerde sorumluluğun belirlenmesi konusunda yol gösterici olması amacıyla maddenin altında üç adet not yer almaktadır. 1. numaralı notta, “istismar” kavramının; cinsel istismarın bütün biçimlerini, pornografi alanında kullanmayı, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, kölelik veya köleliğe benzer uygulamaları, esareti, borç için kölelik durumuna koymayı, organların alınmasını, bir kişi üzerinde rızasına aykırı olarak deney yapılmasını, ticari nedenlerle evlat edinmeyi, zorla hamileliği, suç faaliyetine dahil etmeyi, silahlı çatışmalarda kullanmayı ifade ettiği belirtilmiştir. 2 numaralı notta, “çaresizlik” kavramı tanımlanmış, 3 numaralı notta ise bir çocuğun tedarik edilmesi, bir yerden bir yere taşınması, barındırılması, devri veya teslim alınması hallerinde; bu fiillerin aldatma, şantaj, çaresizlikten yararlanma, şiddet uygulama veya şiddet uygulama tehdidi, görevin kötüye kullanılması gibi araç fiillere başvurularak veya mağdurun maddi veya diğer nedenlerle bağlı olduğu bir kişi tarafından işlenip işlenmediğinin cezai sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınacağı belirtilmiştir.

149. maddenin mevcut hali 2006 yılında yapılan değişiklikten sonraki durumu yansıtmaktadır. Bu değişiklikten önceki düzenleme özellikle, suçun basit halinde hiçbir

araç fiile yer verilmemiş olması, hareketin belirli bir ödeme karşılığında yapılmasının aranması ve suçun bir unsuru olarak mağdurun yasal ya da yasa dışı olarak Ukrayna sınırları dışına taşınmasına işaret etmesi gibi nedenlerle eleştirilen bir hükümdü^{519 520}. Bugünkü düzenleme, belirtilen sakıncaları ortadan kaldırmakla birlikte, bir takım eksiklikler içerdiği açıktır. Örneğin, İnsan Ticareti Hakkında BM Ek Protokolüyle karşılaştırıldığında, en sık başvuru alan araç fiiller olarak cebir, tehdit ve hileye 149. maddenin birinci fıkrasında yer verilmediği görülmektedir.

2005 yılında Ukrayna İçişleri Bakanlığı bünyesinde İnsan Ticaretiyle Mücadele Bölümü oluşturulmuştur. Ukrayna'nın bütün bölgelerinde bu Bölümün birim ve daireleri kurulmuştur. Aynı zamanda Ulusal Güvenlik Merkezi, Ukrayna'da insan ticareti karşıtı faaliyetleri koordine etmekle görevli ilgili makamlarla yakın işbirliği içinde çalışmaktadır⁵²¹.

IOM ve Aile, Gençlik ve Spor Bakanlığı'nın tespitlerine göre 2009 yılının ilk dokuz ayı içerisinde 40'ı çocuk, 536 insan ticareti mağduru kaydedilmiştir. Buna karşılık, İçişleri Bakanlığı, 2009 yılı süresince tespit edilen mağdur sayısının; 226'sı kadın, 82'si erkek ve 51'i çocuk olmak üzere 359 olduğunu belirtmiştir.

2009 yılı içerisinde; Özbekistan uyruklu bir kişinin Ukrayna'ya yapılan insan ticaretine konu olduğunu, 11 kişinin ise ülke sınırları içinde ticaret mağduru olduğu IOM tarafından tespit edilmiştir. Belirtilen 11 kişiden altısının Birleşik Arap Emirlikleri'ne, dördünün Türkiye'ye ve birinin ise Kıbrıs'a götürülmesinin hedeflendiği belirtilmiştir.

Ukrayna'da bu suçun mağdurları arasında özellikle 30 yaşından küçük kadınların cinsel istismar amaçlı ticareti bakımından öne çıktığı, bunun yanında özellikle işgücü

⁵¹⁹ 149. madde, 12 Ocak 2006 tarihli Yasayla değiştirilmeden önce birinci fıkrada suçun basit hali şu şekilde düzenlenmekteydi: "Cinsel istismar, pornografi alanında veya suç faaliyetlerinde kullanmak, kölelik durumuna sokmak, ticari amaçlarla evlat edinmek, silahlı çatışmalarda kullanmak, iş gücünün sömürülmesi maksatlarıyla; bir insanın belli bir ödeme karşılığında satılması veya başka türlü devri veya bir insanın, rızasıyla ya da rızası hilafına yasal ya da yasa dışı olarak Ukrayna sınırları dışına götürülmesi suretiyle daha sonra satılması veya herhangi birine devri amacıyla yapılan diğer yasadışı ticareti 3 yıldan 8 yıla kadar hapis cezasını gerektirir" (PYSHCULINA, Olga, "Human Trafficking and Legal Practice: A New Challenge for Ukraine", Central European University, Center for Policy Studies – Open Society Institute, CPS International Policy Fellowship Program, Budapest, 2006, s. 39).

⁵²⁰ PYSHCULINA, s. 40 vd.

⁵²¹ Global Report on TIP 2009, s. 229.

sömürüsü amacıyla her yaştan erkeğin mağdur olarak tespit edildiği ve çocuk mağdurlar açısından ise daha çok 16 yaşından küçüklerin cinsel sömürü ve iş gücü sömürüsü maksadıyla yapılan ticarete konu olduğu ABD resmi makamları tarafından hazırlanan Ukrayna'nın 2009 yılına ait İnsan Hakları Uygulaması konulu Rapora yansıyan bilgiler arasındadır⁵²².

Yine aynı Raporda, IOM kaynaklı verilerde mağdurların % 58 gibi yüksek bir oranla temsil edilen kısmının cinsel istismar amaçlı insan ticareti mağduru olduğu, %37'lik bir oranın işgücü istismarı amacıyla, %3'lük bir bölümün her iki istismar biçimi amaçlanarak, % 2'lik küçük bir oranın ise zorla dilendirme amacıyla suça konu edildikleri belirtilmiştir. Bu oranlarla ilgili olarak IOM tarafından altı çizilen bir başka husus da 2008 yılıyla karşılaştırıldığında, tek başına işgücü sömürüsü maksadına yönelik insan ticareti fiillerinde bir azalma, ancak cinsel sömürü ve işgücü sömürüsü maksatlarının birlikte yer aldığı fiillerde bir artış olmasıdır. Yine IOM tarafından gerçekleştirilen bir çalışmaya göre, 1991 yılından beri Avrupa'da, Orta Doğu'da ve Rusya'da – türlerine göre ayırım yapmaksızın – 117 000 kişinin istismar koşullarına zorlandığı belirtilmiştir.

BM tarafından hazırlanan ve küresel ölçekte insan ticareti faaliyetlerini konu alan 2009 tarihli Rapora göre; Ukrayna'da 2003 yılında 53, 2004 yılında 69, 2005 yılında 115 ve 2006 yılında ise 86 kişi hakkında insan ticareti suçu nedeniyle mahkumiyet kararı verilmiştir⁵²³.

ABD Resmi Makamlarınca yayınlanan Ukrayna'nın insan hakları uygulamaları konulu Raporda ise 2009 yılı boyunca İçişleri Bakanlığı tarafından 279 insan ticareti vakasının tespit edildiği, bu fiili işleyen 10 organize suç örgütünün faaliyetine son verildiği ve 180 fail hakkında ithamda bulunduğu açıklanmıştır. Raporda ayrıca, 45'i çocuk, 353 insan ticareti mağduru ülkeye geri gönderildiği belirtilmektedir⁵²⁴.

Yine 2009 yılına ait rakamlara bakıldığında; yılın ilk yarısında 34 insan ticareti vakası hakkında yargılama yapıldığı, bunlardan 28'inde suçun sabit olduğuna

⁵²² United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices-Ukraine.

⁵²³ Global Report on TIP 2009, bkz. Figure 250, s. 229.

⁵²⁴ United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices-Ukraine.

hükmolunarak toplam 49 fail hakkında mahkumiyet kararı verildiği kaydedilmektedir. Mahkum olanlardan 18'i temyiz başvurusunda bulunmuş ve tamamının cezaları ertelenmiştir. Yılın ilk altı ayı içerisinde, hakkında denetimli serbestlik yerine hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanmasına karar verilen kişilerin oranının, 2008 yılının aynı dönemiyle karşılaştırıldığında % 42 oranında artış gösterdiği belirtilmiştir⁵²⁵.

İnsan ticaretiyle mücadele uzmanları; mağdurlar hakkındaki olumsuz önyargıları ve saldırgan kovuşturma yöntemleri nedeniyle savcıların, insan ticaretiyle mücadelede genellikle en zayıf halka olduklarını belirtmektedir⁵²⁶.

4. Geçilen Ülkelerin Kanunlarında İnsan Ticareti Suçunun Düzenlenişi

a) Meksika

Meksika, özellikle zorla fuhuş yaptırma ve zorla çalıştırma maksadıyla yapılan insan ticareti bakımından bir kaynak, geçilen ve hedef ülke olarak konumlandırılmaktadır⁵²⁷. Büyük çoğunluğu Orta Amerika'dan, özellikle de Guatemala, Honduras ve El Salvador gibi ülkelere gelen ve önemli bir kısmı ABD'ye, daha küçük bir bölümü ise Kanada ve Batı Avrupa'ya giden, zorla çalıştırma ve cinsel kölelik maksadıyla insan ticaretine konu olan yabancı uyruklu mağdurlar bakımından Meksika bir geçilen ülke olmaktadır. Bunun yanında; Meksika'da, Güney Amerika, Karayipler, Doğu Avrupa, Asya ve Afrika kaynaklı insan ticareti mağdurları da tespit edilmektedir. Bunların bir kısmı bakımından ülke, ABD'ye gidiş yolunda bir geçilen ülke olmaktadır. Yine, ABD'de aileleriyle buluşmak üzere tek başlarına yola çıkan çocuklar özellikle Guatemala sınırı yakınında insan tacirlerinin eline düşebilmektedir⁵²⁸.

Meksika kaynaklı insan ticaretinde ise ABD, Avrupa ve Kanada'nın yanı sıra ülke içindeki belirli merkezlerin hedeflendiği tespit edilmiştir⁵²⁹. Hükümet ve STÖ

⁵²⁵ İbid.

⁵²⁶ İbid.

⁵²⁷ US TIP Report 2010, s. 232.

⁵²⁸ İbid.

⁵²⁹ United States Department of State, *2009 Country Reports on Human Rights Practices - Mexico*, 11 March 2010 (Raporun tamamı için bkz. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b9e52d88f.html>) (Erişim tarihi: 11.08.2010).

istatistikleri; Meksika’da zorla çalıştırmanın boyutlarının zorla fuhuştan daha geniş olduğuna işaret etmektedir⁵³⁰.

Ülkede insan ticareti suçu mağduru olma tehlikesiyle en çok karşı karşıya olan grupların; kadınlar, çocuklar, yerliler ve geçerli belgeleri olmayan göçmenler olduğu görülmektedir. Meksikalı kadınlar, kız ve erkek çocukları ülke içinde ve ABD’de seks köleliğine maruz kalmakta, sahte iş teklifleriyle tuzağa düşürülerek yoksul tarım bölgelerinden şehirlere, sınır bölgelerine ve turistik merkezlere doğru yolculuğa çıkarılacaklarına inandırılmaktadırlar. Mağdurlara aynı zamanda, ABD’de ve Meksika’da ev hizmetlerinde, sokak dilencilikte ve inşaat sektöründe zorla çalışma koşulları dayatılmaktadır⁵³¹.

Meksika’da insan ticaretinin yöneldiği sektörler arasında; fuhuş, tarım işçiliği, *maquila*⁵³² fabrikaları, ev hizmetleri, sokak dilencilik, inşaat ve kayıt dışı ticaret sayılmaktadır⁵³³.

Yasal çerçeve incelendiğinde ilk olarak, Meksika Ceza Kanununda⁵³⁴ “Kişi Özgürlüğüne Karşı Suçlar” başlığı altında III. Bölümde suçun özel bir hükümde düzenlendiği görülmektedir. “İnsan Ticareti ve Fuhuş için Aracılık” başlıklı 206. maddede; “*ticari amaçlarla cinsel ilişkiye sevk etmek suretiyle bir başkasının bedenini sömürmek, bu faaliyete dayanarak geçimini sürdürmek veya bu faaliyetten herhangi bir şekilde kazanç sağlamak (md. 206/1); bir kimseyi başkasıyla ticari amaçlı cinsel ilişkiye sevk etmek veya teşvik etmek ya da fuhuş yapmasını kolaylaştırmak (md. 206/2); fuhuş yapan bir kimseyi, buluşma evlerini veya bu amaç için kullanılan diğer yerleri, fuhuş sömürme maksadıyla idare etmek, işletmek veya finanse etmek ya da bu faaliyetlerden herhangi bir şekilde kazanç elde etmek (md. 206/3)*” fuhuş için aracılık suçu olarak

⁵³⁰ US TIP Report 2010, s. 233.

⁵³¹ İbid., s. 232.

⁵³² Özel bir gümrük rejimine göre faaliyet gösteren, montaj veya imalat amacıyla gümrükten muaf şekilde geçici olarak malzeme, parça veya ekipman ihraç eden ve ardından bitmiş ürünü pazara ithal eden fabrikalar *maquila fabrikaları* olarak adlandırılmaktadır (Human Trafficking Assessment Tool Report for Mexico, March 2009, American Bar Association, Washington, 2009, s. 7, dpn. 2).

⁵³³ Human Trafficking Assessment Tool Report, s. 11.

⁵³⁴ Meksika Ceza Kanununun İspanyolca metninin tamamı için bkz. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm> (Erişim tarihi: 12.08.2010).

tanımlanmaktadır⁵³⁵. 206. maddenin başlığında “insan ticareti” ifadesi kullanılmasına karşılık maddede yalnızca fuhuş için aracılık suçunun tanımlanması dikkati çekmektedir. Nitekim bu husus; kanun hükmünde iki suç arasında kesin bir ayırım yapılmadığı biçiminde eleştirilerek bu durumun iki farklı şekilde yorumlanabileceği belirtilmiştir: ya her iki suçun da aynı nitelikte olduğu ve bu nedenle aynı şekilde cezalandırıldığı; ya da cinsel sömürü söz konusu olduğu sürece bu iki suçun örtüştüğü ve bu haliyle de yasada hiçbir ayırım yapılmaksızın tipikleştirildiği kabul edilecektir⁵³⁶. Hangi yorum biçimi kabul edilirse edilsin, Federal Ceza Kanununda yer alan insan ticareti suçuna ilişkin düzenlemenin cinsel istismar haricindeki sömürü biçimlerini, özellikle insan ticareti olgusunun doğasında bulunan “bir yerden başka bir yere taşıma, tedarik etme, devretme” gibi fiillerle ifade edilen “hareketlilik” unsurunu, sınırötesi niteliğini ve son olarak mağdurun iradesine yönelen “araç fiilleri” gözardı ettiği açıktır.

Federal Ceza Yasası içinde yine aynı bölümde, 203. maddede “18 yaşından küçüklere veya olayın ağırlığını anlama ya da fiile karşı koyma yeteneği olmayan kişilere karşı seks turizmi suçu” düzenlenmiştir. Madde kapsamında, belirtilen mağdur gruplarına karşı cinsel sömürü maksadıyla gerçekleştirilen fiiller yer almakta ve kişilerin bu amaçla Meksika’ya giriş veya ülkeden çıkışlarını kolaylaştırmak, organize etmek, teşvik etmek ya da desteklemek gibi hareketler cezalandırılmaktadır. Dördüncü bölümde 204. maddede ise, yine 18 yaşından küçüklere, fiilin ağırlığını anlama ya da karşı koyma yeteneği bulunmayan kişiler bakımından fuhuş için aracılık suçuna yer verilerek yukarıda belirtilen 206. maddenin içeriğiyle örtüşen bir düzenleme yapılmıştır. Son olarak Yasanın 205bis maddesinde “18 yaşından küçüklerin, fiilin ağırlığını anlama yeteneği ya da işlenen fiile karşı koyma imkanı bulunmayan kişilerin ticareti” başlığı altında bir başka suç düzenlenmektedir. Madde başlığında her ne kadar “ticaret” sözcüğü kullanılmış da olsa; hükmün içeriğinde Yasanın 200, 201, 202, 203 ve 204. maddelerine atıfta bulunularak bu fiillerin failin sıfatı, mağdur ile ilişkisi gibi nedenlerle cezasının ağırlaştırılması söz konusudur.

⁵³⁵ CICERO-DOMINGUEZ, Salvador A., Assessing the U.S.-Mexico Fight against Human Trafficking and Smuggling: Unintended Results of U.S. Immigration Policy, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 4, Issue 2 (Fall 2005), s. 310.

⁵³⁶ İbid.

Bunun dışında; ulusal normları İnsan Ticaretine ilişkin BM Protokolü başta olmak üzere uluslararası düzenlemelere uygun hale getirmek için Kasım 2007’de İnsan Ticaretini Önleme ve Cezalandırma Federal Yasası kabul edilmiştir⁵³⁷ (İTÖCFY). Yasada; insan ticareti suçu tanımlanmakta, insan ticaretine karşı çeşitli birimler oluşturulması ve insan ticaretiyle mücadelede bir ulusal program hazırlanması öngörülmektedir. İTÖCFY, ülkenin tamamında Federal Ceza Yasası ile birlikte uygulanan bir özel yasa niteliğindedir⁵³⁸. Yeni yasa, aynı zamanda mağdurlara yönelik yardım ve hizmetlere ilişkin hükümler de içermekte ve yasanın uygulanması için fon talep etme ve insan ticaretini önlemek amacıyla bir ulusal eylem planı uygulama yetkisine sahip bir dairelerarası federal komisyon kurulmasını düzenlemektedir. Bu komisyonun başında İçişleri Bakanlığı bulunmaktadır⁵³⁹.

İTÖCFY’nin 5. maddesinde insan ticareti; “bir kimseyi kendisi ya da bir başkası için, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, cinsel istismara, köleliğe veya kölelik benzeri uygulamalara tabi kılmak, organların, dokuların veya diğer vücut parçalarının alınması maksatlarıyla; fiziksel veya psikolojik şiddet kullanmak, kandırmak veya nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle teşvik etmek, tahrik etmek (kışkırtmak), tedarik etmek, devretmek, teslim etmek, teslim almak veya bunun yolunu kolaylaştırmak” biçiminde tanımlanmıştır⁵⁴⁰. Suçun bu şekildeki basit hali; 6 ila 10 yıl hapis cezası ve 500 ila 1500 gün para cezası ile cezalandırılmaktadır.

Yasada; şiddet, kandırmak veya nüfuzu kötüye kullanmak biçimindeki araç fiillerden herhangi birine başvurulduğunda mağdurun rızasının geçersiz olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 5/2. maddede, fiilin 18 yaşından küçük veya olayın ağırlığını anlama veya fiile karşı koyma yeteneği bulunmayan bir kişiye karşı işlenmesi halinde araç fiillerin suçun unsuru olmayacağı belirtilmiştir⁵⁴¹. Bu

⁵³⁷ Human Trafficking Assessment Tool Report, s. 15.

⁵³⁸ İbid.

⁵³⁹ Global Report on TIP 2009, s. 134.

⁵⁴⁰ İTÖCFY’nin 5. maddesinin İngilizce metninde yer alan tanım: “*A person who promotes, solicits, offers, facilitates, obtains, transfers, delivers or receives for themselves or for a third person, an individual through physical or moral violence, deception or the abuse of power in order to submit them to sexual exploitation, forced labor or services, slavery or practices similar to slavery, servitude, or the removal of an organ, tissue, or its components commits the crime of trafficking in persons*” biçimindedir (Human Trafficking Assessment Tool Report, s. 40).

⁵⁴¹ İbid., s. 44.

koşulların bulunması ayrıca suçun nitelikli hali olarak kabul edilmekte ve 9 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası ile 750 ila 2250 gün para cezası ile karşılanmaktadır.

İTÖCFY’de insan ticareti suçunun diğer nitelikli halleri; fiilin bir kamu görevlisi veya mağdur ile arasında kan hısımlığı, evlilik ilişkisi bulunan ya da mağdur ile aynı konutta yaşayan bir kişi tarafından işlenmesidir. Bu hallerde, suçun cezası yarısı oranında artırılmaktadır (md. 6 /III (a)-(b))⁵⁴².

Meksika 31 eyalete ve 1 Federal bölgeye sahiptir ve her eyalet, kendi anayasasına ve insan ticareti konularıyla ilgilenmek üzere kendi adalet sistemine sahiptir. İnsan ticareti ancak üç ya da daha fazla birey dahil olduğunda, tekerrür halinde işlendiğinde ve uluslararası bir niteliğe sahip olduğunda federal yetki alanına dahil olmaktadır⁵⁴³.

Cumhuriyet Savcılığı Bürosu Ocak 2008’de İnsan Ticareti ve Kadına Karşı Şiddet Suçları Özel Federal Savcılığını (FEVIM-TRA) kurmuştur⁵⁴⁴. FEVIM-TRA, 2009 yılı içerisinde, 3 ya da daha az sayıda şüphelinin dahil olduğu 43 vaka hakkında soruşturma yürütmüştür. Üç kişiden daha fazla şüpheliyi içeren vakalar bakımından soruşturma yetkisi Savcılığa bağlı Özel Organize Suç Bürosuna aittir ve bu birim de aynı yıl içerisinde 5 insan ticareti vakasıyla ilgilenmiştir⁵⁴⁵.

Meksika’da, yetişkinlerin cinsel istismarına bağlı olarak, 2009 yılında 20 000 ila 500 000 insan ticareti vakasının bulunduğu tahmin edilmekte, ancak bu verilere ilişkin herhangi bir resmi istatistiğe ulaşılmamasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁵⁴⁶.

⁵⁴² İbid. s. 51.

⁵⁴³ Mayıs 2008 itibarıyla, beş eyalette (Chihuahua, Guerrero, Zacatecas, Sonora ve Meksiko) insan ticaretini BM Protokolündeki tanıma uygun şekilde düzenleyen yasalar bulunmaktaydı. 14 eyalette yalnızca fuhuş yaptırma amacıyla işlenen insan ticaretini ya da Protokol ile uyumlu olmayan biçimde insan ticaretini cezalandıran düzenlemeler bulunmakta, 4 eyalet ceza kanunlarında insan ticaretiyle ilgili reformlar yapmışlar ve onaylanmasını beklemektedirler ve 8 eyalette insan ticaretiyle mücadele amacıyla herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. (Global Report on TIP 2009, s. 134).

⁵⁴⁴ Federal Special Prosecutor for Crimes of Violence against Women and Trafficking of Persons (Global Report on TIP 2009, s. 134).

⁵⁴⁵ United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices-Mexico.

⁵⁴⁶ Human Trafficking Assessment Tool Report, s. 7.

b) Polonya

Polonya; İtalya, Avusturya, Belçika, Fransa, İspanya, İsveç, Hollanda ve İsrail gibi ülkelerin hedeflendiği zorla çalıştırma ve cinsel istismar maksatlı insan ticaretinde kaynak ülkelerden biridir⁵⁴⁷. Ancak özellikle Polonya'nın Avrupa Birliği'ne ve Schengen Bölgesine katılımı sonrasında geçilen ülke ve hedef ülke konumu daha fazla öne çıkmaktadır⁵⁴⁸. Ülke, bugün Moldova, Ukrayna, Bulgaristan, Romanya, Belarus, Rusya, Sudan, Senegal, Uganda, Kenya, Cibuti, Çin ve Vietnam kaynaklı ve cinsel istismar maksadıyla gerçekleştirilen insan ticaretinde bir hedef ülke ve geçilen ülke konumundadır⁵⁴⁹. Özellikle Almanya yolu üzerinde bir geçiş noktası olarak kullanılmaktadır⁵⁵⁰. Ukrayna, Bulgaristan, Moğolistan ve Vietnam gibi ülkelerden getirilen kadınlar zorla çalıştırma, zorla dilendirme ve borç köleliği suretiyle sömürülmek amacıyla Polonya'ya ve Polonya üzerinden yapılan ticarete konu edilmektedir⁵⁵¹.

Resmi makamlar tarafından, insan ticaretinin geniş çaplı organize suç örgütlerinin kontrolünde olduğu ve mağdurların çoğunlukla ülkeye girişin ya da ülkeden çıkışın sağlanması karşılığında ücret alan kendi ülke vatandaşları tarafından ticarete konu edildikleri belirtilmektedir. Tutuklama istatistikleri, tacirlerin % 25'inin Polonya vatandaşı olmadığını ortaya koymaktadır. Yine resmi makamlara göre, iş bulma ve yetenek ajansları bazı hallerde paravan olarak kullanılmaktadır⁵⁵².

Polis Teşkilatı bünyesinde özel bir birim olarak İnsan Ticaretiyle Mücadele için Merkezi Takım 2006 yılında kurulmuştur. Özel yerel polis birimleri de insan ticareti suçlarıyla ilgilenmektedir⁵⁵³.

⁵⁴⁷ US TIP Report 2010, s. 272.

⁵⁴⁸ "Poland becoming transit, destination country for human trafficking – UN Expert", UN News Center, UN News Service, 29 May 2009 (<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=30961&Cr=human+trafficking&Cr1=>)(Erişim tarihi: 19.08.2010).

⁵⁴⁹ US TIP Report 2010, s. 272.

⁵⁵⁰ Combatting Trafficking in Persons, s. 160.

⁵⁵¹ US TIP Report 2009-Poland. Ayrıca bkz. Combatting Trafficking in Persons, s. 160.

⁵⁵² United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Poland, 11 March 2010 (Raporun tamamı için bkz. <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b9e52ca62.html>) (Erişim tarihi: 7.06.2010).

⁵⁵³ Global Report on TIP 2009, s. 269.

Polonya Ceza Kanununda Kamu Düzenine Karşı Suçlar başlığı altında 253. maddede insan ticareti suçu özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre; kişilerin rızasıyla da olsa ticaretini yapmak 3 yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir. Bu düzenlemede “insan ticareti” tanımına ilişkin hiçbir unsura yer verilmemesinin, diğer bir ifadeyle yasal çerçevedeki eksikliğin etkili kovuşturma yapılmasına engel olduğu görüşü çeşitli raporlara yansımıştır⁵⁵⁴. Uygulamada, yargı makamlarının BM Protokolünde verilen tanımı kabul ettikleri belirtilmektedir. Buna ek olarak, fuhuş yaptırma amacıyla insan ticareti ceza kanununun 204. maddesiyle ve yasadışı evlat edinme, ceza kanununun 253. maddesinin 2. paragrafı kapsamında cezalandırılmaktadır⁵⁵⁵: 253/2. maddede; Ceza Kanununa “*aykırı olarak, maddi menfaat karşılığında çocukların evlat edinilmesini düzenleyen kişinin 3 yıldan 5 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağı*” belirtilmektedir⁵⁵⁶. Bu hükmün, Polonya Ceza Kanunundaki çocuk ticaretiyle ilgili tek düzenleme olduğunun da altı çizilmelidir.

Bununla birlikte, 20 Mayıs 2010 tarihli Yasayla Polonya Ceza Kanununda insan ticaretiyle ilgili köklü değişiklikler yapılmıştır. Değişiklikler, 8 Eylül 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir⁵⁵⁷. 20 Mayıs 2010 tarihli yasayla Ceza Kanununun mevcut halinde insan ticareti suçuna ilişkin 253. maddesi ilga edilerek, madde 115’e yeni bir hüküm eklenmek ve yeni bir 189a maddesi getirilmek suretiyle suçun unsurları ve cezası iki ayrı maddede düzenlenmiştir. “Yasadaki Terimlerin Açıklanması” başlıklı XIV. Bölümünde yer alan 115. maddenin 22. paragrafına eklenen hükümde insan ticareti; “*özellikle fuhuş ve pornografi alanlarında ve cinsel istismarın diğer biçimlerinde yararlanmak, zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, dilendirmek, kölelik veya insan*

⁵⁵⁴ United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices – Poland. Ayrıca bkz. “Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children”, Joy Ngozi Ezeilo, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Human Rights Council, Fourteenth Session, Agenda Item 3 Distr. GENERAL; A/HRC/14/32/Add.3, 1 June 2010, s. 10 (Raporun tamamı için bkz. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.32.Add3.pdf>) (Erişim tarihi: 20.08.2010). Aynı Raporda, mahkemelerin “insan ticareti” tanımı konusunda genellikle şüpheli davrandıkları ve bu nedenle çoğunlukla, bir insan ticareti fiilini Ceza Kanununun 204/4. maddesi (yabancı ülkede cinsel yönden sömürme maksadıyla kandırmak (enticement) veya kaçırmak kapsamında kovuşturdukları Ulusal Savcılık Makamı tarafından rapor edilmektedir (s. 26).

⁵⁵⁵ Global Report on TIP 2009, s. 269.

⁵⁵⁶ Report of the Special Rapporteur, Human Rights Council, s. 11.

⁵⁵⁷ Ceza Kanununda, Kolluk Kanununda ve Ceza Kanununun ve Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlüğü Hakkında Kanunda değişiklik yapan 20.05.2010 tarihli Yasa. Yasayla insan ticareti konusunda Polonya Ceza Kanununun ilgili maddelerde yapılan değişikliklerin İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/topics/country/10/topic/14> (Erişim tarihi: 19.08.2010).

onurunu aşağılayan başka bir biçimde kullanmak suretiyle yararlanmak veya kanuna aykırı olarak organ veya dokularını almak maksatlarıyla; zor kullanma veya tehdit, kaçırma, aldatma, yanıltma veya hatasından ya da yapılan eylemi yeterli düzeyde anlama imkanının bulunmamasından, zor durumda bulunmasından veya çaresizliğinden yararlanma veya bir bağımlılık ilişkisini kötüye kullanma ya da başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla, rızasıyla veya rızası hilafına, kişilerin tedarik edilmesi, bir yerden başka bir yere taşınması, devri, barındırılması, saklanması (keeping) veya teslim alınmasını” ifade etmektedir. Maddenin devamında, fiilin küçüklere karşı işlenmesi halinde, araç fiillere başvurulmasının aranmayacağı belirtilmiştir.

Ceza Kanununa eklenen 189a maddesi ile de, rızanın bulunduğu hallerde dahi suçun üç yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılacağı, suçu işlemeye yönelik hazırlık hareketlerinin ise üç aydan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Bu haliyle 8 Eylül 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe giren mevzuat uyarınca, Polonya Ceza Kanununda insan ticareti suçu “Kişi Özgürlüğüne Karşı Suçlar” arasında “hürriyetten yoksun kılma” suçundan sonra düzenlenmektedir.

BM tarafından 2009 yılında yayınlanan insan ticaretinin küresel boyutlarına ilişkin Raporda; Ulusal Savcılık Makamı nezdindeki 2003-2007 yılları arasındaki verilere dayanılarak, Polonya’da 2003 yılında 134, 2004 yılında 39, 2005 yılında 42, 2006 yılında 36, 2007 yılında ise 62 kişinin insan ticareti suçuyla ilgili vakalarda “şüpheli” olarak tespit edildikleri belirtilmiştir⁵⁵⁸. 2008 yılında soruşturma konusu olan 53 vakanın 28’i hakkında iddianame düzenlenmiş, bunların toplamında 78 şüpheli ve 315 mağdur tespit edilmiştir. Bu vakaların çoğunluğunun cinsel istismar, küçük bir bölümünün ise zorla çalıştırma ve zorla dilendirme maksadıyla insan ticareti olduğu Ulusal Savcılık Makamı tarafından belirtilmiştir⁵⁵⁹. Adalet Bakanlığı İstatistiklerine göre; insan ticareti suçu nedeniyle 2005 yılında 9, 2006 yılında 13, 2007 yılında 3 kişi

⁵⁵⁸ Global Report on TIP 2009, s. 269, Tablo 343.

⁵⁵⁹ Report of the Special Rapporteur, Human Rights Council, s. 26

hakkında⁵⁶⁰, zorla fuhuş yaptırma ve insan ticareti nedeniyle 2008 yılında 53 kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir⁵⁶¹.

c) Avusturya

Avrupa'nın merkezindeki coğrafi konumu nedeniyle Avusturya insan ticaretinden hem bir geçilen ülke hem de bir hedef ülke olarak etkilenmektedir⁵⁶².

Yetkili makamların tahminlerine göre, Avusturya'da en sık rastlanan insan ticareti olgusunun cinsel istismar ve ev hizmetlerinde kölelik benzeri koşullarda çalıştırma maksadı ile çocuk ticareti biçiminde ortaya çıkmaktadır⁵⁶³.

Mağdurların büyük bir kısmı Doğu Avrupa, Afrika ve Asya'dan gelmektedir. ABD yetkili makamları tarafından yayınlanan 2010 İnsan Ticareti Raporunda; 2009 yılında Avusturya'da ev hizmetlerinde çalışan işçilerle ilgili olarak 4.3 milyar dolar harcandığı ve bu sektördeki istismarın çok büyük bir sorun teşkil ettiği rapor edilmiştir. Bu alandaki zorla çalıştırma vakalarına diplomatik dokunulmazlıktan yararlanan özellikle Orta Doğu kökenli bazı diplomatların da dahil olduğu belirtilmiştir. Zorla çalıştırma; en fazla tarım, inşaat, restoran ve turizm sektörlerinde ortaya çıkmaktadır. Roman ve Doğu Avrupa'dan gelen çocukların zorla dilendirilmesi bir sorun teşkil etmeye devam etmektedir. Ağırlıklı olarak Nijeryalı insan ticareti mağdurlarıyla çalışan bir STÖ, tacirlerin, mağdurları kontrol etmek ve onları yasal statüde Avusturya'da tutabilmek için yasal fuhuş ve sığınma usullerini kötüye kullandıklarını rapor etmiştir⁵⁶⁴

Avusturya'da Mayıs 2004'ten beri mevzuatta insan ticareti suçu yer almaktadır. İnsan ticaretini özel olarak düzenleyen hüküm Avusturya Ceza Kanununun (ACK) 104a maddesidir. 2004 yılından önce insan ticaretinin bazı biçimleri "istismar amaçlı insan kaçakçılığı" suçu olarak ceza kanununun 217. maddesine göre cezalandırılmaktaydı.

⁵⁶⁰ İbid.

⁵⁶¹ United States, 2009 Country Reports on Human Rights Practices – Poland.

⁵⁶² First Austrian Report on Combatting Human Trafficking, Covering the period from March 2007-February 2009, Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (Raporun tamamı için bkz. (http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/bmeia/media/2-Aussenpolitik_Zentrale/Menschenrechte/Menschenhandel_aktualisierter_Bericht_04_03_09_-_Englisch.pdf) (Erişim tarihi: 25.08.2010). Aynı yönde bkz. US TIP Report 2010, s. 68.

⁵⁶³ First Austrian Report.

⁵⁶⁴ US TIP Report 2010, s. 68.

217. madde kapsamındaki “fuhuş maksatlı sınır aşan ticaret”, 214. maddede düzenlenen “para karşılığı küçüklerle cinsel ilişki kurma”, Yabancılar Polisi Yasasının (Aliens Police Act) 166. maddesindeki “bir yabancıнын sömürülmesi” gibi suçlar ve diğer düzenlemeler 2004 yılından önce insan ticaretinin bazı biçimleri bakımından uygulanan ve daha sonra da başvurulmaya devam edilen hükümlerdir⁵⁶⁵.

ACK'nın 104a maddesinde⁵⁶⁶ cinsel istismar, iş gücünün istismarı ve organların alınması maksadıyla işlenen insan ticareti cezalandırılmıştır. Buna göre; küçüğün araç fiiller olmaksızın, reşit kişilerin ise ikinci fıkrada sayılan hukuka aykırı araçlarla tedarik edilmesi, barındırılması veya başka suretle alıkonulması, bir yerden başka bir yere taşınması veya başka birinin kullanımına sunulması ya da teslim edilmesi insan ticareti suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır. İkinci fıkrada sayılan araç fiiller ise; olgular hakkında yanılmak, nüfuzu kötüye kullanmak, kişinin içinde bulunduğu zor durumdan, ruhsal bir hastalıktan veya kişiyi savunmasız bırakan başka bir durumdan yararlanmak, korkutmak ve kişi üzerindeki hakimiyetin aktarılmasına yönelik bir menfaatin sağlanması veya elde edilmesidir. Suçun basit hali, 3 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmaktadır.

Fiilin nitelikli halleri ise üçüncü ve dördüncü fıkralarda; “*fiilin işlenmesi sırasında şiddet veya tehdit uygulanması*” (fıkra (3)) ve “*fiilin ayırdetme gücü olmayan bir kişiye karşı, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde ağır şiddet uygulanması veya kişinin yaşamını kasten veya ağır ihmâl neticesinde tehlikeye sokacak veya kişi için özellikle ağır bir zarara neden olacak şekilde işlenmesi*” (fıkra (4)) biçiminde düzenlenerek, bu son halde öngörülen 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza, suç için öngörülen en ağır yaptırımı teşkil etmektedir.

104a maddesi hükmünün, özellikle öngörülen istismar biçimleriyle ilgili kısa bir liste öngördüğünün ve bu bakımdan İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün 3. maddesine göre eksiklik taşıdığıının altı çizilmelidir. Ayrıca “şiddet” ve “tehdit” biçimindeki araçların, yukarıda bahsedilen Ek Protokolün 3. maddesinde ve diğer birçok ülkenin mevzuatları incelenirken görüldüğü gibi ikinci fıkrada sayılan araç fiiller

⁵⁶⁵ Global Report on TIP 2009, s. 235.

⁵⁶⁶ Avusturya Ceza Kanununun 104a maddesinin Almanca metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4803> (Erişim tarihi: 26.08.2010).

arasında düzenlenmeyip, suçun ağırlaştırıcı nedeni olarak maddede yer alması bir diğer önemli farklılık olarak göze çarpmaktadır.

Savcılar, insan tacirlerini genellikle ACK'nun 104a ve fuhuş maksadıyla sınır aşan ticareti yasaklayan 217. maddelerine, bunun yanında Yabancılar Polisi Yasasının, yabancı kaçakçılığı (alien smuggling) hakkındaki 114. maddesine dayanarak kovuşturmaktadır. Sayılan maddelerde öngörülen cezaların, cinsel saldırı gibi diğer ağır suçlarla karşılaştırıldığında yeterince ağır ve ölçülü olduğu belirtilmektedir⁵⁶⁷.

Avusturya'da Avrupa İşleri ve Uluslararası İşler Federal Bakanlığı'na (Federal Ministry for European and International Affairs) bağlı olarak Kasım 2004'te İnsan Ticaretiyle Mücadele Görev Gücü (Task Force on Human Trafficking) kurulmuş ve bu suçla mücadelede alınan önlemlerin yoğunlaştırılması ve koordinasyonu ile görevlendirilmiştir. Bundan başka, Avusturya Federal Suç İstihbaratı Servisi (Bundeskriminalamt) özel bir "İnsan Ticareti ve Yasadışı Göçle Mücadele Merkezi"ne ve aynı zamanda insan ticareti vakalarıyla ilgilenen bir "Organize Suç Bürosu"na sahiptir. İnsan Ticareti ve Yasadışı Göçle Mücadele Merkezi, kanun uygulayıcı makamların ve dairelerin çalışmalarının yanı sıra cezai ve güvenlik amaçlı polis soruşturmasını yönlendirmekte ve bunların koordinasyonunu sağlamaktadır. Bunun yanında, bölgesel polis güçlerinin de insan ticaretiyle mücadele için özel birimleri bulunmaktadır⁵⁶⁸.

2010 yılı ABD İnsan Ticareti Raporunda; Avusturya hükümeti, insan ticareti suçu nedeniyle 2007 yılında 30, 2008 yılında ise 18 kişi hakkında mahkumiyet kararı verildiğini rapor etmiştir. Bundan başka, savcılar ve yargıçlar arasında insan ticaretiyle mücadelede uzmanlık konusunda eksiklikler olduğu belirtilmiştir⁵⁶⁹.

d) Slovenya

Slovenya, insan ticaretinde bir geçilen ülke ve hedef ülke konumundadır⁵⁷⁰. Daha az ölçüde olmakla birlikte, aynı zamanda özellikle zorla fuhuş yaptırma ve zorla

⁵⁶⁷ US TIP Report 2010, s. 68.

⁵⁶⁸ Global Report on TIP 2009, s. 235.

⁵⁶⁹ US TIP Report 2010, s. 68.

⁵⁷⁰ US TIP Report 2010, s. 296. Aynı yönde bkz. Combatting Trafficking in Persons, s. 175.

çalıştırma maksadıyla insan ticareti bakımından bir kaynak ülkedir. Slovenya, Ukrayna, Moldova, Bulgaristan, Slovakya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Dominik Cumhuriyeti, Tayland ve İran kökenli kadın ve çocuk mağdurlar Slovenya’da ve Slovenya üzerinden geçerek İtalya ve Almanya başta olmak üzere Batı Avrupa bölgesinde fuhşa zorlanmaktadır. Ayrıca Ukrayna, Dominik Cumhuriyeti ve Romanya’dan gelen erkek, kadın ve çocuklar bu ülkede veya ülke üzerinden göç etmek suretiyle Almanya ve İtalya’da zorla çalıştırma koşullarına maruz kalmaktadır⁵⁷¹.

Slovenya’da insan ticareti suçunun özel olarak düzenlenmesi ilk olarak 2004 yılında gerçekleşmiştir⁵⁷². 1 Kasım 2008 tarihinde yürürlüğe giren yeni Slovenya Ceza Kanununa göre; insan ticareti suçu 113. Maddede “İnsanlığa Karşı Suçlar” başlıklı onördüncü bölümde yer almaktadır. Aynı bölümde 112. Maddede ise “kölelik” suçu düzenlenmiştir⁵⁷³.

113. maddenin birinci fıkrasında insan ticareti; *“fuhuş yaptırma veya cinsel istismarın başka biçimlerini gerçekleştirme, zorla çalıştırma, köleliğe tabi kılma, hizmet ettirme veya insan organlarının, dokularının yahut kanının ticaretini yapma maksadıyla bir kimseyi satın almak, ele geçirmek, satmak, teslim almak veya bu kişiyi başka bir şekilde kullanmak ya da bu işlere aracılık etmek”* olarak tanımlanmaktadır⁵⁷⁴. Araç fiillere başvurulmasının aranmadığı suçun basit halinin cezası bir yıldan on yıla kadar hapis olarak öngörülmüştür. Fiilin küçüğe karşı veya kuvvet kullanma, tehdit, aldatma, kaçırma veya bir tabiyet yahut bağıllık durumunun istismar edilmesi suretiyle ya da mağduru hamile kalmaya yahut yapay döllenmeye zorlamak amacıyla işlenmesi ise

⁵⁷¹ US TIP Report 2010, s. 296. Slovenya’daki duruma ilişkin olarak, Bakanlıklar- arası Çalışma Grubu tarafından yayınlanan İnsan Ticaretiyle Mücadele 2008 Raporunda; insan ticaretinde kaynak ülke olarak dünya genelinde daha çok Ukrayna ve Moldova gibi Doğu Avrupa ülkeleri, Rusya Federasyonu, Karayipler, Dominik Cumhuriyeti, Tayland vb. ülkeler ile Asya bölgesi öne çıkmaktayken, Slovenya’nın geçilen ülke olarak konumlandırıldığı insan ticaretinde potansiyel mağdurların Slovakya, Romanya ve Bulgaristan gibi Avrupa ülkelerinden geldiğine dikkat çekilmektedir (Report on the Work of the Interministerial Working Group in the Fight Against Trafficking in Human Beings in 2008, Ljubljana, May 2009, s.10 (Raporun İngilizce metni için bkz. (<http://www.vlada.si/fileadmin/dokumenti/si/projekti/trgovina/trgovina.porocilo.MDS08.an.pdf>) (Erişim tarihi: 27.08.2010). (Bundan böyle “2008 Report of the Interministerial Working Group” olarak anılacaktır).

⁵⁷² Global Report on TIP 2009, s. 280.

⁵⁷³ 2008 Report of the Interministerial Working Group, s.4.

⁵⁷⁴ Yeni Slovenya Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. (http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/si/si045en.pdf) (Erişim tarihi: 27.08.2010)

suçun nitelikli halini oluşturmakta ve üç yıldan on beş yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir (f. 2)⁵⁷⁵.

Slovenya'da insan ticareti vakalarıyla, organize suçla mücadele konusunda görevli polis birimleri ilgilenmektedir. 2007 yılında insan ticareti suçuyla ilgili soruşturmalarda on beş polis memuru tam zamanlı olarak görevlendirilmiştir⁵⁷⁶.

ABD tarafından yayınlanan 2010 yılı İnsan Ticareti Raporu'nda Slovenya hükümeti tarafından, 2009 yılında 28 insan ticareti vakasıyla ilgili olarak soruşturma yürütüldüğü, dört vakayla ilgili olarak kovuşturma yapıldığı ve insan ticareti suçu nedeniyle iki kişi hakkında mahkumiyet kararı verildiği rapor edilmiştir⁵⁷⁷. Bunlardan biri 38 ay, diğeri ise 24 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. 2008 yılında hakkında mahkumiyet kararı verilen kişi sayısının ise altı olduğu belirtilmektedir⁵⁷⁸.

Slovenya'da 2003-2006 yılları arasında yetkili makamlar tarafından; 2003 yılında 27 kadın, 1 kız çocuğu, 2004 yılında 18 kadın, 5 kız çocuğu, 2005 yılında 11 kadın 5 kız çocuğu, 2006 yılında 37 kadın, 3 kız çocuğunun mağdur olarak tespit edildiği rapor edilmiştir⁵⁷⁹.

e) Azerbaycan

Azerbaycan insan ticaretinde bir kaynak, geçilen ve hedef ülke olarak konumlandırılmaktadır⁵⁸⁰. Bu kapsamda insan tacirlerinin, ülkede özellikle zorla çalıştırma ve zorla fuhuş yaptırma maksatlarıyla hareket ettikleri tespit edilmektedir.

⁵⁷⁵ 113. Maddenin son fıkrasında ise; (1) ve (2). fıkralarda öngörülen fiillerin, bu suçları işlemek için kurulmuş bir örgütün üyesi olarak gerçekleştirilmesi veya fiilin işlenmesiyle önemli miktarda maddi menfaat elde edilmesi halinde, failin yine ikinci fıkraya göre cezalandırılacağı belirtilmektedir.

⁵⁷⁶ Global Report on TIP, s. 280.

⁵⁷⁷ US TIP Report 2010, s. 296. BM tarafından yayınlanan 2009 İnsan Ticareti Raporunda Slovenya Polis Teşkilatı tarafından sunulan veriler çerçevesinde; 2004 yılında 12, 2005 yılında 17, 2006 yılında ise 30 kişi hakkında insan ticareti suçu nedeniyle soruşturma yürütüldüğü belirtilmektedir (Global Report on TIP 2009, s. 280, Tablo 370).

⁵⁷⁸ US TIP Report 2010, s. 296.

⁵⁷⁹ Bu veriler yalnızca resmi makamlar tarafından yapılan tespitleri yansıtmaktadır. Bunun dışında ayrıca STÖ'ler tarafından çeşitli merkezlerde barındırılan mağdurların bulunduğu altı çizilmelidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Global Report on TIP 2009, s. 281.

⁵⁸⁰ US TIP Report 2010, s. 70. Aynı yönde bkz. ⁵⁸⁰ First Annual Report of Network Against Human Trafficking in Azerbaijan (NAHTAZ), 2008, s. 1 (Raporun İngilizce metni için bkz. Azerbaycan'da İnsan Ticaretiyle Mücadele Ağı web sayfası: <http://www.nahtaz.org/index.php?id=10>) (Erişim tarihi: 30.08.2010) (Bundan böyle "First Annual Report Against Human Trafficking" olarak anılacaktır).

Zorla alıştırma konusunda daha çok ocuk ve yetişkin erkek mağdurlar söz konusu olmakta ve Rusya en önemli hedef ülke olarak ortaya çıkmaktadır. Kadın ve kız çocukları ise Birleşik Arap Emirlikleri, Türkiye, Rusya ve İnan'da fuhşa zorlanmaktadır. Ülkenin sınırları içinde gerçekleşen insan ticaretinde, zorla alıştırma ve fuhuş yaptırmanın yanına bir de zorla dilendirme maksadının eklendiği görülmektedir. Geçilen lke olarak Azerbaycan; Moldova, Özbekistan ve Kazakistan kökenli mağdurların zorla fuhuş yaptırma maksadıyla Türkiye'ye ve Birleşik Arap Emirliklerine götürüldükleri yol üzerinde bulunmaktadır. Zorla fuhuş yaptırma maksadıyla Türkiye'ye götürülen kadınlar bakımından Nahçıvan bir geçiş noktası teşkil etmektedir. Hedef lke olarak ise; Ukrayna, Moldova, Özbekistan, Kazakistan ve Rusya kökenli kadın mağdurların fuhşa zorlandıkları ve aynı zamanda Bosna-Hersek, Sırbistan, Makedonya ve Çin'den gelen kadın ve erkeklerin başta inşaat sektörü olmak üzere, zorla alıştırma koşullarına maruz kaldıkları bir merkez olarak ortaya ıkmaktadır⁵⁸¹.

30 Eylül 2005 tarihinde yapılan bir yasa değişikliğiyle Azerbaycan Ceza Kanununa "insan ticareti" (md. 144-1), "zorla alıştırma" (md. 144-2)⁵⁸², "İnan ticareti mağduru hakkında gizli bilgilerin yayılması" (md. 316-1) suçları eklenmiřtir⁵⁸³. Aynı yasayla Kanunun 173. Maddesinde düzenlenen "ocuk ticareti" suçu ilga edilerek bu hükmün içeriğindeki düzenlemeler yeni 144-1. maddeye aktarılmıřtır⁵⁸⁴.

144-1. maddede insan ticareti; "*Bir kimsenin alınıp-satılması veya o kişi üzerinde başka bir şekilde tasarruf edilmesi yahut istismar maksadıyla o kişinin Azerbaycan Cumhuriyeti sınırlarının dışına kaçırılması için ya da aynı maksatla başkalarına verilmesi için tedarik edilmesi, elde edilmesi, saklanması, gizlenmesi, bir yerden başka bir yere taşınması, teslim edilmesi veya kabul edilmesi*" olarak tanımlanmıştır. Suçun bu şekilde düzenlenen basit halinin cezası beş yıldan on yıla kadar hapis ve mülkiyetin msaderesidir. Birinci fıkrada belirtilen "istismar" sözcüğüne ilişkin maddenin altında

⁵⁸¹ US TIP Report 2010, s. 70.

⁵⁸² 144-2. maddede öngörülen "zorla alıştırma" suçu; "*bir kişiyi, zor kullanarak veya zor kullanma tehdidiyle yahut yasayla öngörülen haller dışında hapsederek belirli bir işin yapılmasına (hizmetin yerine getirilmesine) zorlamak*" biçiminde düzenlenmiştir.

⁵⁸³ Azerbaycan Cumhuriyeti Ceza Kanununun 144-1 ve 144-2. maddelerinin Azerice ve İngilizce metinleri için bkz. Azerbaycan Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı'nın İnsan Ticaretiyle Mücadele Bölümü Resmi Web Sayfası (<http://www.iaqmi.gov.az/?/az/>), (Erişim tarihi: 30.08.2010).

⁵⁸⁴ First Annual Report Against Human Trafficking, s.4.

bir açıklamaya yer verilmiştir. Buna göre istismar terimi; *“zorla çalıştırmayı (hizmet ettirmeyi), cinsel istismarı, köleliği ve köleliğe benzer uygulamaları veya bunların neden olduğu bağımlılık durumunu, insan organlarının ve dokularının naklini, insan üzerinde yapılan hukuka aykırı biotibbi araştırmaları, bir kadının taşıyıcı anne olarak kullanılmasını, kişilerin suç işlemek de dâhil hukuka aykırı faaliyetlerde kullanılmasını ifade eder”*.

144-1. maddenin ikinci fıkrasında ise; suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir. Suçun basit halinde öngörülmeven bazı araç fiillerin ikinci fıkrada yer alması önemlidir. Bu kapsamda, fiilin; hamile olduğu fail tarafından bilinen bir kadına karşı⁵⁸⁵, kamu görevinden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle, kişinin hayatı ve sağlığı için tehlikeli olacak ölçüde zor kullanılması suretiyle veya zor kullanma tehdidiyle, mağdura işkence yapmak, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelerde bulunmak suretiyle işlenmesi gibi hallere yer verilmiş ve ceza sekiz yıldan on yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Ayrıca fiilin reşit olmayan kişilere karşı işlenmesi de suçun aynı cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında öngörülerek ikinci fıkrada düzenlenmiştir.

144-1. maddede dikkati çeken bir diğer husus, istismar teriminin insan organlarının ve dokularının naklini içerdiği belirtilmesine karşın, ikinci fıkrada suçun nitelikli halleri arasında “mağdurun organlarının ve dokularının kullanılması” maksadının ayrıca belirtilmiş olmasıdır.

Azerbaycan’da aynı zamanda, Haziran 2005’te insan ticaretiyle mücadele konusunda özel bir yasa kabul edilmiştir (İnsan Ticaretiyle Mücadele Hakkında Azerbaycan Cumhuriyeti Yasası)⁵⁸⁶. Bu Kanunda insan ticaretiyle mücadele için yasal ve düzenleyici temeller ile insan ticareti mağdurlarının yasal statüleri tanımlanmakta ve mağdurlar için koruyucu ve destekleyici tedbirler düzenlenmektedir⁵⁸⁷. Yasanın “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümünde 1. maddede “Temel Kavramlar” başlığı altında

⁵⁸⁵ Bu durumun “mağdurun içinde bulunduğu zor durumdan veya çaresizliğinden yararlanma” biçimindeki araç fiilin özel bir hali olarak kabul edilebileceğini düşünmekteyiz.

⁵⁸⁶ First Annual Report Against Human Trafficking, s. 5.

⁵⁸⁷ İnsan Ticaretiyle Mücadele Hakkında Azerbaycan Cumhuriyeti Yasasının Azerice ve İngilizce metni için bkz. (<http://www.iaqmi.gov.az/?/az/>), (Erişim tarihi: 30.08.2010).

birden ona kadar numaralandırılmış bentler halinde sırayla; “insan ticareti”, “insan istismarı”, “zorla çalıştırma”, “cinsel istismar”, “kölelik”, “köleliğe benzer uygulamalar”, “insan taciri”, “insan ticareti mağduru”, “çocuk” ve “insan ticareti olası mağdurları” kavramları tanımlanmaktadır. Bu maddede “İnsan ticareti” kavramının Ceza Kanununun 144-1. maddesindeki düzenlemeye göre daha geniş bir tanımına yer verilmesi dikkati çekmektedir. İnsan Ticaretiyle Mücadele Hakkında Yasanın (İTMHY) birinci maddenin 1 numaralı bendinde insan ticareti; “*Kişilerin tehdit, zor kullanma, korkutma veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzun (etkinin) kötüye kullanılması veya çaresizlik durumundan yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç, çıkar ya da ayrıcalık sağlama yoluyla istismar amaçlı tedarik edilmesi, elde edilmesi, tutulması, barındırılması, bir yerden başka bir yere taşınması*” olarak tanımlanmaktadır. Hükmün devamında, araç fiillere başvurulmamış olsa dahi küçüklerle karşı sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesinin de insan ticareti teşkil edeceği belirtilmiştir⁵⁸⁸.

İçişleri Bakanlığı İnsan Ticaretiyle Mücadele Bölümü tarafından Ceza Kanununun 144-1. maddesi temelinde 2006 yılında 27, 2007 yılında 74, 2008 yılında ise 78 insan ticareti vakası tespit edilmiştir⁵⁸⁹.

İçişleri Bakanlığı Raporlarına göre; 2005 yılında toplam 58 mağduru içeren 160 insan ticareti vakası ortaya çıkarılmış, bunun sonucunda 153 kişi (27 suç örgütü) cezalandırılmıştır. 2006 yılında ise 211 vaka tespit edilmiş, 192 adet dava açılmış ve 86 kişi insan ticareti mağduru olarak kabul edilmiştir. 2007 yılında ortaya çıkarılan vaka sayısı 283, yargılanan kişi sayısı 300 ve tespit edilen insan ticareti mağduru sayısı ise

⁵⁸⁸ İTMHY’de yer alan tanım ile Ceza Kanununun 144-1. Maddesindeki tanım arasında farklar bulunmasının uygulamaya ne şekilde yansıdığı konusunda bir bilgiye ulaşamamış bulunmaktayız. Ancak bu konuda İTMHY’nin 2. ve 30. maddelerinden hareket edilebileceğini düşünmekteyiz. Yasanın 2. maddesine göre; Azerbaycan Cumhuriyeti’nde insan ticareti konusundaki mevzuat; Anayasayı, bu yasayı, diğer yasal düzenlemeleri ve ülkenin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri kapsamaktadır. 30. Maddede ise; “*Bu yasanın gerçek ve tüzel kişiler tarafından ihlalinin Azerbaycan Cumhuriyeti yasalarına göre cezai sorumluluğu gerektireceği*” belirtilmektedir. Bu hükümlerin, söz konusu yasadaki tanımların ceza kanununun 144-1. maddesindeki düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikte olduklarını kabul etmeye imkan verdiği görüşündeyiz.

⁵⁸⁹ First Annual Report Against Human Trafficking, s. 5-6.

101'dir. Son olarak 2008 yılında 193 kadın ticareti vakası kaydedilmiş, % 56.2'si kadın 349 kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir⁵⁹⁰.

5. Hedef Ülkelerin Kanunlarında İnsan Ticaretinin Düzenlenişi

a) AB Ülkeleri

(1) Fransa

Fransa; Doğu Avrupa, Batı Afrika, Asya, ayrıca Karayipler ve Brezilya kaynaklı insan ticareti bakımından bir hedef ülke konumundadır⁵⁹¹. En fazla tespit edilen istismar biçimleri fuhuş yaptırma ve zorla çalıştırmadır. Çoğunluğu Afrika kökenli kadın ve çocuklar, büyük bir kısmı dokunulmazlık sahibi diplomatlar olan “işverenler” tarafından ev hizmetlerinde zorla çalıştırılmak suretiyle sömürüye uğramaktadır. Bunun dışında özellikle Kuzey Afrikalı erkek mağdurlar Güney Fransa'da tarım ve inşaat sektörlerinde zorla çalıştırılmaktadır. Fransız Hükümeti tarafından yapılan bir tahmine göre, ticari seks turizmüne dahil olan 18 000 kadının büyük bir kısmı insan ticareti kapsamında fuhşa zorlanmaktadır⁵⁹².

⁵⁹⁰ Bu istatistiki verilerin yalnızca 144-1. maddedeki insan ticareti suçunu değil, bu suçlar bağlantılı olarak fuhşa veya cinsel nitelikte eylemlere zorlama (md. 243 ve 151) gibi suçları da kapsamına aldığı altı çizilmelidir (Human Rights Center of Azerbaijan, “Alternative Report on the Compliance of the Azerbaijan Republic with the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, submitted to the 44th Session of the Committee on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (20 July-7 August 2009), s. 7 (Raporun İngilizce metni için bkz. http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/ngos/HRCA_Azerbaijan44.pdf (Erişim tarihi: 30.08.2010). Azerbaycan İnsan Hakları Merkezi, aynı Raporda, Devletin insan ticaretiyle mücadele politikasının etkisiz olduğunu, sorunun ölçeğini anlama ve nedenlerini tespit etme konusunda hala eksiklikler bulunduğunu belirtmekte ve buna ek olarak, alt seviyedeki kanun uygulayıcı makamlarda ve suçla mücadele çabalarını belirgin şekilde engelleyen yargı makamlarında eğitim eksikliği ve yolsuzluk gibi sorunlara işaret etmektedir (s. 7).

⁵⁹¹ US TIP Report 2010, s. 149. Ayrıca bkz. Combating Trafficking in Persons, s. 74. Buna karşılık; “Trafficking in Persons: Global Patterns” başlıklı BM Raporunun ekinde Fransa'nın geçilen ülke ve hedef ülke olarak “yüksek” ölçekte konumlandırıldığı görülmektedir (Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 101).

⁵⁹² US TIP Report 2010, s. 149. Aynı Raporda, Fransa'da çok sayıda çocuğun fuhuş yaptırma maksatlı insan ticareti mağduru oldukları ve Romanya, Batı Afrika, Kuzey Afrika kökenli ve Roman çocukların özellikle zorla dilendirme suretiyle istismara açık durumda buldukları yönünde tahminlerde bulunmaktadır. Ayrıca Fransız Hükümeti tarafından 2009 yılında Fransız Ginesi'nde altın madeni bölgelerinde zorla çalıştırma ve fuhuş yaptırma vakalarının varlığı araştırılarak 17 vaka hakkında takibatta bulunulmuş ve iki insan ticareti faili yakalanmıştır (s. 149).

*insan haysiyetine aykırı çalışma ve barınma koşullarına tabi tutma*⁶⁰⁰ suçlarının işlenmesine izin vermek ya da bu kişiyi suç işlemeye zorlamak amacıyla, onu kendisinin veya kimliği belirsiz de olsa üçüncü kişilerin idaresine koymak için, tedarik etmek, nakletmek, sevketmek, barındırmak veya kabul etmek” olarak tanımlanmıştır. Suçun bu şekilde düzenlenen basit hali 7 yıl hapis ve 150 000 avro para cezasını gerektirmektedir.

Bu düzenleme, TCK’nın insan ticareti suçuyla ilgili maddesine ve hatta ulusal mevzuatlar arasında incelenen diğer birçok düzenlemeye göre önemli bir farklılık içermektedir. 225-4-1. Maddede sayılan fiillerin “*bir bedel yahut diğer her türlü menfaat veya bir bedel veya menfaat vaadi karşılığında*” işlenmesi, insan ticareti suçuyla ilgili temel modeli oluşturan İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün 3. maddesinde de yer almamaktadır. Daha ziyade “istismar” maksadından dolayı olarak çıkarılan “maddi kazanç” amacı, genellikle suça ilişkin yasal düzenlemede açıkça zikredilmeyen bir unsurdur.

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli nokta, maddenin içeriğindeki sömürü biçimlerine ilişkin bir eksikliktir. 225-4-1. maddede; İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünde belirtilen “organların veya dokuların alınması” ile “esarete tabi tutma veya hizmet ettirme” maksatlarına yer verilmemiş olduğu görülmektedir.

225-4-2, 225-4-3 ve 225-4-4. maddelerde⁶⁰¹ suçun nitelikli hallerine yer verilmektedir. İnsan ticareti suçunun bir çocuğa karşı işlenmesi bu kapsamda değerlendirilerek 225-4-2. maddede öngörülmektedir. Yine suçun basit halinde maddi

kullanmak üzere çalıştırmak, onu bir yerden başka bir yere götürmek veya sevketmek, dilenciliğin sömürülmesidir.

Dilencilik yapan bir veya daha fazla kişiyle düzenli ilişkisi olan veya bu kişi veya kişiler üzerinde sürekli ya da geçici bir etkide bulunan bir kimsenin sürdürmekte olduğu yaşam biçimine uygun gelir kaynaklarını ispat edememesi de dilenciliğin sömürülmesi sayılır.

Dilenciliğin sömürülmesi 3 yıla kadar hapis cezası ve 45 000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.”

⁶⁰⁰ İnsan haysiyetine aykırı çalışma ve barınma koşullarına tabi tutma suçu FCK’nın 225-13 ila 225-16. maddelerinde düzenlenmiştir. 2009-1437 sayılı ve 24 Kasım 2009 tarihli Yasanın 50. maddesiyle değişik 225-13. maddesi; “*Çaresizliği ya da bağımlılık durumu dışarıdan anlaşılan ya da fail tarafından bilinen bir kişi tarafından ücretsiz olarak ya da görülen işin niteliğiyle açıkça orantısız bir ücret karşılığında sağlanan hizmetten yararlanmak 5 yıl hapis ve 150 000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.*” biçimindedir. 2003-239 sayılı ve 18 Mart 2003 tarihli Yasanın 34. maddesiyle değişik 225-14. maddeye göre ise; “*Çaresizliği ya da bağımlılık durumu dışarıdan anlaşılan veya fail tarafından bilinen bir kişiyi insan haysiyetine aykırı çalışma ve barınma koşullarına tabi kılmak 5 yıl hapis ve 150 000 Avro para cezasıyla cezalandırılır.*”

⁶⁰¹ Bu maddeler; 2003-239 sayılı ve 18 Mart 2003 tarihli Yasanın 32. maddesiyle eklenmiştir (Fransız Resmî Gazetesi, 19 Mart 2003).

unsurun içinde yer almayan bir takım araç fiiller 225-4-2. maddede nitelikli haller arasında sayılmıştır. Bunlar; suçun; yaş, hastalık, sakatlık, fiziksel ya da psikolojik bir eksiklik veya hamilelik gibi dışarıdan anlaşılan veya fail tarafından bilinen sebeplerle zayıf durumdaki kişilere karşı (bent 2)⁶⁰², mağdura, ailesine ya da bir yakınına karşı tehlide, cebire, şiddete veya hileli vasıtalara başvurmak suretiyle (bent 7), mağdurun yasal, doğal ya da evlat edinme yoluyla, bakım ve gözetimiyle yükümlü durumda bulunan kişiler ya da mağdur üzerinde nüfuz sahibi olan veya sahip olduğu yetkiden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanan kişiler tarafından (bent 8) işlenmesidir.

225-4-2. maddede sayılan nitelikli haller arasında yine Türk hukukuna ve ulusal mevzuatlardaki genel eğilimlere göre farklılık arzeden bazı hükümleri aktarmakta yarar vardır. Bu kapsamda dört ve beşinci bentlerde “suçun ülke sınırları dışında bulunan bir kişiye karşı ya da ülkeye giriş yapan bir kimseye karşı işlenmesi işlenmesi” ve “belirsiz sayıdaki kişilere mesaj göndermek amacıyla bir telekomünikasyon ağı kullanılması suretiyle ulaşılan bir kişiye karşı işlenmesi” belirtilmelidir⁶⁰³.

Bundan başka; 225-4-3. maddede, suçun bir örgüt tarafından işlenmesi ve 225-4-4. maddede suçun işkence suretiyle veya zalimane hareketlerle işlenmesi diğer nitelikli haller olarak öngörülmüş ve 225-4- 4. Maddede düzenlenen bu son halde suç için öngörülen en ağır ceza müebbet hapis ve 4 500 000 Avro para cezası olarak tespit edilmiştir.

FCK'nın 225-4-5. maddesinde içtimayla ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; *“İnsan ticareti mağduruna karşı bir suç işlendiğinde yahut işlenmesi amaçlandığında, bu suç, 225-4-1 ila 225-4-3. maddelerin uygulanmasından dolayı verilen hapis cezasından daha fazla bir ceza ile cezalandırılacaktır; fail, bildiği takdirde insan ticareti suçundan dolayı da cezalandırılır. Bu suç bakımından*

⁶⁰² Bu hali “mağdurun içinde bulunduğu zor durumdan veya çaresizliğinden yararlanma” olarak değerlendirmenin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

⁶⁰³ 225-4-2. maddede düzenlenen suçun nitelikli halleri arasında yukarıya alınmayan diğer bentler şunlardır: Fiilin; çok sayıda kişiye karşı (bent 3), Kendisine karşı suç işlenen kişiyi doğrudan ani ölüm tehlikesine koyacak ya da bir uzvun kaybına veya vücutta devamlı bir sakatlığa neden olacak koşullarda (bent 6), Görevi nedeniyle insan ticaretiyle mücadeleye veya kamu düzeninin korunmasına katılan bir kişi tarafından (bent 9) işlenmesi.

uygulanması gereken ağırlatıcı nedenler, fail tarafından bilindiği takdirde onun hakkında da uygulanır.”

BM tarafından yayınlanan küresel insan ticaretine ilişkin 2009 tarihli Raporda, Fransız makamları, 225-4-1. maddeye göre insan ticareti suçu kapsamında kovuşturulan vakaların sayısının oldukça az olduğunu rapor etmişlerdir. Bunun nedeninin, insan ticareti fiillerinin cinsel istismar maksadı söz konusu olduğunda daha çok “fuhuş için aracılık ve bağlantılı diğer suçlar” aracılığıyla kovuşturulması ve zorla çalıştırma maksadının tespit edildiği hallerde de genellikle “insan haysiyetine aykırı çalışma ve barınma koşullarına tabi tutma” suçuna başvurulması olduğu belirtilmiştir⁶⁰⁴. Özellikle ev hizmetlerinde işgücünün istismarına yönelik olarak işlenen fiiller bakımından, “çaresizlik ve bağımlılık durumunun sömürülmesi” üzerinde durularak, “insan haysiyetine aykırı çalışma ve barınma koşullarına tabi kılma” suçu kapsamında 225-13 ve 225-14. maddeler nedeniyle yargılama yapılmasına sık rastlanmaktadır. Örneğin 2008 tarihli bir Kararda, bütün evin temizliğiyle meşgul olan ve çamaşır makinesi bulunmasına karşın su tasarrufu yapılması amacıyla elde çamaşır yıkatılan, okula gönderilmeyen, alışveriş veya çocukların bakımı gibi konular haricinde dışarı çıkmasına izin verilmeyen, uzun süre aç bırakılan 11 yaşında bir kız çocuğunun durumunda, Fransız Ceza Kanununun 225-14. maddesinden hüküm kurulmuştur⁶⁰⁵.

İnsan Ticaretini Bastırma Merkezi Bürosu (Office Central Pour la Répression de la Traite des Etres Humains), cinsel istismar ve fuhuş maksadıyla insan ticareti vakalarıyla ilgilenmektedir. 2007 yılında bu birimde insan ticareti soruşturmalarında tam zamanlı olarak 32 kişi görevlendirilmiştir. Yasadışı Çalışmayla Mücadele Merkezi Bürosu (Office Central de Lutte contre le Travail Illégal) ise zorla çalıştırma maksadıyla insan ticareti fiillerini ele almaktadır. Bu kapsamda 2006-2007 yıllarında bir yılda yaklaşık 100 vaka hakkında soruşturma yürütülmüştür⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Global Report on TIP 2009, s. 250.

⁶⁰⁵ Tribunal de Grande Instance Bobigny, Ministère Public c/Hama, 17 Avril 2008'den aktaran: Unprotected Work, Invisible Exploitation, s. 36.

⁶⁰⁶ Global Report on TIP 2009, s. 250.

(2) *Almanya*

Almanya, ABD'nin 2010 İnsan Ticareti Raporunda bir kaynak, geçilen ve hedef ülke olarak konumlandırılmıştır. Buna karşılık, BM tarafından 2006 yılında yayınlanan ve insan ticaretini küresel boyutta inceleyen bir diğer Raporda Almanya'nın kaynak ülke olarak sınıflandırıldığı bir kaynağa ulaşamadığından söz edilmekte ve geçilen ülke olarak "yüksek" ve hedef ülke olarak ise "çok yüksek" ölçekte değerlendirilmektedir⁶⁰⁷. Yine ABD 2010 Raporuna göre; insan ticareti fiillerinde özellikle zorla çalıştırma ve fuhuş yaptırma maksatları öne çıkmaktadır. Cinsel istismar maksadıyla insan ticareti mağduru olarak tespit edilen kişilerin %90'ının Avrupa kökenli olduğu belirtilmektedir. Bu grup içinde Almanya %28, Romanya %20 ve Bulgaristan % 18 oranında temsil edilmektedir. Avrupa kökenli olmayan mağdurlar ise ağırlıklı olarak Nijerya, Afrika'nın diğer bölgeleri, Asya ve Batı Yarımküre'den gelmektedir. Toplam mağdur sayısının dörtte birlik bir oranının ise çocuklardan oluştuğu rapor edilmiştir. Cinsel istismar maksadıyla ticarete konu olan mağdurlar; barlarda, genelevlerde, apartman dairelerinde istismara uğramaktadır. Bu mağdurların yaklaşık üçte biri başlangıçta fuhuş yapmaya rıza gösterdiklerini açıklamışlardır. Zorla çalıştırma mağdurlarının ise; daha çok otellerde, ev hizmetlerinde, inşaatlarda ve restoranlarda bulunduğu tespit edilmiştir⁶⁰⁸.

Alman Ceza Kanununda (AlCK) "Kişisel Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı on sekizinci bölümde madde 232, 233, 233a'da düzenlenmiştir. 232. maddede "cinsel sömürü amacıyla insan ticareti" ve 233. maddede "iş gücünün sömürüsü amacıyla yapılan insan ticareti" düzenlenmiş, 233a maddesinde de insan ticaretini teşvik cezalandırılmıştır⁶⁰⁹.

AlCK'nın 232. maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Her kim, diğer bir kişinin, içinde bulunduğu zor durumdan veya yabancı bir ülkede bulunmasından kaynaklanan*

⁶⁰⁷ Appendices to the Report "Trafficking in Persons: Global Patterns", s. 108. Ayrıca Anti-Trafficking Programme tarafından yayınlanan bir başka çalışmada Almanya'nın bir hedef ülke ve Avrupa'daki en büyük insan ticareti pazarlarından bir olduğu belirtilmektedir (Combating Trafficking in Persons, s. 80).

⁶⁰⁸ US 2010 TIP Report, s. 165. Aynı Raporda, son on yılda çeteler tarafından yaklaşık 1000 Çin vatandaşı mağdurun Almanya'ya getirildikleri ve restoranlarda sömürüye dayanan koşullarda çalışmaya zorlandıkları yönünde Alman Polis Teşkilatının tahminlerine yer verilmektedir.

⁶⁰⁹ Alman Ceza Kanununun 232, 233, 233a maddelerinin Türkçe çevirisi için bkz. YENİSEY, Feridun – PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta, İstanbul 2009, s. 303-306; Ayrıca Alman Ceza Kanununun Federal Almanya Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan İngilizce çevirisi için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html (erişim tarihi: 08.06.2010).

çaresizliğinden yararlanarak, o kişiyi fuhşa başlamaya veya fuhşu sürdürmeye yönlendirir veya o kişinin, fail veya üçüncü bir kişiyle birlikte veya failin veya üçüncü bir kişinin önünde, kendisinin sömürüldüğü cinsel davranışta bulunmasına veya kendisi üzerinde fail veya üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlara maruz kalmasına neden olursa altı aydan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. 21 yaşını tamamlamamış bir kişiyi, fuhuş yapmaya veya yapmakta bulunduğu fuhşu sürdürmeye veya 1'inci cümlede tanımlanmış olan diğer herhangi bir cinsel davranışta bulunmaya yönlendiren kişi, aynı şekilde cezalandırılır.”

232. maddenin ikinci fıkrasında bu suça teşebbüsün cezalandırılacağı ayrıca hüküm altına alınmakta; mağdurun çocuk olması ise diğerleriyle birlikte üçüncü fıkrada suçun nitelikli hali olarak belirtilmektedir⁶¹⁰. Bunun yanında suçun basit halinde öngörülme-yen “cebir, ağır bir zarar tehdidi veya hile” biçimindeki araç fiiller, dördüncü fıkrada yer almaktadır ve bunlara başvurulmuş olması suçun nitelikli halini gerektirmektedir⁶¹¹.

İşgücünün sömürüsü amacıyla insan ticareti suçu ise 233/1. maddede şu şekilde düzenlenmiştir: “Her kim, diğer bir kişiyi içinde bulunduğu zor durumundan veya yabancı bir ülkede bulunmasından kaynaklanan çaresizliğinden yararlanarak, kölelik ve esarete tabi kılmak veya borç için çalıştırmak amacıyla sömürür veya aynı ya da benzer işi yapan diğer çalışanların koşullarına oranla, açıkça ölçüsüz haldeki çalışma koşullarında kendisi veya üçüncü bir kişi nezdinde çalışma durumuna getirirse altı aydan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Her kim, 21 yaşını tamamlamamış olan bir kişiyi kölelik veya esaret durumuna sokar veya borçlandırmak suretiyle kendisine tabi kılar veya birinci cümlede belirtilen şekilde çalışma durumuna getirirse, aynı şekilde cezalandırılır.”

⁶¹⁰ 232. maddenin üçüncü fıkrası aşağıdaki gibi düzenlenmiştir: “1. Mağdur çocuk ise (m. 176, fıkra 1), 2. fiilin işlenmesi sırasında fail, mağdura bedenen ağır bir zarar verir veya mağdur bakımından ölüm tehlikesine neden olur veya, 3. fail, fiili meslek ve sanat haline getirmek suretiyle veya bu tür suçları işlemek üzere kurulmuş bir çetenin (gang) üyesi sıfatıyla işlerse, suç bir yıldan on yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

⁶¹¹ 232. maddenin dördüncü fıkrasına göre; “Her kim, 1. Bir başkasını cebir, ağır bir zarar tehdidi veya hile yoluyla fuhuş yapmaya veya yapmakta olduğu fuhşu sürdürmeye yahut yukarıda (1). fıkranın birinci cümlesinde belirtilen diğer cinsel davranışlara yönlendirirse, 2. Bir kimseyi fuhuş yapmaya, yapmakta bulunduğu fuhşu sürdürmeye veya yukarıda birinci fıkranın birinci cümlesinde belirtilen cinsel davranışlara yönlendirmek amacıyla; cebir, ağır zarar tehdidi veya hile yoluyla bu kişi üzerinde hakimiyet kurarsa, üçüncü fıkra uyarınca cezalandırılır”.

233. maddenin ikinci fıkrasında yine teşebbüsün ayrıca cezalandırılacağı belirtilerek, üçüncü fıkrada; suçun nitelikli halleri bakımından 232. maddenin üç ve dördüncü fıkralarına atıfta bulunmakla yetinilmiştir.

Madde 233a'da yer verilen insan ticaretini teşvik suçu ise; 232 veya 233. maddelerde öngörülen insan ticareti suçlarına bir kişiyi tedarik etmek, nakletmek, sevk etmek, barındırmak veya kabul etmek suretiyle destek sağlamak biçiminde düzenlenmiş ve suçun cezası üç aydan beş yıla kadar hapis olarak öngörülmüştür. İkinci fıkraya göre mağdurun çocuk olması bu suç bakımından da bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür⁶¹².

Federal Almanya Cumhuriyeti'nde, insan ticareti vakalarının soruşturulması Eyalet (Länder) polis birimlerinin yetki ve görev alanına girmektedir. Organize suçluluk konusunda uzmanlaşmış savcılar, aynı zamanda insan ticareti vakalarını da ele almaktadır⁶¹³. 2008 yılında polis birimleri özellikle işgücünün sömürüsü amacıyla insan ticaretiyle ilgili olarak çalışmalarını yoğunlaştırmış ve çok sayıda şehirde gerçekleştirilen baskınlarda 1300'den fazla polis ve gümrük memuru görev almıştır⁶¹⁴

Almanya'da yargıçların genel uygulaması, insan ticareti dahil bütün suçlar bakımından hükmedilen iki yıl veya daha az süreli hapis cezalarını ertelemek yönündedir. 2008 yılında yetkili makamlar tarafından cinsel sömürü maksatlı insan ticareti suçu nedeniyle 173 kişi yargılanmıştır. Bunların içinde 7'si 18 yaşından küçük olan 138 kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. 18 yaşından büyük olan 131 kişinin 92'si (veya %70'i) para cezasına mahkum edilmiş veya haklarında hükmedilen hapis cezaları ertelenmiştir. Geriye kalanlar ise iki ila on yıl arasında değişen hapis cezalarına mahkum olmuştur. 2008 yılında işgücü sömürüsü maksadıyla insan ticareti nedeniyle yargılanan kişilerin sayısı ise 25'tir. Bunların içinde 7'si onsekiz yaşından küçük toplam 16 kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. Bu 16 kişiden yalnızca biri hakkında üç ila beş yıl arasında hapis cezasına hükmedilmiş, on sekiz yaşından

⁶¹² AİCK madde 233a'nın 2. fıkrasında belirtilen diğer ağırlaştırıcı nedenler; failin, fiilin işlenmesi sırasında mağdura bedenen ağır bir zarar vermesi veya mağduru ölüm tehlikesine koyması veya failin, fiili meslek ve sanat haline getirmek suretiyle veya bu tür suçları işlemek amacıyla kurulan bir çetenin üyesi sıfatıyla işlemesidir. Buna göre fail, altı aydan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁶¹³ Global Report on TIP 2009, s. 252.

⁶¹⁴ US TIP Report 2010, s. 156.

büyük 8 hükümlü ise para cezasına mahkum edilmiş veya haklarında hükmedilen hapis cezaları ertelenmiştir⁶¹⁵.

(3) İtalya

İtalya, özellikle fuhuş yaptırma ve zorla çalıştırma maksadıyla gerçekleştirilen insan ticareti faaliyetinde bir hedef ülke ve geçilen ülke olarak değerlendirilmektedir⁶¹⁶. Hedef ülke olarak genellikle Kuzey ve Batı Afrika, Doğu Avrupa, Eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Güney Amerika, Asya ve Orta Doğu kökenli mağdurların daha fazla tespit edildiği bir merkezdir. Çok sayıda erkek mağdur Güney İtalya'da, tarım sektörü başta olmak üzere pek çok alanda zorla çalıştırmaya maruz kalmakta ve borçlandırma suretiyle kölelik durumuna koyulmaktadır⁶¹⁷. İtalya'da tespit edilen zorla çalıştırma maksadıyla insan ticaretinde kaynak ülkeler arasında Polonya, Romanya, Pakistan, Arnavutluk, Fas, Bangladeş, Çin, Senegal, Gana ve Fildişi Sahili yer almaktadır⁶¹⁸.

İtalya'nın hedef ülke olduğu cinsel istismar maksadıyla özellikle Arnavutluk ve diğer Orta Avrupa ülkelerinden kadın mağdurların konu olduğu insan ticaretinde Arnavut kökenli suç ağları çok önemli rol oynamaktadır. Arnavutluk vatandaşı kadınlar çoğunlukla nişanlıları ve/veya erkek arkadaşları tarafından insan ticareti mağduru haline getirilmektedir. Bunun dışında, kadın mağdurlar arasında Nijeryalı kadınların çok büyük bir orana sahip olduğu görülmektedir⁶¹⁹.

İtalya'da insan ticareti suçu ilk kez 2003 yılında Ceza Kanununun "Kişi Hürriyetine Karşı Cürümler" başlıklı bölümünün 601. maddesinde düzenlenmiştir. Bundan önce insan ticareti fiillerinin bir kısmı "kölelik" (md. 600) ve "köle ticareti" (md. 602) suçları kapsamında cezalandırılmaktaydı^{620 621}.

⁶¹⁵ İbid.

⁶¹⁶ Appendices to the Report "Trafficking in Persons: Global Patterns", s. 130. Aynı yönde bkz. US TIP Report 2010, s. 186; Combatting Trafficking in Persons, s. 104.

⁶¹⁷ US TIP Report 2010, s. 186. 2009 yılında iş müfettişleri tarafından teftiş edilen 100 600 çiftlik içinden 80 000'inde, toplam 98 400 adet kayıt dışı işçinin çalıştığına ilişkin tespit de Rapora yansıyan bilgiler arasındadır. Bu işçilerin yasadışı durumları onları insan ticareti suçu bakımından savunmasız bir hale getirmektedir.

⁶¹⁸ US TIP Report 2010, s. 186.

⁶¹⁹ Combatting Trafficking in Persons, s. 104.

⁶²⁰ Global Report on TIP 2009, s. 258.

601. maddede insan ticareti suçu şu şekilde düzenlenmektedir: “Her kim 600. maddede öngörülen koşullarda bulunan kişinin ticaretini yapar veya aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen suçları işlemek amacıyla aldatarak veya cebir, şiddet, yetkinin suistimali veya fiziksel veya psikolojik açıdan olumsuz veya zorunlu bir durum aracılığıyla veya o kişi üzerinde otoriteye sahip şahsa para veya diğer çıkar (yarar) vadedilmesi veya verilmesi yoluyla kişiyi ,ülke topraklarına girmeye veya orada oturmaya veya ülke topraklarından çıkmaya veya ülke topraklarına taşınmaya zorlarsa 8 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu maddedeki suç, 18 yaşından küçük bir kişi zararına veya fuhşun istismarına yönelik olarak veya zarar göreni organını vermeye zorlamak maksadıyla işlenmişse ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.”⁶²².

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununa göre; insan ticareti suçuyla ilgili soruşturmalarda yerel düzeydeki Mafyayla Mücadele Büroları (Direzioni Distrettuali Anti-mafia) yetkilidir ve bunlar arasındaki eşgüdüm Mafyayla Mücadele Ulusal Bürosu (Direzione Nazionale Anti-mafia) tarafından sağlanmaktadır⁶²³.

İtalya’da Mafyayla Mücadele Ulusal Bürosu verilerine göre; insan ticareti suçu (md. 601) nedeniyle 2003 yılında 111, 2004 yılında 199, 2005 yılında 297, 2006 yılında 217 ve 2007 yılında 148 kişi kovuşturmaya uğramıştır⁶²⁴. ABD 2010 İnsan Ticareti Raporunda yayınlanan 2008 yılına ilişkin istatistiksel verilere göre; insan ticareti suçu nedeniyle 2738 kişi hakkında soruşturma yürütülmüş, 365 kişi tutuklanmıştır. Yine aynı

⁶²¹ 2003 yılında yapılan değişiklikle “kölelik veya esarete indirgeme veya (kölelik veya esareti) muhafaza etme” başlığını taşıyan 600. madde de yeniden düzenlenmiştir. Buna göre; “Her kim, bir kişi üzerinde mülkiyet hakkına benzer yetkiler kullanır veya bir kişiyi çalışma veya cinsel hizmeti sunmaya veya dilenmeye veya istismar niteliğinde olan herhangi bir hizmeti sunmaya zorlayarak sürekli buyruğu altında olma durumuna indirger veya bu durumu muhafaza eder ise 8 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Buyruk altında olmaya indirgemek veya bu durumun muhafaza edilmesi; hareket cebir, şiddet, tehdit, aldatma, nüfuzun kötüye kullanılması veya fiziksel ya da psikolojik açıdan olumsuz bir durum veya zorunlu bir durum aracılığıyla veya kişi üzerinde otoriteye sahip kişiye para veya çıkar vadedilmesi veya verilmesi yoluyla gerçekleştirildiğinde söz konusu olur. On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden başka bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmamış olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir” (11.08.2003 tarihli 228 sayılı Kanunla değişiklik geçirmiştir. 23.08.2003 tarihli İtalyan Resmi Gazetesi, aktaran: EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 399, dpn. 23).

⁶²² 23.08.2003 tarihli İtalyan Resmi Gazetesi’nden aktaran: İbid., s. 399.

⁶²³ Global Report on TIP 2009, s. 258.

⁶²⁴ İbid.

yıl 138 kişi hakkında bu suç nedeniyle mahkumiyet kararı verildiği belirtilmiş ve bu kişiler bakımından hükmedilen hapis cezasının ortalama süresi dört yıl olarak tahmin edilmiştir. Hükümet tarafından bu faillerin tamamının 2003 İnsan Ticareti Yasasına göre yargılandığı rapor edilmiştir. Bunun yanında bazı vakalarda zorla çalıştırma maksadıyla insan ticareti faillerini yargılamak için daha hafif cezalar içeren yasaların da uygulandığı belirtilmiş ancak bu uygulamalara ilişkin veriler rapor edilmemiştir⁶²⁵.

(4) Belçika

Belçika insan ticaretinde bir geçilen ülke ve hedef ülke olarak konumlandırılmakta, ancak hedef ülke olarak daha fazla öne çıktığı görülmektedir⁶²⁶. ABD 2010 İnsan Ticareti Raporunda; Belçika’da tespit edilen mağdurların genellikle Doğu Avrupa, Afrika, Doğu Asya, Brezilya ve Hindistan kökenli oldukları ve en fazla maruz kaldıkları istismar biçiminin zorla çalıştırma ve fuhuş yaptırma olduğu belirtilmektedir. Özellikle erkek mağdurların, restoranlarda, barlarda, bahçe ürünleri sektöründe, meyve çiftliklerinde, inşaatlarda ve perakende satış dükkanlarında zorla çalıştırıldıkları ve istismara uğradıkları rapor edilmektedir. 2009 tarihli bir ECPAT Raporuna göre; Belçika’da zorla fuhuş yaptırılan çocukların bir çoğunluğu Doğu Avrupa ve Nijerya’dan gelmektedir⁶²⁷.

Belçika Ceza Kanununda, insan ticaretine ilişkin olan ilk düzenleme, beyaz kadın ticaretine ilişkin 1910 tarihli Sözleşme’nin izlerini taşımaktadır⁶²⁸. İlerleyen zamanda, bu maddenin uygulanma alanı sistematik olarak genişletilerek, kadınların yanında erkeklerin ve çocukların da fuhuş amacıyla ticareti, mağdurun rızasından bağımsız olarak ve şiddet, tehdit, hile, nüfuzu kötüye kullanma ya da herhangi bir zor kullanmaya gerek olmaksızın suç haline getirilmiştir. 13 Nisan 1995 tarihli yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte Ceza Kanununun 380bis maddesinde değişiklik yapılarak,

⁶²⁵ US TIP Report 2010, s. 187.

⁶²⁶ Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 37; Combatting Trafficking in Persons, s. 20. Ayrıca bkz. US 2010 TIP Report, s. 80.

⁶²⁷ US TIP Report 2010, s. 80. Ayrıca Belçika’da istismara maruz kalan çocukların büyük bir kısmının refakatsiz çocuklar, iltica talebinde bulunan ve mülteci statüsündeki savunmasız durumda olan çocuklar oldukları yerel gözlemciler tarafından rapor edilmiştir.

⁶²⁸ 26 Mayıs 1914 tarihli yasayla, Ceza Kanununa yeni bir 380bis maddesi eklenerek, “bir başkasının arzularını tatmin etmek için hile, şiddet, tehdit vasıtasıyla veya nüfuzu kötüye kullanarak ya da her türlü zor kullanma yoluyla bir kadını ya da bir kızı (une fille mineur) fuhuşa teşvik etmesi, yönlendirmesi ya da fuhuş amacıyla çalıştırması” cezalandırılır hale getirilmiştir. Mağdurun rızası halinde, 380bis maddesi uygulanmamaktaydı (La politique belge en matière de traite des êtres humains, s. 12).

“başkasının arzularını tatmin için, rızası ile olsa bile, reşit bir insanın fuhuş için hizmetlerini taahhüt etmek (embaucher), fuhşa sevketmek veya böyle birisini fuhuş maksadıyla bir yerden başka bir yere götürmek” cezalandırılmıştır. Bu madde kapsamında, mağdurun rızasının bulunmasının suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamakta, failin herhangi bir zorlayıcı araca ya da hileye başvurusu, nüfuzu kötüye kullanması ya da mağdurun çaresizliğinden yararlanması gerekmekte, bu haller yalnızca ağırlatıcı sebep olarak öngörülmekteydi⁶²⁹.

Belçika’da insan ticaretine ilişkin asıl düzenleme, 1995 tarihli Yasayla, 15 Aralık 1980 tarihli Yabancıların Ülkeye Girişi, Ülkede Kalması, Yerleşmesi ve Ülkeden Çıkarılması Hakkında Kanuna⁶³⁰ 77bis maddesinin eklenmesi suretiyle yapılmıştır. Bu maddede; “bir yabancı, doğrudan veya dolaylı olarak tehdit, şiddet uygulamak veya diğer bir biçimde zorlama yoluyla veya hileli hareketlerle ya da yasadışı veya belirsiz idari konumu, hamilelik, yaşının küçük olması, hastalık, sakatlık veya zihinsel ya da fiziksel bir özür nedeniyle içinde bulunduğu çaresizlikten yararlanarak, her ne suretle olursa olsun, doğrudan veya bir aracı vasıtasıyla ülkeye girişine veya ülkede kalmasına yardımcı olunması” suç olarak öngörülmüştür. Böylece, tehdit, şiddet veya hileli hareketlere başvurulması, yabancıların çeşitli nedenlerle içinde bulunduğu çaresizlikten yararlanılması gibi araçlar, suçun kurucu unsurları içinde yer almıştır. Ancak bu yasa da, uygulama alanının yalnızca “yabancılar” ile sınırlanmış olması ve istismar maksadına yer verilmemiş olması nedeniyle, insan ticareti suçuna karşı yeterli bir koruma sağlayamamaktaydı⁶³¹.

Gerek Ceza Kanununda gerekse Yabancılar Hakkındaki Kanunda yer alan hükümlerin yetersiz olması ve Avrupa düzeyindeki ve uluslararası düzeydeki normların gerekliliklerini de yerine getirememeleri nedeniyle insan ticareti konusundaki Belçika mevzuatının yeniden düzenlenmesi gereği duyulmuş, böylece 10 Ağustos 2005 tarihli

⁶²⁹ İbid. Belçika Ceza Kanununda insan ticareti suçunun düzenlenmesiyle ilgili gelişim için bkz. HIRSCH, Michèle, “La traite des êtres humains. Une législation modèle pour l’Europe?”, s. Journal des Tribunaux v. 114, no. 5768, 1995, s. 553 vd.

⁶³⁰ Loi du 15 décembre 1980 sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers. Bu Kanunun Fransızca metni için bkz. http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex/index.reflex?page=chrono&c=detail_get&d=detail&docid=33702&tab=articles (Erişim tarihi :14.05.2008).

⁶³¹ La politique belge en matière de traite des êtres humains, s. 13.

Yasayla Ceza Kanuna yeni bir 433quinqies maddesi eklenerek, istismar maksadı bakımından kapsamı oldukça geniş bir düzenleme yapılmış ve böylece insan ticareti Belçika Ceza Kanununda ayrı bir suç olarak yer almış⁶³², yeni ve açık bir tanıma kavuşturulmuştur⁶³³.

10 Ağustos 2005 tarihli Yasanın getirdiği en önemli yeniliklerden biri, insan ticareti ile göçmen kaçakçılığının kesin bir şekilde ayrılması olmuştur⁶³⁴. Böylece Yabancılar Hakkındaki Kanun'un 77bis maddesi ile göçmen kaçakçılığı cezalandırılırken, insan ticareti suçu, münhasıran Ceza Kanununun 433quinqies maddesi ile düzenlenmiştir. Bu değişiklik, suç ülke sınırları içinde de işlenebilmekte ve yabancılar dışında kalan kişiler de artık suça konu olabilmektedir. Bu maddede suç; "bir kişiye karşı; (1) Ceza Kanununun 379. maddesinde⁶³⁵, 380. maddesininin 1 ve 4. paragraflarında⁶³⁶ ve 383. maddenin 1. paragrafında⁶³⁷, (2) 433ter maddesinde⁶³⁸ yazılı suçların işlenmesine imkan vermek; (3) kişiyi insan haysiyetine aykırı koşullarda çalıştırmak veya başkası tarafından çalıştırılmasına imkan vermek; (4) 13 Haziran 1986 sayılı Organların Alınması ve Nakli hakkında Kanuna aykırı olarak, kişinin organ veya dokularını almak veya alınmasına imkan vermek veya (5) kişiye rızasına aykırı olarak bir suç işletmek maksatlarıyla; tedarik etmek, nakletmek, devretmek, barındırmak, kabul etmek, üzerindeki hakimiyeti başkasına geçirmek veya devretmek" olarak tanımlanmıştır. Maddede, suç işletmek maksadı ayrı tutularak, mağdurun, hedeflenen istismar biçimlerinden herhangi birine rızası göstermesinin hiçbir önemi olmadığı öngörülmüştür. Böylece, Belçika hukukunda, mevcut düzenlemeyle, yalnızca cinsel

⁶³² Global Report on TIP 2009, s. 237.

⁶³³ Belçika Ceza Kanunu için bkz. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_al.pl?DETAIL=1867060801%2FF&caller=list&row_id=1&n_umero=2&rech=4&cn=1867060801&table_name=LOI&nm=1867060850&la=F&dt=CODE+PENAL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27PENAL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn_x=41&imgcn_y=12 (Erişim tarihi: 20.05.2008).

⁶³⁴ La politique belge en matière de traite des êtres humains, s. 24.

⁶³⁵ Belçika Ceza Kanunu'nun 379. maddesinde bir başkasının arzularını gidermek maksadıyla, küçüklerin fuhuş amacıyla baştan çıkarılması veya fuhşa teşviki düzenlenmektedir.

⁶³⁶ 380. maddenin 1. paragrafında ; bir başkasının arzularını gidermek maksadıyla yetşkin bir insanın rızasıyla da olsa, fuhuş amacıyla baştan çıkarmak, bir yerden başka bir yere götürmek veya fuhşa sevk etmek suçu düzenlenmektedir. Aynı maddenin 4. paragrafında cezalandırılan fiil ise, bir başkasının fuhşunun herhangi bir suretle istismar edilmesidir.

⁶³⁷ 383. maddenin 1. paragrafında, ahlaka aykırı içerik taşıyan resim, görüntü, şarkı veya basılmış olsun ya da olmasın yazılı materyallerin ifşası, satışı ya da dağıtımı suç olarak düzenlenmiştir.

⁶³⁸ 433ter maddesinde, bir kimseye dilencilik yaptırmak veya dilencilüğün sömürülmesi suçu öngörülmektedir.

istismar maksadıyla değil, aynı zamanda işgücü istismarı ve organların alınması maksatlarıyla işlenen insan ticareti filleri de cezalandırılabilir.

(5) Birleşik Krallık

Birleşik Krallık (BK), insan ticaretinden temelde bir hedef ülke olarak etkilenmektedir⁶³⁹. Ancak daha az ölçüde olmakla birlikte bir geçilen ülke olarak konumlandırıldığı da görülmektedir⁶⁴⁰. Hedef ülke olarak BK’da Doğu Avrupa (Arnavutluk, Romanya, Kosova, Ukrayna, Baltık Ülkeleri ve diğer Doğu Avrupa ülkeleri), Batı Afrika (özellikle Nijerya) ve Asya kökenli mağdurların insan ticaretine konu edildikleri görülmektedir⁶⁴¹.

ABD 2010 İnsan Ticareti Raporunda; zorla çalıştırma ve fuhuş yaptırmanın en fazla başvurulan istismar biçimleri olduğu belirtilerek, göçmen işçilerin tarım, inşaat, gıda işleme, yemek sektörü ve ev hizmetlerinde zorla çalıştırıldıkları belirtilmiştir. Yine göçmen işçilerin, özellikle Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri kökenli diplomatlar tarafından istismara uğradıkları ve göçmen statülerini kaybetmeksizin işverenlerini değiştirmenin mümkün olmaması nedeniyle savunmasız bir durumda buldukları rapor edilmiştir. Vietnam ve Çin’den gelen çocuklar, Vietnamlı organize suç örgütleri tarafından borç karşılığı köleleştirilerek hint keneviri tarlalarında zorla çalıştırılmaktadır. İskoçya’da önemli boyutta insan ticareti sorunu olduğu rapor edilmekle birlikte, bu bölgede insan ticareti nedeniyle herhangi bir mahkumiyet tespit edilmediği belirtilmektedir⁶⁴².

⁶³⁹ US TIP Report 2010, s. 335-336; Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 234.

⁶⁴⁰ Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 234. Bu Raporda Birleşik Krallık hedef ülke olarak “yüksek”, geçilen ülke olarak ise “orta” ölçekte sınıflandırılmıştır. Ayrıca bkz. Combatting Trafficking in Persons, s. 204.

⁶⁴¹ Combatting Trafficking in Persons, s. 204. BM’in 2006 tarihli “Trafficking in Persons: Global Patterns” başlıklı Raporun Eklerinde ise Birleşik Krallık’a yönelik insan ticaretinde kaynak ülkeler “yüksek”, “orta” ve “düşük” olarak üç farklı derecede sınıflandırılmıştır. Buna göre “yüksek” derecede sınıflandırılan kaynak ülkeler arasında; Arnavutluk, Brezilya, Çin, Kolombiya, Litvanya, Nijerya, Romanya, Rusya Federasyonu ve Tayland sayılmaktadır. “Orta” derecede sınıflandırılanlar ise; Benin, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Gürcistan, Gana, Hong Kong, Çin, Macaristan, Kenya, Kosova, Letonya, Malavi, Filipinler, Polonya, Moldova, Singapur, Güney Afrika, Türkiye, Uganda ve Ukrayna’dır (Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 234).

⁶⁴² US TIP Report 2010, s. 336. Ayrıca, Birleşik Krallık’a dahil bazı bölgelerde insan ticaretinin daha ciddi bir sorun teşkil ettiği rapor edilmektedir. Örneğin, Bermuda’da, göçmen işçilerin ancak işverenleri tarafından onlar adına elde edilebilen, katı koşullar içeren çalışma izinlerine bağlı olarak çalışmalarını göçmen işçileri istismara ve inşaat, konaklama ve ev hizmetleri sektörlerinde insan ticaretine karşı

Arnavutluk kökenli organize suç gruplarının özellikle fuhuş alanında Londra’da kontrolü giderek ele geçirdikleri tespit edilmiştir. Fuhşun asıl olarak sokakların dışına çıktığı, özellikle büyük şehirlerde daha çok apartman dairelerinde, saunalarda, masaj salonlarında, eskort ajansları aracılığıyla organize edilmeye başlandığı görülmektedir. Doğu Avrupa ve Balkanlardan gelen kadınların Londra’daki fuhuş sektöründeki oranı polisin tahminlerine göre % 50 ila % 80 olarak belirtilmiştir. Ancak bu oran içinde insan ticareti mağduru olanların yüzdesi bilinmemektedir⁶⁴³.

Birleşik Krallık İnsan Ticareti Merkezi resmi olarak 2006 yılında açılmıştır. Emniyet Amirleri Birliği’ne (Association of Chief Police Officers) bağlı olan bu Merkez, çeşitli disiplinlerden uzman kişileri bir araya getirmektedir. Merkezin sorumluluğu bütün insan ticareti biçimlerini kapsamaktadır. Buna ek olarak, BK polis güçlerinden bazıları insan ticareti soruşturmalarına odaklanmış operasyonel ekiplere sahiptir⁶⁴⁴.

BK’da insan ticareti suçuyla ilgili yasal çerçeve 2003 ve 2004 yıllarında yapılan iki ayrı düzenlemede yer almaktadır. Bunlar; 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası ve 2004 tarihli Göç ve Sığınma Yasasıdır. Mayıs 2004’te yürürlüğe giren 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası, İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda’da her türlü cinsel suçun işlenmesi maksadıyla Birleşik Krallık içinde gerçekleşen veya sınıraşan nitelikteki insan ticaretini kapsamaktadır. Cinsel Suçlar Yasasının 57. maddesinde; bir kimsenin BK’ya gelmesinden sonra, kendisine karşı cinsel suçlardan herhangi birinin⁶⁴⁵ işlenmesini içeren herhangi bir fiilde bulunmak maksadıyla veya bir başkasının böyle bir fiili gerçekleştireceğini bilerek, ülkeye gelişinin düzenlenmesi veya kolaylaştırılması cezalandırılmaktadır. 58. maddede; BK sınırları içindeki seyahati sırasında veya sonrasında kendisine karşı yine 57. maddede belirtilen nitelikteki bir fiilin işlenmesi maksadıyla veya böyle bir fiili bir başkasının gerçekleştireceğini bilerek, bu seyahatin

savunmasız bir halde bırakılmaktadır. Burada, işçilerin pasaportlarına el koyan ve onları borç köleliği ile tehdit eden işverenlerin bulunduğu gösteren bazı olayların bulunduğu işaret edilmektedir.

⁶⁴³ Combatting Trafficking in Persons, s. 204.

⁶⁴⁴ Global Report on TIP, s. 291.

⁶⁴⁵ 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasasının 57, 58 ve 59. maddelerinde “ilgili suçların işlenmesi” biçiminde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu suçların hangileri olduğu aynı Yasanın 60. maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Bunlar arasında; 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası, 1978 tarihli Çocukların Korunması Hakkında Yasanın 1(1)(a) maddesinde yazılı cinsel suçlardır. Bu listeye atıf amacıyla yukarıda, genel anlamda bu kapsamı ortaya koyabilmek için “cinsel suçlar” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

kolaylaştırılması veya düzenlenmesi cezalandırılmaktadır. 58. maddede ise; bir kimsenin BK'dan çıkışının ardından aynı nitelikteki bir fiilin işlenmesi maksadıyla veya böyle bir fiilin bir başkası tarafından gerçekleştirileceğini bilerek, ülke sınırları dışına çıkışının kolaylaştırılması veya düzenlenmesi suç sayılmaktadır⁶⁴⁶. İskoçya aynı nitelikteki hükümlere, 2003 tarihli (İskoçya) Ceza Adaleti Yasasının 22. Bölümünde yer vermektedir⁶⁴⁷.

Cinsel istismarın dışında, zorla çalıştırma ve organların alınması maksatlarını da içeren "istismar maksatlı insan ticareti" suçu 2004 tarihli Göç ve Sığınma Yasasında düzenlenmiştir⁶⁴⁸. Böylece kölelik ve zorla çalıştırma konusundaki yasal çerçevenin eksikliği nedeniyle kapsayıcı ve BK'nın uluslararası yükümlülüklerine uygun bir hükmün bulunmadığı yönündeki eleştiriler bertaraf edilmiştir⁶⁴⁹. 2004 tarihli Göç ve Sığınma Yasasının 4. maddesinde kişilerin BK'ya gelişlerini (md. 4(1)), BK sınırları içinde seyahat etmelerini (md. 4(2)) ve BK sınırları dışına çıkışlarını (md. 4(3)), bunların BK sınırları içinde veya başka bir yerde istismar edilmesi maksadıyla veya başkaları tarafından istismar edileceğini bilerek düzenlemek ve kolaylaştırmak cezalandırılmaktadır. Maddenin dördüncü fıkrasında; istismar teriminin neleri kapsadığı tanımlanmıştır. Bu kapsamda kişinin, AIHS'nin 4. Maddesindeki kölelik ve zorla çalıştırma yasağına aykırı bir davranış nedeniyle mağdur olması, kendisinin veya başkasının 1989 tarihli Organ Nakli Hakkında Yasaya göre suç sayılan bir fiili gerçekleştirmesi sonucunu doğuracak bir davranışta bulunmasının beklenmesi, istenmesi veya buna teşvik edilmesi gibi hallere yer verilmiştir⁶⁵⁰.

⁶⁴⁶ 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasasının orjinal metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> (Erişim tarihi: 15.09.2010).

⁶⁴⁷ Global Report on TIP 2009, s. 291.

⁶⁴⁸ 2004 tarihli Göç ve Sığınma Yasasının orijinal metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/19/section/4> (Erişim tarihi: 15.09.2010).

⁶⁴⁹ Human Trafficking, Twenty sixth Report of Session 2005-06, Volume II, Written and Oral Evidence, House of Lords-House of Commons, Joint Committee on Human Rights, s. 141 (Raporun tamamı için bkz. <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200506/jtselect/jtrights/245/245ii.pdf>) (Erişim tarihi: 15.09.2010).

⁶⁵⁰ 2004 tarihli Göç ve Sığınma Yasasının 4. Maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan diğer durumlar şunlardır: kişinin; (i) herhangi bir hizmette bulunması, bir başkasına herhangi bir şekilde çıkar temin etmesi veya bir başkasının herhangi bir çıkar elde etmesine imkan sağlaması için, zor kullanmaya, tehdide veya onu ikna etmeye yönelik aldatmaya maruz kalması – veya (ii) ruhsal veya fiziksel bir hastalık ya da sakatlığının bulunması, genç olması veya bir kimseyle aile ilişkisinin bulunması ya da bunlar dışında bir kişinin rıza göstermeme veya kandırılmaya karşı koyma imkanı bulunması sebebiyle, kendisinden herhangi bir faaliyette bulunmasının istenmesi veya bu amaçla kandırılması.

Bir uzmana göre; insan ticaretine ilişkin yürürlükteki mevzuatın yorumu, zorunlu hizmetten çok sınır aşan hareketi vurgulamaya elverişlidir. 2003 ve 2004 tarihli yasaları uygulayabilmek için yetkili makamların, mağdurları hem taşımaya hem de BK'ya gelişlerinden önce istismara yönelik olarak ikili bir maksadın varlığını kanıtlamaları gerekmektedir⁶⁵¹.

Son olarak, 6 Nisan 2010'da yürürlüğe giren 2009 tarihli *Coroners and Justice* Yasası'nın 71. maddesine göre, bir kişiyi kölelik veya esaret durumunda tutmak veya zorla çalışmaya ya da angaryada bulunmaya sevk etmek suç sayılmaktadır. Buna göre; kişinin bu şekilde tutulduğunun veya bu nitelikte bir çalışmaya sevk edildiğinin fail tarafından bilinmesi gereklidir. Suç teşkil eden fiilden dolayı hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Bununla birlikte, bu hüküm, Göç ve Sığınma Yasasındaki "insan ticareti" fiilinden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Mağdurun insan ticaretine maruz kalıp kalmamasından ve göç statüsünden tamamen bağımsız olarak uygulanacaktır⁶⁵².

ABD 2010 İnsan Ticareti Raporunda, Cinsel Suçlar Yasası kapsamında cinsel istismar maksadıyla insan ticareti nedeniyle 31 kişi hakkında ve Göç ve Sığınma Yasasına göre ise zorla çalıştırma maksadıyla insan ticareti nedeniyle iki kişi hakkında mahkumiyet kararı verildiği BK yetkilileri tarafından belirtilmiştir. Bu rakamlar 2008 yılındaki mahkumiyet sayısına oranla bir artış olduğunu göstermektedir. Mahkum edilen 31 kişi bakımından hükmedilen hapis cezalarının ortalaması 4.4 yıl olarak rapor edilmiştir. Bununla birlikte insan ticareti nedeniyle hakkında mahkumiyet kararı verilen hükümlülerin ilgili suçlardan dolayı ek mahkumiyetlerin sonucu olarak, diğerlerine göre daha uzun süre ceza çektikleri belirtilmektedir. Bunun yanında, BK'da ev hizmetlerinde çalıştırılan göçmenlerle ilgili STÖ tarafından, Mayıs 2008'den itibaren yetkili makamlara istismar edildikleri yönünde şikayette bulunan 22 insan ticareti mağdurundan yalnızca dördüyle ilgili vakaların bu suç kapsamında kovuşturulduğu rapor edilmiştir⁶⁵³.

⁶⁵¹ US TIP Report 2010, s. 336.

⁶⁵² 2009 tarihli Coroners and Justice Act, madde 71'in uygulanmasına ilişkin Kölelik, esaret ve zorla çalıştırma konulu 19 Mart 2010 tarihli ve 2010/07 sayılı Genelge (Genelgenin orjinal metni için bkz. <http://www.justice.gov.uk/publications/docs/circular-07-2010-coroners-justice-act-section-71.pdf>) (Erişim tarihi: 15.09.2010).

⁶⁵³ US TIP Report 2010, s. 336.

(6) Hollanda

Hollanda insan ticaretinde bir hedef ülke durumundadır⁶⁵⁴. Ancak aynı ölçüde olmasa da, aynı zamanda bir geçilen ülke olarak değerlendirilmektedir⁶⁵⁵. Hedef ülke olarak Hollanda’da en fazla Arnavutluk, Belarus, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Dominik Cumhuriyeti, Litvanya, Nijerya, Polonya, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya ve Ukrayna kökenli mağdurlar tespit edilmektedir⁶⁵⁶. Ülkede, cinsel istismar maksadıyla işlenen insan ticaretinde mağdurların geldikleri ülkelere göre dağılımına bakıldığında, Hollanda, Nijerya, Romanya, Macaristan, Bulgaristan ve Gine’nin ilk sıralarda yer aldığı görülmektedir. 2009 yılında tespit edilen mağdurların ise 138’i çocuklardan ve yetişkinlerden oluşan erkeklerdir⁶⁵⁷. Fuhuş ve zorla çalıştırma maksadıyla yabancıların ticarete konu oldukları vakalara genellikle suç ağları dahil olurken; Hollanda vatandaşlarının mağdur olduğu fiillerde ise faillerin, ağırlıklı olarak bağımsız çalıştıkları ve kişileri internet aracılığı ile tedarik ettikleri görülmektedir⁶⁵⁸. Hollanda’da özellikle reşit olmayan genç kız mağdurların tedarik edilmesinde “loverboy” olarak adlandırılan yöntem çok fazla başvurulması söz konusudur.

Ülkede, insan ticaretiyle mücadele konusunda özel bir kanun uygulayıcı makam olan “Ulusal İnsan Ticareti Uzman Grubu” (LEM), fuhuş ve insan ticareti hakkında Ulusal Polis Projesi kapsamında 1997 yılında kurulmuştur⁶⁵⁹. Ayrıca ülkede gerçekleşen insan ticareti faaliyetine ilişkin yıllık raporlar hazırlamak üzere “Ulusal İnsan Ticareti Raportörü” (National Rapporteur on Trafficking in Human Beings) görevlendirilmiştir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁴ Combatting Trafficking in Persons, s. 139; US TIP Report 2010, s. 248; Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 167.

⁶⁵⁵ Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 167. Aynı yönde bkz. US TIP Report 2010, s. 248.

⁶⁵⁶ Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 167.

⁶⁵⁷ US TIP Report 2010, s. 248. Ağırlıklı olarak Romanya, Çin, Gana, Nijerya ve Endonezya kökenli olan bu mağdurların; zorla fuhuş yaptırmak ve tarım, bahçecilik, inşaat, gıda işleme, yemek hizmeti, temizlik gibi sektörlerde ve uyuşturucu ticaretinde zorla çalıştırılmak suretiyle istismara uğradıkları rapor edilmiştir.

⁶⁵⁸ US TIP Report 2010, s. 248.

⁶⁵⁹ Global Report on TIP 2009, s. 266.

⁶⁶⁰ Hollanda Ulusal İnsan Ticareti Raportörü hakkında ayrıntılı bilgi ve 2002 yılından bu yana yayınlanan yıllık İnsan Ticareti Raporları için bkz. <http://english.bnrm.nl/> (Erişim tarihi: 23.09.2010).

Hollanda’da insan ticareti ilk olarak 1911 yılında suç olarak düzenlenmiştir. Hollanda Ceza Kanununun (HCK) eski 250a maddesinin yerine 1 Ocak 2005 tarihinde yeni ve genişletilmiş bir hüküm olan 273a maddesi getirilmiş ve bu kapsamda İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün 3. maddesinde sayılan bütün insan ticareti biçimlerini cezalandıran bir düzenleme yapılmıştır⁶⁶¹. Bu değişiklikle insan ticareti artık HCK’da “Kişi Özgürlüğüne Karşı Suçlar” arasında düzenlenmektedir⁶⁶². Eylül 2006’da madde 273a herhangi bir değişiklik yapılmaksızın madde “273f” olarak yeniden numaralandırılmıştır⁶⁶³. Bu hükümde son olarak suç karşılığında öngörülen hapis ve para cezalarının artırılması için 1 Temmuz 2009’dan itibaren yürürlüğe giren bir değişiklik yapılmıştır⁶⁶⁴.

Madde 273f’nin birinci fıkrasında; insan ticareti teşkil eden hareketler dokuz bent halinde sayılmıştır. Buna göre;

“a) Zor kullanma, şiddet, şiddet tehdidi veya başka bir hareketle, zorlama, aldatma, hile veya mevcut durumdan kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması, çaresizliğin kötüye kullanılması veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla; bir kimsenin, istismar etmek veya organlarını almak maksadıyla tedarik edilmesi, bir yerden başka bir yere taşınması, yerinin değiştirilmesi veya barındırılması⁶⁶⁵;

b) henüz 18 yaşını doldurmamış bir kişinin istismar etmek veya organlarını almak maksadıyla tedarik edilmesi, bir yerden başka bir yere taşınması, yerinin değiştirilmesi veya barındırılması;

⁶⁶¹ Global Report on TIP 2009, s. 266.

⁶⁶² Eski 250a maddesi “Toplum Ahlakına Karşı Suçlar” arasında düzenlenmekteydi (Human Trafficking, Seventh Report, s. 404).

⁶⁶³ İbid.

⁶⁶⁴ İbid., s. 406.

⁶⁶⁵ Madde 273f’nin İngilizce metninde (a) bendi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1. Any person who:) (a) by force, violence or other act, by the threat of violence or other act, by extortion, fraud, deception or the misuse of authority arising from the actual state of affairs, by the misuse of a vulnerable position or by giving or receiving remuneration or benefits in order to obtain the consent of a person who has control over this other person recruits, transports, moves, accommodates or shelters another person, with the intention of exploiting this other person or removing his or her organs; (...)shall be guilty of trafficking in human beings and as such liable to a term of imprisonment not exceeding eight years and a fifth category fine, or either of these penalties”. (Maddenin resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz. İbid., Appendix 1b, s. 593-594).

c) bir kimsenin, başka bir ülkede bir üçüncü kişiyle veya üçüncü kişi için bir ödeme karşılığında cinsel ilişkide bulunmasını sağlamaya sevk etmek maksadıyla tedarik edilmesi, beraberinde götürülmesi veya kaçırılması;

d) bir kimsenin çalışmasını veya hizmette bulunmasını veya organlarını vermesini sağlamaya (a) bendinde belirtilen araçlarla zorlanması veya sevk edilmesi yahut (a) bendinde belirtilen koşullarda bu kişinin çalışmasını veya hizmette bulunmasını ya da organlarını vermesini sağlama sonucunu doğuracağı bilindiği veya bilinmesi beklenen bir harekette bulunulması⁶⁶⁶;

e) henüz on sekiz yaşını doldurmamış bir kimsenin ücret karşılığı üçüncü bir kişiyle veya üçüncü kişi için cinsel ilişkide bulunmasını veya organlarını vermesini sağlayacak şekilde sevk edilmesi yahut bu kimseye karşı, ücret karşılığı bu tür bir ilişkide bulunmasını veya organlarını vermesini sağlama sonucunu doğuracağı bilindiği veya bilinmesi beklenen bir harekette bulunulması;

f) bir başkasının istismar edilmesinden kasten çıkar sağlanması;

g) (a) bendindeki koşullarda organlarının alındığı bilinen veya bilinmesi beklenen bir kimsenin organlarının alınmasından kasten çıkar sağlanması;

h) henüz on sekiz yaşını doldurmamış bir kişinin ücret karşılığı bir üçüncü kişi için veya üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği cinsel ilişkiden veya organlarını vermesinden kasten çıkar sağlanması;

i) bir başkasının, üçüncü bir kişi için veya üçüncü kişiyle gerçekleştirdiği cinsel ilişkiden veya organlarını vermesinden elde ettiği kazancı sunması için (a) bendinde belirtilen araçlarla zorlanması veya ikna edilmesi;" insan ticareti suçu teşkil eder.

⁶⁶⁶ Maddenin (d) bendi aşağıdaki gibidir: “ (Any person who) (...) (d) forces or induces another person by the means referred to under (a) to make himself/ herself available for performing work or services or making his/her organs available or takes any action in the circumstances referred to under (a) which he knows or may reasonably be expected to know will result in that other person making himself/herself available for performing labour or services or making his/her organs available; (...)shall be guilty of trafficking in human beings and as such liable to a term of imprisonment not exceeding eight years and a fifth category fine, or either of these penalties”.

Birinci fıkrada sayılan bu fiillerin herbiri için öngörülen ceza, sekiz yıla kadar hapis ve 67 000 Avroya kadar para cezası veya bunlardan biri şeklinde belirtilmiştir.

İkinci fıkrada; istismar terimi tanımlanmıştır. Bu tanımın, İnsan Ticaretine İlişkin BM Palermo Ek Protokolünün 3. maddesindeki tanımla neredeyse birebir örtüştüğü görülmektedir⁶⁶⁷.

İnsan ticareti suçunun ağırlaştırılmış halleri üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarda öngörülmüştür. Bunlar; birinci fıkrada belirtilen fiillerin birlikte hareket eden iki veya daha fazla kişi tarafından işlenmesi, 16 yaşından küçük bir kişiye karşı işlenmesi⁶⁶⁸, birinci fıkrada belirtilen fiillerin sonucunda ağır fiziksel zarar veya kişinin hayatını tehdit eden bir durumun ortaya çıkması⁶⁶⁹, ölüm meydana gelmesidir⁶⁷⁰.

HCK madde 273f'nin özellikle dikkat çeken yönü, “bir kimsenin istismar edilmesinden veya organlarının alınmasından kasten çıkar sağlama” biçimindeki hareketin, insan ticaretini oluşturan fiillerden biri olarak öngörülmesidir. Böylece, istismar maksadıyla araç fiilleri gerçekleştirilmemiş veya tedarik etmek, bir yerden başka bir yere taşımak veya barındırmak gibi asıl hareketleri yapmamış olan, hatta bizzat istismarda bulunmamış olan kişinin yalnızca bunlara dayanarak bir çıkar elde etmesi, insan ticareti suçunun faili sayılması için yeterli olacaktır.

Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan araç fiillerle ilgili olarak Hollanda mahkemeleri, maddenin lafzına ağırlık veren, katı yorumlar yapmaktan kaçınmaktadır. Örneğin mağduru kontrol amacıyla doğrudan kişinin fiziksel özgürlüğünü kısıtlayan tedbirler dışında bir uygulama söz konusu olduğunda, mağdurun bu durumla ilgili algılamasına ağırlık verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Mağdur, bulunduğu ortamı terketmenin (gerçek ya da algıladığı) sonuçlarından veya orada bulunmasına ya da çalışmayı sürdürmesine neden olan mevcut koşullardan dolayı, bu durumdan kendi

⁶⁶⁷ İkinci fıkradaki hüküm aynen şu şekildedir: “İstismar terimi; asgari olarak başkalarının fuhşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın diğer biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, köleliği, kölelik benzeri uygulamaları veya esareti içerir”.

⁶⁶⁸ Yukarıda belirtilen ilk iki halde, ceza on iki yıla kadar hapis ve 67 000 Avroya kadar para cezası veya bunlardan biri olarak öngörülmüştür.

⁶⁶⁹ Bu halde ceza on beş yıla kadar hapis ve 67 000 Avroya kadar para cezası veya bunlardan biri olarak öngörülmüştür.

⁶⁷⁰ Ölüm sonucunun ortaya çıktığı bu son halde ceza, on sekiz yıla kadar hapis ve 67 000 Avroya kadar para cezası veya bunlardan biri olarak öngörülmüştür.

başına kurtulmanın mümkün olmadığını farzedebilir. Bu bağlamda, Arnhem Temyiz Mahkemesi'nin cinsel istismarla ilgili 23 Mayıs 2006 tarihli bir kararında yer verilen “*Mağdurun istismara olası rızası kesin değildir. Asıl olan, mevcut koşullar içerisinde mağdurun bir istismar durumunda olmaktan başka makul bir seçeneğinin olmaması ve mağdurun iradesinin gerçekte hiç ya da önemli ölçüde yokluğudur*” biçimindeki yorumu önemlidir⁶⁷¹.

Bunun gibi, Leeuwerden Bölge Mahkemesi, 2002 tarihli bir kararında şüphelinin; mağdurun sosyal durumunu kötüye kullanmak, onun üzerinde fiziksel şiddet uygulamak veya uygulama tehdidinde bulunmak, duygusal yönden şantaj yapmak ve ona sahte bir kimlik sağlamak suretiyle onu fuhuş yapmaya devam etmeye sevk ettiğine karar vermiştir⁶⁷². Groningen Bölge Mahkemesi ise, 12 Aralık 2000 tarihli bir kararında mağduru (diğerlerinin yanında) vudu büyüüne başvurarak getiren şüpheliyi insan ticareti nedeniyle mahkum etmiştir⁶⁷³. Bir kişinin uyuşturucu bağımlısı olması da, bu kişinin tercih özgürlüğünü kısıtlayan ve onun istismar durumundan kurtulmasını engelleyen bir etken olarak değerlendirilmiştir⁶⁷⁴. Yine bir kişinin Hollanda’da yasal koşullar altında oturmamasının da, bağımlılık durumundan kaynaklanan istismar bakımından bir etken olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiş ve bu halde Yüksek Mahkemeye göre, mevcut durumdan kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması sayılmıştır⁶⁷⁵.

Yargılamaların yarısından fazlasında (%55), mağdur üzerindeki “denetim” ya fail tarafından ya da fail üzerinden sağlanmaktadır. Bu denetim, çalıştığı yere giderken veya buradan çıktığında, dışarda hiç yalnız kalmaması için mağdura biri eşlik etmesi yahut mağdurun çalışma saatleri içinde düzenli olarak aranması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu amaçla, mağdurun yaşadığı evin anahtarına sahip olunması ya da

⁶⁷¹ İbid., s. 410. Örneğin, mağdurun işverenle veya bir üçüncü kişiyle borç ilişkisi içinde olması, kültürel özellikler, 18 yaşından küçük olması veya bu etkenlerin birleşimi birer baskı unsuru teşkil edebilir (Trafficking in Human Beings, Fifth Report of the National Rapporteur, s. 410. Raporun İngilizce metni için bkz. NRM%20Fifth%20Report%20Rapporteur%20def_tcm64-102040[1].pdf) (Erişim tarihi: 21.09.2010). (Bundan böyle “Trafficking, Fifth Report” olarak anılacaktır).

⁶⁷² Leeuwerden District Court, 23 March 2002, LJN:AF2879 (aktaran: Human Trafficking, Seventh Report, s. 410).

⁶⁷³ Groningen District Court, 12 December 2000, LJN:AF2879 (aktaran: İbid.).

⁶⁷⁴ Yüksek Mahkeme, 18 Nisan 2000, NJ2000, 443 (aktaran: İbid.).

⁶⁷⁵ Yüksek Mahkeme, 18 Nisan 2000, NJ2000, 443 (aktaran: İbid.).

mağdurun kazancının kontrol edilmesi gibi yöntemler de kullanılabilir. Mağdurun denetimine genellikle onu tecrit durumunda tutmak biçimindeki davranışın eşlik ettiği tespit edilmektedir⁶⁷⁶.

Yargılamaların % 57'sinde şüpheliler, mağduru aralarında bir aşk ilişkisinin bulunduğu ve birlikte bir gelecekleri olacağı yönünde, şüphelinin mali durumu, ve çalışma koşulları ve/veya işin türü hakkında gerçek dışı durumlara inandırmış ve "kandırma" yoluna başvurmuşlardır⁶⁷⁷.

Bunun yanında, yargılamaların yarısından fazlasında mağdurların failere değişik şekillerde bağımlı oldukları ortaya çıkmıştır. Para, Hollanda'ya girebilme imkanı, konaklama ve barınma ihtiyacı, kimlik belgesi, iş ve/veya uyuşturucu madde bağımlılık nedenlerine örnek olarak belirtilebilir. Mağdur bakımından bir bağımlılık durumu yaratılması sonucunda "mevcut durumdan kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması" hali ortaya çıkmaktadır⁶⁷⁸.

Hollanda Ulusal İnsan Ticareti Raportörü tarafından hazırlanan ve 2009 yılında yayınlanan Raporda 273f maddesiyle ilgili olarak yöneltilen en önemli eleştirilerden biri, maddenin kapsamının seks endüstrisi dışındaki alanlardaki istismar bakımından tam bir açıklık içermemesidir. Maddenin uygulaması bu alanları da kapsayacak şekilde genişletildiğinde, bu konuda ayrıntılı uygulamayı mahkemelere bırakmak yönünde bilinçli bir tercih yapıldığı belirtilmektedir⁶⁷⁹. Özellikle işgücü istismarı maksadıyla insan ticareti bakımından, somut olaydaki koşulların ve sömürünün ağırlığı konusunda bir ölçü belirlenmesi konusunda yargıçların büyük zorluklar yaşadığı ve bu istismar

⁶⁷⁶ İbid., s. 412.

⁶⁷⁷ İbid.

⁶⁷⁸ İbid. Amsterdam Bölge Mahkemesi de bir kararında; şüphelinin mağdurla İspanya'da bir gelecek kurmayı istediğine dair gerçeğe aykırı davranışlarda bulunduğu ve mağdurun ona karşı derin bir aşk beslemesinin mevcut durumdan kaynaklanan yetkinin kötüye kullanılması teşkil ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu kararda, aynı zamanda şüphelinin başka kadınlara karşı da aynı sahte görüntüyü yarattığı gerçeğini göz önüne almıştır (Amsterdam Bölge Mahkemesi, 21 Aralık 2007, LJN:BC1037'den aktaran: İbid., s. 414).

⁶⁷⁹ İbid., s. 29-30.

biçimi bakımından bir olayın insan ticareti olarak nitelendirilmesinin en önemli sorunlardan biri olduğu anlaşılmaktadır⁶⁸⁰.

Hollanda’da fuhuş yasal bir faaliyet olarak kabul edilmekte ve bu faaliyetin idarenin belirlediği koşullarda ve ruhsatlı olarak düzenlenmesine ilişkin kurallar bulunmaktadır. Bu sistemin kabul edilmesi sırasında yıllar önce ülkede hakim görüş, fuhşun normal bir meslek olarak görülmesi gerektiği ve cinsel istismarı engellemede en iyi yöntemin denetime izin veren bir sistem geliştirmek olduğu yönündeydi. Bugün ise, seks işçilerinin istismara karşı fazlasıyla savunmasız oldukları ve izinle faaliyet gösteren fuhuş sektöründe dahi insan ticaretinin varolduğu yönündeki düşünce giderek taraftar kazanmıştır⁶⁸¹. Bu görüş değişikliğinde kamuoyunda yankı bulan önemli bir takım istismar vakalarına ilişkin yargılamaların etkisi büyük olmuştur⁶⁸².

⁶⁸⁰ C. Dettmeijer-Vermeulen (Dutch National Rapporteur on THB), *Human trafficking, turning our attention to labour exploitation* (Science Shop of Law, Economics and Governance, Utrecht University, October 2009)’den aktaran: Unprotected Work, Invisible Exploitation, s. 36.

⁶⁸¹ Human Trafficking, Seventh Report, s. 29. İnternet aracılığıyla yayın yapan LifeSiteNews.com isimli sitede 5 Ekim 2005 tarihinde çıkan bir habere göre; Hollanda’nın cinsel istismarı kontrol altına almak ve durdurmak amacıyla fuhşu yasallaştırmak yönündeki stratejisinin başarısızlığa uğradığı Amsterdam Belediye Başkanı tarafından açıkça kabul edilmiştir (“Canada Considers Further Legalizing Prostitution While Amsterdam Mayor Admits Legalization’s Failure”, Life, Family and Culture News, LifeSiteNews.com (Haberin ayrıntılarına ulaşmak için bkz. <http://www.lifesitenews.com/ldn/2005/oct/05100508.html>) (Erişim tarihi: 20.09.2010).

⁶⁸² Human Trafficking, Seventh Report, s. 29. Bunlar arasında özellikle Hollanda’da yargılamaya konu olan en geniş kapsamlı insan ticareti vakası olan ve polisin soruşturmaya verdiği koduyla “Sneep” olarak anılan davanın belirgin istismar durumlarını ortaya koymak açısından çok önemli olduğu belirtilmektedir. 2006 yılında polisin, Almanya, Belçika ve Hollanda’nın çeşitli şehirlerinde aşırı ölçüde şiddet kullanarak büyük bir kısmı Doğu Avrupa’dan gelen çok sayıda kadını (120 kişi civarında) fuhuş yapmaya sevkeden oldukça geniş bir suç örgütüne karşı bir yürüttüğü soruşturmanın sonucunda olay açığa çıkmıştır. Mağdurların çoğu resmi ifadeler vermeye cesaret edemedikleri için telefon dinleme ve izleme teknikleri sayesinde çok fazla bilgi toplanmıştır (bkz. Trafficking, Fifth Report s. 96-97). Türk-Alman kökenli iki kardeşin yöneticisi olduğu örgüt, sahte iş vaatleriyle kandırdıkları kadınların ellerinden pasaportlarını alarak, tehdit ederek, dövme, tecavüz etmek gibi yöntemlerle korkutarak fuhşa zorlamışlardır. Bazı hallerde kadınları estetik ya da kürtaj operasyonu geçirmeye zorladıkları da belirtilmektedir. 11 Temmuz 2008’de sona eren yargılama sonucunda, 6 kişi hakkında sekiz ay ila yedi buçuk yıl arasında değişen hapis cezasına mahkumiyet kararı verilmiş, ayrıca 3 kişi de çok sayıda mağdura 50 000 Avroya kadar tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Hakkında mahkumiyet kararı verilen sanıkların tamamı, insan ticareti ve istismar nedeniyle suçlu bulunmuştur. Bununla birlikte, mahkeme kısmen savcılığın isnadı belirleme biçimi nedeniyle, suçun ispat edilemeyen bazı yönlerini dışarda bırakmıştır. Hükmedilen cezalar, savcılık tarafından yöneltilen isnatlarla karşılaştırıldığında da daha düşüktür. Bu düşük cezalar, aynı zamanda korktukları için çok az sayıda kadının kendilerini ticarete konu eden faillere karşı tanıklık etmeyi kabul etmesidir. Bu durumda daha güçlü tanık koruma programlarına olan ihtiyacı ortaya koymuştur. Hakkında mahkumiyet kararı verilen 6 kişiden 5’i aynı zamanda, bir suç örgütüyle birlikte hareket etmek ve/veya suç örgütünü yönetmek nedeniyle de suçlu bulunmuştur (“NL: Traffickers sentenced” (National News), News facts, La Strada International, European Network Against Trafficking in Human Beings) (http://www.lastradainternational.com/?main=newsletter§ion=newsfacts&news_id=274) (Erişim tarihi:22.09.2010) Bu davanın en önemli özelliklerinden biri, özellikle fuhşu yasallaştırmanın insan

BM'nin 2009 tarihli İnsan Ticareti Raporunda; Hollanda'da insan ticareti suçu nedeniyle 2001-2005 yıllarında “şüpheli” olarak hakkında işlem yapılan kişilerin vatandaşı oldukları ülkelere göre dağılımına ilişkin veriler yayınlanmıştır. Buna göre; 272 Hollanda, 37 Fas, 89 Türkiye, 61 Romanya, 38 Eski Yugoslavya, 76 Bulgaristan, 35 Arnavutluk, 19 Nijerya, 14 Çek Cumhuriyeti, 10 Polonya vatandaşı ve 190 kişinin de diğer ülke vatandaşlarının toplamı olarak tespit edildiği görülmektedir⁶⁸³. Bu oranlar arasında Türk vatandaşlarının sayısının oldukça yüksek olması dikkat çekicidir. İnsan ticareti suçu nedeniyle Hollanda'da hakkında mahkumiyet kararı verilenlerin sayısının ise 2003 yılında 80, 2004 yılında 116, 2005 yılında 81 ve 2006 yılında 70 olduğu rapor edilmiştir⁶⁸⁴.

(7) İsveç

İsveç insan ticaretinde bir hedef ülke konumundadır. Bunun yanısıra ikincil derecede olmakla birlikte aynı zamanda bir geçilen ülke özelliği de göstermektedir⁶⁸⁵. Ülkede özellikle fuhuş yaptırma maksadıyla işlenen insan ticaretinin çok yoğun olduğu⁶⁸⁶, bunu zorla çalıştırma maksadıyla işlenen fiillerin takip ettiği görülmektedir⁶⁸⁷. Zorla fuhuş yaptırma maksatlı insan ticareti mağdurlarının büyük bir kısmının Doğu Avrupa, Afrika ve Asya kökenli oldukları ve 2009 yılında bu mağdurların onaltısının çocuk olduğu tespit edilmiştir⁶⁸⁸. Resmi yetkililer ve STÖ'ler tarafından, özellikle ev hizmetlerinde çalışan işçiler, restoran işçileri ve Nisan-Eylül ayları arasında yol yapımı,

ticareti de dahil olmak üzere istismara karşı etkili bir mücadele yöntemi olacağını savunan Hollanda'da bunun aksini gösteren bir örnek oluşudur.

⁶⁸³ Global Report on TIP 2009, s. 266, Tablo no. 337.

⁶⁸⁴ İbid., Tablo no. 338.

⁶⁸⁵ US TIP Report 2010, s. 309; Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”, s. 212. Hedef ülke olarak İsveç'te; Estonya, Çek Cumhuriyeti, Letonya, Litvanya, Slovakya, Azerbaycan, Belarus, Brezilya, Çin, Kolombiya, Küba, Gambiya, Kırgızistan, Malavi, Polonya, Moldova, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovenya ve Tayland kökenli mağdurlar tespit edilmektedir (Appendices to the ..., s. 212).

⁶⁸⁶ Combatting Trafficking in Persons, s. 181; US TIP Report 2010, s. 309.

⁶⁸⁷ US TIP Report 2010, s. 309.

⁶⁸⁸ US TIP Report 2010, s. 309. Aynı Raporda ayrıca; fuhşun önemli bir kısmının apartman dairelerinde, evlerde veya otellerde gerçekleştiği belirtilmektedir. Bazı olaylarda; mağdurlara yapacakları işin, bir klüpte dansetme örneğinde olduğu gibi, belli bir ölçüde cinsel faaliyeti içereceği söylenmektedir. Ancak mağdurlar ülkeye geldiklerinde, tacirler tarafından belgelerinde el konulmakta ve cinsel istismarla tehdit edilmekte veya fuhşa yönlendirmek için tecavüze uğramaktadırlar. (US TIP Report 2010, s. 309). Cinsel istismar maksatlı insan ticaretinde mağdurların tedarik edilmesinde başvurulan yöntemler arasında iş vaatleri, İsveç vatandaşlarıyla evlilik teklifleri bulunmaktadır. Özellikle İsveç'e çocuk bakıcısı olarak yasa dışı koşullarda çalışmaya gelen genç kızların, ev hizmetlerinde çalıştırma maksadıyla insan ticaretine konu olmaları ve yasadışı statüleri nedeniyle kölelik benzeri koşullarda tutulmaları sık rastlanan bir durumdur (Combatting Trafficking in Persons, s. 181).

inşaat ve bahçe işlerinde çalışan sezonluk işçilerle ilgili olarak zorla çalıştırmanın çok ciddi bir sorun teşkil ettiği belirtilmektedir. İsveç'te özellikle Doğu Avrupa kökenlilerin dilencilığe ve hırsızlığa zorlandıkları, organize suç örgütleri tarafından yönlendirilen insan ticareti fiillerinde artış olduğu yetkili makamlar tarafından rapor edilmektedir. Yine tespit edilen mağdurların büyük bir kısmının geldikleri (kaynak) ülkelerde düşük bir yaşam standardında varlıklarını sürdüren azınlık gruplarına mensup oldukları belirtilmektedir⁶⁸⁹. Ülke dışına seyahat eden İsveç vatandaşlarının çocuklara yönelik seks turizmüne dahil olmaları ciddi bir sorun teşkil etmektedir⁶⁹⁰.

İsveç, 1 Ocak 1999 tarihinde, para karşılığı “cinsel hizmetlerin (sunulmasını değil) satın alınmasını” suç haline getiren düzenlemenin yürürlüğe girdiği ilk ülke olmuştur. Bu yasayla, İsveç Ceza Kanununda, “Cinsel Suçlar” başlıklı Altıncı Bölümde, 11. maddede cinsel hizmetlerin satın alınması suçu düzenlenmiştir⁶⁹¹. Yasa, İsveç'in fuhuş ve insan ticaretiyle mücadele stratejisinin esaslı bir bölümünü teşkil etmektedir. Bu stratejiye göre, fuhuş ve cinsel istismar maksatlı insan ticareti kavramları birbirinden ayrılamaz. Bu nedenle; kadınların ve genç kızların cinsel sömürü amacıyla kullanılmasına yönelik erkeklerin talebi olmaksızın, küresel fuhuş endüstrisinin gelişmesinin ve genişlemesinin mümkün olmayacağını kabul edilmesi gerçeğine odaklanmak gereklidir⁶⁹².

Maddenin mevcut hali şu şekilde düzenlenmiştir:

⁶⁸⁹ US TIP Report 2010, s. 309. Afganistan ve Somali gibi ülkeler başta olmak üzere, 2009 yılında İsveç'e gelen yaklaşık 2250 yabancı ülke vatandaşı refakatsiz çocuğun insan ticaretine karşı savunmasız bir durumda olduğu ve bunların bir kısmının ülkeye gelişlerinin ardından kayboldukları rapor edilmiştir.

⁶⁹⁰ US TIP Report 2010, s. 309.

⁶⁹¹ Cinsel Hizmetlerin Satın Alınmasına İlişkin Yasağın 1999-2008 yıllarına ilişkin değerlendirmesinin yapıldığı 2 Temmuz 2010 tarihli İsveç Hükümetine sunulan Rapor, s. 29 (Summary of the “Report of the Inquiry on evaluation of the ban on purchase of sexual services”) (Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/15/14/88/6dfbdbc.pdf> (Erişim tarihi: 06.09.2010). (Bundan böyle “1999-2008 Değerlendirme Raporu” olarak anılacaktır).

⁶⁹² EKBERG, Gunilla, “The Swedish Law That Prohibits the Purchase of A Sexual Service: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings”, Violence Against Women, Vol. 10, No. 10, October 2004, s. 1189. Fuhuş ve cinsel istismar maksatlı insan ticareti arasındaki ilişkiyle ilgili olarak; vakaların şaşırtıcı derecede yüksek bir bölümünde, insan tacirlerinin, araçların ve suç örgütlerine mensup kişilerin, kadınları ve genç kızları ülke içinde veya sınıraşan şekilde tedarik etmesinin, bir yerden başka bir yere taşınmasının, satmasının veya satın almasının bunların fuhuş endüstrisine satılması amacını taşıdığı belirtilmektedir. Ayrıca, fuhuş için aracılık yapanların, insan tacirlerinin ve fuhuşu satın alan bireylerin; mağdurların içinde bulunduğu ve yüksek yoksulluk oranları, işsizlik, ayırıcı iş uygulamaları, cinsiyet eşitsizliği ve erkek şiddeti gibi nedenlerden kaynaklanan çaresizliği, bilerek istismar ettikleri ileri sürülmektedir. Yasa, bu anlamda İsveç'in fuhuş ve insan ticaretiyle mücadele stratejisinin temel bir bölümünü teşkil etmektedir.

“Bu bölümde daha önce düzenlenmiş olan hallerin dışında, bir ödeme karşılığında cinsel ilişki elde eden kişi, cinsel hizmetin satın alınması suçu nedeniyle para cezasıyla veya altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”⁶⁹³.

Ulusal Suç Soruşturmaları Bölümü (National Criminal Investigation Department)(NCID) bünyesinde görevlendirilen Kadın Ticareti Ulusal Raportörü (The National Rapporteur for Trafficking in Women) tarafından 2003 ve 2004 yıllarında yayınlanan raporlarda, yasanın İsveç’e yönelen insan ticaretinin sınırlanmasında doğrudan ve olumlu etkilerinin olduğu belirtilmiştir⁶⁹⁴. Bunun yanında, Europol’den ve diğer Avrupa ülkelerinde görev yapan ulusal polis güçlerinden, NCID’ye gelen bilgiler, İsveç’in insan tacirleri için artık çekici bir pazar olmadığına işaret etmektedir⁶⁹⁵. Mağdur ifadelerine göre, cinsel hizmetleri satın alan kişilerin cezalandırılma riskinin bulunmadığı ve fuhuş faaliyetlerinin yasal olduğu veya bunlara belli bir ölçüde izin verilen Danimarka, Almanya, Hollanda ve İspanya gibi ülkeler fuhuş için aracılık yapan kişiler ve insan tacirleri tarafından daha fazla tercih edilmektedir⁶⁹⁶. Ayrıca İsveç

⁶⁹³ Maddenin İngilizce metni aşağıdaki gibidir:

“A person who, in other cases than previously stated in this chapter, obtains a casual sexual relation in exchange for payment shall be sentenced for the purchase of a sexual service to a fine or imprisonment for at the most six months”.

⁶⁹⁴ EKBERG, s. 1199. Bu sonuçlara varılırken, özellikle komşu İskandinav ülkeleriyle yapılan karşılaştırmalara dayanılmıştır. Ulusal Suç Soruşturmaları Bölümünün tahminlerine göre; her yıl 400 ila 600 kadının İsveç’e ticareti yapılmaktadır. Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 2004 yılına kadar yapılan istatistiklerde, bu sayının pek bir değişiklik göstermediğini tespit edilmiştir. Buna karşılık; cinsel hizmetlerin satın alınmasının yasaklanmadığı Finlandiya, Danimarka, Norveç gibi ülkelerde bu sayıların oldukça yüksek olduğu ve günden güne belli bir oranda artışın olduğu görülmektedir (Danimarka’da yıllık ortalama 5500 ila 7800 kadın fuhşa konu olmaktadır. Bunun %50’sinin insan ticareti mağduru olduğu tahmin edilmektedir. Finlandiya Ulusal Soruşturma Bürosu Cezai İstihbarat Dairesinin 2003 tarihli bir Raporuna göre yılda yaklaşık 10000 ila 15000 kadın fuhuş yapmaktadır).

⁶⁹⁵ EKBERG, s. 1200-1201. Yazar, tacirlerin ve fuhuş aracılık yapan kişilerin, çalışacakları ülkeyi seçerken, elde edecekleri kârı, pazarla ilgili etkenleri ve yakalanma risklerini değerlendiren iş adamları olduklarını belirtmekte ve suç soruşturmaları sırasında kaydedilen konuşmalardan, bu kişilerin İsveç’te iş yapma konusunda isteksiz davrandıklarının anlaşıldığını belirtmektedir. İnsan ticareti mağdurlarının ifadeleriyle desteklenen bu telefon konuşmalarına göre, tacirler ve fuhuş için aracılık yapanlar özellikle şu güçlüklerle karşılaşmaktadırlar: Öncelikle fuhuş yaptırılan kadının müşterilere götürülmesi gerektiğinden, sokak fuhşuna göre müşterilere daha fazla zaman harcanmakta ve aracılar daha az kazanmaktadır. Bunun yanında, cinsel hizmet satın almak isteyen İsveçli müşteriler yakalanmaktan ve yargılanmaktan ciddi şekilde korkmakta ve bu nedenle tacirlerden ve aracılardan tam bir gizlilik içerisinde hareket etmelerini talep etmektedirler. Son olarak; tespit edilme ve ortaya çıkarılma olasılığını azaltmak için tacirler, birden fazla yerde randevu evi işletmek ve düzenli olarak yer değiştirmek zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle, iş yapma koşulları pahalı olmakta ve yerel bağlantılara ihtiyaç duyulmaktadır.

⁶⁹⁶ EKBERG, s. 1201.

Hükümetine sunulan 1999-2008 Değerlendirme Raporunda söz konusu yasağın özellikle sokaklardaki fuhşa doğrudan etkisi olduğu belirtilmektedir⁶⁹⁷.

İsveç'te cinsel istismar maksadıyla insan ticaretini cezalandıran düzenleme 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. 2004 yılında ülke sınırları içinde işlenen insan ticareti fiillerini ve zorla çalıştırma ile organların alınması maksatlarını da kapsama dahil etmek amacıyla yasa değişikliği yapılmıştır⁶⁹⁸. Mevcut düzenlemeye göre; insan ticareti suçu, İsveç Ceza Kanununda, "Özgürlük ve Barışa Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü bölümde madde 1a'da düzenlenmiştir⁶⁹⁹. Buna göre insan ticareti; *bir kimseyi; 1. ona karşı altıncı bölümde 1,2,3,4,5 ve 6. maddelerde yazılı suçlardan birinin işlenmesi*⁷⁰⁰ veya onu diğer bir şekilde cinsel istismara tabi kılmak, 2. askerlik hizmeti yaptırmak, zorla çalıştırmak veya başka bir zorlayıcı duruma sokmak suretiyle istismar etmek, 3. organların alınması suretiyle istismar etmek veya 4. kişi için sıkıntılı olabilecek başka bir durumu içeren bir hale koymak suretiyle istismar etmek maksatlarıyla, hukuka aykırı bir şekilde zor kullanarak, aldatarak, çaresizliğinden yararlanarak veya diğer hukuka aykırı araçlarla tedarik edilmesi, bir yerden başka bir yere taşınması, barındırılması, teslim alınması veya buna benzer başka bir uygulamada bulunmak suretiyle o kişi üzerinde hakimiyet kurulması" olarak tanımlanmıştır. Bu fiil, iki yıldan on yıla kadar hapis cezasını gerektirmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında; birinci fıkrada belirtilen maksatlarla; bir kişi üzerindeki hakimiyeti başkasına devreden veya bir başkasından devralan kişinin de aynı şekilde cezalandırılacağı öngörülmüştür. Son fıkrada ise; insan ticareti suçunun on sekiz yaşını doldurmamış olanlara karşı işlenmesi halinde araç fiillere başvurulmuş olmasının aranmayacağı belirtilmiştir.

⁶⁹⁷ 1999-2008 Değerlendirme Raporu, s. 34-35.

⁶⁹⁸ Global Report on TIP 2009, s. 284.

⁶⁹⁹ Maddenin İngilizce metni için bkz. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/3687> (Erişim tarihi: 06.10.2010). Ayrıca maddenin, İsveç Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz. <http://webapps01.un.org/vawdatabase/uploads/Sweden%20-%20Unofficial%20translation%20of%20the%20Swedish%20Penal%20Code.pdf> (Erişim tarihi: 09.09.2010).

⁷⁰⁰ Bu maddelerde; reşit kişilere ve çocuklara karşı işlenen nitelikli ve basit cinsel saldırı suçları düzenlenmiştir. Altıncı Bölümde düzenlenen cinsel suçların tamamı için bkz. (<http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/04/74/55/ef2d4c50.pdf>) (Erişim tarihi: 09.09.2010).

2010 ABD İnsan Ticareti Raporunda; insan ticareti suçuna ilişkin yeterli yasal çerçevenin bulunmasına karşın, savcılarının, cinsel istismar maksatlı insan ticareti faillerinin bazılarını yargılamak amacıyla halen fuhşun sömürülmesiyle ilgili düzenlemelere dayandıkları belirtilmektedir. İnsan ticaretine ilişkin mevzuatın bu suçların failleri bakımından uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, Şubat 2010'da Adalet Bakanlığı tarafından mevcut hükümlerle ilgili değişiklikler yapılması önerilmiştir. Polis teşkilatı tarafından, ek fonların sağlanmasıyla, 2009 yılında insan ticaretiyle mücadele operasyonlarında ve mağdur tespitlerinde bir iyileşmenin olduğu rapor edilmiştir⁷⁰¹. Ayrıca, yetkili makamlar, 2009 yılında, işgücü sömürüsü maksatlı insan ticareti nedeniyle iki kişinin, cinsel istismar maksatlı insan ticareti nedeniyle de en az altı kişinin yargılandığı ve mahkum edildiğini bildirmiştir⁷⁰²

b) AB dışındaki ülkeler

(1) ABD

ABD'nin 2010 tarihli İnsan Ticareti Raporunda ülkenin, özellikle zorla çalıştırma, borçlandırma suretiyle kölelik ve zorla fuhuş yaptırma maksadıyla insan ticareti bakımından bir kaynak, geçilen ve hedef ülke olarak nitelendirildiği görülmektedir⁷⁰³. Buna karşılık, BM tarafından yayınlanan 2006 tarihli bir Raporda⁷⁰⁴ ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Programı'nın (Anti-Trafficking Programme) 2002 tarihli Raporunda⁷⁰⁵ ABD daha çok bir hedef ülke olarak konumlandırılmaktadır.

İnsan ticareti daha çok çalışma alanında ve en yoğun olarak ev hizmetlerinde, tarım, imalat, otel hizmetleri, inşaat, sağlık ve yaşlı bakımı, saç ve manikür salonları ve striptiz kulübü dansçılığı gibi sektörlerde ortaya çıkmaktadır⁷⁰⁶. Özellikle kadın

⁷⁰¹ US TIP Report 2010, s. 310.

⁷⁰² İbid.

⁷⁰³ US TIP Report 2010, s. 338.

⁷⁰⁴ Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 98. Bu Raporda, ABD, hedef ülke olarak "çok yüksek", kaynak ülke olarak ise "düşük" ölçekte konumlandırılmakta, ancak "geçilen ülke" olarak gruplandırılan ülkeler arasında yer verilmediği görülmektedir (s. 18, 19 ve 20).

⁷⁰⁵ Combatting Trafficking in Persons, s. 213. Burada, her yıl yaklaşık olarak, çoğunluğu kadın ve çocuklardan oluşan 45 000 ila 50 000 insanın cinsel istismar maksadıyla, ağır işlerde, tarım sektöründe ve ev hizmetlerinde çalıştırılmak üzere ABD'ye getirildiği rapor edilmiştir.

⁷⁰⁶ US TIP Report 2010, s. 338.

ticaretinde postayla gelin siparişi endüstrisinin etkili olduğu belirtilmektedir⁷⁰⁷. Bazı vakalarda, işçiler, hileli tedarik uygulamalarının mağduru olmakta ve ABD’de vaat edilen iş nedeniyle yüksek miktarlarda borç altına girmektedir. Bu durum da onları borçlandırma suretiyle köleliğe ve esarete yatkın hale getirmektedir. Bunun yanında, mağdurların zorla hizmet etmelerini sağlamak için pasaporta el konulması, ücretlerin ödenmemesi veya sınırlı olarak ödenmesi, hareketin kısıtlanması, toplumdaki tecrit etme, fiziksel ve cinsel istismar gibi araçlara da başvurulmaktadır⁷⁰⁸.

ABD vatandaşlarının daha ziyade cinsel istismar maksatlı insan ticaretine konu oldukları ve bunların çoğunluğunu evden kaçmış veya evsiz gençlerin oluşturduğu belirtilmektedir. Buna karşılık, yabancıların daha çok işgücü istismarı maksadıyla insan ticareti mağduru oldukları, bunların içinde ülkeye çalışma veya öğrenci vizeleriyle gelen kişilerin bulunduğu saptanmıştır. ABD Hükümeti tarafından tespit edilen en önemli kaynak ülkeler; Tayland, Meksika, Filipinler, Haiti, Hindistan, Guatemala ve Dominik Cumhuriyeti’dir. Yabancı ülke vatandaşı mağdurların % 82’si ve yabancı ülke vatandaşı çocukların %56’sı iş gücü istismarı maksatlı insan ticareti mağdurdur⁷⁰⁹.

Çok sayıda Federal Birim insan ticaretiyle ilgili soruşturma yürütmesine karşın, olayların büyük bir kısmı Federal Soruşturma Bürosu (FBI) ve İçişleri Bakanlığı’na (Department of Homeland Security) bağlı Göç ve Gümrük Güvenliği (Immigration and Customs Enforcement) (ICE) tarafından ele alınmaktadır. FBI 2005 yılından itibaren insan ticareti vakalarına müdahale etmek üzere özel memurlar görevlendirmiştir ve 2003 yılından beri insan ticareti konuları, FBI’nın Çocuklara Karşı İşlenen Suçlar Biriminin “Masumiyetin Kaybolması Ulusal İnisiyatifi⁷¹⁰” (Innocence Lost National Initiative) tarafından ele alınmıştır. Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Merkezi 2004 yılında kurulmuştur. Bu birim, insan kaçakçılığı, insan ticareti ve teröristlerin kaçak dolaşımının

⁷⁰⁷ Combating Trafficking in Persons, s. 213. Küresel Hayatta Kalma Ağı’nın (Global Survival Network) tahminlerine göre ABD’de postayla gelin siparişiyle ilgilenecek olan 200 civarında şirket her yıl 2000 ila 5000 evlilik düzenlemektedir. Bu kadınların hepsi ticarete konu olmasa da, bazıları ülkeye getirilmeleri kendilerine evlilik sözü veren erkeklerle nişanlı olmaları sayesinde vize olarak ülkeye getirilmekte ve sonucunda çoğunlukla cinsel istismara maruz kalmaktadırlar. Özellikle Koreli kadınlar arasında bu durumun yaygın olduğu belirtilmektedir.

⁷⁰⁸ US TIP Report 2010, s. 338.

⁷⁰⁹ İbid.

⁷¹⁰ Masumiyetin Kaybolması Ulusal İnisiyatifi, çocuk fuhşuyla mücadelede odaklanmış federal ve eyalet kanun uygulama makamlarının ve mağdur desteği sağlayan birimlerin oluşturduğu birliğe verilen isimdir (US TIP Report 2010, s. 339).

desteklenmesi biçimindeki birbiriyle bağlantılı üç alandaki istihbaratı eylemsel müdahaleye dönüştüren birleştirici ve bilgilerin toplandığı dairelerarası bir merkez olarak düşünülmüştür. İş ve Çalışma Mevzuatının Uygulanmasından sorumlu Birleşik Devletler Dairesi (US Department of Labour enforcement) bazı çok önemli iş yasalarının uygulanmasıyla ilgilenmektedir⁷¹¹.

ABD’de yaklaşık 150 yıl önce, Sivil Savaşın ardından kölelik ve zorla hizmet ettirme Anayasada yasaklanmış ve bu kapsamda ceza yasalarında insan ticaretinin bütün biçimleri cezalandırılmıştır. Bu yasalar, 2000 tarihli İnsan Ticareti Mağdurlarını Koruma Yasası (İTMKY) ve bunun ardından gelen mevzuat ile güncelleştirilmiş ve modernize edilmiştir. Böylece zorla çalıştırma ve köleliğe dair uygulamalar “insan ticareti” şemsiye terimi altında birleştirilmiştir. ABD mevzuatında kölelik, zorla hizmet ettirme ve çalıştırma, cinsel istismar maksatlı insan ticareti ve esaret yasaklanmıştır.

Özellikle 1990’larda ABD’de bir dizi sansasyonel ve ağır insan ticareti vakasının ortaya çıkarılmasının ardından, toplumun ve meclisin bu olaylara gösterdiği tepkiler ile insan hakları alanında çalışan STÖ’lerin de faaliyetleri sonucunda 2000 tarihli İTMKY kabul edilmiştir. Yasanın, kovuşturma, önleme ve mağdurların korunması konusunda içerdiği düzenlemelerle birçok yönden çığır açıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir⁷¹². Bu yasayla, insan ticareti suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar on yıldan yirmi yıla çıkarılmış ve ayrıca mağdurun ölümüne neden olan, kaçırma suretiyle işlenen ve cinsel istismarı içeren fiillerin müebbet hapis cezasını gerektirmesi düzenlenmiştir. Bunun yanında, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolle belli ölçüde uyumlu olarak “insan ticaretinin ağır biçimleri” tanımlanmıştır. Bunlar; 1) kuvvet kullanma, hile veya zor kullanma yoluyla bir ticari cinsel eyleme sevk etmek biçiminde gerçekleşen ya da on sekiz yaşından küçük bir mağdurun dahil olduğu seks ticareti, veya 2) kişinin kuvvet kullanmak, hile ya da zor kullanma yoluyla rızaya aykırı olarak hizmet ettirme, kölelik

⁷¹¹ Global Report on TIP 2009, s. 136. Eylül 2009’da, 2005 tarihli İnsan Ticareti Mağdurlarını Koruma Yasasında öngörülen şekilde; ABD İş ve Çalışma Dairesi, uluslararası standartların ihlali suretiyle çocuk ve yetişkin işgücü istismarının sonucunda üretim yapıldığına inanılması için makul sebepler bulunan ülkelerden gelen malların bir listesini yayınlamıştır. Bunun yanısıra, aynı birim tarafından iş yerlerinde özel hukuka ilişkin mevzuatın uygulaması denetlenmekte ve restoranların, inşaat ve terim sektörünün de dahil olduğu risk-altındaki işçileri çalıştıran endüstriler hedef alınmaktadır. İş ve Çalışma Dairesi müfettişleri ve soruşturma organları, çoğunlukla insan ticaretinin bir göstergesi olabilecek istismara dayanan çalışma koşullarını tespit edecek bir konumda bulunmaktadır (US TIP Report 2010, s. 342).

⁷¹² COONAN – THOMPSON, s. 46.

veya borçlandırma suretiyle köleleştirme maksatlarıyla tedarik edilmesi, barındırılması ya da elde edilmesi (zorla çalıştırma) olarak belirtilmiştir⁷¹³.

ABD’de ayrıca dünya çapında tek tek ülkelerin insan ticareti ile mücadele konusundaki çalışmalarını değerlendirmekle görevli bir “İnsan Ticaretini İzleme ve Mücadele Birimi” kurulmuştur. Bu birim, tespitlerini İnsan Ticareti Raporunda toplayarak yıllık olarak Kongreye sunmaktadır⁷¹⁴. Bu çalışmanın ulusal mevzuatlarla ilgili bölümünde de geniş ölçüde faydalanmış olduğumuz ABD İnsan Ticareti Raporları gerçekten de insan ticareti konusunda bütün ülkelerle ilgili yasal, idari ve yargısal yönlerden güncel bilgileri içeren önemli bir kaynak teşkil etmektedir.

ABD’de bütün insan ticareti suçları nedeniyle 2003 yılında 21, 2004 yılında 33, 2005 yılında 35, 2006 yılında 99 ve 2007 yılında 103 kişi hakkında isnatta bulunulmuştur. İnsan ticareti suçlarından dolayı mahkum edilen kişilerin sayısı ise 2003 yılında 27, 2004 yılında 47, 2005 yılında 96, 2006 yılında 111 ve 2007 yılında 89 olarak rapor edilmiştir. Hakkında mahkumiyet kararı verilen kişilerin sayısının istismar türlerine göre dağılımına bakıldığında ise; 2005 yılında 10 kişinin zorla çalıştırma, 25 kişinin cinsel istismar maksadıyla insan ticareti nedeniyle mahkum edildiği, 2006 yılında bu sayının cinsel istismar maksadı bakımından 61’e, zorla çalıştırma maksadı bakımından 38’e yükseldiği görülmektedir. 2007 yılında ise cinsel istismar maksadıyla insan ticaretine dayanan mahkumiyetlerin sayısının giderek artarak 86 kişiye ulaştığı, zorla çalıştırma bakımından ise önceki yıla göre sayının 17’ye düştüğü anlaşılmaktadır⁷¹⁵. 2010 tarihli ABD Raporuna göre 2009 yılında; insan ticareti yargılamalarında 114 kişi hakkında suç isnadında bulunulmuş, 43 insan ticareti yargılamasında, 21’i iş gücü istismarı ve 22’si cinsel istismar maksadıyla insan ticareti olmak üzere 47 mahkumiyet kararı verilmiştir. Bunlar, bir yıl içinde yapılan yargılamalara ve hakkında suç isnat edilen sanıklara ilişkin en yüksek rakamları ifade

⁷¹³ İbid.

⁷¹⁴ İbid., s. 47.

⁷¹⁵ Global Report on TIP 2009, s. 136, Tablo no. 64 (yapılan isnatların sayısının yıllara göre dağılımı), Tablo no. 65 (Mahkum edilen kişilerin sayısının yıllara göre dağılımı) ve Tablo no. 66 (Mahkum edilen kişilerin istismar türlerine göre dağılımı).

etmektedir. 2009 yılında hükmedilen hapis cezalarının ortalama süresinin 13 yıl olduğu ve bu sürelerin 2 ay ila 45 yıl arasında değiştiği rapor edilmiştir⁷¹⁶.

(2) Kanada

Kanada, insan ticaretini özel olarak cezalandıran bir düzenlemeyi ilk kez 2002 yılında kabul etmiş ve bu yasa sınırötesi ticarete odaklanmıştır. 2005 yılında Kanada Ceza Kanununda buna ek olarak, her türlü sömürü amacıyla yapılan insan ticaretini kapsamak amacıyla üç suçun daha eklenmesini sağlayacak şekilde bir takım değişiklikler yapılmıştır⁷¹⁷.

Kanada Ulusal Polis Gücü, Göç ve Pasaport Bölümü nezdinde bir İnsan Ticareti Ulusal Koordinasyon Merkezi kurmuştur⁷¹⁸. Bunun yanında, İnsan Ticareti Hakkında Bölümler Arası bir Çalışma Grubu (IWGTIP) 17 federal bölüm ve daireyi bir araya getirmekte, şehirlerle ve eyaletlerle işbirliğini de içerecek şekilde insan ticaretine federal düzeyde verilen karşılığı güçlendirmekte ve koordine etmektedir⁷¹⁹.

Kanada Ceza Kanunu'nda, insan ticareti suçu, "Kişilere ve Şerefe Karşı Suçlar" (*Offences Against Persons and Reputation*) başlığı altında, madde 279.01 ve devamında düzenlenmiştir⁷²⁰. 1, bent (b)). Buna göre, insan ticareti; bir kişiyi istismar etmek veya istismar edilmesini kolaylaştırmak amacıyla; tedarik etmek, nakletmek, devretmek, kabul etmek, tutmak, gizlemek veya barındırmak veya üzerinde hakimiyet kurmak ya da davranışlarını yönlendirmek veya etkilemek olarak tanımlanmış ve 14 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür (fıkra 1, bent (a)). Fiilin, kişiyi kaçırmak, ona karşı ağırlaştırılmış saldırı veya cinsel saldırı suçunu işlemek suretiyle gerçekleştirilmesi ya da mağdurun ölümüne neden olması , ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmüş ve bu halde müebbet hapis cezasını gerektireceği belirtilmiştir (fıkra 1, bent (b)). 279.01. maddenin ikinci

⁷¹⁶ US TIP Report 2010, s. 339.

⁷¹⁷ Global Report on TIP 2009, s. 132.

⁷¹⁸ İbid. Sayıları altıya ulaşan Bölgesel RCMP Göç ve Pasaport Bölümünde, Göç ve Mültecileri Koruma Kanunu ve / veya Ceza Kanunu kapsamında göçmenlerle ilgili suçları ve insan ticareti suçlarını soruşturmakla görevli 160 görevli çalışmaktadır. Bunun yanı sıra, Kanada'da, hepsi, insan ticareti suçuna ilişkin takibatları da içerebilecek ceza kanunlarını uygulamakla sorumlu olan, belediye, illerde görevli polis memurları ve federal polis memurlarından oluşan 64.000 kişilik bir kadro mevcuttur.

⁷¹⁹ İbid., s. 133.

⁷²⁰ Kanada Ceza Kanununun İngilizce metni için bkz. [http://laws.justice.gc.ca/eng/C-46/20110103/page-6.html?rp2=HOME&rp3=SI&rp1=CODE%20CRIMINEL&rp4=all&rp9=cs&rp10=L&rp13=50\(Erişim tarihi: 03.01.2010\)](http://laws.justice.gc.ca/eng/C-46/20110103/page-6.html?rp2=HOME&rp3=SI&rp1=CODE%20CRIMINEL&rp4=all&rp9=cs&rp10=L&rp13=50(Erişim tarihi: 03.01.2010))

fikrasına göre; mağdurun sayılan fiillere rıza göstermiş olması geçersizdir. Kanunun, 279.011. maddesinde ise, aynı suçun 18 yaşından küçüklere karşı işlenmesi ayrıca düzenlenmiş, ancak suçun unsurları bakımından farklı bir hüküm getirilmemiş, yalnızca öngörülen yaptırım bakımından daha ağır bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Ceza kanununda insan ticareti suçlarına ilişkin düzenlemenin yürürlüğe girdiği Kasım 2005 tarihinden sonra, Mart 2007 ve Şubat 2008 arasında, cinsel sömürü amacıyla insan ticareti olaylarını içeren en az 13 ayrı suç isnadı kaydedilmiştir. Buna ek olarak, insan ticareti suçlarının işlenmesi ya da işlenmesinin kolaylaştırılması amacıyla belgelerin saklandığı ya da yok edildiğine ilişkin en az 4 isnatta bulunulmuştur. Bu olaylar, gerek Kanada'dan gerekse Kanada dışından yetişkin ve çocuk mağdurları içermektedir⁷²¹.

İnsan ticaretini münferit olarak suç haline getiren düzenlemelerin dışında, insan ticareti faaliyeti, ticaretle bağlantılı fiillere yönelen ceza kanunundaki diğer suçlar aracılığıyla da kovuşturulabilmektedir. BM'nin 2009 tarihli İnsan Ticareti Raporunda; Mart 2004'ten Şubat 2005'e kadar, çeşitli suçlar kapsamında, insan ticaretiyle bağlantılı fiiller nedeniyle, cezaları 9 yıl 6 aya kadar çıkan 19 adet mahkumiyet kararı verildiği yetkili makamlar tarafından rapor edilmiştir. Mart 2005 ve Şubat 2006 arasında, çeşitli suçlar kapsamında, insan ticaretiyle bağlantılı fiiller nedeniyle 6 mahkumiyet kararı bulunduğu, hepsinde hapis cezası verildiği belirtilmiştir. Mart 2006 ve Şubat 2007 arasında insan ticaretiyle bağlantılı fiiller nedeniyle hepsinde hapis cezasına hükmedilen 5 mahkumiyet kararı bulunduğu belirtilmiştir⁷²².

Federal hükümet, Kanada'da insan ticareti mağduru olduğundan şüphelenilen yabancılara 180 güne kadar geçici göçmen statüsü ve çalışma izninin yanında sağlık yardımı ve psikolojik destek verilmesini sağlamaktadır. Gerekli koşullar sağlandığında, 3 yıla kadar uzun süreli göçmen statüsünün tanınması mümkündür. Ticaret mağduru olan yabancı ülke vatandaşları aynı zamanda, sürekli oturma izninin sağlanması için

⁷²¹ Global Report on TIP 2009, s. 132.

⁷²² İbid. Pek çok mahkeme kararının rapor edilmemiş olduğu dikkate alındığında, bu veriler, raporlama döneminde insan ticareti fiilleriyle bağlantılı olaylara ilişkin en az sayıyı yansıtmaktadır. Buna benzer şekilde, polis birimleri tarafından gerçekleştirilen insan ticareti suçlarına ait takibatların tümünün ulusal istatistikler için rapor edilmediği de değerlendirilmelidir.

mevcut yollara da başvurabilmektedir. Kanada şehirlerinde ve eyaletlerinde, ihtiyacı olan insan ticareti mağdurları için acil mali yardım ve barınma gibi hukuki yardım ve sosyal hizmet de sağlanmaktadır. Aynı zamanda STÖ'ler de, yabancı ülke vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın, insan ticareti mağduru olan kişilere barınma imkanı ve çeşitli destekler sunmaktadır⁷²³.

⁷²³ Global Report on TIP 2009, s. 133.

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA İNSAN TİCARETİ SUÇU

I. GENEL ÖZELLİKLER VE TARİHSEL GELİŞİM

A. Genel Olarak

Birinci bölümde sorun, kökeni, nedenleri ve boyutları gibi çeşitli yönleri itibariyle ortaya konulmaya çalışılarak, bu konuyla ilgili uluslararası çabalara ve ulusal mevzuatlardan örneklere yer verilmiştir. Çalışmanın bu bölümünde ise, Türk hukuk mevzuatının bu suçu engellemek ve suçla mücadele etmek için yeterli olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılması amaçlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu bölümün konusunu insan ticaretiyle ilgili olarak Türk hukukunun durumu oluşturmaktadır.

Bu kapsamda ilk olarak insan ticareti suçunun genel özelliklerine, bu suçla ilgili ceza hukuku dışındaki alanlarda yer alan düzenlemelere ve suçun Türk hukukundaki tarihsel gelişimine yer verilecektir. Daha sonraki bölümlerde ise, sırasıyla 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde yer alan insan ticareti suçuna ilişkin hüküm ayrıntılı olarak incelenerek, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin usul hükümleri ve yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde milletlerarası ceza hukuku bakımından ortaya çıkan sorunlar ortaya konulacaktır.

Türkiye'nin özellikle Asya, Orta Doğu ve Avrupa arasındaki yolların kesiştiği noktadaki coğrafi konumu, çok sayıda ülkeyle siyasi sınırının olması, ülkeyi çevreleyen uzun sahil şeridi gibi özellikleri, sınıraşan örgütlü suçluluğun yarattığı tehlikeyle birlikte ülkemiz açısından, insan ticaretinde geçiş noktası ve hedef ülke olma yönünde çift taraflı bir yapıyı da beraberinde getirmektedir. Çatışmaların ve istikrarsızlığın bulunduğu bölgenin tam ortasında bulunan ve bu bölgede ekonomik ve siyasi anlamda istikrarlı bir

ülke olan Türkiye, dünyadaki modernleşme sürecine ek olarak, soğuk savaşın sona ermesi ve küreselleşme olgusunun yarattığı yasal ve yasadışı göç dalgalarından, ciddi ölçüde etkilenmiştir⁷²⁴. Coğrafi konumu nedeniyle, daha çok gelişmiş Avrupa ülkelerine yönelen göç ve insan ticareti bakımından bir geçiş noktası teşkil etmesinin yanında, özellikle Avrupa Birliği ülkelerinin göç hareketlerini kontrol altına almak için uyguladıkları katı sınır politikaları nedeniyle, hedef ülke olarak Türkiye'ye yönelik talep giderek artış göstermektedir⁷²⁵. Bunun yanında, özellikle insan ticaretinde kaynak ülkeler olarak önemli bir yere sahip olan eski Doğu Bloku Ülkeleri için uygulanan vize muafiyetleri ve seyahat düzenlemelerinin de, insan tacirlerinin işini kolaylaştırıcı ve ülkemizde işlenen insan ticareti fiillerini artırıcı bir etkisi bulunduğu belirtilmektedir⁷²⁶.

Türkiye, insan ticaretinde kaynak, geçilen ve hedef ülke özelliklerini taşımakla birlikte, bugün “hedef ülke” konumunun diğerlerine göre daha ağırlıklı olduğu kabul edilmektedir⁷²⁷. Türkiye'nin kaynak ülke teşkil ettiği insan ticaretinde hedef ülke olarak en fazla Birleşik Krallık rağbet görmektedir. Daha az düzeyde olmakla birlikte,

⁷²⁴ İÇDUYGU, Ahmet, “Türkiye Çerçevesinde Yasadışı Göç, İnsan Ticareti ve İnsan Kaçakçılığı”, *Trafficking in Women: A Major Human Rights Violation, Médecins du Monde-Yunanistan ile Uluslararası Mavi Hilal İnsani Yardım ve Kalkınma Vakfı, Beyaz Gemi, İstanbul, 2005, s. 78; BOLAT, s. 61.*

⁷²⁵ İÇDUYGU, s. 78; BOLAT, s. 61.

⁷²⁶ BOLAT., s. 62.

⁷²⁷ İnsan ticaretinde ülkelerin bu üç grup içindeki yerlerine göre sınıflandırıldığı çeşitli uluslararası ve ulusal raporlar ve çalışmalarda Türkiye bakımından farklı nitelendirmeler olduğu dikkati çekmektedir. Bazıları Türkiye'yi hem bir geçiş ülkesi hem de hedef ülke olarak konumlandırırken (bkz. US TIP Report 2010, s. 327), diğerleri bir hedef ülke olduğunu kabul etmektedir (bkz. *Combating Trafficking in Persons*, s. 195; aynı yönde bkz. *Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”*, s. 227; “2006 yılı Türkiye İnsan Ticareti ile Mücadele Raporu”, T.C. Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dışilişkiler, Kanunlar ve Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlükleri, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, Kadın Dayanışma Vakfı ve Uluslararası Göç Örgütü Türkiye Temsilciliği, s.9; ayrıca bkz. DEMİR, Başak, “Combating Human Trafficking in Europe”, *Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, Avrupa Birliği Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mart 2007, İstanbul, s. 79*). Birleşmiş Milletler tarafından yayınlanan insan ticaretinin küresel boyutuna ilişkin raporda Türkiye'nin, insan ticaretindeki konumuna ilişkin olarak her üç kategoride ayrı ayrı derecelendirildiği görülmektedir. Bu sınıflandırmada, Türkiye, kaynak ülke olarak “orta” derecede, geçiş ülkesi olarak “yüksek” derecede ve hedef ülke olarak ise “çok yüksek” derecede konumlandırılmıştır (*Appendices to the Report “Trafficking in Persons: Global Patterns”*, s. 227). Bu derecelendirme yapılırken, Raporun hazırlanmasında yararlanılan kaynaklardan oluşturulan bir veritabanı esas alınmıştır. Bu veritabanında, söz konusu ülke, bir ya da iki kaynak tarafından hedef ülke olarak belirtilmişse, derecelendirme “düşük” seviye olarak yapılır. Eğer üç ila beş kaynak tarafından hedef ülke olarak nitelendirilirse, “orta” ölçekte değerlendirilir. Beş kaynaktan daha fazlasında hedef ülke olarak belirtilmekteyse, bu durumda hedef ülke olarak “yüksek” seviyede olduğu kabul edilir (ayrıntılı bilgi için bkz. *Ibid.*, s. 18). Türkiye ile ilgili somut duruma bakacak olursak, veri tabanında kaynak ülke olarak 5 ila 10 kaynaktan belirtildiği, geçiş ülkesi olduğunu kabul eden 6 ila 10, hedef ülke olarak niteleyen ise 25 ila 40 kaynak bulunduğu tespitine yer verilmiştir (*Ibid.*, s. 228).

Türkiye’den aynı zamanda Avusturya, Almanya, Yunanistan, İsrail, İtalya ve Suudi Arabistan’a yönelen bir insan ticareti faaliyeti de söz konusudur⁷²⁸. Geçilen ülke olarak ise, Azerbaycan, ve eski Doğu Bloku ülkelerinden kaynaklanan insan ticareti yolu üzerinde bulunmaktadır⁷²⁹. Ayrıca, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu ve Ukrayna’dan İsrail’e ve genel olarak Batı Asya’ya yapılan insan ticaretinde Türkiye, bir geçilen ülke konumundadır⁷³⁰. Ağırlıklı konum olarak kabul ettiğimiz “hedef ülke” olarak Türkiye’ye yönelen insan ticaretinde ise kaynak ülkeler arasında en önemli yeri; Bulgaristan, Gürcistan, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu ve Ukrayna tutmaktadır⁷³¹. Bunu Azerbaycan, Belarus, Çek Cumhuriyeti, Kazakistan ve Kırgızistan izlemektedir. Ayrıca, Arnavutluk, Ermenistan, Hırvatistan, Macaristan, Hindistan, İran, Irak, Ürdün, Letonya, Filipinler, Tacikistan ve Özbekistan da ülkemize yapılan insan ticaretinde kaynak ülkeler arasında sayılmaktadır⁷³².

ABD’nin 2010 insan ticareti Raporunda, Türkiye’de insan ticaretinin yöneldiği istismar biçimleri arasında “fuhuş” ağırlıklı olmak üzere cinsel istismarın en önemli yere sahip olduğu, bunu zorla çalıştırma maksadıyla insan ticaretinin izlediği kaydedilmektedir⁷³³. Aynı Raporda, cinsel istismar maksatlı insan ticareti mağdurlarının genellikle yasadışı genelevlerde fuhşa zorlandıkları veya müşterilere kiralanarak özel konutlarda ya da otellerde tutuldukları yönünde tespitlerde bulunmaktadır⁷³⁴. Fiilin yöneldiği sektörlerin başında fuhuş ve cinsel istismar olunca, mağdurların büyük bölümünü de kadınlar oluşturmaktadır. Bunun yanında kız çocuklarının da ticarete konu olmalarına sık rastlanmaktadır⁷³⁵.

⁷²⁸ İbid., s. 227.

⁷²⁹ İbid, s. 227; aynı yönde bkz. US TIP Report 2010, s. 327.

⁷³⁰ Appendices to the Report ..., s. 227.

⁷³¹ İbid.; aynı yönde bkz. 2007 yılı Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 20; Combating Trafficking in Persons, s. 195.

⁷³² Appendices to the Report ..., s. 227.

⁷³³ US TIP Report 2010, s. 327. ABD tarafından yayınlanan Raporda, 2009 yılında Özbekistan, Türkmenistan ve Kırgızistan’dan gelen ve zorla fuhşa maruz bırakılan kadınların sayısında belirgin bir artış tespit edildiği belirtilmektedir. Yine 2009 yılında Türk hükümeti tarafından Moğolistan’a önemli sayıda zorla çalıştırma ve cinsel istismar maksadıyla insan ticareti mağdurlarının geri gönderildiği rapor edilmiştir. Ayrıca bkz. Appendices to the Report ..., s. 228. 2007 yılı Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu’nda, tespit edilen 148 mağdurun 142’sinin cinsel istismar, geriye kalan 6 kişinin ise zorla çalıştırma maksadıyla suça konu edildiği belirtilmiştir. Bu tablo, Türkiye açısından asli sömürü biçiminin fuhuş yaptırmak olduğunu ortaya koymaktadır (2007 yılı Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 23).

⁷³⁴ US TIP Report 2010, s. 327.

⁷³⁵ Appendices to the Report ..., s. 228.

Türkiye’de kolluk kuvvetleri tarafından 2007 yılında 148⁷³⁶, 2008 yılında 118 ve 2009 yılında 102 kişi, insan ticareti mağduru olarak tespit edilmiştir⁷³⁷. 2007 yılına ait istatistiklere göre, mağdurların tamamına yakınının Türkiye’ye geliş nedeninin iş bulmak olduğu anlaşılmaktadır. İstatistiklere göre insan ticareti suçu nedeniyle kolluk tarafından haklarında işlem yapılan şüphelilerin sayısı ise 2004-2007 yılları arasında 1336 olarak belirtilmektedir⁷³⁸. Bu suç nedeniyle 2008 yılında 10 kişi, 2009 yılında ise 23 kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. 2008 yılında mahkum olan iki kişi hakkında 11-12 yıl arasında, sekiz kişi hakkında 9-10 yıl arasında hapis cezasına hükmedilmiştir⁷³⁹.

B. İnsan Ticaretiyle İlgili TCK Dışındaki Düzenlemeler

Uluslararası toplum düzeni ve ülkelerin kamu düzenleri bakımından ciddi bir tehlike oluşturan insan ticareti çok çeşitli biçimlere girmekte, farklı alanlarla kesişmekte ve toplumu çok çeşitli yönlerden etkilemektedir. Olgunun doğası gereği, insan ticaretini önleme ve bu suçla mücadele, ulusal düzeyde farklı disiplinleri ve çeşitli organların müdahalesini içerir ve ceza yasalarının yanında, bu faaliyetin çeşitli yönlerine ilişkin konuları düzenleyen yasaların da dahil olduğu çok sayıda hukuki araçtan yararlanılmasını gerekli kılar. Bu kapsamda; başta Anayasa olmak üzere, göç ve çalışma konularını düzenleyen yasalar ve düzenleyici işlemler, sağlık ve vatandaşlık mevzuatı, taşımacılık alanındaki kurallar vb. düzenlemeler, insan ticaretiyle mücadele siyaseti kapsamında gözden geçirilmesi ve uyumlaştırılması gereken asgari listeyi teşkil etmektedir. Aşağıda, insan ticaretiyle ilgili TCK dışındaki düzenlemeler başlığı altında, Anayasanın yanısıra, bir kısmı çeşitli yasalarda yer alan cezai nitelikteki düzenlemeler, karşılığında idari yaptırım öngörülen kabahatler ve idari nitelikteki diğer düzenlemeler ele alınacaktır.

1. Anayasa

Cebir, tehdit, şiddet, kandırma, çaresizlikten yararlanma ve nüfuzun kötüye kullanılması gibi iradeyi zorlayıcı araçlara başvurulmasını içeren ve fuhşun

⁷³⁶ 2007 yılı Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 20.

⁷³⁷ US TIP Report 2010, s. 329.

⁷³⁸ 2007 yılı Türkiye İnsan Ticaretiyle Mücadele Raporu, s. 20.

⁷³⁹ US TIP Report 2010, s. 328.

sömürülmesi, zorla çalıştırma, esarete tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak gibi istismar biçimlerine yönelen insan ticareti suçunun işlenmesiyle, Anayasa’da yer alan belirli temel hak ve özgürlüklerin ihlalini teşkil eden durumlar söz konusu olmaktadır. Mağdurlar, kendilerine yöneltilen araç fiiller vasıtasıyla iradelerinden soyutlanmakta, adeta bir eşya durumuna indirgenmekte ve tacirlerin istismar suretiyle üzerinden kazanç elde ettikleri herhangi bir meta gibi ticarete konu edilmektedir. Bu yönüyle, aynı zamanda temel hakların kaynağını teşkil eden insan onurunun dokunulmazlığı kuralı da hiçe sayılmaktadır.

1982 Anayasasının 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği, toplumsal yaşamın gerekleri sonucu, bireyin yasayla belirli ve sınırlı durumlar dışında hareket serbestisinden ve özgürlüğünden alıkonulamamasını, güvenlik içinde yaşama hakkını ifade eder⁷⁴⁰. İnsan ticareti suçunda, mağdura yöneltilen cebir, tehdit ve baskı gibi araçlar, kişi hürriyetinin bir yönünü oluşturan irade serbestisinin zorlanması veya ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. Bunun yanında, mağdur üzerinde egemenlik kurmak amacıyla kaçırma, bir yere kapatma gibi yöntemlerle fiziksel anlamda hareket serbestisinin kısıtlanması da söz konusu olabilmektedir. Bu durum da, yine Anayasanın 19. maddesinde düzenlenen “kişi hürriyeti” kapsamında koruma altına alınan hakkın ihlalini teşkil etmektedir.

İnsan ticareti suçunda, mağduru sindirmek amacıyla sıklıkla başvuru alan cebir ve şiddet gibi araçlar vücut bütünlüğüne zarar verilmesi sonucunu doğurabilmekte, bazı hallerde bu fiiller, yaralama derecesine ulaşmakta, hatta fiziksel şiddetin mağdurun ölümü ile neticelenmesine de rastlanmaktadır. Vücut bütünlüğünün ve yaşama hakkının ihlalini teşkil eden bu durumlar, çoğu zaman mağdurların kötü şartlar altında bir yerden başka bir yere taşınmaları veya barındırılmalarının sonucunda da ortaya çıkabilmektedir. Yaşama hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, Anayasanın 17. maddesinde ifadesini bulmakta ve vücut dokunulmazlığı hakkını da kapsamına almaktadır⁷⁴¹. Yine, istismar biçimleri arasında sayılan “vücut organlarının alınması” ve özellikle cinsel yolla bulaşan hastalıkları beraberinde getirme tehlikesi içeren “fuhuş

⁷⁴⁰ KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, AFA, İstanbul, 1993, s. 171 – 172.

⁷⁴¹ Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasıyla vücut bütünlüğü güvence altına alınmış, bu hakkın istisnası olarak tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı diğer haller belirtilmiştir.

yaptırma” da, mağdurların vücut bütünlüğüne ve genel olarak sağlığına zarar veren koşulların oluşmasına neden olabilmektedir.

İnsan ticareti suçunda failin maksadının yöneldiği istismar biçimleri arasında zorla çalıştırmak ve hizmet ettirmek de yer almaktadır. İnsan tacirleri, mağdurları bu amaçlarla kaçırmakta, bir yerden başka bir yere taşımakta, sevketmekte veya barındırmaktadır. Bunun devamında, kişiler, ya bizzat bu tacirler tarafından veya bunların aracı olmasıyla başkaları tarafından evlerde, işyerlerinde, sokaklarda, çeşitli şekillerde zorla çalıştırılmakta veya hizmet ettirilmektedir. Bu durum, Anayasanın 18. maddesinde güvence altına alınan zorla çalıştırma ve angarya yasağının ihlalini oluşturmaktadır. Bundan başka özellikle işgücü sömürsü maksatlı insan ticaretine karşı kişilerin korunması bakımından Anayasanın 49, 50 ve 55. maddelerinde yer alan düzenlemelerden de bahsetmek gereklidir. 49/2. maddede, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumanın Devletin görevi olduğu belirtilerek; 50. maddeyle; kişilerin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılması yasaklanmış ve küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacakları düzenlenmiştir. Ayrıca, dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu güvence altına alınarak, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Son olarak, Anayasanın 55. maddesinin ikinci fıkrası, Devletin, çalışanların, yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alacağına ilişkindir.

İnsan ticareti suçu, işlenme biçimleri, failin saikini oluşturan maksatlar ve sonuçları bakımından yukarıda sayılan ve Anayasanın koruma alanına giren temel hakların ağır bir ihlalini teşkil etmektedir. Ancak, bu fiille asıl hiçe sayılan, sayılan hakların temel dayanağını teşkil eden ve insanın varlığının ayrılmaz bir parçası olan insan onurunun dokunulmazlığıdır. 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında da, *“Her türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”* belirtilmekte; kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını

koruma ve geliştirme hakkını güvence altına alan 17. maddede; işkence ve eziyetin yanısıra insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleler de yasaklanmaktadır⁷⁴².

Toplumdaki diğer bireylere göre daha savunmasız durumda bulunan çocuklar, insan ticareti mağdurlarının önemli bir bölümünü oluşturmakta ve risk grupları arasında sayılmaktadır. 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Yasanın 4. maddesiyle, Anayasada yapılan değişiklik sonucunda, “her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme” hakkını güvence altına alan düzenleme 41. maddenin üçüncü fıkrası olarak ve “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır” biçimindeki hüküm, son fıkra olarak eklenmiştir.

Bunların dışında, birinci bölümde ele alınan uluslararası ve bölgesel hukuki metinlerin büyük bir kısmına Taraf olan Türkiye'nin, Anayasanın 90. maddesiyle özellikle uluslararası anlaşmaların kanun gücünde olduğunu kabul ederek, bunlara karşı Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayacağını düzenlediği belirtilmelidir⁷⁴³.

2. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun⁷⁴⁴

2238 sayılı Kanunda, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakline ilişkin kurallar düzenlenmiştir (md.1). Bu amaçların dışında, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması bu Kanuna göre yasaktır (md.3). Kanunda, yaşayan kişilerden organ ve doku alınması ile ölüden organ ve doku alınması farklı kurallara tabidir.

⁷⁴² İnsan onurunun korunması ilkesinin, aynı zamanda Anayasamızın 5. maddesinde yer alan; “devletin, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışması” temel amaç ve ödevi için saik rolü oynadığı belirtilmiştir (GÖREN, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı, Cilt no:9, Yıl 1992, s. 179).

⁷⁴³ Anayasa madde 90/son'a göre; “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmindedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*”.

⁷⁴⁴ 2238 sayılı ve 29.05.1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 03.06.1979 tarihli ve 16655 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınması, vericinin Kanunun 6. maddesinde belirtilen koşullara uygun olarak muvafakatinin alınmış olmasına bağlıdır⁷⁴⁵. Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır (md.8). Ayrıca, organ ve doku alacak hekimlerin Kanunda sayılan belirli yükümlülüklerle uymaları zorunludur (md. 7).

Kanunun 15. maddesinde; *“bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunacağı”*⁷⁴⁶ belirtilmiştir.

Vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla gerçekleştirilen insan ticaretinde, kişilerin tehdit, cebir, baskı, şiddet, kandırma, çaresizlikten yararlanma veya nüfuzu kötüye kullanma gibi araç fiillere maruz kalmaları karşısında Kanunun 6. maddesinde belirtilen “açık, bilinçli ve tesirden uzak” rızanın bulunamayacağı açıktır. Bunun yanında, insan tacirlerinin, mağdurları vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla kaçırırken, sevk ederken veya bir yerden başka bir yere götürürken bu durumdan belirli bir çıkar elde etme saikiyle hareket ettiği kuşkusuzdur. Zira bu suçta, kişiler çeşitli maksatlarla sömürülmek üzere ticari birer araç olarak kullanılmaktadır. Bu bakımdan da, insan ticareti faillerinin, Kanunun 3. maddesinde belirtilen yasağa aykırı şekilde aracılık faaliyetinde bulunmaları söz konusu olmaktadır. Bu aracılık faaliyeti nedeniyle, bu kişilerin 2238 sayılı Kanunun 15. maddesine göre cezalandırılmaları gerekecektir. Bu konuda, aşağıda, insan ticareti suçunun TCK’daki diğer suçlarla ilişkisi

⁷⁴⁵ 2238 sayılı Kanunun 6.maddesine göre; *“Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”*.

⁷⁴⁶ TCK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında 5252 sayılı Kanunun 5. maddesine göre; *“(1) Kanunlarda öngörülen “ağır para” cezaları, “adli para” cezasına dönüştürülmüştür.*

(2) Bu kanunlarda, Türk Ceza Kanununda belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklik yapılmaya kadar; alt ve üst sınırlar arasında uygulama yapılmasını gerektirir nitelikteki adli para cezalarında cezanın alt sınırı dörtyüzelli milyon, üst sınırı yüz milyar Türk Lirası olarak uygulanır. Bu fıkra hükümleri, nispi nitelikteki adli para cezaları hakkında uygulanmaz.

(3) Ağır para cezasından dönüştürülen adli para cezasının ödenmemesi halinde, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 106. maddesi hükümlerine göre hapis süresinin belirlenmesinde bir gün karşılığı olarak yüz milyon Türk Lirası esas alınır”.

incelenirken ele alınan organ ve doku ticareti suçuyla ilgili kısımda daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecek, ayrıca suçların içtimaı bakımından da ileride değerlendirilecektir.

3. 5682 sayılı Pasaport Kanunu ⁷⁴⁷

Türk vatandaşlarının ve yabancıların Türkiye'ye giriş ve çıkışlarına ilişkin kurallar Pasaport Kanununda düzenlenmiştir. İnsan ticareti, büyük ölçüde sınıraşan özellik taşıyan bir suç olması itibariyle, bu Kanunda yer alan hükümler, yerine göre bu yasadışı faaliyeti önleyici bir etkiye sahip olabilmekte veya bu faaliyetin gerçekleşmesinde rol oynayan bir takım aktörlerin bu Kanuna aykırı fiillerinin cezalandırılmasında devreye girebilmektedir.

Pasaport Kanunu'nun 8. maddesindeki düzenleme, doğrudan insan ticaretini önleyici nitelikte bir hüküm içermektedir. Bu maddenin altıncı bendinde, Türkiye'ye girmeleri yasak olan kimseler arasında, "fahişeler ve kadınları fuhşa sevk ederek geçinmeyi meslek edinenlerle beyaz kadın ticareti yapanlar ve her nevi kaçakçılar" sayılmıştır. Kanunun 1950 yılında kabul edildiği göz önüne alınırsa, o tarihte yürürlükte olan 765 sayılı Ceza Kanunu ve Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası anlaşmalar temelinde fuhşun sömürülmesi ve beyaz kadın ticaretine ağırlık verilmesi doğaldır. Ancak, bugün bu kavramların yerini fuhşun sömürsünü de içeren insan ticareti kavramının alması karşısında, 8. maddenin altıncı bendinde insan ticareti fiilini gerçekleştiren kişilerin de Türkiye'ye girmeleri yasak olanlar arasında olduğu kabul edilmelidir. Belirttiğimiz gerekçelerle bu sonuca varmak mümkün olsa da, Pasaport Kanununun ilgili hükmünün insan ticareti suçu faillerini açıkça içerecek şekilde değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca, 8. maddenin altıncı bendinde sayılan kişiler hakkında bu suçlardan dolayı mahkumiyet kararı verilmiş olmasının ya da başka bir koşulun aranmadığı da dikkati çekmektedir. Bununla birlikte, aynı maddenin üçüncü bendinde; "Türkiye Cumhuriyetinin taraf bulunduğu, mücrimlerin iadesine mütaallik anlaşma veya andlaşmalarla iadeye esas olarak kabul edilen suçlardan birinden sanık veya hükümlü bulunanlar" da Türkiye'ye girmesi yasak olan kişiler arasında

⁷⁴⁷ 5682 sayılı ve 15.07.1950 tarihli Pasaport Kanunu, 24.07.1950 tarihli ve 7564 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

belirtilmiştir. Bu bendin, suçluların iadesine ilişkin olması nedeniyle, belirtilen suçların birinden dolayı “mahkumiyet” veya “sanık olma” zorunluluğuna yer verilmiştir⁷⁴⁸. Bizce, altıncı bent bakımından da, söz konusu kişilerin burada sayılan fiilleri işlediklerinin sabit olduğuna ilişkin yetkili yargı organları tarafından verilmiş ve kesinleşmiş bir kararın bulunması aranmalıdır⁷⁴⁹.

Pasaport Kanununun 1. maddesine göre; “Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş - çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilirler”. 2. maddede, bu giriş çıkışlarda, yetkili makamlara usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etme zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu kuralın ihlali, 33. maddede yaptırıma bağlanmıştır. 33. maddenin birinci fıkrasına göre; “*Türkiye Cumhuriyeti sınırlarını pasaportsuz veya pasaport yerine kaim olacak bir vesikayı hamil olmaksızın terkeden veya buna teşebbüs edenlere bin Türk Lirasından üç bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir*”. Söz konusu hükümde yaptırıma bağlanan fiil, hukuki niteliği itibariyle bir kabahattir⁷⁵⁰.

Pasaport Kanununun 34. maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancıların bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılacakları ve bunlardan yabancı

⁷⁴⁸ Bu konuda Türkiye'nin de taraf olduğu “Suçluların İadesine Dair 13 Aralık 1957 tarihli Avrupa Sözleşmesi” örnek verilecek olursa, Sözleşmenin ikinci maddesinde iadeyi istilzam eden fiiller için sayılan koşulların insan ticareti suçu bakımından gerçekleştiği belirtilmelidir.

⁷⁴⁹ Suçluların iadesi bakımından, söz konusu yasağın yargılanmakta olan kişileri kapsamına alması bir zorunluluktur. Buna karşılık, fahişeleri ve kadınları fuhşa sevk ederek geçimini sağlayanlar ve beyaz kadın ticareti yapanların, bu suçların işlenmesini önlemek amacıyla ülkeye girişlerini yasaklayan bir düzenleme söz konusu olduğunda, bu kişilerin belirtilen fiillerden yargılanmakta olmalarının yeterli sayılması, masumiyet karinesinin kabulü ile çelişecektir. Bu nedenle, belirtilen suçlardan dolayı yargı organları tarafından verilmiş bir mahkumiyet kararının aranması zorunludur.

⁷⁵⁰ Bu hüküm, 31.03.2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilerek bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Nitekim 5326 sayılı ve 30.03.2005 tarihli Kabahatler Kanununun 2. maddesinde, kabahat; “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” olarak tanımlanmış, 3. maddenin (b) bendinde de, Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. Pasaport Kanununun 33/1. maddesinin önceki halinde, aynı fiil karşılığında, 500 Liraya kadar hafif para veya 3 aya kadar hafif hapis veya her iki ceza birlikte öngörülmekteydi. Bununla birlikte, 5252 sayılı ve 4.11.2004 tarihli Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, kanunlarda “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımların idari para cezasına dönüştürüleceği öngörülmüş olduğundan, söz konusu hükümde yaptırıma bağlanan fiil, hukuki niteliği itibariyle yine bir kabahat teşkil etmekteydi. Bu bakımdan yapılan değişiklikle norm sadeleştirilmiş, ancak sonuç itibariyle büyük bir farklılık getirilmemiştir.

olanların sınır dışı edilecekleri öngörülmüştür⁷⁵¹. Yine bir kabahat teşkil eden bu fiilde asıl yaptırım altına alınan, “ülke sınırlarından pasaportsuz olarak girmek” değil, pasaportsuz olarak girilmiş olan Türkiye sınırları içinde bu koşullarda bulunmaktır. 34. maddedeki kabahatin söz konusu olabilmesi için, Türkiye sınırından girişin tamamlanmış olması gereklidir. Bu nedenle, özellikle, Bakanlar Kurulu tarafından tayin olunan giriş kapılarından Türkiye sınırlarına girilmesi halinde, gümrük kapısının geçilmiş olması koşulu aranmalıdır⁷⁵². Bunun dışındaki hallerde siyasi sınırın geçilmesi yeterli olacaktır. Bu maddenin uygulanması bakımından, Türkiye’ye pasaportsuz olarak giriş yapıldığının ispatı önem taşımaktadır. Bu durum, sınırlardan girişin hemen ardından, zaman geçmeden tespit edildiğinde sorun çıkmayacaktır. Ancak, Türkiye sınırları içerisinde pasaportsuz olarak bulunan ve dolaşan kişiler bakımından, girişin de aynı koşullarda yapıldığının ispatı bir sorun teşkil edecektir. Bu hallerde, girişin de pasaportsuz olduğu yönünde bir karinenin kabul edilmemesi, bu hususun ispatının aranması zorunludur. Ülkeye gerekli yasal belgelerle giriş yapan yabancıları savunmasız hale getirmek amacıyla, insan tacirleri tarafından bunların belgelerinin daha sonradan alıkonulmasına veya ortadan kaldırılmasının sık rastlanan bir durum olması nedeniyle, ispat konusuna gereken önem verilmelidir.

Bununla birlikte, 34. maddede yazılı fiili gerçekleştiren yabancıların insan ticareti mağduru oldukları tespit edildiği takdirde, 34. maddeye göre sınırdışı edileceklerine ilişkin hüküm, “insani vize ve kısa süreli ikamet” uygulamasına ilişkin 2003/14581 sayılı ve 2006/74 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgeleri ile “güvenli ve gönüllü geri dönüş” programının uygulanmasını düzenleyen 2004/207646 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgeleri karşısında uygulanma imkanı bulamayacaktır⁷⁵³.

Kanunun 35. maddesine göre; “*Bakanlar Kurulunca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkanlar usulüne uygun pasaport*

⁷⁵¹ Kanunun bu maddesi de 6217 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. 34. maddede daha önce aynı fiil, 250 Liradan 1250 Liraya kadar adli para veya 1 aydan 6 aya kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılan bir suç olarak öngörülmekteydi.

⁷⁵² Aşağıda, ülkeye girişin gerçekleşme anı bakımından, *Maddi Unsur* başlığı altında “ülkeye sokmak ve ülke dışına çıkarmak” hareketleri incelenirken gerekli açıklamalar yapılacağından, konunun burada ayrıca ele alınmasına gerek görülmemiştir.

⁷⁵³ İlgili genelgelerin içeriğine, aşağıda *İdari düzenlemeler* başlığı altında yer verilmektedir.

veya vesika taşısalar bile, beşyüz Türk Lirası idarî para cezası ile cezalandırılırlar.”⁷⁵⁴. Bu hükümde karşılığında idari yaptırım uygulanan fiil, Kanununun 1. maddesine aykırı şekilde hareket etmektir. Bu hükümden dolayı cezalandırılacak olan kişiler, belirtilen yerlerin dışında ülkeye giren veya ülkeden çıkan yabancı veya vatandaştır.

36. maddede ise; yolcuları, pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için Hükümetçe tayin olunan mevkilerin dışındaki yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare edenler veya bu hususta klavuzluk yapanların, 1 aydan 2 seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılacakları belirtilmektedir. Burada, ülkeye kaçak olarak kişilerin sokulması cezalandırılmaktadır. Suçun faili, yolcuları belirtilen yerlere bilerek nakleden kara, deniz ve hava taşıtlarını sevk ve idare eden kişiler ile yolcuların bu taşıtlar aracılığıyla belirtilen noktalardan geçirilmesi talimatını veren kişiler olacaktır. 36. madde daha çok göçmen kaçakçılarında uygulanan bir hüküm olmakla birlikte, insan tacirlerinin de aynı yöntemi kullanarak mağdurları ülkeye sokmaları mümkündür.

Pasaport Kanunu'nun 33, 34 ve 35. maddeleri çerçevesinde insan ticareti suçu mağdurlarının durumu değerlendirildiğinde; burada yer alan kabahatler nedeniyle bu kişilerin yaptırıma uğramasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekecektir. Mağdurların tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanarak veya kandırılarak, ya da üzerlerindeki nüfuzun veya denetim olanaklarının kötüye kullanılması veya çaresizliklerinden yararlanılması suretiyle ülkeye sokulması veya ülke dışına çıkarılması durumunda, bu kişilerin serbest bir iradeyle hareket ettiklerinden söz edilemeyeceği için, Pasaport Kanunu'nda belirtilen kabahatlerden hiçbiri için manevi unsurun gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Bunun yanında cebir, şiddet veya tehdit altında hareket eden insan ticareti suçunun mağdurlarının bu maddelerde yazılı fiilleri gerçekleştirmesi halinde, TCK'nun 28. maddesine göre, araç fiilleri uygulayan kişinin, Pasaport Kanunu kapsamındaki fiiller nedeniyle “dolayısıyla fail” olarak sorumluluğu

⁷⁵⁴ Pasaport Kanunu'nun 35. maddesinin 6217 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali şu şekilde düzenlenmişti: “*Bakanlar Kurulunca tayin olunan mahallerden başka yerlerden Türkiye'ye giren veya Türkiye'den çıkanlar usulüne uygun pasaport veya vesika taşısalar bile, 125 Liradan 250 Liraya kadar hafif para veya bir aydan 6 aya kadar hafif hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılırlar*”. Burada öngörölmüş olan yaptırımlar da, TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesi uyarınca, idari para cezasına dönüştürölmüş olduğundan, hukuki niteliği itibariyle yine bir kabahat olarak öngörölmekteydi. Bu bakımdan yukarıda 33. maddeyle ilgili yaptığımız açıklamaları tekrar ediyoruz.

söz konusu olabilecektir. Bunun nedeni, Kabahatler bakımından da kusurluluk esasının geçerli olmasının yanısıra (Kabahatler Kanunu md. 9), aynı Kanununun 12. maddesinde, Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, TCK'nın kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümlerinin kabahatler yönünden de uygulanacağı düzenlenmiş olmasıdır.

4. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında 4817 sayılı Kanun⁷⁵⁵

4817 sayılı Kanunda, yabancıların Türkiye'deki çalışmaları izne bağlanmakta ve bu izinlerle ilgili esaslar düzenlenmektedir. (md.1). Kanunun kapsamına, Türkiye'de bağımlı ve bağımsız olarak çalışan yabancılar, bir işveren yanında meslek eğitimi gören yabancılar ve yabancı çalıştıran gerçek ve tüzel kişiler girmektedir (md. 2). Kanunun 4. maddesinde, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, yabancılara Türkiye'de çalışmaya başlamadan önce izin almaları yükümlülüğü getirilmiştir. Bu iznin verilmesi konusunda yetkili makam Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olarak tespit edilmiştir (md. 12).

Kanunun 14. maddesinde, çalışma izninin veya çalışma izninin uzatılması isteminin reddi nedenleri arasında; “yabancının çalışmasının milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık için tehdit oluşturması” belirtilmektedir⁷⁵⁶.

Kanun kapsamına giren yabancıların ve işverenlerin, bu Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği Bakanlık iş müfettişleri ve Sosyal Sigortalar Kurumu sigorta müfettişleri tarafından denetlenir. Ayrıca genel bütçeye dâhil

⁷⁵⁵ 4817 sayılı ve 27.03.2003 tarihli Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun 06.03.2003 tarihli ve 25040 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁵⁶ 4817 sayılı Kanunun “Çalışma izninin iptali” başlıklı 15. maddesine göre; “yabancının 11 ve 13 üncü maddede sayılan sınırlamalara aykırı olarak çalışması veya 14 üncü maddede öngörülen hallerden birinin varlığının veya yabancının ya da işverenin, çalışma izni talep dilekçesinde eksik veya yanlış bilgi verdiğinin sonradan tespit edilmesi halinde, Bakanlık verdiği çalışma iznini iptal eder ve durumu ilgili Bakanlığa bildirir”. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin (25214 s. R.G., 29.08.2003) 22. maddesinde de; “Yabancının, Kanununun 11 ve 13 üncü maddesinde sayılan sınırlamalara, Türkiye'deki ulusal mevzuata, ilgili mercilerin mevzuat ve düzenlemelerine aykırı olarak çalışması ya da Kanununun 14 üncü maddesinde öngörülen hallerden birinin varlığı ile yabancının ya da işverenin, çalışma izni talep dilekçesinde eksik, sahte veya yanlış bilgi ve belge verdiğinin sonradan tespit edilmesi halinde Bakanlığın verdiği çalışma iznini iptal ederek durumu ilgili mercilere ve başvuru sahibine bildireceği” düzenlenmiştir.

daireler ve katma bütçeli idarelerin teftiş ve denetim elemanları kendi mevzuatları gereğince işyerlerinde yapacakları her türlü denetim ve incelemeler sırasında, yabancı çalıştıran işverenlerle yabancıların bu Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini de denetler. Denetim sonuçları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirilir (md.20).

Ülke içinde yabancıların çalıştırılmasının izne bağlanması, bu iznin süresinin ve koşullarının kanunla düzenlenmesi ve yabancıların çalıştığı işyerleri bakımından denetim zorunluluğunun getirilmesi, yabancıların kaçak çalışmalarının ve düşük ücretle istihdamını engellemek suretiyle, özellikle işgücü sömürüsü maksatlı insan ticaretine karşı önleyici etkide bulunabilecek tedbirlerdir. Yabancıların çalışmalarının izne bağlanması, bir yandan çalışma hayatı içerisinde tabi olunacak yükümlülükler getirirken; buldukları yabancı ülkede, çeşitli nedenlerle savunmasız ve tehlikeye açık durumdaki bu kişilerin haklarını da güvence altına alarak, özellikle emrinde çalıştıkları kişilerden gelebilecek sömürülere karşı bir koruma çerçevesi oluşturmaya hizmet eder. Özellikle işgücü sömürüsünün gerçekleştiği alanlarda, çalışma izni olmaksızın, kaçak işçi çalıştırmanın yaygın olduğu bilinmektedir.

Kanunda öngörülen kurallara aykırılık teşkil eden fiiller ve karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar ise Kanunun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Kanunda öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen bağımsız çalışan yabancı ile yabancı çalıştıran işverene her bir yabancı için ikiyüz elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca, çalışma izni olmaksızın bir işveren emrinde bağımlı çalışan yabancıya beşyüz Türk Lirası idarî para cezası; çalışma izni bulunmayan yabancıyı çalıştıran işveren veya işveren vekillerine ise her bir yabancı için beşbin Türk Lirası idarî para cezası verileceği düzenlenmiştir⁷⁵⁷. Bu fiillerin tekrarı halinde; idarî para cezaları bir kat artırılarak uygulanacaktır. Burada, her ne kadar bir işverenin emrinde çalışma izni olmaksızın çalışan yabancıya da idari para cezası uygulanacağı belirtilmişse de, zorla çalıştırılan insan ticareti mağduru bir yabancıнын iradesi, araç fiillere

⁷⁵⁷ Bu durumda, işveren veya işveren vekili yabancıнын ve varsa eş ve çocuklarının konaklama giderlerini, ülkelerine dönmeleri için gerekli masrafları ve gerektiğinde sağlık harcamalarını karşılamak zorundadır (md.21/3)

başvurularak ortadan kaldırılmış veya sakatlanmış olduğundan, bu kişilerin belirtilen fiil nedeniyle sorumluluklarının doğmayacağı açıktır⁷⁵⁸.

21. maddede ayrıca, bu Kanuna göre idarî para cezası ile cezalandırılan bağımlı veya bağımsız çalışan yabancılar ile yabancı çalıştıran işverenlerin İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesi öngörülmüştür.

Yabancıların Çalışma İzinler Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 7. maddesinde, çalışma izni için yurt içinden başvuru yapılabilecek haller düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, Türkiye'de öğrenim amacıyla verilen ikamet izinleri hariç, herhangi bir sebebe istinaden en az altı ay süreli ikamet izni almış olup da bu izin süresi içinde çalışma izni verilmiş yabancılardan, Türkiye'nin dış temsilcilikleri kanalı ile çalışma vizesi alma koşulu aranmaz. Ancak, bu fıkranın devamında altı ay süreli ikamet izni koşulunu yerine getirseler de, insan ticaretine konu olan veya olabilecek alanlarda çalışacak yabancılar için her defasında dış temsilciliklerimizden çalışma vizesi koşulu aranacağı belirtilmiştir. Böylece, riskli sektörlerde insan ticareti mağduru yaratılması tehlikesine karşı daha tedbirli olunması amaçlanmıştır.

5. Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında 5683 sayılı Kanun⁷⁵⁹

Türkiye'ye girmesi kanunlarla yasaklanmış bulunmayan ve Pasaport Kanununun hükümlerine uygun şekilde gelen yabancılara, kanunlarla belirlenen kayıt ve şartlar dairesinde ülkemizde ikamet ve seyahat etmek hakkı tanınmaktadır⁷⁶⁰ (5683 s. Kanun / md.1). Genel kural, Türkiye'de bir aydan fazla kalacak yabancıların bu süre bitmeden ikamet tezkeresi almak için yetkili emniyet makamlarına başvurmalarıdır. Türkiye'ye çalışmak maksadıyla gelen yabancıların da geldikleri tarihten itibaren bir ay zarfında ve her halde çalışmaya başlamadan önce ikamet tezkeresi almış bulunmaları zorunludur(md. 3).

⁷⁵⁸ Bu sonuca varırken, yukarıda Pasaport Kanunu ile ilgili açıklamalarımız çerçevesinde belirtmiş olduğumuz Kabahatlar Kanununun kusurluluğa ve kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin 9. ve 12. maddelerini göz önüne almaktayız.

⁷⁵⁹ 15.07.1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 24.07.1950 tarihli ve 7564 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁶⁰ 5683 sayılı Kanun, madde 1.

İkamet tezkeresi için yaptığı başvuru reddedilecek yabancılar arasında; Türkiye’de kalmak istediği süre zarfında yaşamak için maddi imkanları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olan, Türkiye'ye girmesi yasak olup da her nasılsa girmiş bulunan ve Türkiye'de oturduğu müddetçe huzur ve asayiş ihlal eden kişiler sayılmıştır.

Kanunun 15. maddesinde; Türkiye’de serbest olarak veya memur, müstahdem ve işçi sıfatıyla çalışacak yabancıların, keyfiyeti işe başladıklarından itibaren en çok 15 gün zarfında ikamet ettikleri yerin polis veya jandarma karakoluna bildirmelerinin ve ikamet tezkerelerine kaydettirmelerinin zorunlu olduğu belirtilmiştir⁷⁶¹. Evlerinde veya idareleri altında bulunan yerlerde bir yabancıyı herhangi bir sıfatla çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler de, o yabancının adını ve soyadını, uyruğunu, mesleğini, taşıdığı ikamet tezkeresinin tarih ve sayısını, ikametgah adresini ve gördüğü işle aldığı maaş ve ücret miktarını gösterir imzalı bir beyannameyi yabancının işe başlamasını takip eden en çok 15 gün içinde en yakın polis veya jandarma karakoluna vermeye mecbur tutulmuşlardır (md. 16). Evlerde çocuk bakımı, temizlik gibi işler de dahil olmak üzere hizmet ettirmek amacıyla yabancı uyruklu kadınların çalıştırılmasının ülkemizde de yaygın olduğu gibi bilinmektedir. Bir işyeri sıfatı taşımaması nedeniyle, bir evde hem ikamet eden hem çalışan yabancının durumu çoğunlukla kayıt dışı özellik taşıyabilmektedir. Bu kişiler, aynı yerde yaşamlarını da sürdürdükleri için istismara karşı çok daha savunmasız olabilmektedir. Kanunun bu hükmü, özellikle bu durumdaki yabancıların mağduriyetini önlemek bakımından oldukça önemlidir. Ayrıca, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun yanısıra ek kayıt zorunluluğunun getirilmesi ve bu konuda doğrudan jandarma veya polis birimlerine başvuru mecburiyetinin öngörülmesinin önemli olduğunu düşünmekteyiz. Kanunda, “Türkiye’de görevli yabancı devletler siyasi veya konsolosluk resmi memurlarıyla aile bireyleri” bakımından 16. maddenin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Özellikle konsolosluklarda, resmi görevlilerin

⁷⁶¹ Bu maddede hükmüne geçerli bir sebebe dayanmaksızın riayet etmeyenlere mahallî mülkî amir tarafından yüz Türk Lirası idarî para cezası verileceği öngörülmüştür (md. 24). İnsan ticareti mağduru olan yabancıların bu kapsamda sorumluluğunun söz konusu olamayacağı görüşünderiz. Bu konuyla ilgili olarak, yukarıda Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 21. maddesiyle ilgili olarak yaptığımız değerlendirmelere atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

hizmetlerinde bulunan yabancıların istismarının çok yaygın olduğu bilinmektedir⁷⁶². 5683 sayılı Kanunla Türkiye’de görev yapan yabancı devlet temsilcilerine bu konuda tanınan muafiyetin bu türde bir suistimale imkan verecek nitelikte olduğu açıktır ve bu konuda gerekli tedbirlerin alınması zorunludur.

6. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁷⁶³

5901 sayılı Kanun’a göre Türk vatandaşlığı doğumla veya sonradan kazanılabilmektedir (md. 5). Sonradan Türk vatandaşlığını kazanmanın yollarından biri Türk vatandaşı olan bir kişiyle evlenmektir (md. 16). Fuhuş yaptırmak maksadıyla Türkiye’ye getirilerek insan ticaretine konu edilen yabancı uyruklu kadınların evlenme yoluyla Türk vatandaşlığına geçirilmeleri, fiilin işlenmesinde kolaylık sağladığından, başvuru metotlarından biridir⁷⁶⁴.

Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 16. maddesinde evlenme ile vatandaşlığın kazanılması çeşitli koşullara bağlanmıştır. Buna göre; *“bir Türk vatandaşı ile evlenme, doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde; aile birliği içinde yaşama, evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama ve milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama şartları aranır.”*⁷⁶⁵.

Bu şekilde vatandaşlığı kazanmak isteyen yabancıların, başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, illerde oluşturulan vatandaşlık başvuru inceleme

⁷⁶² Nitekim yukarıda yer verilen Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin, “Ev hizmetlilerinin köleleştirilmesi” ile ilgili 26 Haziran 2001 tarihli ve 1523(2001) sayılı Tavsiye Kararında, çok sayıda mağdurun, 1961 tarihli Viyana Anlaşmasına göre dokunulmazlıktan faydalanan diplomatlar ve uluslararası kamu görevlileri için çalıştığı gerçeğinden büyük bir üzüntü duyulduğu belirtilmiştir.

⁷⁶³ 29.05.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu 12.06.2009 tarihli ve 27256 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁶⁴ YENİDÜNYA, s. 50.

⁷⁶⁵ Türk vatandaşlığının evlilik yoluyla kazanılmasının yukarıda belirtilen koşullara bağlanması ilk kez 5901 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 5. maddesinde 04.06.2003 tarih ve 4866 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra olmuştur. Bundan önceki düzenlemede; evlenme ile Türk vatandaşlığına geçme iradesini beyan eden yabancı kadın, kendiliğinden Türk vatandaşlığını iktisap etmekteydi (ARSLAN, Çetin - TEMEL, İlker – AYDIN, Yusuf – ŞEN, Y. Furkan – DOĞAN, Koray – BACAĞSIZ, Pınar, “Türkiye’de İnsan Ticareti ile Mücadelede Yasal Uygulama ile İlgili Stratejik Bir Yaklaşım”, Rapor, Ankara, 2006, s. 24).

komisyonu tarafından yapılır (md. 18)⁷⁶⁶. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 25. maddesinde, yapılacak başvurunun işleme alınmasına uygulanacak esaslar düzenlenmiştir. Buna göre; “ *başvuruda bulunan yabancı hakkında müracaat makamlarınca araştırma yapılır. Araştırma sonucunda, yabancının; bir Türk vatandaşı ile üç yıldan beri evli olmadığı, evliliğin boşanma veya müracaat tarihinden önce ölüm gibi nedenlerle son bulduğu, herhangi bir suçtan dolayı yargılamasının devam ettiği veya hükümlü ya da tutuklu bulunduğu, 26. madde uyarınca istenen belgeleri ibraz edemediği anlaşıldığı takdirde başvurusu kabul edilmez*”.

Yönetmeliğin 28. maddesinde; evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancının başvurusundan sonra il emniyet müdürlüğünce, gerekli koşulların oluşup oluşmadığını araştırmak amacıyla soruşturma yapılması öngörülmüştür. Bu soruşturmada, yabancının; evlilik birliği ile bağdaşmayacak şekilde fuhuş yapmak veya fuhşa aracılık etmek gibi davranışlarının olup olmadığı, Türk vatandaşlığının kazanılmasında milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunup bulunmadığı hususları da araştırılacaktır⁷⁶⁷. Bu düzenleme, fuhşa sevk edilen yabancı uyruklu kadınların durumunun yasallaştırılmasının önüne geçmek bakımından yerindedir⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ Komisyon, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il müdürlüğü, il emniyet müdürlüğü, il jandarma komutanlığı, il millî eğitim müdürlüğü ve sosyal hizmetler il müdürlüğünden en az şube müdürü düzeyinde görevlendirilen temsilcilerden oluşur. Komisyon başkanı, gerekli gördüğü hallerde diğer birim temsilcilerini görüşlerini almak üzere komisyona davet edebilir (11.02.2010 tarihli ve 2010/139 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilen ve 06.04.2010 tarihli ve 27544 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”, md. 69/2).

⁷⁶⁷ Soruşturması tamamlanan yabancının dosyası il müdürlüğüne iade edilerek, dosya, gerekli inceleme ve araştırma yapılmak üzere il müdürlüğünce komisyona gönderilir. Yönetmeliğin 29. maddesi uyarınca, Vatandaşlığı kazanmak isteyen yabancı ve eşi, komisyon tarafından ayrı ayrı ve birlikte mülakata tabi tutulmak suretiyle evliliğin gerçek bir evlilik ya da Türk vatandaşlığını kazanmak amacıyla yapılmış bir evlilik olup olmadığı araştırılır. Mülakat sonucunda oluşan kanaat, evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin mülakat formuna yazılarak, il müdürlüğünce dosya, karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığı'na gönderilir.

⁷⁶⁸ YENİDÜNYA, s. 51. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılan (md. 87) “Türk Vatandaşı ile Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmeliğin” (24.05.2004 tarihli ve 25471 s. RG) 2. maddesinde de evlenme sebebiyle Türk vatandaşlığına müracaat eden yabancılar bakımından; “a) (...), b) Fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek veya fuhşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak, c) Kamu düzeni, milli güvenlik ve genel ahlak açısından sakıncalı olmamak” şartlarının aranacağı öngörülmekteydi.

Bunun dışında, ilgili Yönetmelikte; Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı hakkında, 28. maddeye göre yerleşim yerinin bulunduğu güvenlik birimlerince yapılan soruşturmanın yanında, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğüne de arşiv araştırması yapılacağı belirtilmektedir (md. 72). Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının sonucunda, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler Türk vatandaşlığını kazanamayacaklardır. Böylece, yalnızca evlilik yoluyla değil, her şekilde vatandaşlığın kazanılmasında, insan ticareti faaliyetinin gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirenlerle ilişki içinde olunması bir engel olarak kabul edilmiştir.

7. 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu⁷⁶⁹

Gerek Türkiye sınırları içerisinde, gerek Türkiye sınırlarına dışarıdan giriş yapan, gerekse ülkemiz sınırlarından çıkış yaparak başka ülkelere giden kara ulaşım araçları, insan ticareti suçunda kişilerin nakli amacıyla kullanılabilir. Karayolları Taşıma Kanununda, taşıma faaliyeti bir takım usul ve esaslara bağlanmak suretiyle bu faaliyetin denetim altına alınması amaçlanmaktadır. Bu Kanunda yer alan tedbirlerin bazıları, söz konusu araçların insan ticareti suçunun işlenmesinde kullanılmasını önleyici niteliktedir.

4925 sayılı Kanun'un 5'inci maddesine göre; *“taşımacılık, acentelik ve taşıma işleri komisyonculuğu ile nakliyat ambarı ve kargo işletmeciliği yapılabilmesi için Ulaştırma Bakanlığından yetki belgesi alınması”* zorunludur. Kanunun uygulanması amacıyla Ulaştırma Bakanlığı tarafından hazırlanan Karayolu Taşıma Yönetmeliğinin⁷⁷⁰ 5. maddesinde de aynı esas benimsenmiş ve yapılacak faaliyetin niteliğine göre alınması gereken yetki belgelerinin türleri tespit edilmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde taşımacılık faaliyetlerinde genel kuralın, bu faaliyetlerin; *“ekonomik, seri, elverişli, güvenli, çevreye kötü etkisi en aza indirilecek, fert, toplum ve çevre sağlığı ile bunların güvenliğini olumsuz yönde etkilemeyecek ve kamu yararını gözeterek tarzda serbest rekabet ortamında gerçekleştirilmesi”* olduğu belirtilmiştir. Karayolları Taşıma Kanunu'nun 5. maddesine aykırı olarak yetki belgesi almadan taşıma işinde faaliyette bulunulması iki bin Türk Lirası para cezasını gerektirir (4925 s. Kanun, md 26/1, (a)).

⁷⁶⁹ 10.07.2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolları Taşıma Kanunu, 19.07.2003 tarihli ve 25173 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁷⁰ 11.06.2009 tarihli ve 27255 sayılı Resmi Gazete.

Yönetmeliğin 8/1. maddesinde; yapılacak faaliyetin kapsamına uygun bir yetki belgesi alınmadan, a) muhtevası bu Yönetmelikte belirtilen herhangi bir faaliyette bulunulamayacağı, b) yetki belgesi sahiplerinin, c) almış oldukları yetki belgesinin kapsamı dışında faaliyette bulunamayacakları, taşıt belgesine kaydedilmeyen taşıtların, bu Yönetmelik kapsamındaki faaliyetlerde kullanılamayacağı düzenlenmektedir. İkinci fıkrada, (a), (b) ve (c) bendinde belirtilen kuralların her birine aykırılık halinde, Karayolları Taşıma Kanununun 26. maddesine yollama yapmak suretiyle iki bin Türk Lirası idari para cezası öngörülmektedir.

Yönetmeliğin 12. maddesinde, yetki belgesi almanın ve yenilemenin genel şartları arasında; içlerinde “kaçak insan taşımacılığı” ve “insan ticaretinin” de bulunduğu bazı suçlardan dolayı hürriyeti bağlayıcı cezayla hükümlü olmama koşulu getirilmiştir. Bu suçlarla ilgili olarak yargı organları tarafından verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunması ise, daha önce verilmiş yetki belgesinin iptalini gerektiren bir durumdur (md. 78). Yönetmeliğin 36. maddesinde de; taşıma işleri faaliyetlerinde çalıştırılan şoförlerin yine, “(...) insan ve gümrük kaçakçılığı (...) suçlarından dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza almamış olmaları”koşuluna yer verilmiştir⁷⁷¹.

Yetki belgesi sahiplerinin Kanun ve bu Yönetmelik kapsamında yer alan faaliyetleri, Ulaştırma Bakanlığı'nın denetimine tabidir⁷⁷².

8. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü

1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda fuhuş geçim ve sanat vasıtası haline getiren kadınlara, bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği yerlerin idaresine ilişkin kurallar yer

⁷⁷¹ Ayrıca, çalıştırdıkları şoförlerinin taşıt belgelerinde kayıtlı taşıtlarını kullanarak karıştırdıkları, kaçak insan taşımacılığı ve ticareti suçları nedeniyle yargı organları tarafından verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunması halinde ilgili yetki belgesi sahibine 10 uyarma verilir (Yönetmelik, md. 76/2).

⁷⁷² Karayolları Taşıma Yönetmeliği, md. 70. Yönetmeliğin 71. maddesine göre; “Bakanlık, valilikler (kolluk kuvvetleri), Gümrük Müsteşarlığı'nın sınır kapılarındaki birimleri, terminallerdeki belediye zabıta birimleri, Kanun ve bu Yönetmeliğin kendilerine yüklediği görev ve yetkileri doğrudan yerine getirir ve kullanırlar”.

almaktadır⁷⁷³. Kanunda “Umumi Kadınlar Hakkında Ahkam” başlığı altında, öncelikle fuhuş nedeniyle çeşitli hastalıkların yayılmasını engellemek amaçlı tedbirler öngörülmüştür. Bu kapsamda, 129. maddede fuhuş sanat ve geçim vasıtası haline getiren kadınlardan zührevi hastalıkların her türlü şekline, cüzzam, verem gibi hastalıklara veya Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenecek diğer bir takım hastalıklara yakalanmış olanların mesleklerini yapmalarına gerekirse cebren engel olunacağı, bu kişilerin bir kurumda tecrit ve tedavi altına alınabileceği belirtilmektedir⁷⁷⁴. Ayrıca Kanunun 130. maddesinde genelevlerde her türlü alkollü içkinin tüketimi yasaklanmıştır. Belirtilen yasaklara aykırı hareket edilmesi veya yükümlülüklere uyulmaması halinde, söz konusu fiiller ayrıca suç oluşturmadığı takdirde, Kanunun 282. maddesine göre ikiyüzelli Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

Umumi Hıfzısıhha Kanununun 128. maddesinde “Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarının ortak bir tüzük yayınlamak üzere genel kadınlar ve evlerin tabi olacakları hükümleri ve bu fuhuş yüzünden yayılan hastalıkların ve bilhassa zührevi hastalıkların sirayetini engel olacak tedbirleri tespit edecekleri ve müştereken uygulayacakları, genel kadınlarla genel evler ve bunlara benzer mahallerin bu tüzükte belirleneceği” düzenlenmiştir. Bu konuyla ilgili olarak 12.11.1933 tarihli ve 15264 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle yürürlüğe konulan “Fuhuş ve Fuhuşla Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Nizamnamesi” hazırlanmıştır. Daha sonra, bu Nizamname, 5/984 sayılı ve 30 Mart 1961 tarihli⁷⁷⁵ Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”nün 124. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bugün halen yürürlükte olan bu ikinci Tüzüktür⁷⁷⁶. Tüzük hükümleri çerçevesinde fuhuşun düzenlenmesi idari mercilerin görevi dahilindedir.

⁷⁷³ 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 06.05.1930 tarihli ve 1489 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁷⁴ 1593 sayılı Kanunun 129. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: “Fuhuş, sanat ve maişet vasıtası ittihaz eden kadınlardan zührevi hastalıkların her türlü eşkaline, cüzzam, cerp, empetigo, entertrigo, müterakki verem veya Sihat ve İçtimai Muavenet Vekaletinin fennen lüzum göreceği sair hastalıklara musap olanların sanatlarının icrasına icap ederse kuvvei cebriye istimali ile mümanaat olunur. Bunlar lüzum görülürse bir müessesede tecrit ve tedavi edilir”.

⁷⁷⁵ 19 Nisan 1961 ve 10786 sayılı Resmi Gazete.

⁷⁷⁶ Bundan böyle “Genel Kadınlar ve Genelevler Hakkında Tüzük” olarak anılacaktır.

Tüzüğün 1. maddesine göre, Zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonları ile Zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonlarına yardım kurulları kurulmuştur. Komisyonun görevleri genelde idari denetim ve sağlık denetimleri temelinde düzenlenmiştir. Ağırlıklı olarak genel kadınların tespit, tescil, muayene ve tedavilerine ilişkin kurallara yer verilmiştir. Bundan başka, fuhuş sanat ve geçim vasıtası yapan kadınların, genelevi işleten patronların (çalışanları bakımından) düzenli muayene yaptırma yükümlülükleri, genelevi açmak ve işletebilmek için uyulması gereken koşullar da düzenlenmektedir. Sağlık kontrolleri bakımından düzenli olarak yapılması gereken muayeneden söz edilmektedir. 26. maddeye göre, resmî muayeneyi kabul etmiş olan bütün genel kadınlar zührevî hastalıklar tabibi tarafından bu gibi muayeneler için ayrılan mahalde muayene edilirler.

Tüzüğün 13. maddesinde, Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurullarının görevleri arasında, tescil ve sağlık tedbirlerinin yanısıra namuslu kimseleri fuhuş ve ahlaksızlığa tahrik ve teşvik edenleri tespit etmek, fuhuş için gizli yer sağlayanları tespit etmek de sayılmıştır.

Tüzüğün 21. maddesine göre, bir kadının genel kadın olarak tescili için gerekli koşullar arasında, 21 yaşını doldurmuş olmak ve yabancı uyruklu olmamak da belirtilmektedir. Böylelikle, Tüzükte, 21 yaşından küçüklerin ve yabancı uyruklu kadınların genelevlerde veya bu amaçla tahsis edilmiş diğer yerlerde genel kadın olarak çalışmalarının yasaklandığı görülmektedir. Genel kadınların tescilinin ne şekilde yapılacağına ilişkin hususlar, 22. maddede düzenlenmiştir.

61. maddede; *“Genelevlere kendi rızasıyla giren ve orada fuhuş yapan bir kadının, diğer bir geneleve geçmek veya islâhîhal eylemek üzere oturduğu genelevi terketmek istemesi halinde, herhangi bir vaad veya mecburiyet veya borçla bağlı bulunmuş olsa dahi, arzusuna aykırı orada alıkonulduğu anlaşılırsa, kadının kimlik ve sanatına ait belgeleriyle birlikte derhal çıkması sağlanır.”* denilmekte ve böylece, kadınlar üzerinde herhangi bir nedenle baskı yaratılarak, bu yerlerde, özgürlükleri kısıtlanacak şekilde alıkonulmaları ve bu yolla sömürülmeleri tehlikesi karşısında koruma sağlanmak istenmektedir. Tüzükte, fuhuş yaptırma maksatlı insan ticaretiyle en doğrudan bağlantısı olan düzenlemenin, bu madde olduğu belirtilmelidir.

Tüzükte bir takım kabahatlerin düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda, idari yaptırım gerektiren iki grup harekete yer verilmektedir. Birinci grupta; genelevleri, birleşme yerlerini ve tek başına fuhuş yapılan yerleri (kısaca fuhuş yerlerini) idare edenlerin, tabi buldukları yükümlülüklerle aykırı bulunmaları nedeniyle, bu yerlerin belirli sürelerle kapatılmaları yaptırımı ile karşılanan hareketler bulunmaktadır. Bir idari yaptırım olarak “kapatma”, madde 91 ve devamında düzenlenmektedir⁷⁷⁷.

İkinci grupta ise, genel kadınların Tüzükte belirtilen; gününde muayene yaptırmama, hüviyet muayene cüzdanını yanında taşımama gibi bazı yükümlülüklerle aykırı olan ve sanatlarını icradan men edilmeleri yaptırımı ile karşılanan hareketler yer almaktadır⁷⁷⁸.

Genel Kadınlar ve Genelevler Hakkında Tüzükte bir de, “Ceza Hükümleri” başlığını taşıyan bölümde, fiilin açıkça belirtilmediği ve doğrudan yaptırımın düzenlenmesi yerine Ceza Kanununun belirli maddelerine gönderme yapıldığı ya da genel anlamda Ceza Kanununa göre kovuşturma yapılacağına öngörüldüğü hükümler vardır. Bu kapsamda yer alan 103. maddeye göre; “*Tek başına fuhuş yapılan evler için komisyonca belirtilen bölgenin dışında kalan evlerin sahipleri; evlerin fuhuşu sanat ve geçim vasıtası yapmış olduğunu bildiği birisine kiraladığı zaman veya kiraladıktan sonra bu durumu öğrenir ve komisyonu haberdar etmezse haklarında Türk Ceza Kanununun 526’ncı maddesi gereğince kovuşturma yapılır. Böyle bir yerde fuhuş yapan veya yaptıran mal sahibi ise, evi üç ay süre ile kapatılır*”. Bugün, 765 sayılı Türk Ceza

⁷⁷⁷ 91. maddede, fuhuş yerleri hakkında konulan kapatma yaptırımından maksadın, “*Tüzükte yazılı süre içinde bu yerlerin mühür altında kapalı bulundurulması ve evi işletenlerin yine bu sürede her nerede olursa olsun sanatlarını yapmaktan men edilmesi*” olduğu belirtilmiştir. 92. maddeye göre, fuhuş yerlerinin kapatılması ve genelev sahipleriyle genel kadınların bu Tüzük hükümlerine aykırı düşen fiil ve hareketlerinden ötürü kovuşturma yapılmasının veya bu Tüzükte yazılı cezaların uygulanmasının, zührevi hastalıklar ve fuhuşla mücadele komisyonunun kararı ve mahallin en büyük mülkiye amirinin onayı ile olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu gibi hallerde tutulmuş olan tutanaklar mülki amire sunulur. 93. maddede, bir yılda iki defa kapatılan fuhuş yerlerinin sürekli olarak kapatılacağı ve bu yerleri işletenlere aynı nedenle bir daha izin verilmeyeceği belirtilmiştir. Bu konuyla ilgili hüküm içeren PYSK madde 8/C’ye göre; “*Mevzuata aykırı faaliyet gösteren genelevler, birleşme yerleri ve fuhuş yapılan evler ve yerler (...) mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir*”. Mülkiye amiri, Tüzüğün 93. maddesi uyarınca, bu yetkiyi kullandığı takdirde Komisyona bilgi verecektir. Kullanmadığı veya hadise, sözü geçen madde hükümlerine temas etmediği takdirde evrakı komisyona havale eder.

⁷⁷⁸ Bu yükümlülükler ve karşılığında öngörülen tedbirler, Tüzüğün 23 ila 46. maddeleri arasında dağıntık hükümler halinde yer almaktadır.

Kanunu'nun (ETCK) yürürlükten kaldırılmış olması karşısında⁷⁷⁹, söz konusu 103. maddenin uygulanma olanağı bulup bulamayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. ETCK'nın 526. maddesinde cezalandırılmış olan fiilin, bugünkü mevzuattaki karşılığını 5326 sayılı Kabahatler Kanununun "Emre aykırı davranış" başlıklı 32. maddesi oluşturmaktadır⁷⁸⁰. 32. maddesinin son fıkrası, "1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526'ncı maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamaların, bu maddeye yapılmış sayılacağı" açıkça öngörmüş olduğundan, Tüzüğün 103. maddesindeki koşulların oluşması halinde 5326 sayılı Kanunun 32. maddesinin uygulanması yoluna gidilebilecek ve 103. maddede belirtilen şekilde hareket eden ev sahiplerine yüz Türk Lirası idari para cezası verilecektir. 103. maddenin "Böyle bir yerde fuhuş yapan veya yaptıran mal sahibi ise, evi üç ay süre ile kapatılır" biçimindeki son fıkrasında, başka bir fiilin kabahat olarak öngörüldüğü belirtilmelidir⁷⁸¹.

Yine bu bölümde yer alan "Fuhuş Aracılık Edenler" başlıklı 106. maddede ise ceza kanununa deyim yerindeyse "genel" bir atıf yapılmaktadır. Buna göre; "Fuhuş yerleri açmak için izin almadığı halde fuhuş maksadıyla bir takım kimselere (tescil edilmiş genel kadınlardan dahi olsa) kadın getirmeğe aracılık eden veya müsaadesi verilen ev dışında fuhuş aracılık tarzında faaliyette bulunan kimseler hakkında Ceza Kanunu hükümlerine göre kovuşturma yapılır". Tüzüğün 106. maddesi ile iki ayrı fiil

⁷⁷⁹ Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında 5252 sayılı Kanunun 12/1. maddesinin (b) bendi ile 765 sayılı TCK bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

⁷⁸⁰ Kabahatler Kanununun 32. maddesine göre; "(1) Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. (2) Bu madde ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir (...)"

⁷⁸¹ Bu son fıkranın, Kabahatler Kanununun 4. maddesindeki "kanunilik ilkesi" karşısındaki durumu tartışılmalıdır. 4. maddeye göre; "(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. (2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir". Kanunilik ilkesinin, kabahatler yönünden, suçlarda olduğu kadar katı bir anlayış içerisinde uygulanmayacağını ifade eden bu kural, yine de sınırları yasayla çizilmiş bir alanda, idarenin düzenleyici işlemleriyle, yalnızca bu alanın içinin, diğer bir ifadeyle kabahatin çerçevesinin doldurulmasını kabul etmiştir. Yaptırımın türü, süresi ve miktarı bakımından ise yasallık ilkesinin mutlak şekilde uygulanması öngörülmüştür. Somut örneğe bakıldığında ise, Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda genel kadınlar ve evlerin tabi olacakları hükümlere ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmediği, bu alanın düzenlenmesinin, tamamıyla, ilgili Tüzüğe bırakıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, kanunda kapsamı ve koşulları belirlenmiş bir çerçeveden çok, genel olarak "konu" itibarıyla belirlenmiş bir çerçeve bulunmaktadır (1593 s. Kanun, md. 128). Ayrıca, kabahatin karşılığında öngörülen "üç ay süreyle kapatma" yaptırımına da yasadaki değil, Tüzükte yer verilmiş olması karşısında, ilgili Tüzüğün 103. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemenin 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesine aykırılık teşkil ettiğini düşünmekteyiz.

bakımından TCK'ya yollama yapılmaktadır. İlk olarak, “fuhuş yerleri açmak için izin almadığı halde fuhuş yaptırma maksadıyla kadın tedarik edilmesine aracılık eden” kişilerin, ikinci olarak ise “fuhuş yapılması için izin alınan ev dışında fuhşa aracılık eden” kişilerin fiilleri yönünden Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır denilmektedir. Bu durumda, ilk fiil bakımından, tedarik etmeye “aracılık” söz konusu olduğundan, gerek TCK'da fuhşa teşvik, bunun yolunu kolaylaştırma ve fuhuş için aracılık suçlarının düzenlendiği 227. maddeye, gerekse diğer koşulların bulunması halinde 80. maddedeki insan ticareti suçuna yollama yapıldığı belirtilebilecektir. Buna karşılık, ikinci fiil ile doğrudan fuhşa aracılık tarzında faaliyette bulunmaktan söz edildiğinden, 227. maddenin uygulanacağı hallerin belirtildiği kabul edilmelidir.

Bu ihtimaller göz önünde bulundurularak 106. maddedeki düzenlemenin hukuki sonucu değerlendirilmeden önce, bu hükmün “niteliği” üzerinde durulmalıdır. Belirli bir fiilin ceza kanununda yazılı bir suçu oluşturması halinde, bu fiili gerçekleştiren kimseler hakkında kovuşturma yapılması için, ayrıca bir başka yasada ya da düzenleyici işlemde bu yönde genel bir hüküm koymanın gereği olmadığı açıktır. Dolayısıyla bu hükmün, hakim ve mahkemeleri bağlayan hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Örneğin bu hüküm dolayısıyla mahkemeler, Ceza Kanununun yollama yapılan belirli veya belirsiz hükümlerini uygulamakla yükümlü değildirler. Bu ve benzeri hükümlerin “*sadece, Kanundaki unsurları göz önüne alınmak kaydıyla, kovuşturma yapılmasını sağlama maksadına dayalı bulunan, ilgili memurlara ihtar edici bir etkisi bulunduğu*” belirtilmiştir⁷⁸². Bu görüşe aynen katılmaktayız. Gerçekten hakim, bu Tüzükteki hükümler dolayısıyla, Ceza Kanununun hükümlerini uygulayacaktır, ancak suçun gerçekleşmesi bakımından bu Tüzükteki tariflerden değil, Türk Ceza Kanununda tanımlanan suçun unsurlarını bulunup bulunmadığı esasından hareket edecektir.

Bununla birlikte, 106. maddeye başka bir takım hukuki sonuçların bağlanması mümkündür. Burada belirtilen hareketlere bakıldığında; öncelikle fuhuş yerleri açmak için izin alınmamasına karşın, fuhuş maksadıyla bir takım kimselere (genel kadın dahi olsa) kadın getirmeye aracılık edilmesinden söz edildiği görülmektedir. Böylece, genelev ya da birleşme yerleri açılması için gerekli şartları yerine getiren kişilerin, fuhuş

⁷⁸² DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 303.

için aracılık kapsamında kadın tedarik etmeleri veya kadınları, fuhuş kapsamında sunulacak hizmetlerden yararlanacak kişiler, yani müşteriler ile herhangi bir yolla bir araya getirmeleri, idari usullere uygun şekilde izin alarak faaliyette buldukları için, hukuka uygun sayılmıştır⁷⁸³.

Diğer bir ifadeyle, burada TCK'nın 227. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen “bir kimseyi fuhşa teşvik etme, fuhuş için aracılık etme veya yer temin etme” suçu bakımından uygulanabilen bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmüştür. Ancak örneğin, cebir, tehdit, hile ile veya çaresizliğinden yararlanarak bir kimsenin fuhşa sürüklenmesi halinde, artık genelev veya birleşme yeri açma konusundaki hakkın sınırlarının aşılması söz konusu olacağından, bu fiil hukuka uygun sayılamaz.

Bu hukuka uygunluk nedeninin, TCK madde 80'de öngörülen fiili hukuka uygun hale getirmesi de aynı nedenle mümkün değildir. Kaldı ki, genelev ya da birleşme yeri işleten kişinin durumunda, özel hüküm sıfatıyla uygulanması gereken düzenleme 227. madde olacaktır.

İkinci olarak, “*müsaadesi verilen ev dışında fuhşa aracılık tarzında faaliyette bulunan kişiler*” yönünden Ceza Kanununa gönderme yapılması hali ise, fuhuş yerleri açmak ve işletmek için gerekli koşulları yerine getiren bir kimsenin, bu ev dışında fuhuş için aracılık yapmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla, bu halde de yine hakkın sınırları dışında kalan bir fiilin Ceza Kanununa göre suç teşkil edeceği dolaylı bir şekilde anlatılmak istenmektedir.

Bizce 106. maddenin “ceza hükümleri” başlığı altında düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü burada, gerçekte suç kapsamında sayılabilecek bir fiilin, belirli koşulların gerçekleştirilmesi halinde verilen bir izin nedeniyle hukuken himaye gördüğü bir hal mevcuttur. Dolayısıyla, ilk olarak bu maddenin ceza hükümleri arasında yer alması belli ölçüde karışıklık yaratabilecek niteliktedir. Böyle bir içeriğe sahip bir

⁷⁸³ Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 15.04.2008 tarihli kararı da bunu teyit eder niteliktedir: “...mağdureler üzerinde cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz icrası, yahut hile kullanıldığı yolunda iddia ve delil de bulunmadığından, 765 sayılı TCK'nın 436. maddesinde tanımlanan suçun unsurlarının da oluşmadığı, ancak sanıkların eylemlerinin koşulları varsa Fuhuşla Mücadele Tüzüğü kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, ...” (Y.8.CD., E. 2007/952, K. 2008/4070, T. 15.4.2008) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 04.08.2010)

hükümün, genelev ya da birleşme yeri açılması ve işletilmesiyle ilgili genel kuralların düzenlendiği bölümde yer alması daha uygun olurdu.

Yine “ceza hükümleri” başlığı altında yer alan 107. madde, içtimaya ilişkin bir düzenlemedir. “*Bu Tüzük hükümlerine aykırı fiil ve hareketler suç teşkil ettiği takdirde müsebbipleri hakkında ayrıca cezai kovuşturma yapılır*” denilmek suretiyle tüzükte, bu hükümlere aykırı hareket için öngörülen yaptırımların uygulanmasının, ayrıca ceza kanununa göre uygulama yapılmasını engellemeyeceği belirtilmiştir⁷⁸⁴.

9. 4857 sayılı İş Kanunu⁷⁸⁵

İnsan ticareti suçu faillerinin yöneldikleri maksatlar arasında zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek suretiyle işgücünün istismarı yer aldığından, bu maksadın gerçekleştirilmesini önlemek bakımından 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki düzenlemelerin önemli bir etkisi bulunmaktadır. İş Kanunu’nda gerek ücret ve çalışmanın düzenlenmesi gibi konulara, gerekse genel anlamda çalışma koşullarına ilişkin olarak işçiler için güvence teşkil eden çok sayıda hüküm bulunmaktadır. Bu güvencelerin etkili bir şekilde uygulanması ve denetimler, işgücü istismarı maksatlı insan ticaretine yönelen talebin azalmasında önemli bir rol oynayacaktır. Bu bakımdan, 4857 sayılı Kanun hükümlerinin genel olarak bu yönde bir incelemeye tabi tutulmasında yarar olduğunu düşünmekteyiz.

Kanunun 3. maddesinde “işyerini bildirme yükümlülüğü” düzenlenmektedir. Buna göre; “*Bu Kanunun kapsamına giren nitelikte bir işyerini kuran, her ne suretle olursa olsun devralan, çalışma konusunu kısmen veya tamamen değiştiren veya herhangi bir sebeple faaliyetine son veren ve işyerini kapatan işveren, işyerinin unvan ve adresini, çalıştırılan işçi sayısını, çalışma konusunu, işin başlama veya bitme gününü, kendi adını ve soyadını yahut unvanını, adresini, varsa işveren vekili veya vekillerinin adı, soyadı ve adreslerini bir ay içinde bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadır*”. Özellikle yetkili mercilerin bilgisi dışında faaliyette bulunan işyerlerinde, vatandaş veya göçmenlerin

⁷⁸⁴ Bu hüküm, 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun “bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması halinde, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağını” öngören 15/3. maddesine aykırı bir düzenleme teşkil etmektedir. Bu durumda, hem “kanun” hükmü olması hem de sonradan yürürlüğe girmesi nedeniyle, adı geçen Tüzüğün 107. maddesi yerine, Kabahatler Kanunu’nun 15/3. maddesinin uygulama yeri bulacağı belirtilmelidir.

⁷⁸⁵ 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu, 10.06.2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

kayıtdışı olarak ve kanunda öngörülen güvencelerden yoksun bir şekilde istismar teşkil eden koşullarda çalıştırılmalarına sık rastlanması nedeniyle, buradaki bildirim yükümlülüğü, belirtilen hallerin önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Kanunda işçi ve işveren arasında yazılı iş sözleşmesi yapılması zorunluluğu veya yazılı sözleşme bulunmayan hallerde işverenin işçiye genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti, ücret ödeme dönemini vb. konuları içeren yazılı bir belge verme yükümlülüğü düzenlenmiştir (md.8). İşverenin ücret ödemesi yönündeki genel yükümlülüğün (md. 32 vd.) yanısıra, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılması halinde “fazla çalışma ücreti” ödenmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir (md. 41 vd.).

Bundan başka, Kanunun 53 ve devamı maddelerinde yer alan yıllık ücretli izin hakkı, günlük çalışma süresi içinde ara dinlenmesi hakkı (md. 68) ve azami çalışma sürelerine (md. 63 vd.), gece çalışmaları ve süresine ilişkin (md. 69) hükümler, işçiler için, doğrudan işçi bakımından insan haysiyetine uygun çalışma koşulları yaratılması ve istismarın önlenmesi ile ilgili düzenlemelerdir.

71. maddede, asgari çalıştırma yaşı on beş olarak tespit edilmiş, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocukların, bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamlarına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilecekleri belirtilmiştir. Bununla birlikte, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşın altındakilerin çalıştırılması (md.72) ve sanayie ait işlerde ise yine bu yaşın altındakilerin gece çalıştırılması yasaklanmıştır (md. 73).

Zorla çalıştırma veya hizmet ettirme amacıyla yapılan insan ticaretinde, çalışma koşullarının yanısıra, çalışmanın çoğu zaman insan sağlığına zararlı, çok kötü koşullar altındaki atölye, fabrika gibi yerlerde gerçekleştirildiği düşünüldüğünde, iş sağlığı ve güvenliği konularının kanunda düzenlenmesi gerçekten önemlidir. Kanunun 77. maddesinde; *“işverenlerin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçilerin de iş sağlığı*

ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlü” oldukları belirtilerek, işverenlere, ayrıca, “işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermek” zorunluluğu getirilmiştir.

Kanun, özellikle işverenler ve işyeri sahipleri için öngörülen yükümlülüklerle uyulup uyulmadığının denetlenmesine ilişkin olarak da ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. 91. maddeye göre; *“Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır”*. İş müfettişleri, bu inceleme ve denetleme sırasında Kanunla suç sayılan eylemlere rastladıklarında, ilgili mevzuata göre bu halleri önlemek yetkisine sahiptirler (md. 92). İş müfettişlerinin dışında, işyerinin açılmasına izin vermeye yetkili belediyeler ile diğer ilgili makamların da bu izni vermeden önce denetim yetkileri bulunmaktadır (md. 95).

İş Kanununda düzenlenen bazı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi halinde idari yaptırımlar öngörülmektedir. Örneğin, Kanunun 3. maddesinde düzenlenen işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, ağır ve tehlikeli işlerin görüldüğü işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verileceği öngörülmektedir (md. 98). Bunun dışında ücret ile ilgili hükümlere aykırılık (md. 102) ve yıllık ücretli izin hükümlerine aykırılık (md. 103) hallerinde de, işveren veya işveren vekilleri için işçi sayısına göre değişen nisbi veya maktu nitelikte para cezaları öngörülmüştür. 104. madde, *“işin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılık”* başlığı altında; *“Kanunun 63 üncü maddesinde ve bu maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran veya 68 inci maddesindeki ara dinlenmelerini bu maddeye göre uygulamayan veya işçileri 69 uncu maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen, 71 inci maddesi hükmüne aykırı hareket eden, 72 nci maddesi hükümlerine aykırı olarak bu maddede belirtilen yerlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran, 73 üncü maddesine aykırı olarak çocuk ve genç işçileri gece çalıştıran veya aynı maddede anılan yönetmelik hükümlerine aykırı hareket eden,*

74 üncü maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen, 75 inci maddesindeki işçi özlük dosyalarını düzenlemeyen (...) işveren veya işveren vekiline beşyüz milyon lira para cezası verileceğini” öngörmektedir.

Ayrıca, 105. maddede, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümlere ve 107. maddede, iş hayatının denetim ve teftişi ile ilgili hükümlere aykırılık hallerinde verilecek idari para cezaları düzenlenmiştir.

10. İnsan Ticareti Mağdurlarının Ücretsiz Tedavisine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı ile Sağlık Bakanlığı Genelgesi

İnsan ticareti mağdurlarının ücretsiz tedavilerinin sağlanması amacıyla 05.12.2003 tarih ve 2003/6565 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, insan ticareti mağduru olduğu tespit edilen ve sağlık hizmetleri giderlerini karşılayacak durumda olmayan yabancı uyruklu hastalar, resmi sağlık kurum ve kuruluşlarınca sunulan sağlık hizmetlerinden yararlanmada 8/1/2002 tarihli ve 4736 sayılı Kanununun 1 inci maddesinin birinci fıkrası hükmünden muaf tutulmuşlardır⁷⁸⁶. Sağlık Bakanlığı'nın bu kararla ilgili 09.01.2004 tarih ve 544 (2004/02) sayılı Genelgesi bütün valiliklere duyurulmuştur⁷⁸⁷.

Ayrıca, Sağlık Bakanlığının konuyla ilgili 26.04.2004 tarih ve 6679 (2004/62) sayılı Genelgesi ilgili bakanlıklara, kamu kurum ve kuruluşlarına, sivil toplum kuruluşlarına ve bütün valiliklere gönderilmiştir. Bu genelge ile, ücretsiz tedaviden yararlanacak insan ticareti mağdurlarına sağlanan tıbbi yardımlar hakkında istatistiki verilerin toplanması ve sağlıkla ilgili verilerin tek merkezden takip edilebilmesi amacıyla ilgili kurumlarca hastanelere sevk edilen mağdurlara ait bilgilerin kaydının tutulmasına ilişkin esaslara yer verilmiştir⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ 02.01.2004 tarih ve 25334 s. R.G.

⁷⁸⁷ ARSLAN – TEMEL – AYDIN – ŞEN – DOĞAN – BACAKSIZ, s. 24.

⁷⁸⁸ İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 60.

11. İnsan Ticareti Mağdurlarına Yönelik Kısa Süreli Vize ve İkamet Uygulamasına İlişkin İçişleri Bakanlığı Genelgeleri

İnsan ticareti suçunun ortaya çıkarılması ve kovuşturulmasında mağdurun rolü özellikle önem kazanmaktadır. Çoğu halde, bu suçlarda en önemli delili mağdurların beyanları teşkil etmektedir⁷⁸⁹. Genellikle uğradıkları fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddetin etkisiyle travma altındaki mağdurlar, desteğe ve korumaya ihtiyaç duymaktadırlar. Bu nedenlerle, insan ticareti mağduru olarak tespit edilen yabancı uyruklu kişilerin hemen ülkeden çıkarılmamaları, bunlara karşı suç mağduru ve aynı zamanda adaletle işbirliği yapabilecek bireyler olarak farklı bir muamelede bulunulması gerekmektedir.

Bunun gerçekleştirilmesi amacıyla, ilk olarak İçişleri Bakanlığı tarafından 09.01.2003 tarih ve 14581 sayılı genelge hazırlanmıştır. Bu genelge ile insan ticareti mağdurlarının talepleri halinde ülkeden çıkışları yapılmayarak ilk aşamada bir ay süreyle geçici ikametlerine izin verilmiş ve ihtiyaç olması halinde üç aya kadar uzatma imkânı tanınmıştır. Bunu tamamlayan, 03.07.2003 tarih ve 108 sayılı genelge ile de; ikamet izni işlemlerinin 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 88'inci maddesi gereğince harçsız olarak yerine getirilmesi esası benimsenmiştir⁷⁹⁰.

Kısa süreli vize ve ikamet uygulamasının süresi, İçişleri Bakanlığı'nın 13.07.2006 tarihli genelgesi (2006/74) ile genişletilerek altı aya çıkarılmıştır. Buna göre; insan ticareti mağdurlarına, mahkemede tanık olabilmeleri, polisle işbirliği yapabilmeleri, tıbbi ve psikolojik destek alabilmeleri amacıyla koşulsuz ve isteğe bağlı olarak, altı aya kadar ikamet izni verilebilmektedir. Aynı zamanda mağdurların iş sektörüne erişimine de imkan veren ikamet izni, yargılama sürecine taraf olanlar ile tedavileri devam edenler bakımından altı aylık sürelerle uzatılabilmektedir⁷⁹¹. “İnsani vize ve kısa süreli ikamet uygulaması” adı verilen bu düzenleme ile İnsan Ticaretine

⁷⁸⁹ GOODEY, s. 429.

⁷⁹⁰ YENİDÜNYA, s. 56; İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 61.

⁷⁹¹ 2006 yılı Türkiye İnsan Ticareti ile Mücadele Raporu, s. 12.

İlişkin BM Protokolünün 6. maddesinin 3 ila 5. paragraflarında ve yine aynı Protokolün 7. maddesinde belirtilen önlemlerin gereği yerine getirilmiştir⁷⁹².

12. İnsan Ticareti Mağdurlarının Korunmasına İlişkin İçişleri Bakanlığı Genelgeleri

Türkiye’de insan ticaretiyle mücadelede yasal mevzuattaki değişiklikler, uluslararası işbirliği, bilinçlendirme ve eğitim çalışmaları gibi konuların yanısıra, suçun soruşturulması ve tespit edilecek insan ticareti mağdurlarına mevcut idari mevzuat doğrultusunda uygulanacak işlemler ve hareket tarzlarına ilişkin, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan yirmiden fazla genelge bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını, aşağıda genel hatlarıyla yer verilmiştir.

a) 21 Kasım 2004 tarih ve 207646 sayılı Genelge

Bu Genelge ile “Güvenli ve gönüllü dönüş” adı verilen bir program içerisinde mağdurların ülkelerine dönüşleri düzenlenmiş ve bütün valiliklere bildirilmiştir. Bu program, mağdurların ülkelerine güvenli ulaşım araçlarıyla ve ülkemizden ülkesine hareket edeceği noktaya kadar memur refakatinde, ülkemizde insan ticareti olayından dolayı ihlal ettiği vize süresinden dolayı karşılaşılabileceği harç ve cezalardan muaf tutulmasını kapsamaktadır.

Güvenli ve gönüllü dönüş programında en önemli aşama, kaynak ülke makamlarının mağdurun dönüş tarihi ve mağdurun konu olduğu insan ticareti olayı ile ilgili harekete geçirilmesidir. Bu çerçevede, kaynak ülke makamlarının mevcut işbirliği protokolleriyle belirlenen irtibat noktaları mağdurun kaynak ülkedeki soruşturmalarına dahil edilmesi için bilgilendirilmektedir⁷⁹³.

⁷⁹² ARSLAN – TEMEL – AYDIN – ŞEN – DOĞAN – BACAKSIZ, s. 25; aynı yönde bkz. İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 60.

⁷⁹³ 27.10.2006 tarih ve 74 sayılı İçişleri Bakanlığı Genelgesi’nin Eki olarak ilgili kurum, kuruluş ve Valiliklere gönderilen İnsan Ticaretiyle Mücadele Rehberi-2, s. 27.

b) 26.02.2004 tarih ve 2004/47 sayılı Genelge

İçişleri Bakanlığı'nın ilgili Genelgesi ile insan ticareti mağdurlarının korunmasına ilişkin yetkili makamların görevleri ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Genelge hükümleri uyarınca yapılması gereken işlemler arasında;

- İnsan ticareti mağduru olduğu delil ve ifadelerle tespit edilecek kişilerin tacirler tarafından istismar edilmelerinin önlenmesi, istismar edilen kimselerin uyruk, kimlik, adres v.b. tespitleri, mağdur yaklaşımı çerçevesinde amaca uygun olarak yapılması,
- İnsan ticareti mağduru olduğu belirlenen kimselerle birebir olarak yapılacak tüm işlemlerde, mümkün olduğu ölçüde sivil giyimli, bayan personelin görevlendirilmesi,
- Soruşturma sırasında yüzleştirme, teşhis gibi işlemlere ihtiyaç duyulması durumunda, mağdurların, tacirler veya bağlantılı kişilerle aynı ortamda bulundurulmaması amacıyla gerekli tedbirlerin alınması, mümkün olduğu ölçüde aynalı oda veya diğer teknik imkânlar kullanılarak bu işlemlerin yerine getirilmesi,
- İnsan ticareti mağduru olduğu tespit edilen kimselerin, suçla mücadele bakımından bilgilerine başvurulması zorunlu olduğundan, hemen sınır dışı edilmeyerek, ikametlerine izin verilmesi uygulamasının titizlikle sürdürülmesi,
- İnsan ticaretinde hukuki olarak "çocuk" sıfatı taşıyan mağdurların tespit edilmesi durumunda, bunlarla ilgili olarak yapılacak her türlü işlemde çocuğun çıkarı gözetilerek özel önlemler alınması, belirtilebilir⁷⁹⁴.

c) 09.07.2004 tarih ve 129483 sayılı Genelge

Söz konusu İçişleri Bakanlığı Genelgesi'nde, mağdurların soruşturma süresince ve gönüllü olarak ülkelerine güvenli dönüşlerinin sağlanacağı durumlarda tespit ve teşhis (deşifre) edilmelerini önleyici tedbirlerin alınması, ülkelere gönderilmeleri sırasında sınır kapılarındaki çıkış ve belge kontrol işlemlerinin, söz konusu şahıslar pasaport kontrol kontuarlarına götürülmeden, belgeler üzerinden tamamlanması, uğramış

⁷⁹⁴ İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 62-63.

oldukları baskı ve zorlama neticesinde korku altında bulunan mağdurların deşifre olmaları halinde, tacirlerin kendilerini bulabilecekleri ve zarar verebilecekleri endişesiyle tanıklık yapmaktan ve bilgi vermekten kaçınabilecekleri, dolayısıyla soruşturmanın sağlıklı yürütülmesinin ve suçlulara ulaşılmasının zorlaşacağı dikkate alınarak, soruşturma sürecinde ve mağdurların ülkemizde buldukları süre içinde gerçekleştirilen işlemler sırasında deşifre olmalarını önleyici tedbirlerin alınması öngörülmüştür⁷⁹⁵.

d) 26.11.2004 tarih ve 210276 sayılı Genelge

Mağdurların tespit edilmelerinin ardından, soruşturma ve adli süreçte tanıklık yapmak üzere ülkemizde kalmak isteyenlerin dışında, Bakanlık koordinasyonu altında, ülkelerine dönmek isteyenlerin güvenli ve gönüllü dönüş işlemlerinin gerçekleştirilmesi, tacirlerin buldukları adresler ve bağlantılı oldukları diğer şahıslar hakkında edinilen bilgiler doğrultusunda tahkikatın genişletilmesine yönelik olarak ilgili valiliklerle süratle temasa geçilmesi, karşılaşılan insan ticareti vakalarında, tacirlerin yurtdışı bağlantıları ve kullandıkları yöntemlere ilişkin bilgi derlenmesi ve ilgili ülke makamlarına iletilmek ve gerekirse ortak operasyonlar geliştirmek üzere Bakanlığa aktarılması, insan ticaretine ilişkin her türlü bilginin değerlendirilmesi sırasında olayın meydana geldiği yer bakımından sorumluluk bölgesi göz önünde bulundurularak güvenlik güçleri arasında gerekli koordinasyonun tesis edilmesi konuları bu Genelge ile düzenlenmiştir⁷⁹⁶.

e) 27.05.2005 tarih ve 96996 sayılı Genelge

Uluslararası Göç Örgütü ile işbirliği halinde yürütülen “Türkiye’deki İnsan Ticareti Mağdurlarına Yardım” başlıklı proje kapsamında potansiyel insan ticareti mağdurlarına yönelik olarak, operatörlerinin Eski Sovyet Bloğu ülkelerinin ortak dili olan Rusça olarak da hizmet verebileceği acil yardım hattı kurulduğu ve ulaşım numarası 157 olarak belirlenen bu Acil Yardım Hattının 24 saat esasına göre, Türkiye’nin her yerinden -cep telefonları da dâhil- ücretsiz olarak ulaşılacak biçimde hizmet vereceği belirtilerek; işletimi Uluslararası Göç Örgütü (IOM) tarafından

⁷⁹⁵ Ibid., s. 64

⁷⁹⁶ Ibid.

gerçekleştirilecek olan bu hattın 155 ve 156 Acil Yardım Telefon hatları ile yürütülecek koordinasyonu ve bilgi akışı düzenlenmiştir⁷⁹⁷.

f) 27.10.2006 tarih ve 74 sayılı Genelge

Söz konusu genelge ile de bu tarihe kadar yürürlükte olan genelgeler derlenmiş; insan ticaretiyle mücadelede yasal mevzuattan mağdur tespiti ve mağdurlarla mülakat yöntemlerine kadar, emniyet birimlerinin eğitimi, bilinçlerinin artırılmasına yönelik çalışmalar, görev ve işlemlerini tanımlayan çeşitli konular düzenlenmiştir. Bu genelgenin getirdiği iki önemli yenilik; tespit edilen insan ticareti mağdurlarının psikolojik durumlarının düzelmesi ve kolluk birimleriyle işbirliği yapıp yapmayacaklarını belirlemek üzere bir aylık düşünme süresi tanınmasını öngören ‘Mağdur Tanımlama Belgesi’ uygulaması ve ‘İnsan Ticareti ile Mücadele Rehberi’ olmuştur⁷⁹⁸.

C. İnsan Ticareti Suçuyla İlgili Tarihsel Gelişim

1. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda insan ticareti suçuna ilişkin mevcut düzenlemenin değerlendirmesini yapmak için, öncelikle Türk hukukunda bu suçla ilgili olarak bugüne kadarki gelişimi incelemek gerekmektedir. Türk hukukunda insan ticareti suçunun özel bir düzenlemeye kavuşturularak ayrı bir başlık altında cezalandırılması ancak 2002 yılında, 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun’un⁷⁹⁹ 2. maddesiyle, ETCK’ya 201/b maddesinin eklenmesi ile mümkün olmuştur. Bu kanunla, ETCK’nın “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” başlığını taşıyan babının “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlıklı altıncı faslında, insan ticareti suçu ayrı bir maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle, tarihsel gelişimi, ETCK’ya bu hükmün eklenmesinden önceki süreç ve 201/b maddesinin yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan hukuki durum olmak üzere iki ana başlık altında inceleyeceğiz.

⁷⁹⁷ İbid., s. 65.

⁷⁹⁸ İbid.

⁷⁹⁹ 9.8.2002 tarihli ve 24841 sayılı Resmi Gazete.

2. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 201/b maddesinden önceki durum

Suçun Ceza Kanununda düzenlenmesi çok yeni olmakla birlikte, bu tarihten çok daha önce Türkiye'nin yukarıda uluslararası düzenlemeler kısmında da yer verilen çok sayıda Sözleşmeye taraf olması nedeniyle esasında Türk hukuk mevzuatına tamamen yabancı bir kavram da değildir. Bununla birlikte, taraf olunan Sözleşmelerin gereğinin yerine getirilmesi amacıyla ceza kanununda ya da diğer mevzuatta herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığı da değerlendirilmek gerekir.

Bu kısımda ayrıca, 201/b maddesi getirilmeden önce gerek ETCK'da gerekse bunun dışındaki mevzuatta insan ticareti fiillerinin cezalandırılabilirliği sorunu ele alınacaktır.

a) Reşit Kadın Ticaretinin Men'ine Dair 11 Ekim 1933 tarihli Uluslararası Cenevre Sözleşmesi'nin onaylanması ve 765 sayılı TCK'da yapılan değişiklik

Yukarıda uluslararası belgelerle ilgili kısımda belirttiğimiz üzere, 18 Mayıs 1904 tarihli Beyaz Kadın Ticaretine Karşı Etkili Himayenin Sağlanmasına Dair Uluslararası Düzenlemeyi, Beyaz Kadın Ticaretinin Men'ine Dair 4 Mayıs 1910 ve Kadın ve Çocukların Ticaretine İlişkin 30 Eylül 1921 tarihli Sözleşmeleri tamamlamak amacıyla Birleşmiş Milletler nezdinde, 11 Ekim 1933 tarihli Reşit Kadın Ticaretinin Men'ine Dair Sözleşme imzalanmıştır.

Yukarıda 1933 tarihli Sözleşmenin 1. maddesine göre; *“Bir başkasının ihtiraslarını tatmin etmek üzere reşit bir kadın veya kızı kendi rızasıyla olsa bile, başka bir ülkede icrayı fuhuş maksadıyla kullanan, sürükleyen veya baştan çıkararak kimse, suç unsurlarını teşkil eden fiillerin her biri ayrı ayrı memleketlerde yapılmış bulursa bile cezalandırılacaktır.”*. Aynı maddede, teşebbüs ve kanuni sınırlar içinde kalmak şartıyla hazırlık hareketlerinin de cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Bu Sözleşmenin Türkiye tarafından 15 Nisan 1935 tarih ve 2693 sayılı Kanun ile onaylanmasının ardından, ETCK'nın 6. maddesine, 2275 sayılı Kanunla “fuhşa teşvik, fuhuş için aracılık ve kadın ticareti suçlarını yabancı memlekette işlemiş bulunan bir

Türk veya yabancı hakkında re'sen takibat yapılarak Ceza Kanununun 435 ve 436. maddelerinde yazılı yaptırımların uygulanabileceğini” açıklayan bir son fıkra eklenmiştir⁸⁰⁰. Bu değişikliğin gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir: “*Lozan muahedesinin 100. maddesi mucibince kadın ve çocuk ticaretinin men'ine dair 14.V.904, 4.V.910, 30.IX.921 tarihli mukavelelere iltihak etmeyi taahhüt etmiş olduğumuz için salahiyet ve ceza tatbikatı noktasından mezkûr mukavelelere göre kanunumuzun tadili icabetmiş bulunduğundan maddeye bir fıkra ilave edilmiştir*”⁸⁰¹.

b) 201/b maddesi eklenmeden önce ETCK'da insan ticareti fiillerinin cezalandırılması bakımından uygulanabilen hükümler

İnsan ticareti suçu ETCK'da 201/b maddesi altında düzenlenmeden önce doğrudan insan ticareti teşkil eden fiilleri cezalandırmak mümkün değildi. Ancak, maddi unsuru oluşturan belirli seçimlik hareketlerin, maddi unsurun içinde yer alan çeşitli araç fiillerin ya da insan ticaretinde amaçlanan bazı sömürü biçimlerinin başlı başına başka suçları oluşturması halinde, bunlar bakımından cezalandırma yoluna gidilebilmekteydi. Örneğin yurt dışından gerçeğe aykırı çeşitli iş vaatleriyle kandırmak suretiyle getirdiği kadınları fuhuş yaptırmak amacıyla tehdit ederek ve zor kullanarak bir evde barındıran A'nın fiili, insan ticareti başlığı altında cezalandırılmasa da, unsurları gerçekleştiği ölçüde tehdit, müessir fiil ve hürriyeti tahdit suçları kapsamında cezalandırılabilirdi.

Bu başlık altında, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol⁸⁰² başta olmak üzere mevcut uluslararası düzenlemeler ve bugün yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu temelinde insan ticareti olarak kabul edilen fiillerin, ETCK'ya 201/b maddesi eklenmeden önceki dönemde hangi suçlar kapsamında ve ne ölçüde cezalandırılabilir olduğu değerlendirilecektir.

⁸⁰⁰ DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzeni, s. 283-284.

⁸⁰¹ DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzeni, s. 283, dpn. 13.

⁸⁰² İlgili Protokol 30.01.2003 tarihli ve 4804 sayılı Kanunla onaylanmış ve 04.02.2003 tarihli ve 25014 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak 25.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

(1) ETCK 179 – Hürriyeti tahdit

ETCK'nın hürriyeti tahdit suçunu düzenleyen 179. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki gibi düzenlenmişti:

“Bir kimse, diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse (...) cezalandırılır.”

Burada cezalandırılmak istenen, iç hürriyetten ziyade dış hürriyete yönelen saldırılar, daha açık bir ifadeyle hareket serbestisinin ortadan kaldırılmasıydı⁸⁰³. İnsan ticareti fiillerinin, bir takım maksatlara ulaşmak için kişileri kaçırmak, temin etmek, nakletmek, bir yerden başka bir yere götürmek, barındırmak şeklinde işlendiği ve bu esnada ilgilinin rızası hilafına hareket edildiği ya da geçersiz bir rızanın söz konusu olduğu düşünülecek olursa, “gayrimeşru surette kişiyi hürriyetinden meşru kılma”nın gerçekleştiği görülecektir⁸⁰⁴. Yine insan ticaretinde başvuru araçları fiilleri teşkil eden cebir, şiddet, tehdit, kandırma gibi iradeyi ortadan kaldıran ya da zorlayan unsurlara benzer biçimde 179. maddenin ikinci fıkrasında da tehdit, kötü muamele, hile kullanılması ağırlatıcı sebep sayılmıştı⁸⁰⁵. İkinci fıkrada yer verilen bir başka ağırlatıcı hal maddi çıkar sağlama amacıyla suçun işlenmesiydi. İnsan ticareti suçunda da, her ne kadar ETCK'ya eklenen 201/b maddesinde ve suçun mevcut halini düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da, suçun işlenmesinde bir kazanç sağlama saikinin nihai olarak bulunduğu göz önüne alınacak olursa bu bakımdan da bir örtüşmenin bulunduğu belirtilmelidir.

Yabancı bir ülkede yaşayan kadınların dansçı olacaklarına inandırılarak Türkiye'ye getirilmeleri ve daha sonra bunların eve kapatılarak fuhuş yapmaya

⁸⁰³ EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, II, Ankara, 1993, s. 1178-1179. Aynı yönde bkz. CİHAN, Erol, “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: XLI, Sayı: 1-2, Ayrı Bası, İstanbul 1975, s. 4 – 5.

⁸⁰⁴ “Hürriyeti tahdit cürmü; failin, başkasının istediği gibi karar verme ve hareket serbestisini, haksız bir şekilde, uzun veya kısa süreli olarak ortadan kaldırmak fiil ve hareketleridir. Bu suç, gaye suç değil, vasıta suçtur. Cürmün işlenmesinde kullanılan tehdit, fena muamele gibi vasıtalar cezayı ağırlatıcı neden olarak esasen fiilin kendisinde mevcuttur” (Y.C.G.K., 8.10.1979, E. 8/312, K. 446, GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. II, Beşinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları No:64, s. 449)

⁸⁰⁵ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 55-56.

zorlanmaları örneğinde hürriyeti tahdit suçunun oluştuğu tartışmasıdır⁸⁰⁶. Hatta bu örnekte hileye başvurulması nedeniyle ikinci fıkraya göre daha ağır cezalandırma yoluna gitmek dahi mümkün olacaktı.

Kanaatimizce, 201/b maddesinin ETCK’da düzenlenmesinden önce, insan ticareti fiillerini cezalandırmak bakımından en tatmin edici sonuçları verebilecek ve en çok uygulama alanı bulabilecek hükümlerden birini 179. madde oluşturmaktaydı.

(2) ETCK 188 – Cebir kullanma suçu

188. maddenin birinci fıkrasında; “*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(se) (...) altı aydan bir yıla kadar hapis ve altı bin liradan onsekizbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde bir düzenleme mevcuttu. Aşağıda yer verilen 191. maddedeki tehdit ile çoğunlukla birlikte değerlendirilen 188. maddede “cebir kullanma suçu” düzenlenmişti⁸⁰⁷. 191. maddede yalnızca tehdit yeterli görülürken, 188. maddede, uygulamada ve doktrinde “şartlı tehdit” biçiminde de ifade edilen⁸⁰⁸; belirli bir amaca yönelik olarak maddi ya da manevi cebir kullanılması düzenlenmiştir⁸⁰⁹.

CİHAN, bu suç ile korunan hukuki menfaatin, kişinin kendi isteklerine göre geleceğini tayin etme ve buna göre hareket etme (ya da etmeme) keyfiyeti; kısacası *iradeye uygun hareket etme iktidarı* olduğunu belirtmiştir⁸¹⁰. Ayrıca bu maddenin,

⁸⁰⁶ “*Hürriyetten mahrumiyet cürmünün meydana gelmiş sayılması için, mağdurun bütün hareket serbestisinin mutlak surette kaldırılmış olması gerekmez, hadisede olduğu gibi, bulunduğu evden dışarı çıkmasına mani olmak da hürriyeti tahdit suçunu teşkil etmektedir. Mağdurun kaçma, kurtulma imkanına sahip olduğu halde bundan faydalanmaması cürmün doğumuna engel olmaz*” (Y.1.C.D., 18.5.1967, E. 2731, K. 1522; GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 458)

⁸⁰⁷ Esasında her iki suçun yöneldiği alanın ve yarattığı etkinin aynı olduğu ileri sürülmüştür, çünkü ikisi de mağdurun iç hürriyetini ortadan kaldırmaktadır (EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, II, Ankara, 1993, s. 1205).

⁸⁰⁸ “...kahvede arkadaşları ile oturan müşterinin yanına giderek bu konuda konuşmak için onu dışarı çıkardığı, orada ya bu mahalleyi terk edeceksin yahut da seni vuracağım demek suretiyle şartlı tehditte bulunduğu kabul edilerek mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de ...”Yarg. CGK., E. 1988/430, K. 1988/477, T. 21.11.1988, <http://www.kazanci.com.tr> (15.04.2009) EREM, 188. maddedeki suç ile 191. maddedeki suçlar arasında bir mahiyet birliği bulunduğu düşüncesi yaratacağı sebebiyle bu uygulamayı eleştirmiştir (EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1205).

⁸⁰⁹ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1205.

⁸¹⁰ CİHAN Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1978, s. 37. Aynı şekilde EREM, bu maddenin bireylerin kendi kendilerine karar ve hareket edebilme hürriyetlerine karşı taarruzları cezalandırdığını belirtmiştir (EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1205).

manevi özgürlük, kendi geleceğini tayin etme, hareket etme özgürlüğüne karşı fiiller arasında temeltaşı niteliğinde olduğu ve kişinin iç hürriyetine yönelmiş saldırılar özel bir hükümle cezalandırılmadığı takdirde, bu konuda genel bir koruma alanı sağlayan hükmün 188. madde olacağı ileri sürülmekteydi⁸¹¹. Bu durumun “tamamlayıcı hüküm” olma biçiminde ifade edildiği de görülmektedir⁸¹². İnsan ticareti teşkil eden fiillerde de, işlenme biçimine bağlı olarak kişi özgürlüğünü oluşturan çeşitli alanların ihlali söz konusudur. Bunlar arasında kişinin serbestçe karar verebilme ve bu karar doğrultusunda hareket edebilme, kendi geleceğini tayin etme hakkının bulunduğu da düşünüldüğünde, fiilin henüz suç olarak düzenlenmediği bu dönemde, şartları oluştuğunda 188. maddenin uygulama alanı bulunabilmekteydi. Örneğin, kişi üzerinde maddi cebir kullanarak, yaralamakla ya da öldürmekle tehdit ederek, onu zorla çalıştırılacağı işyerine götürerek işverene teslim eden kişinin fiilinin, insan ticareti suçu henüz düzenlenmediğinden, 188. maddeye göre cezalandırılabilmesi mümkündür.

Daha farklı bir örnekte; ülkede yasadışı koşullarda bulunduğunu resmi makamlara ihbar edeceği tehdidi ile bir kişiyi çok düşük ücretle ve çok uzun saatler çalıştıran işveren bakımından da 188. madde uygulama alanı bulacaktır. Zira burada tehdidin konusu haksız olmasa da, işyeri sahibinin istediği çalışma koşulları haksızdır⁸¹³. Belirtilen amaçla bu kişinin tedarik edilmesi ya da barındırılması halinde, kanunda insan ticaretini düzenleyen hüküm bulunmadığı için, kanundaki diğer hallerin haricinde 188. maddeden ceza verilebilecekti.

Üçüncü fıkrada, suçun birden fazla kişi tarafından ya da silahla ya da var olan veya varsayılan gizli bazı örgütlerin oluşturdukları tehdit gücünden yararlanarak işlenmesi ağırlatıcı neden olarak düzenlenmektedir. İnsan ticaretinde suçun çoğunlukla birden fazla kişi tarafından veya bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi olgusu karşısında, bu

⁸¹¹ CİHAN, Cebir ..., s. 38-39. Aynı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 481.

⁸¹² EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1205.

⁸¹³ EREM'e göre, 191. maddede düzenlenen tehdit suçundan farklı olarak, zor kullanma suçunda *haksızlığı*, tehdidin konusunda değil, tehdit edenin istediği şeyde aramak gereklidir (İd, s. 1210 -1211). “*Kararda sanığın müştekiye; ‘aleyhimde ifade vererek bizim taraftan birinin tutuklanmasına sebep olursan, seni gebertirim’ dediği halde, eylemin TCK’nun 188/1. maddesine mümas, şartlı tehdit niteliğinde olduğu (...) gözetilmeden (...) hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir*” (Y.2CD., 20.4.1982, E. 2483, K. 2526; GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 500).

fikranın da tehditle işlenen insan ticareti fiilleri bakımından sıklıkla uygulama alanı bulabileceği düşünülebilir.

(3) ETCK 191 – Tehdit

Tehdit insan ticaretinde en çok başvurulanan araç fiillerden birini teşkil etmektedir. Tehdit suçu, 765 sayılı TCK'nun ikinci kitabının ikinci babının üçüncü faslında 191. maddede düzenlenmekteydi. Madde metni aşağıdaki şekilde düzenlenmişti:

“Bir kimse kanunda yazılı hallerin haricinde başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirerek tehdit ederse altı aya kadar hapsedilir.

(...)

Sair tehdit için alınacak ağır cezayı nakdi ... liradır. Ancak bu bapta mutazarrır olan şahıs tarafından şikayetname verilmedikçe takibat yapılmaz”

191. maddeye göre; tehdit, bir kimseye ağır ve haksız bir zarara uğratılacağını bildirmek olarak tanımlanmıştı. Tehdit suçunda mağdurun karar verme ve hareket hürriyetine yönelik bir saldırı mevcuttur⁸¹⁴. Ancak, buradaki hareket hürriyeti, hareket serbestisi olarak değil⁸¹⁵, kişinin iç huzurunun ihlali nedeniyle iç hürriyet anlamında kabul edilmelidir⁸¹⁶.

191. maddenin üçüncü fıkrasındaki “sair tehdit” ifadesi “haksız, fakat ağır olmayan bir zarara uğratılacağını mağdura bildirilmesi” olarak kabul edilmiştir⁸¹⁷. İnsan ticareti bakımından değerlendirildiğinde; mağdurun iç huzurunu bozarak onda gerçek bir endişe ve korku yaratmaya, onu sindirmeye ve bunun sonucunda da gerçek iradesi yönünde hareket etmesini engellemeye elverişli olan tehdidin 191. maddenin birinci fıkrasındaki özellikleri taşıması gerektiği kabul edilmelidir. Bu itibarla insan ticareti fiilleri bakımından uygulanması söz konusu olabilecek düzenleme de 191. maddenin birinci fıkrası olarak düşünülebilirdi.

⁸¹⁴ Yarg. CGK., E. 1993/4-102, K. 1993/129, T. 3.5.1993(www.kazanci.com.tr , Erişim tarihi: 15.04.2009)

⁸¹⁵ Aynı yönde bkz. EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1220.

⁸¹⁶ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi II, s. 1219; GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 517.

⁸¹⁷ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1226; ARTUK Mehmet Emin – GÖKÇEN Ahmet – YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2000, s. 219.

(4) ETCK 201- Çalışma hürriyetini bozma

Madde metni aşağıdaki gibi düzenlenmişti:

“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 cezası ile cezalandırılır.(...)”

201/b maddesinin 765 sayılı Ceza Kanununa eklenmesinden önce, zorla çalıştırma ya da işgücünün sömürülmesi amacıyla gerçekleştirilen insan ticareti fiillerinin, çalışma hürriyetini korumaya yönelik 201. madde kapsamına kısmen de olsa girip girmediğini tespit etmek bakımından asıl ele alınması gereken düzenleme birinci fıkradır. Bu nedenle, “cebir ve şiddet yahut tehdit ile sanat veya ticaret serbestisini her ne suretle olursa olsun tahdit veya men etmek” suçu bağlamında bir değerlendirme yapmak gereklidir.

Suçun hukuki konusunun “sanat veya ticaret serbestisi” olarak belirtilmesi, genel anlamda çalışma hürriyetinin ya da her türlü faaliyetin değil, yalnızca sanayi ve ticarete ilişkin çalışma hürriyetinin koruma altına alındığını göstermektedir. Söz konusu hürriyetin “kişiler arası ilişkiler bakımından sanayi ve ticaret hürriyeti” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir⁸¹⁸. Bunun, kapsamı büyük ölçüde daraltan ve genel anlamda çalışma hürriyeti içinde değerlendirilebilecek pek çok alanın dışarıda kalmasına yol açan bir düzenleme olduğu açıktır.

201. maddedeki suçun söz konusu olabilmesi için çalışma hürriyetinin kanuna aykırı bir şekilde men ve tahdidi amacı güdülmelidir. Tahdit ve men kavramları, maddenin birinci fıkrasında, sanayi ve ticaret faaliyetlerinde çalışma hürriyetine

⁸¹⁸ ERSOY, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1973, s. 79.

yönelebilecek bütün ihlalleri içerecek genişlikte bir anlama sahiptir⁸¹⁹ İşçilerin hakkı olan tatile rağmen kendilerinin çalıştırılması halinde, buna riayeti sağlamak amacıyla şiddet veya tehdit kullanılmasının bu hürriyetin tahdidi kapsamında sayılarak 201. maddeye göre cezalandırılması mümkündür⁸²⁰. Bunun gibi, işçilerin mesai saatlerini aşacak şekilde cebir ve tehditle çalıştırılması, işçinin durumunu ağırlaştıran şartların kabulüne zorlayarak iş verilmesi gibi hallerin de yine madde kapsamına dahil olması gerekmektedir.

Bununla birlikte, madde, insan ticareti teşkil eden fiiller bakımından değerlendirildiğinde çok yetersiz kaldığı görülmektedir. Çalışma gücünün sömürülmesi sayılan bir takım fiilleri kapsamına alacak nitelikte olmasına karşılık, bu amaçların gerçekleşmesi bakımından bir aracılık faaliyeti teşkil eden “temin etmek, bir yerden başka bir yere götürmek, nakletmek, sevketmek, barındırmak” gibi maddi unsuru oluşturan asıl hareketler dışarda kalmaktadır. Bu nedenle, insan ticareti sayılabilecek hareketlerin cezalandırılmasında 201. maddeden yararlanma olanağının pek bulunmadığı tespitini yapmak gerekecektir.

(5) ETCK 313 – Cürüm işlemek amacıyla teşekkül kurma ve 4422 sayılı Kanunda düzenlenen çıkar amaçlı örgütlenme suçu

İnsan ticareti ile örgütlü suçluluk arasında iki türlü ilişkinin bulunduğu genellikle kabul edilmektedir. İlk olarak suç örgütlerinin bu fiillere önemli bir gelir kaynağı olarak başvurmaları söz konusudur.⁸²¹ İkinci olgu ise, insan ticaretinin genellikle bir örgüt faaliyeti biçiminde işlenmesidir. Bu bakımdan 765 sayılı Türk Ceza Kanununun “Cürüm işlemek amacıyla teşekkül kurma” başlığını taşıyan 313. maddesinin ve bu kapsamda yine aynı dönemde yürürlükte olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele

⁸¹⁹ İbid., s. 135.

⁸²⁰ İbid., s. 121.

⁸²¹ Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Bürosunun (United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC) 2002 yılında 16 ülke ve bir bölge içinde faaliyet gösteren seçilmiş kırk organize suç örgütü üzerinde yaptığı bir araştırmada bu örgütler içinden sekizinin insan ticareti fiilleri işlediği, bu sekiz gruptan da ikisinin yalnızca insan ticaretiyle meşgul olduğu, geriye kalan altı grubun ise gerçekleştirdiği çeşitli faaliyetler arasında insan ticaretinin de yer aldığı tespit edilmiştir. Bu araştırmayla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Trafficking in Persons: Global Patterns, s. 68 vd.)

Kanunu'nun⁸²² ilgili hükümlerinin, insan ticareti fiillerinin cezalandırılmasında bir etkisinin bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir.

ETCK'nın 313. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde düzenlenmişti:

“Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküllere katılanlara bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir.”

313. maddede, henüz hiçbir suç işlemedikleri halde, sadece örgüt kurmuş olmalarından dolayı örgüt mensuplarının cezalandırılması, diğer bir ifadeyle, bir tehlike halinin cezalandırılması söz konusuydu⁸²³. Bu hükmün insan ticareti fiillerinin cezalandırılması bakımından özel bir önemi bulunmamaktaydı. Örgüt mensupları, başka suçlar işlemeleri nedeniyle ortaya çıkarılıp yakalanmaları halinde, bu diğer suçlardan ve 313. maddede yazılı suçtan dolayı cezalandırılırsalar da henüz bir suç olarak düzenlenmediği için, insan ticaretini oluşturan fiiller bakımından herhangi bir sorumlulukları söz konusu olmamaktaydı⁸²⁴.

4422 sayılı Kanununun 1. maddesinde, çıkar amaçlı suç örgütünün tanımında örgütün amaçları arasında “kendine veya başkalarına haksız çıkar sağlama” da belirtilmekteydi. Esasında bunun, normda öngörülen tüm amaçların nihai amacı olduğu belirtilmiştir⁸²⁵. İnsan ticaretinde de, aşağıda daha sonra inceleneceği üzere failer aynı nihai amaçla hareket etmektedir. Dolayısıyla bu amaçla örgütlenmenin veya bu amaca yönelik olarak faaliyet göstermenin belirtilen hüküm kapsamında sayılabilmesi mümkündür⁸²⁶. Ayrıca 4422 sayılı Kanunda örgütün kullandığı yöntemler arasında “tehdit, baskı, cebir veya şiddet”, bilindiği üzere insan ticaretinde de başvurulan araçlardır. Ancak, fiilin söz konusu Kanun kapsamında sayılabilmesi için bu araçların yanında, yine 1. maddede belirtilen yıldırma, korkutma veya sindirme gücünün kullanılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir⁸²⁷. Örgütün 4422 sayılı Kanunda belirtilen

⁸²² Bu Kanun, 23.03.2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 18. maddesiyle 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸²³ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1623-1624.

⁸²⁴ Nitekim 313. maddeden hüküm kurulurken, işlenmesi amaçlanan cürüm veya cürümlerin mutlaka gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir (KOCASAKAL, İnsan Ticareti Suçu, s. 58).

⁸²⁵ EVİK, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta, İstanbul, 2004, s. 283.

⁸²⁶ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 57.

⁸²⁷ Bu kararlar için bkz. İbid.

nitelikleri taşımaması halinde 313. maddenin koşulları olduğu ölçüde uygulanması söz konusu olacaktır.

765 sayılı TCK'ya yine 4771 sayılı Kanun ile göçmen kaçakçılığının düzenlendiği 201/a maddesi eklenmeden önce, Yargıtayın bu faaliyeti ETCK 313 kapsamında sayan kararlarının bulunduğu belirtilmiştir⁸²⁸. Ancak insan ticareti fiilleri bakımından aynı tespitin yapıldığı herhangi bir karara rastlanmamaktadır.

(6) *ETCK 339 vd. – Evrakta sahtekarlık*

İnsan ticareti fiillerinin çoğunlukla sınırötesi özellik taşıdığı dikkate alındığında, mağdurların bir ülkeden diğerine geçişlerini sağlamak için sahte bir takım belgeler düzenlenmesi sıkça başvurulan bir yöntemdir. Bu aşamada belgenin, örneğin pasaportun kamu görevlisi olmayan faillerce hazırlanarak sınırlardan geçişte kullanılması halinde ETCK'nun 345. maddesine göre özel evrakta sahtekarlık suçundan bahsedilmesi mümkündür. Bunun gibi, pasaport kontrolünde çalışan bir memurun suça iştirak ederek sahte ya da eksik olduğunu bildiği belgeleri onaylamak suretiyle gerçekleştirdiği fiilde koşulları olduğu takdirde yerine göre 339 veya 340. maddelerde düzenlenen resmi evrakta sahtekarlık suçlarının işlenmesi söz konusu olabilecektir.

(7) *ETCK 435, 436 – Fuhşa teşvik ve fuhuş için aracılık*

ETCK'nın 435. maddesinde düzenlenen fuhşa teşvik suçu üç ayrı şekilde işlenebilmekteydi:

1) 15 yaşından küçük bir küçüğü kandırarak fuhşa teşviki ve bunun yolunu kolaylaştırılması, 2) 15 yaşını doldurmuş, ancak 21 yaşından küçük bir kişiyi kandırarak fuhşa teşvik etmek ve bunun yolunu kolaylaştırılması veya 3) 21 yaşını doldurmuş kız ve kadınların koca veya usulleri veya sihrî usulleri veya kardeşleri tarafından fuhşa teşvik edilmeleri.

Dikkat edilirse, üçüncü ihtimalde belirtilen koşullar gerçekleşmedikçe, 21 yaşını bitirmiş bir kişinin rızasıyla fuhuş yapması halinde, buna teşvik veya fuhuş yolunun kolaylaştırılması suç teşkil etmemekteydi.

⁸²⁸ Ibid., s. 58.

Fuhşa teşvikin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda bir kısıtlama getirilmemiş olmakla birlikte, bu harekete bağlı olarak aynı zamanda “kandırma” biçiminde bir araç fiile de başvurulması gerektiği görülmektedir. DÖNMEZER, hareketin mutad olarak sözle gerçekleştirildiğini ifade etmekle birlikte, örneğin küçüklere bir takım sahnelerin gösterilmesi suretiyle fuhşa teşvikin gerçekleşebileceğini kabul etmiştir⁸²⁹. Burada, kız ya da kadınlara fuhuş yolunun açılması, mağdurun ahlak ve yaşam biçimi bakımından bozulması tehlikesini cezalandıran bir suçun düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında bu görüşün isabetli olduğu anlaşılmaktadır. Buradan çıkan bir diğer sonuç, suçun fuhşa teşvik olarak kabul edilebilecek birçok farklı hareketle işlenmesinin mümkün olduğudur. Örneğin mağdurun kandırılarak, fuhuş yaptırma amacıyla bir yerden başka bir yere nakli biçiminde işlenen ve insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilen bir fiilin fuhşa teşvik ve bunun yolunu kolaylaştırma sayılarak cezalandırılabilmesi olasılığı bulunmaktaydı. Ancak burada yalnızca “kandırma” biçimindeki araç fiile başvuru ve belirli yaş aralıkları bakımından sınırlanan koşulların gerçekleşmesi halinde bir cezalandırma alanının doğduğu ve bu nedenle insan ticareti fiillerinin çok azının bu kapsama dahil olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

ETCK'nın 436. maddesinde düzenlenen fuhuş için aracılık suçu ise iki hali içermektedir: 1- Fuhuş zımında rızası ile olsa dahi, 21 yaşını bitirmemiş bir bakiri veya kadını başkası için iğfal veya tedarik veyahut sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek; 2- Fuhuş zımında cebir ve şiddet veya nüfuz icrası yahut hile ile yirmi bir yaşını bitiren bir bakir veya kadını başkası için iğfal veya tedarik veyahut sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek.

Doktrinde, birinci suçun “fuhuş için aracılık” olarak adlandırıldığı, ikinci fıkrada belirtilen suçun ise “kadın ticareti” olarak kabul edildiği ifade edilmiştir⁸³⁰.

Birinci fıkrada, 21 yaşın altındaki mağdurlar bakımından cebir veya şiddet gibi bir araca başvurulmasına gerek olmadan fuhuş için aracılık suç sayılmaktaydı. İkinci

⁸²⁹ DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ..., s. 315.

⁸³⁰ DÖNMEZER, doktrinde bu suçun, önce beyaz kadın ticareti, 1921 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nden sonra kadın ve çocuk ticareti, daha sonra ise “insan ticareti” olarak adlandırıldığını belirtmektedir. (DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 327). Bununla birlikte, ÖNDER, bu görüşe katılmayarak, ikinci fıkrada yazılı suçun kadın ticareti değil, fuhuş için aracılık olduğunu ifade etmektedir (ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul, 1991, s. 439).

fıkıradaki ise, bir takım araç fiillere başvurularda mağdurun iradesinin sakatlanması ya da ortadan kaldırılması aranmaktaydı. Bu ikili ayırım ve maddi unsuru oluşturan hareketler (tedarik etmek, sevk etmek veya nakletmek) bakımından, 436. maddede düzenlenen fuhuş için aracılık suçunun, insan ticareti suçuna en yakın düzenlemelerden birini teşkil ettiği görülmektedir. Bu maddede de bir tür ticaret – kadın ticareti – için aracılık faaliyetinin cezalandırılması söz konusu idi. Ancak bu maddede yalnızca fuhuş aracılık suçunun düzenlendiği hatırlanacak olursa, bu örtüşmenin de, suçun diğer unsurları bir yana, konusu ve mağduru bakımından çok sınırlı bir alan için söz konusu olduğu belirtilmelidir.

(8) *ETCK 456 – Kasten müessir fiil*

İnsan ticaretinde genellikle mağdurun bir takım maddi ve manevi zorlamalara neticesinde belirli hareketlere boyun eğmesi söz konusudur. Failin uyguladığı zorlamanın derecesi cebir ve şiddeti aşacak ölçüde ve mağdurun bedeni üzerinde zarar doğuran, sağlığını ihlal eden, akli melekelerinde karışıklık meydana getiren fiiller söz konusu ise 456. maddede yer alan kasten müessir fiil suçunun uygulama alanına dahil olacaktır.

Bunun dışında özellikle, organ alımı amacıyla gerçekleştirilen insan ticaretinde, bu amacın gerçekleştirilmesi halinde şartları uygun olduğu takdirde kasten müessir fiile uygulanan genel hüküm olan 456. maddenin uygulanması düşünülebilecektir. Diğer hallerde, aşağıda bahsedilecek olan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun uygulanması değerlendirilmelidir.

(9) *ETCK 503 – Dolandırıcılık*

ETCK'nın 503. maddesinde dolandırıcılık suçu; “*Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlamak*” olarak tarif edilmekteydi.

İnsan ticareti mağdurlarının çoğunlukla sahte vaatlerle kandırılarak tedarik edilmeleri, bir yerden başka bir yere nakilleri veya sevk edilmeleri söz konusu olmaktadır. Birçok halde insan tacirleri bu kişilerden hizmetlerine karşılık olarak ya da çeşitli masraflar adı altında maddi menfaatler elde etmekte veya yapılan çeşitli masrafları olduğundan fazla

göstererek bu borcun ödenmesine karşılık olarak çeşitli işlerde zorla çalıştırabilmektedir. Bu hallerde, unsurları olduğu ölçüde 503. maddede düzenlenen dolandırıcılık suçunun uygulanması düşünülebilecektir. Hatta, mağdurları içinde buldukları zor durumdan kurtarmak bahanesiyle, çaresizliklerinden yararlanarak bu kişiler üzerinden bir takım kazançların elde edilmesi halinde, dolandırıcılık suçunun 504. maddenin birinci fıkrasının 5. bendinde düzenlenen nitelikli hali dahi uygulanma kabiliyetine sahip olabilir.

c) TCK dışındaki mevzuat kapsamında insan ticareti fiilleri bakımından uygulanabilen düzenlemeler

İnsan ticareti teşkil eden fiiler bakımından 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dışında üzerinde durulması gereken hükümler özellikle 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunda yer almaktadır. Bu kapsamdaki yasalar, yukarıda, TCK dışındaki mevzuat başlığı altında incelendiğinden bu bölümde yalnızca, ETCK'nın yürürlükte olduğu ve insan ticaretinin suç olarak düzenlenmediği koşullarda söz konusu yasaların uygulama alanına ilişkin genel tespitlerde bulunulacaktır.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 15. maddesinde yer alan; "bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku (...) alım ve satımına aracılık edenlerin veya bunun komisyonculuğunu yapanların" cezalandırılacağı yönündeki hükmün, özellikle organ alımına yönelik insan ticaretinin cezalandırılması bakımından sınırlı ölçüde bir uygulama alanının bulunduğu tespit edilmektedir.

Kişileri istismar maksadıyla ülkeye sokan veya ülke dışına çıkaran kimseler bakımından, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 36. maddesi, yalnızca yolcuları, pasaport ve diğer vesikaların yoklanması için Hükümetçe tayin olunan mevkilerin dışındaki yerlere bilerek nakletmeleri halinde, uygulama alanı bulabilecekti. Bu durumda, yolcuları taşıyan ulaşım araçlarını kullanan kişiler ile mağdurların sevki yönünde talimat verenlerin ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak, bu hüküm, kişilerin istismarı yönünde özel bir saik aramadığından, insan ticaretinden çok, ülkeye yasadışı giriş-çıkış

temelinde göçmen kaçakçılığı teşkil eden hareketler bakımından uygulama alanı olan bir düzenlemedir.

d) Değerlendirme

Türk hukukunda 4771 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesinde insan ticareti suçu düzenlenmeden önce bu fiilin cezalandırılabilirliğine ilişkin yukarıda yapılan inceleme sonucunda öncelikle mevzuatın bu fiille mücadele bakımından son derece yetersiz olduğu tespitini yapmak gereklidir. Gerek 765 sayılı Kanunda yer alan diğer suç biçimlerinin, gerekse bunun dışında kalan mevzuatta yer alan genel hükümlerin ve ceza hükümlerinin insan ticaretiyle doğrudan bir ilişkisinin bulunmadığı görülmektedir⁸³¹.

Özellikle ETCK'nda düzenlenen; cebir, tehdit suçlarına ilişkin hükümlerin, insan ticaretinde başvuru araç fiiller bakımından uygulanabilir olduğu görülmektedir. Bunun dışında özellikle hürriyeti tahdit suçuna ya da fuhuş yaptırma amacıyla işlenen insan ticareti bakımından fuhuş aracılık suçuna başvurularak bir takım maddi hareketlerin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu tespit edilmektedir. Suçta daha ziyade saik olarak ortaya çıkan bir takım sömürü biçimleri bakımından ise, gerek Ceza Kanunundaki çalışma hürriyetini bozma suçuna ilişkin hükümlerin veya organ alımı bakımından 2238 sayılı Kanun hükümlerinden bazılarının uygulanması olasılığı bulunduğu yukarıda da açıklanmıştır.

Bir diğer ihtimal olarak, insan ticareti fiilinin işlenmesi amacıyla örneğin evrakta sahtekarlık gibi başka suçlar da işlenmişse yahut fiil bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmişse, meydana gelen bu diğer suçlar bakımından cezalandırma imkanının bulunduğu belirtilmelidir.

Bununla birlikte, özellikle Pasaport Kanununda yer alan hükümlerin insan ticareti fiilini işleyenlerden ziyade bu ticarete maruz kalan kişiler bakımından bir cezalandırma alanı yaratması dikkat çekicidir. Aynı Kanunun yukarıda yer verilen 36. maddesinin ise, daha çok, aşağıda insan ticareti ile bağlantısı bakımından değinilecek

⁸³¹ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti Suçu, s. 57.

olan göçmen kaçakçılığı yapan kişiler bakımından uygulama alanı bulacak nitelikte olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak insan ticaretinin bir olgu olarak bulunmasına karşılık, bir suç olarak düzenlenmemiş olmasının büyük bir eksiklik yarattığı belirtilmelidir. Maddi unsuru oluşturan hareketlerin niteliği, yine bu hareketlerin bir takım araç fiillere başvurularak gerçekleştirilmesi ve amaçlanan sömürü biçimleri nedeniyle birçok suçu içinde bulundurmakta ya da bu suçların işlenmesine kapı açmaktadır. Bu bakımdan, bütünü oluşturan bazı parçaların cezalandırılabilirliğine karşılık, bunların oluşturduğu ve kamu düzenini çok ağır biçimde ihlal eden insan ticareti, bu niteliği itibarıyla ve doğrudan cezalandırılmamaktaydı. Bu nedenle, insan ticareti fiiliyle mücadele bakımından herşeyden önce bu fiili suç haline getiren bir düzenlemenin bulunmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

3. 765 sayılı TCK'nun 201/b maddesindeki insan ticareti suçunun genel özellikleri

Türkiye'nin 13 Aralık 2000 tarihli "Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne, bu Sözleşmeye Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokole ve İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokole taraf olmasıyla birlikte, bu belgeler uyarınca üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi kapsamında öncelikle ceza kanununda, Ek Protokollerde tanımlanan faaliyetlerin suç haline getirilmesi amacıyla bir takım değişiklikler yapılmıştır.

Bu kapsamda 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanunun 2. maddesinin (B) bendi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun "Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler" başlıklı babının "İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhinde Cürümler" başlıklı altıncı faslına 201. maddeden sonra gelmek üzere 201/a ve 201/b maddeleri eklenmiştir. 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu düzenlenirken, 201/b maddesinde insan ticareti suçuna yer verilmiştir⁸³². 201/b maddesi aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

⁸³² ETCK'ya, yukarıda zikredilen Ek Protokollere uyum amacıyla göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının kanuna eklenmesinde, yeni Türk Ceza Kanununun 2001 tarihli öntasarısında yer alan düzenlemelerin esas alındığı belirtilmiştir (HAKERİ, Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti

“Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tâbi 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, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir.

Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan eylemler var olduğu takdirde, mağdurun rızası yok sayılır.

Onsekiz yaşını doldurmamış çocukların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hâllerinde suça ait araç fiillerden hiçbirisine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiği takdirde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur.”

Söz konusu düzenlemenin yapılması bakımından temel oluşturan⁸³³ Ek Protokolün 3. maddesi ile karşılaştırıldığına, suçun işlenmesindeki saiki teşkil eden bu amaçlar bakımından 201/b maddesinin çok önemli bir takım eksiklikler içerdiği görülmektedir. Maddede “başkalarının fuhşunun istismar edilmesi” yer almadığı gibi cinsel istismarın bir başka türüne de yer verilmemiştir. Bu suçla ilgili olarak özellikle Türkiye’de en sık rastlanan sömürü biçiminin başta fuhuş olmak üzere cinsel sömürü olduğu

Suçları”, KhuKA, Mart 2004, Yıl: 7, s. 1, dpn. 1.) Dönemin Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk’ün 13. Hukuk Kurultayı Açılışında yaptığı konuşmada; “örgütlü suçlar arasında önemli bir konu haline gelmeye başlayan insan ticareti ve göçmen kaçakçılığının yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nda düzenlenen konular arasında olduğunu, ancak Tasarı ile yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’nun bir bütün olarak yenilenmesi dolayısıyla o zamana kadar geçecek süre içinde de hukukumuzda bu alanda bir boşluk kalmaması için insan ticareti ve göçmen kaçakçılığını ceza hukuku açısından düzenleyen birkaç maddelik bir kanun tasarısı hazırlandığını” belirtmiş olması da bu tespiti doğrulamaktadır. (Adalet Bakanı Hikmet Sami Türk’ün 13. Hukuk İhtisas Semineri’nde yaptığı 24 Aralık 2001 tarihli Açılış Konuşması, (http://www.basin.adalet.gov.tr/bkonusma/hikmetsamiturk/241201_hukukihtisas.html) (Erişim tarihi: 20.11.2010).

⁸³³ 4771 sayılı Kanunun 2/B maddesinin gerekçesinde, 201/b maddesindeki düzenlemenin “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”ün gereğini yerine getirmek üzere yapıldığı belirtilmiştir.

düşünüldüğünde⁸³⁴ bu hallerin amaç olarak Kanunda öngörülmemiş olması, çok geniş bir alanın düzenlemenin dışında kalması neticesini doğurmaktaydı⁸³⁵.

Bunun yanında maddede öngörülen araç fiiller ile Ek Protokolde sayılan araç fiiller arasında bir takım farklılıklar bulunmaktaydı. Örneğin Ek Protokolde “aldatma” ve “hile” birlikte yer alırken, Kanunda yalnızca “kandırmak” ifadesi kullanılmıştır. 5237 sayılı TCK’nın 80. maddesinde de aynı farklılık muhafaza edilmiştir. Bu nedenle, aşağıda 5237 sayılı TCK’nın 80. maddesi incelenirken bu konudaki görüşlerimiz ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Araç fiillerle ilgili Ek Protokol ile 201/b maddesi arasındaki bir diğer farklılık, suçun “kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” suretiyle işlenmesinin öngörülmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Ek Protokolde “*kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama*” biçiminde iki ayrı araç fiile yer verilmiştir. Gerçekten “kişinin çaresizliğinden yararlanma” ile “kişiler üzerinde denetim olanakları olan kişilerin yardımına başvurma” yoluyla suçun işlenmesi oldukça farklı iki durumu ortaya koymaktadır. İnsan ticareti mağdurlarının, özellikle de çocukların önemli bir bölümünün bu ticarete konu olmasında anne, baba, vasi, aile yakınları ya da akrabaların bir takım menfaatler karşılığı insan tacirleriyle işbirliği yapması neticesi olduğu göz

⁸³⁴ Türkiye’de insan ticareti konusunda Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Bağlı Kurumları ile Uluslararası Göç Örgütü’nün katılımı ile “Türkiye’de İnsan Ticareti ile Mücadelede Yasal Uygulama ile İlgili Stratejik Bir Yaklaşım” konulu proje kapsamında hazırlanan Raporla hakimler ve cumhuriyet savcılarını, jandarma genel komutanlığı görevlileri ve Emniyet Teşkilatı Görevlileri ile yapılan anketlerin sonuçlarına yer verilmiştir. “Ülkemizde işlenen insan ticareti suçunun çoğunlukla hangi amaçla yapıldığını düşünüyorsunuz?” şeklindeki soruya verilen yanıtlar arasında her üç grupta da “cinsel istismar” şikkının ağırlıkta olduğu yönündeki tespit, bu olguyu desteklemesi bakımından bizce gerçekten önemlidir. Soruya yanıt olarak verilecek diğer şıklar; “iş gücü istismarı”, “organların alınması”, “yasadışı faaliyetlerde veya suçlarda kullanma” olarak belirlenmiştir (ARSLAN – TEMEL – AYDIN – ŞEN – DOĞAN – BACAĞIZ, s.78, 102 ve 123). Aynı raporda, hakim ve cumhuriyet savcılarının Ek Protokol’ün 3. maddesindeki tanımda yer alan “cinsel istismar” kavramının 5237 sayılı TCK’nın 80. maddesinde yer almamasının uygulamada bir zafiyet oluşturduğunu düşünüp düşünmedikleri sorulduğunda, katılımcıların % 60’ı oranında evet cevabı alındığı belirtilmiştir (İbid., s. 80) (Bu raporun hazırlandığı tarihte 5237 sayılı TCK yürürlükte olmakla birlikte, 80. maddeye “fuhuş yaptırma amacının” henüz eklenmemiş olduğunu belirtmekte fayda vardır).

⁸³⁵ 201/b maddesinde “cinsel istismar amacıyla yapılan insan ticareti”ne yer verilmemesinin bilinçli bir tercih olduğu ve bunun nedeninin bu fiillerin ETCK’nın 436. maddesiyle cezalandırılması olduğu ileri sürülmüştür (HAKERİ, s. 13). Fuhuş için aracılık suçunun düzenlendiği 436. maddenin, fuhuş amacıyla yapılan insan ticareti fiillerinin cezalandırılması bakımından içerdiği eksiklikler konusunda yukarıdaki açıklamalarımız hatırlanmalıdır. Bunun yanında fuhuş yaptırma amacı dışında kalan cinsel istismar biçimleriyle ilgili olarak 436. maddenin uygulanmasının söz konusu olamayacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu görüşe katılamamaktayız.

önüne alınırsa bu araç fiile Ek Protokolde yer verilmesinin önemi anlaşılacaktır. 201/b maddesinin bu anlamda Protokole göre bir eksiklik içerdiği açıktır. Aşağıda 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesi incelenirken, maddi unsur kısmında bu konuda daha ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

Suçların ceza kanununda yerinin belirlenmesi bakımından bugün ağırlıklı olarak esas alınan ölçüt suçla korunan hukuki menfaattir⁸³⁶. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, insan ticareti suçunda birden fazla hukuki menfaatin korunması söz konusudur. ETCK'nun 201/b maddesinde düzenlenen suç temelinde, korunan hukuki menfaatin tespitinde, mağdurun iradesini zorlayan ya da ortadan kaldıran araç fiillerin ve kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek gibi hareketlerin yanında, zorla çalıştırma, hizmet ettirme, esarete ve benzeri uygulamalara tabi kılma, organların alınması olarak sayılan istismar biçimlerinin dikkate alınması doğaldır. Bütün bu özellikleri değerlendirildiğinde, suçun işlenmesinin sonucunda, kişinin serbestçe fikir oluşturmasının ve kendi iradesi doğrultusunda hareket etmesinin, özetle kendi geleceğini serbestçe tayin etmesinin engellendiği⁸³⁷, bu bakımdan da hürriyet aleyhine cürümler arasında düzenlenmesinin yerinde olduğu açıktır. Ancak, bu düzenlemenin, suçun işlenmesindeki maksatlardan birini teşkil eden “işgücü sömürüsü” esas alınarak, suçla korunan diğer hukuki yararların göz ardı edilmesi suretiyle “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhine Cürümler” başlıklı altıncı fasılda, çalışma hürriyetini bozma suçundan sonra gelecek şekilde yapılmasını sistematik açıdan doğru bir tercih olarak görmemekteyiz⁸³⁸. Bunun yerine, üçüncü fasılda “Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlığı altında 179. maddedeki hürriyeti tahdit suçunu takip eden 179/a maddesi⁸³⁹ ya da 188. maddedeki cebir suçundan sonra 188/a maddesi olarak düzenlenmesinin yerinde olacağı ileri

⁸³⁶ ARTUK, Mehmet Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 8.

⁸³⁷ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 60; Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, A. Caner, İnsan Ticareti Suçu, Turhan, Ankara, 2007, s. 33.

⁸³⁸ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 60; YENİDÜNYA, s. 33. Bunun yanında, insan ticareti suçu ile göçmen kaçakçılığı suçlarının aynı bölümde düzenlenmesi de eleştirilmiştir. Bu suçların çalışma hürriyeti aleyhine işlenen suçlar kısmına eklenmiş olmasının nedeninin, göçmen kaçakçılığı veya insan ticareti yoluyla ülkeye sokulan kimselerin, esaret koşullarına benzer bir çalışma düzeni içine zorla sokulması olabileceği ileri sürülmüştür (HAKERİ, s. 2, dpn. 2).

⁸³⁹ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 61. Benzer bir öneri getirmemekle birlikte, bu öneriyi destekleyecek nitelikte bir görüş olarak; insan ticaretinin hürriyeti tahdit suçunun özel bir şekli olduğunu, bu suçun uygulama alanını daraltan hususun failin saiki olduğu da ileri sürülmüştür (HAKERİ, s. 13).

sürülmüştür⁸⁴⁰. Suçla korunan hukuki yararlar arasında, özellikle kişinin serbestçe karar verme ve bu doğrultuda kendi geleceğini tayin etme hakkının daha fazla öne çıkması nedeniyle bizce de bu görüşler isabetlidir.

Bugünkü düzenleme ile karşılaştırıldığında, 201/b maddesinin birkaç farklılık içerdiği belirtilmelidir. ETCK madde 201/b’de “fuhuş yaptırma” maksadına yer verilmemiş olduğunun bir eksiklik olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Yine 201/b maddesindeki istismar biçimlerinden “esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” yerine, mevcut düzenlemede sadece “esarete tabi kılmak” yer almaktadır. Bunun haricinde, ETCK madde 201/b’de yer alıp da, mevcut TCK madde 80’de düzenlenmemiş olması eleştirilmesi gereken bir husus, “insan ticareti suçunun örgütlü olarak işlenmesi” halinin, suçta ağırlatıcı bir neden teşkil etmesidir. Son olarak, ETCK’nın 201/b maddesindeki suça daha hafif bir ceza öngörülmüş olduğu da belirtilmelidir. Aşağıda, 5237 sayılı Kanununun 80. maddesi incelenirken bu konulara değinileceğinden, burada yalnızca eski Kanundaki düzenleme ile bugün yürürlükte olan hüküm ile aradaki farkları ortaya koymakla yetineceğiz.

ETCK’nın 201/b maddesinin yürürlükte olduğu dönemde çıkan yargı kararlarında, özellikle fuhuş yaptırma amacıyla insan ticaretine yer verilmemesi nedeniyle, bu madde temelinde açılan davaların fuhuş için aracılık suçunun düzenlendiği 436/1. madde kapsamında değerlendirildiği göze çarpmaktadır⁸⁴¹. “Türkiye’de İnsan Ticareti ile Mücadelede Yasal Uygulama ile İlgili Stratejik Bir Yaklaşım” konulu Raporda, bu konuyla ilgili olarak; hazırlık soruşturması aşamasında madde 201/b kapsamında “insan ticareti” olarak nitelenerek bu suçtan açılan kamu davalarının 14’ünün (dördü mahkumiyet 10 görevsizlik olmak üzere 17.07 %) “fuhuş için aracılık suçu” olarak kabul edildiği belirtilmekte ve suçun, tanımındaki eksiklik nedeniyle “fuhuş için aracılık yapmak suçuna dönüştüğü” yönünde bir tespiti yer verilmektedir⁸⁴².

⁸⁴⁰ YENİDÜNYA, 179/a maddesi olarak düzenlenmesinin yanında cebir suçunu takip edecek şekilde 188/a maddesi olarak yapılacak düzenlemenin de uygun olacağını belirtmektedir (YENİDÜNYA, s. 33).

⁸⁴¹ Y.8.C.D., E. 2007/4540, K. 2007/4618, T. 11.6.2007 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 13.04.2010); Y. 8.CD., Yarg. 8. CD., E. 2007/2806, K. 207/4240, T. 30.5.2007 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 10.02.2010); E. 2007/12444, K. 2010/6189 (Yayınlanmamıştır) Y.8.C.D., E. 2006/10550, K. 2008/1364, T. 3.3.2008 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 06.12.2009); Y.8.C.D., E. 2007/952, K. 2008/4070, T. 15.4.2008; Y.8.C.D., E. 2007/1862, K. 2008/5276, T. 8.5.2008 (YKD., C. 34, S. 11, Kasım 2008, s. 2296 vd.).

⁸⁴² ARSLAN-TEMEL-AYDIN-ŞEN-DOĞAN-BACAKSIZ, s. 63.

Bunun yanında, bazı kararlarda, fiilin, fuhuş için aracılık suçu ile birlikte hürriyeti tahdit suçunun düzenlendiği 179. madde kapsamında değerlendirildiği göze çarpmaktadır⁸⁴³. Ayrıca Yargıtayın bir kararında, bir kadının cebir, şiddet ve tehdit ile “konsomatris” olarak çalıştırılmasının, zorla çalıştırma maksadıyla insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilmesi dikkat çekicidir⁸⁴⁴.

4. 5237 sayılı TCK'nun 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunun gelişimi

26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte⁸⁴⁵ 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

İnsan ticareti suçu, 5237 sayılı TCK'da İkinci Kitapta, “Uluslararası Suçlar” başlıklı Birinci Kısımın İkinci Bölümünde 80. maddede düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre; “Zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tâbi 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, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezası verilir.” Bu hüküm, 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasanın 3. maddesiyle aşağıdaki şekilde değiştirilerek bugünkü halini almıştır:

“Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak, ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet

⁸⁴³ “Sanıkların birlikte hareket ederek yabancı uyruklu mağdureleri para karşılığı fuhuş için tedarik ettiklerinin anlaşılması karşısında; sanıkların eyleminde 765 sayılı TCK'nın 201/b madde ve fıkrasındaki suçun unsurlarının oluşmadığı, fuhuş yaptırmak maksadıyla insan ticareti suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Yasa'nın suç tarihinde yürürlükte olmadığı gözetilerek, sanıkların suç tarihine göre 21 yaşını bitirmiş mağdureyi cebir ve şiddet kullanarak fuhuş için tedarik ve hürriyeti tahdit suçlarından mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekir” (Y.8.C.D., E. 2007/1862, K. 2008/5276, T. 8.5.2008) (YKD., C. 34, S. 11, Kasım 2008, s. 2296 vd.). Aynı yönde bkz. Y.8.C.D., E. 2006/10550, K. 2008/1364, T. 3.3.2008 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 18.03.2009).

⁸⁴⁴ Y. 8.CD., E.2007/10501, K. 2008/2801 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 18.03.2009)

⁸⁴⁵ 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı R.G.'de yayımlanan 5237 sayılı TCK'nın 344/1. maddesinin (c) bendinde “1 Nisan 2005” olarak öngörülen yürürlüğe giriş tarihi, 31/3/2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesiyle “1 Haziran 2005” şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.

uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.”

Bu değişikliğin getirdiği en önemli yenilik, istismar biçimleri arasına “fuhuş yaptırma”nın eklenmiş olmasıdır. Yukarıda, 765 sayılı TCK’nın 201/b maddesiyle ilgili olarak da belirttiğimiz gibi, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesine uygun olarak “başkalarının fuhşunun istismar edilmesi veya cinsel istismarın başka biçimleri” ifadesine madde hükmünde yer verilmemesi, insan ticaretinin en fazla yöneldiği maksadın göz ardı edilmesi ve bu nedenle ülkemizde gerçekleşen insan ticareti fiillerinin büyük bir kısmının cezasız kalması tehlikesini doğurmaktaydı.

“Fuhuş yaptırma” biçimindeki istismar türünün 80. maddenin ilk halinde yer almamasının, 5237 sayılı TCK’nın hazırlık çalışmaları esnasında, Tasarı üzerinde yapılan değişikliklerden kaynaklanmış olabileceğini düşünmekteyiz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı olarak TBMM Başkanlığı’na 12.05.2003 tarihinde gönderilen metnin ilk halinde gerek insan ticareti suçu gerekse fuhuşla ilgili düzenlemenin, bugünkü maddelerle karşılaştırıldığında çok önemli farklılıklar içerdiği tespit edilmektedir⁸⁴⁶. Kısaca “TCK 2003 Tasarısı” olarak adlandıracağımız bu metinde insan ticareti suçu, ikinci kitapta, birinci kısımda “Kişilere Karşı Suçlar” arasında, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlığını taşıyan ikinci bölümde bulunmaktaydı. İnsan ticaretini düzenleyen 132. maddede fuhuş yaptırma veya diğer cinsel sömürü maksadına yer verilmemişti⁸⁴⁷. Çünkü bu konuda daha ileride “Cinsel Bütünlüğe ve Edep

⁸⁴⁶ 12.05.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sevk edilen “Türk Ceza Kanunu Tasarısı” metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim Tarihi: 20.11.2010).

⁸⁴⁷ 2003 Tasarısında “insan ticareti” başlıklı 132. madde şu şekilde düzenlenmişti: “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, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden, barındıran kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis ve iki milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir.

Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan eylemler varolduğu takdirde mağdurun rızası yok sayılır.

On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları

Törelere Karşı Suçlar” başlıklı altıncı bölümde, 323. maddede “Fuhuş veya Cinsel Eylemleri Sömürme” başlığını taşıyan suç içerisinde düzenleme yapılmıştı. Bu maddede, insan ticareti suçunda başvuru araç fiillerin her birine yer verilmiş ve bu suretlerle fuhşa teşvik etmek, bunun yolunu kolaylaştırmak veya bu maksatlarla tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden diğer bir yere götürmek veya sevk etmek, barındırmak cezalandırılmıştır⁸⁴⁸. 5237 sayılı TCK’nın 80. maddesinde 5560 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önceki halinde “fuhuş yaptırma” maksadının bulunmayışının, Kanunun 2003 tarihli Tasarı halinde benimsenmiş olan bu tasniften ve içerikten kaynaklanması ihtimali yüksektir. Daha sonra Tasarının kanunlaşma sürecinde, insan ticareti düzenlemesi neredeyse aynen kabul edilirken, fuhuşla ilgili düzenlemede esaslı değişiklikler yapılmış ve bu iki hükmün birbirini tamamlayan niteliklerinin göz ardı edilmiş olması mümkündür.

5560 sayılı Kanunla 80. maddede yapılan bir diğer olumlu değişiklik, yine istismar biçimleri arasında yer alan “esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” maksadının kanunilik ilkesine uygun şekilde sadeleştirilmesidir. Yeni düzenlemede “veya benzeri uygulamalar” kısmı çıkarılarak, yalnızca “esarete tabi kılmak” muhafaza edilmiş ve böylece suçun manevi unsurunun, neredeyse kıyasa imkan verecek bir şekilde içeriği

hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiği takdirde failere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükmolunur.”

⁸⁴⁸ Tasarının 323. maddesine göre; “On sekiz yaşını bitirmiş bir kimseyi tehdit veya cebir ve şiddet, hile veya aldatma, nüfuzu kötüye kullanma veya kandırma veya çaresizliğinden yararlanma suretleriyle fuhşa teşvik eden veya bunun yolunu kolaylaştıran veya bu maksatlarla tedarik eden, kaçıran, bir yerden diğer bir yere götüren veya sevkeden, barındıran kimseye bir yıldan altı yıla kadar hapis ve üç milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Aynı fiilin on beş yaşını bitirmiş olup da, on sekiz yaşını bitirmemiş küçüklere karşı işlenmesi halinde faile iki yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Birinci fıkrada yer alan araç eylemler hariç fiiller on beş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğa karşı işlendiğinde faile bir yıl altı aydan beş yıla kadar hapis ve üç milyar liradan onmilyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Çocuğa karşı işlenen fiil bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen ve suçun önkoşulunu oluşturan araç eylemler marifetiyle gerçekleştirildiğinde failin cezası bir katına çıkarılır.

Fiil, mağdurun eşi veya üstsoyu veya kayın üstsoyu veya kardeşi veya mağduru evlat edinenler tarafından veya veli veya vasisis, öğretmen veya mürebbisi veya mağdurun gözetimi kendisine bırakılan veya mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunan kimselerce işlenirse faile verilecek ceza bir kat artırılır.

Rızası olsa bile, on sekiz yaşını bitirmeyen bir çocuğa veya küçüğe başkasının cinsel isteklerinin tatmini için aracılık eden veya çocuk veya küçük ile bu maksatla anlaşılan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası verilir. Fiil maddenin dördüncü fıkrasında yazılı kimseler tarafından işlendiğinde ceza bir katı oranında artırılır.

Bu maddede yazılı suçlar örgüt tarafından işlendiğinde cezalar bir kat artırılarak hükmolunur.”

belirsiz bir kavrama dayandırılmasına son verilmiştir⁸⁴⁹. “Esaret veya benzeri uygulamalar” ifadesinin, 80. maddenin ilk halinde yer almasının, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesindeki istismar biçimlerinin esas alınmak istenmesinden kaynaklandığı açıktır⁸⁵⁰. Ancak bu yapılırken temel bir hataya düşülmüştür. Bir uluslararası sözleşmenin eki olan İnsan Ticaretine İlişkin Protokol ile bu belgeye Taraf olan ülkeler bakımından insan ticaretini önlemek ve mücadele etmek için üzerinde uzlaşılan bir asgari zemin yaratılması amaçlanmaktadır. Bunun sonucu olarak Protokoldeki bazı kavramların, göreceli olarak daha az belirlilik içermesi ve soyut olması anlaşılabilir. Protokole taraf olan bir ülke, bu belgede yer alan yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla, örneğin insan ticaretinin suç haline getirilmesinde olduğu gibi, tanımdaki unsurları iç hukuka geçirirken, ulusal hukuk sistemindeki kurallara uygun hareket edecektir. Bu kapsamda, “esaret veya benzeri uygulamalar” ibaresinin aynen kabulü yerine, bunu ifade etmek üzere daha somut bir kavramın seçilmesi tercih edilecektir. Bu durum, gerek Anayasanın 38. maddesinde gerekse TCK’nın 2. maddesinde öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gözetilmesinin gereğidir. 80. maddenin ilk şeklinde yer alan “esaret benzeri uygulamalar” yeterince açık, belirli ve öngörülebilir bir içeriğe sahip olmaması⁸⁵¹ ve ayrıca kıyasa yol açacak nitelikte olması⁸⁵² nedeniyle bu ilkenin ihlali sonucunu doğurmaktaydı. 5560 sayılı Yasayla yapılan değişiklik bu açıdan yerinde olmuştur⁸⁵³.

5237 sayılı TCK’nın 80. maddesinde öngörülen insan ticareti suçuna ilişkin mevcut düzenlemenin incelenmesinden önce, 5560 sayılı Yasayla insan ticareti suçunun maddi unsuruna “ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” şeklinde iki yeni hareket biçiminin eklendiği belirtilmelidir. Bizce, madde metninde zaten mevcut olan “bir yerden başka bir yere götürmek” deyimi, bu yeni hareketleri de kapsayacak nitelikte

⁸⁴⁹ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 35.

⁸⁵⁰ Aynı yönde bkz. ÖNOK, Murat, “5237 sayılı TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, 206.

⁸⁵¹ Esasında, Türkiye’nin 27.12.1963 tarihli ve 361 sayılı Yasayla onayladığı (06.01.1964 tarihli ve 11599 s. R.G.) 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Ek BM Sözleşmesinin 1. maddesinde köleliğe benzer kurum ve uygulamalar tanımlanmıştır. Ancak, TCK’nın 80. maddesinin değişiklikten önceki hali bakımından bu tanıma dayanılarak kanunilik ilkesinin bertaraf edilmesi mümkün değildir.

⁸⁵² ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 206.

⁸⁵³ Aynı yönde bkz. TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010, s. 106.

olduğundan, bu değişikliğin büyük bir yararı olmamıştır. Bununla birlikte, böyle bir değişikliğin, suçun sınıraşan niteliğini vurguladığı da belirtilmelidir⁸⁵⁴.

II. TÜRK CEZA KANUNUNUN 80. MADDESİNDE DÜZENLENEN İNSAN TİCARETİ SUÇU

A. Kanuni hüküm ve genel özellikler

İnsan ticareti suçu, 5237 sayılı TCK'nun 80. maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“(1) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak, ya da 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 ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da 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.”

ETCK'da 201/b maddesini eklemek suretiyle suçun ilk kez düzenlenmesi yönünde değişiklik getiren 4771 sayılı Kanunun 2/B maddesinde belirtilen husus, 80. maddenin gerekçesinde de tekrarlanarak, yeni TCK'da bu hükme, “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ek İnsan Ticaretinin, Öncelikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine,

⁸⁵⁴ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 37.

Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek üzere yer verildiği belirtilmiştir.

80. maddede yer alan insan ticareti suçunun, Ek Protokolün gereğini aynen yerine getirmek amacıyla düzenlenmesi sonucunda ceza hukuku bakımından anlaşılması güç ve karmaşık bir tanımın ortaya çıktığı ileri sürülerek bu durum eleştirilmiştir⁸⁵⁵. Gerçekten de, İnsan Ticaretine İlişkin Protokolde, 3. maddede “insan ticareti”; eylem ve istismar biçimleri olarak iki grup halinde tanımlanmış ve daha sonra 5. maddede bu tanıma atıf yapılarak suç haline getirilmeleri yükümlülüğüne yer verilmiştir. TCK’da suç ihdas edilirken, bütün bu parçaları bir araya getirerek tek bir cümlede ifade etme çabası karmaşık bir düzenlemeyi de beraberinde getirmiştir. Bir diğer eleştiri de, birbiriyle ilgisi olmayan maksatların aynı maddede belirtilmesi ve bunların aynı suç altında birleştirilmesi noktasında yöneltilmiştir⁸⁵⁶. İnsan ticareti suçunda farklı maksatlar söz konusu olsa da burada ortak olan unsur “istismar maksadı” ile hareket edilmesidir. Asıl cezalandırılmak istenen, kişilerin çeşitli şekillerde istismar edilmeleri değil de, “istismar maksadı” ile ve araç fiiller vasıtasıyla bir yerden başka bir yere götürülmeleri, kaçırılmaları, tedarik edilmeleri veya sevk edilmeleri gibi hareketlerle gerçekleştirilen aracılık faaliyetidir. Bu nedenle söz konusu eleştiriye katılmamaktayız.

Bundan başka, Ek Protokolün gereğini yerine getirme amacına büyük ölçüde ulaşılmış olduğu da belirtilmelidir. Maddenin birinci fıkrası, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesinin (a) bendi ile pek çok yönden örtüşmektedir. Nitekim birinci bölümde “kavram” başlığı altında belirttiğimiz üzere, Ek Protokolde öngörülen “insan ticareti” tanımında yer alan “eylem, araç ve maksat” biçimindeki üç unsur da içeren bir hüküm getirilmiştir. Ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek ya da barındırmak hareketleri (*eylem*); tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek (*araç*) yollarından bir veya daha fazlasına başvurmak suretiyle; zorla

⁸⁵⁵ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 105.

⁸⁵⁶ KOCA, s. 144. KOCA, özellikle vücut organlarının verilmesi maksadıyla eylemin gerçekleştirilmesi ile diğer maksatlar arasında bir ilişkinin bulunmadığını ileri sürmektedir.

çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak (*amaç*) maksadıyla gerçekleştirilecektir.

İnsan ticaretinin söz konusu olabilmesi için belirtilen öğelerin tek tek bulunması yeterli değildir, bu üç öğenin her birinden parçaların bir arada olması gereklidir⁸⁵⁷. Örneğin, bir kişinin hizmet ettirmek (*amaç*) amacı ile çaresizliğinden yararlanarak rızasını elde etmek suretiyle (*araç*) ülkeye sokulması (*eylem*), insan ticareti teşkil edecektir. Buna karşılık, söz konusu “amaç” olmaksızın kişilerin çaresizliğinden yararlanılarak fahiş bir ücret karşılığında ülkeye sokulması, koşulları bulunduğu takdirde başka bir suç olarak kabul edilebilirse de insan ticareti olarak ele alınamayacaktır. Bununla birlikte, çocuklarla ilgili olarak 80/3. maddede “araç” unsuru bakımından bir istisna öngörülmüş ve “suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da”, çocukların “birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde” insan ticaretinin söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Son olarak, insan ticareti suçunun, 5237 sayılı TCK’da Birinci Kısım’da, “uluslararası suçlar” içerisinde düzenlenmesinin yerinde olmadığı belirtilmelidir⁸⁵⁸. Bugün “uluslararası suç” kavramının; ilki, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçunu içerecek şekilde doğrudan uluslararası hukuka göre cezai sorumluluğu gerektiren fiilleri ve diğeri, doğrudan böyle bir sorumluluk gerektirmemekle birlikte, uluslararası sözleşmelerle devletlere cezalandırılabilirliğini sağlamak yönünden yükümlülük getirilen belirli fiilleri ifade etmek üzere ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir⁸⁵⁹. Birinci grupta yer alan ve “uluslararası hukuk suçları” veya uluslararası hukuka karşı suçlar” olarak adlandırılan fiiller, “adet veya sözleşme aracılığı ile tesis edilen uluslararası bir norm aracılığıyla suç haline getirilen davranış tipleri”dir⁸⁶⁰. Esasında gerçek anlamda ya da dar anlamda uluslararası suç ile kastedilen

⁸⁵⁷ İnsan Ticaretine İlişkin Eyleme Karşı AK Sözleşmesi Hakkında Açıklayıcı Rapor, par. 74 vd.

⁸⁵⁸ Aksi görüş için bkz. ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 197.

⁸⁵⁹ TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na göre Uluslararası Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 9; TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2009, s. 40.

⁸⁶⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 40.

bu kategoriye giren suçlardır⁸⁶¹. İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları, bu özellikleri taşımadıklarından, gerçek anlamda uluslararası suç sayılmazlar. Ancak bunlar, sınıraşan nitelikleri, uluslararası suç örgütlerinin faaliyet alanlarını teşkil etmeleri ve cezalandırılmaları yönünden birden fazla işbirliğini gerektirmeleri gibi nedenlerle, uluslararası toplumu meşgul eden ve uluslararası düzenlemelere konu edilen suç tipleridir⁸⁶². Bununla birlikte, dar anlamda uluslararası suçların aksine, bu fiillerin kovuşturulması ve cezalandırılmasının temelini uluslararası hukuk değil, iç hukuka dahil edilen uluslararası sözleşmeler oluşturmaktadır⁸⁶³. Bunlar, bir bütün olarak uluslararası hukuka ait değerlerden ziyade, birden çok devletin menfaatini ilgilendiren suçlardır. TCK'da “uluslararası suçlar” başlığı altında, soykırım suçu (md. 76) ve insanlığa karşı suçlar (md. 77) gibi “uluslararası hukuk suçları” ile, “diğer uluslararası suçlar” içerisinde kabul edilen⁸⁶⁴ göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları birlikte düzenlenmiştir. Oysa, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları, uluslararası hukuka göre, diğer bir ifadeyle, adet veya sözleşme aracılığı ile tesis edilen uluslararası bir norm aracılığıyla cezai sorumluluğu gerektiren fiiller olmadıklarından, gerçek anlamda birer uluslararası suç olarak kabul edilemezler⁸⁶⁵. Bu suçlar, yalnızca, sınıraşan nitelik taşımaları sonucunda birden çok ülkeyi ilgilendirmeleri nedeniyle uluslararası toplumun ilgi alanına girer ve dolayısıyla uluslararası hukuk düzenlemelerine konu olur. Ancak, bu fiillerin cezalandırılabilmesi için, ulusal mevzuatlarda suç olarak düzenlenmiş olmaları zorunludur. Bu nedenle, soykırım suçu ve insanlığa karşı suçlarla birlikte “uluslararası suçlar” başlığı altında yer almalarının yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmemekteyiz⁸⁶⁶. Bunun yanında, insan ticareti suçunun bu bölümde yer alması, sınıraşan nitelikte işlenmesinin, suçun zorunlu bir unsuru olduğu yönünde yorumlanmasına neden olabilecek bir düzenleme olması nedeniyle de eleştiriye açıktır. Oysa, yukarıda belirttiğimiz üzere, insan ticareti suçunda bu özellik her zaman bulunmayabilir. Bu açıklamalardan hareketle, iki tür çözüm benimsenebilecektir. İlki,

⁸⁶¹ DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, Onikinci Bası, Beta, İstanbul, 1997, s. 537; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 41.

⁸⁶² ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 177.

⁸⁶³ TURHAN, s. 9.

⁸⁶⁴ Dar anlamda uluslararası suçlar veya “uluslararası hukuk suçları” dışında kalan kategori “diğer uluslararası suçlar” olarak da adlandırılmaktadır (bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 45).

⁸⁶⁵ İbid.

⁸⁶⁶ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 44; DOĞAN, s. 92-93; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 45.

suçun, yukarıda yer vermiş olduğumuz bazı ülkelerin mevzuatlarında olduğu gibi Ceza Kanunu dışında, özel bir kanunla düzenlenmesidir. Bu sistem, suçun bir bütün olarak ele alınarak, araç fiillerin ve istismar biçimlerinin tanımlanmasına ve mağdurların korunması, suçun soruşturması ve kovuşturmasında görevli görevli birimler ve izlenecek yöntem gibi insan ticareti suçuyla mücadelenin diğer önemli yönlerinin düzenlenmesine imkan vermesi nedeniyle tercih edilebilecek bir yöntemdir. İkinci çözüm tarzı ise, suçların tasnifinde belirleyici bir kriter olarak “suçla korunan hukuki menfaat”ten yola çıkılarak, fiilin, TCK içerisinde başka bir bölümde düzenlenmesidir. Aşağıda, suçla korunan hukuki menfaat tespit edildikten sonra, kanunumuzun sisteminin bu yönden bir değerlendirmesine yer verilecektir.

B. Korunan hukuki menfaat

Doktrinde, bu kavramın “suçun hukuki konusu”, “hukuken korunan hak veya yarar”, “hukuksal yarar”, “hukuki varlık”, “hukuksal değer” vb. gibi değişik ifade biçimlerinin bulunduğu görülmektedir⁸⁶⁷. Biz, özellikle - aşağıda “konu” başlığı altında değineceğimiz - *suçun (maddi) konusu* ile tam bir ayırımı gerçekleştirebilmek amacıyla ve ayrıca “hak”, “değer” ve “yarar” gibi ibarelere nazaran daha genel bir çerçeve oluşturmayı sağladığından bu çalışma kapsamında “*korunan hukuki menfaat*” kavramını tercih etmekteyiz.

DÖNMEZER – ERMAN, kavramı, “*cezai norm ile korunan, diğer bir ifadeyle suçla ihlal olunan hak veya menfaat*” olarak tanımlamışlardır⁸⁶⁸. Korunan hukuki menfaat, öğretilde, hukuken kabul edilmiş veya korunan yaşamsal değerler veya yararlar olarak da ifade edilmektedir⁸⁶⁹.

Tek bir suçla ait münferit hukuki menfaatin korunmasından başka, belirli bir grup suç için ortak olan genel bir hukuki menfaat ya da kategorik hukuki menfaat söz konusu

⁸⁶⁷ ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2003, s. 49 – 50.

⁸⁶⁸ DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, 13. Bası, Beta, İstanbul, 1997, s. 333. Aynı yönde bkz. CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, Beta, İstanbul, 2010, s. 222. DEMİRBAŞ, suçun hukuki konusunu “*kanunun koruduğu yararın suç ile ihlal edilmesi veya tehlikeye düşürülmesi*” olarak açıklamakla benzer bir tanım getirmiştir (DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009, s. 503).

⁸⁶⁹ ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması ..., s. 133.

olabilir⁸⁷⁰. Örneğin, 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitabındaki, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısım ele alındığında, “kişiler” belirli bir grup suç bakımından doğrudan ihlal edilen veya tehdit altında olan kategorik hukuki menfaati ifade eder. Bundan başka, birbirine daha yakın ve daha özel hukuki menfaati koruyan suçlar bakımından bir ayırım yapılması mümkündür⁸⁷¹. Bu bakımdan, “kişilere karşı suçlar” içerisinde “hürriyete karşı suçlar”, birbirine yakın ve daha özel bir hukuki menfaati koruyan suç grubuna örnek gösterilebilir. Böylece her suç bakımından, kanuni tipte korunan daha özel hukuki konuların bulunabildiği görülmektedir. Münferit suçlar bakımından, bu özel varlık ya da yarar tespit edildiğinde, suçla korunan gerçek hukuki menfaatin neden ibaret olduğu ortaya çıkarılacaktır.

Suçla korunan hukuki menfaat ya da diğer bir ifadeyle suçun hukuki konusu, ceza kanununda suçların tasnifi bakımından önemli bir ölçüt teşkil etse de, yapılan bölümlenmede her zaman bu ölçütün temel alındığını ya da tek başına esas alındığını söylemek mümkün değildir⁸⁷². Ancak yine de bu ölçüt, muhtelif suçların dahili özelliklerini ortaya koyması ve objektif bir karakter taşıması nedeniyle büyük öneme sahiptir⁸⁷³.

Bir suçla tek bir hukuki menfaatin korunması amaçlanabileceği gibi birden fazla hukuki menfaatin korunması da amaçlanabilir⁸⁷⁴. İnsan ticareti, bir tek suçla farklı hukuki varlıkların ihlal edilmesi haline önemli bir örnek teşkil etmektedir. Bu özellik, suçun, araç fiiller nedeniyle bileşik suç karakteri taşımasının yanında, maddi unsuru oluşturan hareketlerin çeşitliliğinden, bunların gerçekleştirildikleri yer, zaman ve yöneldikleri konudan ve faili bu hareketleri gerçekleştirmeye yönelten saiklerden de kaynaklanmaktadır.

⁸⁷⁰ EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 428, Ankara, 1978, s. 42.

⁸⁷¹ İbid.

⁸⁷² TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi ..., s. 213. TOROSLU, bu tespiti yaparken yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'yı esas almaktadır. Bununla birlikte, özellikle 80. maddede düzenlenen insan ticareti suçunun, “uluslararası suçlar” başlığı altında ikinci kitabın birinci kısmında yer alması örneği karşısında bu belirlemenin 5237 sayılı TCK bakımından da geçerli olduğu sonucuna varmak gerektiği kanaatindeyiz.

⁸⁷³ EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 32.

⁸⁷⁴ İbid., s. 1011.

Korunan hukuki menfaat, suçların tasnifinde bir ölçüt olarak ele alındığında, kanun koyucunun suçla korunan birden fazla hukuki varlıktan birine daha fazla üstünlük tanıyıp tanımadığını tespit bakımından bakılacak ilk husus, kanun sistematüğinde bu suçların içine yerleştirildikleri suç gruplarıdır. Bu esasa dayanarak, suçun vazedilmesindeki en üstün amacın “uluslararası toplumun bu suç nedeniyle yöneltilen tehditlerden korunması” olduğu ileri sürülebilecektir. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından yapılan bu tür bir değerlendirmenin tamamen bilimsel bir esasa sahip olduğu ileri sürülemez⁸⁷⁵. Nitekim bir ceza normu konulurken, bilimsel kriterlerin yanında geniş anlamda siyasi ve pratik kriterlerden de ilham alınması zorunluluğu bulunmaktadır⁸⁷⁶. Bu tercihin, maddeyi uygularken ve yorumlarken her anlamda belirleyici olması zorunluluğu bulunmadığı gibi, diğer hukuki menfaatlerin daha az önem ifade etmeleri gibi bir sonuca da götüremeyeceği kanaatindeyiz. Kanun koyucu, TCK’nın ikinci kitabının “uluslararası suçlar” başlıklı birinci kısmına insan ticareti suçunu yerleştirmekle, bu bölümde yer alan soykırım, insanlığa karşı suçlar ve göçmen kaçakçılığı suçları ile birlikte, uluslararası toplum bakımından arzettikleri tehlikeyi ortak bir menfaat olarak dikkate almıştır. Bu ortak ve genel hukuki konunun yanında, bu kısımdaki her suç bakımından, tipe uygun fiil ile korunan o suça mahsus özel konu ya da konular önemini korumaya devam eder⁸⁷⁷.

Kanun koyucu tarafından yapılan bu tasnifi bir yana bırakarak, insan ticareti suçuyla korunan hukuki menfaatleri tespite yöneldiğimizde, öğretide, kamu düzeni, uluslararası toplum düzeni, kişi hürriyeti, yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü, insan haysiyeti, zorla çalıştırma yasağı gibi çok sayıda hukuksal değere yönelen bir suçtan söz edildiğini belirtmek mümkündür.

1. Kamu düzeni

Ülkeye, zamana, siyasal duruma, geleneklere göre nisbi bir nitelik taşıyan kamu düzeninin belirli bir tanımının yapılmasında ve kapsamının tespitindeki güçlük karşısında, kavramın özelliklerinden ve içerdığı unsurlardan yola çıkılarak açıklanması

⁸⁷⁵ EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 54.

⁸⁷⁶ İbid..

⁸⁷⁷ İbid.

ve yorumlanması yoluna gidilmektedir⁸⁷⁸. Bununla birlikte, bireylerin manevi dünyalarının ve özel hayatlarının dışında kalan, umumi ve umuma açık yerlerde geçerli bulunan, toplumun dış ve maddi düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, E. 1963/128, K. 1964/8 sayılı ve 28/1/1964 tarihli kararında, kamu düzeni deyiminin; “*toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiğini, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığını*” kabul ederek, geniş anlamda kamu düzenini ifade eden bir yaklaşım ortaya koymuştur⁸⁷⁹.

Buradan yola çıkarak, kamu düzenini, klasik anlayış içinde, umumi ve umuma açık yerlerde bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde ve de sağlıklı olarak yaşamalarının sağlanması şeklinde ifade ettiğimizde, kavramın, güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık biçiminde üç ögesinin bulunduğu tespit edilmektedir⁸⁸⁰.

Devletin korunmasından kazaların önlenmesine kadar oldukça geniş bir alanı kapsayan güvenlik, bireylerin umumi veya umuma açık yerlerde saldırıya, engellenmeye maruz kalmadan yaşamalarını ve dolaşmalarını, can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin bulunmamasını ifade eder⁸⁸¹. Dirlik ve esenlik, yaşamın olağan seyrini olumsuz yönde etkileyebilecek her türlü düzensizlik ve karışıklığın yokluğunda, bireylerin rahat ve huzur içinde yaşamalarını ifade etmektedir⁸⁸². Genel sağlık olarak da ifade edilen kamu düzeninin ögesi olarak sağlık ise toplumun bir bütün olarak bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması biçiminde anlaşılmalıdır⁸⁸³.

⁸⁷⁸ BAYRAKTAR, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977, s. 90 – 91.

⁸⁷⁹ 17.4.1964 tarihli ve 11685 sayılı Resmi Gazete. BAYRAKTAR’a göre; kamu düzeni dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda kamu düzenini, toplumun, sosyal ve siyasal yapısını kurmasını, karışıklıklar içinde bulunmamasını, barış ve sükun içinde yaşamasını ve düzenli ve uyumlu bir biçimde gelişmesini belirtmektedir. Bu yaklaşımda, toplumun gelişimini sağlayan tedbirlerin yanında, kamu yararı ilkesi, toplumun temel kuralları ve nihayet hukuk kurallarının tümünü geniş anlamda kamu düzeninin sınırları içinde kabul etmek gerekir (BAYRAKTAR, Suç İşlemeye Tahrik, s. 96 – 97). Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda alıntı yapılan kararında da bu geniş anlamdaki kamu düzeni anlayışının bir yansıması görülmektedir. Aynı ayırımı yer veren, ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, geniş anlamda kamu düzeninin bir parçası durumunda olan dar anlamda kamu düzeninin; toplumun yalnız maddi ve fiziki düzeninin korunması anlamını taşıdığını belirtmişlerdir (ARTUK–GÖKÇEN–YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 595, dpn. 10).

⁸⁸⁰ GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2003, s. 260 – 261.

⁸⁸¹ GÜNDAY, s. 262; GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, 6. Bası, Ankara, 2008, s. 748.

⁸⁸² GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 748; GÜNDAY, s. 262.

⁸⁸³ GÜNDAY, s. 262.

Kamu düzeni kavramı zaman içinde, bu klasik anlayışın dışına çıkarak içerik yönünden genişlemiş, toplumda huzur bozucu sonuçlara neden oldukları ölçüde doğa ve çevrenin korunması, ekonomik kamu düzeni gibi unsurları de içine alacak şekilde anlaşılmaya başlanmıştır⁸⁸⁴.

Ceza hukukundaki emir ve yasaklar, kamu düzeninin oluşumuna veya korunmasına hizmet ettiği için, esasında her suç kamu düzenini ihlal eden bir fiildir⁸⁸⁵. Gerçekten, kanun koyucu tarafından, toplum yaşayışını en çok etkileyebilecek, toplumdaki huzur ve sükunu bozabilecek fiil olarak kabul edilen ve karşılığında ceza yaptırımı öngörülen suçlar, toplumsal hayatı çeşitli yönlerden ihlal ederler⁸⁸⁶. Suçların çoğunluğu malvarlığı, kamu güveni, kişi hürriyeti, kamunun sağlığı gibi kamu düzeninin belirli görünüşlerini ihlal etmekle dolaylı olarak kamu düzenine karşı işlenmiş sayılırlar. Bunun yanında bazı suçlarda, kamu düzeninin, başka bir hukuki menfaatin ihlali dolayısıyla değil, doğrudan doğruya zarara uğraması veya tehlikeye maruz kalması söz konusu olur⁸⁸⁷. Bu hallerde, kamu düzeni, suçla doğrudan doğruya korunan gerçek hukuki değeri teşkil etmektedir.

İnsanların çeşitli şekillerde sömürülmesi amacını taşıyan, bireylerin yaşamını, vücut bütünlüğünü, onurunu, toplum güvenliğini tehdit eden faaliyetler bütünü kapsayan bir suç⁸⁸⁸ olması nedeniyle, insan ticareti kamu düzenine yönelik ciddi bir tehdit teşkil etmektedir. İnsan ticareti suçunun genelde bir organize suç faaliyetinin parçası olarak işlenmesi, toplumda can ve mal güvenliğini ihlal eden fiilleri gerçekleştirmeyi amaçlayan suç örgütleri için önemli bir gelir kaynağı teşkil etmesi bu tehdidi daha da artırmaktadır⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ GÖZÜBÜYÜK – TAN, s. 751 – 752.

⁸⁸⁵ EREM, Faruk, Devlet İdaresi ve Amme Nizamı Aleyhine Cürümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 135, Ankara, 1959, s. 138; EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 248.

⁸⁸⁶ BAYRAKTAR, Suç İşlemeye Tahrik, s. 98.

⁸⁸⁷ İbid., s. 100.

⁸⁸⁸ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 39.

⁸⁸⁹ 2008 Raporu, T.C. İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, Ankara, 2009, s. 64 (Bundan böyle EGM-2008 Raporu olarak anılacaktır). Ekonomik ve cinsel kölelik, Yakuza ve Mafya gibi sınıraşan suç örgütleri için oldukça karlı bir faaliyet teşkil etmektedir. Bu örgütler, sahip oldukları araçlar ve teknoloji sayesinde üçüncü dünya ülkelerinde kolaylıkla iş yapabilmektedirler (SOKULLU – AKINCI, Fusun, “Transnational Organized Crime and Trafficking in Human Beings”, Migration, Culture, Conflict, Crime and Terrorism, Edited by Joshua D. FREILICH and Rob T. GUERETTE, Ashgate Pub., s. 164). Uzmanlar, insan ticaretinin uyuşturucu ve

İnsan ticaretinin, çoğunlukla sınırötesi bir nitelikte işlenmesi nedeniyle, mağdurların birçoğunun yasa dışı yollarla ülkeye sokulması ve ülke dışına çıkarılması söz konusudur⁸⁹⁰. Bu özelliği nedeniyle, fiil, aynı zamanda ülkenin sınır güvenliğini tehdit eden ve kayıt dışı ekonomi, işsizlik gibi yasa dışı göçün getirdiği diğer olumsuzluklar nedeniyle ekonomik kamu düzenine de zarar veren bir niteliğe sahiptir.

Zorla çalıştırma, fuhuş yaptırma, organların alınması gibi amaçlar, insan ticaretinin işlenmesindeki saiklerden birkaçıdır. Zorla çalıştırılan mağdurlar, genellikle ülkede yasal koşullar altında bulunmayan ve bu zor durumları ya da içinde buldukları diğer çaresizlik hallerinden yararlanılarak, insan haysiyetine aykırı çalışma koşullarına tabi tutulan yabancı uyruklu kişiler olabilmektedir. Bunun gibi, çocukların kayıt dışı bir şekilde çeşitli işlerde çalıştırılmasına, dilencilik gibi yasa dışı uygulamalara zorlanmalarına, hatta zaman zaman suç işletmek için kullanılmalarına rastlanmaktadır. Bu gibi durumlar, başka bir takım suçların işlenmesine de zemin hazırlamakta ve hem kayıt dışı hem de çoğunlukla yasa dışı bir istihdam alanı yaratmaktadır.

Fuhuş yaptırma amacıyla işlenen insan ticaretinde, çocukların ve kadınların kandırılarak fuhuşa teşvik edilmeleri, kaçırmak suretiyle, cebir, şiddet, tehdit gibi zorlayıcı araçlarla bu yola sevkedilmeleri, toplumdaki bireylerin ırz ve can güvenliği bakımından ciddi bir tehlike yaratmasının yanında, fuhuşla ilgili mevzuatta öngörülen sağlık kuralları yerine getirilmediğinden, özellikle bu yolla bulaşan hastalıklar nedeniyle aynı zamanda toplumun genel sağlığı tehlikeye girmektedir⁸⁹¹.

Organların alınması amacıyla insanların ticarete konu edilmeleri nedeniyle, yasa dışı organ ticaretine zemin yaratılmakta, bu yolla hem bireylerin vücut bütünlüğü, yaşam hakkı ve sağlığı hem de toplumun genel sağlığı tehlikeye sokulmaktadır.

silah ticaretinden sonra en hızlı büyüyen faaliyet alanı olduğunu belirlemekte ve her yıl insan ticaretinden elde edilen gelirin yaklaşık olarak sekiz milyar dolar olduğu tahmin edilmektedir. Bu da neredeyse uyuşturucu ticaretinden elde edilen rakamlara ulaşan bir veri teşkil etmektedir (HOLMES, Paul, "Trafficking in Persons Global Briefing, IOM Counter-trafficking Law Enforcement Consultant, IOM Counter-trafficking Training, Washington, DC, October 2003'den aktaran: The World In Motion, Short Essays on Migration and Gender, International Organization for Migration, Geneva, 2004, s. 53).

⁸⁹⁰ YENİDÜNYA, s. 161.

⁸⁹¹ Özellikle fuhuş yaptırma amaçlı insan ticareti açısından genel sağlık ve genel ahlakın korunduğu hakkında TOSUN, Leman, "İnsan Ticareti, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticareti Konusunda Uluslararası Düzenlemeler ve İç Hukuk Kuralları", Adalet Dergisi, S. 16, Temmuz 2003, s. 120

Bu açıklamalardan yola çıkarak kamu düzeninin insan ticareti suçuyla doğrudan doğruya korunan hukuki menfaatlardan biri olarak kabul edilmesi gerektiği, ancak bu hukuki konunun, kişilerin aşağıda belirtilecek olan bazı temel haklarına nazaran ikincil nitelikte olduğu kanaatindeyiz⁸⁹².

2. Uluslararası toplum düzeni

Dünyanın bugün bulunduğu noktada, sermayenin, zenginliğin ve bilginin merkezi olan “gelişmiş ülkeler” ile, giderek derinleşen bir fakirlikle mücadele eden “gelişmekte olan ülkeler” iki uç kutbu oluşturmaktadır⁸⁹³. Küreselleşmenin, bu iki kutup arasında pazarları açması ve daha liberal ticaret koşullarına imkan vermesi gibi gelişmelere; iletişim, ulaşım ve enformasyon alanındaki kolaylıklar da eklenince, bir kutuptan diğerine göç akımları başlamıştır⁸⁹⁴. Sosyo-ekonomik sıkıntıların yanında, siyasi istikrarsızlık, etnik çatışmalar gibi sorunlarla da karşı karşıya kalan gelişmekte olan bölgelerde yaşayan ve daha iyi olanaklar ve yaşam koşulları arayışı içindeki binlerce kişi dünyanın refah düzeyi daha yüksek bölgelerine yönelmektedirler⁸⁹⁵. Gelişmiş ülkelerin ekonomilerini koruma ve göç hareketlerini kontrol altına almak amacıyla sınırlarda katı önlemler almaları bu göçlerin büyük ölçüde yasa dışı olarak gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Küreselleşmenin beraberinde getirdiği bu göç eğilimi insan ticaretinin de kaynağını oluşturmakta ve daha iyi bir yaşam arayışı ve iş bulma umudu içinde olan kişiler kolaylıkla suç mağduru haline gelebilmektedirler. Bu durum da gerek sosyal düzenin korunması gerekse uluslararası güvenliğin sağlanması noktasında ülkeler için büyük tehlike teşkil etmektedir⁸⁹⁶.

İnsan ticareti, daha 20. yüzyılın başlarından itibaren özellikle kadın ve çocuk ticareti yönüyle, Birleşmiş Milletler başta olmak üzere, çeşitli uluslararası ve bölgesel metinlere konu olmuştur. 2000 yılında İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün kabulüyle insan ticaretinin bütün yönleriyle tanımlanmasının ardından, suçla uluslararası mücadele

⁸⁹² Aynı yönde bkz. ARSLAN – TEMEL – AYDIN – ŞEN – DOĞAN – BACAĞIZ, s. 27; YENİDÜNYA, s. 162.

⁸⁹³ CABRAL, Georgina Vaz, La traite des êtres humains – Réalité de l’esclavage contemporaine, La Découverte, Paris, 2006, 21-22.

⁸⁹⁴ Kadın ve Genç Kız Ticareti (Traffic of Woman and Girls), Uluslararası Hukukçu Kadınlar Federasyonu Genişletilmiş Konsey Toplantısı, 1-4 Eylül 2001 İstanbul, Türk Hukukçu Kadınlar Derneği, Sonuç Bildirgesi, s. 83.

⁸⁹⁵ DI NICOLA, s. 181.

⁸⁹⁶ EGM-2008 Raporu, s. 63.

hız kazanmış ve buna başka bölgesel ve uluslararası belgelerin eklenmesiyle daha da etkinleştirilmiştir. Konuya uluslararası ilginin bu kadar büyük olması ve mücadele amacıyla çok sayıda Devletin işbirliği çabası içine girmesinin nedenleri insan ticaretinin çeşitli yönleriyle uluslararası toplum düzenine bir saldırı teşkil etmesinden kaynaklanmaktadır.

İnsan ticareti suçu, hem sınıraşan niteliğe sahip olması hem de örgütlü suçlulukla yakın ilişki içinde bulunması nedeniyle uluslararası toplum açısından önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Belirtilen özelliklerinden dolayı, bu suçu önlemede ve bu suçla mücadelede uluslararası bir belge meydana getirilmesinin faydalı olacağı düşüncesiyle 2000 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretine ilişkin Protokol hazırlanarak, Sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmiştir⁸⁹⁷. Nitekim 80. maddenin gerekçesinde hükmün, bu Ek Protokolün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Uluslararası toplum ve devletlerarası ilişkilere zarar vermesi nedeniyle, evrensellik ilkesinin bir görünüşü⁸⁹⁸ olarak, TCK'nın 13. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, insan ticareti suçu; vatandaş veya yabancı tarafından, nerede işlenmiş olursa olsun, Türk kanunlarının uygulanacağı belirtilmiştir. TCK madde 13/3'e göre, bu suç dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa da, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılması öngörülmüştür.

Suçun uluslararası boyut kazanmasının en önemli nedeni "sınıraşan" niteliğe sahip olmasıdır. Suç teşkil eden hareketlere dikkat edildiğinde; bir yerden başka bir yere götürme, ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, sevk ve nakil gibi ticarete konu olan kişilerin dolaşımını temel alan hareketlerin maddi unsur içerisinde ağırlıkta olduğu görülmektedir. Hareketlerden bazılarının ulusal boyutta işlenmesi mümkün olmakla beraber, maddi unsuru oluşturan hareketlerin çoğunlukla birden fazla ülkede gerçekleştirildiği görülmektedir.

⁸⁹⁷ Ek Protokol, madde 1.

⁸⁹⁸ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 173.

Bunun yanında, insan ticaretinin, uluslararası boyuttaki organize suçluluğun önemli faaliyet alanlarından biri olarak ortaya çıkması⁸⁹⁹ da uluslararası kamu düzeni bakımından önemli bir tehlikenin varlığına işaret etmektedir⁹⁰⁰. Kaçakçılık, kara para aklama gibi çoğu ekonomik düzene de zarar verici nitelikte birçok suçu içinde barındıran, kullandığı yöntemler nedeniyle toplumda korku ve kargaşaya neden olan bu suçluluk biçimi, uluslararası toplumun temel değerlerini ve hatta bazı hallerde elde ettiği gücün boyutuna göre devletlerin egemenliğini tehdit etmektedir⁹⁰¹. İnsan ticaretinin önlenmesi ve cezalandırılması, organize suçlulukla mücadelede de önemli adımlar atılması anlamına gelecektir.

Son olarak, suçun mağduru olan insanın bir ticaret nesnesi haline getirilerek, kişiliğinin tamamen yok sayılması ve en temel haklarının ihlali söz konusu olduğundan, insan ticareti önemli bir insan hakları sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu özelliği bakımından da uluslararası toplumun ilgisini hakeden ve ortak mücadeleyi gerektiren bir konu olduğu açıktır.

İnsan ticareti, Devletlerin ve uluslararası toplumun karşılaştığı en acil çözüm bekleyen ve çözümü en zor sorunlardan birini teşkil etmektedir. Bu zorluk, özellikle, farklı siyasal sistemlere sahip ülkelerin söz konusu olması, coğrafi boyutun genişliği, ideolojik ve kavramsal yaklaşımların çeşitliliği, insan tacirlerinin hareketliliği ve değişikliklere uyum sağlama becerisi ve ilgili aktörlerin eşgüdüm içinde hareket etmesindeki güçlükler vb. nedenlerden kaynaklanmaktadır⁹⁰².

Kanun koyucu, insan ticareti suçuyla ihlal edilen hukuki menfaatler arasında uluslararası toplumu öne çıkararak, Kanundaki tasnifte bu yönü dikkate almış olsa da, biz uluslararası toplumun menfaatlerinin korunmasının da ikincil nitelikte olduğu görüşündeyiz.

⁸⁹⁹ KOCASAKAL, Ümit, Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl:1, Sayı:1, s. 143.

⁹⁰⁰ 80. maddenin gerekçesinde de, "1990'lı yıllardan itibaren suç örgütlerinin, etkinliklerini sınırlar ötesi alana genişleterek, özellikle kadın, çocuk ve insan ticaretini örgütlediklerinin ve insanları bu uygar dünyada adeta esarete tabi kıldıklarının görüldüğü" belirtilerek, organize suçluluk ile insan ticareti suçu arasındaki ilişkinin altı çizilmiştir.

⁹⁰¹ KOCASAKAL, Organize Suçluluğun Tanımı, s. 148.

⁹⁰² CABRAL, Georgina Vaz, La traite des êtres humains – Réalité de l'esclavage contemporaine, La Découverte, Paris, 2006, s. 9.

3. Kişinin temel hak ve hürriyetleri

İnsanın bir ticari metaya indirgenmesi sonucunu doğuran bu suçta yaşama hakkı, vücut bütünlüğü, kişi hürriyeti gibi birçok temel insan hakkının ihlali söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan genel olarak, mağdurların temel haklarına saygı gösterilmesini sağlamak, bu suç tipinin öngörülmesindeki asli amacı teşkil etmektedir⁹⁰³. Nitekim 80. maddenin gerekçesinde de atıfta bulunulan Ek Protokolün 2 b) maddesinde “*Bu tür ticaretin mağdurlarını, onların insan haklarına bütünüyle saygı göstererek korumak ve onlara yardım etmek*” Protokolün amaçları arasında belirtilmiştir. Buradan yola çıkarak, suçla ihlal edilen temel hakları “kişinin temel hak ve hürriyetleri” genel başlığı altında ele alarak, bazılarını ayrı alt başlıklar halinde incelemeyi uygun gördük.

a) Kişi hürriyeti

Bu suçla korunan hukuki menfaat olarak kişi hürriyeti iki yönlüdür. Birincisi kişinin manevi anlamda hürriyeti, diğer bir ifadeyle irade serbestisi; diğeri ise fiziki anlamda hürriyeti ya da hareket serbestisidir⁹⁰⁴.

İnsan ticaretinde başvurulan araç fiiller kanun maddesinde; cebir, tehdit, baskı, şiddet uygulamak, kandırmak, nüfuzu kötüye kullanmak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizlikten faydalanmak olarak belirtilmiştir. Bunların genel özelliği, mağdurun iradesini ortadan kaldıracı ya da zorlayıcı nitelikte olmaları, mağdurun direnç göstermesini engelleyen veya gösterilen direnci etkisiz kılmayı sağlayan araçlar olmalarıdır.

Maddi – manevi zor kullanmayı ve dolayısıyla şiddet ve tehdidi de kapsamına alan cebir, mağdurun iradesini zorlayacak biçimde kuvvet kullanmayı ifade eder⁹⁰⁵. Mağdurun, özgürce irade oluşturması ve/veya bu doğrultuda hareket etmesini engellemeye elverişli bir güç kullanmak⁹⁰⁶ söz konusu olduğundan mağdurun iç hürriyetini ihlal eden bir fiildir. Tehditte, mağdurun kendisine ya da yakınlarına bir zarar

⁹⁰³ EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 403.

⁹⁰⁴ Aynı yönde bkz. KOCA, s. 146.

⁹⁰⁵ CİHAN, Cebir Kullanma Cürmü, s. 8.

⁹⁰⁶ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 377.

verileceğinin bildirilmesi suretiyle⁹⁰⁷ yine irade zorlanmakta, karar ve hareket serbestisi ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Kuvvet kullanılmasını, çoğunlukla mağdurun şahsı üzerinde müessir fiil derecesine ulaşmayan bedeni hareketleri ifade eden⁹⁰⁸ şiddet ise, maddi cebir olmakla, yine irade oluşturma ve karar verme özgürlüğüne yönelik bir zorlamadır. Baskı ise, yine yukarıda sayılan maddi ve manevi cebir halleri ile aynı değerlere yönelen bir zorlamayı ifade etmektedir.

Kandırmak, mağduru yanıltılarak iradesini etkilemeye yönelik bir fiildir⁹⁰⁹. Nüfuzun kötüye kullanılması ve mağdurun üzerinde sahip olduğu denetim olanaklarından yararlanma biçimindeki araçlar, çeşitli nedenlerle mağdur üzerinde sahip olunan otoriteyi, kontrol ve yönlendirme imkanını kullanmak suretiyle mağdurun iradesi üzerinde baskı oluşturmak, özgürce karar vermesini ve hareket etmesini engellemek amacına yöneliktir.

Böylece, 80. maddede belirtilen araç fiillerin kullanılmasıyla, mağdurun iç huzuru bozulmakta, iradesi zorlanmakta, serbestçe karar verme, bu doğrultuda hareket etme ve neticede kendi geleceğini özgürce belirleme hakkı zarara uğramaktadır⁹¹⁰. Bu yönden suçla kişinin iç hürriyetinin korunmasının amaçlandığı açıktır.

Bunun yanında, maddede; ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme, sevk etme, nakletme ve barındırma gibi mağdurun fiziki hareket serbestisini kısıtlayan veya ortadan kaldıran hareketlerin maddi unsuru oluşturduğu görülmektedir. Bu anlamda, aynı zamanda kişilerin bir yerden başka bir yere gidip-gelme, bir yerde kalma biçimindeki fiziki anlamda hareket hürriyetinin ihlal edilmesi söz konusudur ve bu nedenle insan ticareti suçuyla aynı zamanda dış hürriyet korunmaktadır⁹¹¹.

⁹⁰⁷ GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 484.

⁹⁰⁸ İbid., s. 483. Bununla birlikte cebrin, doğrudan doğruya mağdurun bedeni üzerinde gerçekleştirilmesi zorunlu değildir, onun bir yakınına yönelebilir, hatta eşya üzerinde dahi gerçekleştirilebilir (İbid.)

⁹⁰⁹ Aynı yönde bkz. KOCA, s. 153.

⁹¹⁰ Traite des êtres humains en Suisse, s. 12; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 60; YENİDÜNYA, s. 162; KOCA, s. 146; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 403; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 106.

⁹¹¹ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 60; YENİDÜNYA, s. 162; KOCA, s. 146.

b) Yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü

İnsanın temel hakkını, varlığının ve fizik devamlılığının ilk koşulunu oluşturan yaşama hakkı, kamu makamlarının emri ya da izni üzerine öldürülememe ve yaşama yönelik tehlike veya risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma hakkını içerir⁹¹². Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkını da kapsamına almaktadır.

Suçun işlenmesinde başvuru alan cebir, şiddet gibi zorlayıcı araçlar ve suçun yöneldiği maksatlar arasında bulunan organların alınması, vücut bütünlüğünü ilgilendirmektedir. Ayrıca suçun genellikle işleniş biçimleri değerlendirildiğinde, yaralama derecesinde fiziksel şiddetin çoğu zaman bir göz dağı verme, sindirme ve ceza yöntemi olarak kullanılması karşısında yine vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu olmaktadır⁹¹³. Bazı hallerde bu fiillerden ölüm neticesi meydana gelebilmesi nedeniyle yaşama hakkının ihlali de ortaya çıkabilmektedir. Bunun gibi, ticarete konu olan kişilerin insanlık dışı koşullarda barındırılması, en temel ihtiyaçlarının karşılanmaması nedeniyle sağlıklarına zarar verici neticeler ortaya çıkabilmektedir. Bir başka hal, zorla fuhuş yaptırılan mağdurlar bakımından cinsel yolla bulaşan bir takım hastalıklar nedeniyle sağlıklarının hatta bazen yaşamlarının tehlikeye girmesidir.

Suçun Türkiye’de en sık işlenme biçimlerinden birini teşkil eden fuhuş yaptırma amacı, suçun işlenmesindeki saikler arasında sayılmıştır. Cebir, şiddet, tehdit gibi zorlayıcı araçlarla ya da kandırmak, diğer baskı yöntemlerinden yararlanmak suretiyle kişiler suçun mağduru haline getirilmekte ve fuhuşları üzerinden kazanç elde edilmektedir. Bu şekilde fuhuş sömürülen kimsenin kendi bedenine sahip olma hakkı ağır bir şekilde saldırıya uğramaktadır. Vücut dokunulmazlığının yanında, kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı da zarar görmektedir.

⁹¹² KABOĞLU, s. 156. TANÖR, Bülent – YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2009, s. 155.

⁹¹³ Aynı yönde bkz. ARSLAN – TEMEL – AYDIN – ŞEN – DOĞAN – BACAKSIZ, s. 27.; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 45; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 403.

c) Zorla çalıştırma ve angarya yasağı

Zorla çalıştırma ve angarya yasağı, çalışmanın birinci bölümünde yer verdiğimiz insan haklarına ilişkin çok sayıda uluslararası ve bölgesel anlaşmalarda ve ülke anayasalarında güvence altına alınmış bir ilkedir. T.C. Anayasasının da 18. maddesinde zorla çalıştırma ve angarya yasağına yer verilerek, bu yasağın istisnasını teşkil eden haller belirtilmiştir⁹¹⁴. Zorla çalıştırma, ILO'nun Cebri veya Mecburi Çalıştırma Hakkında 29 sayılı Sözleşmesinin 2. maddesinin birinci paragrafında; "*herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler*" olarak tanımlanmıştır. Kavram, "mülkiyet" hakkını içermemesi nedeniyle kölelikten ayrılmaktaysa da, çoğunlukla şiddete başvurulması suretiyle, bireyin özgürlüğü bakımından aynı kısıtlamayı doğurmakta ve kişi üzerindeki etkileri bakımından kölelik benzeri bir uygulama teşkil etmektedir⁹¹⁵.

Zorla çalıştırma, insan ticareti suçunun işlenmesindeki saikler arasında belirtilmektedir. Esasen kişilerin zorla çalıştırma amacıyla ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi veya kaçırılmasıyla insan ticareti suçu oluşmakta ve ayrıca bu sömürü biçiminin gerçekleşmesi şart olmamakla birlikte, bu sayılan fiillerin gerçekleşmesiyle maddede sayılan ve failin amaçladığı sömürü biçimi için gereken koşullar hazırlanmakta, bu fiilleri kronolojik olarak izleyen olgu, bu örnekte mağdurun zorla çalıştırılması olmaktadır. Bu nedenle, insan ticaretinin cezalandırılmasıyla, bu fiilin işlenmesindeki saiki oluşturan hallerden biri olarak zorla çalıştırılmama hakkı da dolaylı bir biçimde korunmaktadır⁹¹⁶.

⁹¹⁴ Anayasanın 18. maddesine göre; "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalışmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.*"

⁹¹⁵ Abolir l'esclavage ..., s. 12.

⁹¹⁶ Aynı yönde bkz. KOCA, s. 146; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 403.

4. İnsan onuru

İnsan onuru, insanın varlığının ayrılmaz parçası olan ve insan olmak dışında hiçbir koşul aranmaksızın saygı duyulması gereken bir değer olarak kabul edilmekte⁹¹⁷ ve insanın bütün temel haklarının kaynağını teşkil etmektedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmelerinin Başlangıç kısımlarında, bütün insanlarda bulunan insan onurunun tanınması gerekliliğinin altı çizilerek⁹¹⁸. bu kavram doğrudan hukuki bir kaynak olarak merkeze yerleştirilmiş ve diğer haklar bakımından bir kurucu ilke gibi kabul edilmiştir⁹¹⁹. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında da, onurlu bir hayat sürdürmenin bütün vatandaşların doğuştan sahip olduğu bir hak ve yetki olduğu belirtilmektedir. Yine Anayasanın 17. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında, insan haysiyetiyle bağdaşmayan işkence, eziyet ve diğer ceza ve muamelelerin yasaklanması da bu ilkenin bir sonucudur.

İnsan onuru, insanın kişilik değeri ile iç içe geçmiş bir çekirdek teşkil eder. İnsanın kişiliğini serbestçe geliştirmesi, manevi ve ahlaki bir varlık olarak özgürlük ve bilinç içerisinde bağımsız karar vermesi güvencelerini, insan onurunun korunması temel düşüncesi nüvesel bir içerik olarak ihtiva eder⁹²⁰. Aynı zamanda bütün temel haklar, insan onuru uğruna gerekli görüldükleri için ve hepsinin temelinde yatan ortak düşünce

⁹¹⁷ AKSOY, E. Eylem, “Notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus, notamment à la lumière de la jurisprudence de la CEDH”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Türk Ceza Hukuku Deneği – Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008, s. 347 – 348. Anayasa Mahkemesine göre; insan onuru kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, davranış, ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. (28.6.1966, E. 1963/132, K. 1966/29; 12632 sayılı ve 27.6.1967 tarihli Resmi Gazete.)

⁹¹⁸ Evrensel Beyannamenin ve bu Sözleşmelerin Başlangıç bölümlerinde; “*insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olduğu*” biçimindeki ifadeye yer verilmiştir.

⁹¹⁹ AKSOY, Notion de dignité humaine, s. 349 -351. Ayrıca, bu noktada, yukarıda uluslararası düzenlemelere ilişkin bölümde, konuyla ilgili AB mevzuatı incelenirken yer verilen AB Temel Haklar Şartı Açıklamalarında “insan onuru”nun kendi başına bir hak olarak değil, ancak bütün temel hakların kaynağını oluşturan bir kavram olarak kabul edildiği de hatırlanmalıdır.

⁹²⁰ GÖREN, s. 167, s175. ÜNVER’e göre, bugün artık kişilik haklarının korunması, kişiliğin gelişmesine ilişkin anayasal ilkelerin yanında ve hatta bu ilkelerden önce insan onurunun korunması gerekliliğine ve bunun en üst anayasal ilke olduğu anlayışına dayandırılmaktadır (ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması..., s. 942)

nedeniyle insan onurundan kaynaklanırlar⁹²¹. İnsan onuru, diğer temel haklarla karşılaştırıldığında belirli bir konuyu ya da faaliyeti korumamakta, ancak insanlığa ilişkin genel, çerçeve bir kavram teşkil etmektedir. Bu bakımdan, temel haklar, insan onurunun korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan bağımsız parçalar olarak bir değerler sistemi oluştururlar.

Günümüzde insan onuru, kültürlerarası ve ulusal toplumsal değerler üstü bir hukuksal değer olarak kabul edilmekte ve ceza hukukunda korunması gerekli en asli değerlerden birini teşkil etmektedir⁹²². Bu yönüyle ve genel bir çerçeve oluşturması nedeniyle, insan onurunun diğer hukuki menfaatler gibi belirli bir ceza normuyla korunan münferit bir değer olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır⁹²³. ÜNVER'e göre; insan onuru bir üst kavram olarak ele alınmalıdır. Kavramın genişliği, göreceliliği ve soyutluğu nedeniyle, insan onurunu birçok suçta diğer hukuksal nedenlerle birlikte korunan bir hukuksal değer saymak daha yerinde olur.

Tehdit, baskı, cebir veya şiddet gibi zorlayıcı araçlara başvurarak ve zorla çalıştırma, hizmet ettirme, esarete tabi kılma, organlarının alınması, fuhuş yaptırma gibi çeşitli şekillerde sömürmeyi amaçlayarak insanları birer ticari meta, nesne durumuna indirgemeyi, onları kişiliksizleştirmeyi ifade eden insan ticareti; insan doğasına, bağımsızlığına, kişinin kendi yaşamını kendi sorumluluğu altında belirleme ve biçimleme yeteneği başta olmak üzere kişilik değerlerine ağır bir saldırı teşkil eder. Mağdurların, herşeyden önce birer insan olduğunun ve bundan kaynaklanan temel bir takım haklara sahip olduğunun görmezden gelinmesi suretiyle insanlık dışı, aşağılayıcı uygulamalara maruz kalması insan onurunu ağır biçimde ihlal eden bir durumdur⁹²⁴. Nitekim kavramın bugün modern kölelik ile eşanlamlı olarak kullanılıyor olması da bu tespiti doğrulamaktadır⁹²⁵.

⁹²¹ Kübler, *Überwesen und Begriff der Grandrechte*, Dies. Tübingen, (1965), s. 151'den aktaran: GÖREN, s. 172.

⁹²² ÜNVER, *Ceza Hukukuyla Korunması...*, s. 937.

⁹²³ Doktrinde bu konudaki görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. *İbid.* s. 936 vd.

⁹²⁴ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 164; EVİK, V., *İnsan Ticareti*, s. 403; KOCA, s. 146; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, s. 106.

⁹²⁵ ELEBE, ma Sabato Sandra, *L'esclavage Moderne: Le droit et les pratiques*, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Paris I, Université Panthéon-La Sorbonne, 2006, s. 39 vd.

Bu bakımdan suçla, genel ve soyut bir kavram olarak insan onurunun yanında, yine bu ilkenin bir sonucu ve somut bir yansıması olarak uluslararası sözleşmelerde ve Anayasalarda da yer verilen, kişinin “*insancıl muamele görme, kötü, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyle tabi tutulmama hakkının*” ihlali de söz konusu olmaktadır.

Köleleştirme ve zorla çalıştırılma, Nuremberg, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemelerinde insanlığa karşı suçlar bağlamında ele alınmıştır⁹²⁶. Aynı şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünün, 7. maddesinin 1 c) paragrafında, “köleleştirme”, g) paragrafında, “cinsel kölelik”, “zorla fahişelik”, Mahkemenin yetkisine giren insanlığa karşı suçlar arasında kabul edilmektedir. Statünün 7. maddesinin 2, c) paragrafında; köleleştirmenin; “mülkiyete bağlı yetkilerden birinin ya da hepsinin bir insan üzerinde kullanılması” olarak tarif edilmiş ve zorla çalıştırma ile özellikle kadınlar ve çocuklar hakkında olmak üzere, bu yetkilerin insan ticareti esnasında kullanılmasını da kapsadığı belirtilmiştir.

Son olarak, insan ticareti suçunun Fransız Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar arasında, “İnsan onuruna karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması da, korunan hukuki menfaat olarak insan onurunun ve haysiyetinin dokunulmazlığının öneminin altını çizen bir suç ve ceza politikası tercihi olarak ortaya çıkmaktadır.

5. Kanaatimiz

İnsan ticareti, gerek Devletlerin oluşturduğu uluslararası toplum düzenine ve münferit olarak işlendiği ülkelerin kamu düzenlerine yönelen fiilleri içermesi, gerekse suçun mağduru olarak insanın, bir üst kavram olarak “onurunun dokunulmazlığı” başta olmak üzere genel anlamda temel haklarına zarar veren bir nitelik taşıması nedeniyle çok sayıda hukuki menfaatin bir arada korunduğu bir suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla birlikte, bu menfaatler içinde, suçtan doğrudan doğruya ve diğerlerine nazaran daha fazla zarar gören bir takım değerler olduğu tespit edilmektedir. İnsan ticareti suçu bakımından, kanuni tipte korunan daha özel hukuki konunun kişinin temel

⁹²⁶ AZARKAN, Ezeli, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s. 293.

hak ve hürriyetleri olduğu, bunlar arasında da kişi özgürlüğü kapsamında değerlendirilen “bireyin serbestçe irade oluşturma ve bu irade doğrultusunda hareket etme” özgürlüğünün, diğer bir ifadeyle “kendi geleceğini tayin etme” hakkının suçla korunan gerçek hukuki menfaati teşkil ettiği görülmektedir Gerçekten de, insan ticaretinde, iradeyi yanılta, zorlayan veya ortadan kaldıran araçlara başvurulması suretiyle kişinin belirli yönde hareket etmesi ya da etmemesi sağlanmakta, onun üzerinde bir takım fiiller gerçekleştirilmekte, kişiliğinden kaynaklanan değerleri tamamen yok sayılmaktadır. Böylece, insanın kendi kendisinin efendisi olma, kendi bedenine ve iradesine hükmetme hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Bu anlamda, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının dışında kalan hukuki menfaatler ikincil bir öneme sahip olmaktadır.

Suçla korunan asıl hukuki menfaati bu şekilde tespit ettikten sonra, insan ticareti suçunun TCK’da düzenlendiği yer bakımından bir takım tespitlerde bulunmak gerekli olmaktadır. Yukarıda korunan hukuki menfaat konusunda genel açıklamalarda bulunurken fiilin, Kanunda “uluslararası suçlar” başlığını taşıyan ikinci kısımda düzenlendiğini belirtmiştik. Kanun koyucuyu bu şekilde davranmaya iten nedenin, yukarıda da açıklandığı üzere, uluslararası toplumun da suçun korumayı amaçladığı hukuki konulardan biri olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim 80. maddenin gerekçesinde Sınıraşan Örgütlü Suçlar Hakkında BM Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretine İlişkin Protokole yapılan atıf da bu yöndeki tespitimizi doğrulamaktadır. Ancak suçun düzenlenmesiyle, “kişinin serbestçe irade oluşturma ve bu doğrultuda kendi geleceğini belirleme” hakkının “uluslararası toplum düzenine” nazaran daha özel nitelikte korunan hukuki menfaat olması, kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin yerinde olmadığını göstermektedir. Bunun yerine 80. maddenin, ikinci kısımda “kişilere karşı suçlar” arasında, “hürriyete karşı suçlar” başlığını taşıyan yedinci bölümde yer almasının, suçların tasnifinde objektif bir kriter olarak “korunan hukuki menfaatin” önemi⁹²⁷ de dikkate alındığında daha doğru olacağı görüşünderiz⁹²⁸. Nitekim yabancı ülkelerin

⁹²⁷ Bu konuda, yukarıda, *Korunan hukuki menfaat* başlığı altında verilen genel bilgiler içerisinde, suçların tasnifinde bir kriter olarak hukuki menfaatin yeri ve önemi hakkındaki açıklamalarımız hatırlanmalıdır.

⁹²⁸ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 61; YENİDÜNYA, s. 166.

mevzuatlarında da insan ticaretinin ağırlıklı olarak “kişilere karşı suçlar” arasında düzenlendiği görülmektedir⁹²⁹.

İnsan ticareti suçuyla korunan temel haklar arasında kişi hürriyeti, yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü, zorla çalıştırma ve angarya yasağı ile özel yaşamın korunması hakkı, sahip oldukları önem itibariyle ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Ancak, bu belirtilenler dışında da bir takım hakların insan ticareti suçuyla ihlal konusu olabildiğini belirtmekte yarar vardır. Konuyu sınırlandırma zorunluluğu nedeniyle, fiilin daha dolaylı sonuçlarını teşkil eden bu hak ihlallerini tek tek ayrıntılı inceleme olanağı bulunmasa da bir takım örnekler verilmesinin yararlı olacağı görüşüdeyiz. Bu çerçevede; esaret koşullarına ya da zorla çalıştırmaya tabi tutulan kişilerin “serbestçe dolaşma ve ikamet edecekleri yeri serbestçe seçme hakkı”ndan yoksun kaldıkları belirtilmelidir. Bundan başka, kişiler üzerinde denetim gerçekleştiren insan ticareti suçunun failleri, mağdurları, davalarının adil bir şekilde dinlenebilmesi amacıyla mahkemeye başvurma hakkından da yoksun bırakılmaktadır. Daha uç örneklerde, zorla evlendirme, cinsel kölelik ya da fuhuş yaptırma gibi örneklerde özellikle cinsel sömürüye maruz kalan mağdurların, cinsel yaşamları ile ilgili iradeleri dışında uygulamalarla karşılaşmaları sonucunda, bu konuda serbestçe hareket edememeleri veya belirli yönde hareket etmeye zorlanmaları nedeniyle “özel yaşamın korunması” hakkı da ihlal edilmektedir⁹³⁰. Ayrıca, kişinin yine fuhuş istismarı maksadıyla bu fiile maruz kalması sonucunda, “evlenme ve bir aile kurma hakkı”nı kullanmalarının engellendiği görülmektedir. Bunların dışında, örneklerin neredeyse tamamında ihlal edilen, mağdurların “ifade özgürlüğü” ve “bilgi alma ve verme hakları” olmaktadır⁹³¹.

C. Suçun mevzuatımızda bulunan diğer suçlardan benzer ve farklı yönleri

Yukarıda terminoloji başlığı altında insan ticareti ile göçmen kaçakçılığı “kavramları” karşılaştırılarak, ikisi arasındaki benzerlik ve farklılıklara yer verilmişti. Bu bölümde ise, insan ticareti suçuyla, çeşitli yönlerden benzerlik gösteren veya bazı

⁹²⁹ Bu kapsamda, İsviçre Ceza Kanunu (md. 182), Fransız Ceza Kanunu (225-4-1 ila 225-4-9. maddeler), Alman Ceza Kanunu (md. 232 vd.), İtalyan Ceza Kanunu (md. 601), Bulgaristan Ceza Kanunu (md. 159a vd.), Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (md. 127-1), Moldova Ceza Kanunu (md. 165), Romanya Ceza Kanunu (md. 204-205), Ukrayna Ceza Kanunu (md. 149) belirtilebilir.

⁹³⁰ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 163.

⁹³¹ Abolir l’esclavage ..., s. 9.

ortak unsurlar içeren göçmen kaçakçılığı, organ ve doku ticareti, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, dolandırıcılık ve fuhuş gibi 5237 sayılı TCK’da düzenlenen diğer bir takım suçların teknik hukuk yönünden karşılaştırılmasına yer verilmiştir.

Bunların dışında bir de insan ticaretiyle “bağlantılı” bir takım suçlardan söz edilmesi mümkündür. Bu kavram ile, insan ticareti suçunun işlenmesine zemin hazırlayan veya suçun işlenmesinden elde edilen gelire ilgili olan veya genellikle bu suçla bir arada bulunabilen diğer bir takım suçlar kastedilmekte ve suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması, rüşvet, belgede sahtecilik gibi suçlar bu gruba girmektedir. İnsan ticaretiyle etkili bir mücadele için yasada insan ticaretinin yanında, ayrıca belirtilen fiillerin de suç olarak öngörülmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir⁹³² Nitekim 5237 sayılı TCK’nın çeşitli maddelerinde bu fiiller suç olarak düzenlenmekte ve cezalandırılmaktadır. Örneğin “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması”nın öngörüldüğü 282. maddenin birinci fıkrasına göre, insan ticareti ön suçlardan biri kabul edilmekte ve insan ticareti suçundan kaynaklanan malvarlığı değerlerini yurt dışına çıkarmak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tabi tutmak cezalandırılmaktadır. Bağlantılı suçlar kapsamında sayılabilecek fiillerin bir çoğu, aşağıda “suçların içtimarı” ile ilgili bölümde ayrıca değerlendirme konusu olacaktır.

⁹³² Model Law Against Trafficking in Persons, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Publication, Vienna, 2009, s. 29. (Bundan böyle “Model Law” olarak anılacaktır). Ayrıca, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin bir parçası olduğu ve Sözleşmeye taraf olunmadan Protokole taraf olunamayacağı (md. 37, par. 2) da göz önünde bulundurulduğunda, bu Sözleşme gereği Taraf Devletlerin iç hukuklarında, bağlantılı suçlar arasında yer alan bir takım fiilleri düzenleme yükümlülüklerinin bulunduğu da belirtilmelidir. Bunlar; örgütlü bir suç grubuna katılma, suç gelirlerinin aklanması, (kamu görevlileri tarafından işlenen) yolsuzluk kapsamındaki fiiller olarak belirtilmiştir (Sözleşme, md. 5, 6 ve 8).

1. Göçmen Kaçakçılığı (TCK madde 79)

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı zaman zaman birbirinin içine geçen ya da biri diğerini takip eden; sınıraşan özellikleri, organize suçlulukla bağlantıları gibi pek çok özellikleri yönünden büyük benzerlikler taşıyan iki suç tipidir. Türk hukukunda bu iki suçun ilk düzenlemeleri aynı Kanunla ve benzer gerekçelerle yapılmıştır⁹³³.

TCK'nın 79. maddesinde göçmen kaçakçılığı suçu aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

- a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,*
- b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,*

kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar para cezasıyla cezalandırılır. Suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur”

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarının farklılıklarını tespit etmeden önce, benzerliklerini ortaya koymakta yarar vardır.

Hem göçmen kaçakçılığında hem de insan ticaretinde, tipik hareketin üzerinde icra edildiği konu “insan” olduğu için, her iki suçun maddi konusu aynıdır. Göçmen kaçakçılığı suçu düzenleyen 79. maddede, suçun konusunu “Türk vatandaşı” veya “yabancı” olan göçmen oluşturmaktadır. Her iki suçun maddi konularını oluşturan kişilerin ağırlıklı olarak yabancı olmaları, benzerlik taşıyan bir başka özellikleridir.

Her iki suçta da kişilerin, maddi çıkar elde etmek amacıyla failer tarafından sömürülmesi söz konusudur⁹³⁴. Göçmen kaçakçılığında, kişilerin, kendilerine sunulan, “yasadışı olarak sınırların ötesine geçmek” biçimindeki hizmet karşılığı, failere yüklü

⁹³³ 3.8.2002 tarihli ve 4771 sayılı Kanunun 2/B maddesiyle, 765 sayılı TCK'ya 201. maddeden sonra gelmek üzere 201/a ve 201/b maddeleri eklenerek, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları düzenlenmiştir. 4771 sayılı Kanunun 2/B maddesinin gerekçesinde; her iki suçun düzenlenmesinin, 2001 tarihli Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin ekleri olan Protokollerin gereklerini yerine getirmek amacını taşıdığı belirtilmiştir. Bunlar, yukarıda zikredilen insan ticaretine ilişkin Ek Protokol ile Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokoldür.

⁹³⁴ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 24-25.

ödemeler yapmaları suretiyle bu sömürü gerçekleştirken; insan ticaretinde, mağdurlar, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, fuhşa sürüklemek, organların verilmesini sağlamak yoluyla sömürülmektedir⁹³⁵. Bununla birlikte, insan ticaretinin maddi unsurunu teşkil eden kaçırma, tedarik, bir yerden başka bir yere götürme, sevk gibi hareketlerin yapılmasıyla suç işlenmiş olacağından, esasında belirtilen sömürü yöntemleri suçun işlenmesinden sonraki safhaya ilişkindir. Fakat henüz bu aşamaya gelinmeden de faillerin, mağdurların bu amaçlarla el değiştirmesiyle maddi menfaatler elde etmeleri söz konusudur. Bu nedenle, örneğin, mağdurları fuhuş yaptırma amacıyla tedarik eden fail, bu kişileri fuhuş yaptırma amacıyla barındıracak kimseye teslim ettiğinde kendisine bir ödeme yapılmasıyla, esasında sömürünün başladığı kabul edilmelidir.

Her iki suçta da insanların bir yerden diğer bir yere nakli söz konusudur⁹³⁶. Göçmen kaçakçılığı suçu her zaman sınır aşan niteliğe sahiptir. İnsan ticaretinde ise, bu özellik genellikle bulunmakla birlikte, faillerin, suçu, buldukları ülkenin sınırları içinde de işlemeleri mümkündür. 80. maddede sayılan hareketler de bunu ortaya koymaktadır: “ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak” ülke sınırlarından geçişi zorunlu kılmaktayken, “bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek, barındırmak” şeklindeki hareketlerin yapılması için sınırların dışına çıkmak zorunlu değildir.

İki suç da ayrı ayrı, organize suçluluğun faaliyet alanlarını teşkil etmektedir⁹³⁷. Nitekim gerek göçmen kaçakçılığının gerek insan ticaretinin, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin eki olan Protokollerde düzenlenen konular olması, bu fiillerin suç örgütleriyle bağlantılarının da bir göstergesidir.

İnsan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçları, korudukları hukuki menfaatler bakımından da benzerlikler taşımaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş, göçmen kaçakçılığı suçuyla birden fazla hukuki menfaatin korunduğu ve bunlar arasında, uluslararası toplum düzeni⁹³⁸, ilgili Devletlerin egemenlik yetkisi ve kamu düzeninin⁹³⁹ yanında

⁹³⁵ YENİDÜNYA, s. 58-59.

⁹³⁶ YENİDÜNYA, s. 59; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40;

⁹³⁷ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 26; YENİDÜNYA, s. 59.

⁹³⁸ DOĞAN, s. 97.

göçmenlerin malvarlıkları, vücut bütünlüğü, hürriyetleri ve insan onurunun dokunulmazlığı gibi kişilere ait bir takım değerlerin⁹⁴⁰ de bulunduğu yönündedir. İnsan ticaretinde de uluslararası toplum düzeninin, kamu düzeninin ve kişilere ait bir takım temel hak ve özgürlüklerin korunan hukuki yararlar arasında bulunduğunu tespit etmiştik. Ancak insan ticaretinde fiile maruz kalan kişinin özgürlüğü ve özellikle de kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı, bunlar arasında öne çıkarken; göçmen kaçakçılığında, suçun konusu olan göçmene ilişkin değerlerin ikinci planda kaldığı ve bunlar arasında da malvarlığı ve vücut bütünlüğünün daha fazla önem kazandığı görülmektedir.

İnsan ticareti suçunun mağduru, suça konu olan insanlar iken, göçmen kaçakçılığında göçmenlerin “mağdur” sıfatının kabul edilmesi konusu tartışmalıdır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2006/2028, K. 2006/3617 ve 25.4.2006 tarihli kararında⁹⁴¹; *“sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu”* yönündeki tespite yer vererek, 5237 sayılı TCK’nın zincirleme suça ilişkin 43/2. maddesinin uygulanamayacağına hükmetmiştir. Biz, suçun mağdurunu tespit ederken, “suçla zarara uğrayan veya tehlikeye konulan hukuki menfaatin sahibi veya bunlar üzerinde tasarruf sahibi olan kişi” biçimindeki tanıma itibar ettiğimizden ve göçmenlerin de suçun düzenlenmesiyle korunmak istenen hukuki menfaatlerin bazılarının sahibi olarak kabul edilmeleri zorunlu olduğundan, bu kişilerin rızalarının bulunmasına karşın, göçmenlerin, göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru olarak kabul edilmeleri gerektiği görüşünderiz.⁹⁴² Göçmen kaçakçılığı ve

⁹³⁹ DOĞAN, s. 98 – 99; ARSLAN, Çetin, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, AÜHFD, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 119; EVİK, Ali Hakan, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 3-4, 2005, s. 138.

⁹⁴⁰ DOĞAN, bunları göçmenlerin vücut bütünlüğü, hürriyeti, mülkiyet hakkı ve insan onurunun dokunulmazlığı olarak belirtirken (Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 44); EVİK ve ARSLAN, kişilerin maddi ve manevi bütünlükleri ile genel ve objektif malvarlıkları şeklinde ifade etmişlerdir (DOĞAN, s. 100 – 101; EVİK, H., s. 137; ARSLAN, Göçmen Kaçakçılığı, s. 119).

⁹⁴¹ bkz Aynı yönde bkz. Yarg. 8. CD., E. 2006/1242, K. 2006/3616; E. 2007/5885, K. 2007/5823 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 19.05.2009). Yargıtayın aynı içtihadı yeni tarihli kararlarda da sürdürme eğiliminde olduğu görülmektedir. Bkz. Yarg. 8. CD., E. 2008/3255, K. 2010/7767, T: 01.06.2010 (Aktaran: MANAV, Hakkı, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Turhan, Ankara, 2010, s. 77)

⁹⁴² Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün Başlangıç Bölümünde de “Göçmenlere insanca muamele yapılması ve haklarının bütünüyle korunması” yönündeki ihtiyaçtan söz edilerek, 5. maddede, göçmenlerin bu Protokolün 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı, bu Protokol’e

insan ticareti suçlarını 201/a ve 201/b maddeleri olarak 765 sayılı Kanunda düzenleyen 4771 sayılı ve 3.8.2002 tarihli Kanunun 2/B maddesinin gerekçesinde de; “bu suçta asıl mağdurların, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çarpınan insanlar” olduğu belirtilerek göçmenler, mağdur olarak kabul edilmiştir. Bundan başka, 22.07.2010 tarihli ve 6008 sayılı Kanunla⁹⁴³ yapılan değişiklik sonucu 79. maddede ağırlaştırıcı nedenler arasına, suçun, “mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması ve onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi” hallerinin eklenmesi sırasında, göçmenleri kastedecek şekilde açıkça “mağdur” ifadesinin kullanılmış olması da yine, yukarıda savunduğumuz görüşü teyit etmektedir.

Bu açıdan, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin kararı ele alındığında, göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği bölüm de dikkate alınarak suçun mağdurunun “uluslararası toplum” olduğu biçimindeki değerlendirmede isabet bulunmadığını ve göçmenlerin de suçun yasal mağduru olduklarının kabulü sonucu, TCK’nın 43. maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz⁹⁴⁴.

İnsan ticareti suçunda mağdurun rızası tehdit, baskı, cebir, kandırma gibi araç fiillerle ortadan kaldırılmış ya da sakatlanmış olmasına rağmen, göçmen kaçakçılığı suçunda göçmenin rızası mevcuttur. Göçmeni bu yasadışı faaliyete yönelten pek çok ekonomik, kültürel ve sosyolojik etmen bulunmakla birlikte, insan ticareti mağdurunun durumu ile karşılaştırıldığında, göçmenin, nispeten özgür bir irade ile hareket ettiği görülmektedir⁹⁴⁵. Hatta ülke sınırlarını aşarak ve hedef ülkeye giriş yaparak bu suçtan fayda sağlayacak kişilerden biri olan göçmenin, bu duruma rıza göstermekle devletin sınır politikalarını ihlal eden bir suçlu kişi gibi davrandığı ileri sürülmektedir⁹⁴⁶. Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay 8. CD. Kararında belirtilen “göçmenin mağdur

göre, cezai soruşturmaya tabi tutulmayacakları belirtilmiştir. Burada her ne kadar suçun mağduru olduklarından söz edilmese de, Protokolde yer alan bu ifadeler de görüşümüzü destekler niteliktedir. Bununla birlikte, DOĞAN, göçmenlerin suçun konusunu teşkil ettiğini belirterek, göçmenlerin mağdur olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir (DOĞAN, s. 114 vd.). Bunun gibi, YENİDÜNYA ve ALŞAHİN de, suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğunu kabul ederek Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin kararına katılmaktadır (YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 54).

⁹⁴³ 257.2010 tarihli ve 27652 s. RG.

⁹⁴⁴ İnsan ticareti suçunun da “uluslararası suçlar” içerisinde düzenlenmiş olması nedeniyle aynı kararı, bu suç bakımından değerlendirecek olursak, suçun hem konusunun hem mağdurunun “insan” olduğu yönündeki görüşümüz karşısında, yine aynı sonuca varmak gerekecektir.

⁹⁴⁵ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 40.

⁹⁴⁶ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 36.

olmayıp, suçtan zarar gören konumunda olduğu” şeklindeki görüşe taraftar olanlar bakımından bu “rızanın” da etkili olduğu görülmektedir⁹⁴⁷. Bununla birlikte, göçmenin, suçun konusunu teşkil etmesi nedeniyle suçtan dolayı sorumlu olamayacağı açıktır. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün “Göçmenlerin cezai sorumluluğu” başlıklı 5. maddesinde de, göçmenlerin suçu oluşturan eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokole göre cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacakları, düzenlenmiştir. İnsan ticareti suçu bakımından ise, araç fiillere başvurulması nedeniyle mağdurların özgür iradeleriyle hareket ettiklerinden söz edilemeyeceğinden, bu kişilerin insan ticareti dışında başka bir takım suçlardan dolayı sorumluluğuna gidilmesi, mümkün görünmemektedir. Bununla bağlantılı olarak, insan ticaretinde başvuru alan araç fiillerin göçmen kaçakçılığı suçu bakımından söz konusu olmamasının da, iki suç arasındaki bir diğer farklılık olarak altı çizilmelidir.

Göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti suçlarının zaman zaman iç içe geçebildiği veya birbirini izleyebildiği görülmektedir. Örneğin, bir ülkeden diğerine yasadışı olarak geçiş yapan göçmenlerin, burada, yasal statülerinin bulunmaması, yabancı oldukları bir ülkede, maddi sıkıntılar içinde açlık ve işsizlikle mücadele etmek zorunda kalmaları gibi nedenlerle savunmasız bir konumda olmakta ve aynı kişiler ya da başkaları tarafından insan ticareti suçunun mağduru haline getirilebilmektedir. Yine bunun gibi, başlangıçta kendi rızalarıyla bu yola giren göçmenlerin, daha sonra vazgeçmek istemeleri üzerine göçmen kaçakçılarının bunu kabul etmeyerek, tehdit, baskı, cebir ve şiddet gibi zorlayıcı araçlara başvurmalarıyla artık eklenen kast ile, göçmen kaçakçılığı suçunun insan ticaretine, göçmenlerin de bu suçun mağduruna dönüşmesi mümkündür. İnsan ticareti suçu ile göçmen kaçakçılığı arasında gri bir alan olduğunu ileri süren bir görüşe göre, göçmenlere çalışma koşulları ve iş usulleri hakkında yanıltıcı ve açık olmayan bilgiler verilerek, hedef ülkeye vardıklarında istismar edilmeleri bu gri alanda değerlendirilmektedir⁹⁴⁸. Kanaatimizce, bu örnekte, baştan itibaren “kandırma” biçimindeki araç fiile başvurulmuş olmasından dolayı, fiili göçmen kaçakçılığı suçundan ziyade insan ticareti suçu kapsamında değerlendirmek gerekeceğinden bir gri alandan

⁹⁴⁷ Bu Karara katıldığını belirten DOĞAN, “göçmenlerin rıza göstermek suretiyle ve fiillere maddi menfaat temin etmek suretiyle suçun işlenme oranını da artırdıklarını” ifade etmektedir (DOĞAN, s. 115).

⁹⁴⁸ YENİDÜNYA – ALŞAHİN, s. 37 – 38.

sözedilmesi mümkün görünmemektedir. Ancak “kandırma” araç fiilinin bulunup bulunmadığının somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilerek, yukarıda verilen örneklerin, aşağıda suçların içtimaı bölümünde yapılacak açıklamalar ışığında değerlendirilmesi daha uygun olacaktır.

Göçmen kaçakçılığı suçunda, faillerin, göçmenlerin ülkeye sokmaları veya ülke dışına çıkarmaları söz konusudur. Bu bakımdan, hedeflenen yere veya ülkeye varılmasıyla, kural olarak failer ile göçmenler arasındaki ilişki sona ermekte ve ülke sınırının geçilmesine yardımcı olan kişilerin kaçakçılardan ayrılmasına izin verilmektedir⁹⁴⁹. Oysa insan ticaretinde, faillerdeki asıl amaç, mağdurun 80. maddede sayılan şekillerde (hizmet ettirme, zorla çalıştırma, vb.) sömürülmesi olduğundan, ülkeye sokulan veya ülke dışına çıkarılan mağdurlar ile insan tacirleri arasındaki bu ilişki, belirli bir devamlılık göstermektedir⁹⁵⁰.

Göçmen kaçakçılığı suçunun manevi unsurunu “doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etme saiki” oluştururken, insan ticaretinde “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, fuhuş yaptırmak veya organların verilmesini sağlamak maksadı” söz konusudur⁹⁵¹. İnsan ticareti suçu, aşağıda manevi unsur bahsinde inceleneceği üzere, her ne kadar bu sömürü biçimlerinin nihai amacını teşkil eden “kazanç saikini” kendiliğinden içerse de⁹⁵², bu, faili suçu işlemeye yönelten dolaylı bir saik niteliğindedir ve madde metninde zikredilmemiştir.

2. Organ ve doku ticareti (TCK madde 91)

Organ ve doku ticareti suçu, TCK’nın 91. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

“(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması halinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

⁹⁴⁹ YENİDÜNYA, s. 61.

⁹⁵⁰ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 41; YENİDÜNYA, s. 61.

⁹⁵¹ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 62.

⁹⁵² Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 62; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 72.

(2) *Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(3) *Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrafta belirtilen cezalara hükmolunur.*

(4) *Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

(5) *Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Maddenin altıncı fıkrasında organ ve doku teminine yönelik ilan veya reklam verilmesi veya yayımlanması fiili cezalandırılmaktadır.

Organ ve doku ticaretinin cezalandırılmasına ilişkin bir diğer hüküm yukarıda, TCK dışındaki düzenlemeler kısmında ele alınan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 15. maddesinde yer almaktadır⁹⁵³. Bu hükmün düzenlediği alan ile 91. maddede öngörülen suçların çakıştığı görülmektedir. Bu noktada, aynı konuda daha sonraki tarihli bir düzenleme olma sıfatıyla, TCK'daki hükmün 2238 sayılı Kanunun 15. maddesini örtülü olarak yürürlükten kaldırdığı ileri sürülebilirse de, biz, 2238 sayılı Kanunun 15. maddesinin yürürlüğünün devam ettiğini, ancak TCK madde 44 uyarınca fikri içtima kuralları uygulanmak suretiyle, daha ağır ceza gerektirmesi nedeniyle TCK'nın 91. maddesine göre cezalandırma yoluna gidilmesi gerektiğini düşünmekteyiz⁹⁵⁴.

91. maddedeki düzenlemeye bakıldığında, organ ve doku ticareti suçunun konusunun yaşayan kişilere ya da ölümlere ait organ ve dokular olduğu tespit edilmektedir. 80. maddede, insan ticareti suçunun konusunu, suçun aynı zamanda mağduru olan "insan"

⁹⁵³ Buna göre; "Bu Kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur."

⁹⁵⁴ Aynı yönde bkz. ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 318.

teşkil ettiği için öncelikle bu bakımdan her iki suçun birbirinden farklı olduğu belirtilmelidir. Bunun yanında, insan ticareti suçunda, organların alınması failin maksatlarından birini oluşturmasına karşın, suçu düzenleyen 80. maddede “doku” ifadesine yer verilmemiştir. Bu bakımdan 91. maddenin yalnızca “organların alınması” bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Madde başlığında da yer verilen “organ veya doku ticareti” ibaresinin -birinci fıkra hariç- bu kapsamda öngörülen bütün suçlar için kullanıldığı görülmektedir. Burada “veya” bağlacına yer verilmiş olması nedeniyle, yalnızca organ ticaretinin söz konusu olduğu hallerde de, 91. maddedeki suçun oluşması mümkündür. Böylece, ilgili hükmün sadece “organ ticareti” bağlamında değerlendirilerek insan ticareti suçu ile karşılaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır.

91. maddenin bir ve ikinci fıkraları, yaşayan kişilerden ve ölülerden hukuka aykırı olarak organ veya doku alınması hallerine ilişkindir. İkinci fıkrada ölüden organ veya doku alınması düzenlendiğinden, mağdurun yaşayan bir kişi olmasının zorunlu olduğu insan ticareti suçuna herhangi bir benzerlik söz konusu değildir. Bu nedenle 91/1. madde tek başına değerlendirildiğinde, birinci cümlede tanımlanan, “hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmaksızın yaşayan kişiden organ alınması” biçimindeki maddi unsur, insan ticareti suçundaki araç fiiller vasıtasıyla kişilerin nakli, barındırılması, tedariki, ülkeye sokulması gibi hareketleri içeren maddi unsurdan tamamen farklıdır. 91/1. maddedeki suç, 80. Maddedeki suçta “maksat” olarak belirtilmiş olduğundan, organların alınmasından önceki aşamada gerçekleştirilen “aracılık faaliyeti” organ ve doku ticaretine ilişkin bu düzenlemenin uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Bunun yanında, 91/1. maddedeki suçta herhangi bir araç fiile de açıkça yer verilmediği görülmektedir. Ancak burada “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” biçimindeki ifadenin üzerinde durulması gereklidir. Hukuken geçerli rıza ile kastedilenin; *“yapılacak müdahaleye ilişkin kanuni düzenlemelerin ve koşulların elverdiği ölçüde müdahalenin niteliği, araç ve metotlar, yan tesirleri, olası riskleri, sonuçları, süresi, kimin tarafından, nerede, nasıl yapılacağı v.s. hususunda yeterince yerine getirilmiş aydınlatma yükümlülüğü sonrası özgür irade ile açıklanan rıza”* olduğu

belirtilmiştir⁹⁵⁵. Organ ve doku nakline ilişkin kanuni düzenleme ve rızaya ilişkin özel hüküm 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunda yer almaktadır⁹⁵⁶. Bunun dışında, tıbbi müdahalelerle ilgili genel mevzuat da değerlendirildiğinde⁹⁵⁷ hastanın yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkin rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, bir takım önkoşulların varlığının gerekli olduğu kabul edilmektedir⁹⁵⁸: rızayı göstermesi beklenen kişinin bunu yapmaya ehliyetinin bulunması⁹⁵⁹; rızanın müdahalede bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi ve hastanın serbest, sakatlanmamış, aydınlatılmış bir iradeyle hareket etmesi⁹⁶⁰. Rızanın serbest ve çeşitli dış etkenler tarafından ifsat edilmemiş olması koşulu ile ilgili olarak cebir, tehdit, hile gibi araç fiillerin devreye girmesi söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak, 91/1. maddede yer verilen “hukuken geçerli bir rızaya dayalı olmama” hali, iradeyi sakatlama sonucunu doğuran bazı araç fiillere başvurulduğu durumları da içermektedir.

Yine rızaya ehliyet koşulu olarak, 2238 sayılı Kanununun 6. maddesinde on sekiz yaşını doldurmuş olmak bir koşul olarak belirtildiğinden, çocuklardan organ veya doku alınması halinde hukuken geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği açıktır. Bu bakımdan, 91/1. maddedeki suçun çocuklara karşı işlenmesi hali, 80. maddedeki insan ticareti

⁹⁵⁵ ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, Yıl: 2006, s. 239.

⁹⁵⁶ Organ veya doku nakline ilişkin müdahale konusunda geçerli rızadan, bu Kanununun 5 ile 10. Maddesi arasında “Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınması” başlığı altında düzenlenen normlar uyarınca vericiden elde edilecek rızanın” anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (ŞEN, s. 316). Burada doğrudan rızaya ilişkin olan en önemli hüküm “muafakat” başlıklı 6. maddeye göre; “Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”. Bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü başlığını taşıyan 7. maddede, hekimlerin organ ve doku nakli hakkında hastayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin kurallar ve belirli hallerde vericinin müdahale yapılması yönündeki talebini reddetme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

⁹⁵⁷ 1219 sayılı ve 11.04.1978 tarihli Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. Maddesinde yapılacak her türlü tıbbi müdahale bakımından hastanın rızasının alınması gerekliliği ve bu rızanın şekline ilişkin koşullar düzenlenmiştir.

⁹⁵⁸ ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003, s. 79 vd.

⁹⁵⁹ Rızaya ehil olmanın; “hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi” olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir (BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s. 130).

⁹⁶⁰ Bu önkoşullar dışında, ancak rızanın şekli ve içeriğiyle ilgili diğer koşullara da uygunluğun sağlanması halinde hukuken geçerli bir rızadan söz edilebilecektir. Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. BAYRAKTAR, Hekimin Tedavi..., s. 140 vd.; ERMAN, Ceza Hukukunda Tıbbi..., s. 122 vd.

suçunda mağdurun çocuk olması durumuyla benzerlik göstermektedir. Nitekim insan ticareti suçunun çocuğa karşı işlendiğinde de araç fiillere başvurulması aranmamaktadır.

Üçüncü fıkrada, organ veya doku satın alınması ve satılmasının yanında “satılmasına aracılık edilmesi” biçiminde bir seçimlik harekete yer verilmiştir. Bu suçun tamamlanması için organ veya dokunun nakli veya tesliminin gerekmediği, bu yönde anlaşmaya varılmasının yeterli olduğu belirtilmiştir⁹⁶¹. Bu kapsamda, organını maddi bir menfaat karşılığı verme ve satın alma yönünde anlaşmaya varan taraflar arasında, bu alışverişi bilerek herhangi bir şekilde aracılık edilmesi suçun faili olmak için yeterlidir. İnsan ticaretinde de esasen bir aracılık faaliyeti söz konusu olduğundan, bu fıkrada tanımlanan suçun organ satılmasına aracılık edilmesi suretiyle işlenmesi hali, 80. maddedeki suçla benzerlik göstermektedir. 91. maddede “aracılık edilmesi” biçiminde genel bir ifade kullanmakla yetinilmiş, bunun içeriğine ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Aracılık etmek, sözlükte, bir işin çözümünde araya girerek yardım etmek, tavassut etmek olarak tanımlanmaktadır⁹⁶². Bu çerçevede, fiil ve hareketleri ile bu alışverişin gerçekleşmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan bir harekette bulunan herhangi bir kimse aracı olacaktır. Bu durumda, organlarını verecek kişiyi bu amaçla tedarik eden, bulunduğu yerden alarak işlemim gerçekleştirilmesi için gerekli yere ya da kişilere ulaştıran, yurt dışında bulunan bir kimseyi bu amaçla ülkeye sokan, kaçırın kişinin fiilinin aracılık faaliyeti teşkil ettiği konusunda bir şüphe bulunmayacaktır. Böylece, insan ticareti suçunun maddi unsurunda yer alan asıl fiillerin birçoğu ile 91/3. maddedeki “satılmasına aracılık etmek” fiilinin örtüştüğü görülmektedir. Ancak bu noktada 91/3. maddede araç fiillerin bulunmayışı, insan ticareti suçuyla aralarındaki en önemli farkı teşkil etmektedir. Zira, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu suçta vericinin rızasının bulunup bulunmaması önem taşımaz. Önemli olan organların ticari amaçla verilmesi, alınması veya buna aracılık edilmesidir.

3. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK madde 109)

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, TCK'nın 109. maddesinde düzenlenmiştir:

“(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.

⁹⁶¹ ŞEN, s. 320-321.

⁹⁶² www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 14.4.2010)

(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 bakımdan 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.”

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda, bireyin istediği gibi hareket edebilme özgürlüğü korunmaktadır⁹⁶³. Dolayısıyla, kişinin dış hürriyeti olarak ifade edilen fiziksel hareket serbestisinin yanında bir yere gitme veya bir yerde kalma konusundaki iradesi de, diğer bir ifadeyle iç hürriyeti de maddenin koruması kapsamındadır⁹⁶⁴. İnsan ticareti

⁹⁶³ GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 430-431.

⁹⁶⁴ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Haziran – Aralık 2007, s. 1186. Buna karşılık TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, bu suçun koruduğu yararın kişinin sahip olduğu hareket özgürlüğü, yani yer değiştirme olanağı olduğu görüşünü benimsemekte ve “dış hürriyet” kavramını esas almaktadır.(TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 383-384). Aynı yönde bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 259. Maddenin gerekçesinde, bu suç ile korunan hukuki değer; “kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti” olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de, gerek 109. maddenin birinci fıkrasında, hareket hürriyetinin kişinin rızası hilafına kısıtlanmasını da kapsayacak şekilde “hukuka aykırı” olarak hürriyetin kısıtlanmasından söz edilmesi, gerekse ikinci fıkrada cebir, tehdit ve hileye başvurulmasına ağırlatıcı neden olarak yer verilmesi, fiilin, mağdurun iç hürriyetine de zarar verebilecek bir nitelik taşıdığını ortaya koyduğundan 109. maddede korunan hukuki menfaatin yalnızca hareket serbestisi anlamındaki dış hürriyet olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki, kişinin belirli bir yönde hareket etme serbestisinin, yine bu yöndeki iradesinden ayrı düşünülmesi oldukça güçtür.

suçunda da mağdurun hem hareket serbestîsi hem de bu anlamdaki iradesi korunduğundan, iki suç, korudukları yararlar bakımından benzerlik göstermektedir.

109. maddedeki suç, “bir yere gitmek” veya “bir yerde kalmak” hürriyetinden yoksun kılma suretiyle işlenecektir. Kanun koyucu yalnızca hürriyetten yoksun kılma neticesini belirterek bunun hangi hareketle ihlal edileceğine dair bir kısıtlama getirmediğinden, 109. maddede düzenlenen suçun serbest hareketli olduğu anlaşılmaktadır⁹⁶⁵. Bunun yanında, ETCK madde 179’daki “kişi hürriyetinden mahrum etmek” ile karşılaştırıldığında, hareketin biraz daha belirli hale getirilmiş ve somutlaştırılmış olması dışında, çok büyük bir farklılık göze çarpmamaktadır. Bu nedenle, ETCK’nın yürürlükte olduğu dönemde “hürriyetten yoksun kılma” ifadesinin geniş anlaşılması gerektiği ve bunun çok çeşitli şekillerde olabileceği biçimindeki kabul, bizce geçerli olmaya devam edecektir⁹⁶⁶. Hürriyetten yoksun kılma suçunda, kişinin yer değiştirme olanağının herhangi bir engelle uzun veya kısa bir süre için tamamen veya kısmen ortadan kaldırılması yeterlidir⁹⁶⁷. Bu suçun mağdurun bir yere kapatılması, bağlanması, herhangi bir şekilde bulunduğu yerden ayrılmasının engellenmesi suretiyle işlenmesi mümkündür. Ancak bunun yanında, suçun, insan ticaretinde belirtilen hareketlerden bazıları ile de işlenmesi mümkündür. 80. maddede belirtilen “kaçırmak” hareketinin, bunlardan birini teşkil edeceği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bir yerden başka bir yere götürmek, barındırmak gibi diğer hareketlerin de araç fiillerin uygulanması nedeniyle hürriyetten yoksun kılma neticesini doğurmaları söz konusu olabilecektir. Esasen iki suçun maddi unsurları arasındaki bu örtüşme ve benzerlik, hürriyetten yoksun kılma ile insan ticareti suçu arasında bir suçların içtimaî ilişkisi

⁹⁶⁵ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 261.

⁹⁶⁶ Yatakta veya banyoda olan bir kimseye ait elbiselerin alınması sonucu dışarı çıkmasına mani olunması, bir kimsenin uyuşturucu veya bayıltıcı maddelerle veya telkinle uyutulması veya fazla içki ile sarhoş edilmesi halleri hareket serbestisinin imkansızlaştığı veya zorlaştığı durumlara örnek olarak belirtilmiştir (GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 432). “Sanıklara yüklenen özgürlüğü sınırlama cürmü Türk Ceza Yasasının 179. maddesinde düzenlenmiş olup, madde, “Bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse ... cezalandırılır.” hükmünü taşımaktadır. Bu hüküm ile bireylerin hareket özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde kaldırılması, kısıtlanması yaptırıma bağlanmıştır. Suçun maddi unsuru, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla oluşur. Bu fiil, failin doğrudan doğruya veya dolaylı hareketleriyle ve çeşitli araçlar kullanılarak gerçekleştirilebilir. Sonuç ise, mağdurun hareket etme ya da yer değiştirme özgürlüğünün kaldırılması biçiminde kendini gösterir. Bu suç, serbest hareketli suç olduğundan, maddi anlamda özgürlüğün kaldırılması sonucunu doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilir.” (Yarg. CGK., E. 2003/8-127, K. 2003/180, T. 3.6.2003) (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:24.03.2010).

⁹⁶⁷ ARTUK GÖKÇEN YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 263.

oluşması sonucunu doğurmaktadır. Bu konuyla ilgili açıklamalara, aşağıda içtima bölümünde yer verilecektir.

Suçun birinci fıkrada düzenlenen basit halinde, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak cezalandırılmaktadır. Maddede yer alan “hukuka aykırı olarak” ifadesi, bu suçta hukuka özel aykırılık halinin bulunduğunu göstermektedir⁹⁶⁸. Bunun sonucu olarak, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğünün ortadan kaldırılması fiilini hukuka uygun kılan bir nedenin bulunmaması ve failin kastının bu durumun “hukuka aykırılığını” içermesi gerekecektir. Örneğin, özgürlüğünden yoksun kılınan kişinin bu duruma rıza göstermiyor olması veya yoksun kılma halinin kanundan ya da bir hakkın kullanılmasından kaynaklanmıyor olması gerekecektir⁹⁶⁹. Münferit bir olayda mağdurun rızası bulunsa dahi, bu rızanın sakatlanmış bir iradenin sonucu olması, yine fiilin hukuka aykırı olması neticesini doğuracaktır⁹⁷⁰. Fiilin işlenmesi amacıyla ya da işlenmesi sırasında, iradenin, cebir, tehdit, hile gibi araçlarla zorlanması ikinci fıkrada ağırlatıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Bunun dışındaki fiillere başvurulması, örneğin şiddet veya baskı uygulanması nedeniyle de serbest iradede söz edilemeyecek ve yine hukuka aykırı bir şekilde hürriyetten yoksun kılma gerçekleşecektir. Buraya kadarki açıklamalardan, “hukuka aykırılık” kavramının içerisine mağdurun rızası kapsamında araç fiillerin uygulanmasının da

⁹⁶⁸ Kanunda bu ve buna benzer deyimlerle özel biçimde aranan hukuka aykırılığı bütün suçların genel unsurunu oluşturan hukuka aykırılıktan ayırt etmek için, “hukuka özel aykırılık” kavramı kabul edilerek, failin kastının bu durumu da içermesi gerekeceği, diğer bir ifadeyle failin bu şekilde hareket ettiğini bilmesi ve hareket etmeyi istemesinin de aranacağı belirtilmiştir (DÖNMEZER – ERMAN, C. II, s. 20). ÖNDER, AYHAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, Beta, İstanbul, 1992, s. 137 vd.; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 252; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 292.

⁹⁶⁹ “5237 sayılı TCK'nun 26/2. maddesinin “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” hükmü karşısında suç tarihinde 18 yaşında olan mağdureyi rızasıyla kaçıran alıkoyma sanığının hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. madde dikkate alınarak sanığın kaçıran alıkoyma suçlarından beraati yerine hükümlülük kararı verilmesi, (...) bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmesi olduğundan, sair yönleri incelenmeyen hükmün 5320 Sayılı Kanununun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 10.07.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Yarg. 5.CD., E. 2006/576, K. 2008/7583, T. 10.7.2008) (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:24.03.2010). “Suç tarini itibarıyla 17 yaşında olan mağdurenin hükümlü tarafından rızasına dayalı olarak yanında alıkonulduğunun anlaşılması ve mahkemede bu şekilde kabulü nedeniyle, 5237 sayılı Yasa'nın 26/2. maddesi hükmü karşısında, hükümlünün aynı Yasanın 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemez.” (Y. 5.CD., E. 2006/4150, K. 2006/4137, T. 4.5.2006) (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:23.03.2010).

⁹⁷⁰ TCK'nın 26/2. maddesine göre; “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

gireceği sonucu çıkarılabilecektir. Bu durumda da 109. maddedeki suçun, insan ticareti suçuyla benzerlik göstermesi söz konusudur.

Bunun gibi, 109. maddenin üçüncü fıkrasında suçun belirli şekillerde, belirli kişilere karşı, bazı araçlarla veya yöntemlerle işlenmesi halleri suçtaki diğer ağırlatıcı nedenleri teşkil etmektedir. Bunlar arasında, suçun silahla işlenmesine yer verilmiştir. Silah, esasında cebir kullanmanın özel bir biçimi olarak burada belirtilmektedir. Bir diğer hal, suçun “kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle” işlenmesidir. Bu durum ise, nüfuzu kötüye kullanmanın belirli bir şekli ifade etmektedir ve bu nedenle de, insan ticaretinde başvurulan araç fiillerden biriyle birebir örtüşmektedir. Yine başka bir ağırlatıcı sebep olarak suçun “üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi” halini ele aldığımızda, bazı özel durumlarda “eş” ve altsoy olarak “çocuk” mağdurlar bakımından, bu kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanmak suretiyle suçun işlenmesinden söz etmek mümkündür. Bu durum da, insan ticareti suçundaki bir başka araç fiil ile büyük oranda benzerlik göstermektedir. Son olarak, hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesi “çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı” işlenmesi biçimindeki ağırlatıcı hal, insan ticareti suçunda başvurulan “çaresizlikten yararlanma” araç fiiline benzer bir özellik göstermektedir.

Bununla birlikte, iki suç arasındaki en önemli farklılık manevi unsur bakımındandır. İnsan ticareti suçunda belirtilen “esarete tabi kılma, hizmet ettirme, zorla çalıştırma, fuhuş yaptırma veya vücut organların verilmesini sağlamak” saiklerinden hiçbiri kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunda bulunmamaktadır. Suçun oluşması bakımından genel kast yeterli olmakla birlikte⁹⁷¹, 109. maddenin beşinci fıkrasında, suçun nitelikli hali olarak “cinsel amaçla işlenmesi” belirtilmiştir. Ancak buradaki “cinsel amaç”, TCK’nın 102 ilâ 105. maddeleri arasında düzenlenen “cinsel dokunulmazlığa karşı

⁹⁷¹ Aynı yönde bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 391. Bununla birlikte, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK uygulamasında bu suça tekabül eden 179. maddedeki “gayri meşru surette” ifadesinden yola çıkarak, E. 5, K. 12 sayılı ve 11.6.1956 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ve daha sonraki tarihli bazı Daire kararlarında, özel kastı aramak biçiminde yerinde olmayan bir uygulamayı benimsediğinin de altı çizilmelidir (Bu kararlara örnek olarak bkz. Yarg. CGK., E. 1980/8-385, K. 1981/44, T. 16.2.1981; Yarg. CGK, E. 1983/8-56, K. 1983/144, T. 28.3.1983). (www.kazanci.com, *erişim tarihi*:24.03.2010). (İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 436-437).

suçlar” arasında düzenlenen bir takım fiillerin gerçekleştirilmesine imkan sağlamak için⁹⁷² ya da yine “cinsel amacın” bu suçlarda da kullanılan anlamını içerecek şekilde genel olarak “şehvi hislerle” hareket edilmesini ifade etmektedir⁹⁷³. Bu bakımdan 109. maddedeki “cinsel amaç” ibaresinin, fuhuş yaptırma ya da benzeri cinsel istismar biçimlerini içerecek şekilde anlaşılması mümkün değildir.

4. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK madde 117)

TCK'nın 117. maddesinde iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu düzenlenmiştir. Buna göre; “(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 fıkra da belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir.

⁹⁷² Aynı yönde bkz. ÜZÜLMEZ, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, s. 1197.

⁹⁷³ “Sanığın, mağdure H.'yi, elinde tabanca bulunduğu halde zorla kaçırmaya kalkışarak sürüklemeye çalıştığı sırada, H.'nin annesi mağdure H.'nin kızının kaçırılmasına engel olmak amacıyla müdahalede bulunduğu, bunun üzerine sanığın H.'nin kafasına ateş ederek onu yere düşürdüğü, buna rağmen H. ile onu kaçırmak için boğuşmasına devam ettiği esnada da müdahil Ö.'in yetişerek sanığa yumruk vurup tabancasını elinden aldığı, bundan sonra sanığın olay yerinden kaçtığı, müdahil Ö., mağdur müdahiller H. ve H. ile tanık T.'nin beyanları ile dosyadaki diğer delillerden anlaşılmasına göre; sanığın öldürmeye teşebbüs eylemini kız kaçırma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirdiği ve bu nedenle temel cezanın 5237 sayılı TCK. nun 82/h. maddesi ile tayini gerekirken yazılı şekilde suça vasıf verilmesi, (...) kaçırmaya teşebbüs suçunun cinsel amaçla işlendiği anlaşılma ile cezanın 5237 sayılı TCK. 109/5. madde uyarınca artırma tabi tutulması gerektiğinin gözetilmemesi, (...) Kanuna aykırı olup, müdahiller vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde bulunduğu hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, 14.11.2006 gününde oybirliği ile karar verildi.” (Yarg. 1.CD., E. 2006/4183, K. 2006/4884, T. 14.11.2006) (www.kazanci.com , Erişim tarihi:25.03.2010). “Reşit olmayan mağdureyi rızasıyla kaçırıp alıkoyma ve ırzına geçme suçlarından hükümlü Ali'nin bozma üzerine hakkında 5237 sayılı TCK'nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak (...),Mağdurenin suç tarihinde 15 yaşından küçük olması nedeniyle rızasının varlığı eylemi 5237 sayılı TCK'nın 26/2. maddesi anlamında hukuka uygun hale getirmeyeceği gözetilerek, 5237 sayılı TCK'nın 109/1, 3-f, 5. madde ve fıkraları karşılaştırmaya esas alınarak lehe kanun değerlendirilmesi yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş,” (Yarg. 5CD., E. 2006/12130, K. 2006/10052, T. 11.12.2006) . Aynı yönde bkz. Yarg. 5CD., E. 2006/205, K. 2006/1468, T. 8.3.2006. (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:23.03.2010).

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenleri 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.”

Birinci fıkrada düzenlenen suç, cebir veya tehdit ya da hukuka aykırı başka bir davranışla iş ve çalışma hürriyetinin ihlali olarak belirtilmiştir. İkinci fıkrada; kişilerin çeşitli nedenlerden kaynaklanan savunmasızlığından yararlanarak çalışmalarının sömürülmesi, insan onuru ile bağdaşmayan çalışma ve konaklama koşullarına tabi tutulmaları gibi bu hürriyetin ihlali sayılan daha özel hallere yer verilmiştir. Üçüncü fıkrada ise, bir kimsenin bu amaçlarla tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakledilmesi; diğer bir ifadeyle, adeta ikinci fıkradaki suçu işlemeye yönelik bazı hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır⁹⁷⁴. 117. maddenin son fıkrasında ise; bir işyerinde çalışan işçileri ya da işvereni cebir veya tehdit ile ücretlerde değişiklik yapmaya veya anlaşılabilir dışındaki koşullarda çalışmaya zorlanmaları ya da faaliyetin çeşitli suretlerle engellenmesi düzenlenmiştir. 117. maddede belirtilen bu suçlar değerlendirildiğinde, insan ticareti suçu ile karşılaştırma yapılacak hükmün üçüncü fıkra olduğu görülmektedir. Çünkü burada sayılan tedarik, sevk ve bir yerden diğer bir yere nakil fiilleri, 80. maddede sayılan hareketlerin bir kısmı ile ayniyet teşkil etmektedir.

Diğer fıkralarda belirtilen suçları insan ticareti suçu bakımından genel olarak değerlendirecek olursak şunları söylemek mümkündür: Birinci, ikinci ve dördüncü fıkrada belirtilen fiillerin, 80. maddeye göre insan ticareti teşkil eden fiillerle değil, ancak bu suçta saik olarak belirtilen hizmet ettirme, esarete tabi kılma, zorla çalıştırma halleriyle örtüşme olasılıkları bulunmaktadır⁹⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, 117. maddede suç sayılan bu haller, ancak insan ticareti suçunun işlenmesinden sonraki aşamada söz konusu olabilir. Bu maksatların gerçekleştirilmesi, suçun oluşmasından tamamen bağımsız bir durumdur. 117. Maddede sayılan hallerin, “hizmet ettirme, esarete tabi

⁹⁷⁴ Aynı yönde bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 443.

⁹⁷⁵ Nitekim 117/2. maddede belirli bir durumdaki kişiyi, “insan onuru ile bağdaşmayan çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılmak” fiili suç sayılmaktadır. Mukayeseli hukuktaki durumu incelerken, “kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi tutma” halinin; Belçika, Fransa ve İsviçre gibi ülkelerde, insan ticareti suçunun işlenmesindeki maksatlardan biri olarak yer aldığı hatırlanacak olursa, yukarıda ifade ettiğimiz görüşün çeşitli ülkelerdeki örneklerle de teyit edildiği görülecektir.

kılma ve zorla çalıştırma” sayılıp sayılamayacağı ise, ancak bu kavramların içeriğinin tespit edilmesinden sonra ortaya konulabilir. Kaldı ki, yapılacak bu tespit, insan ticareti suçunun tamamlanmasından sonraki aşamaya ilişkin olmakla, cezaların içtima konusunu çözüme kavuşturmak bakımından bir yararı bulunmaktadır. Bu nedenle, bu başlık altında, yalnızca 117/3. madde ile 80. madde arasında bir karşılaştırma yaparak, diğer fıkralarla ilgili durumun, insan ticareti suçunun manevi unsuruna ilişkin açıklamaları da yaptıktan sonra içtima başlığı altında incelenmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

İkinci fıkraya yapılan atfı da dikkate alarak, üçüncü fıkroda öngörülen suçu şu şekilde yeniden düzenlemek mümkündür: *“Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını 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 amacıyla bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmek”*.

Buna göre; fiil, ikinci fıkroda belirtilen halleri düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakletmektir. Failin bu fiili gerçekleştirirken iki saikten biriyle hareket etmesi aranmaktadır: 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. Dikkat edilmelidir ki, saiki oluşturan bu hallerin gerçekleşmesi, üçüncü fıkradaki suçun oluşumundan sonraki bir aşamayı teşkil etmektedir. Burada önemli olan bir diğer husus, failin, bu maksadını kişinin çaresiz, kimsesiz ve bağıllık durumunu sömürmek suretiyle gerçekleştirmek düşüncesine sahip olmasıdır.

Bu açıklamalar ışığında 80. maddedeki insan ticareti suçu ile 117/3. maddedeki suçun benzer bir takım yönleri bulunduğu görülmektedir. Öncelikle 117/3’te belirtilen “tedarik etmek ve sevk etmek” hareketleri, insan ticareti suçunda da yer almaktadır. 117/3’te öngörülen bir diğer hareket “bir yerden diğer bir yere nakletmek” biçimindedir. Bunun ise, 80. Maddede belirtilen “bir yerden başka bir yere götürmek” ile aynı anlamı ifade ettiğinden şüphe edilmemek gerekir.

Bir diğer benzerlik her iki suçun işlenmesindeki maksatlar bakımındandır. İnsan ticaretinde bunlar; hizmet ettirme, esarete tabi kılma, zorla çalıştırma, fuhuş yaptırma, vücut organlarının verilmesini sağlamak olarak sayılmıştır. 117/3. maddede ise, 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 üzere fiilin gerçekleştirilmesi aranmıştır. Madde 117/3'te bu maksatların gerçekleştirilmesi, kişi veya kişilerin kimsesizlik, çaresizlik ve bağıllığını sömürmek suretiyle olmaktadır. Her iki maddede yer alan maksatların zaman zaman birbiriyle örtüşebilecek nitelik taşıdığı görülmektedir. Zorla çalıştırma bakımından, Türkiye'nin de 1998 yılında taraf olduğu ILO'nun Cebri veya Mecburi Çalıştırmaya İlişkin 29 sayılı Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre; “cebri veya mecburi çalıştırma” ifadesinin, herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetleri ifade ettiği hatırlanmalıdır. Bu tanım esas alındığında, 117/3'e göre failin maksadını oluşturan “kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştırmak”, bu kişilerin çaresizlik ve bağıllık durumlarının sömürülmesi suretiyle gerçekleştiğinde, zorla çalıştırma kavramının kapsamına dahil olabilecektir. Aynı durum, yerine göre esaret koşullarına benzer durumların oluşmasını da ifade edebilecektir. Bunun yanında, ücretle ilgili herhangi bir sorun olmasa dahi, çalışma ve konaklama koşullarının insan onuru ile bağdaşmayacak nitelikte olması hali de 117/3'teki suçun işlenmesindeki bir diğer maksattır. Kişilerin sömürülmesi suretiyle bu koşullarda yaşamaya ve çalışmaya zorlanmalarının da zorla çalıştırma veya esarete tabi kılma kapsamında kabul edilmesi mümkündür. Sonuç olarak, 117/3'te kişilerin tedarik ve sevk edilmelerinde veya bir yerden diğer bir yere naklinde failin yöneldiği maksatlar ile insan ticareti suçunda belirtilen zorla çalıştırma ve esarete tabi kılma maksatları arasında da önemli bir benzerlik bulunduğu belirtilmelidir.

Buna karşın, iki suç arasında temel bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, insan ticareti suçunda tedarik etmek, sevk etmek ve bir yerden başka bir yere götürmek biçimindeki hareketlere eşlik eden araç fiillerin, 117/3. maddede bulunmamasıdır. Her ne kadar burada, “çaresizliğin, kimsesizliğin ve bağıllığın” sömürülmesinden söz edilmekteyse de, insan ticaretinden farklı olarak bu sömürü, fiilin

işlenmesi sırasında mağdurun iradesini sakatlamak için bir araç olmamaktadır. Mağdurun zor durumundan istifade edilmesi, failin maksadını gerçekleştirmesi anında söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, 117. maddede kişilerin tedarik, sevk ve nakledilmelerinden sonra, 117/2. maddede sayılan durumlara düşürülmeleri sırasında çaresizliklerinin, kimsesizliklerinin ve bağılıklarının sömürülmesi mümkündür. Bundan başka, 117/3. maddede cebir, şiddet, baskı ve tehdit uygulamak, kandırmak, nüfuzu kötüye kullanmak ve kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanmak biçimindeki diğer araç fiillerden hiçbirine de yer verilmemiştir.

5. Dolandırıcılık (TCK madde 157, 158)

Dolandırıcılık suçu TCK'nın 157. maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir.”

Suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği 158. maddede ise, insan ticareti suçu ile karşılaştırma yapmak bakımından ele alınabilecek hükümler birinci fıkranın özellikle (b) ve (c) bentlerinde yer almaktadır. Buna göre; *“dolandırıcılık suçunun, (...) b) kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle, c) Kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle (...) işlenmesi halinde, iki yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”*

İnsan ticareti suçunun işlenmesinde başvuru araç fiillerden biri “kandırmak” olarak 80. maddede düzenlenmişken, 157. maddede dolandırıcılık suçu bakımından da “hileli davranışlara” yer verilmesi, bu iki suç arasında büyük bir benzerlik teşkil etmektedir. İnsan ticareti suçunda belirtilen “kandırmak” sözcüğü ile dolandırıcılık suçunda aranan “hile” ifadesi birbirinden çok farklı anlamları içermemektedir. Hile, sözlükte “bir kimseyi aldatmak, yanıltmak için yapılan oyun” olarak tanımlanırken⁹⁷⁶, “kandırmak” sözcüğünün karşılığı olarak “aldatmak” ifadesi kullanılmaktadır⁹⁷⁷. Bu iki

⁹⁷⁶ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 861.

⁹⁷⁷ Ibid., s. 998.

kavramın birbirine yakın karşılıklar içermesi, insan ticareti ve dolandırıcılık suçları arasında da bir benzerliğin ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır.

Ceza hukukunda “hile”, özellikle dolandırıcılık suçunun uygulaması bakımından yerleşmiş bir kavram olup, gerek doktrin, gerek içtihat bu kavramın içinin doldurulması konusunda yol gösterici olmuştur. ETCK’nın 503. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçu, yeni Kanundaki hükme göre çok önemli farklılıklar taşımamaktaydı: Eski düzenlemeye göre; *“bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlamak”* dolandırıcılık teşkil etmekteydi. İkinci fıkrada da; *“filin, mağdurda esasen varolan bir hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştirilmesi”* cezalandırılmaktaydı. ETCK’nın 504. maddesinde de suçun ağırlaşmış halleri düzenlenmişti. Bu bakımdan, iki Kanun arasında “hile ve desiseler yapmak” biçimindeki hareketin, “hileli davranışlar” şekline dönüşmüş olması yönündeki farklılık göz önüne alınmak koşuluyla, önceki düzenlemenin yürürlükte olduğu döneme ait içtihatlardan ve doktrinindeki görüşlerden yararlanmak mümkün olacaktır. Eski Kanunda belirtilen hile ve desiseyi, sahneye koyma teorisi ile açıklayan görüşe göre; basit bir yalan yeterli olmayacak, yapılan yalan açıklamalara bunların doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakacak bir takım dış hareketlerin eklenmesi gerekecektir⁹⁷⁸.

Yargıtayın, yukarıda sözü edilen sahneye koyma teorisini benimseyen çok sayıda kararları bulunduğu gibi⁹⁷⁹, sırf yalanı yeterli saydığı, muhatabı kandıracak mahiyette davranışların ve hilenin aranmadığı kararlarına rastlamak da mümkündür⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Onbeşinci Bası, Beta, İstanbul, 1998, s. 382. Ceza hukukunda hileyi sahneye koyma teorisiyle açıklayan görüşün, özel hukuktaki hile kavramı ile ceza hukukundaki hile kavramları arasında bir ayırım yapma çabasının sonucunda ortaya çıktığı belirtilmektedir. Günümüzde özel hukuk ve ceza hukukunda hile konusunda bir ayırım yapma eğiliminin artık terk edilmesinden yana olan yazarlar çoğunluktadır (CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta, İstanbul, 2007, s. 455, dpn. 56; SELÇUK, Sami, Dolandırıcılık, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982; s. 102 vd.; ÖNDER, Ayhan, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 369 vd.; EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 600 vd.). TÜMERKAN ise, bu iki alan arasında bir ayırım yapılmasına tamamen karşı çıkmamakla beraber, her iki alanda hile kavramının özünde nitelik farkı bulunmadığını, ancak ikincil unsurlarda ayrılıklar bulunduğunu kabul etmektedir (TÜMERKAN, Somay, Dolandırıcılık Suçu, Kazancı, İstanbul, 1987, s. 54).

⁹⁷⁹ “Sanığın gerçek adını gizleyip kendisini bir başka şahıs olarak tanıttığı, ilk gelişinde fiyatta anlaşamamaları üzerine birkaç gün sonra geleceğini söyleyerek adını yazdığı kağıdı verip ayrıldığı, ikinci

ETCK'daki hile ve desisenin yerini, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen dolandırıcılık suçunda hileli davranışların almış olması, bizce maddi unsurda bir farklılığa meydan vermemektedir⁹⁸¹. Burada önemli olan, başkasının tasavvuru, zihin ve davranışları üzerinde bir etki, bir hata meydana getirmek ve böylece iradesinin sakatlanmasını sağlamaktır⁹⁸². İnsan ticareti suçunda, “kandırmak” araç fiili ile de aynı amaca ulaşılmak istenmektedir⁹⁸³. İnsan ticaretine ilişkin Ek Protokolün, fiilin tanımını içeren 3. maddesinde de, suçun işlenmesinde kullanılan araç fiiller arasında “hile” ve “aldatma” yer almaktadır. Gerek 765 sayılı TCK'da gerekse 5237 sayılı TCK'da insan ticareti suçunun düzenlenmesinde bu belgenin esas alındığını göz önüne alınırsa, kanuni düzenlemede kullanılan “kandırmak” ifadesinin, hileden çok farklı bir anlama sahip olmadığı sonucuna varmak gerekecektir⁹⁸⁴. Kuşkusuz bununla kastettiğimiz, hile ve kandırmanın aynı anlamlara geldiği değil, dolandırıcılık ve insan ticareti suçunun

gelişinde eşinin yanından geldiğini ve otomobilin motorunu göstermek istediğini söyleyip müşteki üzerindeki güvenini pekiştirdiği, müştekinin de sanığın bu inandırıcı davranışlarına ve sözlerine kanıp kontak anahtarını verdiği, sanığın bu kontak anahtarıyla otomobili çalıştırıp kaçırdığı saptandığına göre; sanığın eyleminde, dolandırıcılık suçunda aranan kandırmaya yönelik hile ve sania unsuru bulunmaktadır” (Yarg. CGK., E. 1990-6/243, K. 1990/260, T. 5.11.1990, YKD., Mart 1991, S. 3, s. 412); “Suç tarihinde yürürlükte bulunan TCY.nun 503. maddesinde yazılı dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; bir kimsenin iyiniyetinden yararlanarak kandırıcı nitelikteki hilelerle onu yanıltıp kendisine veya bir başkasına haksız çıkar sağlanması gerekir. Mağdur, maddi olmayan vasıtalarla yanılgıya düşürülmeli veya gerçek olmayan beyan ve davranışlarla aldatılmalıdır. Kullanılan hile ve desiseler ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu haksız bir çıkar sağlanmalı, mağdur veya bir başkasına zarar verilmelidir.” (Yarg. CGK., E. 1995/6-307, K. 1995/308, T. 21.11.1995, www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi:29.03.2010).

Aynı yönde bkz. Yarg.6.CD., E. 1991/6837, K. 1991/8086, T. 5.12.1991, YKD, Mart 1992, S. 3, s. 464; 6.CD., E. 1975/5157, K. 1975/5461, T. 19.11.1975, YKD, Ağustos 1976, S. 8, s. 1242; Yarg.11. CD., E. 2003/9324, K. 2004/7236, T. 7.10.2004 (YKD., Eylül 2005, S. 9, s. 1475).

⁹⁸⁰ “Sanığın, davaya katılanı muska yapmak suretiyle evlendireceği vaadinde bulunup hulus ve saffetinden istifade ederek dolandırdığı gözetilmeden beraatine karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 6. CD., E. 1990/8678, K. 1990/10541, T. 28.12.1990 (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim tarihi:27.03.2010); ”Müşteki ile iş ortağı olan sanığın, ortak olmadıkları müştekiye ait bir başka işyerindeki oksijen tüpünü, müştekinin istediğini söyleyerek alması eylemi dolandırıcılık suçunu oluşturur” (Y6CD., E. 1991/5044, K. 1991/6242, T. 8.10.1991, YKD, Şubat 1992, S. 2, s. 306); Y6CD., E. 2002/3382, K. 2002/4034, T. 1.4.2002, www.kazanci.com, Erişim tarihi:29.03.2010).

⁹⁸¹ Aynı yönde bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 602; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere ..., s. 453.

⁹⁸² DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 382; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 602. Bir başka görüşe göre; “Dış dünyada, gerçeğe aykırı görüntü yaratan ve mağdurun denetim olanaklarını ortadan kaldıracak nitelikteki her türlü icrai davranış” hile olarak değerlendirilmelidir (CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere ..., s. 454).

⁹⁸³ KOCASAKAL'a göre, “kandırmak” suretiyle, mağdurun belirli bir davranışa adeta yönlendirilmesi, yöneltilmesi söz konusudur (KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 65).

⁹⁸⁴ YENİDÜNYA, 80. maddede yer alan “kandırmak” araç fiilinin, 157. maddede yer alan “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmak” ibaresi esas alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir (YENİDÜNYA, s. 196). Aynı yönde bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 109. EVİK, kandırmanın, hile boyutunda olmayan yalan açıklamaları da içerdiğini kabul etmekle, bu araç fiilin kapsamını daha da genişletmektedir (EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 407).

karşılaştırılmasında, mağdurun yanıtılması ve yönlendirilmesi bakımından bu iki yöntemin aynı bağlamda ele alınması gerektiğidir. Bu konuda daha geniş açıklamalara aşağıda maddi unsur bahsinde araç fiiller içerisinde yer verilecektir.

Yine 158. maddede birinci fıkrada (b) ve (c) bentlerinde, dolandırıcılık suçunun nitelikli halleri olarak belirtilen durumların, insan ticareti suçunda başvuru bazı araç fiillerle benzerlik teşkil etmesi söz konusudur. İlk olarak (b) bendinde yer alan, dolandırıcılık suçunun, “kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle” işlenmesi hali ile insan ticareti suçunun “kişinin çaresizliğinden yararlanmak suretiyle” gerçekleştirilmesi arasındaki benzerlik belirtilmelidir. Ancak, dolandırıcılık suçunun bu ağırlaşmış halinin söz konusu olabilmesi için, failin hem hileli hareketlerde bulunması hem de bunu kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartlardan yararlanmak suretiyle yapması gerekecektir. Bu halin, dolandırıcılık suçunun ağırlaştırıcı nedenini teşkil etmesinin, failin hileli hareketleri karşısında mağdurun daha kolay aldatılabilmesine neden olmasından kaynaklandığı gözden kaçırılmamalıdır. Oysa insan ticareti suçunda, mağdurun iradesine yönelen tek araç fiilin “kişinin çaresizliğinden yararlanma” olması mümkündür. Bu fiile ek olarak bir de mağdurun örneğin kandırılması ya da tehdit edilmesi aranmaz. Bu açıklamalardan çıkan bir diğer sonuç da, 158. maddedeki dolandırıcılık suçunda sözü edilen “kişinin içinde bulunduğu tehlikeli durum veya zor şartların” başlı başına kişinin iradesini etkileyecek ağırlıkta olmasının aranmadığı, yalnızca failin hileli davranışlarına karşı koymasını zorlaştıracak ölçüde olmasının yeterli olduğudur. Buna karşılık, insan ticareti suçunda çaresizliğin, mağdurun serbest bir iradeyle hareket etmesini engelleyecek ağırlıkta olması aranmalıdır⁹⁸⁵.

158/1. maddede öngörülen bir diğer ağırlaştırıcı hal, dolandırıcılık suçunun, “kişinin algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle” işlenmesidir. Algılama yeteneğinin zayıflığı pek çok nedenden kaynaklanabilir. Örneğin kişinin yaşının küçük olması veya akıl hastalığının bulunması gibi hallerde, algılama yeteneğinin zayıflığından söz edilebilir. Bu gibi örneklerin ise, insan ticareti suçunu “kişiler üzerindeki denetim

⁹⁸⁵ Interpretative notes, par. 63.

olanaklarından” veya yine “çaresizliğinden yararlanılarak” işlenmesi halleriyle benzerliğinin kurulması mümkündür.

Dolandırıcılık suçunun ETCK’da düzenlenen şeklinde, suçun “*yurt dışında iş bulmak, ikamet izni veya vize almak bahanesiyle*” işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılması öngörülmüştü (md. 504/1, bent 4)⁹⁸⁶. İnsan ticareti suçunda, mağdurların sahte iş bulma ya da evlilik gibi vaatlerle kandırılması ve maddi menfaat karşılığında, çalışacaklarını ya da evlilik yapacaklarını sandıkları yabancı ülkelere götürülmeleri, ancak burada pasaportlarına ve diğer yasal belgelerine el konularak zorla çalıştırılmaları, fuhşa zorlanmaları veya başka uygulamalara maruz kalmaları sık rastlanan durumlardır. Ancak, mağdurların gerçek dışı vaatlerle kandırılarak kendilerinden maddi menfaatlerin elde edildiği bu tür olaylar, ilk bakışta dolandırıcılığı andırmakla birlikte, çok daha karmaşık bir yapıyı içinde barındırmaktadır. İnsan ticaretinde fail, mağduru yanıltılarak, onun zararına, kendisinin veya başkasına bir yarar sağlamak için çok daha fazlasını hedeflemekte, ona adeta bir ticari meta gibi muamele ederek, çeşitli biçimlerde sömürmeyi istemektedir. 5237 sayılı TCK’da dolandırıcılık suçunun yeni halinde buna benzer bir ağırlaştırıcı nedene yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda, insan ticareti suçunun ve dolandırıcılığın iç içe geçtiği hallerden bahsetmek olasılığı da bulunmamaktadır. Yargıtayın da bugüne kadar verdiği çeşitli kararlarında dolandırıcılık ile göçmen kaçakçılığını karşılaştırdığına rastlanmaktaysa da, insan ticareti bakımından bu tür bir karşılaştırmayı içeren herhangi bir kararı bulunmamaktadır⁹⁸⁷.

Dolandırıcılık ve insan ticareti suçları arasındaki bu benzerliklerden başka iki suçun belli başlı farklılıklarından da söz edilmelidir. İlk olarak bu suçların maddi unsurları bakımından gösterdikleri farklılıklar dikkati çekmektedir. Dolandırıcılık suçunda maddi

⁹⁸⁶ Yargıtay 6. C.D., E. 1981/585 - K. 1981/795 sayılı ve 16.2.1981 tarihli Kararında; yurt dışında iş bulacağı konusunda söz vererek işçilerden para alınmasını dolandırıcılık kapsamında değerlendirmiştir. (YKD, Haziran 1981, S. 6, s. 784). Aynı yönde bkz. Y.6CD., E.. 2001/14386, K. 2002/246, Tebliğname : 6/70745 (<http://emsal.yargitay.gov.tr>, Erişim tarihi:27.03.2010).

⁹⁸⁷ Y.8.C.D.’nin E. 2006/5015, K. 2006/7663 sayılı ve 18.10.2006 tarihli Kararında; yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen kişiden, vize işlemlerini yaptıracığı vaadiyle para temin eden ve bu para karşılığında sahte vize düzenlenmesini sağlayan failin failinin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmadığı, ancak dolandırıcılık teşkil ettiğine hükmetmiştir (www.kazanci.com, Erişim tarihi:10.04.2009).

unsuru oluşturan hareket, hileli davranışlarda bulunmaktır⁹⁸⁸. Oysa insan ticaretinde 80. maddede belirtilen maksatlarla bir kimsenin kandırılması, “araç fiil” olup, maddi unsurun hareket kısmının yalnızca bir parçasını teşkil etmektedir. Hareketin tamam olması için, mağdurun kandırmak suretiyle ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, bir yerden başka bir yere götürülmesi, sevk edilmesi, kaçırılması veya barındırılması gerekecektir.

Dolandırıcılık suçunun neticesi, hileli davranışlarla aldatılan kimsenin veya başkasının zararına olarak, failin kendisine ya da bir başkasına yarar sağlamasıdır⁹⁸⁹. Dolandırıcılık, mala karşı işlenen bir suç olduğu için, burada malvarlığına ilişkin bir yarar sağlanması söz konusudur. İnsan ticareti suçunda ise, mağdurun kandırmak suretiyle hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, organlarının verilmesini sağlamak, fuhuş yaptırmak, zorla çalıştırmak gibi çeşitli şekillerde sömürmek maksadı bulunsa da, bu şekilde elde edilecek yarar suçun neticesini oluşturmamaktadır. Hatta bu sömürünün gerçekleşip gerçekleşmemesinin, suçun maddi unsurunun oluşumuna hiçbir etkisi yoktur. Bu yönüyle, dolandırıcılık suçundan farklı olan insan ticareti suçunda, mağdurun çeşitli yollarla sömürülmesi suretiyle nihai olarak “malvarlığına ilişkin bir yarar elde etme” maksadı bulunmakla birlikte, bu husus, manevi unsuru oluşturan saikle ilgilidir.

Bundan başka, iki suç arasındaki diğer önemli farklılıklar suçların konuları ve korunan hukuki menfaatler bakımındandır. İnsan ticaretinde, 80. maddede sayılan amaçlarla ticarete konu edilen “insan” iken, dolandırıcılık suçunun konusunu malvarlığına ilişkin değerler oluşturmaktadır⁹⁹⁰. Bunun da sonucu olarak, dolandırıcılık suçunda korunan hukuki menfaat “malvarlığı” olarak ortaya çıkmaktayken⁹⁹¹, insan ticaretinde yukarıda da belirtildiği gibi genel olarak korunan kişi özgürlüğünün içinde, özellikle “bireyin kendi geleceği hakkında karar verme ve bu doğrultuda hareket etme”

⁹⁸⁸ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 379; ÖNDER, Kişilere ve Mala..., s. 363 vd.; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 602; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere ..., s. 452, SELÇUK, s. 86.

⁹⁸⁹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 393; SELÇUK, s. 132. CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, bu suçta hileli harekete bağlı olarak ortaya çıkan iki netice bulunduğunu; bunların ilkinin mağdurun aldanması, ikincisinin ise failin, hilenin etkisiyle yarar sağlaması olduğunu belirtmektedir (Kişilere ..., s. 458).

⁹⁹⁰ TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, s. 600.

⁹⁹¹ ÖNDER, Kişilere ve Mala..., s. 364; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere ..., s. 449; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 599; EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 595.

özgürlüğü öne çıkmaktadır. Bununla birlikte, dolandırıcılık suçunda “hileli hareketler” sonucu kişinin aldatılmış olması nedeniyle, irade özgürlüğünün de suçun düzenlenmesiyle korunan bir başka değer olduğunu ileri süren yazarlar da bulunmaktadır⁹⁹². Kanaatimizce, dolandırıcılık suçunun düzenlenmesiyle, kanun koyucunun asıl amacı iradeyi korumak değil, irade özgürlüğünü ortadan kaldıran hileyle malvarlığında oluşacak zararı önlemektir. Ancak, bir suçun birden fazla hukuki menfaati ihlal edebileceğine, bu bakımdan bir suçun düzenlenmesiyle o fiil bakımından ön planda tutulan hukuki yararın yanında ikincil nitelikte başka bir takım değerlerin de korunmasının söz konusu olabileceğine yukarıda değinmiştik. Bizce dolandırıcılık suçunda asli olarak korunan hukuki menfaat malvarlığı olmakla birlikte, kişinin serbest iradesi ve karar verme yetisi de bu suç bakımından dolaylı ve ikincil nitelikte korunan bir değer olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle insan ticareti suçunun ihlal ettiği değerler bakımından ortak bir noktalarının bulunduğu, ancak dolandırıcılık suçun esas hukuki konusunun malvarlığı olması itibariyle, iki suçun birbirinden ayrıldığı da gözlenmektedir.

6. Fuhuş (TCK madde 227)

TCK'nun “fuhuş” başlıklı 227. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.

(2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır.

⁹⁹² SELÇUK, s. 73; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere ..., s. 449. ÖNDER, bu suçla ihlal edildiği ileri sürülen bir başka yarara da yer vermektedir. İkincil nitelikte oldupu belirtilen bu yarar, yine hilenin kullanılmasına bağlı olarak “kişinin güveni”dir. Önder, bu görüşe katıldığını açıkça ifade etmemekte, ancak hile ve desisenin yalnızca suçun işleme şekliyle ilgili ve bir araç olduğu kabul edilse de, bu özelliğin, dolandırıcılığı mala karşı işlenen diğer suçlardan ayırıcı bir niteliğe sahip olduğu görüşünü benimsemektedir (ÖNDER, Kişilere ve Mala Karşı..., s. 365).

(4) *Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına artırılır.*

Beşinci fıkrada, yukarıda belirtilen suçların koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan bazı kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, cezayı artırıcı sebep sayılmıştır.

ETCK'da 435 ve 436. maddelerde ayrı ayrı düzenlenen fuhşa teşvik ve fuhuş için aracılık fiilleri 5237 sayılı Kanunda tek bir maddede, 227. madde içinde ele alınarak, tek bir suçun ayrı ayrı hareketleri olarak cezalandırılmaktadır. Gerek fuhşa teşvik, gerek bunun yolunu kolaylaştırmak, gerekse fuhuş için aracılık bakımından, suça konu olan kişilerin, bu hareketlerin sonucunda fiilen fuhuş yapmış olmaları ya da fuhuş hayatına dahil olmaları aranmaz. Burada aracılık, kolaylaştırma ve teşvik, sonucundan soyut olarak cezalandırılmaları gereken tehlike hallerini ifade etmektedir⁹⁹³.

Failin hareketleri göz önünde bulundurularak, onda çocuğun veya diğer kişilerin ahlaki temayüllerini yıkararak, onu başkalarının cinsel arzularını tatmine yönelik bir ahlak düşkünlüğü içinde geliştirmek, böyle bir duruma sokmak istenmesi halinde fuhşa teşvikte fuhuş unsurunun gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir⁹⁹⁴. 227. maddenin genel ahlaka karşı suçlar arasında düzenlenmiş olduğu da dikkate alındığında; küçüklere ve diğer kişilere her ne suretle olursa olsun fuhuş yolunu açmak, fuhuşu öğretmek biçimindeki bir hareketi cezalandırmanın kanun koyucunun amacına da uygun olacağı görülmektedir. Bu çerçevede, fuhşa teşvikte, bu suça konu olan kişilerin bozulması, ifsat edilmesi aranırken, fuhuş için aracılık suçunda ise, bir kimseyi başkalarının cinsel,

⁹⁹³ DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 319. Her ne kadar 227/2. maddede, “fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır” biçiminde bir düzenleme getirilmiş olsa da, esasen burada fuhşa teşvikten ayrı ve daha ileri bir aşama olarak değerlendirilmesi gereken “başkasının fuhşunun sömürülmesi” söz konusudur. Ancak kanun koyucu bu halin cezalandırma kapsamında bulunması ve fuhşa teşvik kavramı içinde değerlendirilmesi yönünde bir irade ortaya koymuştur. Burada, sözü edilen halin örnek kabilinden belirtilmiş olup, bir tanıma işaret etmediğinin altı çizilmelidir.

⁹⁹⁴ ÖNDER, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 432 – 433. DÖNMEZER de; ETCK 435. maddede düzenlenen fuhşa teşvik suçunda; “başkalarının cinsel, şehvi ihtiraslarını tatmin için, kişinin teşvik olunması ve bunun yolunun kolaylaştırılması halinde” maddi unsurun gerçekleşeceğini savunmuştur (DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 313).

şehvi ihtiraslarını ya da zevkini tatmin için *sağlamaya çalışmak* söz konusudur⁹⁹⁵. Fuhşun yolunu kolaylaştırma ise, maddi bir takım fiil ve hareketlerle, fuhuş yapacak kişiye ve fuhuştan yararlanacak kişiye fırsat, araç ve imkan sağlama biçiminde anlaşılmalıdır⁹⁹⁶. Yerine göre bir adres verme biçiminde icrai bir hareketle ya da gereken yerde hiç harekete geçmemek biçiminde ihmali bir hareketle de işlenebileceği kabul edilmelidir⁹⁹⁷.

227. maddedeki suçlar ile 80. maddedeki insan ticareti suçu arasındaki ilk benzerlik her ikisinde de, suçun konusunun insan olması bakımındandır. Aynı şekilde hem insan ticareti suçunun hem de 227. maddedeki suçların mağduru çocuk ve yetişkin biçiminde ayrılan insanlardır.

227. maddenin birinci fıkrasında, çocuğun fuhşa teşviki, bunun yolunun kolaylaştırılması, bu maksatla tedariki veya barındırılması ve çocuğun fuhşuna aracılık düzenlenmiştir. Hükümde cebir, şiddet, tehdit gibi herhangi bir zorlayıcı vasıta kullanılmaksızın çocuğun fuhuş amacıyla “tedarik edilmesi”, “barındırılması” gibi hareketlerin sayılması, bu fıkrada düzenlenen suçu insan ticaretine yaklaştırmaktadır. Nitekim insan ticareti suçunda fuhuş yaptırmanın da dahil olduğu çeşitli amaçlarla çocuğun ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka yere götürülmesi, sevk edilmesi ya da barındırılmasında araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olması aranmamaktadır (m. 80/3).

Her iki suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde ortaya çıkan bu benzerliğe karşın, çok önemli farklılıkları da bulunmaktadır. 227. maddede belirtilen hareketlerin “fuhuş” maksadıyla gerçekleştirilmesi aranırken, 80. maddedeki suçu gerçekleştiren failin fuhuş yaptırmanın yanında, örneğin çocuğu aynı zamanda zorla çalıştırma, hizmet ettirme gibi diğer bir takım amaçlarla hareket etmesi mümkündür. Bunun yanında 80. maddede maddi unsuru oluşturan hareketlerin neler olabileceği belirtilmişken, 227. maddede

⁹⁹⁵ İbid., s. 315.

⁹⁹⁶ İbid., s. 318. Fuhşun yolunu kolaylaştırma ile fuhuş için aracılık birbirine çok yakın iki hareketi ifade etmekte olup, doğrudan bir aracılık faaliyeti içerisinde değerlendirilemeyen ancak örneğin aracılık eden kişiye maddi bir takım hareketlerle yardım etmeyi ifade eden faaliyetlerin “fuhuş yolunu kolaylaştırma” kapsamında değerlendirileceği şüphesizdir.

⁹⁹⁷ Bunun yanında, çocuğun fuhşunun kolaylaştırılmasına örnek olarak çocuğa makyaj yaparak ve uygun biçimde giydirerek yanında gezdirmek, ötekinden berikinden çocuk için randevu almak gibi hareketler de belirtilmiştir (İbid.).

çocuğun fuhuş maksadıyla tedariki ve barındırılması hariç; çocuğun fuhşa teşviki, bunun yolunun kolaylaştırılması ve fuhşa aracılık gibi genel ifadeler kullanılmış, bunların içeriğini teşkil edecek hareketler bakımından çeşitliliğe imkan verilerek, serbest hareketli bir suç düzenlenmiştir. Bu nedenle, örneğin çocuğun fuhuş yaptırma düşüncesiyle evlat edinilmesi halinde 227. madde uygulama alanı bulabileceksen, evlat edinme 80. maddede sayılan hareketlerden biri olmadığından insan ticareti suçundan söz edilemeyecektir⁹⁹⁸. Ancak, çocuğun fuhuş amacıyla tedariki veya barındırılması halinde, bu hareketler her iki suçun maddi unsuru içinde yer aldığından, failin hangi suçtan dolayı cezalandırılacağı konusunda tereddüt edilmesi mümkündür. Bu örnekte, bizce, insan ticaretiyle karşılaştırıldığında fuhuşla ilgili 227. maddenin daha özel bir alanı düzenlemesi sebebiyle, bu hükme göre cezalandırma yoluna gidilmesi yerinde olacaktır. Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalara aşağıda, suçların içtiması ile ilgili bölümde yer verilecektir.

227. maddenin ikinci fıkrasında, çocuklar dışında kalan kimselerin fuhşa teşvik edilmesi, bunun yolunun kolaylaştırılması, fuhuş için aracılık edilmesi veya yer temin edilmesi cezalandırılmaktadır. Bu hükümde suça konu olan kişilerin iradesini zorlayıcı ya da bunlar üzerinde etkide bulunacak, baskı yaratacak nitelikte herhangi bir araç fiile yer verilmediğinden, insan ticareti suçundan tamamen farklı olarak, bu suça konu olan kişilerin rızalarının bulunduğu haller söz konusudur.

2006 yılında 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanununun 45. maddesiyle 3. fıkra madde metninden çıkarılmıştır. İlgâ edilen hüküm şu şekilde düzenlenmişti: “*Fuhuş amacıyla ülkeye insan sokan veya insanların ülke dışına çıkmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre cezaya hükmolunur*”. Aynı Kanununun 3. maddesiyle “fuhuş yaptırma amacı” ile “ülkeye sokan” ve “ülke dışına çıkaran” ifadeleri 80. maddenin ilk fıkrasına eklenmiştir. Böylelikle, insan ticareti suçunda önemli bir saik olan “fuhuş yaptırma” konusundaki eksiklik giderilmiş ve bu suçun işleniş biçimleri arasında daha sık rastlanan, sınıraşan hareketler olması nedeniyle karışıklığa yol açabilecek “ülkeye sokan” ve “ülke dışına çıkaran” fiilleri daha doğru bir yerde düzenlenmiştir. Bununla

⁹⁹⁸ Ancak bunun doğal sonucu olarak çocuğun aynı kişilerce barındırılması halinde 80. maddenin uygulama alanı bulması mümkün olacaktır.

birlikte, 227/3. madde hala yürürlükte bulunsaydı dahi, araç fiillerin bulunmayışı bakımından insan ticareti suçundan ayrılacaktı.

227. maddenin dördüncü fıkrasında, “cebir, tehdit, hile ve çaresizlikten yararlanma” gibi insan ticareti suçunda da yer verilen araç fiillerden bazılarının başvurulması suretiyle kişilerin fuhşa sevk veya fuhuş yapmalarının sağlanması düzenlenmiştir. Öncelikle burada belirtilen “fuhşa sevk” kavramından neyin anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Buradaki “sevk” fiili, kişinin fail tarafından fuhşa *sürüklenmesini, yönelttilmesini, bu yola sokulmasını*, diğer bir ifadeyle kişinin fuhuş hayatına dahil olması için doğrudan bir harekette bulunmayı ifade eder⁹⁹⁹. Bu bakımdan, 80. maddedeki suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler arasında belirtilen “sevk etmek” ile 227/4. maddedeki sevkten birbirinden farklı olduğunun belirtilmesi gerekir. Nitekim, 80. maddede belirli amaçlarla mağdurun failin refakati olmaksızın, başkası aracılığıyla gönderilmesi söz konusu iken, 227. maddede “sevk” sözcüğünün, mecazi anlamda kullanıldığı¹⁰⁰⁰ ve “sürükleme”, “itme” anlamına geldiği görülmektedir. Diğer seçimlik hareket olan fuhuş yapmasını sağlamak biçimindeki fiilde ise, fuhuş aracılık yeterli olmamakta, suça konu kişinin fiilen fuhuş yapmış olması, bu netice ile failin fiil ve hareketleri arasında doğrudan bir nedenselliğin kurulabilmesi gereklidir. Bu açıklamalar ışığında; 227. maddenin dördüncü fıkrası ile 80. maddenin özellikle araç fiiller düşünüldüğünde, benzerlikler göstermesine karşın, asıl (amaç) fiiller bakımından birbirinden farklı olduğu

⁹⁹⁹ Fransız Ceza Kanununun 225-5. maddesinin 3. paragrafında “fuhuş için aracılık” kapsamında, bir kimsenin fuhuş amacıyla nakil ve sevk edilmesinin yanında “*embaucher en vue de la prostitution*” biçiminde bir harekete daha yer verilmektedir. Belçika Ceza Kanununun fuhuşla ilgili 380. maddesinin 1. paragrafında da (“*embaucher (...) en vue de la débauche ou de la prostitution*”) hemen hemen aynı ifade yer almaktadır. “*Embaucher*” sözcüğü Türkçede; “iş vermek, işe almak” ya da “kendisi ile birlikte sürüklemek, ayartmak” anlamlarına gelmektedir (SARAÇ, s. 494). DÖNMEZER, “*embaucher*” sözcüğünün bu ikinci anlamını benimseyerek, “*aracı ile kadın arasında, bu kadını fuhuşa sevk etmek, vermek için bir sözleşmenin meydana getirilmesi, ya da, daha doğru olarak – sözü geçen suçun işlenmesinde, yahut – fuhuş maksadıyla sözleşmenin meydana getirilişi dolayısıyla, cezalandırılan, sadece aracı olduğuna göre, meseleyi onun yönünden mütalaa ederek – fuhuş maksadıyla bir kadının hizmetlerinin taahhüt olunması*” suretinde, bu hareketin Türkçe karşılığını tespit etmiştir. (DÖNMEZER, Genel Adap..., s. 329). Fransız Ceza Kanununun ilgili hükmünde aynı zamanda “itmek, sürüklemek” ya da daha genel bir ifadeyle “sevk etmek” anlamında “*entraîner*” sözcüğüne de yer verilmiş olması, bu tespitin doğru olduğunu düşündürmektedir. Bizce, zaten bu anlamda “sevk etmek” sözcüğüne yer verilmiş olması sonucunda, gerek “fuhuş maksadıyla bir kadının hizmetlerinin taahhüt olunmasını”, gerekse diğer ihtimalde “fuhuş maksadıyla bir kadını kendisiyle birlikte götürmek ya da ayartmak” hareketlerini içeren bir düzenleme yapılmıştır. Buradan hareketle, 5237 sayılı TCK madde 227/4’te yer alan “fuhuşa sevk” biçimindeki ifadenin, her iki hareketi de içine alacak şekilde yorumlanabileceğini düşünmekteyiz.

¹⁰⁰⁰ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1527.

görülmektedir. Bu nedenle iki suç arasında tam bir örtüşmeden bahsedilmesi mümkün değildir.

227. maddede düzenlenen suçların, belirli kişiler tarafından sahip oldukları nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hali beşinci fıkrada cezayı ağırlaştırıcı bir hal olarak düzenlenmiştir. Böylece insan ticareti suçunda başvurulabilecek araç fiillerden biri daha 227. maddede düzenlenerek, iki suç arasında bir benzerlik daha kurulmuştur. Bu konuda, yukarıda 227. maddedeki ilgili suçlar hakkında yaptığımız açıklamaları tekrarlamakla yetiniyoruz. Nitekim bu konu da daha ziyade suçların içtimai bahsinde incelenecek sorunları gündeme getirmektedir.

Sonuç olarak, 227. maddede düzenlenen suçların büyük bölümü insan ticareti suçunun bir saiki olarak “fuhuş yaptırma” bakımından önem kazanmakta ve sonraki bir aşamaya işaret etmektedir. 80. maddede failin, diğer saiklerin yanında yahut tek başına, fuhuş yaptırma maksadıyla, araç fiiller vasıtasıyla mağdurlara yönelik bir takım fiillerde bulunması cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan, mağdurun, örneğin bu amaçla tedarik edilmesi veya nakledilmesi ile insan ticareti suçu gerçekleşmektedir. Mağdurun aynı veya farklı kişilerce fuhşa teşviki, fuhşuna aracılık edilmesi, fuhuş yapmasının sağlanması gibi fiiller, kronolojik olarak genellikle bundan sonraki aşamayı teşkil etmektedir. Bu iki suçun gerçekleşme zamanları bakımından bir örtüşmenin söz konusu olduğu hallerde ise, gerek araç fiillerin varlığı, gerekse amaç (veyahut asıl) fiillerin maddede tek tek sayılmış olması gibi nedenlerle iki suçu birbirinden ayırmak mümkün olmaktadır. Ancak bu konu artık, suçların içtimai ilişkine ilişkin bir mesele olduğundan aşağıda gerekli açıklamalar yapılacaktır.

D. Fail ve mağdur

1. Fail

Fail açısından, TCK'nın 80. maddesinde belirli bir nitelik aranmamış, maddede sayılan hareketleri yapan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddede benimsenen bu ifade tarzından, bir “özgü suç”un söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, suçun faili herkes olabilir.

Fiilin iki grup hareketi içeren karmaşık yapısı, suçun sınıraşan niteliği ve belirli bir süreç içerisinde gerçekleşmesi gibi özellikler nedeniyle, suça genellikle birden fazla kişinin katılımı söz konusudur. Ancak suçun işlenmesi için birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi zorunlu olmadığından, insan ticareti “çok failli” bir suç değildir¹⁰⁰¹. Fail olarak tek bir kişi de kanuni tipte yazılı hareketi gerçekleştirerek suçu işleyebilecektir. Bununla birlikte, suçun çoğu zaman iştirak halinde işlendiği belirtilmelidir.

Bundan başka, yukarıda suçun kriminolojik özelliklerinden bahsederken belirttiğimiz üzere, insan ticareti, organize suç örgütlerinin önemli faaliyet alanlarından birini teşkil etmektedir ve suçun failleri arasında, tek başına hareket eden kişilerden ziyade, suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün üyesi olan ya da bu örgüt adına hareket eden kişilerin ağırlıklı yeri tuttuğu görülmektedir.

Suçun faili, 80. maddede öngörülen suçun maddi unsuruna dahil olan araç fiilleri ve asıl hareketleri gerçekleştiren kişidir. Yukarıda, *Terminoloji* başlığı altında, “tacir”, “istismar eden” ve “müşteri” konusunda yapmış olduğumuz açıklamalar hatırlanacak olursa, bu kişi, suçun “insan ticareti” olarak isimlendirilmesinden de hareketle, genellikle “tacir” olarak ifade edilmektedir. İştirak kısmında ayrıntılı olarak irdelenecek olmakla birlikte, kanuni tanımda yer alan fiilleri birlikte işleyenler 37. madde anlamında fail olacaklardır. 80. maddede sayılan asıl hareketlerden hiçbirini yapmamış olsa da, sadece araç fiilleri gerçekleştiren kişi de, bu fiiller, suç bakımından vazgeçilemez öneme sahip olduğu için, fail sayılabilecektir¹⁰⁰². Bu nedenle, fail kavramını, yalnızca “tacir” ile sınırlamak doğru olmayacaktır.

¹⁰⁰¹ Suç tipini düzenleyen hükmün ihlal edilebilmesi için birden fazla kişinin fail olarak gösterildiği ve suçun işlenebilmesi için bunların hareketlerinin arandığı hallerde “çok failli suç”un söz konusu olacağı kabul edilmektedir. Böyle bir suçun, tek kişi tarafından işlenmesi mümkün değildir (ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 433; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 445).

¹⁰⁰² “...Hareket üzerinde hakimiyet kurmak, birlikte irtikap etmek şeklinde gerçekleşebileceği gibi, zımnî ve açık bir işbölümüne dayalı olarak hareketi birlikte gerçekleştirmeyi de kapsayabilir. Öyle ki, bu anlamda suçu sonuçlayan hareketi yapmayan, fakat bir başkasının bu hareketi yapması için gerekli ortamı hazırlayanlardan her birisi de fail sayılabilecektir. Buradan çıkartabileceğimiz sonuç, suçun işlenmesi sırasında mağdura yönelik olarak yapılacak hareketlerin çoğu kez yardım etme olarak değil, faillik olarak değerlendirilebileceği yönünde olacaktır. (...) Bıçaklama eylemi bitinceye kadar maktülün etkisiz kılacak biçimde tutmaya devam eden sanık Halil’in, Mustafa’nın evden aldığı bıçakla gelip maktüle yönelmesinden itibaren, “öldürme kastında” Mustafa’ile mutabık kaldığında ve zımnî bir işbirliği (işbölümü) ile öldürme suçuna katıldığında kuşku bulunmadığından, bu sanığın maktüle yönelik eyleminin 765 sayılı Yasa açısından 64. maddede düzenlenen “asli maddi iştirak” (birlikte suç işleme), 5237 sayılı Yasa açısından ise 37. maddede düzenlenen “faillik” kapsamında kaldığının kabul edilmesi gerekir” (Yarg. CGK, E. 2008/1-232, K. 2009/2, T:20.01.2009). Aynı yönde bkz. Yarg. 1. CD., E. 2008/10577,

İnsan ticareti suçunun faili ancak gerçek kişi olabilir. Öğretide, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte¹⁰⁰³, ceza hukukunda hareket yeteneğine yalnızca gerçek kişilerin sahip olabileceği esastan hareketle, tüzel kişinin hareket yeteneğinden söz edilemeyeceği, ancak yetkili organlarını oluşturan gerçek kişiler bakımından bu yeteneğin söz konusu olabileceği genellikle kabul edilmektedir¹⁰⁰⁴. 5237 sayılı TCK’da tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemiş, 20/2. maddede, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı, bunlar hakkında, ancak kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği düzenlenmiştir¹⁰⁰⁵. Belirli bir suç nedeniyle tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için, o suçü düzenleyen hükümde bunun ayrıca öngörölmüş olması gereklidir (TCK, md. 60/4). İnsan ticareti suçuyula ilgili 80. maddenin son fıkrasında “bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerine hükmolunur” denilmek suretiyle bu yönde bir düzenleme yapılmıştır. Ancak madde metninde yer alan “bu suçlardan dolayı” ifadesini yerinde bulmamaktayız. Çünkü 80. maddede tek bir suç düzenlenmiş, bu suçun nitelikli halini oluşturan herhangi başka bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu nedenle, buradaki ifadeyi “bu suçtan dolayı” biçiminde anlamak gerekir.

Suçun kriminolojik özelliklerinden bahsederken belirttiğimiz üzere, insan ticareti suçunun işlenmesinde, “au-pair”, mankenlik ya da evlilik ajansları ve seyahat şirketleri gibi yasal bir görünüm altında faaliyet gösteren paravan şirketlerin kullanılmasına sıklıkla rastlanmaktadır. İnsan ticareti suçunun önlenmesi ve cezalandırılması kapsamında, suçun faili olarak hareket eden gerçek kişilerin ceza sorumluluğunun yanında, bu ajans ya da şirketler aracılığıyla işlenen fiillerin de yaptırım altına alınması zorunludur. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin 10. maddesinde, tüzel

K. 2009/7790, T: 16.12.2009. (Her iki kararı aktaran: YAŞAR, Osman – GÖKÇAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 1087)

¹⁰⁰³ Bu görüşler için bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 239 vd.; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 223 vd.; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 35 vd. ; ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 293 vd.

¹⁰⁰⁴ KANGAL, Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2003, s. 125; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 224; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 240 vd.

¹⁰⁰⁵ Maddenin gerekçesinde, bu düzenlemenin Anayasanın 38. maddesinde öngörölen “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmektedir.

kişilerin sorumluluğu ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. İnsan Ticaretine İlişkin Protokolün 1.maddesinin 2. paragrafına göre, Protokolde belirtilen suçların Sözleşme uyarınca belirlenmiş suçlar olarak kabul edileceğinden, Sözleşme'nin tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin 10. maddesi Protokol bakımından da uygulanacaktır. Buna göre; Protokolde düzenlenen suçlar bakımından tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için Taraf Devletlerin, kendi hukuk ilkelerine göre gerekli önlemleri alması gereklidir. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında, bu sorumluluğun cezai, hukuki veya idari nitelikte olabileceği belirtilmektedir. Önemli olan, tüzel kişilerin, etkin, orantılı ve caydırıcı yaptırımlara tabi olmasının temin edilmesidir.

Sorumluluğun bu şekilde üç tür olabileceği yönündeki tespit, bu konuda daha ayrıntılı hükümler içeren 2005 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 22. maddesinde de yer almaktadır. Buradaki düzenlemenin, AB Konseyi'nin insan ticaretine ilişkin 2002 tarihli Çerçeve Kararının 4. maddesiyle neredeyse birebir örtüştüğü belirtilmelidir. Bu konuda, uluslararası düzenlemelerle ilgili bölümde gerekli açıklamalara yer vermiş olduğumuz için, bu kısımlara gönderme yapmakla yetineceğiz.

TCK'nın 80/4. maddesi ve tüzel kişilerin sorumluluğu bakımından kabul ettiği sistem, bu belgeler ışığında değerlendirildiğinde, tüzel kişi hakkında "güvenlik tedbirleri"nin uygulanmasının; ne cezai, ne idari ne de hukuki nitelikteki sorumluluğun karşılığı olmadığını belirtmek isteriz. Bununla birlikte, TCK madde 60'ta tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbirlerine bakıldığında (iznin iptali, müsadere), bunların da sonuçları itibariyle esasında ceza niteliğinde olduğu tespit edilmektedir¹⁰⁰⁶. Bu nedenle, belli ölçüde de olsa, bu konuda İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ve Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin gereğinin yerine getirildiği kabul edilebilir¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 226.

¹⁰⁰⁷ Bunların dışında, insan ticareti mağdurunun, uğradığı maddi ve manevi zararlardan dolayı, tüzel kişi aleyhine tazminat davası açmasını engelleyen bir durum bulunmadığından, mevzuatımıza göre tüzel kişinin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk, 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 41 ve devamı maddelerine göre tespit edilecektir. Aynı konu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı ve 11.01.2011 tarihli Türk Borçlar Kanununun 49 vd. maddelerinde düzenlenmektedir.

2. Mağdur

Doktrinde suçun pasif süjesi olarak da ifade edilen mağdur, ceza hükmünün koruduğu hak ve yararın maliki veya bunlar üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi olarak kabul edilir¹⁰⁰⁸. Diğer bir ifadeyle, suç ile zarar verilen veya tehlikeye konulan hukuki menfaatin sahibi olan kimse mağdur olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰⁹.

Her suçta zarar gören veya tehlikeye konulan bir menfaat bulunduğuna göre, her suçun aynı zamanda belirlenmiş veya belirlenebilir bir mağduru da bulunur¹⁰¹⁰. Özellikle hukuka uygunluk sebebi olarak mağdurun rızası, şikayet hakkı, davaya katılma gibi konular bakımından, suçun mağdurunun tespiti meselesi önem taşır¹⁰¹¹.

Ceza hukuku da dahil bütün hukuk dallarında süje bir insan ya da diğer bir ifadeyle şahıstır. Bu bakımdan yalnız gerçek veya tüzel kişiler, bir topluluk teşkil eden kişiler suçun mağduru olabilir¹⁰¹². Bunun dışındaki bir şey, suçun konusu olabilirse de mağduru olamaz¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁸ EREM, Suçun Konusu, s. 21; ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması ..., s. 141.

¹⁰⁰⁹ ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması ..., s. 145; DÖNMEZER – ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, Onikinci Bası, Beta, s. 426; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 507.

¹⁰¹⁰ TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 183.

¹⁰¹¹ TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 179; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 505.

¹⁰¹² EREM, Suçun Konusu, s. 22; TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 175; DÖNMEZER – ERMAN, bir hakkın sahibi olmak için bir kişiliğe sahip bulunmayı şart koştuklarından, ancak gerçek kişilerin ya da tüzel kişiliği haiz kişi topluluklarının mağdur olabileceği görüşündedir. (Ayrıntılı açıklama için bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. II, s. 427). Biz, korunan hukuki menfaati, hukuken kabul edilen ideal değerler, yararlar veya varlıklar olarak kabul ettiğimizden, bu menfaatin, her zaman bir hakkı ihtiva etmesi zorunluluğu olmadığı sonucuna varmaktayız. Bu bakımdan, bir hakkın süjesi olamamakla birlikte bir takım kişileri etrafında toplayan menfaat gruplaşmalarının bulunduğu gerçeğinin göz ardı edilemeyeceğini, bu nedenle de aile, toplum, uluslararası toplum gibi grupların da suç mağduru olarak kabul edilebileceğini belirten TOROSLU'nun görüşlerine tamamen katılmaktayız. (TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 184).

¹⁰¹³ DÖNMEZER – ERMAN, C. II, s. 427; TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 175. Bazı yazarlar, her suçun genel ve özel olmak üzere iki pasif süjesi olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, her suç, özel varlıkları veya menfaatleri ihlal etmek suretiyle dolaylı olarak, bu özel varlık veya menfaatlerin bir sentezinden ibaret bulunan ve ceza hukukuyla korunan genel menfaati de ihlal etmektedir. Bu genel menfaatin ise suç ile bozulan sosyal disiplini korumakla yükümlü olan Devlete ait olduğu şüphesizdir. Suç, devletin koyduğu bir kuralın ihlali olduğuna göre; her suç, dolaylı da olsa, devlete ait genel bir kamu menfaatinin ihlalini teşkil ettiğinden, devlet, her suçun devamlı pasif süjesidir (TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, s. 178 – 179; DÖNMEZER – ERMAN, C. 1, s. 335). Bu yaklaşımı benimseyen bir diğer yazar EREM, devleti “şekli pasif süje” sayan anlayışa da karşı çıkmakta ve devletin, koyduğu kurallara riayet edilmesi hususundaki menfaatinin gerçek bir menfaat olduğunu belirtmektedir (EREM, Suçun Konusu, s. 21). Aksi görüşte olan ÜNVER ise, bu yaklaşımın modern devlet anlayışı, hukuk ve ceza hukukunun ödeviyle bağdaşmadığını belirtmekte ve devletin, toplumun ve toplulukların taşıyıcılık ve temsilciliğini yaptığı hukuksal değerlerin sahibinin yalnızca birey olduğu görüşünü savunmaktadır (ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması..., s. 142). Yazar, bütün suçların bireye karşı işlendiğini, ceza normu yaratmanın devlet bakımından subjektif bir hak olmayıp bireyin korunması

Biz de, suçun mağdurunu; ihlali zorunlu bulunan menfaatin sahibi, diğ er bir ifadeyle ihlali suçun esasını teşkil eden menfaatin veya hakkın s üjesi¹⁰¹⁴, suç oluşturan fiilden doğrudan doğruya tecavüze uğrayan kimse olarak kabul etmekteyiz. İnsan ticareti gibi birden çok hukuki menfaatin korunduğ u bir suçta bu kriteri uyguladığımızda, suçla korunan gerçek hukuki menfaatin tespiti, mağdurun belirlenmesi konusunda da yol gösterici olacaktır. Bu konuda, korunan hukuki menfaatle ilgili bölümde yaptığımız açıklamalar hatırlanacak olursa, “kişinin serbestçe irade oluşturma ve bu doğrultuda karar verme, kendi geleceğini belirleme” hakkı, insan ticareti suçunda birincil derecede korunan hukuki yarar olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla suçun mağduru da, bu hakkın s üjesi, fiille bu yararı doğrudan doğruya tecavüze uğrayan kişidir.

Tüzel kişilerin kural olarak suç mağduru olmalarını engelleyen bir durum olmamakla birlikte, insan ticareti suçunun bir tüzel kişiye karşı işlenmesi mümkün değildir. Gerçekten de bir tüzel kişinin “serbestçe irade oluşturma ve bu doğrultuda hareket edebilme, kendi geleceğini belirleme” hakkından söz edilemeyeceğ i açıktır. Yine aynı nedenle, tüzel kişiliğ i olmayan belirli kişi topluluklarının da suçun mağduru olarak kabul edilmesine imkan bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kamu düzeni, uluslararası toplum gibi bu suçun ihdasıyla ikincil derecede korunması amaçlanan hukuki varlıkların da bulunduğ unu tespit etmiştik. Bir tüzel kişilik olarak devlet, burada, “kamu düzeni” olarak belirtilen menfaatin taşıyıcısı durumundadır. Aynı şekilde “uluslararası toplum düzeni” biçiminde belirlenen yararın taşıyıcısı olarak da uluslararası toplumu oluşturan devletler belirtilebilir. Ancak bu hallerde de, suçun asıl mağduru, kamu düzeninin ve uluslararası toplum düzeninin bozulmasıyla zarar gören bireylerdir.

için bir görev olduğunu ve bu görev ve yetkinin de sınırlı olduğunu belirtmektedir (ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması..., s. 580). Hukuksal değerler bireyle ilgili, bireye hizmet eden ve onun özgür gelişimi için ihtiyaç duyduğ u konulardır. Bu kapsamda örneğ in ekonomik düzen, kamu düzeni, yargı gibi değerlerin de Devlete ait olduğ u düşüncesi doğru değildir. Bazı suç tiplerinde korunan hukuki menfaatler insana ait olmakla birlikte, bu değerlerin ya da menfaatlerin taşıyıcıları bireylerden oluşan topluluklar olabilmektedir (İbid., s. 577-579). Biz de bu konuda, bireyi üstün tutan ve devleti, bireyden ayrı ve onunla çatışabilecek, hak sahibi bir s üje olarak kabul etmeyi reddeden bu görüşe katılmaktayız. Devletin müşterek hayat şartlarını teminat altına almaktaki menfaati, diğ er bir ifadeyle suç olarak öngörülen fiillere karşı toplumu savunmadaki menfaati, ceza hukuku korumasının konusunu oluşturmaktadır /EREM – TOROSLU, s. 41). ancak bu durum Devleti dolaylı olarak suçun pasif s üjesi ya da mağduru haline getirmez.

¹⁰¹⁴ ANTOLISEI: L'offesa, 111'den aktaran: TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 177.

Suçun mağduru olan gerçek kişinin, yaşayan bir insan olması ve suçla korunan hukuki varlık veya menfaatlerin sahibi olması yeterlidir. Bunun yanında mağdurun ayrıca kusur yeteneğine (isnat yeteneğine) ya da medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması aranmaz. Bu nedenle, mağdurun tam ya da kısmi akıl hastalığına sahip olması, çocuk olması veya bir takım yasal kısıtlamalara tabi olması mağdur sıfatını taşımasına engel değildir¹⁰¹⁵. Bununla birlikte, henüz doğmamış bir insanın, diğer bir ifadeyle ceninin mağdur olarak kabul edilmesine imkan yoktur¹⁰¹⁶. Doğumdan itibaren insan, yaşayan bir varlık olarak bu sığfata sahip olacaktır. Ölmüş bir kişi, herhangi bir yararın veya hakkın taşıyıcısı ya da süjesi olamayacağından, suçun mağduru olarak da kabul edilemez. Bununla birlikte, bir ölünün ceset veya kemiklerinin alınarak nakledilmesi halinde, insan ticareti suçu oluşmazsa da, bu fiilin “kişinin hatırasına hakaret suçu” kapsamında, TCK’nın 130/2. maddeye göre cezalandırılması mümkün olabilecektir.

80. maddede, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tabi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla belirli araç fiiller vasıtasıyla ülkeye sokulan, ülke dışına çıkarılan, tedarik edilen, kaçırılan, bir yerden başka bir yere götürülen, sevk edilen veya barındırılan “kişiler” denilmektedir. Bu düzenlemeye bakıldığında, mağdurun herkes olabileceği ve yaşı, cinsiyeti, uyruğu gibi özellikleri açısından herhangi bir kısıtlamanın bulunmadığı görülmektedir. Bununla birlikte, insan ticareti suçunun ilk ortaya çıkışından itibaren en çok kadınlar ve çocuklara karşı işlendiği görülmektedir¹⁰¹⁷. Ek Protokolün başlığında da “İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin” önlenmesi, durdurulması ve cezalandırılmasından söz edildiği dikkati çekmekte ve buna ek olarak Protokolün “Amaç” başlığını taşıyan 2. maddesinin a) bendinde; mağdur olarak “kadın ve çocuklara özel önem” verileceği belirtilmektedir. Buna paralel olarak, Protokolün çeşitli maddelerinde mağdurların durumunu ilgilendiren düzenlemelerde “kadın ve çocuk” mağdurlara özel bir vurgu

¹⁰¹⁵ TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 180; DÖNMEZER – ERMAN, C. II, s. 427.

¹⁰¹⁶ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 508.

¹⁰¹⁷ Nitekim insan ticaretine ilişkin ilk uluslararası düzenlemeleri teşkil eden ve BM nezdinde imzalanan; 18 Mayıs 1908 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılmasına Dair Uluslararası Anlaşma, 4 Mayıs 1910 tarihli Beyaz Kadın Ticaretinin Cezalandırılması konusunda Paris Sözleşmesi, 30 Eylül 1921 tarihinde Cenevre’de imzalanan Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme, 11 Ekim 1933 tarihli Yetişkin Kadın Ticaretinin Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme gibi kaynaklarda fiilin bu yönüne vurgu yapılmıştır.

yapılmaktadır. Bugün de daha savunmasız durumda olmaları nedeniyle kadın ve çocukların oranı, diğer mağdurlarla karşılaştırıldığında daha yüksektir¹⁰¹⁸. Amerika Birleşik Devletleri İstihbarat Merkezi de (*United States Central Intelligence Agency*), insan tacirlerinin, ticareti yapılan her bir kadın üzerinden 250.000 dolar kazanç elde ettikleri yönünde bir tahminde bulunmaktadır¹⁰¹⁹. Mağdur olarak kadınların sayıca daha fazla olmasının en önemli nedeni, insan ticaretinin fuhuş ağırlıklı cinsel sömürü amacıyla işlenmesinin sıklığıdır¹⁰²⁰. İnsan ticareti mağduru olan çocukların genellikle az gelişmiş ve yoksulluğun yaygın olduğu ülkelerdeki çok kötü ekonomik koşullar içinde yaşayan ailelerden geldikleri tespit edilmektedir¹⁰²¹.

Bazı hallerde suçun maddi konusu ile mağdur çakışabilir. Bu olasılığın, suçun ihlal ettiği hukuksal değer sahibi ile suç teşkil eden eylem kendisine karşı işlenen kişinin aynı olması halinde ortaya çıktığı belirtilmiştir¹⁰²². Adam öldürme ve tehdit suçlarında durum böyledir. İnsan ticareti suçu bakımından da aynı örtüşme gerçekleşmektedir. İnsan ticareti suçunda suçun hem mağduru hem de konusu insandır¹⁰²³. Çünkü insan, bu suçta, hem korunan hukuki menfaatlerin çoğu bakımından taşıyıcıdır, hem de fiil, insana karşı ya da insan üzerinde işlenmektedir¹⁰²⁴.

Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kişinin birbirinden farklı ve karıştırılmaması gereken kavramlar olduğuna da dikkat edilmelidir. Bazı hallerde bu ikisinin aynı süjede birleşmesi mümkündür. Mağdur, ceza hukukuna ait bir kavram olmasına ve mağdurun, ceza ilişkisinin tarafı olmasına karşın, suçtan zarar görenin tazminat hakkı açısından ele alınmasında özel hukuka ait bir kavram ortaya çıkar¹⁰²⁵. Belirli bir suçta, bu suçun

¹⁰¹⁸ DUSCH, Sabine, *Le trafic d'êtres humains*, PUF, Collection Criminalité Internationale, Paris, 2002, s. 7. Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 61.

¹⁰¹⁹ Gillian CALDWELL et Al., *Crime and Servitude: An Exposé of the Traffic in Women for Prostitution From the Newly Independent States 14 (1997)*'den aktaran: HAYNES, s. 223.

¹⁰²⁰ OIPC-Interpol, Assamblée générale, Budapest, 24-28 septembre 2001'den aktaran; DUSCH, s. 7.

¹⁰²¹ Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, European Commission, Directorate-General Justice, Freedom and Security, Brussels, 22 December 2004, s. 97.

¹⁰²² ÜNVER, *Ceza Hukukuyla Korunması ...*, s. 143; DÖNMEZER – ERMAN, C. 2, s. 426.

¹⁰²³ Aynı yönde bkz. TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, *Ceza Özel Hukuku*, s. 107; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 61, YENİDÜNYA, s. 168.

¹⁰²⁴ EREM'e göre; şahıslara karşı işlenen suçlarda (örneğin müessir fiilde), çoğunlukla maddi konu, suçun mağduru ve suçtan zarar görenle birleşmiştir (EREM, Suçun Konusu, s. 22)

¹⁰²⁵ EREM, Suçun Konusu, s. 21; DEMİRBAŞ, s. 507; DÖNMEZER – ERMAN, C. II, s. 426.

mağduru dışındaki bir diğer kimse de hukuken korunan bir hakkının ihlali dolayısıyla zarara uğramış ve bu zararın tazminini talep etme hakkı doğmuş olabilir¹⁰²⁶.

80. maddede, maddi unsurun içinde yer alan baskı, cebir, tehdit, şiddet, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak biçimindeki araç fiillere başvurulması nedeniyle, mağdurun rızasının geçersiz sayılacağı öngörülmüştür (fıkra 3). Gerçekten de, yukarıda sayılan fiiller gerçekleştirildiğinde, mağdurun özgür iradesinden ve bunun sonucunda gerçek bir rızadan söz etmek mümkün değildir. Bu konu, aşağıda hukuka aykırılık unsuru başlığı altında inceleneceğinden, burada yalnızca mağdur bakımından bu özelliği tespit etmekle yetiniyoruz.

Üçüncü fıkroda onsekiz yaşını doldurmamış mağdurlar, diğer bir ifadeyle çocuklar¹⁰²⁷ bakımından, araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da, suçun oluşacağı ve failin birinci fıkroda belirtilen cezalarla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada, ETCK'nın 414 ve 415. maddelerinde, ırza geçme ve ırza tasaddi suçları bakımından kabul ettiği mefruz, diğer bir ifadeyle “varsayılan cebir” hallerine benzer bir düzenlemenin 80. maddedeki insan ticareti suçunda getirildiğini görüyoruz. 18 yaşından küçük mağdurlar hiçbir araç fiile maruz kalmadan, rızalarıyla bu suçun konusu haline gelseler de, bu rızaya hiçbir değer verilmemektedir. Bu halde, adeta araç fiillerin kullanıldığına dair bir karine kabul edilmektedir. Bunun nedeni, çocukların, bu suç bakımından, gerçek bir cebir, şiddet veya tehdide rızaya ehil olmadıklarının kabul edilmesidir¹⁰²⁸. Bütün araç fiiller bakımından bu husus kabul edilmiştir. Bu konu da hukuka aykırılık unsuru bahsinde ayrıca ele alınacaktır.

İnsan ticareti suçunun, mağdur hususunda dikkat çeken bir diğer özelliği, fiilin genellikle birden fazla sayıda mağdura yönelmesidir. Bu konuda genel bir kuraldan söz

¹⁰²⁶ DÖNMEZER – ERMAN, C. II, s. 426 – 427.

¹⁰²⁷ TCK'nın 6/1, b) maddesine göre; “çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır”.

¹⁰²⁸ 765 sayılı TCK'nın 414. maddesinde düzenlenen “onbeş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçme” suçunun İtalyan Ceza Kanunundaki karşılığı olan maddeyle ilgili olarak, 1889 İtalyan Ceza Kanunu Tasarına ait Bakanlık Raporunda şu açıklama yer almıştır: “Gerçek bir cebre herhangi bir nedenle rızaya ehil olmayan bir kişi üzerindeki nüfuz kötüye kullanıldığı takdirde gerçekleşen mefruz cebri muadil saymak gerekir ve kanun da böyle yapmıştır” (Manzini, V, 513, not 2; Majno, III, 138, N. 1464'den aktaran: DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile..., s. 67).

edilemese de, bir insan ticareti suçunda bir tek mağdurun söz konusu olduğu hallerin sayısı oldukça azdır¹⁰²⁹.

İnsan ticareti suçunda mağdurun; bir ülkeye yasadışı girmek, tacirler tarafından suç faaliyetlerinde kullanılması gibi diğer fiiller bakımından cezai sorumluluğunun bulunup bulunmayacağı konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün, 2.maddesinin (b) bendinde, insan ticareti mağdurlarını, onların insan haklarına bütünüyle saygı göstererek korumak ve onlara yardım etmenin amaçlandığı belirtilmiştir. Ancak, Ek Protokolde, mağdurların cezalandırılmasına açıkça karşı çıkan bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, BM Genel Kurulunun ve İnsan Hakları Konseyinin insan haklarına ve insan ticaretine ilişkin Tavsiye Kararları ve İlke Kararlarında; insan ticareti mağdurlarının, geçiş ülkelerine veya hedef ülkelere yasadışı girmeleri veya burada yasadışı koşullarda bulunmaları nedeniyle, ya da insan tacirleri tarafından zorlanmaları sonucu yer aldıkları yasadışı faaliyetlerden dolayı suçlanmamaları ve yargılanmamaları gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³⁰. İnsan ticareti mağdurlarının yasadışı faaliyetlerinden dolayı cezalandırılmamaları ilkesini benimseyen ülkelerin temelde iki farklı modelden birini uyguladıkları belirtilmektedir: zorlama modeli ve nedensellik modeli¹⁰³¹. Zorlama modeli, İnsan Ticaretiyle Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 26. maddesinde kabul edilen sistemdir. Buna göre; her Taraf Devlet, hukuk sisteminin temel prensiplerine uygun olarak, mağdurların, zorlayıcı araçların etkisiyle yer aldıkları yasadışı faaliyetlerden dolayı cezalandırılmaması imkanını öngörecektir. Nedensellik modeli ise, genel olarak, mağdurun, doğrudan ya da

¹⁰²⁹ “Sanığın Ukrayna’dan Türkiye’ye gelen kişileri fuhuş için tedarik ettiğinin Ukrayna emniyet güçlerince müştekilere bildirilmesine karşın ...” (Y.8.CD., E. 2007/2806, K. 2007/4240, T: 30.5.2007) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 10.02.2010); “Türkiye’ye giriş yapan mağdure Olesa’yı fuhuş yapması amacıyla İstanbul havaalanında karşılayıp (...), yine mağdure Valya’yı (...) yakalandıkları eve getiren ...” (Y.8.CD., E. 2008/17969, K. 2010/12928 (Yayınlanmamıştır); “Sanıkların (...) yurt dışından temin edilen mağdurları fuhuş amaçlı pazarlamak için örgüt kurdukları ...” (Y. 8CD., E. 2008/12977, K. 2009/9829) (Yayınlanmamıştır).

¹⁰³⁰ Bu prensipleri ortaya koyan BM belgeleri arasında BM Genel Kurulu, İnsan Hakları Konseyinin 11. Oturumunda kabul edilen Kararı (3.md. (b) bendi) (UN Doc. A/HRC/11/L.6); BM Genel Kurulunun 20.12.2004 tarihli ve 59/166 sayılı Kararı, par. 18 (UN Doc. A/Res/59/166); 19 Aralık 2006 tarihli ve 61/144 sayılı Kararı, par. 8 (UN Doc. A/Res/61/144) belirtilebilir (Bu belgelerin İngilizce ve Fransızca metinlerine ulaşmak için bkz. http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=137) (Erişim tarihi: 13.10.2010).

¹⁰³¹ Les Ripostes Juridiques Appropriées Pour Combattre la Traite des Personnes - Guide à L’usage des Parlements, Forum Parlementaire Consacré à la Lutte contre la Traite des Etres Humains, Projet établi par L’Office des Nations Unies Contre la Drogue et Le Crime, 12 fevrier 2008, s.15 vd. (bkz. <http://www.ipu.org/splz-f/vienna08/handbook.pdf>) (Erişim tarihi: 02.05.2010).

dolaylı olarak insan ticareti teşkil eden fiillerden kaynaklanan, bunların neticesi olarak ortaya çıkan yasadışı faaliyetleri nedeniyle cezalandırılmaması esasına dayanmaktadır¹⁰³². Kanaatimizce bu iki sistemi birbirinden ayıracak kesin çizgiler bulunmamaktadır. Esasında “zorlama modeli” olarak adlandırılan halde de, mağdurun dahil olduğu yasadışı faaliyetler, yine insan ticaretiyle doğrudan bir nedensellik bağı içerisindedir. Nedensellik modeli içinde de, çoğunlukla mağdura yönelik zorlayıcı araçlar kullanılması, mağdurun cezai sorumluluğu gerektiren fiilleri ile insan ticareti fiilleri arasındaki bağı teşkil etmektedir. Deyim yerindeyse, “yapay modeller” oluşturulması suretiyle değil de, mağdurun hareketlerini yönlendiren iradesinin ne ölçüde serbest olduğu konusuna ağırlık vererek, ceza hukuku içerisinde zaten mevcut olan mekanizmalar aracılığıyla somut olaylar bazında bu sorunun çözülmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

E. Konu

Suçun konusunu, maddi ve hukuki konu olmak üzere iki ayrı başlık altında inceleyen ve suçla korunan hukuki menfaati ifade etmek için “hukuki konu” deyimini kullanan görüşler bulunduğunu yukarıda hukuki menfaatle ilgili genel açıklamalara ilişkin bölümde belirtmiştik. Bu ayırım temelinde, suçun maddi konusu¹⁰³³ ile kastedilen, kanuni tipte belirtilen hareketin ya da saldırının yöneldiği konu¹⁰³⁴, suçun üzerinde işlendiği insan veya objedir¹⁰³⁵. Biz, “hukuki konu” yerine, “korunan hukuki menfaat” terimini tercih ederken, hareketin yöneldiği veya suçun üzerinde işlendiği kişi veya objenin, gerçek anlamda suçun konusunu teşkil ettiğini düşündüğümüzden, “maddi konu” yerine “konu” demeyi tercih etmekteyiz.

¹⁰³² Nedensellik modeline örnek olarak BM Kosova Misyonunun İnsan Ticaretinin Yasaklanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 8. bölümü belirtilmektedir. Bu modele örnek ülke mevzuatlarına da; 16/2004 sayılı İnsan Ticareti Hakkında Panama Yasasının 19. maddesi, İnsan Ticareti Mağdurlarının Korunması Hakkında 2000 tarihli ABD Yasasının 112. maddesi, İnsan Ticareti Hakkında 2007 tarihli Jamaika Yasasının 8. maddesi sayılmaktadır. Bu düzenlemelerin içeriği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Les Ripostes Juridiques Appropriées Pour Combattre la Traite des Personnes, s. 16.

¹⁰³³ EREM'e göre, “suçun maddi konusu” terimi, kavramı tam anlamıyla ifade edememekte, yalnızca suçun hukuki konusundan ayrı bir kavramı ifade ihtiyacını karşılamaktadır. Nitekim bazı suçların konusu maddi değildir. Bu konuda şerefe ve haysiyete karşı suçları örnek göstermek mümkündür. (EREM, Faruk, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, AÜHFD, 1968, S. 1-2, s. 12)

¹⁰³⁴ ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması ..., s. 124; EREM, Suçun Konusu, s. 14; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 303.

¹⁰³⁵ CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 222; DEMİRBAŞ, s. 504.

Doktrinde suçun konusu ve korunan hukuki menfaat kavramlarını birbirinden ayırırken, üzerinde tipik hareket icra edilen kişi veya şeyin, diğer bir ifadeyle suçun konusunun “somut” bir niteliği bulunmasına karşılık, hukuki menfaatin “manevi nitelikli ideal değer” olduğu da belirtilmektedir¹⁰³⁶. Örneğin hırsızlık suçunda, “taşınır mal”, suçun konusu iken, “zilyetlik”, suçla korunan hukuksal değerdir. Yine bunun gibi kasten yaralama suçunda, suçun konusu “yaralanan kişinin vücudu” olmasına karşın, korunan hukuki menfaat, “vücut bütünlüğü” olmaktadır. Bazen bir hareketin objesi ile hukuksal değer aynı şey olabilirse de, bu özdeşlik zorunlu değildir¹⁰³⁷.

TOROSLU’ya göre; suçun konusu, yalnızca tipik hareketin üzerinde maddi olarak meydana geldiği obje veya şey değil, aynı zamanda hareketin doğrudan doğruya kendisine dayanarak ortaya çıkmak zorunda olduğu doğal varlıklardır¹⁰³⁸. Bunun anlamı, hareketin yöneldiği konunun aynı zamanda suç tipinde belirtilen konu olması gerektiğidir.

Suçun konusu, “tipik hareketin üzerinde icra edildiği şey” olarak belirtildiğinden, konunun tespit edilmesi öncelikle suçun kanunilik unsuru (tipiklik) bakımından önem kazanmaktadır. Bunun yanında, konu, yine hareketin yöneldiği obje olmakla, “maddi unsur” bakımından önemli bir parçayı teşkil etmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki, suçun konusunun bulunması, suçun mutlaka varlığını ifade etmez¹⁰³⁹. Bunun tersini değerlendirecek olursa, suçun konusunun somut olarak bulunmaması da her zaman suçun oluşmaması sonucunu doğurmaz. Örneğin, bu durum, koşulları bulunduğu takdirde teşebbüs hükümlerinin ya da yerine göre mutlak elverişsizlik nedeniyle işlenemez suç kurallarının uygulanmasına sebebiyet verebilir. Başka bir ihtimal, suçun asıl konusunun yokluğunun, başka bir suçun oluşumuna sebebiyet verebilmesidir. Bu açılardan, konunun tespit edilmesi önem taşımaktadır.

TCK madde 80’de ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir götürme, sevk etme ve barındırma olarak belirtilen hareketlerin

¹⁰³⁶ ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması ..., s. 130. Örneğin hırsızlık suçunda “taşınır mal”, suçun maddi konusu iken, “zilyetlik”, suçla korunan hukuksal değerdir.

¹⁰³⁷ İbid., s. 128.

¹⁰³⁸ TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 185.

¹⁰³⁹ İbid., s. 197. Nitekim suçun konusu bulunmakla birlikte, suç, bir kurucu unsurun eksikliği veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebebin varlığı nedeniyle oluşmayabilir.

üzerinde icra edildiği konu “kişiler” olarak belirtilmiştir. Bu nedenle, suçun konusunu “insan” teşkil etmektedir¹⁰⁴⁰. Suçun konusu olan insanın “canlı” olması gereklidir. Bu anlamda insan, hem fiziksel hem de manevi yönüyle tipik eylemin üzerinde icra edildiği konu olmaktadır. Canlı olmayan beden, suçun konusu olarak “insan” sayılamayacak, suçun üzerinde işlendiği “şey” olarak değerlendirilecektir¹⁰⁴¹. Bu durumda, örneğin somut olayda cansız bir bedenin ülke dışına çıkarılması halinde, “beden”, suçun konusunu oluşturmaktadır, ancak insan ticareti suçunun asıl konusu mevcut değildir. Bu halde, koşulları bulunduğu takdirde, örneğin TCK’nın 130. maddesindeki kişinin hatırasına hakaret suçu söz konusu olabilirse de, insan ticareti suçu, konunun bulunmaması nedeniyle gerçekleşmeyecektir.

F. Maddi unsur

Suçun varlığı için dış alemde değişiklik yapan icrai veya ihmali bir hareketin yapılmış olması zorunludur. Bu hareketin bir sonuç yaratması ve bu sonucun harekete bağlanabilmesi ile “maddi unsur” adını verdiğimiz bütün tamamlanmış olur¹⁰⁴². Bu nedenle, suçun objektif unsuru olarak da ifade edilen maddi unsurun incelenmesi, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşan “fiilin” incelenmesini ifade eder¹⁰⁴³.

İnsan ticareti suçunda maddi unsurun hareket kısmı iki grup hareketin birleşiminden oluşmaktadır. Birinci grupta; “tehdit, baskı, cebir, şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanmak” yer almaktadır. Bunlar, mağdurun iradesini ortadan kaldırmaya veya üzerinde etki yaratmaya yönelik olarak kullanılan “araçlar”dır. İkinci grupta ise madde başlığında “ticaret” olarak ifade edilen “aracılık” faaliyetini icra etmek üzere yapılacak hareketler sayılmaktadır: ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek veya barındırmak. Suçun maddi unsurunun hareket kısmı bu iki grupta yer alan parçaların birleşmesiyle

¹⁰⁴⁰ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 61; YENİDÜNYA, s. 167; KOCA, s. 145; DEĞİRMENCİ, Olgun, “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu, TBB Dergisi, S. 67, 2006, s. 81.

¹⁰⁴¹ EREM, Suçun Konusu, s. 16.

¹⁰⁴² ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 263, Ankara, 1970, s. 9; KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 130, İstanbul, 1955, s. 10; EREM, Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara, 1973, s. 264.

¹⁰⁴³ EREM, Türk Ceza Hukuku, s. 264.

oluşmak zorundadır. Ancak bu birleşme, birbirinden bağımsız iki parçanın bir araya gelmesi olarak düşünülmemelidir. Çünkü ilk grupta sayılan araçlar, insan ticareti suçunun oluşması bakımından tek başına bir anlam ifade etmeyen, “amaç” ve “araç” ilişkisi çerçevesinde, ikinci gruptaki hareketlere zorunlu olarak bağlı olan hareketlerdir. Bu açıdan bakıldığında, insan ticareti suçu, maddi unsur yönünden, TCK’nın 148. maddesinde düzenlenen “yağma” suçuna benzer bir oluşum içerisindedir¹⁰⁴⁴. İnsan ticareti suçunda, “tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” biçimindeki hareketler; mağdurun ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, bir yerden başka bir yere götürülmesi, sevk edilmesi, kaçırılması veya barındırılmasından önce veya bunlarla aynı anda icra edilmelidir.

Bununla birlikte, harekete herhangi bir “aracın” eşlik etmesinin zorunlu olmadığı haller de vardır. 18 yaşını doldurmamış bir kimsenin 80. maddenin birinci fıkrasında belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden bir yere götürülmeleri, sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araçlardan hiçbirine başvurulmuş olmasa da fail, insan ticareti suçu nedeniyle cezalandırılacaktır. Bu gruptaki kişiler TCK uygulamasında çocuk olarak kabul edilirler¹⁰⁴⁵. Burada, suçu oluşturan araç fiillere başvurulmuş olmasa da, çocukların anlayabilme ve isteyebilme kabiliyetlerinin tam olarak gelişmediği düşüncesiyle, iradelerine ve dolayısıyla rızalarına hiçbir sonuç bağlanmamıştır. Bu konu, hukuka aykırılık kapsamında “mağdurun rızası” başlığı altında daha geniş biçimde incelenecektir.

Yasada, bir suçun işlenmiş sayılması için, sonucu meydana getirmeye elverişli herhangi bir hareketin yapılması yeterli bulunmayıp, ne gibi hareketlerin yapılması gerektiği açıkça belirtmiş ise bağlı hareketli bir suç mevcuttur¹⁰⁴⁶. İnsan ticareti suçunda,

¹⁰⁴⁴ Yağma suçunda da, kişiyi “(...) tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak” biçiminde düzenlenen maddi unsur bir bütün olarak ele alınır. Cebir veya tehdidin kullanılma amacı, mağduru, “malın teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak” olmalıdır.

¹⁰⁴⁵ TCK madde 6/1 (b)’ye göre; “çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır”.

¹⁰⁴⁶ ALACAKAPTAN, s. 42. Bağlı hareketli suça 5237 sayılı TCK’dan verilen bir diğer örnek, “Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı

ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, kaçırma, barındırma, tedarik etme, sevk etme veya bir yerden başka bir yere götürme olarak sayılan hareketlerin, yine madde hükmünde belirtilen tehdit, baskı, cebir, şiddet gibi araçlarla işlenmesi gerektiğinden suçun ancak kanuni tipte sayılan belli hareketlerle meydana getirilmesi söz konusudur. Eğer, yasada yazılı olanlar dışında bir araca başvurulmuş ise suç meydana gelmeyecektir. Bu nedenle, insan ticareti suçu hareketin önemi bakımından yapılan ayırıma göre bağlı hareketli bir suçtur¹⁰⁴⁷.

Suçun meydana gelmesi için yukarıda sayılan iki grup hareketin yapılmasının gerekli oluşu nedeniyle, insan ticareti suçunun, ayrıca hareketin sayısına göre yapılan ayırım içerisinde birden fazla hareketli suç kategorisine girdiğini kabul edenler bulunmaktadır¹⁰⁴⁸. Birden fazla hareketli suç¹⁰⁴⁹ veya birleşmiş hareketli suç¹⁰⁵⁰, kanuni tipte birden fazla hareketin gösterildiği ve bunların hepsinin yapılmasının arandığı hallerde söz konusu olur¹⁰⁵¹. Öğretide bir görüşe göre, kanuni tipte gösterilmiş hareketlerden ilkinin yapılmış olmasının, tipin ihlali için yeterli olmaması nedeniyle, bu tür suçların “tamamlanmamış birden fazla hareketli suçlar” olarak adlandırılması gerekmektedir¹⁰⁵². Bu suçlarda fail, birden fazla hareketlerden ilkinin yaparken, diğerini de gerçekleştirmek amacı içinde olmalıdır. Nitekim suç, ancak bu ikinci hareket yapıldığı zaman işlenmiş olur¹⁰⁵³. İnsan ticareti suçu, sayılan özellikleri taşıması nedeniyle, “görünüştü” birden fazla hareketli suç kategorisine dahil edilebilirse de, aslında burada “aynı öneme sahip”, birbirinden bağımsız iki ayrı hareketin birleştiği bir durum söz konusu değildir. Çünkü, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, birinci grupta

dışında tasarrufta bulunmak veya bu devir olgusunu inkar etmek” suretiyle işlenen 155. maddede düzenlenmiş olan güveni kötüye kullanma suçudur (DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 214)

¹⁰⁴⁷ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 62; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 405; YENİDÜNYA, s. 186

¹⁰⁴⁸ YENİDÜNYA, s. 186; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 107; DEĞİRMENCİ, s. 80; KOCA, s. 149. Hareketin sayısına göre yapılan ayırımlar bakımından suçların, tek hareketli suç, birden fazla hareketli suç, seçimlik hareketli suç ve itiyadi suç olarak dörde ayrılarak incelenebileceği belirtilmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 215 vd.

¹⁰⁴⁹ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları ..., s. 17.

¹⁰⁵⁰ EREM, Türk Ceza Hukuku, s. 268.

¹⁰⁵¹ ALACAKAPTAN, suçun işlenmiş sayılması için bir tek hareketin yapılmış olması yeterli olmayıp, aynı cinste hareketlerin tekrar edilmiş olması gereken halleri “birden çok hareketli suç” olarak tarif etmekte ve ETCK’da düzenlenmiş olan fahişelerin sömürülmesi, aile üyelerine kötü muamele, yasa ve nizamla aykırı olarak basımevi işletmek vb. itiyadi suçları bu kategoriye örnek olarak göstermektedir (ALACAKAPTAN, s. 41). KUNTER, birden fazla hareketli suçların yukarıda belirtilen tanımının bu gruba da içine aldığı belirtmiştir (KUNTER, s. 18).

¹⁰⁵² ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 59.

¹⁰⁵³ İbid.

sayılan cebir, şiddet, baskı, tehdit, nüfuzu kötüye kullanmak gibi hareketler, ikinci grubu oluşturan ülkeye sokmak, sevketmek, tedarik etmek, barındırmak gibi hareketler karşısında “ikincil” ya da “yardımcı” bir konumdadır. Nitekim suç, asıl bu ikinci grup hareketlerle işlenmekte, diğer hareketler ise mağdurun iradesi üzerinde istenilen etkiyi doğurmanın “araç”ı olmaktadır. Nasıl ki, yukarıda vermiş olduğumuz yağma suçu örneğinde ya da cebir ve tehdit kullanılarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda (TCK, md. 109/2), “cebir” ve “tehdit”e başvurulmasının, bu fiillerin birden fazla hareketli suç olarak değerlendirilmesine yol açacağı ileri sürülemezse, insan ticareti suçunda da maddi unsur içerisinde araç fiillerin yer alması, bu suçun birden fazla hareketli sayılmasını gerektirmeyecektir. Bu bakımdan; bu hareketleri ifade etmek üzere, 80. maddenin 3. fıkrasında “araç fiiller” ve madde gerekçesinde “yardımcı fiiller” tabirlerinin kullanılmış olması yersiz değildir. Çünkü bu suçta, fail, araç fiillerle mağdurun iradesi üzerinde hukuka aykırı bir etkide bulunarak asıl hareketleri gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Aynı esastan hareketle, ikinci gruptaki hareketlerin de “asıl” ya da “amaç fiiller” olarak adlandırılması yanlış olmayacaktır.

Bundan başka insan ticareti suçu, yine hareketin sayısı bakımından yapılan ayırım çerçevesinde seçimlik hareketli bir suçtur. Yasada birden fazla hareket gösterilmekte ve bunlardan herhangi birinin yapılması halinde suç meydana gelmekteyse seçimlik hareketli bir suç söz konusudur¹⁰⁵⁴. Seçimlik hareketli suçlarda, yasada gösterilen hareketlerden birkaçını veya hepsini yapan kişi, o suçu birden çok kez işlemiş sayılmayacak, bir tek suç işlemiş kabul edilecektir¹⁰⁵⁵. TCK madde 80’de düzenlenen hükümde her biri bağımsız nitelikte birden fazla harekete yer verilerek, “veya” bağlacıyla bunların seçimlik niteliği ortaya konulmaktadır. Yasa maddesinde gerek araç fiiller gerekse hareketin diğer kısımları seçimlik olarak sayılmıştır. Bu nedenle, araç fiillerden herhangi birinin eşlik ettiği ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, barındırma, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme ve sevk etme hareketlerinden herhangi birinin yapılması, suçun meydana gelmesi için yeterli olacaktır. Örneğin, çocuk bakıcılığı yapacakları bilgisi verilerek kandırılan yabancı uyruklu mağdurların, fuhuş

¹⁰⁵⁴ ALACAKAPTAN, s. 43;.

¹⁰⁵⁵ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları ..., s. 15-16; “*Bununla, birlikte yasada sayılan hareketlerin birkaçının bir arada yapılmış olması, temel cezanın yukarı sınıra yakın olarak tayini sonucunu doğurabilir*” (ALACAKAPTAN, s. 43).

yaptırma maskadıyla ülkeye sokulması insan ticareti suçunu oluşturacaktır. Suçun yalnızca kandırmak ve ülkeye sokma biçimindeki seçimlik hareketle işlenmesi mümkün iken, aynı zamanda ülkeye gelişinin ardından fail aynı mağduru belli bir yere yerleştirerek barındırmak biçimindeki hareketi de gerçekleştirirse, birden fazla insan ticareti suçu değil, tek bir suç nedeniyle cezalandırılacaktır¹⁰⁵⁶.

Hareketin şekli yönünden yapılan ayırıma göre, bu suç icraidir. Suç tipinde hareket, “belirli bir şeyin yapılması” şeklinde gösterildiğinde icrai bir hareket söz konusudur. Bu tür suçlara öğretilde “icrai suçlar” adı verilmektedir¹⁰⁵⁷. “*Yapılmaması neticeye sebep olan hareket ise ihmaldir. Suç tipinde hareketi ihmal olarak gösterilen, yani bir emir yasağının ihlali şeklinde tecelli eden suçlar ihmali suçlar olarak adlandırılmaktadır*”¹⁰⁵⁸. İnsan ticareti, hareketin şekli yönünden icrai bir suçtur. Öğretilde, insan ticareti suçunun aynı zamanda, “ihmal suretiyle icra suçu” olarak da işlenebileceği yönünde bir görüş ileri sürülerek, insan ticareti fiillerinden haberdar olduğunda bunu önlemek mükellefiyeti bulunan kolluk görevlisinin, suçun işlenmesine seyirci kalması hali bu duruma örnek verilmiştir¹⁰⁵⁹. İhmal suretiyle icra suçu, icrai bir hareketle meydana getirilen neticeye ihmali bir hareketle de ulaşılabilen hallerde söz konusu olur. Bu da, kanuni tipte belirli bir hareketin yapılmasının aranmadığı, yalnız neticenin gösterildiği “serbest hareketli suçlar” için mümkündür. “*Bu suçlar bakımından yasal unsur, sonucu doğurmaya elverişli herhangi bir hareketin yapılmasıyla ve sonucun, bu hareket tarafından meydana getirilmesi halinde tamam olur*”¹⁰⁶⁰. İnsan ticareti suçu ise yukarıda belirttiğimiz üzere bağlı hareketli bir suçtur ve neticeye ancak kanuni tipte belirtilen mahiyetteki hareketle ulaşılması mümkündür, dolayısıyla ihmal suretiyle icra suçu biçiminde işlenmesine olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, TCK’da ihmal suretiyle icra suçuna ilişkin genel bir hükme yer verilmeksizin, yalnızca 83 ve 88.

¹⁰⁵⁶ “... sanıklar ... tarafından olay tarihinde fuhuş yaptırmak maksadı ve evlenme vaadiyle Gaziantep ilinden kaçırılan 18 yaşından küçük mağdurenin Ankara ve İstanbul illerinde birkaç gün barındırıldıktan sonra Antalya’nın Serik ilçesine götürülerek yine aynı maksatla sanıklar Talat Durmaz, İsmail İpkıran ve Zafer Çitil tarafından satın alınması şeklinde gelişen olayda insan ticareti suçunun fuhuş yaptırmak maksadıyla ve kandırmak suretiyle bir kimsenin bir yerden başka bir yere götürülmesi, barındırılması ve tedarik edilmesi şeklindeki tüm unsurlarının gerçekleşmiş olmasına ...” (Y. 8.CD., E. 2010/7010, K. 2010/13001, Tebliğname No. 8-2010/90563) (Yayınlanmamıştır).

¹⁰⁵⁷ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları ..., s. 53-54.

¹⁰⁵⁸ İbid., s. 54.

¹⁰⁵⁹ YENİDÜNYA, s. 185.

¹⁰⁶⁰ ALACAKAPTAN, s. 32.

maddelerde, kasten öldürmenin ve kasten yararlamanın ihmali davranışla işlenmesinin düzenlenmiş olması karşısında, bunun dışında kalan suçların ihmal suretiyle icra suçu olarak işlenebilir işlenemeyeceğinin de tartışılması gereklidir. Öğretide bir görüşe göre, bir suçun ihmali hareketle işlenmesi durumunda cezalandırılabilmesi için genel hükümler içerisinde açık bir düzenlemeye yer verilmesi zorunludur¹⁰⁶¹. Bizce de bu görüş yerindedir. Verilen örnekte, kolluk görevlisinin işlenen insan ticareti fiilini önlememek biçimindeki hareketi, diğer koşulların varlığı halinde iştirak kuralları uyarınca sorumluluğunu gerektirebilir veya 257. maddede öngörülen görevi kötüye kullanma suçuna vucüt verebilirse de insan ticaretinin maddi unsurunun gerçekleştiğini kabul etmek mümkün değildir.

Suçun maddi unsuru içinde öncelikle “hareket” ele alınacaktır. İnceleme yönünden kolaylık sağlaması nedeniyle, “hareket” ikiye ayrılarak, suçun maddi unsuru içerisinde birer “araç” ya da “metot” olarak yer alan fiillerin, TCK madde 80/3’te kullanılan tabir benimsenerek, “araç fiiller” başlığı altında, diğerlerinin ise yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle “asıl hareketler” başlığı altında ele alınması ve açıklanması uygun görülmüştür¹⁰⁶².

1. Araç fiiller

Suçun aracı ya da vasıtası, en açık deyimiyle, bir suçun işlenmesinde, fiili gerçekleştirenin yararlanmış olduğu “aracı” ifade eder¹⁰⁶³. Bu terim genellikle, maddi bir varlığı olan vasıtaları ifade etmek üzere kullanılır. Örneğin adam öldürme suçunun işlenmesinde kullanılan tabanca, bıçak, zehir vb. maddeler “araç”tır. Bazı suçlarda, maddi vasıtaların yerini failin yaptığı hareketler alır. Kanunda, suçta “araç” olarak başvuru bir takım hareketlerin yer aldığı örneklere rastlamak mümkündür. Örneğin; TCK madde 148’de düzenlenen yağma suçunun “tehdit ederek veya cebir kullanarak”, madde 157’ye göre dolandırıcılık suçunun “hileli davranışlarla bir kimseyi aldatarak” işlenmesi gerekmektedir. Bu suçlarda da, insan ticaretinde olduğu gibi kişilerin direncini

¹⁰⁶¹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 604.

¹⁰⁶² Madde gerekçesinde kullanılan “yardımcı fiiller” kavramı da yanlış olmamakla beraber, hukuki olarak yerleşmemiş bir kavram olması ve “araç” sözcüğünün, bu fiillerin işlevini daha iyi ifade etmesi nedeniyle, “yardımcı fiiller” tabirini kullanmayı tercih etmemiş bulunuyoruz. Bunun yanında, öğretide, “araç fiiller” yerine “metot” kavramının kullanıldığına da rastlanmaktadır (EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 405 vd.).

¹⁰⁶³ CİHAN, Cebir ..., s. 37.

kırarak bir takım şeyleri yaptırmak, bazı hareketlerin yapılmasına müsaade ettirmek, mağdurun görünüşte rızasını elde etmek için çeşitli yollara başvurulması söz konusudur. Bu hareketlerin, failin bir davranışından doğmuş olmak dışında, esasen suçun işlenmesinde kullanılan diğer maddi vasıtalarından farkı bulunmamaktadır.

İnsan ticareti suçunda, “tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” biçimindeki hareketlerin, “araç fiiller” olarak adlandırılmalarını kabul etmekle birlikte, burada kullanılan “fiil” kavramına bir açıklık getirmek gerektiğini düşünmekteyiz. Öğretide, “fiil” tabirinin, genellikle, hareket, netice ve bu ikisi arasındaki illiyet bağımlı ilişkiyi içerecek şekilde kullanıldığını yukarıda ifade etmiştik. Biz de kavramı bu şekilde anlamakla birlikte, yasadaki açıklık karşısında (TCK madde 80/3), suçun işlenmesinde başvuru araçları ifade etmek üzere “araç fiil” tabirini kullanmanın yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bunun yerine “araç hareket” deyiminin tercih edilebileceği kabul edilse de, bizce bu kavram, bazıları başlı başına TCK’da bir takım normların ihlaline sebep olabilecek nitelikteki bu metotları ifade etmekte yetersiz kalacaktır. Ayrıca, “araç hareket” ifadesi, bunların “hareketin” bir parçası değil de bağımsız birer hareket gibi değerlendirilmelerine yol açabileceğinden, karışıklık yaratmaya elverişlidir.

Belirtelim ki, bizi “araç fiil” kavramını tercih etmeye yönelten en önemli neden, daha önce ifade ettiğimiz gibi, bu kapsamda sayılan hareketlerin de, esasında, bir kimseye bir şeyi yaptırmak için başvuru araçları teşkil etmeleridir. Buna karşılık, bu araçlara başvurulmasının, aslında suçun “modus operandi”sini, diğer bir ifadeyle suçun işleniş biçimini, icra şeklini ifade ettiği¹⁰⁶⁴ göz önüne alındığında, “araç fiil” tabirinin bu durumu ifade etmek açısından yeterli olmadığı ileri sürülebilecektir. Bu doğru olmakla birlikte, kanaatimizce, yine de en uygun çözüm, yasadaki açıklıktan yola çıkarak ve belirtilen özellikleri karşılamaya en yakın kavram olduğunun altını çizerek; suçun işlenmesinde kullanılan araçları ifade edecek ve hareketi vasıflandıran ya da niteleyen yöntemleri veya metotları içerecek şekilde geniş bir anlam vererek “araç fiil” kavramının kullanılması olacaktır.

¹⁰⁶⁴ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 62.

İnsan ticaretinde başvuru araç fiiller ile mağdurun iradesinin bertaraf edilmesinden veya sakatlanmasından istifade edilerek, asıl hareketin gerçekleştirilmesi kolaylaştırılmakta veya buna zemin hazırlanmaktadır¹⁰⁶⁵. Bunların ortak özelliği, mağdurun iradesi üzerinde hukuka aykırı bir etki yaratmalarıdır¹⁰⁶⁶. Bu bakımdan, 80/1. maddede sayılan araçlar ile mağdur üzerinde gerçekleştirilen asıl hareketler arasında bir nedensellik ilişkisinin bulunması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, mağdurun ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi, tedarik edilmesi, kaçırılması, sevk edilmesi veya barındırılması, araç fiillerden birinin veya daha fazlasının uygulanması yoluyla gerçekleştirilmelidir. Bu araçlara, asıl hareketlerin yapılmasından önce veya aynı anda başvurulmuş olması mümkündür¹⁰⁶⁷. Önemli olan iki grup hareket arasında nedensellik ilişkisinin kurulabilmesidir. Örneğin, yabancı bir ülkede çocuk bakıcılığı yapmak üzere bayanların arandığına ilişkin internetteki ilana cevap veren mağdurun fuhuş yaptırma maksadıyla tedarik edilmesi örneğinde, “kandırma” biçimindeki araç, “tedarik etmek” hareketinden önce gerçekleşmektedir. Buna karşılık, suç “barındırma” biçimindeki hareket ile işlendiğinde, “cebir, şiddet, tehdit” gibi araçlar genellikle hareketin yapılması ile aynı anda uygulanır.

Ayrıca, suçun işlenmesinde farklı aşamalarda birden fazla araç fiile başvurulmuş olması mümkündür. Nitekim insan ticareti, belli bir süreci kapsayan bir faaliyeti ifade ettiğinden, kanun hükmünde belirtilen araçlardan birinin veya daha fazlasının, süreç boyunca veya sürecin herhangi bir aşamasında istismar amacı ile kullanılması söz konusudur. Örneğin, zorla çalıştırılma maksadıyla kandırılmak suretiyle tedarik edildikten sonra, mağdurun durumu farkederek işlenen fiile karşı koymaya çalışması halinde tehdit ve şiddete başvurulması mümkündür. Bu halde, maddede sayılan araçlar yönünden de seçimlik hareketli bir söz konusu olduğundan, birden fazla insan ticareti suçu değil, tek bir suçtan söz edilmesi gerekecektir.

¹⁰⁶⁵ “...Böylece öncelikle araç hareketler aracılığıyla mağdurun iradesi kırılmalı ve görüntüde rızası elde edilmeli daha sonra da bu husustan yararlanarak suçu oluşturan asıl amaç hareketler yapılmalıdır” (Yarg. 8. CD. E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010, YKD., C. 36, S. 6, Haziran 2010, s. 1142-1143). Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 188.

¹⁰⁶⁶KOCA, İnsanYağması, 151; TEZCAN – ERDEM – ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 108.

¹⁰⁶⁷ Yarg. 8. CD. E. 2010/1440, K. 2010/5953, T. 15.04.2010 (YKD., C. 36, S. 6, Haziran 2010, s. 1142 vd.).

Burada bir diğerk önemli konuyu vurgulamakta fayda vardır. 80. maddede sayılan araç fiiller, kanuni tipte öngörülen hareketin bir parçasını teşkil ettiğinden, suçta kanunilik ilkesinin sonucu olarak, burada sayılanlar dışında bir araç fiilin gerçekleştirilmesi insan ticareti suçuna vücut vermeyecektir. Dolayısıyla, fail, maddede belirtilmeyen ancak, mağdurun iradesinin etkilenmesi ya da yok sayılması sonucunu doğuracak araçlarla aynı vazifeyi gören hareketlere başvurarak mağduru tedarik etmiş, ülkeye sokmuş veya barındırmış ise, başkaca suçlar oluşabilirse de, bu suçun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir.

İnsan ticareti suçunu ceza kanunlarında veya özel bir kanun ile düzenleyen ülkelerde, araç fiillerle ilgili olarak iki farklı yol izledikleri görülmektedir. Bazı ülkelerde, araç fiillerin tanımlarına yer verilirken, bazılarında bu kavramların içlerinin mahkeme içtihatları ile doldurulması tercih edilmiştir. Türkiye, bu ikinci grup ülkeler içinde yer almaktadır. Bizce, TCK’da en azından 80. maddede sayılan maksatların ve bazı araç fiillerin tanımlanması yoluna gidilmesi yerinde olurdu. Örneğin, mağdurun “çaresizliğinden yararlanma”, son derece belirsiz ve yoruma açık bir ifadedir. Bu bakımdan, madde hükmünde hangi hallerin “çaresizlik” kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir listeye yer verilmesi ya da örnek kabilinden bazı durumların sayılması, maddenin uygulanması yönünden bir ölçüt belirlemeye yardımcı olabilirdi.

Mevzuatlarında insan ticareti suçunu düzenlerken, Belçika gibi araç fiillere hiç yer vermeyen bir takım ülkeler de bulunmaktadır. Bunun gerekçesi olarak, bazı istismar biçimlerinin nitelik itibarıyla zorlayıcı olmaları ileri sürülmektedir¹⁰⁶⁸. Yasal düzenlemede, yalnızca insan ticareti teşkil eden hareketlere (tedarik etmek, bir nakletmek, teslim etmek, barındırmak vb.) ve istismar maksatlarına yer verildiği bu modelin, insan ticareti fiillerinin kovuşturulmasında kolaylık sağladığı belirtilmiştir¹⁰⁶⁹.

Çeşitli ülkelerin kanunlarında, araç fiiller bakımından değişik düzenlemelere rastlanmaktadır. Bunlardan birkaçına örnek vermek yararlı olacaktır:

¹⁰⁶⁸ Model Law, s. 32.

¹⁰⁶⁹ İbid.

Romanya Ceza Kanununda suçun basit halinde; tehdit veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile veya aldatma, nüfuzun kötüye kullanılması ya da kişinin kendini savunmak ve iradesini açıklama imkânının olmamasından yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye parasal veya başka türlü çıkar sağlama biçimindeki araçlara yer verilmiştir¹⁰⁷⁰.

Moldova Ceza Kanununda insan ticareti suçunun, insanlık dışı veya onur kırıcı muamelede bulunulmak suretiyle veya ırza geçmek, fiziksel bağımlılıktan faydalanılması yoluyla veya silahla işlenmesi, gibi araçlara yer verilerek bunlar suçun ağırlaştırılmış halleri olarak öngörülmüştür¹⁰⁷¹.

Çin Ceza Kanununda, suçun anestezi uygulamak suretiyle işlenmesi, ağırlaştırıcı neden olarak yer almaktadır¹⁰⁷².

Ukrayna Ceza Kanununda insan ticareti suçunda araç fiiller “aldatma, şantaj veya çaresizliğinden yararlanmak” olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷³.

İtalyan Ceza Kanununda insan ticareti suçunun “aldatarak veya cebir şiddet, yetkinin suistimali veya fiziksel veya psikolojik açıdan olumsuz veya zorunlu bir durum aracılığıyla veya o kişi üzerinde otoriteye sahip şahsa para veya diğer çıkar (yarar) vadedilmesi veya verilmesi yoluyla” işlenmesi cezalandırılmaktadır¹⁰⁷⁴.

a) Cebir, şiddet, tehdit ve baskı ile ilgili genel tespitler

Suçta kullanılan cebir, şiddet, tehdit ve baskıyla ilgili açıklamalarımıza geçmeden, bu kavramlar arasındaki ilişkinin ve TCK’da bu araçların çeşitli suçlar bakımından neyi ifade etmek üzere kullanıldığının anlaşılmasında yarar vardır. Bu incelemede, söz konusu kavramlara dair genel bir takım sonuçlara varmak değil, yalnızca, inceleme konumuz açısından bazı önemli özelliklerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır.

¹⁰⁷⁰ Romanya Ceza Kanunu, md. 204.

¹⁰⁷¹ Moldova Ceza Kanunu, md. 165/2.

¹⁰⁷² ÇCK, md. 240.

¹⁰⁷³ Ukrayna Ceza Kanunu, 149. madde.

¹⁰⁷⁴ İtalyan Ceza Kanunu, md. 601.

Cebir, şiddet ve tehdidin çeşitli suçlar bakımından vasıta olarak kullanılması yönünden, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK arasında bir karşılaştırma yapıldığında bu iki Kanun arasında bir takım farklılıklar bulunduğu görülmektedir. 765 sayılı TCK'da cebir, şiddet ve tehdide araç olarak yer verilen suçlara bakıldığında, “cebir ve şiddet” biçimindeki kalıba yaygın biçimde yer verildiği görülmektedir¹⁰⁷⁵. Bunların bir kısmında “cebir ve şiddet” ibaresi tek başına, bazılarında “tehdit” ile birlikte araç teşkil etmektedir. Bunun dışında az sayıda suçla ilgili olarak “cebir” olmaksızın yalnızca “şiddet veya tehdit” biçimindeki araca yer verilmiş olduğu da anlaşılmaktadır. Buna göre, 765 sayılı TCK'da “cebir ve şiddet”in genellikle aynı anlamlara gelecek şekilde bir arada kullanılan ve maddi cebiri ifade eden kavramlar olduğu belirtilebilir¹⁰⁷⁶. Buna karşılık, “cebir ve şiddet” biçimindeki kalıp, 5237 sayılı TCK'da neredeyse terk edilmiş¹⁰⁷⁷, bunun yerine “cebir veya tehdit” ifadesi çok sayıda suç bakımından kabul edilmiştir¹⁰⁷⁸. Oysa, “cebir veya tehdit” ibaresine 765 sayılı TCK'da hiçbir suç bakımından araç olarak yer verilmediği görülmektedir. Eski ve yeni yasa arasındaki bu farklılığı, bugün yürürlükte olan mevzuat bakımından “cebir” kavramının, şiddeti de içerecek şekilde maddi cebiri, “tehdit” kavramının ise manevi cebiri kastedecek şekilde kullanıldığı şeklinde yorumlamanın mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Buradan yola çıkarak, 5237 sayılı TCK bakımından “cebirin” unsur veya ağırlatıcı sebep olarak

¹⁰⁷⁵ 765 sayılı TCK'da araç olarak “cebir ve şiddet” ibaresini içeren hükümler; 201. (çalışma hürriyetini bozma), 250 (konutta zorla oturmak ve mülkiyet hakkını ihlal etmek), 254/3 (memura ve resmi heyetlere karşı cebir ve tehdit), 258 (memura aktif mukavemet), 269 (resmi heyetlere, hakime hakaret ve taarruz suçunun ağırlaştırılmış hali), 277 (yedieminlik vazifesinin kötüye kullanılması suçunun ağırlaştırılmış hali), 304 (hükümlü ve tutukluların ayaklanması), 310 (hakkı olmayan mala el atma suçunun ağırlaştırılmış hali), 384/1, bent IV (nakil vasıtalarını engelleme, tahrip etme, uçak kaçırma), 414 (mefruz cebirle ırza geçme), 416 (cebren ırza geçme), 429 (reşit olanın kaçırılması veya alıkonulması) 430 (reşit olmayanın kaçırılması veya alıkonulması), 431 (on iki yaşını doldurmamış küçüğün kaçırılması), 346 (fuhuş için aracılık), 495 (yağma), 496 (senedin yağması), 513 -514 (hakkı olmayan yerlere saldırı) 515. (cebirle taşınmaz maldan faydalanmaya mani olmak) maddelerde yer almaktadır.

¹⁰⁷⁶ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 61; ÖNDER, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 305-306.

¹⁰⁷⁷ Çocukların cinsel istismarına ilişkin 103/5. madde, anayasayı ihlal suçunu düzenleyen 309/1. madde, yasama organına karşı suç ve hükümete karşı suç başlıklı 311 ve 312. maddeler “cebir ve şiddetin”, suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenen az sayıda hükümü teşkil etmektedir.

¹⁰⁷⁸ 5237 sayılı TCK'da “cebir veya tehdide” unsur veya ağırlatıcı neden olarak yer verilen hükümlere örnek olarak; madde 103/1-b)'de “çocukların cinsel istismarı”, madde 109/2'de “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma”, madde 114'te “siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi”, madde 115'te “inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme”, madde 117'de “iş ve çalışma hürriyetinin ihlali”, madde 118'de “sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi”, madde 148'de “yağma”, madde 223'te “ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması”, madde 224'te “kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali”, madde 234'te “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması”, madde 235/2'de “ihaleye fesat karıştırma”, madde 239/4 “ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması”, madde 292/2'te “hükümlü veya tutuklunun kaçması”, verilebilir.

öngörüldüğü suçlarda “maddi cebir” şeklinde dar anlamda anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilecektir. Yine de bu yorumun bir kesinlik içermediği özellikle belirtilmelidir.

Cebir, şiddet, tehdit ve baskı araçlarının ortak özelliği, mağdurun iç hürriyetinin, diğer bir ifadeyle, “istediği gibi hareket etmeye karar verme hürriyeti”nin ortadan kaldırılmış olmasıdır. Mağdur, belirli bir yönde hareket etmekten alıkonulmak veya belirli bir şekilde hareket etmeye zorlanmak istenmektedir. Diğer bir ifadeyle, mağdur iradesinden yoksun bırakılmakta, serbest bir irade oluşturması veya serbest iradesinin dışarıya yansımaları engellenmektedir. Böylece, söz konusu araçlar, insan tacirinin mağdur üzerinde asıl hareketleri gerçekleştirebilmesi için gerekli zemini hazırlamaya, herhangi bir direnme veya zorlanma ile karşılaşılmasını sağlamaya hizmet etmektedir.

İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün 3. maddesinin (a) bendindeki ve İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesinin 4. maddesinin (a) bendindeki insan ticareti tanımında “güç kullanma tehdidi veya güç kullanma ya da zor kullanmanın diğer biçimleri”¹⁰⁷⁹ denilmek suretiyle, bu çerçevede başvurulabilecek araçların “cebir, şiddet, tehdit veya baskı” gibi tek tek belirtilmesi yerine, yalnızca güç kullanma ve güç kullanma tehdidinde yer verilmiş ve bunların da genel olarak “zor kullanma” tabirinin kapsamına girdiği ifade edilerek, bu kapsamda sayılabilecek diğer araçların kullanımını suç tanımının dışında bırakmayacak şekilde “zor kullanmanın diğer biçimleri” ibaresine yer verilmiştir. Ceza Kanunumuzda insan ticareti suçu düzenlenirken, Ek Protokoldeki veya AK Sözleşmesindeki bu ifadeleri aynen almak, özellikle suçta ve cezada yasallık

¹⁰⁷⁹ Her iki belgenin aynı tanımları içermesi bakımından, ayırım yapılmaksızın, aşağıda BM Ek Protokolünün 3. maddesinde ve AK Sözleşmesinin 4. maddesinde yer alan insan ticareti tanımının İngilizce ve Fransızca metinlerine sırasıyla yer verilmektedir:

“*Trafficking in persons*’ shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation”

“*l’expression «traite des personnes» désigne le recrutement, le transport, le transfert, l’hébergement ou l’accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d’autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d’autorité ou d’une situation de vulnérabilité, ou par l’offre ou l’acceptation de paiements ou d’avantages pour obtenir le consentement d’une personne ayant autorité sur une autre aux fins d’exploitation. (...)”*

ilkesi karşısında kabul edilemeyeceğinden, insan ticaretine ilişkin madde hükmünde daha farklı bir düzenleme yapılmıştır¹⁰⁸⁰. Yine de suçun düzenlenmesine esas teşkil eden İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3/a maddesi ile TCK madde 80 arasında “zorlayıcı araçlar” yönünden çok büyük bir farklılık bulunmadığı görülmektedir. 80. maddede bu kadar çok zorlayıcı araca yer verilmiş olması da, Ek Protokol uyarınca “zor kullanmanın diğer biçimleri”ni içermek kaygısının bir sonucudur. Bu nedenle, TCK’da bu araçlar tek tek belirtilmiş olmakla birlikte, maddenin uygulanması yönünden, Ek Protokoldeki tanımı dikkate almak suretiyle, hepsini zor kullanma veya zor kullanma tehdidi kalıbı içinde değerlendirmek mümkündür. Bundan başka, öğretide, maddede tehdit, baskı, cebir veya şiddetin “uygulanmasının” yanısıra, Ek Protokolde olduğu gibi ayrıca bunların “uygulanması tehdidine” de verilmesinin daha doğru olacağı belirtilmiş, ancak cebir, şiddet veya baskının uygulanacağı tehdidinin de “tehdit” biçimindeki araç fiil kapsamında değerlendirilebileceği gerekçesiyle bu farklılığın uygulamada bir eksiklik yaratmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁸¹. Bu düşünceye katılmaktayız.

Mağdura yöneltilen tehdit, baskı, cebir veya şiddetin, bu araçlara maruz kalan kişiyi kendisinden talep edilen davranışı icra etmeye veya kendisi üzerinde gerçekleştirilen hareketlere katlanmaya mecbur edecek boyutta olması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, mağdurun icrai veya ihmali davranış açısından irade özgürlüğü ortadan kaldırılmış olmalıdır¹⁰⁸². Bunun tespiti ise her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılar.

b) Cebir, şiddet ve baskı

Zor kullanma anlamına gelen¹⁰⁸³ cebir, bir kimseye, iradesini zorlayarak bir şeyi yapması ya da yapmaması için maddi veya manevi kuvvet kullanmayı ifade etmektedir¹⁰⁸⁴. Bu bakımdan doktrinde, cebir kavramının maddi ve manevi cebiri

¹⁰⁸⁰ Yine de, gerek Ek Protokoldeki gerekse AK Sözleşmesindeki kalıba daha yakın bir formül bulmanın imkanı olabilirdi diye düşünmekteyiz. Güç kullanma veya güç kullanma tehdidi kanununumuza olduğu gibi aktararak, güç kullanmanın diğer biçimleri yerine “maddi ve manevi zor kullanma halleri” ya da “maddi ve manevi cebir” denilerek tehdidi ve şiddeti de içine alacak daha genel bir çerçeve çizmek, belirtilen belgelere daha yakın bir düzenleme olabilirdi.

¹⁰⁸¹ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 63.

¹⁰⁸² SÖZÜER, Adem, “Tehdit Suçu”, İÜHFİM, Cilt LIV, 1991-1994, S. 1-4, s. 133.

¹⁰⁸³ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 376.

¹⁰⁸⁴ CİHAN, Cebir ..., s. 8.

kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁵. Bu kabulde, “mağdurun iç hürriyetini ihlale elverişlilik” ölçütüne itibar edilmektedir. Bunu gerçekleştirebilecek her türlü vasıta cebir kavramı içinde değerlendirilecektir. Biz de cebir kavramını geniş anlamıyla ele alan bu görüşten yana olmakla, zor kullanma kapsamına giren hareketleri; “bir başkasını belirli bir yönde hareket ettirmekten alıkoymak veya belirli bir şekilde hareket etmeye zorlamak suretiyle, onun kendi iradesine uygun şekilde hareket etme yeteneğini ortadan kaldıran her türlü dış araçlar” olarak tanımlamaktayız. Böylece zorlayıcı hareketlere maruz kalan kişi, iradesinden yoksun bırakılmakta, bu kişinin serbest bir irade oluşturması veya serbest iradesinin dışarıya yansımaları engellenmektedir. Bu tanım, zor kullanma teşkil eden hareketlerin kapsamını bedensel bütünlüğe karşı saldırılar ile sınırlamama sonucunu doğurmakta ve maddede ayrıca belirtilen şiddet, tehdit, baskı kavramlarını da içine almaktadır.

TCK madde 108’de “bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması” suç olarak düzenlenmiş ve bu halde, kasten yaralama suçundan verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunacağı öngörülmüştür. 108. maddedeki cebir suçu, “*hukuki yararlaraya yönelik ciddi tehdidin varlığına ve maddi menfaat temininine dayalı olmaksızın bir şeyin yapılıp yapılmamasıyla ilgili olarak fail tarafından mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiziki güç kullanımı*” olarak tanımlanmıştır¹⁰⁸⁶. Bu tanım, cebirin bir unsur olarak yer aldığı TCK madde 148’de düzenlenen yağma suçu ile 108. maddede öngörülen cebir suçu arasındaki ayırım dikkate alınarak yapılmıştır. 108. maddede, cezanın belirlenmesinde kasten yaralama suçuna yollama yapılması bu maddede tanımlanan cebir suçunun “maddi cebir” olarak dar anlamıyla anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu suçun uygulanması bakımından cebirin, “*kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları*

¹⁰⁸⁵ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 61. ÖNDER, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 305. Bu kabul, 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde yerleşmiştir. 765 sayılı TCK’da cebir, şiddet ve tehdit terimlerinin kullanıldığı hallerde, mehzaz İtalyan Ceza Kanununda “*violenza e minaccia*” terimlerinin yer aldığı, bu bakımdan TCK’da cebirin maddi ve manevi cebiri kapsayan genel bir ifade olarak kullanıldığı; ‘şiddet’ teriminin maddi cebir karşılığı olan İtalyancadaki ‘*violenza*’ terimini, ‘tehdit’ teriminin manevi cebir karşılığı olan “*minaccia*” terimini karşıladığı belirtilmiştir. (Ersoy, Çalışma Hürriyeti, s. 114).

¹⁰⁸⁶ ŞEN, s. 437.

üzerinde zecrî (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi” anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁰⁸⁷.

Yukarıda, “cebiri” kavramını, maddi ve manevi cebiri kapsayacak şekilde geniş anlamı ile kabul ettiğimizi belirtmiştik. Bu bakımdan, 80. maddede insan ticareti suçunun aracı olarak “cebiri” ile 108. maddedeki suç bakımından cebirin aynı olmadığı; insan ticareti suçunda başvurulmuş cebirin, 108. maddede tanımlanan cebiri de içine alacak şekilde daha geniş anlamıyla ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun yanında, insan ticareti suçunun “cebiri” yoluyla işlenmesi halinde, bu suçun maddi unsuru içerisinde yer alan bu araç nedeniyle, artık 108. maddenin uygulanması söz konusu olmayacak, söz konusu hareket 80. madde içinde bağımsızlığını kaybedecektir. Suçların içtimaı kapsamında değerlendirilmesi gereken bu durumla ilgili olarak, aşağıda içtima bahsinde gerekli açıklamalara yer verilecektir.

Cebiri, geniş anlamıyla kabul edildiğinde; mağdurun bir şeyi yapması veya yapmaması veya birşeyin yapılmasına imkan vermesi için hipnotizma ile uyutulması veya narkozla bayılması¹⁰⁸⁸, aynı şekilde mağdura bu amaçla ilaç veya uyuşturucu madde verilmesi, aç ve susuz bırakılması halleri de mağdurun iç hürriyetini ihlale elverişli vasıtalar olarak zorlayıcı hareketler kapsamında sayılacaktır.

Şiddet, maddi cebiri ifade etmekte ve mağdura fiziksel bakımdan etki yapan her türlü maddi hareketi kapsamına almaktadır¹⁰⁸⁹. Yaralama derecesine ulaşmaması koşuluyla¹⁰⁹⁰, uygulanan maddi kuvvetin derecesi ne olursa olsun, istenen neticeyi meydana getirmeye elverişli olduğu sürece şiddet söz konusu olur¹⁰⁹¹. Kanunda yalnızca “cebiri veya şiddet uygulamak” ifadesine yer verildiği ve kullanılacak araç konusunda herhangi bir kısıtlama getirilmediği görülmektedir. Bu nedenle, herhangi bir araç ile cebiri veya şiddetin icra edilmesi mümkündür. Mağduru tutmak, bağlamak, ağzını kapamak, itmek, boğazını sıkmak gibi bedeni hareketler şiddet kapsamında

¹⁰⁸⁷ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, İkinci Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s. 831).

¹⁰⁸⁸ EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 115.

¹⁰⁸⁹ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 362; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Cilt III, Seçkin, Ankara, 1985, s.193.

¹⁰⁹⁰ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 62.

¹⁰⁹¹ EREM, Özel Hükümler, Cilt III, s. 194. Bu hareketlerin mağdur üzerinde herhangi bir iz bırakmış olması da gerekli değildir (DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 362).

sayılabilecektir. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesi de 3.3.2008 tarihli Kararında yabancı uyruklu mağdurun pasaportunun zorla alınarak, cep telefonundaki telefon defterini silmek ve yerleştirildiği evden dışarı çıkmasına engel olunması biçimindeki hareketleri cebir ve şiddet kapsamında kabul etmiştir¹⁰⁹².

Yukarıda belirttiğimiz üzere, gerek 765 sayılı TCK'da gerekse 5237 sayılı TCK'da çeşitli suçların unsuru veya ağırlatıcı sebebi olarak cebir, şiddet ve tehdit biçimindeki zorlayıcı araçlara yer verilmesine sıklıkla rastlanmaktadır. Bu nedenle belirtilen araçlar, ceza hukukunda yerleşmiş kavramlardır. “Baskı” ise aynı özelliği taşımadığından, içeriğini tespit etmek daha güçtür. Bu kavram, sözlükte “*bir şey üzerine güç kullanma işi, tazyik*”¹⁰⁹³ ve “*hak ve özgürlükleri kısıtlayarak zor altında bulundurma durumu, tahakküm*”¹⁰⁹⁴ olarak tanımlanmaktadır. Esasında maddede kullanılan cebir, şiddet ve tehdidin bütünüyle mağdurun iradesi üzerinde baskı doğurmaya yönelik fiiller olduğunu belirtmek mümkündür¹⁰⁹⁵. Dolayısıyla, baskı da cebir kavramıyla birlikte düşünülmelidir¹⁰⁹⁶. Bununla birlikte, bir görüşe göre, insan ticareti suçunda cebir, şiddet ve tehdidin yanında ayrıca baskı kavramına da yer verilmesi, zorlayıcı araçların alanını genişletmek amacını taşımakta ve cebir veya tehdit boyutuna gelmemiş zorlayıcı davranışların baskı kavramı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰⁹⁷. Ancak bu görüş, mağdurun kendi geleceğini tayin etme serbestisini tamamen ortadan kaldıracak düzeye ulaşmamış bir kuvvet sarfının suçu oluşturacağını kabul etmenin, hükmün amacı ve kanunilik prensibi açısından yerinde olmayacağı belirtilerek eleştirilmiştir¹⁰⁹⁸. Gerçekten de, insan ticareti suçunda, mağdur üzerinde icra edilmek istenen hareketler ve istismar maksadı göz önüne alındığında, mağdurun iradesini bertaraf edecek boyuttaki araçlara başvurulması zorunlu olmaktadır. 80. maddenin 2. fıkrasında, maddede sayılan araçlara başvurulduğu takdirde mağdurun rızasının geçersiz sayılması da, iradesinin ortadan kaldırılmış olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu gerekçeyle söz konusu eleştiriye biz de katılmaktayız. Baskının insan ticareti suçundaki araçlardan biri olarak

¹⁰⁹² Yarg. 8. CD., E. 2006/10550, K. 2008/1364, T. 3.3.2008 (www.kazanci.com, Erişim tarihi:06.12.2009).

¹⁰⁹³ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 242.

¹⁰⁹⁴ <http://www.tdk.gov.tr>. (Erişim tarihi:28.11.2010).

¹⁰⁹⁵ Aynı yönde KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 63; YENİDÜNYA, s. 193.

¹⁰⁹⁶ EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 238.

¹⁰⁹⁷ KOCA, s. 152.

¹⁰⁹⁸ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 193.

öngörülmesinin, özel bir anlamı olmadığı, yukarıda belirttiğimiz üzere, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol madde 3'teki tanımda yer alan “zor kullanmanın diğer biçimleri” kapsamında olabilecek halleri dışarıda bırakmama endişesinin bir sonucu olduğu görüşündeyiz. Sonuç olarak baskının, zor kullanma kapsamında cebir, şiddet veya tehdit ağırlığındaki zorlayıcı hareketler olarak kabul edilmesi daha yerindedir¹⁰⁹⁹.

Cebir veya şiddetin doğrudan mağdura uygulanması şart değildir. Mağdurun ailesi veya yakınlarına karşı kullanılan cebir veya şiddetin de mağdurun iradesini etkilemesi mümkündür¹¹⁰⁰. Bu durumda, maddede belirtilen “baskı” gerçekleşmiş olacağından, aynı sonucun elde edilmesi söz konusudur. Zor eşya üzerinde de kullanılabilir¹¹⁰¹.

Belçika Ceza Kanununda insan ticaretinin yöneldiği maksatlardan biri, kişiye, rızasına aykırı olarak suç işletmek olarak belirtilmiştir¹¹⁰². TCK madde 80'de böyle bir saike maddede özel olarak yer verilmemiştir. Suçun, maddede belirtilenler dışında bir maksatla işlenmesi mümkün olmadığından; bir kimsenin, suç işlemesini sağlamak amacıyla bir başkasını cebir, şiddet, tehdit gibi vasıtalarla tedarik etmesi, bir yerden bir yere götürmesi biçimindeki bir eylemin cezasız kalıp kalmayacağı sorusu akla gelmektedir. 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, bu fiilin, 188. maddede düzenlenen zor kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. 5237 sayılı Kanun bakımından ise, suç işlemesi yönünde mağdura karşı cebir, şiddet veya tehdit uygulayan kişi, kullandığı vasıtaya göre 108. maddedeki cebir suçunun ya da 106. maddedeki tehdit suçunun faili olacaktır. Bu ihtimalde, amaçlanan suçun işlenmiş olması halinde, suçu işleyen mağdur TCK madde 28. madde uyarınca ceza almayacaktır. Buna göre; bu kişiyi suç işlemeye zorlayan kimse, işlenen amaç suçun faili olarak cezalandırılacaktır.

¹⁰⁹⁹ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 63.

¹¹⁰⁰ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1210. Aynı yönde bkz. GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 483.

¹¹⁰¹ Buna örnek olarak mağdurun kaçmasını engellemek için otomobilin lastiklerini söküp çıkarmak belirtilmiştir (İbid.).

¹¹⁰² Belçika Ceza Kanunu, md. 433quinquies.

c) Tehdit

Tehdit; “göz korkutma, gözdağı”¹¹⁰³, tehdit etmek ise “gözdağı vermek, tehlikeli bir durum yaratmak”¹¹⁰⁴ anlamlarına gelmektedir. Tehdidin ceza hukukundaki anlamı ise, ağır ve haksız bir zarara uğratılacağına mağdura bildirilmesi, gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan ve gelecekte vukubulacak bir kötülüğün gerçekleşecek gibi gösterilmesidir. Tehdit mağdurun karar verme ve serbest hareket etme özgürlüğünü kısıtlamalı, iç huzurunu bozmalı, onu endişeye düşürmelidir¹¹⁰⁵. Tehdit, manevi cebiri ifade eden bir kavramdır. Çünkü tehditte, kişiye, kendisine ya da yakınlarına bir zarar verileceği bildirilerek, iradesi zorlanmakta, karar veya hareket serbestisi ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır. Gerek cebir, gerekse tehdit mağdurun iç hürriyetini ihlal sonucunu doğurmaktadır. Ancak cebir kullanılması halinde mağdurun özgürlüğüne doğrudan bir müdahale söz konusu iken, tehditte, mağdurun belli bir yönde hareket etmek iktidarı dolaylı olarak zedelenmektedir.

Tehdit konusu saldırının gerçekleşip gerçekleşmemesi önemli değildir¹¹⁰⁶. Ayrıca, failin, tehdit konusu kötülüğün veya zararın üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirileceğini açıklaması halinde de tehdit mevcuttur Diğer bir ifadeyle, saldırının bizzat tehditte bulunan tarafından yapılacağına beyan edilmesine gerek yoktur. Ancak, bu durumun en azından failin iktidarında olması ya da gerçekleştirilebilir olması aranmalıdır.¹¹⁰⁷

Tehdit konusu kötülük ya da zarar, mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne, şerefine, itibarına veya ekonomik durumuna ilişkin olabilir¹¹⁰⁸. Bu bakımdan verileceği açıklanan zararın maddi ya da manevi olması mümkündür. Mağdurun yakınlarına ait değerlerin tehdit edilmesi de aynı sonucu yaratmaya elverişli olduğu sürece, tehdidin bizzat mağdura yönelik olması zorunluluğu yoktur¹¹⁰⁹.

¹¹⁰³ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1676.

¹¹⁰⁴ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 25.11.2010).

¹¹⁰⁵ Yarg. CGK., E. 1993/4-102, K. 1993/129, T. 3.5.1993(www.kazanci.com, Erişim tarihi:15.04.2009).

¹¹⁰⁶ SÖZÜER, Adem, “Tehdit Suçu”, İÜHF, Cilt LIV, 1991-1994, S. 1-4, s. 129.

¹¹⁰⁷ SÖZÜER, Tehdit Suçu, s. 129.

¹¹⁰⁸ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi, II, s. 1221.

¹¹⁰⁹ “Tehdidin, dolaylı da olsa, mutlaka hedef alınan kişinin şahsına yönelmesi zorunlu değildir. Yakınlarına yönelen bu eylemin, mağdura duyurulması ve onu endişeye düşürecek nitelikte olması yeterlidir” (Y.C.G.K., 17.12.1973, E. 7/271, K. 822; GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 530).

Tehdidin söz, yazı, resim, işaret gibi herhangi bir vasıtayla gerçekleştirilmesi mümkündür. Sözlerin bizzat mağdurun yüzüne karşı söylenmesi şart olmayıp, telefonla¹¹¹⁰, mektupla¹¹¹¹ veya telefona gönderilen mesaj¹¹¹². vb. şekillerde de tehdit gerçekleştirilebilir. Mağdura ait bir takım değerlere açıkça zarar verileceği beyan edilmemiş olsa da tehdit niteliğindeki sözlerden veya hareketlerden bu anlamın çıkarılabildiği hallerde yine tehdidin varlığından söz edilecektir¹¹¹³. Örneğin mağdura bakarak, eliyle boğazının kesilmesi anlamına gelen hareketin yapılması, mağdura ölümü çağrıştıracak kanlı giysiler gönderilmesi¹¹¹⁴, failin mağdura ailesinin yaşadığı yeri, çocuklarının gittiği okulu bildiğini söylenmesi, bunların yapıldığı veya söylendiği koşullar, söylenme nedenleri ve içinde bulunulan ortam dikkate alındığında, tehdit niteliği taşıyabilecektir.

İnsan ticareti suçunda, tutuldukları yerden kaçmaya çalışan mağdurlar, tacirler veya şerikleri tarafından yakalandıklarında çoğunlukla öldürülmekte veya ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır. Diğer mağdurların aynı şekilde davranmalarının önüne geçilmesi amacıyla, onların da bir şekilde bu durumdan haberdar edilmeleri sağlanmaktadır. Böylece, insan tacirleri, denetimleri altındaki diğer mağdurlara açıkça zarar vereceklerini beyan etmemiş olsalar da, kaçmaya çalışmaları halinde aynı şeyin onların da başına geleceği izlenimini vermektedirler. Bunlara şahit olan veya öğrenen

¹¹¹⁰ Yarg. CGK., E. 1990/2-88, K. 1990/112, T. 9.4.1990 (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 04.12.2010).

¹¹¹¹ “Sanığın yazdığı mektupta yer alan “zannetmek ucan kuş hep yukarıda kalır bir gün aç kalır veya susuz kalır saati gelir toprak ihtiyacını giderir, ben de öyle misal senin yanına geleceğim sen de şaşırılmış olacaksın” biçimindeki sözlerin tarafların olay öncesindeki konumları, karşılaşma nedenleri de gözetilerek katılanın kendisinin veya bir yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına mı yoksa sair bir kötülüğe mi yönelik olduğu tartışılmadan ve sanığın eyleminin, hangi nedenle tehdit kapsamında kaldığının kabul edilmediği açıklanıp gösterilmesi gerekir” (Yarg. 4.C.D., E. 2006/10138, K. 2007/1295, T. 7.2.2007), (www.kazanci.com Erişim tarihi: 04.12.2010).

¹¹¹² Yarg. 4. C.D., E. 2005/7579, K. 2006/14059, T. 19.9.2006 (www.kazanci.com, Erişim tarihi:04.12.2010).

¹¹¹³ “... Sanığın kavga sırasında üzerinde bulunan bıçağını çıkartarak müdahile göstermekten ibaret eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 106/1-2. cümlesinde düzenlenen sair tehdit suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak hukuki durumunun buna göre belirlenmesi gerektiği gözetilmeden ... beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiş ...” (Yarg. 2.C.D., E. 2007/5131, K. 2007/8930, T. 18.6.2007). “Sanığın hırsızlık suçundan yargılandığı duruşma salonundan çıkarken, anılan suçun mağduru olan katılana başını sallayıp “görüyoruz” demekten ibaret olan eyleminin ... sair kötülüğe uğratacağımı bildirme niteliğinde olduğu gözetilmeden ... fazla ceza verilmesi, Yasaya aykırı ve sanığın temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına ... karar verildi” (Yarg. 4.C.D., E. 2008/227, K. 2008/4114, T. 24.3.2008) “Sanığa yükletilen suç, idam edilmiş bir kişi resmi yaparak ve kan izleriyle birlikte göndererek özel işaretler yazılı tehditte bulunma eylemidir” (Yarg. 4.CD., E. 1991/152, K. 1991/1066, T. 20.2.1991), (www.kazanci.com.tr) (Erişim tarihi: 04.12.2010).

¹¹¹⁴ SÖZÜER, Tehdit Suçu, s. 138.

mağdurların iradeleri ve hareket kabiliyetleri ortadan kaldırılmış olacağından, bu şekildeki davranışlar da tehdit olarak değerlendirilebilecektir.

Suçun işlenmesi sırasında, sahip olduğu belli hukuki değerlerin saldırıya uğrayacağı beyanı ile tehdit edilen mağdur, bu durumun kendisinde yarattığı korku nedeniyle savunma gücünden yoksun kalmakta, failin kendisine yönelik hareketlerine boyun eğmektedir. Tehdidin bu etkiyi doğurabilmesi için, mağdurun iç huzurunu bozmaya, onun üzerinde ciddi bir korku yaratmaya elverişli olması gereklidir¹¹¹⁵. Bunun için öncelikle tehdidin objektif olarak korkutucu ve ciddi bir mahiyet arzemesi aranmalıdır¹¹¹⁶. Tehdidin, mağdur üzerinde ciddi endişe ve korku yaratacak uygunluk ve yeterlilikte olup olmadığı, diğer bir ifadeyle onu zorlamaya elverişli ve iradesi üzerinde etkili olabilecek nitelikte olup olmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Tehdidin, mağdurun bizzat kendisine yönelmesi zorunluluğu yoktur. Bir üçüncü kişiye yönelen tehdit, mağdurun iradesi üzerinde etki doğurabildiği ve ona zorladığı takdirde, 80. maddedeki suçun işlenmesinde başvurulacak araçlardan birini teşkil edebilecektir.

Tehdit, TCK'nın 106. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Maddede, kişinin "kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinin" bildirilmesi suretiyle veya "malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağından veya sair bir kötülük edileceğinden" bahisle yapılan tehdide yer verilmiştir. Yukarıda cebir suçu ile ilgili olarak da açıkladığımız üzere, insan ticareti suçunda "tehdit" maddi unsur içerisinde bir araç olarak öngörüldüğünden, artık 106. maddedeki tehdit suçunun oluşup oluşmadığı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bu durum suçların içtimasını ilgilendiren bir hal teşkil etmektedir ve aşağıda "içtima" başlığı altında ele alınacaktır.

106. maddede düzenlenen tehdit suçunun varlığı için, tehdidin konusunu oluşturan saldırının haksız olması gereklidir. Hakkı bir sebebe dayanan tehdit, mağdurun

¹¹¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 484.

¹¹¹⁶ Yarg. 2.C.D., E. 2003/22197, K. 2005/16811, T. 20.7.2005; Yarg. 4.C.D., 2004/ 8519, K. 2006/7901, T. 21.3.2006 (<http://www.kazanci.com>, Erişim tarihi:04.12.2010).

iradesini zorlayıcı bir etkiye sahip olsa da hukuka aykırı niteliği bulunmayacaktır¹¹¹⁷ Ancak, 80. maddede araç olarak öngörülen “tehdit” bakımından böyle bir gereklilik söz konusu değildir. Tehdidin konusunu oluşturan kötülük veya zarar hukuka uygun olsa dahi, bu durumun mağdur üzerinde hukuka aykırı başka bir hareketin gerçekleştirilmesi için bir vasıta olarak kullanılması 80. maddenin uygulanması bakımından yeterli sayılacaktır. Örneğin, mağdurun işlediği bir suçun polise ihbar edileceği veya yabancı ülkede yasadışı koşullarda bulunmasının resmi makamlara bildirileceği tehdidi ile evde barındırılarak zorla hizmet ettirilmesinde, tehdidin konusu haksız olmasa da, mağdurun iradesini, karar verme serbestisini etkileyecek güçtedir ve suçun işlenmesinde bir araç vazifesi görmektedir.

d) Kandırmak

Kandırmak, “inanmasını, kanmasını sağlamak, inandırmak” ve “aldatmak” anlamına gelmektedir¹¹¹⁸. 80. madde bakımından “kandırma” olumsuz bir anlama sahip olmakta, mağdurun gerçekler konusunda yanıltılmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan, insan ticareti suçunda “kandırmak”, mağduru yanıltmak, söylenen sözlerin veya ortaya konulan durumun doğruluğuna ya da gerçekliğine inandırarak aldanmasını sağlamaktır. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesinde araç fiil olarak “hile” ve “aldatma” kavramlarına yer verilmiştir¹¹¹⁹. TCK madde 80’de bunların hiçbirine yer verilmemiştir. Esasında “aldatma” sözcüğü, bir kimsenin yanıltılmasını sağlamayı, onu yanılgıya sürüklemeyi, bir şeyin görünüşü, niteliği konusunda yanlış izlenim vermeyi ifade ettiğinden¹¹²⁰, “hile” kavramına daha yakındır. Bu nedenle, “kandırmak” ile karşılaştırıldığında, insan ticaretinde başvuru araç fiil olarak daha yerinde bir tercih olabilirdi. Bundan başka, özellikle hilenin ceza hukuku bakımından daha fazla yer bulan ve gerek uygulamada, gerekse öğretide yerleşmiş bir kavram olduğu düşünülecek olursa,

¹¹¹⁷ EREM, Türk Ceza Kanunu Şerhi II, s. 1221.

¹¹¹⁸ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 998.

¹¹¹⁹ Ek Protokolün orjinal İngilizce metninde “fraud” ve “deception” kavramları kullanılmıştır. “Fraud” sözcüğünün Türkçede “hile, aldatma, yolsuzluk, dolandırıcılık, sahtekarlık” gibi karşılıkları bulunmaktadır (İngilizce Türkçe Redhouse Sözlüğü, s. 387). “Deception” ise Türkçede “aldatma, hile, kandırma” anlamlarına gelmektedir (İbid., s. 242). Ek Protokolün Fransızca metninde ise “fraude” ve “tromperie” sözcüklerine yer verilmiştir. Fransızcadaki “fraude” sözcüğünün Türkçedeki karşılığı “hile, dalavere” veya “oyun, dolap, düzen” olarak belirtilirken (SARAÇ, s. 632), “tromperie” sözcüğü “aldatma, aldatmaca” kavramları ile karşılanmaktadır (İbid., s. 1425).

¹¹²⁰ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 100.

bu araca yer verilmek yerine hukuki bakımından anlamının tespitinde zorluk çekilecek bir deyim olan “kandırmak” sözcüğünün tercih edilmesi eleştiriye açık bir düzenleme teşkil etmektedir.

“Kandırma”yı açıklamak bakımından, bu araç ile ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkmak yararlı olacaktır. İnsan ticareti suçunda, araç fiillerin, genel olarak mağdurun iç hürriyetini ortadan kaldırmaya, onu belirli bir yönde hareket etmekten alıkoymaya veya belirli bir şekilde hareket etmesini sağlamaya yönelik olarak kullanıldığını ifade etmiştik. “Kandırmak” biçimindeki araca da, mağduru iradesinden yoksun bırakmak, serbest bir irade oluşturmasını engellemek amacıyla başvurulmaktadır. İnsan taciri, mağdurun, gerçek durumla ilgili yanlış bir bilgiye ve izlenime sahip olmasını sağlayarak ve bu durumdan yararlanarak, asıl hareketleri herhangi bir direnme veya zorlanma ile karşılaşmaksızın, kolaylıkla icra edebilecektir. Bu durumda, kandırmanın, mağdurun gerçekte rıza göstermeyeceği bir durumu veya davranışı kabullenmesini sağlayacak nitelikte olması gerekecektir. Bu da ancak gerçekler konusunda yanıltılması, hataya düşürülmesi ile mümkündür¹¹²¹. Diğer bir ifadeyle, kandırmanın, mağdurun algısı ve davranışları üzerinde yanlış bir etki meydana getirmeye elverişli olması gerekecektir.

Dolandırıcılık suçunda başvuru olan “hilenin”, “*dış dünyada, gerçeğe aykırı görüntü yaratan ve mağdurun denetim olanaklarını ortadan kaldıracak nitelikteki her türlü icrai davranış*” olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹²². Yukarıda dolandırıcılık suçu ile insan ticareti suçunu karşılaştırırken de belirttiğimiz üzere, gerek bu suçta başvuru olan “hile”, gerekse insan ticareti suçunda araç teşkil eden “kandırma” bakımından asıl olan, başkasının tasavvuru, zihin ve davranışları üzerinde bir etki, bir hata meydana getirerek, iradesinin sakatlanmasını sağlamaktır. Bu açıdan bakıldığında, her ikisi arasında büyük bir farklılık olmadığı söylenebilecektir. Bununla birlikte, bu iki kavramın aynı şeyi ifade ettiğini ileri sürmek mümkün değildir. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde “aldatma” ve “hile” kavramları ayrı ayrı kullanılmıştır.

¹¹²¹ “Kandırma fiilinden bahsetmek için, bir kimsenin yanıltılarak ve aldatılarak iradesinin sakatlanıp bir işin yapılmasına razı edilmesi gerekir ...Fail, mağdura öyle şeyler söylemeli ki mağdur da bunlara inanarak aslında yapamayacağı şeyleri yapma durumuna girmelidir ...” (Yarg. 8. CD., E. 2010/1440, K. 2010/5958) (Yayımlanmamıştır)

¹¹²² CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Kişilere ..., s. 454.

Aldatma, hileye daha yakın bir kavram olsa da, iki araca birden yer verilmiş olması, bunların farklı şeyleri ifade etmek için kullanıldığını düşündürmektedir¹¹²³.

Hile, dolandırıcılık suçu bakımından değerlendirildiğinde, basit bir yalan yeterli olmamakta, olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve kullanılan ifadelerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹²⁴. Gerektiğinde, yalana bir takım dış hareketler eklenecek veya böylece varolan koşullardan yararlanarak normalde vermeyeceği bir kararı bir kimseye verdirterek onu aldatmak hileyi oluşturacaktır¹¹²⁵. Sahneye koyma teorisi olarak adlandırılan bu görüşün, insan ticareti suçundaki “kandırma” bakımından da kabul edilip edilmeyeceğini tartışmak gerekir. Bizce, hile, kandırmadan daha etkili, onu da içine alacak bir kavram olarak anlaşılmaktadır. Kandırmada, mağdurun hataya düşürülmesi, yanlış yönlendirilmesi söz konusudur ve hilede olduğu gibi mağdurun “görünüşte rızası” elde edilmek istense de, aynı yoğunlukta bir hareket gerekli değildir. Kandırma, hileden daha hafif bir yanılgı halini ifade etmektedir¹¹²⁶. Bununla birlikte, basit bir yalanın kandırıcı nitelikte bir hareket olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. İnsan ticareti suçunda, mağdurun kandırılması, asıl hareketler olarak belirtilen “ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek, barındırmak” ile birlikte düşünülmelidir. Dolayısıyla, mağdurun yalnızca gerçek dışı bir açıklamaya veya duruma inandırılması değil, aynı zamanda onun, üzerinde bu hareketlerin icra edilmesine razı olması, ikna edilmesi söz konusudur. Bu da, söylenen bir yalanın bazı ek beyanlarla veya davranışlarla güçlendirilmesini gerektirir¹¹²⁷.

¹¹²³ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 64; EVİK Vesile S., İnsan Ticareti, s. 407;

¹¹²⁴ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 382 – 383. Yargıtayın “sahneye koyma teorisi” adı verilen bu görüşü benimseyen kararlarının yanında, sadece yalanı hilenin varlığı için yeterli saydığı kararları için bkz. “Suçun mevzuatımızda bulunan diğer suçlardan benzer ve farklı yönleri” başlığı altında, *Dolandırıcılık* suçuna ilişkin olarak yapılan açıklamalar.

¹¹²⁵ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 382-383.

¹¹²⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin E. 2010/1440, K. 2010/5953 sayılı Kararında “*kandırmanın içeriğinde hile yapmak, aldatmak ve hataya sevk etmek esastır*” denilerek bu konuda farklı bir değerlendirme yapıldığını belirtmek gerekir. Bu Kararda, bizim görüşümüzün aksine “kandırma” kavramının hileyi de içine alacak şekilde anlaşılması gerektiği şeklinde yorumlanabilecek bir içtihat oluşturulmuştur.

¹¹²⁷ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti Suçu, s. 65. Örneğin, internet üzerinden yabancı bir ülkede çocuk bakıcılığı yapmak üzere 18-30 yaş arası bayanların arandığına ilişkin bir ilan verilmesi suretiyle fuhuş yaptırmak maksadıyla kadınların tedarik edilmesi vakasında, sadece yalan bir beyanda bulunulduğu ileri sürülemez. Burada, yabancı ülkede çalıştırmak üzere kişileri istihdam etmek suretiyle

Kandırma, bazen gerçeğin gizlenmesi, mağdurun içinde bulunduğu yanılgıdan istifade edilmesi suretiyle de gerçekleşebilir. Bu durumda, kişinin içine düşmüş olduğu hata ve yanılgıdan yararlanarak, bu yanılgıdan kurtulmaması ve gerçeğin ortaya çıkmaması için kandırıcı nitelikte hareketlerin yapılması da aynı sonucu elde etmeyi sağlayabilecektir¹¹²⁸.

Bu araç fiili gerçekleştirmeye yönelik olarak yapılan hareketlerin, söylenen sözlerin ve verilen bilgilerin mağduru kandıracak nitelikte olması aranacaktır. Bunun tespitinde somut olayın özellikleri göz önüne alınacaktır. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, daha önce Türkiye'ye yasal olarak çok sayıda giriş çıkış yapmış olan ve Türkiye'de evli kız kardeşi bulunmasına rağmen, sanığın yanına gelerek onunla birlikte kalan ve fuhuş yapmaya başlayan, sanık ile anlaşmazlığa düşmesi üzerine evden ayrılıp, bir otele yerleşerek yaşamına devam eden mağdur bakımından kandırmanın gerçekleşmediğine karar vermiştir¹¹²⁹. Gerçekten de bu olayda mağduru yanıltacak, onu hataya düşürecek davranışlarla iradesinin sakatlanması söz konusu değildir. Gerek Türkiye'ye gelişinde, gerekse sanığın evinde kaldığı ve fuhuş yaptığı süreçte mağdurun gerçek durumla ilgili yanlış bir bilgiye ve izlenime sahip olmadığı ve serbest iradesine dayanan rıza ile hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan Yargıtayın bu olay bakımından “kandırma”nın bulunmadığı yönündeki kararını yerinde bulmaktayız. Bir başka olayda, gazetede aşçı arandığına ilişkin ilana cevap vererek İstanbul'a gelen Ukrayna uyruklu mağdurun, Nevşehir iline götürülerek fuhuşa yönltilmesi olayında, mağdurun bu şekilde tedarik edilmesi “hile” kapsamında değerlendirilmiştir¹¹³⁰. Burada, gazetede ilan verilmesiyle, basit bir yalandan ziyade, belirsiz sayıdaki kişilere yönelik olarak istihdam olanağının sunulduğu şeklinde bir algı yaratılmaktadır. Nitekim “aşçı arandığına ilişkin gazeteyle verilen illan, buradaki “yalan” beyanı destekleyen bir davranış olması itibarıyla, kandırıcı niteliktedir. Bu nedenle, Yargıtayın kararını yerinde bulmaktayız.

aracılık edildiği yönünde bir görüntü yaratılması söz konusudur. Nitekim gazeteyle ilan verilmiş olması da, mağdurun yüzüne karşı yapılan beyandan daha inandırıcı bir etki yaratmaktadır.

¹¹²⁸ DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 385.

¹¹²⁹ Yarg. 8. CD., E. 2010/1440, K. 2010/5953 (Yayınlanmamıştır)

¹¹³⁰ 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Yasayla değişik 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesi, suç tarihinde yürürlükte olmadığı için, olayla ilgili olarak 765 sayılı TCK'nın 436/1. maddesi kapsamında, 21 yaşını bitirmiş olan mağdureyi hile kullanmak suretiyle fuhuş için tedarik nedeniyle hüküm kurulması gerektiği belirtilerek bozma kararı verilmiştir. Ancak önemli olan, fiil, fuhuş için tedarik suçu teşkil etse de, kullanılan yöntemin hile olarak kabul edilmesidir. (Yarg. 8. CD., E. 2007/4540, K. 2007/4618, T. 11.6.2007) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 13.04.2010).

Mağdurun insan ticaretinin yöneldiği maksada ilişkin belirli ölçüde bilgi sahibi olması halinde kandırmanın bulunup bulunmayacağı da tartışılmalıdır. Esasında bu konu, kandırmanın kapsamıyla ilgilidir. Özellikle fuhuş yaptırma maksadı söz konusu olduğunda, kişinin, çalışmanın niteliği hakkında bilgi sahibi olmakla birlikte, zorlayıcı ve istismar düzeyindeki koşullar konusunda yanıtıldığına sıklıkla rastlanmaktadır¹¹³¹. Örneğin, kişi, gittiği ülkede çok uzun saatler çalışmaya zorlanmakta, dinlenme hakkı bulunmamakta, kazandığı paranın çok büyük bir kısmına veya tamamına el konulmakta, bazı hallerde belgeleri elinden alınmaktadır. Bu durumun, örneğin, bir evde hizmetli olarak çalışacağını bilerek bir yere giden kişinin, zorla çalıştırma veya hizmet ettirme maksadıyla insan ticareti mağduru haline gelmesinden farkı bulunmamaktadır. Bizce böyle bir durumda, işin niteliğinin “bilinmesi” ve buna rıza gösterilmesi, kişinin suçun mağduru haline gelmesini engellemeyecektir. Bilmenin, ancak fiille ilgili bütün koşulları içermesi ve kişinin bunlara rıza göstermemekte özgür olması halinde gerçek bir rızadan bahsedilecek ve buna hukuki bir sonuç bağlanabilecektir¹¹³². Oysa, verilen örneklerde, gerçek durumla ilgili yanlış bir algı içinde olan mağdurun rıza göstermeyeceği bir durumu kabullenmesi ve böylece tedarik edilmesi sırasında herhangi bir direnme göstermemesi sağlanmaktadır. Bu nedenle, kandırmanın, yalnızca çalışmanın veya hizmetin türünü ya da niteliğini değil, kişinin bu çalışmayı gerçekleştireceği ya da hizmeti yerine getireceği temel koşulları da kapsamına aldığı kabul edilerek¹¹³³, bu hallerde de mağdurun kandırılmak suretiyle insan ticareti mağduru haline getirildiği kabul edilmelidir.

Bunun yanında, kişinin bilgisi dâhilinde olan koşulların sonradan değişmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda, koşulların değiştiği andan itibaren kişinin direnmesini engellemek, onun üzerinde maddi unsuru oluşturan asıl hareketleri icra edebilmek için başvurulacak cebir, şiddet, tehdit veya çaresizliğinden yararlanma gibi başka araçlarla suçun işlenmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, Hollanda, La Haye Bölge Mahkemesi, bir olayda, Doğu Avrupa’dan fuhuş sektöründe çalışarak çok para kazanmak ve daha iyi bir hayat kurmak için gelmelerine karşın, mağdurların çaresiz, izole ve bağımlı

¹¹³¹ Model Law, s. 34.

¹¹³² Report of the experts group on THB, s. 50.

¹¹³³ İbid.

konumlarının istismar edilmesi suretiyle insan ticareti suçunun işlendiğine karar vermiştir¹¹³⁴.

“Kandırma” biçimindeki araç fiil bakımından, olası mağdurların, çoğunlukla yoksul ülkelerde yaşayan ve kendilerine vaadedilen yabancı ülkedeki bol kazançlı istihdam fırsatlarının doğruluğunu araştırma imkanına çoğu zaman sahip olamadan, daha yüksek bir yaşam düzeyine ulaşma umuduyla, içinde buldukları durumdan bir an önce kurtulma isteğiyle kandırılmaya daha yatkın kişiler olmaları gibi özel koşulların da göz önüne alınması gereklidir. Bazı hallerde ise kullanılan yöntemin kendisi, “hile”den daha basit hallerin bu kapsama dahil olabileceğini ortaya koymaktadır. Örneğin bazı vakalarda, mağdurla aynı bölgede yaşayan, hatta onunla tanışıklığı olan kişilerin bizzat mağdura giderek, yapılacak iş ve yaşam koşulları konusunda gerçeğe aykırı anlatımlarla onu kandırması, kendisi ile aynı yolu seçmesi yönünde onu ikna etmesi bir metot olarak kullanılmaktadır. Bu durumda, mağduru karşısında, doğruyu söylemesini beklediği ve tanımadığı bir kimseye kıyasla daha fazla güvendiği bir kişi bulunmakta ve kandırılması daha kolay olmaktadır. Bu nedenle, “kandırma”nın bulunup bulunmadığına karar verilirken, her somut olayın taşıdığı bu gibi özelliklerin dikkate alınması gerekmektedir.

e) Nüfuzu kötüye kullanmak

Bir kimse üzerinde güç sahibi olma, birine sözünü geçirme nüfuz olarak tanımlanmaktadır¹¹³⁵. Nüfuzu kötüye kullanmak, bir kimse üzerinde sahip olunan sözünü geçirebilme, o kimseye etkide bulunabilme ve istediğini yaptırabilme gücünün suistimal edilmesi anlamına gelmektedir¹¹³⁶. “Nüfuzu altında tutmak” ise egemenliği altında bulundurmaya ifade etmektedir¹¹³⁷. Nüfuz kavramının, otoriteden daha geniş bir

¹¹³⁴ Lahey İstinaf Mahkemesi, 30 December 2002, LJN:AF2850. Bu konuda ayrıca; mağdurların doğdukları ülke olan Letonya’da herhangi bir gelecek umudunun olmayışı ve aşırı yoksul yaşam koşulları nedeniyle *yurt dışında fuhuş yaparak para kazanmaya karar vermeleri* olgusundan şüphelinin “utanmazca” yararlandığı yönündeki Leeuwerden Bölge Mahkemesi kararı da önemlidir (her iki kararı aktaran: Human Trafficking, Seventh Report, s. 411).

¹¹³⁵ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi:03.11.2010).

¹¹³⁶ Aynı yönde bkz. EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 407.

¹¹³⁷ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1314.

anlamı olduğu ve otoriteyi de içerdiği belirtilmiştir¹¹³⁸. Nüfuz, aynı zamanda ekonomik, sosyal, ailevi vb. bir nedenden kaynaklanan bağımlılık durumunu da içerir¹¹³⁹.

5237 sayılı TCK’da düzenlenen başka bir takım suçlarda nüfuzun kötüye kullanılmasına bir ağırlaştırıcı neden olarak yer verildiği görülmektedir. Bu suçlarda, nüfuzun hangi hallerden kaynaklanabileceğinin açıkça sayıldığı dikkati çekmektedir. Örneğin “kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı” (md. 102/3, md. 109/3, md. 227/5), “hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan” (md. 105/2), “görevinin sağladığı” (md. 250, md. 259) nüfuzun kötüye kullanılmasından söz edilmektedir. İnsan ticareti suçunda ise bu hallerle sınırlama yoluna gidilmediği ve genel anlamda, her türlü ilişki ve durumdan kaynaklanan nüfuzun söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, kişi üzerinde sahip olunan nüfuz, akrabalık ilişkisi, aile içi ilişki, gelenek ve görenekler, eğitim- öğretim ilişkisi, hiyerarşi veya hizmet ilişkisi, bir görev, sıfat veya başkaca bir konumdan kaynaklanabilir.

Bir kadının, fuhuş yaptırmak veya hizmet ettirmek maksadıyla tedarikini sağlayan kocasının veya ailesinin, aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanması, bir işçinin zorla çalıştırmak maksadıyla tedarik veya sevk edilmesini sağlayan işverenin hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanılması söz konusudur. Bunun gibi, kolluğun gözaltına alınan kişi üzerinde sahip olduğu görevden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanarak 80. maddedeki maksatlardan biriyle, bu kişiyi nakletmesi, sevketmesi veya barındırması halinde de insan ticareti suçundan söz edilecektir.

Mağdur üzerinde sahip olunan nüfuz meşru bir nedene dayanabilir. 80. madde bakımından dikkat edilmesi gereken, bu nüfuzun meşru ve doğal sınırları dışında “kötüye” kullanılmasıdır¹¹⁴⁰. Nüfuzun kötüye kullanılmasının ayrıca bir suç teşkil etmesi gerekli değildir¹¹⁴¹. Bu suçta nüfuzun kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, başkası üzerinde sahip olunan egemen durumdan ve ona etkide bulunabilme üstünlüğünden, suçun işlenmesinde kolaylık sağlayacak şekilde yararlanılması gerekir.

¹¹³⁸ KOCASAKAL, İnsan Ticareti Suçu, s. 64.

¹¹³⁹ KOCA, s. 154.

¹¹⁴⁰ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 64.

¹¹⁴¹ İbid.

Mağdur, kendisi üzerinde sahip olduğu nüfuz nedeniyle bunu yapan kişiyi sorgulamamakta, ona karşı gelmemekte veya gelememektedir. KOCA'ya göre, maddede belirtilen maksatlarla nüfuz kullanıldığı zaman, zaten kötüye kullanma gerçekleşecektir¹¹⁴². Diğer bir ifadeyle, “nüfuzun kullanılması” denilmesi 80. madde bakımından yeterli olacaktır. Bu görüşe tamamen karşı çıkmamakla birlikte, “kötüye kullanma” ifadesinin aslında suçun işlenmesinde bu nüfuzdan “faydalanma” durumunu ifade ettiğini ve bir hukuka aykırılık bilincini vurguladığı için daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

f) Kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek

Burada esasında “kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanarak rızalarını elde etmek” ve “kişilerin çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” biçimindeki iki ayrı araca başvurulması söz konusudur. Bunların incelenmesine geçmeden önce, bu araç fiillerin İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde farklı şekillerde kaleme alındığını belirtmek gereklidir. Ek Protokolde; “kişinin çaresizliğinden yararlanmak veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlamak”tan söz edilmektedir. Özellikle denetim yetkisine sahip kişilerin hareket tarzı bakımından TCK madde 80 ile Ek Protokolün 3. maddesindeki düzenleme önemli farklılıklar içermektedir. Buna göre, Ek Protokolde kastedilen, bir kimsenin üzerinde denetim kurduğu kişinin, yani mağdurun rızasını elde etmek değil, kazanç veya çıkar sağlayarak veya bunun için vaatte bulunularak mağdur üzerinde denetime sahip olan kimselerin rızasını elde etmektir. Örneğin, kurumda çalışan sosyal hizmet görevlisinin para karşılığında, çocukların zorla çalıştırılmak maksadıyla Adana'dan İstanbul'a götürülmesine rıza göstermesi Ek Protokolde belirtilen araca başvurulduğu bir örnek teşkil etmektedir. Oysa 80. madde bakımından, sosyal hizmet görevlisinin çocukların rızasını elde etmesi yeterli sayılacaktır¹¹⁴³. Bu durumun bir çeviri hatasından kaynaklandığı belirtilmiştir¹¹⁴⁴. Bizce

¹¹⁴² KOCA, s. 154.

¹¹⁴³ Bu konuda, TCK'nın 80/3. maddesindeki hüküm nedeniyle çocukların insan ticareti mağduru olduğu hallerde araç fiillere başvurulmasının gerekli olmadığını ve çocuğun rızasına da bir sonuç bağlanmadığını hatırlatmak gereklidir. Bu örneğin verilmesinin nedeni iki düzenleme arasındaki farklılık açık bir şekilde ortaya konulmak istenmesidir.

de bir çeviri hatasının ya da Ek Protokoldeki düzenlemenin daha az karmaşık bir ifade ile ulusal mevzuata aktarılmak istenmesi sonucunda oluşan bir eksikliğin kanun metnine bu şekilde yansımış olması mümkündür. Gerçekten de, Ek Protokolde düzenlenen şekliyle bu araç fiil insan ticareti suçunda sıklıkla başvuru bir yöntemi teşkil etmektedir. TCK'daki ifade bu durumu yansıtmadığı için, önemli bir eksikliğe neden olmaktadır¹¹⁴⁵. Bugünkü düzenlemeye göre, mağdur üzerinde denetim yetkisi olanların mağdurun rızasını elde etmeleri, geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği için mümkün değildir¹¹⁴⁶. Bu kişiler, ancak mağdura yeterli veya doğru açıklamada bulunmaksızın ya da onlar üzerindeki otoritelerini kullanarak mağduru yönlendirebileceklerdir. Bu durumda da, zaten başka araçların kullanılması söz konusu olacaktır.

Sorunun, Anayasanın 5170 sayılı Kanunla değişik 90. maddesine göre Ek Protokol esas alınarak çözümü yoluna gidilip gidilemeyeceği de tartışılmalıdır. Bu değişikliğe göre; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün, Anayasanın 90. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir Sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün ise de, uygulanması için iç hukukta ayrı bir düzenleme yapılmasını gerektiren bir uluslararası metindir. Özellikle cezai sorumluluğa ilişkin hükümler içermesi nedeniyle, kanunilik prensibi karşısında, Protokolün gereği olarak TCK'da yapılan düzenlemenin esas alınması zorunludur. Bu konuda, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin Anayasanın 90. maddesindeki değişiklikten de önce vermiş olduğu ve Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 2 (a) maddesine uygun olarak, örgütlü suç grubunun oluşumu için en az üç kişiyi gerekli gören 02.06.2003 tarihli, farklı bir çözümü benimseyen Kararının da altını çizmek gereklidir¹¹⁴⁷. Somut olay bakımından, Sözleşmedeki hükmün ceza sorumluluğu bakımından lehe bir uygulama ortaya çıkarması nedeniyle belirtilen yorumun benimsenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak bu konuda genel bir kabule gitmenin, belirttiğimiz gerekçelerle yerinde olmayacağını düşünmekteyiz. Sonuç olarak, 80. maddedeki

¹¹⁴⁴ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 65.

¹¹⁴⁵ İbid.

¹¹⁴⁶ Aynı yönde EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 408.

¹¹⁴⁷ Yarg. 8.CD., E. 2003/2495, K. 2003/1179, T. 02.06.2003 (YKD., Nisan 2004, s. 634 vd).

düzenlemenin, Ek Protokolün içeriğine uygun bir yoruma imkan vermediğini düşünmekteyiz¹¹⁴⁸.

Denetim, denetlemek, kontrol etmek anlamına gelmektedir¹¹⁴⁹. 80. madde bakımından denetim olanağının “gözetim” anlamındaki kontrolü de içerdiğini düşünmekteyiz. Denetim olanağı belli ölçüde de olsa, denetim altındaki kişinin hareketlerini kontrol etme, yönlendirme imkanı veren bir durumu ifade etmektedir. Böylece, denetim olanağına sahip kişi, mağdurun iradesi üzerinde etkide bulunabilmektedir. Kişiler üzerinde denetim olanağına sahip olma, nüfuz sahibi olma ile benzer bir kavramdır. Ancak bu iki kavramın her durumda örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, bir kimse üzerinde nüfuz sahibi olan kişinin, o kişi üzerinde genellikle aynı zamanda denetim olanağına sahip olduğu belirtilmiştir¹¹⁵⁰. Biz de bu düşünceye katılmakta ve bu iki araç fiilin kesin bir şekilde ayrılamamasının, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi Ek Protokoldeki ifadenin maddeye eksik bir şekilde aktarılmış olmasından kaynaklandığını düşünmekteyiz¹¹⁵¹.

Kişiler üzerindeki denetimin meşru bir sebebe veya resmi bir sığata dayanması zorunlu değildir. Mağdur üzerinde, fiilen gözetim veya denetim olanağı bulunması yeterlidir. Çocuğun bakıcısı veya çocuğun belirli bir süre gözetim amacıyla emanet edildiğı kişi denetim olanağına sahiptir. Yatılı okula giden çocuğun öğretmeni de denetim olanağına sahip kişidir. Bu kişi aynı zamanda çocuk üzerinde nüfuz sahibidir, ancak yatılı okula bırakılan çocuk, burada geçirdiğı zaman süresince ailesinin gözetimi ve denetimi altından çıkarak, burayı idare edenlerin sorumluluğına girer. Dolayısıyla, burada denetim görevi, nüfuz sahibi olma durumuna ağır basmaktadır. Türkiye’de kaçak olarak çalıştığı tespit edilen Rus kadınının belgelerini inceleyen Sosyal Güvenlik Bakanlığı görevlisinin, onun mevzuata aykırı durumunu düzeltmek karşılığında çıplak fotoğraflarını çekirmek üzere pornografi içerikli internet sitesi işleticisine göndermesi olayının, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanarak rızasının elde

¹¹⁴⁸ Aynı yönde bkz. KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 65; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 408.

¹¹⁴⁹ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 502; www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi:20.11.2010).

¹¹⁵⁰ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 66.

¹¹⁵¹ İbid.

edilmesine örnek teşkil ettiği belirtilmiştir¹¹⁵². Kanaatimizce, burada daha ziyade, kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanması söz konusudur.

Bir kişinin, aynı işyerinde çalışan başka bir kimsenin faaliyetini denetim ile görevli olması halinde, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından yararlanmak halinden değil, nüfuzun kötüye kullanılması biçimindeki araçtan bahsedilmelidir. Çünkü burada denetim yetkisi bulunan kişi, bu sayede sahip olduğu gücü suistimal etmektedir.

Son olarak “kişinin çaresizliğinden yararlanarak rızasını elde etmek” biçimindeki araç üzerinde durulmalıdır. Öncelikle çaresizlikten ne anlaşılması gerekeceğini tespit etmek gerekir. Kişinin ekonomik, sosyal, kültürel, fiziksel vb. pek çok nedenle çaresizlik içinde olması mümkündür. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün hazırlık çalışmaları sırasında; “kişinin çaresizliğinden yararlanma”nın; kişinin bu çaresizliğin kötüye kullanılmasına boyun eğmek dışında hiçbir gerçek ya da kabul edilebilir seçeneğinin bulunmaması durumunu ifade ettiği belirtilmiştir¹¹⁵³. Buna göre insan ticareti suçunda çaresizliğin, kişinin fiziksel veya ruhsal özelliklerinden veya dış nedenlerden dolayı içinde bulunduğu ve kendisine yönelen hareketlere karşı onu savunmasız ve güçsüz bir hale koyarak direnme yeteneğini büyük ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran durum olarak tanımlanabileceğini düşünmekteyiz¹¹⁵⁴. Mağdurun, bu çaresizliğe kendisinin neden olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁵⁵. Failin, mağdurun savunmasız olmasından ve direnecek durumda bulunmamasından yararlanarak suçu işlemesi gerekir.

¹¹⁵² ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 209.

¹¹⁵³ Interpretative notes, par. 63.

¹¹⁵⁴ Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesinin E. 2010/1440, K. 2010/5953 sayılı Kararında, “... sanığın evlendirme vaadiyle oluşturduğu hileli yöntemlerle mağduru kandırarak, yol giderlerini de kendisi karşılamak suretiyle Türkiye’ye getirdiği, daha sonra da dönüş ve diğer ihtiyaçları için parası bulunmayan mağdurenin bu çaresizliğinden yararlanarak onu fuhuş yapmaya zorladığı ve mağdureyi ikna etmek suretiyle fuhuş yapmasını sağladığı kabul edilmiş ise de, olayda (...) onun çaresizliğinden yararlanması unsuru bulunmadığı, çaresizlikten söz edebilmek için kişinin muhtaç durumda bulunması, bu muhtaç halin yarattığı sonuçtan yararlanılarak sömürülmesinin” aranacağı ifade edilerek, “buradaki çaresizlikten, hayatını devam ettirmek, bir yerde kalmak ve iş bulmak konusunda yapacak bir şeyi olmayan kimseyi anlamak gerektiği” belirtilmiştir (Yayınlanmamıştır). Kararda çaresizlik ile ilgili olarak “muhtaç durumda bulunma” ölçütüne yer verilmiş ve somut olayda, çaresizliğin özellikle ekonomik nedenlerden kaynaklanabileceği tespit edilerek, mağdurun başka bir seçeneğe sahip olmaması gibi durum bulunmadığı yönünde karar verilmiştir. Esasında bu değerlendirme, Ek Protokolün hazırlık çalışmaları sırasında yapılan ve yukarıda yer verilmiş olan tanım ile örtüşmektedir.

¹¹⁵⁵ YENİDÜNYA, s. 200.

Çaresizliğin bulunup bulunmadığına karar verirken, objektif bir ölçütün mü yoksa mağdurun içinde bulunduğu durumla ilgili kendi algısının mı esas alınacağı belirlenmelidir. Bizce bu konuda her ikisinin birlikte değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır. Mağdurun iradesinin maddi araçlar dışındaki yollarla kısıtlandığı bütün hallerde, başka türlü davranması objektif olarak imkan dahilinde görünse dahi, içinde bulunduğu duruma ilişkin olarak mağdurun öznel değerlendirmesi buna engel olabilir. Özellikle çaresizlikten yararlanma bakımından bu öznelik daha belirgindir. Bu konudaki ölçüt, mağdurun bu durumdan kendi çabalarıyla kurtulamayacağına ilişkin varsayımının, somut olayın koşulları ile doğrulanabilmesi olmalıdır.

Çaresizlik, kişinin hasta veya sakat olmasından, sağır-dilsiz olmasından, oturma izninin bulunmamasından, fail ile veya bir üçüncü kişiyle mağdur arasındaki borç ilişkisinden, kültürel bağlamdan, hayatının tehlikede olmasından, işsiz olmasından, açlık, yoksulluk gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir.

BM tarafından 2009 yılında yayınlanan “İnsan Ticaretiyle Mücadelede Yasa Modeli” başlıklı çalışmada, “kişinin çaresizliğinden yararlanma” biçimindeki araç fiilin bir tanımının yapılması tavsiye edilmekte, aksi takdirde, uygulamada önemli sorunlar çıkacağı belirtilmektedir¹¹⁵⁶. Mağdurlara daha iyi koruma sağlayabilmek için, yapılan tanımın, faile ve failin mağdurun içinde bulunduğu durumdan yararlanma yönündeki maksadına odaklanabileceği belirtilmiştir. Böylelikle, mağdurun zihinsel durumuyla ilgili bir araştırmaya gerek kalmayacağı ve yalnızca mağdurun çaresiz durumda olduğunun fail tarafından bilinmesi ve bundan yararlanmak maksadının bulunması aranacağından ispatının da daha kolay olacağı ileri sürülmüştür. Gerçekten de, yukarıda belirttiğimiz üzere, çoğu olayda çaresizliğin tespitinde, mağdurun öznel değerlendirmesi de önemli olmaktadır. Bu nedenle, failin bu durumu bilmesi ve bundan yararlanma kastıyla hareket etmesinin ispatı bazı hallerde kolaylık sağlayabilecektir.

¹¹⁵⁶ Model Law, s. 10.

Mukayeseli hukuktaki örneklere bakıldığında, çaresizlik durumununun kötüye kullanılmasını genel hatlarıyla tanımlayan ülkeler¹¹⁵⁷ bulunduğu gibi, çaresizliğin kötüye kullanılması kavramının içeriğini somutlaştırma amacıyla bir takım örneklerin sayıldığı mevzuatlara da rastlanmaktadır. Bu kapsamda, hamilelik, bir hastalık, ülkede yasadışı koşullarda bulunmak vb. nedenlerden dolayı içine düşülen durumlar belirtilmektedir¹¹⁵⁸.

Aynı çalışmada bazı ulusal mevzuatlardan örnekler verilerek, bunlar, diğer ülkelerin Protokolü iç hukuklarına geçirirken yararlanabilecekleri öneriler olarak belirtilmektedir. Yukarıda ulusal mevzuatlarla ilgili bölümde Moldova incelenirken yer verilen 2005 tarihli İnsan Ticaretini Önleme ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Yasasının 2. maddesinin 10 numaralı bendinde “çaresizlik durumu” ile ilgili olarak yapılan tanım, BM Yasa Modelinin “Tanımlar” konusunda örnek olarak gösterilen düzenlemelerden birini teşkil etmektedir¹¹⁵⁹. Bu nedenle yasada yer verilen açıklamayı buraya almanın yararlı olacağını düşünmekteyiz. Buna göre, çaresizlik durumu; bir kişinin özellikle; a) toplumsal olarak yaşamını sürdürme noktasındaki riskli durumu, b) yaşa, hastalığa, sakatlığa, fiziksel veya ruhsal bir eksikliğe bağlı özel durumu, c) bir geçiş ülkesine ya da hedef ülkeye yasadışı olarak girmesinden veya burada yasadışı koşullardan bulunmasından kaynaklanan riskli durumu nedeniyle içinde bulunduğu, kötüye kullanılmaya veya istismar edilmeye elverişli özel durum olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ Ukrayna Ceza Kanununun 149. maddesinde; “... çaresizlik durumundan anlaşılması gereken; bir kişinin fiziksel veya ruhsal özelliklerinden veya dış sebeplerden kaynaklanan ve o kişinin yaptığı veya yapmadığı hareketi anlayabilme veya hareketlerini idare etme, kendi iradesi doğrultusunda karar verebilme, şiddet içeren veya diğer yasadışı fiillere gerekli direnci gösterebilme yeteneğini azaltan veya ortadan kaldıran koşullar ya da ağır kişisel, ailevi veya başka koşulların bir arada bulunması halidir” şeklinde bir tanıma yer verilmiştir.

¹¹⁵⁸ Romanya’da yürürlükte olan İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve İnsan Ticaretiyle Mücadele başlıklı, 678/2001 sayılı Yasanın 17. maddesinde bütün bu haller belirtilirken, Avusturya Ceza Kanununun 104a maddesinde, “kişinin içinde bulunduğu zor durumdan, ruhsal bir hastalıktan veya kişiyi savunmasız bırakan başka bir durumdan yararlanmak” araç fiillerden biri olarak sayılmıştır. Azerbaycan Ceza Kanununun 141-1. maddesinde, ağırlaştırıcı nedenler arasında sayılan araç fiillerden biri, suçun “hamile olduğu fail tarafından bilinen bir kadına karşı” işlenmesidir. Son olarak, ağırlaştırıcı nedenler arasında bir takım araçlara yer veren Fransız Ceza Kanununun 225-4-2. maddesindeki suçun, “yaş, hastalık, sakatlık, fiziksel ya da psikolojik bir eksiklik veya hamilelik gibi dışarıdan anlaşılan veya fail tarafından bilinen sebeplerle zayıf durumdaki kişilere karşı işlenmesi” biçimindeki örnek belirtilmelidir.

¹¹⁵⁹ Model Law, s. 11.

¹¹⁶⁰ Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve İnsan Ticareti Hakkında Ek Protokolün gereği olarak ulusal mevzuatlarda yapılacak düzenlemelere ilişkin yol gösterici nitelikteki “İnsan Ticaretiyle Mücadelede Yasa Modeli” başlıklı çalışmada, yukarıdaki tanımın yanısıra, “bir çaresizlik durumunun kötüye kullanılması” ile ilgili olarak bir başka örnek tanıma yer verilmiştir. Buna göre: “ Bir çaresizlik durumunun kötüye kullanılması, bir kimsenin, a) ülkeye yasadışı şekilde veya gerekli belgelere sahip olmaksızın girmiş olmasının, b) hamilelik durumunun ya da madde bağımlılığı da dahil fiziksel veya

80/1. maddede, “kişinin çaresizliğinden yararlanarak rızasının elde edilmesi” yoluyla suçun işlenmesinden bahsetmekteyse de, çaresizlikten yararlanma halinde kişinin iradesini baskı altına alan etkenler bulunduğundan geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir¹¹⁶¹.

2. Asıl hareketler

Suçu oluşturan asıl hareketler; kişilerin bir ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi, sevk edilmesi veya barındırılmasıdır. Yukarıda yer verilen araç fiillere başvurulmak suretiyle, 80. maddede belirtilen maksatlarla kişiler üzerinde bu hareketlerin gerçekleştirilmesi suç oluşturacaktır. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesinin (a) bendinde ve bununla aynı içeriğe sahip olan İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 4 (a) maddesinde sayılan hareketler ise; temin etmek, bir yerden bir yere taşımak, devretmek, barındırmak veya teslim almaktır. Her iki düzenleme bakımından da insan ticareti suçuna ilişkin tanımda yer alan hareketlerin ortak noktası, bir aracılık faaliyetini ifade etmeleridir. “Ticaret”, alım-satımı içeren bir faaliyet olmasına karşılık, gerek Ek Protokolde gerekse daha sonraki tarihli bir uluslararası düzenleme olan Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesinde suç oluşturulan hareketler arasında “alım” ve “satım” yer almamaktadır. Çünkü asıl cezalandırılmak istenen, başlı başına “almak” ve “satmak” değil; tedarik etmek, bir yerden bir yere taşımak, devretmek, teslim almak, barındırmak gibi, kişileri bir ticaretin konusu haline getirecek ve onların çeşitli biçimlerde istismar edilmelerine neden olabilecek hareketlerdir. TCK’nın 80/1. maddesindeki hüküm de bu anlayışı yansıtmaktadır. Belirtilen istismar maksatlarıyla ve araç fiillere başvurulmak suretiyle bu hareketlerin yapılması insan ticareti suçunu oluşturacaktır. Bundan sonraki aşama ise, mağdurun çeşitli şekillerde istismar edilmesidir ve bu faaliyet, insan ticareti suçunun kapsamında cezalandırılmak istenen alanın dışında kalır.

ruhsal hastalık ya da sakatlığın, c) çocuk, hasta veya fiziksel ya da ruhsal yönden sakat olması nedeniyle karar verme yetisinin azalmış olmasının, d) üzerinde otorite sahibi olan bir başkasına para veya başka menfaatler verilmiş ya da vaadedilmiş olmasının, e) sosyal yaşam yönünden tehlikeli bir durum içinde bulunmasının, veya f) diğer ilgili etkenlerin sonucu olarak içinde bulunduğu çaresizlik durumundan yararlanmayı ifade eder” (Model Law, s. 9 – 10).

¹¹⁶¹ Aynı yönde bkz. EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 408; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 66.

Hareketlerin aracılık faaliyeti kapsamında değerlendirilmesinin sonucu olarak, örneğin işçilerin, kaldıkları yerden alınarak zorla çalıştırıldıkları fabrikaya götürülüp getirilmesi bu kapsamda kabul edilmemelidir. Çünkü burada artık, istismar aşamasına geçilmiştir ve aracılık faaliyeti sona ermiştir. İşçilerin bu çalışma ve yaşam koşullarına tabi tutulmasına neden olan, onları bu istismarın konusu haline getiren daha önceki nakil ve sevk gibi hareketler aracılık faaliyeti kabul edilerek suçun maddi unsuru içinde sayılacaktır.

TCK madde 80 ile Ek Protokoldeki düzenleme karşılaştırıldığında çeşitli farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Öncelikle, TCK'daki düzenlemenin daha fazla sayıda hareketi içerdiği ve mağduru istismar aşamasına getirecek eylem dizisinin tamamının kapsamaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, Ek Protokolde olup da, maddeye alınmayan “devretmek” ve “teslim almak” biçiminde iki önemli hareketin bulunduğu dikkati çekmektedir.

Bundan başka, Ek Protokolde “kaçırmak”, araç fiiller arasında yer alırken, TCK madde 80’de asıl hareketler arasında sayılmıştır.

“Sevketmek”, Ek Protokolde bulunmayıp, TCK’da öngörülmüş olan bir hareket biçimidir. Aşağıda değinileceği üzere, “bir yerden bir yere taşımak” ile sevk etmek” birbirinden farklı anlamlara sahip olduğundan, sevk etmenin 80. maddede yer alması yerinde olmuştur. Son olarak, 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle, suçun sınıraşan niteliğini vurgulamak amacıyla “ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak”, 80. maddedeki hareketler arasına eklenmiştir. Bunlar İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde düzenlenmeyen hareketlerdir. Bizce, “bir yerden başka bir yere götürmek”, bu hareketlerin ikisini de içerecek nitelikte olduğundan önceki düzenleme bu açıdan bir eksiklik taşımamaktaydı.

Maddi unsurun bakımından, özellikle Ek Protokol ile karşılaştırıldığında, TCK’da daha fazla hareketin öngörülmüş olmasının herhangi bir sakınca yaratmayacağı belirtilmelidir. Nitekim Ek Protokol ile Devletlere yüklenen hususlar bir asgari standardı oluşturduğuan göre, Taraf Devletler burada belirtilen yükümlülükleri yerine getirdikleri

sürece, iç hukuklarında daha geniş kapsamlı ve daha ağır önlemleri alabileceklerdir¹¹⁶². Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşmenin 34. maddesinin üçüncü paragrafına göre; “*Her Taraf Devlet, sınırışan örgütlü suçları önlemek ve onlarla mücadele etmek için bu Sözleşmeyle sağlananlardan daha sıkı ve ağır önlemleri alabilir*”.

İnsan ticareti suçunda başvurulan yöntemler değişiklik gösterebilmekte ve gün geçtikçe yenileri ortaya çıkabilmektedir. Ulusal mevzuatlarda bu suçla ilgili olarak yapılan düzenlemelerde, başta İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol olmak üzere konuyla ilgili, yukarıda da ele alınmış olan uluslararası ve bölgesel metinlerin temel alındığı görülmektedir. Bu metinlerin de, uluslararası hukukun birer aracı niteliğinde olup, suçun daha ziyade Taraf Devletler açısından ortaya çıkardığı zarar veya tehlikeler göz önüne alınarak hazırlanmış ve çok sayıda Devletin uzlaşması sonucu kabul edilmiş olduğunun altı çizilmelidir. Bu nedenle, her ülke, uluslararası düzenlemelerle oluşan asgari standartlara uygun hareket etmek kaydıyla kendi ihtiyaçlarına ve suç siyasetlerine uygun olarak suç tipini farklı biçimlerde düzenlemesi mümkündür. TCK’nın 80. maddesinde öngörülen hareketleri incelemeye geçmeden önce, diğer ülkelerin mevzuatlarında bu farklılığı ortaya koyan çeşitli örneklere yer vermekte yarar vardır.

Bulgaristan Ceza Kanununun 159a maddesinde “tedarik etmek, bir yerden başka bir yere taşımak, gizlemek ve kabul etmek” hareketlerine yer verilmiştir. Suçun sınırışan nitelikte işlenmesi ise 159b maddesinde ayrıca cezalandırılmakta ve bu kapsamda suçu oluşturan hareketler “kişileri veya kişi gruplarını tedarik etmek, nakletmek, gizlemek veya kabul etmek ve ülke sınırları dışına yönlendirmek” olarak belirtilmektedir.

Çin Ceza Kanununun 240. maddesinde “kadın veya çocukların kaçırılması veya bu kişilerin ticaretinin yapılması” cezalandırılmakta, kaçırmak veya ticaretini yapmaktan ise; bir kadının veya çocuğun satmak amacıyla kaçırılması, satın alınması, getirilmesi, gönderilmesi veya devredilmesi gibi hareketlerin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir.

¹¹⁶² Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşmenin 34. maddesinin üçüncü paragrafına göre; “*Her Taraf Devlet, sınırışan örgütlü suçları önlemek ve onlarla mücadele etmek için bu Sözleşmeyle sağlananlardan daha sıkı ve ağır önlemleri alabilir*”. Sözleşmenin “Protokollerle İlişki” başlıklı 37. maddesi ile ve Ek Protokolün “Sözleşme ile birlikte yorumlanacağını ve Protokolde aksine hüküm bulunmadıkça, Sözleşme’de yer alan hükümlerin Protokol için de geçerli olacağını” düzenleyen 1. maddesi dikkate alındığında, aynı kuralın Ek Protokol bakımından da geçerli olduğu sonucuna varılması gereklidir.

Romanya Ceza Kanununun 204. maddesinde insan ticaretini oluşturan hareketler, kişilerin “tedarik edilmesi, taşınması, devredilmesi, barındırılması veya üzerinde egemenlik kurulmasıdır”.

Ukrayna Ceza Kanununun 149. maddesinde kişilerin “ticareti veya tedarik edilmesi, bir yerden bir yere taşınması, barındırılması, devri veya teslim alınması veya kişiyi bir nesne yerine koyan hukuka aykırı her türlü anlaşma” cezalandırılmaktadır.

Avusturya Ceza Kanununun 104. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler “tedarik etmek, barındırmak veya başka suretle alıkoymak, bir yerden başka bir yere taşımak veya başka birinin kullanımına sunmak ya da teslim etmek” olarak belirtilmiştir.

Slovenya Ceza Kanununda ise, 113. maddede bir kimsenin “satın alınması, ele geçirilmesi, satılması, teslim alınması veya bu kişinin başka bir şekilde kullanılması ya da bu işlere aracılık etmek” insan ticareti suçunun maddi unsurunu oluşturmaktadır.

Azerbaycan Ceza Kanununun 141-1. maddesinde insan ticareti suçunu oluşturan asıl hareketler “tedarik etmek, elde etmek, saklamak, gizlemek, bir yerden başka bir yere taşımak, teslim etmek veya kabul etmek” olarak sayılmıştır.

Fransız Ceza Kanununun 225-4-1. maddesinde “tedarik etmek, nakletmek, sevk etmek, barındırmak veya kabul etmek” hareketlerine yer verilmiştir.

İtalyan Ceza Kanununun 601. maddesindeki insan ticareti suçunda öngörülen hareket; “kişiyi ülke topraklarına girmeye veya orada oturmaya veya ülke topraklarından çıkmaya veya ülke topraklarına taşınmaya zorlamak” biçiminde düzenlenmiştir.

İsviçre Ceza Kanununun 182. maddesinde cezalandırılan hareketler; “teklif eden, aracı veya alıcı olarak hareket etmek suretiyle bir insanın ticaretini yapmak” şeklindedir.

Hollanda Ceza Kanununun 273f maddesinde 10 bent halinde, insan ticareti olarak cezalandırılan çeşitli fiiller ve bunların ağırlaştırılmış halleri düzenlenmektedir. Burada sayılan hareketler arasında “tedarik etmek, bir yerden başka bir yere taşımak,

kişinin yerini değiştirmek veya barındırmak, kaçırmak, bir başkasının istismar edilmesinden veya organlarının alınmasından kasten çıkar sağlamak” yer almaktadır.

İsveç Ceza Kanununda, 4. bölümde 1a maddesinde düzenlenen insan ticaretinde “tedarik etmek, bir yerden başka bir yere taşımak, barındırmak, teslim almak veya buna benzer başka bir uygulamada bulunmak suretiyle o kişi üzerinde hâkimiyet kurmak” hareketleri öngörülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bir kişi üzerindeki hakimiyeti bir başkasına devretmek veya bir başkasından devralmak” da aynı şekilde cezalandırılmaktadır.

Bu düzenlemelere bakıldığında, “gizlemek” veya “saklamak”, “kabul etmek”, “devretmek”, “teslim etmek”, “teslim almak” gibi hareketlerin pek çok ülkenin kanunlarında insan ticaretinin maddi unsuru kapsamında cezalandırıldığı görülmektedir. Kanunumuzda yer alan “barındırmak” biçimindeki hareketten farklı bir anlama sahip olan “gizlemek” veya “saklamak” biçimindeki hareketin de TCK madde 80 kapsamına alınması bizce yerinde bir düzenleme olurdu¹¹⁶³. “Devretmek” biçimindeki hareket, esasında insan ticaretini en iyi ifade eden hareket biçimidir. Ticaret, “el değiştirmeyi”, bir “değiş-tokuşu” içerdiğinden “devir” bu kavramı en iyi karşılayan sözcüktür. Ayrıca, Ek Protokolde de düzenlenen bu hareket, suçun işlenmesinde en çok yapılan hareketlerden biridir ve yine çok sık gerçekleştirilen “teslim etmek” biçimindeki bir diğer hareketi de içerebilecek bir anlama sahip olduğundan 80. maddede düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Yine “teslim almak” veya “kabul etmek” insan ticaretinde gerçekleştirilen en önemli hareket biçimlerinden birini teşkil etmektedir. Devretmek gibi teslim almak veya kabul etmek de bir alışverişin bulunduğunu gösteren, hatta bu alışverişin tamamlandığını ifade eden ve “ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, bir yerden başka bir yere götürme veya sevk etme” aşamalarından sonra gerçekleşen bir harekettir¹¹⁶⁴. İnsan ticaretinin gerçekleşebilmesi için talep ve kabul yönündeki iradelerin birleşmesi gerektiği göz önüne alınacak olursa, bu hareketlerin suçun maddi unsuru içerisinde yer almasının gerekliliği anlaşılacaktır¹¹⁶⁵. Aynı zamanda, insan ticareti suçuna çoğunlukla birden fazla kişinin dahil olduğu düşünülecek

¹¹⁶³ YENİDÜNYA, s. 202.

¹¹⁶⁴ İbid.

¹¹⁶⁵ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 69.

olursa, faillerden birinin maddi unsur içerisinde yalnızca “teslim alma” veya “kabul etme” hareketini gerçekleştirmiş olması mümkündür. Oysa Kanunumuzda bu hareket biçimine yer verilmediği gibi, bunun yerini tutabilecek bir başka hareket de öngörülmemiştir. Bu durumda ne şekilde hareket edileceği belli değildir. Örneğin 80. maddede belirtilen maksatlarla ve araç fiillerle ülkeye sokulan veya ülke içinde bir yerden başka bir yere götürülen ya da sevk edilen mağduru, bu durumu bilerek teslim alan kimse, maddede belirtilen başka hiçbir hareketi gerçekleştirmede cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Çünkü “teslim almak” biçimindeki hareket, insan ticareti suçunun maddi unsuru içinde yer almamaktadır. Bu durum ile, TCK’nın 165. maddesinde düzenlenen “suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi” suçları arasında bir benzerlik kurulması mümkündür. Burada, bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini kabul eden kişinin fiilinin, eşyanın elde edilmesine yönelik olarak işlenen örneğin hırsızlık ya da yağma suçu kapsamında cezalandırılmasına imkan bulunmamaktadır. Çünkü, artık bu suçların tamamlanmasından sonra yapılan ve illi değer taşımayan bir hareket söz konusudur. Bu nedenle, ancak bu hareket Kanunda ayrıca suç teşkil ettiği takdirde, yağma veya hırsızlık sonucunda ele geçen eşyayı kabul eden veya satın alan kişi cezalandırılabilir. İnsan ticaretinde de, mağduru ülkeye sokulması ya da ülke içinde nakil veya sevk edilmesiyle artık suç tamamlanmış olacağından, mağduru “teslim alan” ya da “kabul eden” kişinin hareketi, 80. maddede suçun maddi unsuru olarak öngörülmediği ya da ayrıca suç teşkil etmediği sürece cezasız kalacaktır. Bu nedenle, sayılan hareket biçimlerinden birine 80. maddede yer verilmemiş olması büyük bir eksikliktir.

Bundan başka, “almak veya satmak konusunda anlaşmak” hareketlerine de TCK’da yer verilmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir¹¹⁶⁶. İnsan ticaretinin maddi unsurunu teşkil eden hareketlerin tamamı, esasında böyle bir anlaşmanın bulunduğu veya gelecekte yapılacağına işaret eden hareketlerdir. Bu anlaşmanın kendisini insan ticareti suçunun hareketlerinden biri olarak cezalandıracak olursak, her olayda böyle bir anlaşmanın yapılıp yapılmadığını araştırmak gerekecektir. Bazı hallerde, ortada hiçbir hareket yokken böyle bir iradeyi ortaya koyacak nitelikteki hareketlerin varlığından yola çıkılacaktır. Kanaatimizce, böyle bir düzenleme, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması

¹¹⁶⁶ YENİDÜNYA, s. 202.

sonucunu doğurma tehlikesini de beraberinde getirebilecektir. Ayrıca, almak ve satmak hususunda anlaşmak karşılıklı iki iradenin birleşmesini ifade eder ve bu durumda, insan tacirinin yanında, mağdurun sunduğu hizmetlerden yararlanacak olan ve “müşteri” olarak tabir edilen tarafı da kendiliğinden failer arasına dahil eder. İnsan ticareti suçunda müşterinin cezalandırılması, bu kişinin durum hakkında bilgisi olmasına rağmen belli bir yönde hareket etmesi halinde, ceza hukukunda sorumluluğu genişletici bir takım kurumlar vasıtasıyla mümkün olmaktadır ve henüz üzerinde uzlaşma bulunmayan bir meseledir. Bu durumda, bir de “anlaşma” gibi, çoğu zaman dış dünyaya yansıyan somut bir hareketi gerektirmeyen bir hususun varlığını yeterli saymak bizce uygulamada önemli sorunlar ortaya çıkarabilecek bir düzenleme teşkil edecektir. Kaldı ki, suçun düzenlenmesiyle asıl cezalandırılmak istenenin doğrudan “ticaret” değil de, bu ticarete yönelik olan aracılık faaliyeti olduğu ve bu doğrultuda alım-satım etkinliğinin değil de buna öngelen hareketlerin maddi unsuru oluşturduğu göz önüne alındığında, “almak” veya “satmak” yerine, yine “teslim almak” veya “kabul etmek” hareketlerinin Kanuna dahil edilmesinin önerilmesi daha yerinde olacaktır.

a) Ülkeye sokmak veya ülke dışına çıkarmak

“Ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” hareketlerinin gerçekleşmesi bakımından öncelikle “ülke” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Ülke, genel itibariyle, bir devletin egemenlik yetkisine sahip olduğu yeryüzü parçası olarak tanımlanmaktadır¹¹⁶⁷. Ülkenin kapsam bakımından ise, kara, deniz ve hava olmak üzere üç bölümden oluştuğu kabul edilmektedir¹¹⁶⁸. Buna göre, toprak, toprağın altı, nehirler ve göller kara bölümünü; denize kıyısı olan devletlerde iç sular ve kara suları deniz bölümünü ve bütün bu yerlerin üzerindeki atmosfer tabakası ise hava sahasını oluşturur¹¹⁶⁹. Bu kapsam, gerçek anlamda ülkeyi ifade etmektedir. Bunun dışında, bir de devletin tam egemenlik yetkilerine sahip olmadığı, ancak örneğin “yargılama yetkisi” gibi sadece bir takım yetkilerini kullandığı yerler vardır. Farazi anlamda ülke kavramına dahil olan bu yerler, açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında devletin ticaret gemileri ile sivil uçakları ve nerede olursa olsun devletin savaş

¹¹⁶⁷ SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2010, s. 98.

¹¹⁶⁸ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 2. Bası, Turhan, Ankara, 2004, s. 143.

¹¹⁶⁹ SUR, s. 98.

gemileri ve askeri uçakları içerir¹¹⁷⁰. TCK'nın yer bakımından uygulamaya ilişkin 8. maddesinde, suçun hangi hallerde Türkiye'de işlenmiş sayılacağı, gerçek ve farazi anlamda ülkeyi içine alacak şekilde düzenlenmiştir¹¹⁷¹. İnsan ticareti suçunda "ülke" kavramıyla kastedilen gerçek anlamda ülke, diğer bir ifadeyle Devletin tam egemenlik yetkisine sahip olduğu kara, deniz ve hava bölümlerinden oluşan yeryüzü parçasıdır¹¹⁷².

Ülkeye sokmak, Türkiye'nin siyasi sınırlarının herhangi bir yerinden kişinin ülkeye sokulmasını, girmesinin sağlanmasını ifade eder¹¹⁷³. Bu hareketin TCK madde 80'e göre cezalandırılabilmesi için, mağdurun maddede belirtilen maksatlarla ve araç fiillere başvurulmak suretiyle Türkiye'ye sokulması gerekir. Ülkeye sokmanın kara, deniz veya hava yoluyla yapılması mümkündür¹¹⁷⁴. Ülkeye sokulan mağdurun, yabancı veya Türk vatandaşı olmasının bir önemi bulunmadığı gibi, bu kişilerin ülkeye yasal şekilde veya yasadışı yollardan girmesinin sağlanması arasında hareketin gerçekleşmesi bakımından bir fark bulunmamaktadır¹¹⁷⁵.

Ülke dışına çıkarmak ise, kişiyi, siyasi sınırların herhangi bir yerinden Türkiye'nin dışına çıkarmak, çıkmasını sağlamaktır. Aynı şekilde, ülke dışına çıkarılan mağdurun vatandaşlığının veya bu çıkışın yasal veya yasadışı yollardan yapılmasının, "ülke dışına çıkma" hareketinin gerçekleşmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

¹¹⁷⁰ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 140.

¹¹⁷¹ TCK madde 8/2'de, suç; "a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılacağı" öngörülmüştür.

¹¹⁷² Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 203.

¹¹⁷³ Aynı yönde bkz. EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 408.

¹¹⁷⁴ İbid.

¹¹⁷⁵ YENİDÜNYA, s. 203. Ülkeye giriş ve ülkeden çıkış ile ilgili olarak yasal yolların neler olduğu ulusal ve uluslararası mevzuat uyarınca belirlenmektedir. Ulusal mevzuat kapsamında; 5682 sayılı Pasaport Kanunu'na göre Türk vatandaşları ve yabancıların ülkemize giriş ve çıkışlarda pasaport ya da pasaport yerine geçen bir belge gösterme mecburiyetinin bulunduğu (md. 2), bazı yabancıların Türkiye'ye girmesinin yasak olduğu (md. 8), yabancıların ülkemize girerken vize gösterme zorunluluğuna yer verildiği (md. 5) yönündeki düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Bundan başka, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de ikamet ve Seyahatları Hakkında Kanununun 13. maddesine göre, ikamet tezkeresi olan yabancıların bazı hallerde vize yerine ikamet tezkerelerini ibraz etmek suretiyle giriş ve çıkışlarına imkan verilmektedir. Uluslararası mevzuat bakımından ise, yabancıların Türkiye'ye giriş ve çıkışı ile ilgili olarak Türkiye'nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmeler ile de bir takım kuralların düzenlenmiş olduğu belirtilmelidir. Bu şekilde tespit edilen mevzuata aykırı olarak yapılan giriş ve çıkışlar yasadışı olarak kabul edilmektedir. Bu konu, çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla birlikte, yukarıda insan ticareti ile ilgili TCK dışındaki düzenlemeler ele alınırken ulusal mevzuata ilişkin kuralların bir kısmı hakkında açıklamalar yapılmıştır. Türkiye'ye yasal ve yasadışı giriş-çıkış konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 124 vd.; EVİK, H., s. 147 vd.

Ülkeye sokmak bakımından üzerinde durulması gereken sorunlardan biri, mağdurun siyasi sınırlardan içeri sokulmuş olmakla birlikte henüz gümrük hattından geçirilmiş olmadığı halde ne şekilde hareket edileceğidir. İnsan ticaretinde kişi veya kişilerin hava, kara veya deniz ulaşım araçlarıyla ülkeye getirilmesi halinde, bu araçların içerisindeyken veya gümrük kontrolünden geçmemişken failin yakalanması halinde suçun tamamlanmış olup olmadığını tespit etmek gereklidir. Aynı sorun, TCK'da düzenlenen uyuşturucu madde ihraç veya ithali suçları (5237 sayılı TCK, md. 188) bakımından ele alınmış ve ikili bir ayırım yapılarak çözülmesi önerilmiştir. Buna göre; uyuşturucu maddenin gümrük kapısı bulunmayan bir yerden ülkeye sokulmuş veya ülkeden çıkarılmış olması halinde, siyasi sınırlardan girilmekle veya çıkılmakla birlikte suçun tamamlanmış olacağı; buna karşılık, gümrük kapısı olan bir yerden giriş veya çıkış yapılması durumunda gümrük hattına itibar olunacağı kabul edilmiştir¹¹⁷⁶. Bu ayırımın insan ticareti suçunda ülkeye sokmak veya ülke dışına çıkarmak hareketleri bakımından da kabul edilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bu durumda, gümrük kapısının olmadığı bölgelerden mağdurun Türkiye'ye sokulması halinde siyasi sınırlardan giriş esas alınacaktır. Gümrük hattının bulunduğu yerlerde ise, mağdurun gümrük hattından geçirilmesiyle ülkeye sokulmuş olduğu kabul edilecektir. Ülke dışına çıkarmak hareketi bakımından da, gümrük hattı bulunmayan bir yerde, kişinin siyasi sınırlardan geçirilmesi ile ülke dışına çıkışı gerçekleşmiş olacak; gümrük hattının bulunduğu bölgelerden çıkma ise, ancak bu hattın geçilmesinin sağlanması ile mümkün olacaktır.

TCK'nın 80. maddesinin üçüncü fıkrasında; “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

¹¹⁷⁶ ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Basımevi, İstanbul, 1995, s. 271. “... uyuşturucu maddelerin ihracına ait suçlar, sınırlardan yurt dışına çıkarmaya yönelik icrai hareketlerin başlaması ve gümrük kapılarında da keyfiyetin yetkili memura aksinin beyan edilmesi veya saklanması suretiyle meydana gelir” (Yarg. 5.CD., E. 1978/1093, K. 1978/1507, T. 2.5.1978, YKD., C:V, S: 7, Temmuz 1979, s. 1078-1079); “... Cilvegözü Sınır Kapısı'nda ihraca kalkışmakla biten suç çizgisinde, nakletmek ve ihraca kalkışmak şeklinde oluşan eylemlerde seçimlik hareketli bir suç hali söz konusu olduğu cihetle, bunlardan birinin kalkışma derecesinde kalması, diğerinin ise tamamlanması halinde, her iki yasa hükmünün ayrı ayrı uygulanması ve ...” (Yarg. 10. CD., E. 1996/13360, K. 1996/12734, K. 28.11.1996, YKD., C: 23, S: 7, Temmuz 1997, s. 1180-1181).

cezalar verilir” denilmektedir. TCK madde 80’de 5560 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak “ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” hareketleri birinci fıkraya eklenirken, üçüncü fıkra aynen bırakıldığından bu hareketler maddeye alınmamıştır. Bizce, üçüncü fıkradaki düzenlemenin amacı, insan ticareti suçunda, araç fiiller bulunmasa dahi çocuğun rızasının geçerli olmadığı yönündeki kuralı hüküm altına almaktır. “Ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” hareketlerinin üçüncü fıkraya eklenmemiş olmasından dolayı, 80/3. maddeye dayanarak söz konusu hareketlerle çocuklara karşı bu suçun işlenemeyeceği sonucuna varmak mümkün değildir. Bununla birlikte, aksi ileri sürülse dahi, “bir yerden başka bir yere götürmek” biçimindeki hareketin, suçun ülke sınırlarını aşarak işlenmesi halini kapsayacak şekilde anlaşılabilmesi ve bu durumun büyük bir eksiklik teşkil etmeyeceği belirtilmiştir¹¹⁷⁷.

Ülkeye sokma ve ülke dışına çıkarma hareketleriyle ilgili olarak ayrıca Türkiye’den “transit” geçiş üzerinde de durulması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, ülkemiz, insan ticareti suçundan aynı zamanda bir “geçilen ülke” olarak da etkilenmektedir. Bunun anlamı, mağdurun, kaynak ülkeden hedef ülkeye götürülmesi sırasında, Türkiye üzerinden geçirilmesidir. Böyle bir durumda, mağdur, kara, deniz veya hava yoluyla Türkiye sınırlarından içeri sokulmakta ve yine bu yollardan biriyle Türkiye sınırlarından çıkarılarak başka bir ülkeye götürülmektedir. Failin Türkiye’den geçişi sırasında yakalanması halinde ne şekilde hareket edileceğinin tespit edilmesi önemlidir. Bu durumda, öncelikle “ülkeye girişin” gerçekleşip gerçekleşmediği tartışılmalıdır. Bu konuda Pasaport Kanunu hükümlerine bakıldığında birden fazla ihtimalin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. “Vize muafiyeti” başlıklı altıncı maddede, ilk olarak “başka memleketlere gitmek üzere yola çıkmış olan veya sırf turizm veya tenezzüh maksadiyle münferit veya müşterek pasaportlarla seyahat eden yabancıların vizesiz olarak Türk liman ve hava istasyonları şehirlerine mahalli emniyet makamlarının müsaadesi ile inip gezebilecekleri ve oralarda geceliyebilecekleri” belirtilmektedir (1. fıkra). Bu ihtimalde, yabancıların Türkiye’ye gelişi ile başka bir ülkeye geçişi arasında bir zaman aralığı bulunmaktadır. Bu durumda, vize muafiyeti öngörülmesine karşın izin şartıyla şehrin gezilebilmesi ve burada kalınabilmesi mümkündür. Bu şekilde gelen yabancıların ülkeye girmiş sayılacaklarının kabulü gerekir. Bir diğer ihtimal ikinci

¹¹⁷⁷ YENİDÜNYA, s. 204.

fıkra, “hava yoluyla Türkiye’den, Türk hava limanından ayrılmaya gerek kalmayacak şekilde transit geçecek yabancıların” durumudur. Vize gösterme mecburiyetinden muaf tutulan bu kişiler, bir başka ülkeye gitmek üzere uçağa binmek için bekledikleri süre içerisinde pasaport vb. herhangi bir kontrolden geçmezler ve havaalanında transit bölgede bulunurlar. Bir anlamda, bunlara, havaalanında buldukları süre içerisinde yolculukları devam ediyormuş gibi muamele edilir ve sahip oldukları biletler dışında Türkiye’de bulduklarına dair herhangi bir kayıt yapılmaz. Dolayısıyla bu halde, transit bölgede bulunan yabancılar, Türkiye’ye girmiş sayılmazlar. Bu konuda Belçika Yargıtayının aksi yönde bir uygulama yaptığı görülmektedir. Belçika Yargıtayı, Brüksel Ulusal Havaalanı içindeki transit bölgeden yola çıkarak, transit bölgelerin, 15 Aralık 1980 tarihli Yabancıların Ülkeye Girişi, Ülkede Kalması, Yerleşmesi ve Ülkeden Çıkarılması Hakkında Kanun’un 77bis maddesi¹¹⁷⁸ çerçevesinde “ülke” kapsamında sayılıp sayılmayacağı sorununu incelemiş ve yabancıların transit bölgeye girişi ve burada bulunmasının, “ülkeye giriş” sayılacağını ve 77bis maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurunun gerçekleşeceğini açıkça belirtmiştir¹¹⁷⁹.

Transit geçişle ilgili son ihtimal, “bir uçakla gelerek diğer bir uçağa aktarma olacak yolcuların geldikleri uçağın varışı ve gidecekleri ilk uçağın hareketi arasında” zaman aralığı bulunmasıdır. Pasaport Kanununun 6. maddesinde bu halde yolcuların vizesiz olarak havaalanı şehrine çıkmalarına müsaade olunabileceği belirtilmiştir (3. fıkra). Bu durumda, yolcular transit bölgede kalmamakta ve izin verilmesi koşuluyla havaalanının bulunduğu şehirde gezinebilmektedir. Bu halde, söz konusu yolcuların Türkiye’ye girmiş sayıldıkları kabul edilmelidir.

¹¹⁷⁸ Bu düzenlemenin içeriğiyle ilgili olarak *Uluslararası belgelerde ve ulusal mevzuatlarda insan ticareti suçu* başlıklı bölümde *Ulusal mevzuatlar* başlığı altında Belçika konusundaki açıklamalara bakılabilir.

¹¹⁷⁹ Belçika Yargıtayının 22 Haziran 1999 tarihli kararına konu olan olayda, yanlarında sahte belgelerle seyahat eden kişiler bulunan ve Brüksel üzerinden bir başka ülkeye gitmek üzere uçağa binecek olan yolcular, Brüksel havaalanında transit bölgede yakalanmışlardır. Temyiz başvurusunda bulunan taraf, 15 Aralık 1980 tarihli Yasaya ve 7 Aralık 1944 tarihli Uluslararası Sivil Havacılık Hakkında Chicago Sözleşmesi’ne dayanarak transit bölge ile Belçika ülkesinin geri kalanı arasında bir ayırım yapıldığını ve transit bölgede yakalanan yolcunun ülkeye girmiş sayılmayacağını ileri sürmüştür. Yargıtay, bu iddiayı reddederek, yukarıda belirtildiği yönde karar vermiştir (Cass., 22 juin 1999, 2ème ch. (corr.), no 60 (du greffe). Aynı yönde bkz. Cour d’appel de Bruxelles, 14 juillet 1999, ch. vac. (2ème sect.), no 978; Corr. Bruxelles, 2 mai 2000, 51 ème ch., no 2763 (du greffe)’den aktaran: Lutte contre la traite des êtres humains: image du phénomène ..., s. 33). Bu yönde istikrarlı bir içtihat oluşmasının ardından, 1 Nisan 2001 yılında 15 Aralık 1980 tarihli Kanunun 77bis maddesi değiştirilerek "transit bölge" açıkça kapsama alınmıştır (İbid).

Böylece, transit yolculuklarda, yolcuların transit bölgeden çıkmadıkları hal haricinde Türkiye'ye girişin gerçekleştiği kabul edildiğinde, failerin fiilinin, insan ticareti suçunda hangi hareket kapsamında değerlendirileceği meselesi ele alınmalıdır. Öncelikle, bu aşamada, failin “istismar maksadı” ile hareket ettiğinin belirlenmesinin ve ispat edilmesinin oldukça zor olduğu belirtilmelidir. Ancak failin bu yöndeki kastını ortaya koyan emareler tespit edildiği takdirde fiilinin cezalandırılabilmesi bakımından iki ihtimal söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki hareketin “ülkeye sokmak” olarak kabul edilmesi, ikincisi ise “bir yerden başka bir yere götürmek” kapsamında değerlendirilmesidir. Bu ikinci hareket aşağıda inceleneceğinden, konuyla ilgili değerlendirmenin bu incelemeden sonra yapılması daha uygun olacaktır.

b) Tedarik etmek

Tedarik etmek, “araştırıp bulmak, elde etmek, sağlamak” anlamlarına gelmektedir¹¹⁸⁰. TCK'nın 80. maddesinde “tedarik etmek” hareketi, maddede belirtilen maksatların gerçekleştirilmesi için, kişiyi araç fiillerden birini veya daha fazlasını kullanmak suretiyle ticaretin konusu haline getirmeyi ifade eder¹¹⁸¹. Tedarik etmek biçimindeki hareketi geniş anlamda kabul ederek, bir kişiyi insan ticareti suçuna dahil etmek üzere yapılan her türlü hareketi tedarik kapsamına sokmak mümkündür. Ancak, insan ticareti suçunun bir aracılık faaliyeti teşkil ettiği de göz önünde bulundurularak, “tedarik etmek” bakımından mağduru istismar konusu olmaya yöneltecek bir takım davranışlarda bulunulması da aranmalıdır. Nitekim “aracılık”, istismardan yararlanacak kişiyle, mağdur arasındaki bağlantının kurulmasını ifade etmektedir. Bu nedenle bizce, TCK madde 80'de belirtilen maksatların gerçekleştirilmesi için, araç fiillerle kişilerin araştırılıp bulunması ya da tespit edilmesi yeterli olmayacak, ayrıca bu kişilerin elde edilmesine, sağlanmasına imkan veren bir takım davranışların gerçekleştirilmesi gerekecektir¹¹⁸². Bu bakımdan, örneğin, yapılan araştırma sonucunda belirli bir bölgede kızlarını bir bedel karşılığında evlendirerek yurt dışına göndermeye razı olabilecek, yoksul ailelerin bulunduğu tespit edilmesi tedarik etmek sayılmayacaktır. Failler,

¹¹⁸⁰ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1675.

¹¹⁸¹ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 67.

¹¹⁸² Bununla birlikte kişilerin 80. maddede belirtilen maksatların gerçekleştirilmesi için araç fiillerle “araştırılıp bulunmasını, tespit edilmesini” de tedarik etmek kapsamında değerlendiren çok sayıda görüş bulunmaktadır (YENİDÜNYA, s. 205; KOCA, s. 155; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 48; DEĞİRMENCİ, s. 83; ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 208).

fuhuş yaptırmak maksadıyla ülke dışına çıkaracakları genç kızların aileleri ile anlaşlıkları takdirde mağdurlar tedarik edilmiş olacaktır. Bazı hallerde, fail, “istismarı gerçekleştirecek kişiyi” mağdura yönlendirmek suretiyle de, onu ticaretin konusu haline getirebilmektedir. Örneğin, bir bölgede yaşanan siyasi karışıklık ve silahlı çatışmalar nedeniyle çok sayıda sahipsiz ve savunmasız durumda çocuğun bulunduğunu tespit ederek, bu çocukları zorla çalıştırmak suretiyle istismar etmek isteyen kişileri buraya yönlendiren kişinin hareketi de tedarik etmek kapsamında değerlendirilecektir. Aynı şekilde, mağduru, kendisini talep eden yere götürecek kişiye tavsiye etmek, tanıştırmak gibi hareketlerin de tedarik etmek kapsamında sayılacağı belirtilmiştir¹¹⁸³. Buna göre tedarik etmekten anlaşılması gereken, kişilerin 80. maddede belirtilen bir maksatla tespit edilerek ticarete yönlendirilmeleri, elde edilmeleri veya herhangi bir suretle ticarete konu edilecek durumda bulundurulmalarıdır. “Bulundurmak”, mağdurun mutlaka failin denetimi altında ya da onun yanında olmasını ifade etmez. Önemli olan kişinin, istenildiği zaman, maddede sayılan maksatlardan biriyle ticarete konu edebilecek durumda olması, bunun için gerekli şartların hazırlanmış olmasıdır.

Bu açıklamalardan hareketle çok sayıda davranışın “tedarik etme” kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. İnsan ticaretine konu olacak kişinin bir takım yollarla bulunması, ona ulaşılması, ilk bağlantının kurulması ve ticaretin konusu yapma hususunda karar verilmesi tedarik kapsamında değerlendirilecektir¹¹⁸⁴. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 11.6.2007 tarihli kararında mağdurun, gazetede aşçı arandığına dair ilan verilmesi üzerinde kurduğu irtibat nedeniyle İstanbul’a gelmesi ve burada cebir, şiddet, tehdit, hile ile fuhşa yöneltilmesi olayında, “gazetede ilan sonucunda mağdurla bağlantı kurulmasını” tedarik olarak değerlendirmiştir¹¹⁸⁵. *İnsan ticareti suçunun kriminolojik özellikleri* başlığı altında yaptığımız açıklamalar kapsamında, mağdurların tedarik edilmesinde kullanılan bazı yöntemlere işaret etmiş bulunuyoruz. Burada söz konusu yöntemleri tekrar edecek değiliz. Ancak “tedarik etmek” hareketinin anlaşılması bakımından çok yaygın olarak kullanılan birkaç yönteme yer vermenin yerinde olacağını

¹¹⁸³ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 67.

¹¹⁸⁴ İbid.

¹¹⁸⁵ “Ukrayna uyruklu mağdure Oksana Ninayevna’nın gazetede aşçı arandığına ilişkin ilan verilmesi üzerine kurduğu irtibat nedeniyle İstanbul’a geldiği ve sanık Musa’nın ilanı veren kişiye 1700 dolar vererek mağdureyi alıp Nevşehir iline getirdiği ve sanık Yasin ile birlikte cebir, şiddet, tehdit, hile ile fuhşa yöneltilmelerinin anlaşılması karşısında ...” (Yarg. 8. CD., E. 2007/4540, K. 2007/4618, T. 11.6.2007) (www.kazanci.com, Erişim tarihi: 13.04.2010).

düşünmekteyiz. Bunlardan biri, 8. Ceza Dairesinin kararına da konu olan olaydaki gibi, mağdurların yurt dışında hizmetçilik, dansçılık, garsonluk, satış, çocuk bakıcılığı gibi alanlarda dolgun ücretli iş vaatleriyle kandırılarak tedarik edilmesidir¹¹⁸⁶. Bunun dışında, yurt dışında çalışan arkadaşlar veya akrabaların giderek mağdurlarla yüz yüze görüşmeleri ve oradaki yaşam koşulları ve çalışma imkanları hakkında gerçek olmayan bilgiler aktarmaları da sıkça başvurdukları bir diğer tedarik etme yöntemidir¹¹⁸⁷. Bu şekilde tedarik edilen mağdurlara, gidecekleri ülkede fuhuş yapacaklarını bilen ancak istismara dayalı çalışma koşulları hakkında yanıtılan kadın ve genç kızlar da dahildir¹¹⁸⁸. Evlilik ve turizm acentalarının da yanıltıcı ilanlarla mağdurları tedarik etmelerine sık rastlanmaktadır¹¹⁸⁹.

“Ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, bir yerden başka bir yere götürmek” ile karşılaştırıldığında, “tedarik etmek” kronolojik olarak daha önceki bir aşamada gerçekleşmesi gereken bir hareket olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kişilerin maddede sayılan bu diğer hareketlerle tedarik edilmeleri söz konusu olamayacaktır. Ayrıca, bu hareketlerin her biri kişinin yerinin değiştirilmesini gerektirirken, tedarik etmek bakımından böyle bir zorunluluk söz konusu değildir. Sayılan hareketlerin, kişiyi zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, fuhuş yaptırmak veya organlarının verilmesini sağlamak suretiyle istismar edilecekleri yere veya istismarı gerçekleştirecek kişilere “götürülmeleri” amacıyla yapıldığını söylemek mümkündür. Oysa, kişilerin tedarik edilmeleri bu maksatlara yönelik olsa da, ticaretin konusunu oluşturan kişilerin temin edilmesi bu hareketin gerçekleşmesi bakımından yeterli olmaktadır.

TCK’da “teslim almak” biçimindeki harekete yer verilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu yukarıda ifade etmiştir. Tedarik etmek, kişilerin “elde edilmesini, temin edilmesini” ifade ettiğinden, bazı hallerde, bunları teslim alan kişinin hareketinin neticesi bakımından “tedarik etmenin” gerçekleştiği kabul edilebilecektir. Ancak iki hareketin birbirinden farklı olduğu ve yalnızca belirli hallerde bu ikisinin örtüşmesinin

¹¹⁸⁶ OMELANIUK, s. 6; The Globalization of Crime, s. 45.

¹¹⁸⁷ United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices – Moldova; The Globalization of Crime, s. 45.

¹¹⁸⁸ İbid.

¹¹⁸⁹ İbid.

mümkün olduğunun altı çizilerek, bu yoruma gidilirken dikkatli olunması ve her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmelidir.

“Kaçırarak”, esasında kişilerin tedarik edilmesine kullanılabilen bir yöntem olmakla birlikte, 80. maddede “asıl hareketler” arasında belirtildiği için, kişilerin kaçırarak suretiyle tedarik edilmesi söz konusu olamayacaktır. Oysa, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde, suçun işlenme biçimleri göz önüne alınarak “kaçırarak” bir araç fiil olarak öngörülmüş ve mağdurların bu yolla tedarik edilmesi kabul edilmiştir.

Yukarıda yer verilen örnekler de dikkate alındığında, “tedarik etme” hareketine eşlik eden araç fiilin genellikle “kandırma” olduğu görülmektedir. Kişinin, cebir, şiddet veya tehdit ile tedarik edilmesi de mümkündür. Ancak, bu durumda rızasına aykırı olarak ele geçirilmesinden bahsedileceği için, genellikle “tedarik etme” ile “kaçırarak” hareketlerinin çakışması söz konusu olacaktır. Bu nedenle, tedarik etme hareketinin genellikle mağdurun güvenini içerdiği belirtilmiştir¹¹⁹⁰. Geriye kalan araç fiillerin “kandırma, nüfuzu kötüye kullanma, kişiler üzerindeki denetim yetkisinden veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” olduğu düşünülürse, bu tespit doğruluk payı olduğu belirtilmelidir.

c) Kaçırarak

Kaçırarak sözlükte, “zor kullanarak birlikte götürmek” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁹¹. Kaçırmanın varlığı için, herşeyden önce, kaçırılan kişinin rızasına aykırı bir hareket söz konusu olmalıdır¹¹⁹². Bu hareketin diğer unsuru ise, kişinin bulunduğu yerden başka bir yere götürülmüş olması, diğer bir ifadeyle, yerinin değiştirilmesidir¹¹⁹³. Buna göre, “kaçırarak”, mağdurun rızasına aykırı olarak, kendi egemenlik alanından çıkarılarak, üzerinde fiili hakimiyet kurulacak şekilde bir yerden başka bir yere götürülmesi olarak tanımlanabilecektir¹¹⁹⁴. Bu suretle failin egemenlik alanına sokulan mağdur, savunmadan yoksun hale gelecek ve failin tahakkümüne daha

¹¹⁹⁰ Brunovskis/Tyldum, s. 57; Arslan, s. 159’dan aktaran: DEĞİRMENCİ, s. 83.

¹¹⁹¹ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 969.

¹¹⁹² Aynı yönde bkz. KOCA, s. 156.

¹¹⁹³ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 236.

¹¹⁹⁴ EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 408.

kolay bir surette maruz kalacaktır¹¹⁹⁵. Dolayısıyla bu hareketin en büyük etkisi mağdurun direnme, karşı koyma yeteneğinin azaltılması veya ortadan kaldırılmasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde “kaçırmak”, mağdurun iradesini zorlayan veya ortadan kaldıran diğer araç fiiller arasında yer almıştır. Ancak, Kanunumuzda, insan ticareti suçunda bir araç olarak belirtilmemiş, asıl hareketler arasında sayılmıştır. Bu düzenleme, aşağıda değineceğimiz üzere, özellikle 80. maddede öngörülen diğer hareketlerle “kaçırmak” arasındaki benzerlik ve araç fiillerden bir kısmını kendiliğinden içerecek bir niteliğe sahip olmasından dolayı bizce pek yerinde olmamıştır. Bundan başka, araç fiil olarak bir teşebbüs halini ifade eden bu hareketin, suçun tamamlanmış sayılmasına yol açabileceği ve bu durumun korunmak istenen hukuki menfaat ile de örtüşmediği belirtilmiştir¹¹⁹⁶. Bizce de, Ek Protokoldeki tanımdan ayrılmayarak, “kaçırma”nın da diğer araçlar arasında sayılması daha uygun bir tercih olurdu.

80. maddeye göre, kişinin maddede sayılan araçlardan birine başvurulması, zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak, fuhuş yaptırmak veya organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla kaçırılmasıyla, insan ticareti suçu oluşacaktır. Kaçırılmadan söz edilebilmesi için mağdurun rızasına aykırı bir hareketin bulunması aranacağına göre, mağdurun bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesi, tehdit, cebir veya şiddeti içerecek şekilde geniş anlamda “zor kullanmak” suretiyle yapılmalıdır¹¹⁹⁷. “Kandırmak” biçimindeki araç kullanıldığında da, kişinin gerçek anlamda rızasından bahsedilemeyeceği açıktır. Ancak bu durum, her zaman “rıza aykırılık” bulunduğunu söylemek için yeterli değildir. Kandırmanın, daha ziyade “geçerli bir rızanın bulunmadığı” bir hal olarak değerlendirilmesi daha doğrudur. Kaldı ki, mağdurun hataya düşürülmesi, gerçekler hakkında yanıltılması veya aldatılması suretiyle görünüşte rızası elde edilerek yerinin değiştirilmesi halinde; insan ticareti suçu, “kaçırmak” hareketi ile değil, mağdurun “kandırılarak”, “bir yerden başka bir yere götürülmesi” suretiyle işlenmiş olacaktır. Bundan başka, yine aynı gerekçelerle, “nüfuzun kötüye kullanılması”,

¹¹⁹⁵ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 236.

¹¹⁹⁶ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 67.

¹¹⁹⁷ Aynı yönde KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 67.

“çaresizliğinden veya üzerindeki denetim olanaklarından yararlanarak rızasını elde etmek” suretiyle kişinin kaçırılmasından söz edilemeyeceğini düşünmekteyiz¹¹⁹⁸.

Kaçırmanın söz konusu olabilmesi için mağdurun yerinin değiştirilmesi gerekeceğinden, kişinin rızasına aykırı olarak bulunduğu yerden ayrılmasının engellenmesi suretiyle alıkonulması, kaçırmak olarak değerlendirilemeyecektir. Alıkonulma, kişinin, failin egemenlik alanına kendi rızası ile girmiş olması yönünden de kaçırmak hareketinden ayrılmaktadır. Bu hareketin, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde “barındırma” kapsamında kabul edilmesi mümkün olabilecektir.

Kaçırmayı, bu şekilde, kişinin rızasına aykırı olarak ve daha çok zor kullanılarak bir yerden başka bir yere götürülmesi olarak kabul ettiğimizde, icrai bir hareketin yapılması zorunlu olmaktadır. Mağduru sürüklemek, kendisi ile beraber götürmek, yolundan çevirmek¹¹⁹⁹, bir araca bindirerek götürmek gibi davranışlarla bu hareketin yapılması mümkün olacaktır.

Mağdurun götürüldüğü yerin uzak olması şart değildir. Önemli olan kendi egemenlik alanından veya çevreden alınarak, kendisini kaçıran kişinin egemenlik alanına dahil edilmesidir. Bu bakımdan kişinin evinden alınarak aynı semtte başka bir yere götürülmesi de yeterli olabilecektir. Mutlaka yaşadığı bölgenin veya şehrin terkedilmesi gerekli değildir.

Kaçırmak, aynı zamanda TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçu kapsamında değerlendirilebilecek bir harekettir. 109/1. maddeye göre; “bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak” bu suçu oluşturur. İkinci fıkraya göre; suç işlenirken cebir, tehdit veya hile kullanılması ağırlaştırıcı nedendir. Bir kişinin, cebir veya tehdit uygulanmak suretiyle bir otomobile bindirilerek götürülmesi örneğinde 109. maddedeki suç meydana gelecektir. Bununla birlikte, fail, mağduru zorla çalıştırmak veya hizmet ettirmek maksadıyla bir başkasına teslim etmek üzere kaçırmakta ise artık hürriyetten yoksun kılma suçundan değil, insan ticareti suçundan söz etmek

¹¹⁹⁸ Aynı yönde bkz. KOCA, s. 156. Bununla birlikte, KOCA, insan ticareti suçu bakımından kaçırmanın “kandırmak” suretiyle de gerçekleşebileceğini belirterek bu konuda aksi bir görüş ileri sürmektedir.

¹¹⁹⁹ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 237.

gerekecektir. Bu örnek, iki suç arasında bir içtima ilişkisinin ortaya çıkabildiğini göstermektedir. Bu konu “içtima” bahsinde daha geniş olarak ele alınacaktır.

d) Bir yerden başka bir yere götürmek

Götürmek, “yanına alarak gitmek, taşımak, ulaştırmak” anlamlarına gelmektedir¹²⁰⁰. İnsan Ticaretine İlişkin Protokol’ün 3. maddesinde bu hareketi ifade etmek üzere, Fransızcada “transport”, İngilizcede “transportation” sözcükleri tercih edilmiş, Türkçe çevirisinde ise “bir yerden bir yere taşıma” ibaresine yer verilmiştir. Bu bakımdan, TCK’nın 80. maddesindeki “bir yerden başka bir yere götürme” hareketi, kişinin faille birlikte götürülmesini¹²⁰¹, taşınmasını, naklini ifade etmektedir¹²⁰². Bu hareketin herhangi bir ulaşım aracı kullanılarak gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi, kişiler yaya olarak da bir yerden başka bir yere götürülebilirler.

Mağdurun, cebir, tehdit gibi araçlara başvurularak bir yerden bir yere taşınması halinde, artık bu hareket değil, “kaçırma” söz konusu olacaktır. Ülkeye sokmak ve ülke dışına çıkarmak hareketleri de esasında geniş anlamda kişilerin bir yerden başka bir yere taşınmasını ifade etmektedir. Ancak, bu hareketler maddede ayrıca öngörülmüş olduklarından, Türkiye’nin siyasi sınırlarından içeri girilmesi veya bu sınırlardan dışarı çıkılması dışında kalan hallerde “bir yerden başka bir yere götürme” söz konusu olacaktır. Bu bakımdan ülkenin sınırları içerisinde mağdurların her türlü taşınması ve nakli bu hareket kapsamında sayılacaktır. Şu halde, kişilerin cebir, şiddet ve tehdit dışındaki araçlarla ve siyasi sınırlar geçilmeksizin, 80. maddede belirtilen maksatlarla bir yerden başka bir yere taşınmaları halinde, insan ticareti suçu bu hareketle işlenmiş olacaktır.

Failin, kişiyi götürdüğü yerin uzak ya da yakın bir mesafede olması önem taşımaz. Bu nedenle, mağdurun, bir ilden başka bir ile götürülmesi ya da aynı il sınırları hatta semt içerisinde bulunan başka bir yere nakli arasında bir fark bulunmamaktadır.

¹²⁰⁰ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 772.

¹²⁰¹ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 332.

¹²⁰² Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 207; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 68; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 409.

Bununla birlikte, “bir yerden başka bir yere götürme” hareketinin, kişinin ticaretin konusu haline getirilmesine “aracılık” kapsamında kalmasına dikkat edilmelidir. Kişi ticarete dâhil edildikten, diğer bir deyişle istismar aşamasına geçildikten sonra, zorla çalıştığı, hizmet ettiği ya da fuhuş yaptığı yere getirilip götürülmesi artık insan ticaretinin maddi unsuru kapsamında “nakil” olarak kabul edilmemelidir. Yukarıda *Hareket* başlığı altında genel açıklamalar kısmında verdiğimiz örnek hatırlanacak olursa, işçilerin, kaldıkları yerden alınarak zorla çalıştırıldıkları fabrikaya götürülüp getirilmesi böyle bir durumu ortaya koymaktadır. Burada, artık aracılık faaliyetinin sona ermesinden sonraki bir taşıma ya da nakil söz konusudur. Bu açıklamalar, aşağıda incelenecek olan “sevk etmek” hareketi bakımından da geçerlidir. Ancak, 80. maddede yer alan “fuhuş yaptırmak” maksadı bakımından ayrı bir durumun ortaya çıktığı da belirtilmelidir. Bunun nedeni, “fuhşun”, maddedeki diğer istismar biçimlerinden farklı olarak, hemen daima bir “aracılık” faaliyetini içermesidir. Fuhuş için aracılık eden kişi de, para karşılığı cinsel hizmette bulunan kişiyi bir “ticaretin” konusu haline getirmekte, onunla “müşteri” arasındaki bağlantıyı kurmaktadır. Bu nedenle çoğunlukla “tacir” ve “istismar eden” sıfatlarının aynı kişide birleştiği görülür. Diğer bir ifadeyle, fuhuş yaptırmak maksadıyla kişileri tedarik eden, ülkeye sokan, nakleden ya da barındıran kişinin, aynı zamanda fuhuş faaliyetini organize eden ve bundan maddi menfaat elde eden, yani “istismar eden” konumundaki kişi olmasına oldukça sık rastlanmaktadır. Bu nedenle, fuhuş için aracılık yapan fail, kadınları kaldıkları evden bizzat alarak ya da başka bir kişi aracılığıyla aldirarak fuhuş yapılacak otele götürdüğünde, bu hareket, 80. maddede belirtilen araçlardan en az birine başvurulmuş olması ve diğer unsurların da gerçekleşmiş olması koşuluyla “bir yerden başka bir yere götürme” olarak değerlendirilebilecektir. Ancak bu gibi bir durumda, 227. maddede düzenlenen suçların oluşması da mümkün olduğundan, içtimaya ilişkin sorunlar ortaya çıkabilecektir. Bu konuda aşağıda *İçtima* başlığı altında incelenmektedir.

Bu açıklamalardan sonra, Türkiye'nin sınıraşan nitelikte işlenen insan ticareti suçunda bir geçilen ülke olması halinde, mağduru bir başka ülkeye götürmek isteyen failin, Türkiye sınırlarından girdikten sonra yakalanması halinde, hareketinin hangi kapsamda değerlendirileceği ve cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda yukarıda sözünü ettiğimiz tartışmaya yer verilmesi uygun olacaktır. Bu halde, failin

mağduru Türkiye dışındaki bir ülkede istismar maksadıyla hareket ettiğine dair belirtiler veya olgular bulunmaktaysa, ülkeye sokmak değil, bir yerden başka bir yere götürmek biçimindeki hareketin bulunduğuna karar verilmek gerekir. Nitekim 80. maddenin yazılış biçimi, ülkeye sokmanın, istismarı o ülkede gerçekleştirmek maksadını içerecek şekilde anlaşılmasını gerektirmektedir. Hareketin cezalandırılmasının nedeni, mağdurun, maddede sayılan maksatlarla “bu ülkede” istismar edilmesi tehlikesidir. Oysa fail, mağdurun başka bir ülkede istismara konu edilmesi maksadıyla hareket etmektedir. Bu durumda, kişinin, faille birlikte bir başka ülkeye götürülmek üzere Türkiye sınırlarından geçirilmesi hali, bir yerden başka bir yere götürme kapsamında değerlendirilmelidir.

Ancak, yukarıda belirttiğimiz üzere, insan ticareti suçunda failin istismar maksadı, genellikle istismar teşkil eden hareketlere başlanmasıyla açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, Türkiye’ye sokulan ancak burada istismar edilmeyen mağdur bakımından, hareketin 80. maddede belirtilen maksatlarla yapıldığının tespit edilmesi ihtimali oldukça azdır.

e) Sevk Etmek

Sevk etmek, “göndermek, yollamak”, itmek, sürüklemek” anlamlarına gelmektedir¹²⁰³. “Bir yerden başka bir yere götürme” veya “taşıma” hareketini failin kendisi gerçekleştirirken, sevk, kişinin yalnız olarak ya da başkası aracılığı ile bir yerden başka bir yere gönderilmesini ifade eder¹²⁰⁴. Bu nedenle, mağduru “sevk edenin”, onu bir yerden başka bir yere götürme hususunda “karar veren”, “sorumluluk alan” kişi olduğu belirtilmiştir¹²⁰⁵. Bu yoruma biz de katılmaktayız.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesindeki tanımda, “sevk” anlamına gelen herhangi bir harekete yer verilmemiştir. Ancak İngilizce “transfer” ve Fransızca “transfert” sözcükleri ile ifade edilen ve “aktarma” veya “devretme” anlamına gelen¹²⁰⁶ hareket biçimi, Protokolün Türkçe metninde “devretmek” biçiminde yansımış, fakat TCK’daki düzenlemeye alınmamıştır. Bu bakımdan 80. maddede bir hareket

¹²⁰³ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 1527.

¹²⁰⁴ ERMAN – ÖZEK, s. 278.

¹²⁰⁵ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 68.

¹²⁰⁶ İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü, s. 1042; SARAÇ, s. 1412.

biçimi olarak öngörülen “sevk etmek”, Protokolün orijinal metninden yola çıkılarak yapılan hatalı bir terim seçimini ifade edebileceği gibi¹²⁰⁷, tamamen bilinçli bir tercih olduğu da ileri sürülebilir.

Mağdurun “bir başkası aracılığıyla sevk”, daima “aracı” olarak hareket eden ve suçun işlenmesine katılan bir başkasının varlığını gerektirecek şekilde anlaşılmalıdır. Sevk edilen mağduru başka bir yere taşıyan veya kendisiyle birlikte götüren kişinin, işlenmekte olan suç hakkında hiçbir bilgisinin olmaması mümkündür. Bu konuda, her somut olayın özelliklerine göre iştirak ile ilgili genel kurallar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekecektir.

“Bir yerden başka bir yere götürme”de olduğu gibi, kişinin sevk edildiği mesafenin uzaklık ya da yakınlık derecesi önemli değildir. Bu bakımdan yukarıda, bu ilk hareket ile ilgili olarak yapılan açıklamalar “sevk etmek” bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, “sevk etmek”, “bir yerden bir yere taşıma” hareketinden farklı olarak, ülkemizin siyasi sınırlarından giriş veya çıkış yapılmasını da içerir. Çünkü “ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak”, failin mağdur ile birlikte olmasını gerektiren hareketlerdir. Oysa sevk, mağdurun “gönderilmesi”ni ifade ettiğinden, bir ülkenin sınırlarını aşacak şekilde gerçekleştirilebilir.

f) Barındırmak

Barındırmak, bir kimsenin barınmasını sağlamak anlamına gelmektedir¹²⁰⁸. Barınmak ise sözlükte, “yerleşmek, yaşamak için uygun şartlar bularak oturmak” olarak tanımlanmaktadır¹²⁰⁹. Ek Protokolde, “konuk etme, barındırma” anlamına gelecek şekilde, Fransızca metinde “hébergement”¹²¹⁰ ve İngilizce metinde “harbouring”¹²¹¹ terimleri kullanılmıştır. Protokolün Türkçe çevirisinde yer alan “barındırma” terimi,

¹²⁰⁷ Nitekim KOCASAKAL, Ek Protokolde “*transfert*”biçiminde belirtilen hareketin Kanunda, “aktarma” yerine “sevk etmek” terimi ile ifade edildiğini belirterek, birinci ihtimalden yana olduğunu ortaya koymaktadır (KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 68).

¹²⁰⁸ PÜSKÜLLÜOĞLU, s. 238.

¹²⁰⁹ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 20.12.2010)

¹²¹⁰ SARAÇ, s. 699.

¹²¹¹ İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü, s. 442.

TCK'ya aynen alınmıştır. 80. madde anlamında barındırma; kişiye kalacağı, yaşamını sürdüreceği yer ve koşulları sağlamaktır. Yaşamını sürdüreceği yer ve koşullar ile kastedilen kişinin konaklama, beslenme ihtiyaçlarının giderilmesi ve geçiminin sağlanmasını da içerecek şekilde yaşamsal ihtiyaçlarının karşılanacağı koşulların hazırlanmasıdır¹²¹². Burada “ikamet”ten farklı olarak, sürekli kalma niyetiyle oturma, yani yerleşme değil¹²¹³, geçici olarak kalma durumu söz konusudur¹²¹⁴.

Maddede sayılan maksatlarla ve araç fiillerden en az birisine başvurulması suretiyle kişinin kalacağı ve yaşamını sürdüreceği yer ve koşulların sağlanması halinde insan ticareti suçu bu hareketle işlenmiş olacaktır. Özellikle, cebir, şiddet, tehdit, baskı gibi araçlarla mağdurun barındırılması halinde, suçun sıklıkla mağdurun hürriyetinin kısıtlanması suretiyle işlenmesi söz konusu olmaktadır¹²¹⁵. Kişinin, 80. maddede sayılan bir maksatla barındırılması, araçlardan biriyle gerçekleştirilmezse bu takdirde insan ticareti suçu değil, ancak koşulları olduğu takdirde başka suçların işlenmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda, özellikle, yasadışı göçmenin “ülkede kalmasına imkan sağlama” hareketi ile “barındırma” arasındaki benzerlik nedeniyle en sık uygulanma olanağı bulan hükmün TCK madde 79'da düzenlenen göçmen kaçakçılığı suçu olduğu görülmektedir¹²¹⁶.

Bununla birlikte, insan ticareti suçunda mağdurun barındırıldığı yerin “belirli” olmasının zorunlu olduğunun altı çizilmelidir. Bu bakımdan, göçmen kaçakçılığı suçunda olduğu gibi, genel olarak “ülkede kalmasına imkan sağlamak” barındırma

¹²¹² YENİDÜNYA, s. 208.

¹²¹³ Medeni Kanun, md. 19 anlamında “ikametgah”, kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer, yani yerleşim yeri olarak tarif edilmiştir.

¹²¹⁴ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 68.

¹²¹⁵ “... Belarus uyruklu mağdure Vera Krivenia'yı, pasaportunu zorla alıp cep telefonundaki telefon defterini silmek ve yerleştirdikleri evden dışarı çıkmasına engel olmak suretiyle cebir ve şiddet ile fuhşa yönettiklerinin anlaşılması karşısında ...” (Y. 8.CD., E. 2006/10550, K. 2008/1364, T. 3.3.2008) Yayınlanmamıştır); “Sanıkların, bir kısım Rusya ve Ukrayna uyruklu kadınları cebir ve şiddet ve baskı yöntemi uygulayarak otelde alıkoyup fuhuş yaptırıldıkları ...” (Y. 8.CD., E. 2002/9536, K. 2002/8336) (Yayınlanmamıştır).

¹²¹⁶ “Sanığın yasadışı yollardan ülkeye girmiş olan Lila Usein'in fuhuş teşvik ve fuhuş için aracılıktan elde ettiği gelirden yararlanmak amacıyla 3 yıla yakın bir süre evinde barındırmak suretiyle dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağladığı, ... sanıkların fuhuş yapmasına aracılık ettikleri mağdurun çaresizliğinden yararlanılarak değil, fuhuş eylemini kendi rızasıyla gerçekleştirdiği anlaşılmalı, ...” (Yarg. 8. CD., E. 2009/7282, K. 2010/709) (Yayınlanmamıştır).

sayılmayacaktır. Fail, mağduru kendi evinde barındırabileceği gibi¹²¹⁷ başka bir yerde barındırılması için de imkan sağlayabilir¹²¹⁸.

Barındırmanın söz konusu olabilmesi için, mağdurun belirli bir yerde “kabul edilmesi” ya da “misafir edilmesi” zorunludur. Bu bakımdan, mağdurun kalması için bir yer gösterilerek, yemek ikram edilmesi barındırma olarak değerlendirilebilecekken, mağdura, düzenli de olsa, yalnızca belirli bir miktar para verilmesi barındırma olarak kabul edilmeyecektir. Mağdurun barındırıldığı sürenin, çok uzun ya da kısa olması fark etmez. Örneğin kendisine gösterilen veya sağlanan yerde altı ay ya da bir hafta kalması önemli değildir. Her iki hal de “barındırma” hareketi kapsamında değerlendirilecektir. Ancak “failin amacının, elde etmeyi tasarladığı yararlarla ulaşmak için mağdur için uygun koşulları sağlamak”¹²¹⁹ olduğu göz önüne alınarak barındırmanın söz konusu olabilmesi için mağdura, en azından belirli bir süre, ihtiyaçları karşılanacak şekilde bir yer sağlanması gereklidir. Diğer bir ifadeyle, barındırmanın söz konusu olabilmesi için, hareketin “belirli bir önemi” olmalıdır. Bu nedenle sürenin çok kısa olmaması gerekir. Bu durum, barındırma suretiyle işlenen insan ticaretinin, aşağıda “netice” bahsinde üzerinde ayrıca durulacak olan “mütemadi suç” olmasıyla da ilgilidir. Fiilin, temadi teşkil edecek kadar devam etmesi gerekecektir. Bununla birlikte mağdura, bir gününü geçireceği ya da geceleyeceği bir ev ya da otel odasının verilmesi halinde, bu koşul yerine geleceğinden, barındırma bulunduğu kabul edilmelidir¹²²⁰.

Barınmanın bir ücret karşılığı olması da önemli değildir. Mağdurların belirtilen amaçlarla barınmaları için imkan sağlayan kişi, durumu bildiği sürece hareketi gerçekleştirmiş sayılacaktır.

¹²¹⁷ “...aynı yöntemleri kullanarak para karşılığı, mağdurenin fuhuş yapmasını sağladığı ve yine sanığın fuhuş yaptırmak ve maddi kazanç sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir ve şiddet kullanılarak sanık tarafından kendi evinde barındırıldığı, üçüncü kişilerden para almak suretiyle fuhuş amaçlı çalıştırılıp insan ticareti suçunu da işlediği ...” Yarg. 8 .CD., E. 2008/14106, K. 2009/499 (Yayınlanmamıştır).

¹²¹⁸ “... mağdureyi Aykut ismiyle tanınan sanık Ali Rıza'nın satın alarak tekrar Kuşadası'na getirdiği ve burada faaliyet gösteren sanık Hasan'ın işlettiği L.S. ... Otel isimli otele gayriresmi olarak evli olduğu ve fuhuş amaçlı kadın satan Hatice'nin odasına yerleştirdiği, ...” (Yarg. 8. CD., E. 2007/1862, K. 2008/5276, T. 8.5.2008) (Yayınlanmamıştır).

¹²¹⁹ ARSLAN – TEMEL – AYDIN – ŞEN – DOĞAN – BACAĞSIZ, s. 30.

¹²²⁰ Aynı yönde bkz. EVİK, V., s. 409

Bazı ülkelerin ceza kanunlarında barındırmanın yanında ya da tek başına “saklama” veya “gizleme” hareketine yer verildiği görülmektedir¹²²¹. Bizce barındırma, birçok halde saklamayı da içine alan bir kavramdır¹²²². Ancak, saklama bakımından bir saat gibi kısa bir süre dahi yeterli olabileceken, barındırmanın belirli bir süre devam etmesi gerekir. Bu nedenle, saklamanın söz konusu olduğu her olayın “barındırma” kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmelidir. Bu nedenle, kanunumuzda da “saklama” biçimindeki hareketin Kanunumuzda ayrıca öngörülmesi yerinde olurdu.

3. Netice

a) Genel Olarak

Suçun maddi unsuru içerisinde yer alan “netice”, hareketin dış dünyada meydana getirdiği, suçun kanuni tanımında yer alan değişiklikler¹²²³. Her suçta bir netice mevcuttur. Bazı suçlarda, netice, yapılan hareketten bir zaman aralığı ile ayrılabilen halde değil, harekete bitişiktir. Diğer bir deyişle, bu halde, hareketin yapılması ile birlikte netice de gerçekleşmiş olur. Bu tür suçlara öğretide, neticesi harekete bitişik suç veya şekli suç denilmektedir¹²²⁴. Bunun dışında kalan suçlarda, netice hareketten ayrıdır ve bu suçlar bakımından hareket ile netice arasına bir zaman aralığı girmesi mümkündür. Bu iki grup suçu ayırmak, zamanaşımının başladığı anın, suçun işlendiği yerin tespit edilebilmesi ve teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından önemlidir¹²²⁵. İnsan ticareti suçu, maddede sayılan maksatlarla ve araç fiillerden en az birine başvurulmak suretiyle kişileri ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, kaçırmak, bir yerden başka bir yere götürmek, sevk etmek ve barındırmak suretiyle işlenmektedir. Bu

¹²²¹ Örneğin Bulgaristan Ceza Kanunu md. 159a ve 159b; Polonya Ceza Kanunu md. 115, par. 22; Azerbaycan Ceza Kanunu md. 144-1’de “gizlemek” suçun maddi unsurunu oluşturan hareketler arasında sayılmıştır.

¹²²² KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 68.

¹²²³ DÖNMEZER –ERMAN, C. I, s. 380; ALACAKAPTAN, s. 45; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 253; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 273; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 227; KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009, s. 157.

¹²²⁴ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 382; ALACAKAPTAN, s. 46; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 227; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 254. Öğretide bu tür suçları “neticesiz” veya “sırf hareket suçları” olarak adlandıran yazarlar da bulunmaktadır (ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 275; KOCA – ÜZÜLMEZ, s. 157). KUNTER’e göre; suçların şekli-maddi veya neticesi harekete bitişik-hareketten ayrı biçimindeki ayırımı, suçların işleniş şekline göre tayin edilmelidir. Yazar, böylece, “hırsızlık” örneğini vererek, aynı suçun bazen maddi bazen şekli olabileceği neticesine varmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir (KUNTER, Suçun maddi unsurları ..., s107).

¹²²⁵ ALACAKAPTAN, s. 46 – 47; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 383.

hareketlerin yapılmasıyla, suç da tamam olacağından, insan ticareti, neticesi harekete bitişik bir suç özelliği göstermektedir¹²²⁶. Böylece, suçu oluşturan asıl hareketlerin yapıldığı anda ve yerde suç işlenmiş sayılacak, zaman aşımı bu andan itibaren işlemeye başlayacak ve bu anda yürürlükte olan kanun uygulanacaktır. Ancak, “kaçırmak” ve “barındırmak” hareketleri aynı zamanda “mütemadi suç” özelliği gösterdiklerinden¹²²⁷, bu yönlerden ayrı bir uygulamaya tabi olacaklardır.

“Mütemadi suç” ya da “kesintisiz suç”, neticenin birden sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçtur¹²²⁸. Buna karşılık, hareketin meydana getirdiği netice devam etmeyip, hemen son bulduğu takdirde, “ani” suçtan söz edilir. Mütemadi suçlarda, sonucun, zaman içinde devam edip gitmesi ile kastedilen, belli bir hareketten meydana gelen “zararın” bir süre devam etmesi, örneğin yaralama nedeniyle meydana gelen zararın vücutta izi kalması değildir¹²²⁹. Mütemadi suçun varlığı için, yasadaki tanımda gösterilen neticenin her an yeniden meydana gelmesi, devam etmesi gerekir¹²³⁰. Netice devam ettikçe suç da işlenmektedir¹²³¹. Ayrıca, neticenin devamını failin iradi davranışına bağlayabilmek imkanı da bulunmalı, diğer bir ifadeyle bu durum, failin kusurundan ileri gelmeli ve fail, neticeye son vermek imkan ve iktidarına da sahip olmalıdır¹²³². Bununla birlikte, temadinin mutlaka fail tarafından sona erdirilmesi şart değildir¹²³³. İnsan ticareti suçu “kaçırmak” hareketi ile işlendiğinde, mağdurun kendi serbestlik alanından çıkarılarak tamamiyle failin nüfuz ve egemenlik alanına girmesiyle tamamlanacaktır¹²³⁴. Ancak kaçırma hareketi devam ettiği sürece, “mağdurun bir yerde kalmak veya bir yere gitmek hürriyetinden yoksun kılınması neticesi” de devam edip gidecektir. Böylece, bu hareketle işlenen suçun tamamlandığı zaman, diğer bir ifadeyle

¹²²⁶ YENİDÜNYA, s. 187.

¹²²⁷ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 207.

¹²²⁸ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 48; DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 385; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 258; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 228. Öğretide yalnızca “şekli suçların” mütemadi suç olarak işlenebileceğini ve devam edenin netice değil, “hareket” ya da suçun icrası olduğunu kabul eden yazarlar bulunmaktadır (ARTUK –GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 270; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 154; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2006, s. 160).

¹²²⁹ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları, s. 96.

¹²³⁰ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 48.

¹²³¹ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 385 vd.

¹²³² DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 386; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 228.

¹²³³ DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 386; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 228; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 259.

¹²³⁴ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 237.

neticenin gerçekleştiği an ile sona erdiği an birbirinden farklı olmakta¹²³⁵, suçun bitme anı, tamamlanma anından sonra gelmektedir¹²³⁶. Temadinin sona ermesi, ancak failin, kaçırdığı kişiyi salıvermesi ya da kaçması veya kurtarılması gibi nedenlerle veya kişinin ölümü gibi doğal bir nedenle mümkün olacaktır¹²³⁷. Yine, kişinin 80. maddede belirtilen maksatlarla “barındırılması” halinde, insan ticareti mütemadi bir suç özelliği gösterecektir. Barındırmak, kişinin kalması, yaşaması için gerekli yer ve imkanların sağlanmasını ifade ettiğinden, bunu gerçekleştirmeye yetecek bir süre devam etmesi zorunludur. Diğer bir ifadeyle, barındırmanın ani suç olarak işlenmesi mümkün değildir. Örneğin, mağdurun barındırılacağı yere girmesiyle suç tamam olmayacaktır. Barındırmanın temadi teşkil edecek kadar devam etmesi gereklidir. Bu bakımdan, “barındırma” hareketiyle işlenen insan ticareti suçu, bir “zorunlu mütemadi suç” teşkil eder¹²³⁸. Aynı şey, kaçırma bakımından da geçerlidir.

Suçun “barındırmak” ve “kaçırmak” suretiyle işlendiği hallerde, suçun tamamlandığı an değil, temadinin sona erdiği anda yürürlükte olan ceza kanunu uygulanacak, zamanaşımı bu andan itibaren işlemeye başlayacak ve bu suçlara bakmakla yetkili mahkemenin tayini de neticenin sona erdiği yere göre tespit edilecektir¹²³⁹. Ayrıca, neticenin kesintiye uğramasından sonra, aynı fiil yeniden işlendiği takdirde ikinci ve bağımsız bir suç söz konusu olacaktır¹²⁴⁰. Örneğin, insan ticareti suçu faili hakkında, bu suçtan dolayı kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetinin varlığı, temadiyi sona erdirecek, bu aşamadan sonra, mağdurun barındırılmaya devam edilmesi halinde, artık yeni bir suçtan söz edilecektir. Bu nedenle, suçun tamamlanma anının yanında neticenin sona erdiği anın tespiti de önemlidir. Bu suçlarda, failin artık neticeye son verebilme iktidarını kaybettiği an kesintinin de gerçekleştiği kabul edilmektedir¹²⁴¹.

¹²³⁵ ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 264.

¹²³⁶ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları, s. 94.

¹²³⁷ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., 259.

¹²³⁸ Öğretide, mütemadi suçlar, “zorunlu” ya da “mutlak” mütemadi suçlar ile “muhtemel” ya da “nisbi” mütemadi suçlar biçiminde ikili bir ayırma tabi tutulmaktadır. Zorunlu/mutlak mütemadi suçlar, yukarıda belirtilen özellikleri taşıırken, muhtemel/nisbi mütemadi suçlar, esasta ani olarak işlenen, ancak failin neticeyi devam ettirebilmek hususunda imkan ve iktidarına sahip olduğu hallerde mütemadi suç teşkil eden suçlardır. Bu konuda verilen tipik örnek, elektrik hırsızlığıdır (DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 388; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 260; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 229).

¹²³⁹ DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 389.

¹²⁴⁰ Mütemadi suçlarda temadinin hangi hallerde kesilmiş sayılacağı konusunda bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 390; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 229-230.

¹²⁴¹ KUNTER, Suçun Maddi Unsurları, s. 100.

Bunun dışında kalan ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, bir yerden başka bir yere götürmek ve sevk etmek hareketleri bakımından, insan ticareti, bir “ani suç” teşkil edecektir.

Suçlarda, netice bakımından yapılan bir diğer ayırım, zarar suçu – tehlike suçudur. Suçun neticesi, bir zarar ya da tehlike biçiminde belirebilir. Bu anlamda tehlike, “hukuka aykırı bir sonucu doğurmak imkanı ya da ihtimali”dir¹²⁴². Suç tipinde zararlı bir netice öngörülmüşse bir “zarar suçu”, buna karşılık yalnızca zarar tehlikesinin cezalandırılması ile yetinilmekteyse bir “tehlike suçu” söz konusudur¹²⁴³. Bu ayırım, suçla korunan hukuki menfaatin zarara uğraması ve tehlikeye konulması biçiminde de ortaya konulması mümkündür¹²⁴⁴. TCK’nın 80. maddesinde düzenlenen suçta, kişilerin, maddede sayılan istismar biçimlerinin icra edilmesi maksadıyla araç fiillerle ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, tedarik edilmesi, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi, sevk edilmesi ve barındırılması cezalandırılmaktadır. Suçun oluşması açısından fuhuş yaptırma, zorla çalıştırma ve hizmet ettirme, organlarının verilmesini sağlama, esarete tabi kılma gibi maksatların gerçekleştirilmesi ise gerekmemektedir. Bu durumda, cezalandırılan fiil, insanı, ticaretin konusu haline getiren ve istismar teşkil eden ve onun bu uygulamalara maruz kalmasına neden olan “aracılık faaliyeti”dir. Bu faaliyet sonucunda kişiler, üzerlerinden haksız kazanç elde edilen birer ticari eşya haline dönüştürülmektedir. Şu halde, 80. maddede bu hukuka aykırı sonucu doğurma imkan ve ihtimali olan hareketler cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, insan ticareti suçunu bir tehlike suçu görünümündedir¹²⁴⁵. Ayrıca, bu suçta hareketin yapılmış olması yeterli olup, ayrıca tehlikenin somut olarak meydana gelmiş olması ya da korunan hukuki yarar açısından somut bir tehlike yaratılıp yaratılmadığı aranmadığından, somut-soyut tehlike suçları ayırımı¹²⁴⁶ bakımından, insan ticareti, bir soyut tehlike suçudur.

¹²⁴² DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 383; ALACAKAPTAN, İbid.; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 255.

¹²⁴³ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 231; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 255.

¹²⁴⁴ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 255; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 53.

¹²⁴⁵ Aksi yönde bkz. ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 59.

¹²⁴⁶ Bu konuda geniş açıklama için bkz. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 231 vd.; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 256 vd.; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 306 vd.

b) Teşebbüs

Bir suçun varlığından söz edebilmek için bütün unsurlarının tamam olması gereklidir. Bunlardan birinin eksik kalması halinde herhangi bir eylemin cezalandırılması mümkün değildir. Bir suçun icrasına başlanıp da tamamlanamaması hali de maddi unsurdaki eksikliği ifade eder¹²⁴⁷. “Suça teşebbüs” olarak adlandırılan bu durumda, unsurlardan birindeki eksikliğe rağmen failin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Teşebbüsün cezalandırılabilmesi, kanunda bu kurala istisna teşkil eden bir hükmün varlığından kaynaklanır¹²⁴⁸. TCK’nın 35. maddesine göre; *“kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten sorumlu tutulur”*. TCK’nın 35. maddesinde düzenlenen teşebbüsün koşulları; suç işleme kastı, elverişli hareketlerin yapılması, icra hareketlerine başlanması ve failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin bitirilememesi veya neticenin gerçekleşmemesidir¹²⁴⁹.

Teşebbüs, icra hareketlerine başlanıp da suçun tamamlanamaması halinde söz konusu olduğundan, neticenin gerçekleştiği ya da sona erdiği anın tespit edilmesi bu kurumun uygulanması bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle, suçun çeşitli hareketler bakımından tamamlanmasına ilişkin ihtimallerin de teşebbüs başlığı altında incelenmesi daha yerinde olacaktır.

35. maddeye bakıldığında, teşebbüsün koşullarından ilkinin, suç işleme kastı olduğu görülmektedir. İnsan ticareti suçu, kasten işlenebilen bir suç olduğundan bu koşul gerçekleşmektedir.

Diğer koşulların ise 80. madde bakımından genel olarak tespit edilmesine imkan yoktur. Bunların bulunup bulunmadığı, her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme konusu yapılarak, tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış bir insan ticareti suçunun bulunduğu karar verilmesi gereklidir. Bununla birlikte, suçun

¹²⁴⁷ ALACAKAPTAN, s. 59.

¹²⁴⁸ Teşebbüsün hukuki niteliği ve teşebbüs halinde kalan suçların cezalandırılması konusundaki görüşler için bkz. DÖNMEZER – ERMAN, C. I, s. 414 vd.; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 415; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 439 vd.; ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 596 vd.

¹²⁴⁹ DEMİRBAŞ, s. 415; CENTEL – ZAFER – ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 442.

maddi unsurunun taşıdığı özellikler dikkate alınarak, insan ticareti suçunda teşebbüs konusunda ortaya çıkabilecek çeşitli ihtimallerin bu bölümde değerlendirilmesi gereklidir.

İlk olarak, suçun maddi unsurunun “hareket” kısmının, araç fiillere başvurulmak suretiyle ülkeye sokma, ülke dışına çıkarma, tedarik etme, kaçırma, bir yerden başka bir yere götürme, sevk etme veya barındırma biçiminde düzenlenmesi karşısında; araç fiillerin gerçekleştirildiği ancak, asıl hareketlerin henüz yapılmadığı ya da tamamlanamadığı hallerin teşebbüs açısından değerlendirilmesi gereklidir. Bizce bu durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. İlk ihtimal, araç fiillerin gerçekleştirilmiş ancak henüz asıl hareketlerin icrasına başlanmadan suçun tamamlanamamış olmasıdır. Böyle bir durumda, araç fiiller de “hareket” içerisinde değerlendirildiğinden, suçun maddi unsuru yönünden “elverişli hareketlerle” icraya başlanmış olduğu, ancak icra hareketlerinin tamamlanmadığı kabul edilebilecektir. Bu nedenle söz konusu halde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı söylenebilecektir. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüş de budur¹²⁵⁰. Nitekim teşebbüsü düzenleyen 35. maddenin gerekçesinde, suçun icrasına başlanmış sayılabilmesi için, “işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması” gerektiğinden söz edilmektedir. Buna göre, insan ticareti suçunda “araç fiiller”, aynı zamanda suç tipinde yer alan hareketlerden olmakla, bunların gerçekleştirilmesi, belirtilen kritere göre daima teşebbüs nedeniyle ceza verilmesini gerektirecektir. Biz, gerekçede belirtilen bu ölçütün, doğrudan doğruya icraya başlama yönünden, özellikle suç tipinde yer almayan hareketlerle ilgili olarak yetersiz olduğunu düşünmekteyiz. Kaldı ki, insan ticareti suçunda, failin, bu suçu işlemeye yönelik kastı, çoğu zaman asıl hareketlerle dahi net olarak tespit edilememekte, suçun tamamlanmasından sonraki aşamada, maddede sayılan maksatlardan biri gerçekleştiğinde, kast yönünden geriye dönük olarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Elbette bu durum, kastla ilgili olup, “icraya başlama” anının bundan ayrı olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak sorunun çözümünün, suçun işlenmesinde ortaya çıkan bu özelliklerden tamamen ayrı olarak düşünülmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, “doğrudan doğruya icraya başlama”

¹²⁵⁰ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 69; YENİDÜNYA, s. 223; ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 211; KOCA, s. 162; DEĞİRMENCİ, s. 90.

konusunda, hareketin niteliği ile failin suç işleme iradesini esas alan yaklaşımların birleştirilmesinden yanayız¹²⁵¹. Böylece, failin suç işleme kastını açıkça, kuşkuya yer bırakmayacak ölçüde ortaya koyan hareketler söz konusu olduğunda, suçun icrasına başlandığı kabul edilecek; ancak birden fazla anlama sahip olabilen, suça yöneldiği kesin olarak tespiti edilemeyen hareketler, hazırlık hareketi sayılacak ve teşebbüsten dolayı ceza verilemeyecektir. Bu görüşten yola çıkarak, insan ticareti suçunda, araç fiillerin gerçekleştirildiği her olayda, suça teşebbüs edildiği sonucuna varılması mümkün olmayacaktır. Çünkü bu suçta “araç fiiller”, asıl hareketlerin yapılması amacıyla gerçekleştirilmekte, bunlara bağlı olarak bir anlam ifade etmektedir. Bundan dolayı, bazı hallerde, asıl hareketlerden birinin icrasına başlanmadığında, ortada cezalandırılabilir bir hareket bulunmaması mümkün olabilmektedir. Durumu bir örnekle ortaya koymak yararlı olacaktır. Mağdurun, çocuğunun hastalığının tedavisi için gerekli parayı bulmakta zorlandığını bilen failin, bu çaresizlik durumundan yararlanarak, maddi menfaat vaadiyle organlarından birinin alınması maksadıyla onu yurt dışına çıkarması olayında, “çaresizlikten yararlanma” biçimindeki araç tek başına birşey ifade etmeyecektir. Bu ilk hareket, ancak mağdurun yurt dışına çıkarılmasına yönelik hareketlerle birlikte bir anlam kazanır. Bu noktada, yurt dışına çıkarma hareketinin icrasına başlanmadığı, diğer bir ifadeyle, mağdurun çaresizliğinin bu amaçla kötüye kullanıldığını gösteren bir davranış bulunmadığı sürece, doğrudan doğruya icraya başlandığının kabul edilmesi ve failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, somut olayda, araç fiiller icra edilmiş olsa bile, teşebbüs nedeniyle cezalandırılabilen bir hareket bulunup bulunmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, hazırlık hareketi sayılması nedeniyle, insan ticareti suçu kapsamında cezalandırılmayan bir araç fiil, bizzatihi tek başına başka bir suç oluşturuyorsa, bu durumda, ilgili suç bakımından tamamlanmış bir fiilin söz konusu olabileceği belirtilmelidir. Örneğin cebir ve tehdit bakımından bu ihtimal ortaya çıkabilecektir.

¹²⁵¹ Suçun icrasına başlandığını kesin olarak tespit etmek yönünden önerdiğimiz sistem, esasında, öğretide, “icraya başlama” konusunda ileri sürülen “sübjektif” ve “objektif” teorilerin tek başına ele alınmasındansa, bunların birlikte değerlendirilmesi, biri yeterli olmadığında, diğeriyle tamamlanmasından ibarettir. Bu teorilerle ilgili geniş bilgi için bkz. CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 445 vd.; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 421 vd.; DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 424 vd.

İkinci ihtimal ise, araç fiillerin gerçekleştirilmesi ve asıl hareketlerin icrasına başlanması, ancak failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamasıdır. Bu durumda, artık failin suç işleme iradesini şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya koyan hareketlerin bulunduğu ve teşebbüsten dolayı ceza verilebileceği kabul edilmelidir. Ancak bu ihtimalde de, “asıl hareketler”in icrasıyla birlikte, suçun tamamlanma anı önem kazanmakta ve teşebbüsün bulunup bulunmadığının buna göre tespit edilmesi gerekmektedir. Neticesi harekete bitişik suçlarda, kural olarak kanunun yasakladığı hareket yapılır yapılmaz suç da tamamlanmış olacağından teşebbüse elverişlilik söz konusu değildir. Bu gibi suçlarda ancak, hareket parçalara bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkün olacaktır¹²⁵². TCK madde 80’de öngörülen fiil de, neticesi harekete bitişik bir suç özelliği gösterdiğinde, hareketin parçalara ayrılabilirdiği hallerde teşebbüsten söz edilecektir. Bu bakımdan bütün hareketlerin tek tek incelenmesi gerekir.

“Ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” hareketleri, ister yasal olarak isterse yasadışı olarak gerçekleştirilsin belirli bir süreci içerirler. Bu süreçte hareketlerin parçalara bölünmesi mümkün olduğundan, bu hareketlerle işlenen insan ticareti suçuna teşebbüs söz konusu olabilecektir. Kişilerin ülke dışına çıkarılması için failin mağdurla birlikte yolculuğa çıkmak üzere havalimanına, tren garına veya deniz aracının bulunduğu yere gelmesi, yolculuğun başlaması, devamı ve sınırların geçilmesi bu hareketin çeşitli parçalarıdır. Fail, yanında mağdur bulunduğu halde sınırlardan geçmeden bu aşamalardan birinde yakalandığı takdirde suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilecektir. Aynı şekilde, “ülkeye sokmak” hareketi yasal olarak işlendiğinde failin, mağdurla birlikte hava, kara veya deniz yoluyla sınıra kadar gelmesi, içeri girilmesi için gerekli işlemlerin yapılması, pasaport kontrolünden geçilmesi gibi aşamalar, hareketin parçalarını teşkil eder ve failin, mağduru siyasi sınırlardan içeri sokmadan ya da gümrük hattı olan yerlerde bu hat geçilmeden yakalanması halinde insan ticareti suçuna teşebbüs söz konusu olur. Mağdurun yasal olmayan bir yolla ülkeye sokulmak istenmesi halinde de; örneğin mağdur bir tekneyle ülkeye kaçak olarak sokulmak istendiğinde, tekne henüz Türk karasularına girmeden, açık denizde seyretmekteyken failin yakalanması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

¹²⁵² DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 441.

“Bir yerden başka bir yere götürmek” hareketi bakımından failin, mağduru götürmek istediği yere kadar götürmesi ile suç tamamlanacaktır. “Sevk etmek” de, mağdurun, fail eşlik etmeksizin yalnız başına veya bir başkası aracılığıyla, bir yerden başka bir yere gönderilmesini ifade ettiğinden, bu hareket de mağdurun gönderilmek istenen yere ulaşması ile tamamlanacaktır¹²⁵³. Her iki hareketin parçalara bölünmesi mümkündür. Bir yerden başka bir yere götürmede, failin mağdurla birlikte gitmek istediği yere ulaşmak üzere yola çıkması, yolculuğun sona ermesine kadar geçen süreç, hareketin parçalarını ifade etmektedir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, mağdurları ikna edip hırsızlık yaptırmak amacıyla İstanbul’a götürmek isteyen ve bu nedenle Diyarbakır otogarına gelen sanığın, bilet alacağı sırada firma görevlisinin şüphelenerek durumu kolluk kuvvetlerine bildirmesi üzerine yakalandığı olayda, *eylemin kanıtlanması* halinde insan ticareti suçunu oluşturabileceğini belirterek, henüz yola çıkmak üzere bilet alınmadığı aşamada dahi suçun icra hareketlerine başlanmış sayılabileceği kabul etmiştir¹²⁵⁴. Burada, “eylemin kanıtlanması” ile kastedilenin failin kastının ispat edilmesi olduğunu düşünmekteyiz. Bunun tespiti için ise, otogara gelerek bilet almak isteyen failin hareketinin, diğer davranışlarıyla ve olaya ilişkin diğer koşullarla birlikte değerlendirilmesi gerekecektir. Yargıtayın bu kararında, dolaylı da olsa, hazırlık hareketleri ile icra hareketlerinin ayırımında “failin suç işleme kastını şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya koyan hareketleri” arayarak, failin iradesine ağırlık veren subjektif görüşten yana bir değerlendirme yaptığını söylemek mümkündür.

Barındırmak ve kaçırmak hareketleriyle insan ticareti suçunun işlenmesinde ise, mütemadi suç söz konusu olacağından teşebbüs açısından farklı durumlar oluşabilecektir. Kişinin, 80. maddedeki maksatların gerçekleştirilmesi için araç fiillerden biriyle kaçırılması halinde, suçun tamamlanması için kaçırılan kişinin, mutlaka götürülmek istendiği yere kadar götürülmesi gerekli değildir. Mağdurun, kendisini kaçırılan kişinin nüfuz ve etkisi altına girebileceği bir mesafeye kadar götürülmüş olması yeterlidir¹²⁵⁵. Mağdurun ne zaman failin egemenlik alanına girmiş olduğunun tespiti

¹²⁵³ Aksi görüş için bkz. YENİDÜNYA, s. 208.

¹²⁵⁴ Yarg. 8. CD., E. 2007/8697, K. 2009/13101, T: 20.10.2009 (YKD., C. 36, S. 1, Ocak 2010, s. 160-161). Burada suçun tavsifi nedeniyle işin Diyarbakır 5. Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanı dışında kaldığı ve bu nedenle görevsizlik kararı verilmesi gerekçesiyle kararın bozulması söz konusudur. Bu nedenle suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığına dair bir inceleme yapılmamıştır.

¹²⁵⁵ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 238.

bakımından ise genel bir kural kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun tespiti fiili bir durum olduğundan¹²⁵⁶, hakim somut olayda; kişinin kaçırılmak suretiyle götürüldüğü yerin, alındığı yerden uzaklığı, niteliği, kaçırılan kişinin özellikleri, yaşı, kaçırılan kişilerin sayısı, vb. koşulları ayrı ayrı değerlendirerek sonuca ulaşacaktır. Hareketin parçalara ayrılması mümkündür. Bu nedenle, kaçırma hareketiyle işlenen insan ticareti suçu, teşebbüse elverişlidir. Mağdurun bulunduğu yerden alınarak götürülmeye çalışılması sırasında, bir kaç adım sürüklendikten sonra, oradan geçen birilerinin müdahalesi üzerine fiilin yarıda kalması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır¹²⁵⁷. Bununla birlikte mağdurun zorla ele geçirilerek bir araca bindirilmesi ve uzak bir mesafeye götürülmesi halinde de, şayet fail takip edilmekteyse, yine mağduru nüfuz ve etki alanına dahil edemeyecek ve fiilin tamamlandığından söz edilemeyecektir¹²⁵⁸. Ancak, mağduru otomobile bindirerek belirli bir mesafeye kadar götüren failin, tesadüfen oradan geçmekte olan ve mağdurun hareketlerinden şüphelenerek kendisini durduran polis ekiplerince yakalanması halinde artık, mağdur, failin fiili egemenlik alanına girmiş, yani suç tamamlanmış olduğundan, yakalama sadece temadiyi sona erdiren bir müdahale olacaktır¹²⁵⁹. Bu nedenle teşebbüsten bahsedilemeyecektir.

Barındırma suretiyle işlenen insan ticareti suçunun tamamlanması için, “barındırma” olarak kabul edilebilecek hareketin gerçekleşmesi yeterlidir. Yukarıda, *Hareket* başlığı altında barındırmadan söz edebilmek için, yapılan hareketin belirli bir önemi olması, diğer bir ifadeyle temadi teşkil edecek kadar devam etmesi gerektiğini belirtmiştik. Hareketin bu özelliği dikkate alındığında, temadinin yeterli bir süre devam edmeden kesilmiş olması halinde teşebbüsten söz edilecektir. Örneğin, mağduru, fuhşa sevk edilen diğer kadınlarla birlikte kalması için kiralamış olduğu eve yerleştiren failin, buradan çıktıktan sonra yakalanması halinde, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Ancak, mağdur burada bir süre kaldıktan sonra, evin kolluk tarafından basıldığı ve bu duruma son verildiği takdirde, “barındırma” hareketiyle işlenen insan ticareti suçu tamamlanmış olduğundan, yalnızca barındırma neticesi sona erdirilmiş olacaktır.

¹²⁵⁶ ÖNDER, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 405.

¹²⁵⁷ DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 239.

¹²⁵⁸ YENİDÜNYA, s. 206.

¹²⁵⁹ 5. CD. 6.10.1982, 2898/3552’den aktaran: ÖNDER, Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. II-III, s. 405.

TCK'nın 36. maddesine göre; “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*”. Bu hüküm, “gönüllü vazgeçme” başlığını taşımaktadır. Burada iki farklı ihtimal düzenlenmektedir. İlki, failin, icra hareketlerini sonuna kadar götürmeyip, bu hareketlerin tamamlanmasına kendisinin isteyerek engel olması; ikincisi, icra hareketlerini tamamlayan failin neticenin gerçekleşmesine engel olmasıdır¹²⁶⁰. Bu ikinci halde, failin, o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu, neticeyi meydana getirmek için gerekli ve yeterli hareketlerin etkilerini ortadan kaldırması söz konusudur. 765 sayılı TCK'da genel hükümler arasında, teşebbüs başlığı altında düzenlenmemiş olan bu durum, öğretilerde “etkin pişmanlık” olarak isimlendirilmekte ve yalnızca bazı suçlar hakkında bu kurumla ilgili özel hükümlere yer verilmekteydi¹²⁶¹. 5237 sayılı TCK'da ise, 36. maddede, bu kurum da “gönüllü vazgeçme” başlığı altında düzenlenmiştir¹²⁶². Bu yeni sistemde, etkin pişmanlık, neticenin gerçekleşmesinden, diğer bir ifadeyle, suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra, soruşturma başlamadan önce veya soruşturma aşamasında, hüküm verilmeden önce, hatta cezanın infazı aşamasında, cezada bir indirim yapılmasını veya hiç ceza verilememesini sağlayan bir hal olarak kabul edilmiş ve bazı suçlar açısından özel olarak düzenlenmiştir. Buna örnek olarak, hürriyetten yoksun kılma suçunda, soruşturma başlamadan önce kişinin serbest bırakılması (md. 110) ya da hırsızlık suçunda kovuşturma başlamadan önce malın geri verilmesi (md. 168) gösterilebilir. İnsan ticareti suçu bakımından “etkin pişmanlık” adı altında buna benzer bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilmelidir. İnsan ticareti bir örgütlü suç grubunun faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, yalnızca, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, örgüte üye olma, örgüt faaliyeti çerçevesinde suç işleme, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme fiillerini gerçekleştiren kişiler, TCK'nın 221. maddesindeki koşullar

¹²⁶⁰ Gönüllü vazgeçme, 765 sayılı TCK'nın 61/2. maddesinde; “*Müteşebbis, cürmün efali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır*” biçiminde düzenlenmişti. Bu konuda öğretilerde yerleşmiş olan tanım; “failin icra hareketlerinin tamamlanmasına, elinde olan sebeple, yani kendisinin isteyerek engel olması” biçimindeydi (DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 443; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 434; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, s. 414).

¹²⁶¹ DÖNMEZER-ERMAN, İbid., s. 443; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 434, s. 420; ÖNDER, İbid., s. 422; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 465.

¹²⁶² Bu düzenleme, yerleşmiş bazı kavramların birbirine karışmasına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir (DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 435).

çerçevesinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabileceklerdir. Ancak, bu hükmün, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen insan ticareti fiilleri bakımından bir etkisi bulunmayacaktır¹²⁶³.

İnsan ticareti suçunun icrasına başlayan fail, henüz icra hareketleri tamamlanmadan kendi iradesiyle vazgeçerse, gönüllü vazgeçmeye ilişkin 36. madde uygulanma yeri bulacaktır. Örneğin, fuhuş yaptırmak için tehdit ederek kaçırmaya çalıştığı mağdurun yalvarması üzerine, icra hareketlerini tamamlamadan vazgeçerek, onu serbest bırakan failin, yalnızca tehdit suçundan dolayı cezalandırılması mümkün olacaktır.

G. Hukuka aykırılık unsuru

1. Genel Olarak

Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzenine uygun olmamasını ifade eder¹²⁶⁴. Bundan anlaşılması gereken, fiilin yalnızca ceza hukukuyla değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki içinde olmasıdır¹²⁶⁵. Kural olarak, ceza kanununda bir fiilin suç olarak öngörülmüş olması, yani fiilin kanuni tipe uygunluğu, hukuka aykırılık bakımından bir karine teşkil eder¹²⁶⁶. Ancak, hukuk düzeninde, ceza kanununda yasaklanan bu fiilin işlenmesini uygun gören veya toplumun herhangi bir üyesine görev olarak yükleyen bir başka kuralın, diğer bir ifadeyle bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde, hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir¹²⁶⁷. Bu durumda, “*dış görünüşü bakımından suç sayılabilen, fakat unsurları tamam olmadığı için özü bakımından suç sayılamayacak bir hareket, bir fiil*” söz konusu olacaktır¹²⁶⁸. Bu nedenle, TCK’da öngörülen bir suç bakımından hukuka aykırılık başlığı altında incelenmesi gereken husus, esasında hukuka uygunluk nedenleridir.

¹²⁶³ YENİDÜNYA, s. 224.

¹²⁶⁴ KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin, Ankara, 2003, s. 19; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 247; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 280; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 250.

¹²⁶⁵ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 10; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 281; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 247; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 396; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 250.

¹²⁶⁶ ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 135; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 248.

¹²⁶⁷ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 396.

¹²⁶⁸ ALACAKAPTAN, Suçun Unsurları, s. 8.

TCK'da hukuka uygunluk nedenleri olarak¹²⁶⁹; kanunun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme (md. 24), meşru savunma, zorunluluk hali (md. 25), hakkın kullanılması ve ilgilinin (mağdurun) rızası (md. 26) düzenlenmiştir¹²⁷⁰. Bunlar arasında yer verilen “mağdurun rızası”, insan ticareti suçu açısından özellik taşıyan bir durumdur ve bu nedenle aşağıda ayrı bir başlık altında incelenmektedir. Bunun dışında kalan hukuka uygunluk nedenleriyle ilgili olarak ise bu bölüm içerisinde bir takım genel tespitlerde bulunmak mümkündür.

TCK'nın 24/1. maddesinde “*kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*” denilmektedir. Bu düzenlemenin, insan ticareti fiilleri bakımından bir hukuka uygunluk nedeni yaratıp yaratmadığının bir takım ihtimaller çerçevesinde ele alınması yararlı olacaktır. İnsan ticareti suçunda, maddi unsur oluşturan hareketler, failin saikini oluşturan ve manevi unsur içerisinde değerlendirilen bir takım maksatlar doğrultusunda

¹²⁶⁹ TCK'da hukuka uygunluk nedenleri, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında, 24 ila 27. maddelerde düzenlenmiştir. Bir fiili, hukuk düzenine uygun hale getiren bir neden söz konusu olduğunda, hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceği için, fiil suç oluşturmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, önceden hukuka aykırı olan bir fiilin sonradan hukuka uygun hale gelmesi değil, fiilin doğrudan doğruya hukuka uygun bir biçimde doğması söz konusudur (DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 18). Bu nedenle, bölüm başlığında yer alan “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” ifadesi yerine, çalışmanın bu bölümünde, daha yerinde olduğunu düşündüğümüz “hukuka uygunluk nedenleri” kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz.

¹²⁷⁰ Öğretide bir kısım yazarlar “amirin emrini yerine getirme” ve “zorunluluk halini” birer hukuka uygunluk nedeni olarak değil, “mazeret nedeni” olarak kabul etmekte ve bunları, kusurluluğu azaltan veya kaldıran haller arasında saymaktadırlar (Geniş bilgi için bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 517 ve 520; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 288 vd.; ÖZGENÇ, Gazi Şerhi, s. 251). Nitekim TCK'nın 24. maddesinin gerekçesinde, Anayasanın 137/1. maddesine dayanılarak, “*hukuka aykırı emri yerine getiren açısından, bir hukuka uygunluk nedeni değil, bir sorumsuzluk nedeni söz konusu*” olduğu belirtilmektedir. Zorunluluk haline ilişkin olarak da 25. maddenin gerekçesinde; “*Maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir. Zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur*” denilmektedir. ÖZGENÇ'e göre; “*bir olayda mazeret sebebinin varlığı halinde, işlenen fiil haksızlık teşkil etme niteliğini korumaktadır. Buna karşılık söz konusu haksızlığı gerçekleştiren kişi, zaruret halinin varlığı dolayısıyla, kusurlu addedilmemektedir. ... bu fiile ilişkin olarak irade kabiliyetinin ortadan kalkması veya genel olarak etkilenmesi dolayısıyla; fail mazur addedilmektedir*” (Gazi Şerhi, s. 381). Zorunluluk halinin hukuki niteliğinin belirlenerek, mazeret sebebi olarak kabul edilmesinde Borçlar Kanununun 52/2. maddesine dayanıldığı da görülmektedir. Burada, zorunluluk hali nedeniyle başkasına zarar veren kişinin fiili nedeniyle, meşru müdafaa'dan farklı olarak, tazminata hükmedilebileceğinin öngörülmüş olmasının, hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi gereğince, bütün hukuk dalları bakımından hukuka uygun kabul edilen bir fiilden söz edilemeyeceği sonucunu doğurduğu ileri sürülmektedir (KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 292). KANGAL, ise “zorunluluk durumu”nu ikiye ayırarak incelemekte ve bu ayrımı tehlikeye uğrayan yarar ile, tehlikeden korunmak amacıyla zarar verilen yararların karşılaştırılmasına dayandırmaktadır. Buna göre, “*yararlar karşılaştırmasında, ağır basan yararın korunmasına dayanan zorunluluk durumu, kurtarma fiilini hukuka uygun hale getirmesine karşılık, mazeret nedeni olarak zorunluluk durumu, fiili yalnızca müsamaha gösterilen bir hale sokmaktadır*” (ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, § 22, No:1'den aktaran: KANGAL, Zeynel T., Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin, Ankara, 2010, s. 434).

gerçekleştirilmektedir. 80. maddede belirtilen bu maksatlar arasında “vücut organların verilmesini sağlamak” da yer almaktadır. Bu noktada, *İnsan ticaretiyle ilgili TCK dışındaki düzenlemeler* başlığı altında ele aldığımız 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun çerçevesinde yapılacak bir tıbbi müdahale maksadıyla işlenen insan ticareti fiillerinin hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı konusunun değerlendirilmesi gereklidir.

2238 sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtilen amaçlarla, bir bedel ve başkaca çıkar karşılığı olmaksızın (md.3), on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan ve Kanunun 7. maddesine göre müdahalenin tehlikeleri ve sonuçları hakkında yeterli derecede bilgilendirilmiş bir kişinin, Kanunun 6. maddesine uygun olarak verdiği rızası doğrultusunda, vericinin yaşamını sona erdirmeyecek ve tehlikeye sokmayacak organ ve dokularının alınması hukuka uygun olacaktır. Kanunun 6. maddesine göre vericinin, en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak verilmiş rızasının bulunması zorunludur. Bu durumda, belirtilen koşullara uygun olarak organ ve dokularının alınması amacıyla, kişinin tedarik edilmesi, ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, nakli, sevki veya barındırılması hukuka aykırı sayılmayacaktır. Ancak, 18 yaşından büyük kişilere karşı insan ticareti fiilinin işlenmesinde bir takım araçlara başvurulması gereklidir. Mağdurun iradesi üzerinde hukuka aykırı bir etki doğurduklarını tespit etmiş olduğumuz “cebir, şiddet, tehdit veya baskı uygulamak, kandırmak, nüfuzu kötüye kullanmak, kişiler üzerindeki denetim yetkisinden veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” biçimindeki, araç fiillerden herhangi birinin bulunması halinde ise artık 6. maddeye uygun bir rızanın bulunduğu söz edilemeyeceği açıktır. Bu nedenle, insan ticareti suçunun maddi unsuru icra edildiğinde, bu Kanuna göre hukuka uygun bir maksatla hareket edilmesi söz konusu olamayacaktır. Sonuç olarak, 2238 sayılı Kanunun, insan ticareti suçunun işlenmesi bakımından kanunun hükmünü icra olarak değerlendirilebilecek bir hukuka uygunluk nedeni yaratması düşünülemez. Çünkü, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kanunda suç olarak öngörülen bir fiili hukuka uygun hale getiren, bir kural söz konusu olduğunda, dış görünüşü bakımından suç sayılabilen, ancak hukuka aykırılık unsurunun eksikliği nedeniyle özü bakımından suç sayılmayacak bir hareket bulunmalıdır. Oysa, 2238 sayılı Kanun’a göre hukuka uygun

kabul edilecek bir fiil, maddi unsur tamam olmadığından, dış görünüşü itibariyle insan ticaretinin kanuni tipte yer alan tanımına da uymamaktadır.

“Kanunun hükmünü veya amirin emrini yerine getirme” yönünden ortaya çıkabilecek bir başka ihtimal, yine 80. maddede sayılan maksatlar arasında yer alan “zorla çalıştırma veya hizmet ettirme” ile ilgilidir. Anayasanın, “Zorla Çalıştırma Yasağı” başlıklı 18/2. maddesinde “*Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar ...*” zorla çalıştırma kapsamında sayılmamıştır. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 29, 30 ve 31 ve 32. maddelerinde de bu çalışmanın esas ve koşulları düzenlenmiştir¹²⁷¹ ¹²⁷². Bu hükümlere dayanılarak, ceza infaz kurumu idaresinin “denetimi altında” bulunan hükümlülerin, kurum içerisinde veya dışında çalıştırılmaları amacıyla barındırılmaları, bir yerden başka bir yere götürülmeleri ya da sevk edilmeleri

¹²⁷¹ 5275 sayılı Kanunda, hükümlülerin çalıştırılmasında üç ayrı rejim uygulanmaktadır. Bunlar, ilk olarak iyi halli hükümlülerin kurum içi hizmetlerde çalıştırılması (md. 31), ikinci olarak kurum bünyesinde oluşturulan iş yurtları ve atölyelerde çalışma (md. 29) ve son olarak kurum dışındaki başka iş yerlerinde çalıştırılmaları (5275 s. Kanun, md. 30 ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük, md. 98/1) biçimindedir. Hükümlülerin kurum dışında çalıştırılmaları, işveren veya temsilcisi ile iş yurdu bulunan kurumlarda iş yurdu müdürü, iş yurdu bulunmayan kurumlarda ise mahalli Cumhuriyet Başsavcısının imzaları ile düzenlenen protokol çerçevesinde gerçekleştirilir (Tüzük, md. 98/3).

¹²⁷² 5275 sayılı Kanuna göre hükümlülere yöneltilen çalışmanın “zorunlu” niteliğine gelince, Kanundaki düzenlemelerden yola çıkarak bir takım sonuçlara varmak mümkündür. 5275 sayılı Kanunun 29/1. maddesinde, “*kurum hekimi tarafından ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen meslek sahibi olmayan hükümlüler*” ve “*meslek sahibi olan istekliler*” biçiminde bir ayırıma gidilerek, kurum imkanları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında bu kişilerin çalıştırılabileceği belirtilmektedir. Buna göre “meslek sahibi hükümlüler” çalışmayı reddetme hakkına sahip olmakta, oysa “meslek sahibi olmayan” hükümlüler açısından böyle bir imkan tanınmamaktadır. Bununla birlikte, 5275 sayılı Kanun’un 29/1. maddesinin, hükümlülerin, belirtilen şartlarda “çalıştırılabilecekleri” biçiminde düzenlenmiş olması ve maddenin ikinci fıkrasında, çalıştırmanın amacının, “hükümlülerin salıverilmelerinden sonra yaşamlarının sürdüreceği meslek ve sanatları öğrenmelerini sağlamak, çalışma ve üretme isteklerini geliştirmek veya güçlendirmek” olduğu yönündeki düzenlemeler, kanun koyucunun, çalışmayı, hükümlüler yönünden bir yükümlülüğün ziyade, bir “hak” ve hükümlünün yeniden sosyalleştirilmesi amacına hizmet eden bir tedbir olarak öngörmek istediği biçiminde yorumlanmış; ancak, Kanun ve ilgili mevzuatın, çalışmayı talep eden bütün hükümlülere, İnfaz Kurumu Yönetimini zorlama yönünde bir imkan tanımamış, Kuruma böyle bir yükümlülük getirmemiş olması nedeniyle, hükümlülerin çalıştırılması yönündeki düzenlemenin, kesin bir biçimde zorla çalıştırma olarak nitelenememesinin yanında, gerçek bir hak olarak da kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir (AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem, La sauvegarde des droits de l'homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie, Schulthess, éditions romandes, Genève, 2011, s. 258). Çalışmanın, yeniden sosyalleştirme amacına yönelik olması ve belirli bir ücret karşılığı gerçekleştirilmesine karşın, bazı hallerde çalışmayı reddetmenin karşılığında bir takım disiplin cezalarının öngörülmüş olması, bizce bu uygulamanın “zorunlu” veya “zorla” çalışma olarak nitelendirilmesine imkan verebilecek niteliktedir. Bu kapsamda, Kanunun 41/2. maddesinin (h) bendinde “işçi kasten kötü yapmak veya gerektiği halde çalışmamanın”, ücret karşılığı çalışılan işten bir aydan üç aya kadar yoksun bırakma cezasını, “kurum iş yurdu yönetim kurulunca uygun görülen işte çalışmamanın” ise, 42/2. maddenin (b) bendine göre, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezasını gerektiren eylemler olarak öngörüldüğü belirtilmelidir.

insan ticareti suçu teşkil etmeyecektir. Aynı şekilde, bu kapsamda, kurum idaresinin talimatları doğrultusunda amirlerinden aldıkları emirleri yerine getirerek hükümlüleri nakil veya sevk eden ceza infaz kurumu görevlileri, iç ve dış güvenlik TCK madde 24 kapsamında hukuka uygun hareket etmiş sayılacaklardır.

TCK'nın 25. maddesinde meşru savunma ve zorunluluk hali düzenlenmiştir. Kişinin, kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olarak gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre defetmek zorunluluğu ile insan ticareti suçunun işlenmesinden söz edilemeyeceği için, bu suçta, meşru savunma, bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edemez¹²⁷³.

Zorunluluk halinin ise bir takım ihtimaller çerçevesinde ayrıca incelenmesi gerekmektedir. TCK madde 25/2'de zorunluluk hali; "*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*" biçiminde düzenlenmiştir.

Özellikle cinsel istismar maksatlı insan ticaretinde, tacirlerin, mağdura, kendisinin yerine başkalarını tedarik etmesi koşuluyla özgürlük vaadinde buldukları bir takım vakalara rastlanmaktadır¹²⁷⁴. Bu durumda, genellikle mağdurun, arkadaş veya akrabalarını, gittiği yerdeki yaşam koşulları, yaptığı işin türü, niteliği veya şartları hakkında gerçeğe aykırı bilgiler vererek kandırmak suretiyle ticarete dahil ettiği görülmektedir¹²⁷⁵. Bunun dışında, mağdurun, özgür bırakılacağına söz verilmeksizin, doğrudan aile üyeleri veya arkadaşları arasından yeni mağdurların tedarik edilmesi konusunda cebir, tehdit, şiddet ile zorlandığı haller de bulunmaktadır¹²⁷⁶. Böyle bir durumda, özgürlüğünü kazanmak arzusu ile ya da cebir veya tehdit altında yakınlarını ve

¹²⁷³ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 220.

¹²⁷⁴ 2009 Country Reports on Human Rights Practices – Moldova. Bir mağdurun, yeni bir mağdurun bulunmasına imkan sağladığı bu durumun "ikinci dalga" olarak isimlendirildiği belirtilmiştir (YENİDÜNYA, s. 225).

¹²⁷⁵ 2009 Country Reports on Human Rights Practices – Moldova; The Globalization of Crime, s. 45-47.

¹²⁷⁶ Özellikle Latin Amerika'da işlenen insan ticareti suçunda bu yöntemin sıklıkla uygulandığı belirtilmektedir (The Globalization of Crime, s. 45).

arkadaşlarını kandırmak suretiyle tedarik eden; diğer bir ifadeyle bu kişilere karşı işlenen insan ticareti suçunun “faili” olarak hareket eden kişi bakımından “zorunluluk durumu”na ilişkin hükümlerin uygulama yeri bulup bulamayacağı tartışılmalıdır.

Öncelikle, belirtelim ki, mağdurun, cebir veya tehdit altında hareket etmesi ile, özgürlüğünü elde etme isteği ile hareket etmesi arasında, mağdurun iradesi üzerinde yarattıkları etki açısından önemli bir fark olmadığını düşünmekteyiz. Cebir veya tehdit, TCK'nın 28. maddesinde, “*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kişiye ceza verilmeyeceği*” belirtilmiş ve bu gibi hallerin varlığının kusurluluğu kaldırdığı kabul edilmiştir. Böyle bir durumda, failin iradesi zorlanmakta, isteği dışında hareket etmek zorunda kalmaktadır¹²⁷⁷. Bu halde, cebir kullanan kişinin, faili, adeta bir alet durumuna getirdiği belirtilmektedir¹²⁷⁸. Ancak karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir, tehdit, şiddet veya korkutma sonucunda failin başka türlü hareket etmesine imkan bulunmadığı kabul edilebileceğinden, somut olayda bu özelliklerin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır¹²⁷⁹. Yerine başkalarını tedarik ettiği takdirde, özgür bırakılacağı sözü verilen mağdurun durumunda, bu teklifi reddettiği takdirde, kendisine karşı insan ticareti suçunun işlenmesine devam edilmesini kabul etmesi söz konusu olacaktır. Mağdurun, başkalarını korumak adına, kendi özgürlüğünden, vücut bütünlüğünden ve kendisine karşı gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla ihlal edilen diğer haklarından vazgeçmesi istenemeyeceğinden, böyle bir durumda, mağdura gerçek bir seçenek tanındığının ileri sürülemeyeceği açıktır. Bu nedenle, çoğunlukla fiziksel şiddet, cebir gibi zorlama biçimlerini içeren koşullarda fuhuş yaptırılması, zorla çalıştırılması veya hizmet ettirilmesi tehdidi ile korkutularak belirli bir harekete zorlanan kişi ile TCK madde 28’de belirtilen hukuka aykırı koşullar altında suç işleyen kişi arasında bir fark bulunmamakta, her ikisinin de özgür iradesi ortadan kalkmaktadır. Kaldı ki, mağdur ile insan taciri arasında tarafların eşit olduğu, güvene dayalı bir ilişkiden söz edilemeyeceği için, mağdurun, kendisinden isteneni yapması halinde, verilen sözün gerçekten tutulacağını güvence altına alması mümkün olmadığı gibi, böyle bir teklifi reddettiğinde kendisine zarar verilmesinden korkması da ihtimal dahilindedir.

¹²⁷⁷ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 416.

¹²⁷⁸ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 399.

¹²⁷⁹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 417.

Bu açıklamalardan sonra, belirtilen durumlarda, failin fiilinin, zorunluluk durumu nedeniyle hukuka uygun kabul edilebilip edilemeyeceği üzerinde durulmalıdır. TCK'nın 25/2. maddesindeki düzenlemeden, zorunluluk durumuna ilişkin ilk koşulun, kişinin “kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelen ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması” olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda sözü edilen hallerde, kişinin “kendisine” ait bir hakkını korumak amacıyla hareket ettiği tartışmasız olmakla birlikte, başkasının cebir veya tehdit biçimindeki hareketinin ya da insan ticareti mağduru olarak içinde bulunduğu koşulların devam edeceği tehdidi ile korkutmanın, zorunluluk durumu bakımından aranan “ağır ve muhakkak bir tehlike” olarak kabul edilmesi konusunda farklı sonuçlara varılabilecektir. Bu konuda iki farklı görüşten bahsedilmesi mümkündür. Bir görüşe göre; başkasının “cebir veya tehdit” biçimindeki zorlaması ile hareket eden fail bakımından, artık kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal söz konusu olacaktır ve ızdırar halinden söz edilemeyecektir¹²⁸⁰. Buna karşılık, bir diğer görüş, cebir veya tehdide maruz kalan failin, hukuka aykırı bir fiil nedeniyle bir “tehlike” ile karşı karşıya kaldığını ve bu nedenle zorunluluk durumu içerisinde bulunduğunu kabul etmektedir¹²⁸¹. Bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, faile ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak, hukuka uygunluk nedeni olarak “zorunluluk hali” bulunduğu hükmedilirse, fiil hukuka uygun kabul edilerek, bundan dolayı hiç kimsenin cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Oysa, kusurluluğu kaldıran bir sebebin varlığı nedeniyle faile ceza verilmemesi halinde, fiil hukuka aykırı niteliğini korumaya devam edecek ve TCK'nın 28. maddesine göre, cebir veya tehdidi gerçekleştiren kişi, suçun faili sayılarak söz konusu fiilden dolayı cezalandırılacaktır.

Biz, insan ticareti mağduru olan kişinin, tacirin “cebir ve şiddet veya tehdidi” ile başka bir kişiyi ticaretin konusu haline getirmeye zorlanması halinde, kendi hakkına yönelen ve bir insandan kaynaklanan “ağır ve muhakkak bir tehlike” olarak nitelenmesine karşı olmadığımız halde, burada ızdırar hali nedeniyle fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmemekteyiz. Zorunluluk halinde, faile adeta bir “suç işleme yetkisi”

¹²⁸⁰ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 123.

¹²⁸¹ KANGAL, Zorunluluk Durumu, s. 328. Ancak, “zorunluluk durumu” kabul edilmekle beraber, hukuki niteliğinin değişebileceği de eklenmektedir. Buna göre, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk durumu için gerekli müdahale koşullarını taşımaması halinde, bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığı, bazı hallerde bir mazeret nedeninin söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Buna örnek olarak, kişinin tehdit edildiği zararın çok az olması ya da bu kişinin, masum üçüncü kişiden çok önemli bir fedakarlıkta bulunmasının istenmesi halleri belirtilmiştir.

tanınmasına rağmen, bu şekilde hareket etmeme olasılığı bulunmaktadır¹²⁸². Ancak, fail, kendisini veya başkasını bir tehlikeden kurtarmak için bu yolu tercih etmekte ve böyle bir halde, failin kusuru bulunmasına rağmen, cezalandırmada sosyal yarar bulunmadığı kabul edilmektedir¹²⁸³. Oysa, cebir veya tehdit altında hareket eden failin, kendi iradesi doğrultusunda davrandığından, dolayısıyla kusurundan söz edilemeyecektir¹²⁸⁴. Böylece, fiil hukuka aykırı bir nitelikte olmasına rağmen, bu fiili işleyen kişinin kusurluluğunu kaldıran bir nedenin bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durum, özel olarak TCK'nın yukarıda sözünü ettiğimiz 28. maddesinde düzenlenmiş ve fiilin “suç olma” niteliğini muhafaza etmesi nedeniyle, bu cebir ve şiddet, korkutma veya tehdidi gerçekleştiren kişinin “fail” olarak cezalandırılması kabul edilmiştir. Ancak, yukarıda belirtilen örnekler çerçevesinde yaptığımız bu değerlendirmenin kabul edilebilmesi için, her olayda, insan ticareti mağdurunun, ağır bir tehlike karşısında olup olmadığı ve başka türlü hareket etme olanağının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekecektir. Örneğin, mağdur, kaçmak, polisle işbirliği yapmak, yardım istemek gibi olanaklara sahipse, TCK md. 28'in uygulanma yeri bulunmayacaktır. Bununla birlikte, bu araştırmada “mağdurun durumla ilgili algısı”nın da dikkate alınması zorunludur. Mağdur, bu durumdan başka türlü kurtulma imkanı varken, üzerinde yaratılan baskı ve korkutma sonucu bunun mümkün olmadığına inanmış olabilir. Bu durumda, TCK'nın 30/3. maddesine göre, *“ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*.

2. Mağdurun rızası

TCK'nın 26/2. maddesine göre; *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”*. Bu hükmün anlamı, kanunda suç olarak düzenlenen bir fiille tehlikeye konulan veya zarara uğrayan hukuki menfaatin sahibi olan kimsenin iradesine bir sonuç bağlanarak, bu kişinin “rıza” olarak ortaya çıkan irade açıklamasının fiili hukuka uygun kıldığıdır. Ancak, mağdurun rızası nedeniyle, hareketin hukuka

¹²⁸² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 416.

¹²⁸³ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 126-127.

¹²⁸⁴ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 279; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 417.

uygun olabilmesi için, bu rızanın bir takım şartları taşıması gerekmektedir. Bunlar, rıza gösteren kişinin rızaya “ehil” olması, mağdurun özgür iradesine dayanan ve suçun işlenmesinden önce ya da işlendiği sırada açıklanan bir rızanın bulunması ve rızanın konusunun, üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilen bir hak olmasıdır¹²⁸⁵.

Rızaya ehliyet bakımından, öncelikle rızayı açıklayan kişinin, rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibi olmasını anlamak gerekir. Bunun dışında, hak sahibi kişinin rıza açıklamasının geçerli olabilmesi için, bu kişi temyiz gücüne sahip olmalıdır. Akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, sağır-dilsizlik veya geçici bir nedenle temyiz gücü bulunmayan kişilerin, irade açıklamasına ehil olmadıkları kabul edilir. Ceza Kanununda kural olarak, ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kabul edilen asgari yaş 12 olarak tespit edilmiştir. Rızaya ehliyet bakımından da, bu yaşın esas alınması gerektiğini kabul edenler bulunduğu gibi¹²⁸⁶, bir diğer görüş, temyiz gücünün bulunup bulunmadığının belirli bir olay bakımından mevcut olan şartlara göre değerlendirilerek karara varılmasını savunmaktadır¹²⁸⁷. Bunun dışında bazı suçlar bakımından, mağdurun yaşıyla ilgili olarak bir sınır konulduğu görülmektedir. Nitekim TCK'nın 80/3. maddesinde, insan ticareti açısından böyle bir durum söz konusudur. Bu hükme göre, “*Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırmaları, 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*”. Burada, özellikle dikkat edilmesi gereken husus, 18 yaşından küçük bir kişiye karşı işlenen insan ticareti suçunun, araç fiilleri içermesi gerekmediğidir. Ortak özellikleri, mağdurun iradesi üzerinde hukuka aykırı bir etki yaratmaları ve bu iradeyi sakatlamaları olan araç fiillerin, reşit olmayan mağdura karşı gerçekleştirilmesinin aranmamasının bir tek anlamı olacaktır. O da, 18 yaşından küçük bir kişinin, failin kendisi üzerinde gerçekleştirdiği fiile razı olmasının hiçbir etkisinin bulunmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, TCK uygulamasına göre “çocuk” olan mağdurun işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinin tam olarak gelişmemesi nedeniyle yetişkinlere göre daha savunmasız olduğunu ve bu

¹²⁸⁵ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 304 vd.; DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 68 vd.; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 320; ARTUK-GÖÇKEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 461 vd.; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 271 vd.

¹²⁸⁶ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 321; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 211.

¹²⁸⁷ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 71; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 305.

suç bakımından rızaya ehil olmadığını kabul etmektedir. Bu durumda, araç fiillere başvurulmuş olmasa da, 18 yaşından küçük mağdurun iradesinin sakatlandığı veya bulunmadığı “kesin kanuni karine” olarak öngörülmüştür¹²⁸⁸. Bu nedenle, bir çocuğun 80. maddede belirtilen maksatlarla tedarik edilmesine, bir yerden başka bir yere götürülmesine, sevk edilmesine, ülkeye sokulmasına, ülke dışına çıkarılmasına veya barındırılmasına rıza göstermiş olması, fiilin hukuka aykırılığını etkilemeyecek ve insan ticareti suçunun işlendiği kabul edilecektir.

80. maddede yazılı suç, rızanın diğer koşulları bakımından da özellik arzeden durumları içermektedir. Özellikle 80. maddede sayılan bazı maksatlarla ilgili olarak, rızanın, üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilen bir hakka ilişkin olması koşulunun gerçekleşmediği görülmektedir. Kural olarak, kişi, kendi özgürlüğü üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmakla birlikte, hiç kimsenin özgürlüğünden tamamen feragat etmesi kabul edilemez¹²⁸⁹. Nitekim 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Medeni Kanun’un¹²⁹⁰ 23/2. maddesine göre “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz*”. Bunun sonucu olarak, bireyin, kendisini başkasının esiri veya kölesi durumuna koyma hakkı bulunmamaktadır¹²⁹¹. Bu itibarla, kişinin, esarete tabi kılınması maksadıyla kendisine karşı insan ticareti suçunun işlenmesine gösterdiği rıza geçersiz olacaktır. Yine bir kimsenin, fuhuş yapmaya rıza göstermesi, özgürlüğün “ahlaka aykırı” olarak sınırlanmasını içeren bir durum olduğundan, bu rızanın da geçerli olmayacağı kabul edilmelidir¹²⁹². Bunun dışında, toplumu oluşturan bireylerin vücut bütünlüğü ve sağlığının toplumu ilgilendirmesi nedeniyle, vücut bütünlüğü üzerinde de kişinin sahip olduğu tasarruf yetkisinin bir sınırı bulunduğu kabul edilmektedir¹²⁹³. Buna göre, kişinin, vücut bütünlüğü üzerinde ağır sonuçlar doğurabilecek fiiller bakımından gösterdiği rıza geçersiz olacaktır.

¹²⁸⁸ ŞEN, s. 249.

¹²⁸⁹ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 307; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 324.

¹²⁹⁰ 08.12.2001 ve 24607 sayılı R.G.

¹²⁹¹ EREM – TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 94.

¹²⁹² CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 324; YENİDÜNYA, s. 222. Bu kapsamda, kişinin, TCK’nın 227. maddesinde öngörülen fiillere gösterdiği rızanın da geçersiz sayıldığı belirtilmelidir.

¹²⁹³ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 324; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 214.

Mağdurun açıkladığı rızanın özgür iradesine dayanması koşuluna gelince, bu konuyla ilgili olarak, 80. maddede özel bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Buna göre; *“birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir”* (fıkra 2). Bu hükmün karşılığını oluşturan İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesinin (b) bendi; *“İnsan ticaretinin (a) bendinde belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmaması durumu değiştirmeyecektir”* biçimindedir. Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında, 80/2. maddenin doğru bir şekilde kaleme alınmadığı anlaşılmaktadır. Özellikle, hükümde yer alan *“suçu oluşturan fiiller”* biçimindeki ifade karışıklığa neden olabilecek niteliktedir¹²⁹⁴. Maddenin gerekçesinde kullanılan *“yardımcı fiiller”* kavramı ise konuya açıklık getirmekten uzaktır¹²⁹⁵. Kanunda, 80/3. maddede açıkça *“araç fiiller”* kavramına yer verilmişken, ikinci fıkrada ve bu fıkıyla ilgili madde gerekçesinde, aynı ifadenin kullanılmasının neden tercih edilmediği anlaşılamamaktadır. Bu hükmün, Ek Protokoldeki düzenleme esas alınarak, anlamına ve amacına uygun olarak yorumlanması sonucunda; *“birinci fıkrada belirtilen araç fiillerden herhangi birine başvurulmuş olması halinde, yine aynı fıkrada sayılan maksatlarla işlenen suçta mağdurun rızasının geçersiz olacağı”* biçiminde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir¹²⁹⁶. Bizce de madde hükmünü bu şekilde yorumlamak ve *“suçu oluşturan fiiller”* ile kastedilenin *“araç fiiller”* olduğunu kabul etmek doğru olacaktır.

Bu açıklamalardan sonra, araç fiillerin mağdurun iradesi üzerindeki etkileri göz önüne alınarak, 80/2. madde düzenlemesinin; bir hukuka uygunluk nedeni olarak *“mağdurun rızasının”* geçerli olabilmesi için, *“özgür bir iradeye dayanması”* koşulunu normatif bir düzenlemeye kavuşturmak dışında bir işlevi olup olmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Suçun maddi unsuru bahsinde araç fiiller konusunda yaptığımız genel açıklamalar hatırlanacak olursa, bunlarla ulaşılmak istenen amacın, mağdurun iradesinin bertaraf edilmesinden veya sakatlanmasından istifade edilerek, asıl hareketin gerçekleştirilmesinin kolaylaştırılması veya buna zemin hazırlanması olduğunu belirtmiştik. Bu kapsamda, sayılan cebir, şiddet, tehdit ve baskı ile belirli bir

¹²⁹⁴ YENİDÜNYA, s. 221; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 69; KOCA, s. 160.

¹²⁹⁵ Gerekçede, ikinci fıkra ile ilgili olarak şu açıklamaya yer verilmiştir: *“Maddenin ikinci fıkrasında, belirtilen amaçları elde etmek üzere girilen ve suçu oluşturan yardımcı fiiller varsa artık, mağdurun rızasının yok sayılacağı belirtilmiştir”*.

¹²⁹⁶ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 70; YENİDÜNYA, s. 221.

yönde hareket etmekten alıkonulan veya belirli bir şekilde hareket etmeye zorlanan mağdurun, “istediği gibi hareket etmeye karar verme hürriyeti”nin ortadan kaldırılması söz konusu olmaktadır. Bu zorlayıcı hareketler sonucunda, mağdurun serbest bir irade oluşturması veya serbest iradesinin dışarıya yansımaları engellenmektedir. Yine “kandırmak” suretiyle, mağdurun, gerçek durumla ilgili yanlış bir bilgiye ve izlenime sahip olması sağlanarak, mağdurun serbest bir iradeden yoksun bırakılmasına çalışılmaktadır. Bu bakımdan, cebir, şiddet, tehdit, baskı veya kandırmak biçimindeki araçların uygulanması halinde, ortada, görünüşte olsa dahi geçerli bir rızanın bulunmadığı kabul edilmelidir¹²⁹⁷. Nüfuzun kötüye kullanılması halinde ise, mağdur üzerinde etkide bulunabilme üstünlüğünden yararlanılarak, işlenen fiile karşı koymak yönünden iradesinin özgür bir şekilde ortaya çıkması engellenmektedir. Denetim olanağı, kişinin hareketlerini belli ölçüde de olsa kontrol etme ve yönlendirme imkanı tanıdığından, failin bundan yararlanarak mağdurun iradesi üzerinde etkide bulunabilmesi söz konusu olmaktadır. Çaresizlikten yararlanılması halinde de, kişinin iradesini baskı altına alan bir takım etkenler bulunmaktadır. Dikkat edilecek olursa, “nüfuzu kötüye kullanmak, kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek” hallerinde, mağdurun iradesinin ortadan kaldırılması değil, etkilenmesi söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bu araç fiillere başvurulması halinde mağdurun sakatlanmış da olsa bir iradesi mevcut olduğundan, bir rızadan bahsedilebilecek, ancak bu rıza, özgür bir iradeye dayanmadığından geçerli olmayacaktır. Bu nedenle 80/2. maddenin, yalnızca, görünüşte bir rızanın elde edildiği bu durumlar bakımından bir anlamı olduğu belirtilmiştir¹²⁹⁸. Bizce de bu tespit son derece yerindedir. Sonuç olarak, araç fiillerin, mağdurun iradesi üzerinde yarattığı bu etkilerden dolayı, bu suçta mağdurun rızasına bir hukuki sonuç bağlanması mümkün değildir. Bu durum, 80/2. maddede açıkça belirtilmiş olmasaydı da yine aynı sonuca varılması gerekecekti¹²⁹⁹.

Sonuç olarak, insan ticareti suçunda araç fiillerden herhangi birine başvurulmuş olduğu bir kere ispat edildiğinde, artık mağdurun rızasının hiçbir önemi

¹²⁹⁷ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 70.

¹²⁹⁸ İbid.

¹²⁹⁹ YENİDÜNYA, s. 221; KOCA, s. 160; ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Nihat – DOĞAN, Koray – BACAĞIZ, Pınar -TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2010, s. 130.

bulunmayacaktır. Mağdurun başlangıçta özgür iradesiyle hareket ediyor olması bu durumu değiştirmez. 80. maddede sayılan araçlardan birinin uygulanmasından sonra artık bu irade ortadan kalkmış ya da sakatlanmıştır. Böylece, bir kişinin, başka bir ülkeye gitmeye, sahte belgeler taşımaya, yurt dışında fuhuş yapmaya ya da yasadışı olarak çalışmaya rıza göstermiş olması, araç fiillerin devreye girmesiyle birlikte, onun insan ticareti mağduru haline gelmesine engel olmaz¹³⁰⁰. Bununla birlikte, bu sonuca doğrudan varılmaması, başvuru aracın, mağdurun iradesi üzerinde istenilen etkiyi meydana getirmeye elverişli olup olmadığının, her olayın kendi koşulları içerisinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

H. Manevi Unsur

1. Genel Olarak

Manevi unsurun varlığından söz edebilmek için, fiilin, kusurlu bir iradenin ürünü olması gereklidir¹³⁰¹. Failin iradesindeki kusur ise kast veya taksir şeklinde ortaya çıkabilir¹³⁰². İnsan ticareti kasten işlenen bir suçtur. Diğer bir ifadeyle, failin tipe uygun fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi gereklidir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir¹³⁰³.

80. maddede suçun, “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, esarete tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak” maksadıyla işlenmesi

¹³⁰⁰ Rızanın daha sonraki bir aşamada ortadan kalktığı bu örneklerde, “masum” ya da “gerçek” mağdurlar ile “suçlu” mağdurlar biçiminde bir ayırıma giden yanlış bir anlayışın bulunduğu belirtilmelidir. Buna göre; örneğin fuhuş yapmaya zorlandıklarını ispat edenler, “masum” ya da “gerçek” mağdurlar, buna karşılık daha önceden de fuhuş ile iştilen eden ve zorlayıcı nitelikte olmayan koşullar altında buna devam edecekleri veya devam etmeye istekli oldukları bilinen kişiler “suçlu” mağdurlar olarak görülmektedir. Buradan hareketle, Ek Protokoldeki tanım çerçevesinde “zorlayıcı araçlar”, yanlış bir şekilde, kişinin daha sonra tabi olduğu koşullara göre değil, yalnızca fuhuş sektörüne nasıl dahil olduğuna bakılarak tespit edilmektedir. Bunun sonucunda, yargılamada, odak noktası, tacirin eylemlerinden mağdurun ahlakına doğru kaydırılmakta ve mağdur, masumiyetini ispat etmek zorunda bırakılmaktadır. Bu durumun, uygulamada, fuhuş alanına kendi isteğiyle ya da zorla girmiş olup olmaması farketmeksizin, bu maksatla ticarete konu olmuş kişilerin tanık olarak yargılamaya dahil olmak istememeleri sonucunu doğurduğu belirtilerek, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile çelişen ve aynı zamanda seks endüstrisinde zorla çalıştırma ve kölelik benzeri durumlarla mücadelede ağır bir darbe vuran bu anlayış eleştirilmektedir (Report of the experts group on trafficking in human beings, s. 52)

¹³⁰¹ ALACAKAPTAN, s. 9; DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 205.

¹³⁰² DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 209; ALACAKAPTAN, s. 10; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 382. TCK’da ceza kusur şekilleri olarak kast (md.21) ve taksirin (md.22) yanında ayrıca netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç (md.23) öngörülmüştür (DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 340).

¹³⁰³ YENİDÜNYA, s. 209; ARSLAN-TEMEL-AYDIN-ŞEN-DOĞAN-BACAKSIZ, s. 33; HAKERİ, s. 15; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 410; KOCA, s. 157; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 55; DEĞİRMENCİ, s. 86.

öngörülmüştür. Burada, “maksat” ile kastedilen aslında saikten başkası değildir¹³⁰⁴. Saik, failin harekete geçmesine yol açan sebep, ona suç işleme kararını verdikten etken olarak tanımlanmaktadır¹³⁰⁵. Suçun oluşması için, failin belirli bir saikle hareket etmiş olmasının arandığı hallerde özel kastın bulunduğu kabul edilir. Bu durumda, hareket ve neticenin fail tarafından bilinip istenmesi yeterli olmayacak, suçun oluşması için, failin kastının, suçun unsuru olarak belirtilen saikin etkisinde oluşmuş ve iradesinin bu hususu da kapsamına almış olması gerekecektir¹³⁰⁶. İnsan ticareti suçunda faili harekete geçiren etkenler, “zorla çalıştırma, fuhuş yaptırmak, esarete tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak” biçiminde sayılmıştır. Bu nedenle, failin saikinin açıkça belirtilmiş olduğu bu suç, ancak özel kastla işlenebilir¹³⁰⁷. Manevi unsurdan bahsedebilmek için, failin iradesi, kişi üzerinde bu eylemlerin gerçekleştirilmesini içermelidir. Ancak, bu sömürünün bizzat fail tarafından yapılması gerekmemektedir. Daha önce kavram bölümünde de belirtmiş olduğumuz üzere, insan ticareti esasında bir aracılık faaliyetidir ve bu faaliyet mağdurun; tedarik etmek, nakletmek, ülkeye sokmak, barındırmak gibi hareketlerle ticaretin konusu haline getirilmesiyle sona erer. Tacirin asıl işlevi, mağduru, maddede sayılan maksatlarla istismar edecek kişiye ulaştırmak ve bu suretle sömürünün gerçekleştirilmesine imkan sağlamaktır¹³⁰⁸. Bu noktadan sonra, ticaret sona erecek, istismar ya da sömürü başlayacaktır. Tacirin yerini de “istismar eden” alacaktır. Ancak, *Terminoloji* başlığı altında ifade ettiğimiz gibi, tacir ile istismar eden sıfatlarının aynı kişide birleşmesi de mümkündür. Bu bakımdan, insan ticareti suçu failinin, mağdurun; zorla çalıştırılacağını, hizmet ettirileceğini, fuhuş yaptırılacağını, esarete tabi kılınacağını ya da vücut organlarının alınacağını bilmesi ve bu amaçla

¹³⁰⁴ Ceza hukukunda “maksat”ın kural olarak, failin gerçekleşmesini istediği kanuni tipteki neticeyi ifade ettiği kabul edilmektedir (DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 343; DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 224; CENTEL ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 395). Madde hükmünde bu sözcüğün, ceza hukukundaki anlamı göz önüne alınarak değil, sözlük anlamı kastedilerek, “istenilen şey, amaç, gaye”yi ifade etmek üzere kullanıldığı açıktır (www.tdk.gov.tr). TCK’da saikin suçun unsuru olarak kabul edildiği hallerde, bu saiki ortaya koymak üzere, ilgili maddede genellikle “maksat” ya da “amaç” sözcüklerine yer verilmektedir (CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 395). Buna verilebilecek diğer örnekler arasında; TCK’nın 79/1., 107/2., 118/1., 123/1., 172/1. ve 213/1.maddeler sayılabilir.

¹³⁰⁵ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 224; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 348; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 395; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 280.

¹³⁰⁶ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 226; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 395; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 470.

¹³⁰⁷ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 71; KOCA, s. 157; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 410; DEĞİRMENCİ, s. 86; ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 210.

¹³⁰⁸ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 71.

hareket etmesi yeterlidir¹³⁰⁹. Durum böyle olmakla birlikte, mevcut düzenlemede, sömürü teşkil eden fiillerin fail tarafından gerçekleştirileceğinin düşünülmesine yol açan bir ifade tarzı benimsenmiştir. Maddede sayılan maksatlar arasında yalnızca “vücut organlarının verilmesini sağlamak” bakımından, aracılık faaliyetiyle örtüşen bir ifadeye yer verilmiştir. Öğretide bir görüş, buradan yola çıkarak, 80. maddenin bu bölümünün, istismarla ilgili olarak failin rolünü daha doğru bir şekilde ortaya koyabilmek amacıyla “zorla çalıştırılmasını, hizmet ettirilmesini, fuhuş yaptırılmasını, esarete tabi kılınmasını, vücut organlarının verilmesini *sağlamak* maksadıyla” biçiminde kaleme alınmasının daha yerinde olacağını belirtmiştir¹³¹⁰. Yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle bu öneriye aynen katılmaktayız.

İnsan ticareti suçunun TCK'daki diğer suçlarla karşılaştırıldığında, en önemli ayırıcı vasfı, özel kastı oluşturan bu saiklerdir. Nitekim suçun özel bir düzenlemeye kavuşturulmasından önce ETCK'daki durumu incelerken de belirttiğimiz üzere, insan ticaretinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesindeki en önemli nedenlerden biri mevcut düzenlemelerin bu saikleri kapsamamasıydı¹³¹¹. Bugün de fiil, 5237 sayılı TCK'nın 106. maddesinde düzenlenen “tehdit”, 108. maddede düzenlenen “cebir” ve 109. maddedeki “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçlarından, en başta, yöneldiği bu maksatlar sayesinde ayrılmaktadır¹³¹².

Bir suçun kasten işlenmesi halinde, failin iradesinin yöneldiği, diğer bir ifadeyle öngördüğü ve istediği asıl neticenin yanında, gerçekleşmesi ihtimal dahilinde olan ve fail tarafından öngörülen başka netice veya neticeler de ortaya çıkabilir. Failin bu neticeleri göze alarak, hareketine devam etmesi halinde bunlardan dolayı da sorumlu olacağı kabul edilmektedir¹³¹³. Öğretide, “gayri muayyen kast” ya da “belirli olmayan kast” gibi isimlerle anılan¹³¹⁴ bu durum, TCK'nın 21/2. maddesinde “olası kast” adı

¹³⁰⁹ İbid.

¹³¹⁰ İbid.

¹³¹¹ Aynı yönde bkz. HAKERİ, s. 16.

¹³¹² KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 71.

¹³¹³ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 326 vd.; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 354.

¹³¹⁴ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 234; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 390; ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 292; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 461.

altında düzenlenmiştir¹³¹⁵. Olası kastta, “açık bir isteme” bulunmamasına karşın, failin, söz konusu neticenin veya neticelerin gerçekleşeceğini bilmesine rağmen, hareketine devam etmesi nedeniyle, bir “umusamazlık” içerisinde olduğu, “olursa olsun” düşüncesiyle hareket ettiği belirtilmektedir¹³¹⁶. Yani failin, bu neticeleri “istememiş” olduğu da ileri sürülemeyecektir¹³¹⁷. Öğretide, insan ticareti suçunun olası kastla işlenip işlenemeyeceği tartışılmıştır. Bir görüşe göre, suçu düzenleyen madde metninde, “bildiği halde”, “bilerek”, “bilmesine rağmen” gibi, bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğine işaret eden herhangi bir ibareye yer verilmediğinden, insan ticareti suçu hem doğrudan kast, hem de olası kast ile işlenebilir¹³¹⁸. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, insan ticareti suçunda, genel kastın dışında, failin belirli saiklerle hareket etmesi arandığından, failin “olursa olsun” düşüncesiyle hareket etmesi değil, neticeyi “istemesi” söz konusudur¹³¹⁹. Gerçekten de, olası kastta “irade” unsuru, diğer bir ifadeyle gerçekleşen muhtemel neticeyi “isteme” açık ve seçik bir şekilde tespit edilememektedir. Bu nedenle, daha çok gerçekleşen neticeyi “kabullenme” halinin söz konusu olduğu bu kusurluluk biçiminin, özel kastla işlenebilen bir suçta ortaya çıkabilmesi ihtimali bulunmadığını düşünmekteyiz¹³²⁰. TCK madde 80’de düzenlenen bu suçun oluşabilmesi için, failin burada sayılan saiklerle hareket etmesi, yani fiili bu saiklerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak, bilerek ve “isteyerek” işlemesi gerekecektir.

Suçun manevi unsuru bakımından, maddede açıkça yer verilmemiş olmasına karşın, failde, “maddi kazanç elde etme” ya da “zenginleşme” maksadının aranıp aranmayacağına da tespit edilmesi gereklidir¹³²¹. Öncelikle *Kavram ve Terminoloji*

¹³¹⁵ TCK’nın 21/2. maddesine göre; “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*”.

¹³¹⁶ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 390.

¹³¹⁷ DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 345.

¹³¹⁸ DEĞİRMENCİ, s. 86. Doğrudan kast, fail tarafından, öngörülen ve istenilen neticeyi elde etmeye yönelik olarak hareket edildiği, diğer bir ifadeyle failin iradesinin doğrudan doğruya belirli bir neticeye yöneldiği halde söz konusu olacağı ve madde metninde “bilerek”, “bildiği halde” gibi açıkça bunu ortaya koyan ifadelerle yer verildiğinde bir suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmektedir (ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 332-333.; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 392).

¹³¹⁹ YENİDÜNYA, s. 209-210.

¹³²⁰ Aynı yönde, bkz. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 347.

¹³²¹ Bu noktada, ulaşılabildiğimiz mevzuatlar içerisinde, yalnızca Fransa’da bu maksadın Ceza Kanununda açıkça öngörüldüğü tespit edilmektedir. FCK’nın 225-4-1. maddesinde insan ticareti suçunun “*Bir bedel yahut diğer her türlü menfaat veya bir bedel veya menfaat vaadi karşılığında*” işlenmesi düzenlenmiştir.

başlığı altında yaptığımız açıklamalar hatırlanacak olursa, bu suçta, insanların metalaştırılarak devredilebilen birer eşya gibi ticarete konu edilmeleri söz konusudur. Her ne kadar, suçun maddi unsuru, sözlük anlamıyla “bir alım satım etkinliği” olan “ticaret” teşkil eden hareketlerden oluşmasa da, buna öngelen, zemin hazırlayan hareketler öngörülmekte ve fail, kişinin istismar amacıyla ticaretin konusu haline getirilmesini sağlayarak, onun, istismar konusu hizmetlerden yararlanacak müşteriye ulaştırılmasında bir aracı rolünü üstlenmektedir. Dolayısıyla, bu aracılık faaliyetinin de nihai amacı, ticari faaliyet bakımından ortaya çıkan “kazanç elde etme” maksadı olacaktır. Kaldı ki, kişinin ticarete konu edilmesi, “istismar” ya da aynı anlama gelen “sömürü” biçimindeki genel maksada hizmet etmektedir. Bunu ifade etmek üzere, İnsan ticaretine İlişkin Ek Protokolde “*exploitation*” terimi kullanılmıştır. Sömürmek veya istismar etmek, kişiler üzerinden haksız olarak ve sürekli bir biçimde çıkar sağlamak anlamına gelmektedir. Bunun yolu, kişilerin bedenlerinin, emeklerinin, sahip oldukları diğer değerlerin menfaat elde etme amacıyla kullanılması olmaktadır. Örneğin, bir kadının veya genç kızın, fuhuş yaptırmak suretiyle istismarında; bu kişinin bedeni, güzelliği, gençliği, hatta masumiyeti para ile ölçülebilen birer malzemeye dönüşmektedir. Dolayısıyla, “istismar”, aynı zamanda dolaylı olarak “maddi kazanç elde etme” amacını içermektedir. Bu istismara aracılık eden failin de “istismar” saikiyle hareket etmesi, iradesinin bu hususu kapsamaması aranacağından, maddi kazanç elde etme ya da zenginleşme saikinin bu suçta daima mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca, suçun kriminolojik özelliklerinden bahsederken belirttiğimiz üzere, insan ticareti, düşük riskler içeren ve buna oranla büyük bir kazanç getiren bir faaliyet olarak, daha çok organize suç örgütlerince gerçekleştirilmektedir. Bu ilişki, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün “*mahiyetleri itibariyle sınır aşan nitelikte oldukları ve suça örgütlü bir suç grubu karıştığı takdirde, 5. maddede belirtilen suçların önlenmesi, soruşturulması ve kovuşturulmasında*” uygulanacağını öngörül­düğü “Kapsam” başlıklı 4. maddesinde de teyit edilmiştir. Ayrıca, Ek Protokolün, Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’ni tamamlayan bir belge olarak düzenlendiği ve Sözleşme ile birlikte yorumlanması gerektiği de unutulmamalıdır. “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi”nin 2(a) maddesinde öngörülen “örgütlü suç grubu” tanımında, bir “*doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacı*”

arandığına göre, Ek Protokolün uygulanması bakımından da, suç örgütlerinin, insan ticareti suçunu işlemek için gerekli olan istismar maksadından başka, “doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir çıkar elde etmek” biçimindeki nihai amaçla hareket etmeleri söz konusu olacaktır. Ek Protokolü incelerken de belirttiğimiz üzere, Sözleşmenin 34. maddesine göre, insan ticareti suçuna, “örgütlü bir suç grubunun dahil olması”, Taraf Devletlerin Ek Protokolde yer alan fiilleri suç haline getirme yükümlülükleri bakımından bir unsur olarak öngörülmecektir. Ancak, TCK’daki düzenlemenin de kaynağını oluşturan Ek Protokolün ve dolayısıyla insan ticareti tanımının bu görüş ve anlayış içerisinde kaleme alınmış olmasının, söz konusu faaliyetin maksadı yorumlanırken göz ardı edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İnsan ticareti suçunda “maddi kazanç elde etme” maksadının bulunduğu yönünde öğretinin bir fikir birliği içerisinde bulunduğu söylenebilirse de¹³²², bunun manevi unsura bir “zorunluluk” bağıyla dahil olup olmadığı konusunda farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre; insan ticareti suçunda, çoğu kez faili suç işlemeye yönelten güdü kendisine veya başkalarına maddi kazanç sağlamak olsa da, yasada açıkça aranmayan böyle bir saikin yokluğu dolayısıyla suçun oluşmayacağını ileri sürmek mümkün değildir¹³²³. Buna göre, bir yakınının organ nakline ihtiyacı olması nedeniyle, cebir kullanarak vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla bir başkasını kaçıran kişinin insan ticareti suçunu işlemiş olacağı kabul edilmelidir¹³²⁴. Buna karşılık, aksi görüşün benimseyenler, faaliyetin özünde “zenginleşme kastı” ya da “maddi kazanç elde etme” amacının bulunduğunu kabul ettiklerinden¹³²⁵, karşılığında herhangi bir bedelin gözetilmediği ve duygusal nedenlerin etkisiyle hareket edildiği böyle bir örnekte, fiilin insan ticareti suçunu değil, ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (md. 109) ve iştirak sorumluluğu çerçevesinde organ ve doku ticareti (md. 91) suçlarını oluşturacağını ileri sürmektedirler¹³²⁶. İnsan ticareti suçunda, “maddi kazanç elde etme” ya da “zenginleşme” saikinin, mağduru çeşitli şekillerde sömürme maksadından ayrı olarak düşünülmemeyeceğini kabul ettiğimizden, biz de bu ikinci görüşe katılmakta ve

¹³²² KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 72; YENİDÜNYA, s. 211; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 411; ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 210; DEĞİRMENCİ, s. 87; KOCA, s. 54.

¹³²³ YENİDÜNYA, s.211.

¹³²⁴ İbid.

¹³²⁵ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 72; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 410.

¹³²⁶ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 72.

“maddi kazanç elde etme” saikinın tespit edilemediği hallerde suçun manevi unsurunun oluşmayacağını düşünmekteyiz. Maddi kazanç elde etme saikiyle işlenmemesi nedeniyle insan ticareti suçunun meydana gelmediği bu gibi hallerde, tabii olarak, yukarıda verilen örnekte de olduğu gibi, araç fiillere ya da özel kastı oluşturan maksatlara bağlı olarak başka suçlar oluşabilecektir. Bu durumda, örneğin mağduru zorla çalıştırmak maksadıyla ve araç fiillerle tedarik eden kişi, hiçbir maddi kazanç amacı olmaksızın, ırkçı saiklerle hareket etmekteyse insan ticareti suçundan söz edilemeyecek, ancak unsurları bulunduğu takdirde, bu kişi TCK madde 117/3’e göre iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu nedeniyle cezalandırılabilir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun¹³²⁷ 4/1. maddesinin (a) bendine göre, insan ticareti suçu, terör amacıyla bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde “terör suçu” sayılacak ve 80. maddede insan ticareti suçu nedeniyle öngörülen ceza yarı oranında artırılarak uygulanacaktır. Bu halde insan ticareti suçunun manevi unsurunun yerini “terör” saikinın almadığını önemle belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu hükmün uygulanması bakımından, 80. maddede sayılan saiklerden en az birine ek olarak, failin ayrıca bu fiili Terörle Mücadele Kanunu’nun 1. maddesinde öngörülen amaçlarla işlemesi aranacaktır.

Suçun manevi unsuruna ilişkin bu genel tespitlerden sonra, özel kastı oluşturan “maksat”ların incelenmesi gereklidir.

2. Özel kastı oluşturan maksatlar

a) Genel Olarak

TCK’nın 80. maddesinde özel kastı oluşturan maksatlar; zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, esarete tabi kılmak ve vücut organlarının verilmesini sağlamak olarak sayılmıştır. Madde hükmünde “veya” bağlacı kullanıldığından, failin bu maksatlardan sadece birine yönelmesi mümkün olduğu gibi, birden fazlasını gerçekleştirmek düşüncesiyle de hareket edebilir. Bununla birlikte, özel kastı oluşturan bu istismar biçimleri sınırlı olarak sayıldığından, bunlar dışında kalan bir saikle suç

¹³²⁷ 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 12.04.1991 tarihli ve 20843 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

işlenemeyecektir. Bu nedenle, mağdurun, örneğin, “bir takım suçların işlenmesinde kullanılmak” amacıyla araç fiillerle tedariki, kaçırılması, bir yerden başka bir yere götürülmesi veya barındırılması insan ticareti suçu oluşturmayacaktır¹³²⁸.

Maddede yalnızca suçun bu “maksatlarla” işlenmesi aranmıştır. Oysa İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesindeki tanımda, suçun “istismar amaçlı” işlenmesinden söz edilerek, maddenin devamında “istismar” ayrıca tanımlanmış ve asgari olarak “*başkalarının fuhşunun istismarını veya cinsel istismarın başka biçimlerini zorla çalıştırmayı, hizmet ettirmeyi, kölelik veya kölelik benzeri uygulamaları, kulluğu ve organların alınmasını*” içereceği belirtilmiştir. “İstismar” kavramının TCK’da hiçbir şekilde yer almamasının bir eksiklik olduğunu düşünmekteyiz. Daha önce de belirttiğimiz üzere, suç, bir sürecin parçası olarak işlenmektedir. Kişinin ticarete konu edilmesini sağlayan hareketler yapıldığında suç tamamlanmış olmakta, ancak istismar aşaması ile süreç devam etmektedir. Manevi unsur bakımından da, failin iradesinin, kendi hareketinden sonra gerçekleşecek olan istismarı içermesi aranmaktadır. Bu nedenle, fiile bu ölçüde “bağlı” olan “istismar” ya da “sömürü”ye suç tanımında yer verilmesi gerekirdi. Böylece, “maddi kazanç elde etme saiki” ile ilgili olarak yukarıda yer verdiğimiz türden tartışmalar da bertaraf edilmiş olurdu.

Bu noktada TCK’nın 80. maddesinde öngörülen istismar biçimleri yönünden, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile karşılaştırıldığında önemli bir eksikliğin bulunduğu belirtilmelidir. Ek Protokolün 3. maddesindeki “*başkalarının fuhşunun istismar edilmesi veya cinsel istismarın başka biçimleri*” yerine, TCK’da, 6.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanununun 3. maddesiyle eklenen “fuhuş yaptırmak” maksadı yer almaktadır. Birinci bölümde yer verdiğimiz uluslararası düzenlemeler hatırlanacak olursa, bir kimseye fuhuş yaptırarak, bunun üzerinden kazanç edilmesinin, “başkasının fuhşunun istismarı” deyimini ile ifade edilmesi öteden beri yerleşmiştir. Kanunumuza bu ifadenin “fuhuş yaptırmak” biçiminde yansımış olması, asıl amaç olan “istismar”ın ihmal edilmesi sonucunu doğurduğundan eksik bir düzenleme olsa da, bu alana yönelik insan ticareti fiillerini cezalandırmak bakımından yeterli olduğu söylenebilecektir. Asıl

¹³²⁸ İnsan ticaretine ilişkin Ek Protokol’ün 3. maddesinin (a) bendinde istismar biçimleri arasında sayılmayan bu maksada, Belçika Ceza Kanununun 433quinquies maddesinin 5. paragrafında, “kişiye, rızasına aykırı olarak suç işletmek” biçiminde yer verilmektedir.

sorun, “cinsel istismarın başka biçimleri”ne ilişkin olarak madde hükmünün herhangi bir düzenleme içermemesidir. Böylece, gerek Ek Protokolde, gerekse İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi’nde asgari olarak sayılan istismar biçimlerinden birinin eksik olması nedeniyle, her iki belgenin gereğinin yerine getirilmemiş olmasının yanında, insan ticareti suçuyla mücadele yönünden önemli bir alan tamamen dışarda bırakılmış olmaktadır. Oysa bu kavramın, pornografi ve zorla evlendirme gibi diğer kötüye kullanma biçimlerine bir atıf olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹³²⁹.

Yabancı hukuk sistemlerine bakıldığında, çok sayıda ülkenin mevzuatında, suçun yöneldiği maksatlar arasında fuhşun istismarının yanında, “cinsel istismarın diğer biçimleri”ne ayrıca yer verildiği görülmektedir¹³³⁰. Bunun dışında bazı ülkelerde, fuhş ayrıca belirtilmeyip, genel olarak “cinsel istismar” deyimine yer vermekle yetinildiği de göze çarpmaktadır¹³³¹. İnsan ticareti suçunda, cinsel istismarın diğer biçimleri arasında özellikle kadınların ve çocukların pornografi içerikli materyallere konu olmaları, cinsel içerikli gösterilerde kullanılmaları önemli bir yer tutmaktadır. Oysa mevcut düzenlemede kişilerin, bu maksatlarla insan ticareti suçuna konu olmaları cezasız bırakılmıştır. Bu nedenle, madde hükmünün yeniden gözden geçirilerek, fuhşu da içerecek şekilde “cinsel istismar” maksadının eklenmesi ya da fuhşun yanında en azından kişilerin “pornografi içerikli görüntülerin üretiminde veya cinsel içerikli gösterilerde kullanılması”nın istismar maksatları arasına dahil edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolün 3. maddesinde öngörülen istismar biçimlerinin “asgari olarak” sayıldığını ve buradakilerle sınırlanmaması gerektiğini Protokol ile ilgili açıklamaların yapıldığı kısımda belirtmiştik. Böylece iç hukukta düzenleme yaparken, Taraf Devletler bu hükümde sayılmayan maksatlara yer verebileceklerdir. Gerçekten de insan ticareti suçunun çok çeşitli amaçlarla işlenebildiği

¹³²⁹ Abolir l’esclavage ..., s. 24. Bu tespiti yalnızca kişilerin pornografi alanında kullanılmaları yönünden katılmaktayız. “Zorla evlendirme” ise bizce, cinsel istismar kapsamında değerlendirilebilecek bir konu değildir.

¹³³⁰ Federal Rusya Ceza Kanunu, md. 127-1, Romanya Ceza Kanunu md. 204, Polonya Ceza Kanunu md. 115, Slovenya Ceza Kanunu md. 113, Hollanda Ceza Kanunu md. 273f ve İsveç Ceza Kanunu bu mevzuatlara örnek teşkil etmektedir.

¹³³¹ Örneğin Moldova Ceza Kanunu md. 165, Ukrayna Ceza Kanunu md. 149, Avusturya Ceza Kanunu md. 104, Azerbaycan Ceza Kanunu md. 144-1’de yer alan düzenlemeler bu yöndedir.

görülmektedir. Bu konuda çeşitli ülkelerin mevzuatlarında değişik istismar biçimlerine rastlamak mümkündür. Ukrayna Ceza Kanununun 149. maddesinde, “istismar” kavramı içerisinde; “borç karşılığı köleleştirme, kişi üzerinde deney yapılması, zorla hamilelik, suç faaliyetine dahil etme, silahlı çatışmalarda kullanma, ticari nedenlerle evlat edinme” de sayılmıştır¹³³². Moldova’da yürürlükte olan İnsan Ticaretini Önleme ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Yasasında istismar teşkil eden haller bir liste olarak sayılmıştır (md. 2). Bu listede, Ek Protokolün 3. maddesinde yer almayan pek çok biçim yer almaktadır. Bunlar; “yasadışı evlat edinme suretiyle çocuk haklarını kötüye kullanmak, kişiyi silahlı çatışmalarda veya yasadışı askeri oluşumlarda kullanmak, suç faaliyetlerinde kullanmak, bir başkasına satmak, temel insan haklarının ve özgürlüklerinin ihlalini teşkil eden diğer faaliyetlerde yer almaya zorlamak, zorla dilencilik yaptırmak ve bir kadını taşıyıcı anne olarak veya diğer bir şekilde üreme amacıyla kullanmak”tır. Bulgaristan Ceza Kanununda, “doğacak bebeklerin satılması amacıyla hamile kadın ticareti”, Ceza Kanununun, insan ticaretine ilişkin 159a maddesine ayrı bir fıkranın eklenmesi suretiyle özel olarak cezalandırılmıştır. Polonya Ceza Kanununda ise, insan ticaretinin “dilendirmek” ve “kölelik veya insan onurunu aşağılayan başka bir biçimde kullanmak suretiyle yararlanmak” maksadıyla işlenmesi düzenlenmiştir (md. 115). Azerbaycan Ceza Kanununun 144-1. maddesinde “istismar” teriminin, diğerlerinin yanında, “kişi üzerinde hukuka aykırı biotıbbi araştırmaları, bir kadının taşıyıcı anne olarak kullanılmasını, kişilerin suç işlemek de dâhil hukuka aykırı faaliyetlerde kullanılmasını” ifade edeceği belirtilmiştir. Fransız Ceza Kanununun 225-4-1. maddesinde “dilencilikğin sömürülmesi” ve “kişiyi suç işlemeye zorlamak” insan ticareti suçunun maksatları arasında yer almıştır. Aynı şekilde, Belçika Ceza Kanununda da, “dilencilik yaptırmak” ve “kişiyi, rızasına aykırı olarak suç işletmek” maksatlar arasındadır (md. 433quinqies). İsveç Ceza Kanununda ise, “askerlik hizmeti yaptırmak” maksadıyla insan ticareti suçunun işlenmesinin öngörüldüğü dikkati

¹³³² “Yasa dışı evlat edinme”, ayrıca Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti, El Salvador, Tacikistan ve Makedonya mevzuatlarında da insan ticaretinin yöneldiği maksatlar arasında sayılmaktadır (United Nations Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: consolidated information received from States for the first reporting cycle Report of the Secretariat, Fourth session, Vienna, 8-17 October 2008, UN Doc. CTOC/COP/2005/3/Rev.2, s. 7 (Raporun orjinal İngilizce metni için bkz. <http://www.unodc.org/documents/treaties/COP2008/CTOC%20COP%202005%203%20Rev2%20Final%20E.pdf> (Erişim tarihi: 11.09.2008)).

çekmektedir. Bunların dışında, Ek Protokolün çeşitli ülkelerdeki uygulamasına ilişkin BM tarafından hazırlanan 2008 tarihli Raporda, istismar biçimleri arasında şu örneklerle de yer verildiği görülmektedir: “zorla ev hizmetlerinde çalıştırma veya borç karşılığı çalıştırma” (Dominik Cumhuriyeti, Nijerya ve Tacikistan) “zorla evlendirme” (Kolombiya, El Salvador ve Makedonya)¹³³³.

BM tarafından yayınlanan “İnsan Ticaretiyle Mücadelede Yasa Modeli” başlıklı çalışmada Ek Protokolde öngörülenlerin haricinde, insan ticareti suçuna ilişkin yasal düzenlemede yer alabilecek istismar biçimleri bakımından yabancı ülke kanunlarındaki bu örneklerle ek olarak; zorla evlendirme, gelenek veya töreden kaynaklanan kulluk ve bir kişi üzerinde yasa dışı biyomedikal araştırma yapılması belirtilmiştir¹³³⁴.

Diğer ülkelerin mevzuatlarında yer verilen bu ayrıntılı düzenlemeler karşısında, TCK’da suçun işlenmesinde maksat olarak oldukça kısıtlı bir listenin yer aldığı görülmektedir. Suçla mücadele bakımından, burada örnek olarak belirtilen mevzuatlarda öngörülen istismar biçimlerinin tamamının Kanunumuz bakımından dikkate alınması gerekli değilse de, en azından Ek Protokolde asgari olarak sayılanlara yer verilmesi amacıyla 80. madde hükmünün yeniden gözden geçirilmesinin gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Bunlar dışında, her ülkenin kendi ulusal deneyimlerine ve kültürel özelliklerine dayanan farklı istismar biçimlerini kabul etmesi mümkündür¹³³⁵. Bu bakımdan, örneğin Türkiye’de kız çocuklarının “başlık parası” adı altında maddi veya başka türlü menfaatler karşılığında rızalarına aykırı olarak zorla evlendirilmeleri bu kapsamda yer verilebilecek bir istismar türü olabilecektir.

b) Zorla çalıştırmak ve hizmet ettirmek

Konuyla ilgili uluslararası mevzuatı ortaya koyarken belirttiğimiz üzere, zorla çalıştırmanın tanımının yapıldığı tek belge 29 sayılı ve 1930 tarihli “Cebri ve Mecburi Çalıştırmaya İlişkin İLO Sözleşmesi”dir. Bu Sözleşme’nin 2. maddesinde “*herhangi bir kişinin ceza tehdidi altında ve bu kişinin tam isteği olmadan mecbur edildiği tüm iş veya hizmetler*” olarak tanımlanan “cebri veya zorunlu çalıştırma” bakımından, 1957 tarihli

¹³³³ İbid., 6-7.

¹³³⁴ Model Law, s. 35.

¹³³⁵ İbid., s. 36.

ve 105 sayılı ILO Sözleşmesi ile bu tür bir çalışmanın hangi amaçlar ile dayatılmayacağı konusunda kesin yasaklar getirildiği, ancak uluslararası hukuktaki bu temel tanımın hiçbir değişikliğe uğramadığı görülmektedir. Gerek İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol ile ilgili olarak BM organlarınca yayınlanan yol gösterici açıklamalarda¹³³⁶, gerekse İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi Hakkında Açıklayıcı Rapor'da (par. 90 vd.) insan ticareti suçunda bir istismar biçimi olarak öngörülen “zorla çalıştırma” bakımından 29 sayılı Sözleşme'ye yapılan atıf nedeniyle, bu kavramı açıklamak için, sözü geçen Sözleşmenin 2. maddesindeki tanımın unsurlarına ve bunların İLO organları tarafından yorumlanma biçimlerine değinmek gereklidir. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki; hem 29 sayılı İLO Sözleşmesi, hem de AİHS'nin 4. maddesi temelinde zorla çalıştırma kavramı, “hizmet ettirme”yi de içerecek şekilde anlaşılmaktadır. Nitekim 29 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesindeki tanımda yer alan, “*tüm iş veya hizmetler*” biçimindeki ifade bu yorumu doğrulayıcı niteliktedir. Zorla çalıştırmaya ilişkin AİHM içtihadında da, yukarıda belirtilen tanıma dayanılarak, kavrama geniş bir anlam verilmesi gerektiği ve hizmet ettirmeyi de içerdiği kabul edilmiştir¹³³⁷. Diğer bir ifadeyle AİHM'ye göre bu iki kavram arasında bir ayırım yapılamaz¹³³⁸. Dolayısıyla, bu konudaki açıklamalarımız yalnızca zorla çalıştırmayı değil, aynı zamanda zorla hizmet ettirmeyi de kapsayıcı nitelikte olacaktır.

29 sayılı Sözleşme'nin 2. maddesine göre; “çalışmanın bir ceza tehdidi altında gerçekleşmesi” ve “rıza aykırı olması” biçiminde iki temel unsura dayanan tanım, içerdiği terminolojinin “muğlak” olması nedeniyle eleştirilmiştir. Buna göre, çoğu halde sınırdan kalan uygulamaları sınıflandırmak güç olmakta ve bunun sonucunda, uluslararası kuruluşlar önünde bu sorunu gündeme getiren bireysel şikayetlerin sayısı göreceli olarak az olmaktadır¹³³⁹. Bununla birlikte, 29 sayılı Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden bu yana, İLO'nun çeşitli birimlerince, bu iki unsurun belli ölçüde açıklığa kavuşturulduğu belirtilebilir. Özellikle İLO tarafından yayınlanan zorla çalıştırmaya ilişkin 2005 tarihli küresel Rapor'da, bu unsurların ayrı ayrı ele alınarak, dünyadaki uygulamalar çerçevesinde yorumlandığı görülmektedir. Öncelikle “ceza tehdidi”nin, bir “ceza

¹³³⁶ Legislative guides ..., s. 268, dnp. 14.

¹³³⁷ Van Der Müssele / Belçika, par. 33.

¹³³⁸ İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi, Açıklayıcı Rapor, par. 92.

¹³³⁹ SMITH, s. 239

yaptırımı” ile karşı karşıya kalma tehdidi olarak anlaşılması gerekmediğinin altı çizilerek, bir hak ya da ayrıcalık kaybı biçiminde de gerçekleşebileceği belirtilmektedir. Ceza tehdidi, bundan başka, pek çok farklı biçim alabilir. Bunlar, fiziksel şiddet veya hürriyetin sınırlanmasını, hatta mağdurun kendisine ya da ailesine yönelik ölüm tehdidini içerebilir. Bazı hallerde, ceza tehdidinin daha incelikli yöntemlerle, hemen göze çarpmayacak biçimde gerçekleşmesi, örneğin psikolojik bir nitelik taşıması mümkündür. İLO tarafından incelenen olaylarda, çalışma statüleri yasadışı olan mağdurlara, durumlarının kolluk güçlerine ya da göç konusunda yetkili makamlara ihbar edileceği, uzak şehirlerde fuhşa zorlanan kızların durumlarının, yaşadıkları bölgelerde ifşa edileceği yönünde tehditlerinde bulunulmasına rastlandığı kaydedilmiştir. Bunun dışında, borçla bağlantılı ekonomik cezalar, ücretlerin ödenmemesi veya işçilerin sözleşmenin kapsamını ya da ulusal mevzuatta öngörülen sınırı aşacak ölçüde fazla mesai yapmayı reddetmeleri halinde işten çıkarılma tehdidiyle birlikte eksik ücret ödenmesi gibi mali nitelikte cezalar söz konusu olabilmektedir. İşverenlerin bazı hallerde, işçilerin kimlik belgelerinin kendilerine tevdi edilmesini sağladıkları ve zorla çalıştırmayı dayatmak amacıyla bunlara el koyacakları tehdidine başvurdukları görülmektedir¹³⁴⁰.

Çalışmanın “rıza aykırı olması” konusunda ise, İLO birimleri, rızanın biçimi ve konusu, dış baskıların veya dolaylı olarak zorlamanın rolü ve özgürce verilen rızanın geri alınması imkanı gibi, bu konunun çok çeşitli yönlerine temas etmişlerdir. Burada da, zorlamanın, kolaylıkla farkedilmeyecek şekillerde yapılması mümkündür. Birçok mağdur, hileyle ve aldatılarak, zorla çalıştırma koşullarına görünüşte kendi istekleriyle dahil olmakta, ancak daha sonra bu çalışmadan vazgeçme konusunda özgür olmadıklarını farketmektedirler. Bunu takip eden süreçte, yasal, fiziksel veya psikolojik zorlamaya dayalı olarak işten ayrılamamaktadırlar¹³⁴¹. İLO yetkili makamları, uygulamada, özellikle bazı yöntemlerin kullanılmasının, kişinin “isteği olmaksızın” çalıştırıldığına göstergeleri olarak kabul edilebileceği görüşündedir. Bunlar arasında; kişinin fiziksel özgürlüğünün sınırlanmış olması, kişinin satılması suretiyle başkasının tasarrufuna geçirilmesi, çalışma ortamına hapsedilmiş olması, çalışma saatleri dışında

¹³⁴⁰ ILO Global Report 2005, s. 5.

¹³⁴¹ İbid., s. 6.

hücreye kapatılması ya da özel bir kişi nezdinde hapsedilmesi, psikolojik yollarla zorlanması, işin türü ya da koşulları konusunda aldatılması veya sahte vaatlerle kandırılması, ücretine el konulması veya ödenmemesi, “köleleştirilmiş” ya da bağımlı statüye indirgenmiş olarak çalıştırılması sayılmaktadır. Bu son halde, hesaplarla oynanması veya işçi yönünden masraf olarak kaydedilen kalemlerin şişirilmesi, ön ödemeler bakımından ölçsüz faiz oranlarının belirlenmesi gibi yollarla kişinin borçlanmasına neden olunması ve böylece bağımlılığının sağlanması söz konusu olabilmektedir¹³⁴².

AIHS'nin zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 4. maddesini, İLO'nun 29 sayılı Sözleşmesi'nden yola çıkarak yorumlayan AIHM, bu yasağın ihlali bakımından çalışmanın ilgilinin rızasına aykırı olmasının yanına ikinci bir koşul eklemektedir. Buna göre hizmet veya çalışmayı gerçekleştirmek yönündeki zorunluluğun, ayrıca “haksız” veya “baskıcı” olması veya “gereksiz yere yıpratıcı” ya da “bir şekilde rahatsız edici” nitelikte olması aranmaktadır. Mahkemeye göre bu ek koşul, rızaya aykırılık söz konusu olmadığı takdirde araştırılacaktır¹³⁴³.

İLO'ya göre, bir zorla çalıştırma durumunun bulunup bulunmadığı, koşulları ne kadar ağır ve riskli olursa olsun, gerçekleştirilen faaliyetin türüne göre değil, çalışan kişi ile işvereni arasındaki ilişkinin niteliğine göre tespit edilmelidir¹³⁴⁴. Kavramın unsurları olan ceza tehdidi ve rızaya aykırılığın bu ilişkiye bağlı olarak ortaya çıkabileceği gerekçesiyle, bu yaklaşımı aynen kabul etmekteyiz. Bunun gibi, yapılan işin yasal ya da yasadışı nitelikte olmasının zorla çalıştırma sayılmasıyla ilgisinin olmayacağı kabul edilmekte ve bir faaliyetin, zorla çalıştırma kapsamına girebilmesi için resmen bir “ekonomik faaliyet” olarak tanınmış olmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir¹³⁴⁵. Bu

¹³⁴² İbid.

¹³⁴³ Van Der Müssele / Belçika, par. 37.

¹³⁴⁴ İbid. Bu konuda farklı bir yaklaşım, İnsan Ticaretine İlişkin Çerçeve Karar hakkında AB Komisyonu tarafından sunulan 2000 tarihli Öneride ortaya konulmaktadır. Buna göre, mağdurların işgücünün sömürülmesi; iş mevzuatında, çalışma koşulları ve ücretin ödenmesinin yanısıra, çalışmanın yapıldığı yerle ilgili sağlık ve güvenliğe ilişkin kurallara aykırılık olarak değerlendirilecektir. Suçun mevcut olabilmesi için, mağdurun temel haklarından yoksun bırakılmış olması ve bu durumun devam etmesi gereklidir (Çerçeve Karar Hakkında Komisyon Önerisi, md. 1). Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la traite des êtres humains du 21 décembre 2000, COM(2000) 854) (http://europa.eu.int/eurlex/fr/com/dat/2000/fr_500PC0854_01.html)'den aktaran: Traite des êtres humains en Suisse, s. 10.

¹³⁴⁵ İbid.

yorumdan hareketle, kanaatimizce, yaptırılan işin veya hizmetin belirli bir sözleşmeye dayanmasına da gerek yoktur. Buna göre bir çocuğun ya da 18 yaşından büyük bir kimsenin dilenmeye zorlanması halinde veya fuhşa zorlanan bir kadının durumunda zorla çalıştırmanın bulunduğuna karar verilebilecektir¹³⁴⁶. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokolde ve buna uygun olarak ulusal mevzuatlarda cinsel istismar ile zorla çalıştırma ve hizmet ettirme maksatları ayrı ayrı ele alınmasına karşın, İLO organları, kişinin zorlayıcı araçlarla cinsel istismarını da 29 sayılı Sözleşme'ye göre zorla çalıştırma kavramı altında değerlendirmektedir¹³⁴⁷.

Başta 29 sayılı İLO Sözleşmesi olmak üzere, bu konuyla ilgili uluslararası mevzuata bakıldığında, bazı uygulamaların “zorla çalıştırma” kavramı dışında bırakıldığı görülmektedir. 29 sayılı Sözleşmenin 2/2. ve AIHS'nin 4/3. maddesinde olduğu gibi zorla çalıştırma yasağının istisnaları olarak kabul edilen bu durumlara, yukarıda uluslararası düzenlemeler bölümünde yer verilmiş olduğundan burada bir kez daha tekrar edilmeyecektir. Mevzuatımızda da, buna benzer istisnalar düzenlenmiştir. Anayasanın zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddesinin ikinci fıkrasında; “*Şekil ve şartları kanunla 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 çalışmalarının*” zorla çalıştırma sayılmayacağı belirtilmiştir. Mevzuatımızda buna uygun olarak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 29 ve devamı maddelerinde hükümlülerin çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde, TCK'nın 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçu bakımından, “zorla çalıştırmak” veya “hizmet ettirmek” maksadından söz edebilmek için, gerçekleştirilmesi talep edilen işin veya hizmetin, mağdurun rıza

¹³⁴⁶ Yarg. 8. Ceza Dairesinin 15.06.2009 tarihli kararında, fiilin yöneldiği maksadın, özel kastı oluşturan saiklerden hangisi içerisinde değerlendirileceğine değinilmeksizin, her bir mağdurun hırsızlık yaptırmak amacıyla Bismil'den trene bindirerek İstanbul'a götürmek şeklinde gerçekleşen eylem, insan ticareti suçu olarak nitelendirilmiştir (E. 2008/19262, K. 2009/9026, T:15.06.2009, YGK., C. 35, Eylül 2009, S. 9, s. 1803). Kararda açıkça belirtilmese de, burada “hırsızlık yaptırmak”, ancak zorla çalıştırmak maksadı içinde değerlendirilebilecektir. Böylece, Yargıtayımızın da, yapılan işin yasal ya da yasadışı nitelikte olmasının, zorla çalıştırma sayılması bakımından önemli olmadığı yönündeki yorumu benimsediği kabul edilebilecektir.

¹³⁴⁷ Traite des êtres humains en Suisse, s. 7.

göstermediği ve yerine getirilmemesi halinde kendisi veya yakınları bakımından zararlı sonuçlar doğurabilecek nitelikte, ulusal ve uluslararası mevzuatta düzenlenen istisnalardan birini teşkil etmeyen bir faaliyet olması gerekecektir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu zarar, hayata veya vücut bütünlüğüne yönelik, sosyal koşullara ya da çalışma koşullarına ilişkin olabileceği gibi mali nitelikte de ortaya çıkabilecektir. Rızaya aykırılık konusunda ise, mağdurun içinde bulunduğu duruma ilişkin algısından ziyade, çalışmayı reddetme hakkının bulunup bulunmaması ya da işverenle arasındaki ilişkinin niteliği gibi nispeten objektif ölçütlerden hareket edilmesi yerinde olacaktır. Bunun yanında, mağdura yönelik olarak insan ticareti suçunda araç fiiller arasında sayılan tehdit, cebir, şiddet, baskı, çaresizlikten yararlanma gibi metotlara başvurulması halinde, zaten geçerli bir rızadan bahsedilemeyeceği açıktır. İLO makamlarının yukarıda yer verdiğimiz tespitlerine bakıldığında, bunların zorla çalıştırma bakımından da sıklıkla başvuru alan araçlar oldukları görülmektedir.

İnsan ticareti suçu kapsamında bu istismar biçimiyle ilgili, ulusal düzeyde farklı yaklaşımlara rastlanabilmektedir. Bazı ülkeler, 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesinde olduğu gibi, "zorlama" unsurunu, İLO'nun zorla çalıştırmaya ilişkin Sözleşmeleri'ndeki tanıma uygun biçimde, insan ticareti suçunun esaslı bir unsuru olarak yorumlarken; bazıları, Belçika ve Fransa'da olduğu gibi, "işgücü istismarı"nın temel özelliği olarak yaşam ve çalışma koşullarının kabul edilemez oluşuna vurgu yapmaktadır. Bunun yanında, zorlayıcı olmayan istismardan zorla çalıştırmaya, hatta en ağır biçim olan köleliğe kadar, farklı ağırlıkta ihlalleri tanımlama yoluna gidenlerin bulunduğu da belirtilmektedir¹³⁴⁸.

¹³⁴⁸ İLO Global Report 2009, s. 8. Moldova'da yürürlükte olan İnsan Ticaretini Önleme ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Yasasının 2. maddesinin 3.bendinde "istismar" kapsamında "a) kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidiyle veya diğer bir biçimde zorlama yoluyla kişinin çalışma koşullarıyla, ücretle, sağlık ve güvenlikle ilgili yasal düzenlemelerin ihlalini teşkil edecek biçimde çalışmaya veya hizmet etmeye zorlanması" ve "b) köleliğe, bazı köleliğe benzer uygulamalara veya hürriyetten yoksun kılmanın diğer biçimlerine başvurmak" gibi hallerin sayılmış olması, bu son yaklaşıma bir örnek olarak belirtilebilir.

c) Fuhuş yaptırmak maksadı

Hemen her toplumda ve kültürde varlık gösteren fuhuş oldukça eski bir olgudur¹³⁴⁹. Bununla birlikte, yaklaşık yarım asırlık bir zaman dilimi içerisinde bu alanda esaslı değişimler meydana gelmiştir. Yabancı uyruklu kadınların fuhşunun artması, fuhşun yalnızca kadınlara özgü bir faaliyet olarak algılanmaktan çıkarak erkeklerin de bu faaliyetin süjesi olabileceklerinin kabul edilmesi, başta internet olmak üzere iletişim araçlarının rolünün artması gibi gelişmeler, bu eski olgunun yeni görünümünden bazılarıdır¹³⁵⁰. Bu kapsamda dikkat çeken bir başka gelişme ise, özellikle son yıllarda bu faaliyetin organize suç örgütleri tarafından genellikle insan ticareti ile birlikte, ağır şiddet içeren uygulamalar eşliğinde gerçekleştirilmesidir¹³⁵¹. İnsan ticaretinin tarihsel gelişimi ile ilgili bölümde yaptığımız açıklamalar hatırlanırsa, fuhuş yaptırmak, özellikle kadın ve çocukların ticarete konu edilmesinde en başından beri önemli bir saik teşkil etmiş, hatta uzunca bir süre yalnızca bu maksada ağırlık verilerek, suç, başkalarının fuhşunun sömürülmesi amacıyla işlenen bir fiil olarak ele alınmıştır. Bugün de insan ticaretinin yöneldiği istismar biçimleri arasında “fuhuş” önemli bir yer tutmaktadır¹³⁵².

TCK'daki düzenlemenin de temelini oluşturan İnsan ticaretine ilişkin Ek Protokolün hazırlık çalışmaları sırasında, “başkasının fuhşunun istismar edilmesi veya cinsel istismarın başka biçimleri” konularının, yalnızca insan ticareti bağlamında birer sorun olarak ele alındığı açıkça belirtilmiş, bu kapsamda, ne “başkasının fuhşunun sömürülmesi” ne de “diğer cinsel sömürü biçimleri” kavramları tanımlanmıştır. Böylelikle, Devletlerin iç hukuklarında fuhuş sorununu ele alma biçimleri üzerinde hiçbir etkide bulunulmak istenmemiştir¹³⁵³. Aynı tutum, İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin AK Sözleşmesi'nde de benimsenmiş ve Açıklayıcı Rapor'da, Sözleşme'nin bu

¹³⁴⁹ MANCINI, Jean Gabriel, Prostitution et Proxénétisme, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, Paris, 1962, s. 9.

¹³⁵⁰ PORTES, Maïko-David, Prostitution et Politiques Européennes, Pour une approche anthropologique du droit, L'Harmattan, 2007, s. 66.

¹³⁵¹ İbid., s. 70-73.

¹³⁵² Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün hazırlık çalışmaları sırasında, *Ad hoc* Komite içerisinde, “fuhuşta kullanma”nın istismar biçimleri arasında, diğer maksatlardan ayrı olarak belirtilmesinin gerekip gerekmediğinin önemli tartışma konularında birini teşkil ettiği belirtilmiştir (GALLAGHER, s. 985).

¹³⁵³ Abolir l'eslavage et ..., s. 24; Report of the experts group on THB, s. 50-51.

konulara sadece insan ticareti çerçevesinde değindiği belirtilerek, bu kavramların tanımlanmasından kaçınılmıştır¹³⁵⁴. Esasında her iki belgenin kabul edilmesi sürecinde, en fazla tartışma yaratan konulardan biri bu olmuştur. Özellikle yetişkin kimselerin rıza ile gerçekleştirdikleri fuhuş konusunda, ulusal hukuk sistemlerinde; bu faaliyetin cezalandırılması, yasal zemine kavuşturulması, düzenlenmesi veya belirli sınırlar içerisinde müsamaha gösterilmesi gibi birbirinden çok farklı yaklaşımların benimsemiş olması karşısında, bu konuda bir tanım getirilmesi, uluslararası toplumun bu yaklaşımlardan birini kabul etmesi anlamına geleceğinden, bir uzlaşma zemininin oluşturulması mümkün olmamıştır. Nihayet, “insan ticareti” tanımının, fuhşa yönelik mevcut siyasi ya da hukuki yaklaşımlarla ilgili sorunlardan ayrılması gerektiği ve ulusal hukukta bu konuda hangi sistem kabul edilirse edilsin, ülkelerin söz konusu belgelere uyumu gerçekleştirmelerinin mümkün olduğu belirtilmiştir¹³⁵⁵. Bu durumda, gerek Ek Protokol, gerekse İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi, Devletlerden rıza hilafına fuhuş yaptırılması ve güç ya da diğer zor kullanma biçimlerine başvuru suçları üzerine odaklanmalarını istemekte ve diğer kişiler bundan bir kazanç elde etseler bile yetişkinlerin fuhşunun söz konusu olduğu bütün halleri bir ticaret biçimi olarak değerlendirmeleri yükümlülüğünü getirmemektedir¹³⁵⁶.

TCK'nın 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunda öngörülen “fuhuş yaptırmak” biçimindeki maksadın ne gibi faaliyetleri kapsadığının belirlenebilmesi için öncelikle “fuhuş”tan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. “Fuhuş” sözcüğünün kökeni, Arapçada “ahlaki sınırları aşma, taşkınlık, rezalet” anlamlarına gelen “*fuhş*” kelimesidir¹³⁵⁷. Fuhşun İngilizce ve Fransızca dillerindeki karşılığı olan “*prostitution*” ise, “göz önüne koymak, sergilemek” veya “kirletmek, alçaltmak” anlamlarına gelen Latince “*prostitua / prostitutus*” sözcüğünden türemiştir¹³⁵⁸. En eski

¹³⁵⁴ Açıklayıcı Rapor, par. 88.

¹³⁵⁵ Report of the experts group ..., s. 51.

¹³⁵⁶ Abolir l'esclavage ..., s. 24-25. Gerçi bu durum, yetişkinlerin fuhşunun sömürüldüğü bütün halleri insan ticareti olarak değerlendiren ve yasaklanması gerektiğini öngören 1950 tarihli New York Sözleşmesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim bu yaklaşımdan ötürü, söz konusu Sözleşmeyi onaylayan Devletlerin sayısı Köleliğe ilişkin diğer BM Sözleşmelerine ve insan ticaretine ilişkin belgelere nazaran çok daha azdır (İbid, s. 25, dpn. 115).

¹³⁵⁷ NİŞANYAN, Sevan, Sözlere Soyağacı, Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, 4. Baskı, Everest, 2009, s. 197.

¹³⁵⁸ Dictionnaire Hachette, Langue Française, HACHETTE, Paris, 1987, s. 897; SOMMER, E., Lexique Latin-Français à l'usage des classes élémentaires, Librairie Hachette, Paris, 1921, s. 348; Junior Classic Latin Dictionary, Latin-English and English-Latin, Revised and Enlarged by Antonio PROVOST, Follett

hukuki tariflerden biri, “kendisini, zevk için değil (*sine delictu*), para için (*pecunia accepta*) kendini açıkça herkese (*palam omnibus*) sunan kadın”¹³⁵⁹ biçiminde Roma hukukunda yer almaktadır. Bugün, kavram, “başkalarının cinsel arzularını gidermek için bedenini para karşılığı sunmak ve bunu meslek haline getirmek, bu mesleğin icrası ya da bunu ifade eden toplumsal olgu” olarak tanımlanmaktadır¹³⁶⁰. Sözlükte fuhuş, “içinde bulunulan toplumun kurallarına uymayan bir biçimde, her önüne gelenle ve genellikle de para karşılığında cinsel ilişkide bulunma eylemi” olarak tarif edilmektedir¹³⁶¹. Bu tanımların, fuhşun belirli yönlerini esas aldığı; ancak örneğin iki tarafın iradelerinin birleşmesi, düzenli olmayan bir biçimde, yani rasgele yapılabilmesi gibi özellikleri göz ardı ettiği¹³⁶² ve özellikle ikincisinin bir ahlaki bir yaklaşımı içerdiği görülmektedir¹³⁶³.

Avrupa ülkelerinin mevzuatlarında ve bunların yorumuna ilişkin yargı kararlarında fuhuş kavramıyla ilgili ayırıcı üç ölçüt üzerinde durulduğu görülmektedir: “cinsel temas”, “ücret” ve “faaliyetin tekrar edilmesi ya da sürekliliği”¹³⁶⁴. Kavramın özellikle “cinsel temas” unsuruyla tanımlanması; fuhşun cinsel ilişkiyle sınırlanmaması, cinsel nitelikteki dokunma, masaj ve diğer bedensel temasların dahil olduğu daha geniş

Publishing Company, Chicago, 1961, s. 94. Ayrıca bkz. VAN HAECHT A., La prostituée. Statut et image, Ed. Université de Liège, Bruxelles, 1975, p. 25’den aktaran: VELASTI, Laetitia, Une Investigation de parcours de vie de personnes prostituées, Travail de fin d’études en vue de l’obtention du grade de licencié en Criminologie, Année académique 2005-2006, Université de Liège; DEVROEY, Maud, Pour une gestion réaliste de la prostitution en Belgique, Bruylant, Bruxelles, 2005, s. 3.

¹³⁵⁹ MANCINI, s. 15.

¹³⁶⁰ Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire Alphabétique et Analogique de la Langue Française, Dictionnaires le Robert, Paris, 1994, s. 1806.

¹³⁶¹ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi: 12.01.2011).

¹³⁶² DEVROEY, s. 3-4.

¹³⁶³ Gerçekten de “fuhuş” sözcüğünün, ciddi bir ahlaki yargı içerdiğini ileri süren bazı yazarlar, bu kavramı tırnak içinde almayı ve bunun yanına, “cinsel hizmetler” ifadesini eklemeyi uygun bulmaktadır. Bunlara göre, “fahişe” olmak bir mesleği değil, belirli bir şekilde görülmeyi ifade etmektedir (PARENT, C. “De la honte aux revendications: La problématique de la vente des services sexuels”, Revue de droit pénal et de criminologie, No 9-10, 1994, s. 977).

¹³⁶⁴ DEVROEY, s. 5; Prostitution et proxénétisme en Europe, Ministère de l’intérieur et de l’aménagement du territoire, Direction des libertés publiques et des affaires juridiques (et) Direction centrale de la police judiciaire; étude conçue et réalisée par Anne Cazals, la Documentation française, Paris, 1995, s. 31. İtalyan Yargıtayının 11 Mayıs 1964 tarihli kararında fuhuş; “maddi çıkar amacıyla bir başkasının şehvetini gidermeye yönelik bir faaliyetin itiyat teşkil edecek şekilde gerçekleştirilmesi” olarak tanımlanmakta ve bunun cinsel ilişki dışındaki yollarla da yapılmasının mümkün olduğunun altı çizilmektedir. Fransa’da yasal mevzuatta fuhuş tarif edilmemekle birlikte, bugün yürürlükten kaldırılmış olan 5 Kasım 1947 tarihli bir Kararname’de, fuhşun unsurları olarak; rızayla, sürekli olarak ve bir ücret karşılığında yapılmasından ve bir başkasıyla cinsel temas içermesinden söz edilmiştir (İbid.).

bir hareket alanını kapsamayı sonucunu doğurmaktadır¹³⁶⁵. Bu bakımdan, yapılan hareketin bir başkasının cinsel arzularını gidermeye yönelik olması yeterlidir¹³⁶⁶. Buna karşılık, cinsel temas içermeyen basit teşhir hareketlerinin, cezalandırılabilir nitelikte olsa da, “fuhuş” tanımı içinde yer almadıkları kabul edilmektedir¹³⁶⁷. Cinsel temas karşılığında vaat edilen veya yapılan ödemenin “parasal” nitelikte olması zorunlu değildir. Bedava seyahat ya da barınma imkanı sunulması, bir ev ya da apartman dairesi tahsis edilmesi, iş imkanı sağlanması, fuhuş yapan kişinin masraflarının tamamının ya da bir kısmının karşılanması gibi, parayla ölçülebilen herhangi bir maddi menfaatin sağlanması da “ücret” veya “ödeme” sayılabilecektir¹³⁶⁸.

Mevzuatımızda fuhuşla ilgili bir tanımın yer aldığı tek düzenleme, 5/984 nolu ve 30 Mart 1961 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile yürürlüğe konulan “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”dür. Tüzüğün 15. maddesinde “genel kadın”, “Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlar” olarak tarif edilmiştir. Yargıtay kararlarında ise, bu tanımdan yola çıkılarak, fuhuşun; “bir kadının çıkar karşılığı veya alışkanlık halinde vücudunu başkalarının cinsel zevklerine teslim etmesi ve bu suretle birçok erkeklerle cinsel ilişkide bulunması eylemi” olarak tanımlandığı görülmektedir¹³⁶⁹. Buna göre, Yargıtayın fuhuş bakımından aradığı unsurlar; vücudun bir başkasının cinsel zevkine teslim edilmesi, bu faaliyetin menfaat karşılığında ve itiyat ya da alışkanlık halini alacak ölçüde birçok kez tekrar edilmesi ve cinsel ilişkide bulunmak olduğu belirtilebilir. Böylece, fuhuş kavramının “cinsel ilişki”yi içerecek

¹³⁶⁵ VÉRON, Michel, “De la prostitution et du proxénétisme”, Droit pénal, JurisClasseur, 14e Année, No. 5, Mai 2002, s. 5.

¹³⁶⁶ İbid. Fransa’da Thionville Asliye Ceza Mahkemesi’nin 8 Mart 1977 tarihli bir kararında, bir kadının ücret karşılığında bir başkası üzerinde istimna yapmış olması, fuhuş kapsamında değerlendirilmiştir. Bunun gibi, sözde “Tayland” veya “Kaliforniya masajı” sırasında gerçekleştirilen davranışlar da, aynı kavram içerisinde sayılmıştır (Tribunal de Grande Instance, Aix en Provence, 19 mai 1983’dan aktaran: Prostitution et Proxénétisme en Europe, s. 32).

¹³⁶⁷ İbid.

¹³⁶⁸ VÉRON, s. 5.

¹³⁶⁹ Yarg. 5. CD., E. 2001/5100, K. 2002/2721, T: 18.04.2002, YKD, C. 29, S. 8, Ağustos 2003, s. 1295. Bu tanımın Yargıtayın birçok kararında tekrarlanarak adeta yerleşik içtihadı haline geldiği belirtilmelidir. Bkz. Yarg. CGK., 26.2.1974, 5/456-129; Yarg. CGK., 5.3.1973, 5/504-202; Yarg. CGK., 26.02.1973, 5/429-173; Yarg. 5.CD., 30.03.1976, 1002/979 (aktaran: ÇAĞLAYAN, Muhtar, Gerekeçeli, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 713 vd.). Ayrıca bkz. Yarg. 5. C.D., E. 1978/1311, K. 1978/1268, T:11.4.1978 (www.kazanci.com) (Erişim tarihi: 12.11.2010).

şekilde dar yorumlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 6.4.1948 tarihli bir kararında, cinsel ilişkide bulunmadan, sırf oturak aleminde oynatmak için kadın tedarikinin, cinsi muameleyi müstelzim bulunan fuhuş için kadın tedarik etmek suçunun unsurlarını oluşturmadığına hükmetmiştir¹³⁷⁰. Ayrıca, Yargıtayın, fuhuş, “birden çok erkekle cinsi münasebette bulunma eylemi veya san’atı” olarak kabul etmesi veya “itiyadi surette” ya da “alışkanlık” teşkil edecek şekilde gerçekleştirilmesini araması nedeniyle, yalnızca bir kişinin sürekli olarak cinsel zevkinin ya da ihtiyaçlarının tatmini için maddi menfaat karşılığı bir kadının tedarik edilmesi veya teslim edilmesi halinde, “fuhuş yaptırma”nın söz konusu olmayacağına karar verilmesi gerekecektir. Nitekim Yargıtay, muhtelif kararlarında; bir kadının evlilik söz konusu olmaksızın, bir başka erkekle karı-koca hayatı yaşamasını sağlamak için tedarik edildiği hallerde, “başlık” veya başka isimler altında para alınmış olsa dahi, “fuhuş” maksadıyla hareket edildiğinden söz edilemeyeceğine karar vermiştir¹³⁷¹. Bu noktada, başka bir kimsenin cinsel arzularını gidermek ve sürekli olarak cinsel isteklerini karşılamak için bir kişinin teslim veya tedarik edilmiş olması halinin, bu kişinin içinde bulunduğu koşullar değerlendirilerek, aşağıda incelenecek olan “esarete tabi kılmak” maksadı içinde değerlendirilmesi düşünülebilecektir¹³⁷².

Yargıtay uygulamasından ve ilgili Tüzüğün 15. Maddesindeki tanımdan çıkarılabilecek bir diğer sonuç, kişinin, yalnızca kendi cinsel arzularının tatmini için bir başkasını kullanmasının da “fuhuş yaptırmak” kapsamında sayılamayacağıdır. Çünkü, fuhuş yaptırmak maksadıyla hareket eden kişi bakımından gerekli olan koşul, bir başkasının cinsel zevkini tatmine yönelmesi, diğer bir ifadeyle bir “aracı” sıfatını taşımasıdır¹³⁷³. Bununla birlikte, failin başkasının şehvi arzularını gidermek için kadın tedarik etmesinin yanında, ayrıca, örneğin bu faaliyete seyirci olarak iştirak etmek suretiyle kendi cinsel zevkini de gidermesi, yapılan faaliyetin fuhuş olarak tanımlanmasına bir engel teşkil etmeyecektir.

¹³⁷⁰ 4.CD., 6.4.1948, 3914/4103 (aktaran: ÇAĞLAYAN, s. 684).

¹³⁷¹ Yarg. CGK., 26.2.1974, E. 5/456, K. 129; Yarg. CGK., 5.3.1973, E. 5/504, K. 202; Yarg. CGK., 26.2.1973, E. 5/429, K. 173 (aktaran: GÖZÜBÜYÜK, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. III, s. 1020-1021).

¹³⁷² Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 216-217.

¹³⁷³ Aynı yönde bkz. DÖNMEZER, Genel Adap ..., s. 313.

TCK'nın 80. maddesinde, insan ticareti suçunda “fuhuş yaptırmak” şeklinde düzenlenen maksadı, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'deki tanıma uygun bir şekilde “başkasının fuhşunun sömürülmesi” ile birlikte düşünerek, mağdurun herhangi bir suretle “fuhuş” faaliyetini icra etmesinin sağlanması bunun üzerinden kazanç edilmesi yönündeki “saiki” içerecek şekilde yorumlamak gerekecektir. Manevi unsura ilişkin genel açıklamalarımız hatırlanacak olursa, failin bu saikle hareket etmesi yeterli olup, mağdura bizzat fuhuş yaptırması ya da bu faaliyetin getirisi olan menfaatten yararlanması gerekli değildir. Bu bakımdan, failin 80. maddede sayılan hareketleri, kişinin fuhşa sürükleneyeceğini ya da sevk edileceğini, onun fuhşa dahil edileceğini bilerek ve isteyerek yapması, bu yöndeki iradenin varlığı halinde, suç belirtilen maksatla işlenmiş sayılacaktır.

Cinsel temasın gerekliliği nedeniyle, cinsel içerikli gösteriler de fuhuş kavramı içerisinde değerlendirilemeyecek ve kişilerin bu performanslarda kullanılması, cinsel istismarın diğer biçimleri arasında kabul edilecektir. Pornografi içerikli fotoğraf ya da görüntülerin üretiminde kullanılan kişiler bakımından da aynı sonuca varılması gerekecektir.

d) Esarete tabi kılmak maksadı

TCK'nın 80. maddesinde, insan ticaretinin yöneldiği maksatlardan biri “esarete tabi kılmak” olarak öngörülmüştür. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün 3. maddesindeki tanımda “köleliğe, köleliğe benzer uygulamalara veya kulluğa tabi kılmak” şeklindeki istismar biçimlerine yer verildiği görülmektedir. İnsan ticareti suçunun 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesinde düzenlenen ilk şeklinde, Ek Protokoldeki metne mümkün olduğunca sadık kalmak adına, “esaret veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” ifadesi yer almaktaydı. Suçta kanunilik ilkesinin bir ihlalini teşkil eden bu düzenleme, 5237 sayılı TCK'nın 80. maddesine aynen aktarılmış, ancak 5560 sayılı ve 6.12.2006 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle “veya benzeri uygulamalar” metinden çıkarılmıştır.

Daha önce, uluslararası düzenlemeler ele alınırken belirttiğimiz üzere; Ek Protokolün resmi çevirisinde kullanılan terim, “esaret” ve “esarete benzer uygulamalar” olmasına karşın, burada asıl kastedilen “kölelik” ve “köleliğe benzer uygulamalar”dır.

Nitekim “kölelik” ve “köleliğe benzer uygulamalar”, hem ulusal hem de uluslararası mevzuatta karşılığı bulunan terimlerdir. “Esaret” ise kölelikten hareketle tanımlanan ve daha az başvurulan bir kavramdır. 80. maddedeki düzenlemede kölelik yerine “esaret” denilmesinin, Ek Protokol’ün resmi çevirisinin bir yansıması olduğu kanaatindeyiz. İki kavramın çoğu zaman birbiriyle eş anlamlı olarak kullanıldığı dikkate alındığında, bunlardan birinin tercih edilmesinin önemli bir farklılığa yol açmayacağı ileri sürülebilirse de, bizce mevcut düzenlemenin bir takım sonuçları olacaktır. Köleliğin, 1926 tarihli Sözleşme temel alınarak, “üzerinde mülkiyete bağlı yetkilerin kullanıldığı bir kişinin durumunu” ifade edecek şekilde tanımlanması, bu kapsamda sayılabilecek uygulamaları oldukça sınırlamaktadır. Oysa, “esaret” terimi bakımından, bu Sözleşmedeki tanımla bağlı kalmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Böylece, mevcut düzenlemeye göre, insan ticareti suçu kapsamında cezalandırılacak fiillerin alanı genişleyecektir. Bu alana hangi uygulamaların gireceğini tespit etmek için ise, “esaret” kavramının neyi ifade ettiği belirlenmelidir.

Esaret kelimesinin kökeni, “tutsak olma” anlamındaki Arapça “*isāra*” sözcüğüdür¹³⁷⁴. Sözlükte, “esaret”, “kölelik, tutsaklık, esirlik” ya da “boyunduruk” anlamlarına gelmektedir¹³⁷⁵. Buna göre, bir kimsenin “esarete tabi kılınması”, o kişinin, “bir başkasının buyruğu ya da hakimiyeti altına girerek, hareket özgürlüğünün yanında diğer hak ve özgürlüklerinin de ağır bir şekilde kısıtlanması veya ortadan kaldırılması” olarak anlaşılmalıdır¹³⁷⁶. Bunun yanında, “esareti”, kölelikten açık bir şekilde ayırmaya imkan veren bir tanımın bulunmadığı ve İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün 3. maddesindeki tanımın, TCK’daki düzenlemeye esas teşkil ettiği göz önüne alındığında, “esaret”, kişi özgürlüğünün ihlal edildiği ve insanlık onurunun hiçe sayıldığı daha yoğun halleri de içerecek şekilde “kölelik” kavramı ile birlikte düşünülmelidir. Buna bağlı olarak, “Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin 1956 tarihli Ek Sözleşme”nin 1. maddesinde, “köleliğe benzer koşullar” (*condition servile*) olarak adlandırılan ve yasaklanan uygulamalar, “esaret” kapsamına girecektir. Uluslararası düzenlemelerle ilgili bölümde, ilgili Sözleşme ele alınırken bu uygulamaların içeriğine yer verildiğinden, burada bir kez daha

¹³⁷⁴ NİŞANYAN, s. 170.

¹³⁷⁵ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi:05.01.2011).

¹³⁷⁶ ŞENER, s. 199-200.

tekrarlanmasına gerek görülmemiştir. Ancak bu noktada, “köleliğe benzer uygulamalar”ın, bireylerin ya da sosyal grupların diğerleri için çalışmaya zorlandığı pek çok hali içeren bir kavram olduğunun altı çizilmelidir. Bu nedenle, zorla çalıştırma durumları ile köleliğe benzer uygulamaların açıkça kesiştiği pek çok zemin bulunmaktadır. Örneğin bu uygulamalar arasında kabul edilen borç karşılığı köleleştirme, modern zorla çalıştırma hallerinin göze çarpan bir biçimidir¹³⁷⁷. Bizce köleliğe benzer uygulamaları, zorla çalıştırma durumlarından ayıran en önemli kıstas, “özgürlüğün kısıtlanması” halinin, “rızaaya aykırılık” ve “ceza tehdidi” unsurlarına göre daha fazla öne çıkması ve daha yoğun bir nitelikte olmasıdır.

Yukarıda manevi unsurla ilgili genel açıklamalar kapsamında belirttiğimiz üzere, yasadışı evlat edinme, gerek İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolü gerekse İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Sözleşmesinde yasadışı evlat edinme bir istismar biçimi olarak insan ticaretinin tanımında yer almamaktadır. TCK’nın 80. maddesindeki düzenleme de aynı doğrultudadır. Ancak, Ek Protokolün Ek Protokol’ün hazırlık çalışmaları sırasında kabul edilen yorum notlarında ve AK Sözleşmesi’ne Ek Açıklayıcı Rapor’da, yasadışı evlat edinmenin Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılması Hakkında Uluslararası Sözleşmenin 1.maddesinin (d) bendinde tanımlandığı şekilde “köleliğe benzer bir uygulama” teşkil ettiği hallerde, bu uygulamanın da Ek Protokolün kapsamında sayılacağı belirtilmiştir¹³⁷⁸. Bir çocuğun, ev içinde veya dışında çalıştırılarak sömürülmesi amacıyla, bir ücret karşılığında başka bir aileye teslim edilmesinin, çocuğun yaşamına ve çalıştırılmasına ilişkin diğer koşullarla birlikte değerlendirildiğinde, “esarete tabi kılmak” maksadı içerisinde sayılmasına bir engel bulunmadığından, bu tür bir yorumun, TCK’nın 80. maddesi bakımından da geçerli olabileceği kanaatindeyiz.

Kölelik veya benzeri uygulamalara yakın bir kavram olan “kulluk” (*servitude*), İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün 3. maddesinde istismar biçimleri arasında sayılmış, ancak Kanunumuza alınmamıştır. Ek Protokol’ün hazırlanması ile görevlendirilen *Ad Hoc* Komite tarafından kabul edilen ancak Protokolün nihai metninde yer verilmeyen tanıma göre; “bir başkası tarafından, bu kişiye veya başkalarına

¹³⁷⁷ ILO Global Report 2005, s. 8.

¹³⁷⁸ Interpretative notes, par. 66; Açıklayıcı Rapor, par. 94.

herhangi bir hizmette bulunmaya hukuka aykırı olarak zorlanan ya da mecbur bırakılan ve bu hizmeti yerine getirmekten başka makul bir seçeneği olmayan kimsenin durumunu ifade eden” kulluk, ev hizmetlerinde çalıştırılmayı ve borç karşılığı köleleştirmeyi içerir¹³⁷⁹. Bu tanıma ve sayılan örneklere bakıldığında; “kulluk” kavramının, “köleliğe benzer uygulamalar” ve “zorla çalıştırma” durumlarıyla örtüşen bir nitelik taşıyabileceği anlaşılmaktadır. Bundan başka, AİHS’nin 4. maddesinde öngörülen kulluk yasağını yorumlayan AİHM organları da bu kavramı tanımlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, kulluğu, “*bir kişinin gayrimenkulu üzerinde yaşamak ve çalışmak ve de bu kişiler için bedeli ödensin ya da ödenmesin belirli hizmetleri sunmak zorunda olmanın yanı sıra kendi koşullarını değiştirme imkanı bulunmamak*” olarak tanımlamıştır¹³⁸⁰. AK Sözleşmesi’ne Ek Açıklayıcı Rapor’da, bu tanımdan yola çıkılarak, kulluğun, kölelikten derece açısından değil nitelik açısından ayrıldığı ve köleliğin bir biçimi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. nitelik açısından ayrıldığı ve köleliğin bir biçimi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Mahkemeye göre, “özgürlüğün reddinin özel olarak ağır bir biçimi” olmasına¹³⁸¹ rağmen, kullukta, mülkiyet konu olma koşulu aranmamaktadır. Nitekim Siliadin / Fransa kararında, pasaportu alıkonularak haftanın yedi günü ağır çalışma ve yaşam koşulları altında, kendisine ücret ödenmeksizin çalıştırılan başvurucunun durumu, köleliğin mülkiyete dair özellikleri bulunmadığından bu kapsamda sayılmamış, ancak “kulluk” olarak nitelendirilmiştir. Böylece, Sözleşme’nin 4. maddesindeki yasağın, evlerde köleliğe varan koşullarda çalıştırılan kişilerin durumunu içerecek şekilde yorumlanmasına imkan veren bir içtihat oluşturulmuştur. Özellikle ev hizmetlilerinin istismarı bakımından, insan tacirlerini harekete geçiren birinci derecedeki saik “kazanç elde etmek” iken, buna genelde, bir başka insan üzerinde otorite kurmak ve ona hükmetmek duygusu eşlik etmektedir¹³⁸². Bu durum da 1926 tarihli Köleliğe Karşı Sözleşme’deki “kölelik” tanımına tam oturmasa da “kulluk” olarak ifade edilebilir. Bu bakımdan, Mahkemenin içtihadının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

¹³⁷⁹ Revised draft Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, UN Doc. A/AC.254/4/Add.3/Rev.7 (2000), art. 2 bis (c)’den aktaran: GALLAGHER, s. 988.

¹³⁸⁰ Başvuru no. 7906/77, D.R. 17, sayfa 59, ayrıca bkz. Van Droogenbroeck davası ile ilgili olarak 9 Temmuz 1980 tarih ve Seri B, Cilt 44 sayılı Komisyon Raporunun 78 ila 80. paragrafları (aktaran: İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi, Açıklayıcı Rapor, par. 95).

¹³⁸¹ 24 Haziran 1982 tarihli Van Droogenbroeck / Belçika Kararı, Başvuru no. 7906/77, par. 58.

¹³⁸² Unprotected Work, Invisible Exploitation, s. 45.

TCK'nın 80. maddesinde "kulluk", insan ticaretinin yöneldiği maksatlardan biri olarak öngörülmediğinden, fiil, bu kapsamda sayılan "ev hizmetlilerinin köleliğe varan koşullarda çalıştırılması" maksadıyla işlendiği takdirde ne şekilde hareket edileceğinin tespit edilmesi gereklidir. Ev hizmetlilerinin durumunda, istismarın gerçekleştirilmesi iki şekilde olabilmektedir: evde yaşayan işveren konumundaki kişinin, mağduru, yerine getirdiği hizmetlerden (ev işlerinin yapılması, çocuk bakımı veya pazarda ürün satmak ya da restoranda çalışmak gibi diğer faaliyetler) yararlanmak suretiyle istismar etmesi veya işverenin, mağdurun hizmetlerini bir başka aileye satması veya hizmetlinin, ailenin diğer üyelerine kiralanması¹³⁸³. İşverenin bu maksatla başvurduğu araçlar ise, genellikle, pasaport veya diğer kimlik belgelerine el konulması, fiziksel şiddet veya psikolojik şiddet (hakaret etmek, aşağılayıcı veya küçültücü muamelede bulunmak, suçluluk duygusuna neden olmak ve manipülasyon, vb.) uygulanması, mağdurun ya da ailesinin tehdit edilmesi, tecrit (mağdurun dış dünya veya ailesiyle bağlantı kurmasına engel olunması), özel hayatın ve özel alanın yok sayılması, tıbbi tedaviye erişimin engellenmesi, yeterli beslenmeden ve uzun çalışma saatlerine bağlı olarak uykudan yoksun bırakma olabilmektedir¹³⁸⁴. Bu özellikler göz önüne alındığında, bu kişilerin durumunun, esasında, zorla çalıştırmak ile köleliğe benzer uygulamalar arasında gidip gelen bir istismar türü olarak değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Diğer bir ifadeyle, AİHM'nin bu uygulamayı "kulluk" kapsamında sayan içtihadı bulunmasaydı dahi, somut olayın özellikleri çerçevesinde, zorla çalıştırma tanımına uyduğu ölçüde 29 sayılı İLO Sözleşmesi kapsamında sayılabilecek, ancak ev hizmetlisinin çalışma ve özellikle yaşam koşulları itibarıyla, bir "tutsaklık" ya da "köleleştirme"nin söz konusu olduğu hallerde, köleliğe benzer bir uygulamanın bulunduğu kabul edilerek, bu durum "esarete tabi kılma" olarak değerlendirilecektir¹³⁸⁵. Ayrıca, özellikle göçmenlerin, bu istismar biçimiyle yoğun bir şekilde karşılaştıkları göz önüne alındığında, ülkemizin de 2001 yılında taraf olduğu "Bütün Göçmen İşçilerin ve Onların Aile Mensuplarının Haklarının Korunmasına Dair" 18 Aralık 1990 tarihli Uluslararası Sözleşme'nin de uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir¹³⁸⁶. Bu Sözleşme'nin, özellikle, pasaportlara ya da diğer kimlik

¹³⁸³ İbid.

¹³⁸⁴ İbid., s. 22.

¹³⁸⁵ Bununla birlikte, Ek Protokol'ün hazırlık çalışmaları sırasında yapılan tanıma bağlı olarak, bu kişilerin durumunun, "kulluk" kapsamında sayılmasının ve aynı yöndeki AİHM içtihadının yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

belgelerine el konulmasını ya da buna teşebbüs edilmesini yasaklayan 21. maddesi; göçmen işçilerin, ücret, çalışma koşulları, asgari çalışma yaşı gibi konularda buldukları ülkenin vatandaşlarına göre daha olumsuz koşullara tabi tutulmasını ve çalışma ya da ikamet statüleri gibi nedenlerle haklarından yoksun kılınmalarını yasaklayan 25. ve 70. maddeleri, evlerde çocuk bakıcısı ya da hizmetçi olarak köleliğe varan koşullarda çalıştırılan göçmenler bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

e) Vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadı

Organların alınması maksadıyla insan ticareti suçunun işlenmesine neden olan en önemli etkenlerden biri, yasal olarak organ nakli yapılması için talebe cevap verebilecek yeterli arzın bulunmamasıdır. Böylece, organ ihtiyacının hukuka aykırı olarak karşılanması yoluna gidilmekte ve insan tacirleri de bundan kazanç elde etmenin peşine düşmektedir. Özellikle böbrek nakli konusundaki yetersizliğin, bu alandaki yasadışı faaliyeti önemli ölçüde etkilediği belirtilmektedir. Böbreklerin genellikle, gelişmiş ülkelerdeki alıcılara yönelik olarak az gelişmiş ülkelerde yaşayan vericilerden elde edilmesi söz konusudur¹³⁸⁷. Özellikle yoksullukla mücadele eden kesimler üzerinde organ satışına yönelik baskıyı artırmak suretiyle, bu iki uç arasındaki boşluktan yararlanarak, kendilerine yeni bir kazanç kapısı yaratan kesimlerin başında organize suç örgütleri yer almaktadır¹³⁸⁸. Organların verilmesinin sağlanması maksadıyla işlenen insan ticareti suçu, tacirlerin ve organ komisyoncularının geldikleri sektörler bakımından, suçun diğer maksatlarla işlendiği hallerden ayrılır. Bu istismar biçiminde, genelde doktorların, diğer sağlık personelinin, ambulans sürücülerinin ve morg çalışanlarının da suça dahil olmaları söz konusudur¹³⁸⁹.

¹³⁸⁶ Bunun dışında, bu şekildeki istismara çocuklar konu olduğunda, “en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği”nin, “çocukların borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması, zorla ya da mecburi olarak çalıştırılması, kölelik ve köleliğe benzer uygulamaların tüm biçimlerini” içerecek şekilde tanımlandığı 182 sayılı ve 17 Haziran 1996 tarihli “Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler İLO Sözleşmesi”nin de uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir.

¹³⁸⁷ Workshop: Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts, The Vienna Forum to Fight Human Trafficking, 13-15 February 2008, Austria Center Vienna, Background Paper, UN.GIFT, s. 2.

¹³⁸⁸ “Trafficking in organs in Europe”, Recommendation 1611(2003), Parliamentary Assembly, Council of Europe, Parlementerler Meclisi’nin 25 Haziran 2003 tarihli 21. Oturumunda kabul edilen Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta03/erec1611.htm#_ftn1_ftn1 (Erişim tarihi: 10.09.2010).

¹³⁸⁹ Workshop: Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts, s. 2.

TCK'nın 80. maddesinde insan ticareti suçunun yöneldiği maksatlardan biri, vücut organlarının verilmesini sağlamak olarak öngörülmüştür. Vücut organı, canlı bir insan vücudunun belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü, uzuv anlamına gelmektedir¹³⁹⁰. Vücut organı, yapı ve işlev bakımından birbirine benzeyen dokuların bir araya gelmesinden oluşur¹³⁹¹. Doku, bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünüdür¹³⁹². Tıbbi açıdan doku olarak kabul edilen yapılardan bazıları; ilik, kıkırdak, sinir, kırılgar dokular, kas dokusu, iç salgı dokuları ve duyu dokularıdır¹³⁹³. “Transplantasyon” olarak da adlandırılan organ nakli, bir kimsenin işlevini yitirmiş bir organının çıkarılarak, yerine, sağlam bir organın konulması, aktarımıdır¹³⁹⁴. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4/ b) maddesinde, organ ve doku nakli; “*terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ ve doku nakli ameliyesi*” olarak tanımlanmıştır¹³⁹⁵. 2238 sayılı Kanunda, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaklanmıştır (md. 8). Tıbbi yönden, nakle konu olabilecek organların, böbrek, akciğer, pankreas, karaciğer, kalp ve ince bağırsak olduğu kabul edilmektedir¹³⁹⁶.

2238 sayılı Kanunda, organın yanında, “doku” da nakil konusu olarak yer almaktadır. Aynı şekilde, TCK'nın 91. maddesi kapsamında, organlardan başka, dokuların nakli de suç olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 80. maddesinde ise, istismar biçimleri arasında vücut organlarının verilmesinin sağlanması belirtilerek, “doku”dan bahsedilmemiştir. Bu nedenle, doku kavramına dahil olan anatomik unsurlardan herhangi birinin elde edilmesi maksadıyla, 80. maddede sayılan hareketlerin yapılması insan ticareti suçunu oluşturmayacaktır¹³⁹⁷. Ancak bu kişinin TCK madde 91'e göre;

¹³⁹⁰ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi:16.11.2010).

¹³⁹¹ AYDIN, s. 14.

¹³⁹² www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi:16.11.2010).

¹³⁹³ AKINCI, AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku Nakli) Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996, s. 10-11.

¹³⁹⁴ AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008, s. 16.

¹³⁹⁵ 01.06.2000 tarihli ve 24066 sayılı R.G.

¹³⁹⁶ LE BOULENGE Christelle, Organes à vendre: histoire d'un trafic, Mémoire de licence, Année académique 2003-2004, Université de Liège, Faculté de droit, Ecole de criminologie Jean Constant, s. 6.

¹³⁹⁷ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 219.

koşulları uyduğu takdirde, organ veya doku satılmasına aracılık etmek nedeniyle cezalandırılması mümkün olacaktır.

2238 sayılı Kanun, 1. maddesinde, organ ve doku naklinin, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla yapılabileceği ifade edilmektedir. “İnsan vücudunun veya parçalarının mali çıkar elde etmek için kullanılmasının kabul edilemezliği ilkesi, 4.4.1997 tarihli “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nin 21. maddesinde açıkça belirlenmiştir. Bu ilke daha sonra aynı Sözleşme’nin, “İnsan Kaynaklı Organların ve Dokuların Nakli ile İlgili Protokolü”nde yeniden teyit edilmiş olup, söz konusu Protokol Ocak 2002’de imzaya açılmıştır¹³⁹⁸. Protokolün 22. maddesi organ ve doku ticaretini açıkça yasaklamıştır. İnsan ticareti suçunda da, fiil, kişilerin bu ticaretin konusu haline getirilerek istismar edilmesine yöneldiğinden, maksat yönünden bu yasağa aykırılık söz konusudur.

İ. Suça tesir eden sebepler

TCK’nın 80. maddesinde, fiilin temel şekline ek olarak, suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını sonuçlayan, diğer bir ifadeyle cezanın artırılması veya eksiltilmesini gerektiren herhangi bir hale yer verilmemiştir. Oysa, özellikle faile, mağdura ya da fiilin işleniş şekline ilişkin bir takım etkenlerin ya da özelliklerin, suçun işlenmesinde kolaylık sağlaması, suçun etkilerinin daha ağır bir şekilde ortaya çıkmasına neden olması mümkündür. Bu tür özellikler söz konusu olduğunda, fiilin ağırlığı ile yaptırım arasındaki orantıyı gözetmek bakımından daha ağır cezalara yer vermek gerekecektir. Bu nedenle, madde hükmünün özellikle bir takım ağırlaştırıcı nedenlerle tamamlanmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bununla birlikte, aşağıda değineceğimiz üzere, suçun basit hali için oldukça ağır bir yaptırım öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, 80. maddede suçun basit hali için öngörülen yaptırım yeniden gözden geçirilerek, özellikle hapis cezasının alt ve üst seviyeleri azaltılmaksızın, cezayı daha da ağırlaştıran bir nedene yer verilmesi çok ağır ve sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

¹³⁹⁸ 5013 sayılı Kanunla kabul edilen Sözleşme ve Eki Protokol, 9.12. 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Suçun işlenme biçimleri ve yabancı ülkelerin mevzuatlarındaki örnekler değerlendirildiğinde, insan ticareti suçunda öngörülebilecek ağırlaştırıcı nedenlere ilişkin ihtimalleri faile, mağdura ve fiile ilişkin olmak üzere üç grup halinde belirtmek mümkündür.

Faile ilişkin ağırlaştırıcı nedenler, failin vasfından kaynaklanabilir. Örneğin failin, mağdurun anne veya babası, velisi, vasisi, kardeşi, eşi veya mağdur üzerinde denetim yetkisine veya nüfuza sahip bir kimse olması suçun işlenmesinde kolaylık sağlayabilmektedir. Bunun yanında, suçun krimonojik özelliklerine ilişkin açıklamalarımız hatırlanırsa, yolsuzluk faaliyetleri ve insan ticareti arasında yakın bir ilişki söz konusudur. Bu kapsamda, suçun, bir kamu görevlisi tarafından işlenmesine de ağırlaştırıcı nedenler arasında yer verilmesi, her iki konuyla mücadele açısından yarar sağlayacaktır. Bununla birlikte, TCK'nın 266. maddesinde yer alan, *“görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır”* şeklindeki hükmün 80. madde bakımından da uygulanabileceği belirtilmelidir. Ancak, kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçleri kullanmaksızın, yalnızca görevden kaynaklanan nüfuzunu kötüye kullanması söz konusu olabileceğinden, 266. maddenin yeterli olmadığı açıktır.

Mağdura ilişkin ağırlaştırıcı nedenler arasında, suçun, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumdaki bir kişiye¹³⁹⁹, hamile bir kadına karşı işlenmesi, iki veya daha fazla kişiye karşı işlenmesi gibi hallere yer verilebildiği görülmektedir. Bunun yanında mağdurun çocuk olması da bir ağırlaştırıcı neden olarak bazı ülke kanunlarında öngörülmektedir¹⁴⁰⁰. Kanunumuzda, 18 yaşından küçüklere karşı, suçun araç fiillere başvurulmaksızın da işlenebileceği öngörüldüğünden,

¹³⁹⁹ AB Konseyi Çerçeve Kararı'nda, bu durumun, suçun “özel olarak savunmasız bir kişiye karşı işlenmesi” şeklinde, ağırlaştırıcı nedenler arasında belirtilmesi gerektiği öngörülmüştür (3. md., 2. par. (b) bendi). Burada, bir mağdurun “özel olarak savunmasız” olmasının, asgari olarak, cinsel özgürlüğü hakkında karar verebilmesi için yasada öngörülmüş olan yaşa erişmemiş olduğu halde, başkasının fuhşunun istismarı ya da pronografi de dahil olmak üzere cinsel istismarın diğer biçimlerinin gerçekleştirilmesi maksatlarıyla suça konu olan kişinin durumunu içereceği belirtilmiştir.

¹⁴⁰⁰ Bulgar Ceza Kanunu, md. 159a ve Rusya Federasyonu Ceza Kanunu, madde 127-1, fıkra 2 bu kanunlara örnektir.

mağdurun çocuk olması yönünde bir ağırlaştırıcı hale yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik olmadığı belirtilebilir. Bununla birlikte, TCK'nın 80. maddesinde, Romanya Ceza Kanunu'nun 205. maddesinde olduğu gibi, 15 yaşından küçük mağdurlar bakımından bir ayırma gidilerek, bu yaş grubundaki çocuklara karşı suçun işlenmesinin, mağdura ilişkin bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmesi önerilebilir.

Bundan başka, fiile ilişkin farklı ağırlaştırıcı nedenler arasında pek çok ihtimalden söz etmek mümkündür. Bunların başında , suçun örgütlü bir suç grubunun faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gelir. Nitekim suçun kriminolojik özelliklerinden bahsederken belirttiğimiz üzere örgütlü suçluluğun önemli faaliyet alanlarından birini insan ticareti oluşturmakta ve bu yolla örgüte, özellikle başka suçların işlenmesi bakımından önemli bir gelir kaynağı sağlanmaktadır. Üstelik insan ticareti suçunun karmaşık yapısı ve genellikle birden fazla ülkeyi içermesi gibi özellikleri göz önüne alındığında; örgütün sahip olduğu araç ve gereçler kullanılarak, bir organizasyon içerisinde, korkutuculuk vasfından, sindirme gücünden ve yolsuzluk faaliyetleriyle bağlantısından yararlanılarak daha kolay işlenebileceği açıktır¹⁴⁰¹. Suçun örgütlü bir suç grubunun faaliyeti çerçevesinde işlenmesi 765 sayılı TCK'nın 201/b maddesinin son fıkrasında, cezayı ağırlaştırıcı bir neden sayılmış ve bu halde verilecek cezaların bir kat artırılarak hükmolunacağı öngörülmüştü. 5237 sayılı TCK'da böyle bir ağırlaştırıcı neden yer almadığından, insan ticareti suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, TCK'nın 80. maddesinin yanında ayrıca 220. maddede öngörülen “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” fiili nedeniyle de cezalandırma yoluna gidilmesi, diğer bir ifadeyle iki madde arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekecektir¹⁴⁰².

¹⁴⁰¹ AB Konseyi'nin 2002 tarihli Çerçeve Kararı'nda (md. 3, par. 2) insan ticareti suçunun, “bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” haline ağırlaştırıcı neden olarak yer verilmesi gerektiği ve bu koşullarda işlenen suç için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırının 8 yıldan az olmaması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca İnsan Ticaretine İlişkin BM Ek Protokolünün 5. maddesine göre; bu suçun örgütlü olarak işlenmesi halinde cezalandırılacağını Taraf Devletler taahhüt etmişlerdir. Mevcut düzenlemeye baktığımızda Türkiye'nin bu yükümlülüğünü 220. maddedeki “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçuna ilişkin düzenleme kapsamında, bu yükümlülüğünü kısmen yerine getirdiği belirtilebilir.

¹⁴⁰² Bununla birlikte, 220/4. maddede yer alan hüküm karşısında, TCK madde 80'de bu ağırlaştırıcı nedene yer verilmesi halinde, hükmün mevcut haline göre farklı bir uygulamanın geliştirilmeyeceğini düşünmekteyiz. Bunun nedeni, göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. maddede, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin ağırlaştırıcı bir neden olarak öngörülmüş olmasına karşılık, “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçuna ilişkin 220. maddenin 4. fıkrasında yer alan, “*Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur*” şeklindeki hüküm

İnsan ticareti suçunun maddi unsuru içerisinde yer alan araç fiiller, suçun “*modus operandi*”sini ifade ettiklerinden, “fiilin işlenme şekli” ile ilgili ihtimallerin çoğu, bu kapsamda suçun temel şekli içerisinde sayılarak cezalandırılmaktadır. Örneğin, suçun silahla işlenmesi, uyuşturucu veya ilaç kullanılması suretiyle işlenmesi gibi haller, mevcut düzenlemede; “cebir, şiddet veya tehdit uygulanması” kapsamında, araç fiiller içerisinde değerlendirilebilecektir. Yine failin, mağdurla arasındaki bağımlılık ilişkisinden yararlanarak suçu işlemesi halinin¹⁴⁰³ “kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarının elde etmek”, biçimindeki araç fiiller içerisinde sayılması mümkündür. Bunların dışında bazı haller, yine fiilin işlenme biçimiyle ilgili oldukları halde, bunları araç fiiller içerisinde değerlendirme imkanı bulunmamaktadır. Örneğin, pek çok ülkenin yasalarında yer alan, fiilin, “mağdurun hayatı veya sağlığı bakımından tehlike içerecek veya ağır bir zarara neden olacak şekilde işlenmesi”¹⁴⁰⁴ biçimindeki ağırlaştırıcı neden, “cebir ve şiddet uygulanması” kapsamında karşılanamamasının yanısıra, burada artık mağdur bakımından daha ağır bir takım neticelerin doğması söz konusu olmaktadır. Suçun “işkence suretiyle veya zalimane hareketlerle işlenmesi”¹⁴⁰⁵ halinde de, artık cebir ve şiddetin sınırları aşılmakta ve fiil neticesinde, daha ağır bir netice meydana gelmektedir. Bu hallerde, mevcut düzenlemeye göre, insan ticaretinin yanında başka bir takım suçların da oluşması ihtimalinin değerlendirilmesi gerekeceğinden, meselenin aşağıda içtima bahsi altında ele alınması yerinde olacaktır. Bu noktada, TCK’nın göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen hükmünün 27.02.2010 tarihli ve 6008 sayılı Yasayla

nedeniyle, her iki suç bakımından yargılama yaparak gerçek içtima kurallarını uygulama yoluna gitmesidir. (Yarg. 8. CD., E. 2008/12560, K. 2009/2405) (Yayınlanmamıştır). Göçmen kaçakçılığı suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak, 79. maddenin son fıkrasında böyle bir halin öngörülmesi, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu” ile “göçmen kaçakçılığı” suçu arasında bir bileşik suç ilişkisi doğduğundan ve TCK’nın 42. maddesinin açık hükmü karşısında bu suçlar arasında gerçek içtima kurallarının uygulanması mümkün olmadığından, Yargıtayın bu uygulamasını yerinde bulmamaktayız. 220/4. maddedeki hükmün, ancak böyle bir ağırlaştırıcı nedene yer verilmeyen suçlar bakımından uygulanacağı kabul edilmelidir. Aksi düşünce, bir suçun hem örgüt faaliyetiyle işlenmesinden dolayı cezanın ağırlaştırılmasına, hem de ayrıca 220. maddeye ceza verilmesine neden olacak ve bu durum, yalnızca 42. maddedeki hükme aykırı olmakla kalmayacak, aynı zamanda çok ağır cezalara hükmedilmesine yol açacaktır. Sonuç olarak, bu görüşümüz doğrultusunda, aynı ağırlaştırıcı nedene insan ticareti suçunda yer verilmesi halinde, 220. madde ile 80. maddeden dolayı ayrı ayrı verilen cezaların birleştirilmesi yönünde bir uygulamanın yapılması yerinde olmayacaktır.

¹⁴⁰³ Ukrayna Ceza Kanunu’nun 149/2. maddesinde bu duruma bir ağırlaştırıcı neden olarak yer verilmiştir.

¹⁴⁰⁴ Rusya Federasyonu Ceza Kanunu (md. 127-1) ve Avusturya Ceza Kanunu (md. 140a) bu yönde düzenleme içeren yasalara örnek olarak belirtilebilir. Bu duruma bir ağırlaştırıcı neden olarak yer verilmesi, AB Konseyi Çerçeve Kararı’nın 3. maddesinde de öngörülmüştür (par. 2, (c) bendi).

¹⁴⁰⁵ Azerbaycan Ceza Kanunu’nda (md. 144-1) ve FCK’da (md. 225-4) insan ticareti suçu bakımından bu ağırlaştırıcı nedene yer verilmiştir.

değiştirilerek, 79. maddeye “suçun, mağdurların; a) hayatı bakımından bir tehlike oluşturmaması, b) onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar artırılacağı” biçiminde bir 2. fıkranın eklendiği belirtilmelidir. Buna benzer bir değişikliğin insan ticareti suçu bakımından getirilmemesinin nedeni anlaşılamamaktadır.

J. İçtima ve İştirak

1. İçtima

a) Genel Olarak

Suçun maddi unsuruna araç fiillerin dahil olması, çoğunlukla birden fazla mağdurun suça konu olması ve fiilin yöneldiği maksatların gerçekleşmesinin bir takım suçların oluşumuna vücut verebilmesi gibi özellikleri nedeniyle, insan ticareti suçunun işlenmesinde içtimaya ilişkin pek çok farklı ihtimal ortaya çıkabilmektedir. Bu ihtimaller, işlenen bir fiilin birden fazla ceza kuralının ihlaline sebep olması, birden fazla fiilin bir ihlale sebep olması ve birden fazla fiil ile birden fazla ceza kuralının ihlal edilmiş olması biçiminde ortaya çıkabilmektedir¹⁴⁰⁶. İlk iki durumda “suçların birleşmesi” söz konusu olurken, üçüncü hal, işlenen birden fazla suça ait “cezaların birleşmesi”ni ifade etmektedir¹⁴⁰⁷. Bu nedenle, içtima konusunun bu iki alt başlığa ayrılarak incelenmesi uygun olacaktır.

b) Suçların Birleşmesi

Suçun maddi unsuruna ilişkin genel özelliklerden bahsederken, TCK’nın 80. maddesinde sayılan araç fiiller ve asıl hareketlerin seçimlik olarak öngörüldüğünü belirtmiştik. Dolayısıyla, örneğin maddede belirtilen maksatlarla ve kandırılarak ülkeye sokulan mağdur, yine aynı maksatlarla, ancak cebir ve tehdit uygulanmak suretiyle barındırılırsa, birden fazla hareket söz konusu olmasına karşın, tek bir insan ticareti suçu işlenmiş sayılacaktır. Bu durum, suçun maddi unsurunun seçimlik hareketlerden oluşmasının bir sonucudur¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁶ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 373; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 484; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 501.

¹⁴⁰⁷ DÖNMEZER-ERMAN, C. II, s. 373-374.

¹⁴⁰⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 116; YENİDÜNYA, s. 228.

TCK'nın 80. maddesiyle ilgili olarak, suçların birleşmesi kapsamında bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima hallerine yer verilecektir.

(1) *Bileşik Suç*

Yukarıda insan ticareti suçunun işlenmesinde kullanılan araç fiilleri ele alırken belirttiğimiz üzere, bunlardan bazıları TCK'da başka suçları düzenleyen normları ihlal edebilecek niteliktedir. TCK madde 80'de sayılan tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, “nüfuzu kötüye kullanmak” veya “kişi üzerindeki denetim olanağından yararlanarak rızasını elde etmek” bakımından durum böyledir. Asıl hareketler arasında sayılan “kaçırmak” söz konusu olduğunda da aynı durum ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde, bir suç tipi, diğer bir suçun unsurunu oluşturduğu takdirde, bileşik (mürekkep) suçun bulunduğu kabul edilir ve diğer suçun içinde “unsur” olarak yer alan suç tipi bağımsızlığını kaybeder¹⁴⁰⁹. TCK'nın 42. maddesinde bileşik suç; “*biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*” olarak tanımlanmış ve bu tür suçlarda içtima hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Burada “içtima” ile kastedilen, kuşkusuz cezaların içtimadır¹⁴¹⁰. Öğretide bu durumun, “tüketen norm-tüketilen norm ilişkisi”¹⁴¹¹ ya da “bir suçun diğerinin içinde erimesi”¹⁴¹² olarak da ifade edildiği görülmektedir.

TCK'nın 108. maddesine göre, “*bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması*” suç teşkil etmekte ve bu halde kasten yaralama suçundan verilecek cezanın üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunacağı belirtilmektedir. Ceza yönünden, kasten yaralama suçun gönderme yapılmış olması, bu normun, ancak şiddeti de içerecek şekilde “maddi cebir” teşkil eden fiillerle ihlal edilebileceğini göstermektedir. Buna göre, insan ticareti suçunun işlenmesinde, araç fiillerden “cebir, şiddet veya baskı” uygulanması halleri aynı zamanda TCK'nın 108. maddesindeki suçu oluşturacaktır. Fakat, bu araç fiiller, kanunun açık hükmü gereği insan ticareti suçunun maddi unsuru içerisinde değerlendirildiklerinden, artık TCK'nın 108. maddesinde düzenlenen cebir suçu

¹⁴⁰⁹ ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482; DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 406; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 487.

¹⁴¹⁰ Bkz. TCK madde 42'nin gerekçesi.

¹⁴¹¹ ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 482; DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 487.

¹⁴¹² DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 406-407.

uygulanma olanağına sahip olmayacaktır. Çünkü bu suç, 80. madde içerisinde ayrı bir suç olarak varlığını kaybetmekte ve failin yalnızca insan ticareti suçu nedeniyle cezalandırılması gerekmektedir. Ancak, mağdura uygulanan cebir ve şiddet, bu hükmün sınırlarını aşarak kasten yaralama düzeyine ulaşmışsa, artık bileşik suçun varlığından söz edilemeyecektir. Bu halde insan ticareti suçunun yanında, ayrıca TCK madde 86'ya göre kasten yaralama suçundan da ceza verilmesi gerekir¹⁴¹³.

Maddi cebirin dışında kalan “tehdit” bakımından da aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir. Tehdit, TCK'nın 106. maddesinde ayrı bir suç olarak öngörülmesine karşın, insan ticareti suçunun işlenmesi sırasında, asıl fiillerin gerçekleştirilmesi amacıyla mağdurun tehdit edilmesi halinde, failin bu suçtan dolayı ayrıca cezalandırılması imkanı kalmayacaktır. “Baskı”nın da, “manevi cebir” biçiminde ortaya çıkması mümkün olduğundan, tehdit ile birlikte değerlendirilebildiği hallerde, 80. maddedeki suçun “baskı” uygulanmak suretiyle işlenmesi halinde de, aynı şekilde hareket etmek gerekecektir.

Bunun dışında, “nüfuzu kötüye kullanmak” veya “kişi üzerindeki denetim olanağından yararlanarak rızasını elde etmek” suretiyle insan ticareti suçunun işlenmesi bakımından TCK'nın 232/2. maddesinde düzenlenen suç ile TCK'nın 80. maddesi arasında da bileşik suç ilişkisi ortaya çıkabilecektir¹⁴¹⁴. “Kötü muamele” başlıklı 232/2. maddede; “*İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanmak*” cezalandırılmıştır. Bu durumda 18 yaşından büyük olmak koşuluyla¹⁴¹⁵ çocuğa yönelik olarak babanın, öğrencisine yönelik olarak öğretmenin, işçiye yönelik olarak işverenin, çırağa yönelik olarak ustanın bu araç fiillere başvurmak suretiyle insan ticareti suçunu işlemesi halinde, fiill, 232. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suç tipini de bünyesine alacağından, fail

¹⁴¹³ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 73; DEĞİRMENCİ, s. 90; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 115.

¹⁴¹⁴ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 73. KOCASAKAL, bu ilişkiyi 765 sayılı TCK'da düzenlenen 201/b maddesindeki insan ticareti suçu ile aynı Kanununun 477 ve 478. maddeleri arasında kurmuştur. Bu tespitin, söz konusu hükümlerin 5237 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan 232/2. madde bakımından da geçerli olacağını düşünmekteyiz.

¹⁴¹⁵ Bu koşula yer vermemizin nedeni, TCK madde 80/3 uyarınca, 18 yaşından küçük mağdura karşı işlenen insan ticareti suçunun maddi unsurunun “araç fiilleri” içermesinin zorunlu olmamasıdır.

ayrıca bu hükmün ihlalinin dolayısı sorumlu olmayacak, yalnızca 80. maddeye göre cezalandırılacaktır.

80. maddede, suç oluşturulan hareketler arasında belirtilen “kaçırmak”, TCK’nın 109. maddesine göre, “bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak” suretiyle, kişiyi “hürriyetinden yoksun kılma” suçunu oluşturur. İnsan ticareti suçu “kaçırmak” biçimindeki hareketle işlendiğinde ise, artık 109. maddede düzenlenen suç bağımsızlığını kaybedecek ve bileşik suç kuralı gereğince, faile yalnızca daha ağır neticeyi kapsayan “insan ticareti suçu”ndan dolayı ceza verilecektir¹⁴¹⁶.

(2) Zincirleme Suç

Birden fazla netice meydana gelmesine rağmen, faile tek bir ceza verilmesinin kabul edildiği hallerden biri de “zincirleme” (müteselsil) suçtur¹⁴¹⁷. TCK’nın 43/1. maddesinde, zincirleme suç şu şekilde tarif edilmektedir: “(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir. Ancak, bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır (...). (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır”¹⁴¹⁸. Böylece, her biri, kanunun aynı normunu ihlal etmek suretiyle başlı başına suç oluşturan fiiller, “bir suç işleme kararı” ile birbirine bağlanarak tek bir suç sayılmaktadır.

Buna göre, bir suç işleme kararıyla, aynı mağdura karşı değişik zamanlarda insan ticareti suçunun işlenmesi halinde, 80. maddede öngörülen suçun cezası TCK md. 43/1 uyarınca artırılarak, faile tek bir suçtan dolayı ceza verilecektir. Bir kimsenin, farklı zamanlarda, farklı yerlerde hizmetçilik yaptırılması maksadıyla araç fiillerle birden fazla kez sevk edilmesi ya da barındırılması halinde durum böyledir¹⁴¹⁹. Buna karşılık, failde bir suç işleme kararı bulunsa da, birden fazla kişinin değişik zamanlarda insan ticareti

¹⁴¹⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 115; YENİDÜNYA, s. 226; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 73; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 414.

¹⁴¹⁷ DÖNMEZER-ERMAN, C. I, s. 391.

¹⁴¹⁸ Öğretide bir takım yazarlar, zincirleme suçtan yalnızca 43/1. maddeyi anlamakta, 43. maddenin ikinci fıkrasındaki hükmü, “aynı neviden fikri içtima” olarak kabul etmektedirler. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 455 vd.; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 691 vd.; ÖZGENÇ, s. 572 vd.

¹⁴¹⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 116.

suçuna konu edilmesi halinde, mağdur sayısı kadar suç oluşacaktır¹⁴²⁰. İnsan ticareti suçunda, zincirleme suç bakımından özellikle üzerinde durulması gereken husus, 43. maddenin 2. fıkrasının hangi hallerde uygulanabileceğidir. Örneğin gazeteye verdiği gerçeğe aykırı iş ilanı ile birden fazla mağduru kandırarak fuhuş yaptırmak maksadıyla tedarik eden failin, suçu birden fazla kişiye karşı “tek fiil” ile işlediğinden bahsedilebilecek midir? Bu konuda, insan suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin bütün mağdurlar yönünden “tek” olması aranmalıdır. Bu örnekte, “kandırmak” yönünden bu “teklik” bulunsa da, ilana cevap veren mağdurlarla bağlantı kurulması ve tacire ya da onları istismar edecek kişiye yönlendirilmelerini içeren “tedarik etmek” hareketi, her bir mağdur bakımından ayrı ayrı gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle, böyle bir durumda, zincirleme suçun varlığından söz edilemeyecek, her bir mağdur açısından ayrı bir insan ticareti suçunun oluştuğu kabul edilecektir. Ancak, failin birden fazla kişiyi, örneğin zorla çalıştırmak maksadıyla, cebir ve tehdit uygulamak suretiyle aynı ulaşım aracına bindirerek kaçırmaya ya da barındırması halinde, tek bir insan ticareti suçundan dolayı, TCK’nın 43/2. maddesine göre artırılmış bir cezaya hükmedilecektir¹⁴²¹. 43/2. maddenin uygulanabilmesi için, fiilin tek olması koşulu, seçimlik olarak öngörülmüş olan asıl hareketlerden birinin bütün mağdurlar yönünden de tek olmasını gerektirirken, araç fiiller bakımından aynı hususun geçerli olmadığını düşünmekteyiz. Nitekim, araç fiiller, maddi unsurun bir parçasını teşkil etseler de, suç mağduru, “ülkeye sokmak, ülke dışına çıkarmak, tedarik etmek, bir yerden başka bir yere götürmek, sevketmek, kaçırmak veya barındırmak” suretiyle işlenmekte, araç fiiller ise bunu sağlamaya yönelik metotları ifade etmektedir. Bu bakımdan, fuhuş yaptırmak amacıyla aynı gemiyle ülkeye sokulan birden fazla mağduru, bir kısmının kandırmak, bir kısmının ise çaresizliğinden yararlanmak suretiyle ticarete konu edilmiş olması halinde de, zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.

43/3. maddede, kasten yaralama ve kasten öldürme suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağına öngörülmesi karşısında, bir görüşe göre, mağduru birden fazla organ vermeye zorlanması halinde bu sebeple zincirleme suçtan söz edilemeyecektir¹⁴²². Bu düşünce yanlış olmamakla beraber, bizce burada sözü

¹⁴²⁰ İbid.; YENİDÜNYA, s. 229.

¹⁴²¹ Aynı yönde bkz. İbid.; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 414.

¹⁴²² TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 117.

edilen durum, artık insan ticareti suçunun oluşmasından bağımsız olarak organ ve doku ticareti suçuyla ilgilidir. İnsan ticareti suçunda, ancak “cebiri” kullanılması halinde, 3. fıkra da belirtilen bu duruma dahil olup olmayacağı tartışılabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, suçun işlenmesinde başvuru maddesi kuvvet, yaralama seviyesinde ulaşırsa, artık cebirden değil, kasten yaralamada söz edileceğinden, burada da, söz geçen hükmün insan ticareti suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağını düşünmekteyiz. Tabiidir ki, ayrıca kasten yaralama suçundan hüküm kurulurken, TCK madde 43/3 uygulanacaktır.

(3) Fikri İçtima

TCK'nın 44. maddesinde; “fikri içtima” başlığı altında “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı” öngörülmüştür. Bu hükmün uygulanması bakımından, fiilin tekliği konusunda iki farklı görüş bulunduğu belirtilmelidir¹⁴²³. Birinci görüş, fiilin tek olup olmadığını, maddi unsur içerisinde yer alan hukuki anlamda “hareket”i esas alarak tespit etmekten yanadır¹⁴²⁴. Aksi görüşe göre ise, fiilin tek olup olmadığı neticeye göre belirlenir. Bu görüşlerden birinin kabul edilmesi, çok farklı sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Biz, “fiil” ile kastedilenin hareket, netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı olduğunu kabul ettiğimizden, netice sayısına üstünlük veren görüşe taraftar bulunmaktayız. Buna göre, yapılan hareketin birden fazla neticeye sebep olması halinde, fiilin, hukuken tek sayılması mümkün değildir¹⁴²⁵. Bu nedenle, fiilin tek olması, dış dünyaya yansıyan tek bir neticenin bulunmasını gerektirir.

Bu kabulden yola çıkarak, insan ticareti suçu bakımından fikri içtimanın ortaya çıkabileceği hallerin oldukça sınırlı olduğunu düşünmekteyiz. Öğretide, 80. maddede belirtilen maksatlardan biriyle barındırılan mağdurun, zalimane ve insan haysiyetine aykırı nitelikte çok ağır yaşam koşullarına tabi tutulması halinde, TCK'nın 96. maddesinde öngörülen “eziyet” suçu ile insan ticareti suçu arasında fikri içtima kuralları

¹⁴²³ Bu görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 497 vd.; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 502 vd.

¹⁴²⁴ 44. maddenin gerekçesinde, “bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopanın, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olması”nın fikri içtimanın uygulanacağı hallerde bir örnek olarak belirtilmiş bulunması karşısında, harekete üstünlük veren görüşün kabul edildiği tespit edilmektedir (DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 498).

¹⁴²⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 503.

uygulanacağı ileri sürülmüştür¹⁴²⁶. TCK'nın 96/1. maddesindeki eziyet suçuna ilişkin düzenlemeye göre; *“bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”*. Maddede “eziyet” tanımlanmamış olmamasına karşın, kanun koyucunun bu suçu, işkence suçunun kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından işlenen hali olarak gördüğü ve suçun maddi unsuru bakımından işkence suçuna göre değerlendirme yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴²⁷. Buna göre, TCK'nın 94. maddesindeki işkence suçuna ilişkin hükmü ve 96. maddenin gerekçesini de dikkate almak suretiyle¹⁴²⁸, *“sistemantik olarak ve belirli bir süreç içerisinde gerçekleştirilen, ruhsal veya bedensel ızdırap ve sıkıntı doğuran, objektif olarak aşağılayıcı, onur kırıcı, insan olma niteliğinin gerekli kıldığı düzeyin altında kalan hareketler”*, suçun maddi unsuru içerisinde değerlendirilecektir. Bu bakımdan, eziyet suçunun oluşması için fiilin belirli bir süre, yani temadi teşkil edecek kadar devam etmesi ve zulüm teşkil edecek seviyeye ulaşması aranmalıdır. Bu açıklamalar ışığında, verilen örneği değerlendirdiğimizde, ancak “barındırma”, başlı başına mağdurun ruhsal veya bedensel yönden acı çekmesine neden olacak, insan onuruyla bağdaşmayacak nitelikteyse, eziyet ve insan ticareti suçları arasında fikri içtima ilişkisi bulunduğu kabul edilebileceği görüşündeyiz. Örneğin mağdurun, zorla çalıştırılmak maksadıyla barındırıldığı yerin, çok sayıda başka insanın da yerleştirildiği, aşırı derecede pis, uyuması için yeterli alanın bulunmadığı, soğuktan korunma sağlamayan bir oda olması ve mağdurun bu süre boyunca çoğunlukla aç bırakılması halinde, durum böyledir. Buna karşılık, örneğin fuhuş yaptırmak maksadıyla kaçırılan mağdurun, daha sonra bir yere kapatılarak, üzerinde sigara söndürülmesi, dövülmesi, ellerinin ve ayaklarının zincirlenmesi, aç bırakılması halinde; failin insan ticareti suçunun yanında ayrıca, kasten yaralama ve eziyet suçlarından da cezalandırılması gerekir¹⁴²⁹.

¹⁴²⁶ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 115; YENİDÜNYA, s. 227.

¹⁴²⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s. 269; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 161.

¹⁴²⁸ 96. maddenin gerekçesinde, eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerektiği ve bu fiillerin, ani olarak değil, sistemantik bir şekilde ve belli bir süreç içerisinde, süreklilik arz eder bir tarzda işlendiği belirtilmektedir.

¹⁴²⁹ YENİDÜNYA, s. 227.

Bir görüşe göre, TCK'nın 227. maddesinin dört ve beşinci fıkralarında düzenlenen ağırlaştırıcı nedenlerin gerçekleşmesi halinde de, bu hüküm ile 80. madde arasında fikri içtima kurallarının tatbik edilmesi gerekmektedir¹⁴³⁰. TCK madde 227/4'te “*cebir veya tehdit kullanılarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk etmek veya fuhuş yapmasını sağlamak*”, 227/5'te ise, fuhuş kapsamında cezalandırılan suçların, “*eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi*”, 227. maddedeki fiillerin daha ağır cezalandırıldığı haller olarak öngörülmüştür. Yukarıda, insan ticareti suçunun mevzuatımızda bulunan diğer suçlardan benzer ve farklı yönleri hakkındaki açıklamalarımız hatırlanırsa, *Fuhuş* başlığı altında bu konuya kısaca değinmiş ve bu görüşe katılmadığımızı ifade etmiştik. Burada, konuyu fikri içtima açısından değerlendirerek, bu sonuca varmaktaki gerekçelerimizi daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaya çalışacağız.

Öncelikle, daha önce belirttiğimiz üzere, “sevk etmek” biçimindeki hareketin, 227/4. maddedeki suçun maddi unsuru içerisindeki anlamı ile insan ticareti suçundaki anlamı birbirinden farklı olduğu için, bir kere unsurlar arasında bir örtüşme söz konusu değildir. İlk halde, “sevk etmek” ile kastedilen, fuhşa “sürükleme, yöneltme, bu yola sokma” iken, ikinci halde, bu hareket, fuhuş yaptırmak amacıyla kişinin, tek başına veya başkası aracılığıyla bir yerden başka bir yere gönderilmesini ifade etmektedir. Ayrıca belirtelim ki, 227/4. maddede, mağdurun, cebir, tehdit veya hile ile ya da çaresizliğinden yararlanılarak herhangi bir hareketle doğrudan fuhşa yönlendirilmesi ya da sürüklenmesi cezalandırılmaktadır. Oysa, insan ticareti suçunda kişinin, hilenin yerine “kandırma”ya ve bunun dışında aynı araçlara başvurulmak suretiyle kişinin fuhuş yaptırmak maksadı ile ülkeye sokulması, ülke dışına çıkarılması, kaçırılması, tedarik edilmesi, barındırılması veya bir yerden başka bir yere götürülmesi cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, fuhuş yaptırmak biçimindeki saikle, kişinin bir ticaretin konusu haline getirilmesi halinde, fuhşa sevk, fiilin doğrudan değil, dolaylı neticesini teşkil etmektedir. Diğer hareket biçimi olan “fuhuş yapmasını sağlama”nın ise, yine insan ticareti suçunun maddi unsuru olarak kabul edilmesine olanak yoktur. Çünkü bu halde, suç

¹⁴³⁰ Ibid., s. 67.

tamamlandıktan sonra, maksadı oluşturan sömürünün gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu gerekçelerle, ister neticeye, isterse harekete ağırlık veren görüş benimsensin, fikri içtima bakımından aranan “tek fiil” koşulunun gerçekleşmediğini düşünmekteyiz. Bu durumda, somut olayda, mağdurun yalnızca cebir, tehdit veya hileyle ya da çaresizliğinden yararlanılarak fuhşa sevk edilmesi ya da bu kişiye fuhuş yaptırılması söz konusuysa, yalnızca 227/4. maddeden ceza verilmesi gerekecektir. Ancak, örneğin, belirtilen cebir, tehdit veya çaresizliğinden yararlanmak suretiyle, fuhuş yaptırma amacıyla barındırılan mağdurun, yine bu araçlarla fuhşa zorlanması halinde iki ayrı suçtan bahsedilmesi gerekecektir. Çünkü mağdurun söz konusu saikle ve bu şekilde barındırılmasıyla insan ticareti suçu oluşmuştur. Bir de bu kişiye, aynı metotlara başvurarak fuhuş yaptırılması artık 227/4. maddedeki suçun oluşumuna sebebiyet verir.

227/5. maddeye gelince, bu hükümlerle, 227. maddede düzenlenen suçların, belirli kişiler tarafından sahip oldukları nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi hali ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmektedir. Bu halde, yalnızca 227/2. maddedeki “fuhuş için aracılık” suçunun nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi ile, 80. maddedeki suçun fuhuş yaptırma maksadıyla ve aynı araç fiille işlenmesi halinin birbiriyle örtüştüğünden söz edilebilir. Nitekim daha önce pek kez belirttiğimiz üzere, insan ticareti suçu da bir aracılık faaliyetini ifade etmektedir. Fuhuş için aracılık bakımından, elverişli herhangi bir hareket suçun maddi unsuru içerisinde değerlendirilebilecekken, insan ticaret suçunda bu aracılık faaliyetinin ancak maddede belirtilen hareketlerle sınırlı olarak gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Bizce, bu halde yine de fikri içtima söz konusu olmayacaktır. Çünkü “fuhuş”, insan ticareti suçunda failin saikini oluşturan biri olmakla, 227/5. madde, 80. maddeye göre daha özel bir norm niteliğindedir. Bu nedenle, böyle bir durumda uygulanması gereken hüküm, fuhuşla ilgili düzenlemedir.

c) Cezaların Birleşmesi

İnsan ticareti suçunun oluşması için, failin yöneldiği maksatların gerçekleştirilmesi gerekli olmadığından, failin saikini oluşturan bu hallerin ayrıca gerçekleşmesi halinde, Kanunda öngörülen bir takım suçların işlenmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda, bu suçlarla insan ticareti suçu arasında nasıl bir ilişki

olacağıın tespit edilmesi gerekmektedir. 80. maddede öngörülen istismar biçimleri, insan ticareti suçunun işlenmesindeki saikleri teşkil etmekte ve suçun işlenmesinden sonraki bir aşamada gerçekleşmektedir. Nitekim mağdurların, zorla çalıştırılmaları ve hizmet ettirilmeleri, esarete tabi kılınmaları, fuhuş yaptırılması veya vücut organlarının alınması, ancak bu kişilerin 80. maddede sayılan hareketlerle ticarete konu edilmelerinden sonra mümkün olabilecektir. Bu bakımdan, mağdurların sayılan şekillerde sömürülmeleri, TCK’da düzenlenen bir takım suçları oluşturduğu takdirde, insan ticareti suçunun yanında, ayrıca bu suç tipleri nedeniyle de ceza verilmesi gerekecektir. Diğer bir ifadeyle, bu suçlar ile insan ticareti suçu arasındaki ilişki cezaların birleştirilmesinden ibarettir. Örneğin vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla, çaresizliğinden yararlanmak suretiyle tedarik edilen mağdurun, aynı zamanda organların birinin, örneğin böbreğinin alınması halinde, biri insan ticareti, diğeri organ ve doku ticareti (md. 91) olmak üzere iki ayrı suç oluşacak ve fail hakkında bu iki suçun da cezalarına hükmedilecektir¹⁴³¹. Bunun dışında, mağdurların sömürülmesi nedeniyle oluşabilecek suçların unsurları ile insan ticareti suçunun unsurları arasında bir örtüşme ya da benzerliğin olduğu haller, yukarıda içtima başlığı altında ele alınmıştır.

Pornografi içerikli malzemelerin üretiminde kullanılması amacıyla kişiler, TCK’nın 80. maddesinde öngörülen araç fiillerle tedarik edildikten ya da bir yerden başka bir yere götürüldükten sonra, aynı zamanda bu kişilerin belirtilen nitelikte görüntülere olmaları halinde, cinsel istismarın fuhuş dışındaki herhangi bir biçimi insan ticareti suçunda maksat olarak belirtilmediğinden, yalnızca TCK’nın 226. maddesinde belirtilen müstehcenlik suçundan dolayı ceza verilmesi söz konusu olacaktır. Ancak, mağdurun bu görüntülerde kullanılması, somut olayın koşullarına göre “zorla çalıştırma, hizmet ettirme veya esarete tabi kılma” olarak değerlendirilebildiği takdirde her iki suçtan hüküm kurulması gerekecektir.

Suçun, mağdurların araç fiillerle ve maddede öngörülen maksatlarla ülkeye sokmak ya da ülke dışına çıkarmak ya da iki ülkenin sınırları arasında sevk edilmesi suretiyle işlenmesi halinde, bu hareketlerin Bakanlar Kurulunca belirlenen yerler dışından yapılması Pasaport Kanununun 35 ve 36. maddelerinin ihlaline neden olacaktır.

¹⁴³¹ YENİDÜNYA, s. 228; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Ceza Özel Hukuku, s. 119.

Bu halde, bir görüşe göre, özellikle ikinci halde, Pasaport Kanununun 36. maddesi ile TCK'nın 80. maddesi arasında fikri içtima kurallarının uygulanması suretiyle, daha ağır cezayı gerektiren insan ticareti suçundan dolayı hüküm kurulmalıdır¹⁴³². Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, aynı sonuca, Pasaport Kanununun gerek 35., gerekse 36. maddesi karşısında, TCK madde 80'in daha özel bir norm teşkil ettiğini kabul ederek varmaktadır¹⁴³³.

Ülkeye giriş ve çıkışta sahte pasaport veya vize gösterilmesi halinde, fail, insan ticaretinin yanında ayrıca bir de TCK'nın 204. maddesine göre resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Ülkeye sokma veya ülke dışına çıkarma bakımından, göçmen kaçakçılığı ile insan ticareti arasındaki ilişkinin de tartışılması gereklidir. Nitekim yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokmak göçmen kaçakçılığı suçunun da maddi unsurunu oluşturmaktadır. Ancak, yabancının ülkeye sokulması, TCK madde 80'de belirtilen maksatlarla ve araç fiillerden bir veya daha fazlasının uygulanması suretiyle gerçekleştiğinde, özel hüküm sıfatıyla insan ticareti suçunun oluştuğundan bahsetmek gerekecektir¹⁴³⁴. Bir diğer ihtimal de, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla bir yabancının ülkeye sokulmasından sonra, 80. maddede belirtilen maksatlarla bu kişiye karşı bir takım hareketlerin gerçekleştirilmesidir. Örneğin bu kişinin zorla çalıştırmak maksadıyla ve kandırılmak suretiyle tedarik edilmesi veya barındırılması söz konusu olabilir. Burada, ülkeye sokma gerçekleşikten sonra insan ticareti suçunun işlenmesi söz konusu olduğundan fail hem göçmen kaçakçılığı hem de insan ticareti suçundan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹⁴³⁵.

765 sayılı TCK'da insan ticareti suçunun örgütlü olarak işlenmesi ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüştü. 5237 sayılı TCK bakımından bu ağırlatıcı nedene yer verilmediğinden, suçun 220. maddede öngörülen özellikleri taşıyan bir örgütün faaliyeti

¹⁴³² YENİDÜNYA, s. 239.

¹⁴³³ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 74.

¹⁴³⁴ YENİDÜNYA, s. 204.

¹⁴³⁵ YENİDÜNYA, s. 204.

çerçevesinde işlenmesi halinde, bu maddede yazılı suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunması gerekecektir.

Özellikle fuhuş yaptırma maksatlı insan ticareti suçunda, failin mağdura karşı uyguladığı şiddet kapsamında aynı zamanda ona karşı cinsel istismar ya da cinsel saldırı suçunu işlemesi söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda, cinsel saldırı, suçun araç fiilleri içinde değerlendirilemeyeceği gibi, suçun yöneldiği maksatlar arasında da yer almadığından, insan ticaretinin yanında, fail aynı zamanda mağdurun yetişkin ya da çocuk olmasına göre TCK'nın 102 veya 103. maddesi nedeniyle de cezalandırılmalıdır.

2. İştirak

Yukarıda *Fail* başlığı altında da belirttiğimiz üzere, suça ilişkin bazı özellikler nedeniyle, insan ticareti suçunun genellikle birden fazla kişinin katılımı veya yardımı ile işlendiği görülür. Bu durumda, suçun işlenmesine katılan kişilerin sorumlulukları, TCK'nın 37 ve devamındaki maddelerinde düzenlenen iştirak kurallarının uygulanması suretiyle tespit edilecektir. İnsan ticareti suçuna, iştirakin 5237 sayılı Kanunda öngörülen her şekli mümkündür¹⁴³⁶.

Bu suça iştirak yönünden, özellikle üzerinde durulması gereken bazı hususlar vardır. İlk olarak, suçun maddi unsurunun, araç fiiller ve asıl hareketler olmak üzere iki grup hareketin yapılmasıyla oluşması nedeniyle, bunları gerçekleştiren kişilerin aynı olmaması halinde, faillerin sorumluluklarının ne şekilde belirleneceği ele alınmalıdır. Örneğin, 80. maddede sayılan maksatlara yönelik olarak mağdura karşı cebir ve şiddet uygulayan kimse ile onu bir yerden başka bir yere götüren kimse aynı olmayabilir. Bu durumda, bu kişiler arasında iştirak iradesinin, yani birlikte suç işleme kararının bulunması şartıyla her birinin, işlenen fiil nedeniyle “müşterek fail” olarak sorumlu olacağı kabul edilmelidir. Çünkü araç fiili gerçekleştiren kişi ile asıl hareketi yapan kişi, suç tanımında yazılı olan hareketi yapmış olmakla kalmayıp, aynı zamanda bu kişilerin suçun işlenişine yaptıkları katkı, birbirini tamamlayıcı niteliktedir. TCK madde 37'nin gerekçesinde bu durum “suçun işlenişinde ortak hakimiyet kurma” olarak ifade edilmektedir. Esasında bu ölçüte gerek kalmadan da, suça katılan bu kişilerin her birinin

¹⁴³⁶ YENİDÜNYA, s. 224; DEĞİRMENCİ, s. 91; ARSLAN, İnsan Ticareti, s. 60; KOCA, s. 166; ÖNOK, Uluslararası Suçlar, s. 213; KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 74; EVİK, V., İnsan Ticareti, s. 414.

yaptığı hareketin önemi, suçun işlenmesine etkisi ve netice açısından taşıdıkları nedensel değer dikkate alındığında aynı sonuca varılması gerekecektir.

Bununla birlikte, başka bir harekette bulunmaksızın ve 80. maddede belirtilen maksatlarla hareket etmeksizin, insan ticareti mağduru olduğunu bildiği bir kişinin kısa bir süre kalması ya da geceleme için evinin ya da işletmekte olduğu otelin bir odasını tahsis eden kişi, kanuni tipte öngörülen “barındırma” hareketini yapmış olmasına karşın, bizce suça müşterek fail olarak değil, yardım eden şerik sıfatıyla katılmış olduğunun kabul edilmesi gerekir.

İnsan ticareti suçunda, fiilin 80. maddede sayılan zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, esarete tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla işlenmesi gerektiğinden, suça katılan kişilerin farklı maksatlara yönelmeleri halinde, bunlar arasında iştirak ilişkisinin bulunup bulunmayacağına da tartışılması gerekmektedir. *Manevi unsur* bahsinde belirttiğimiz üzere, 80. maddede öngörülen maksatlar, faili suçu işlemeye yönelten saikleri ifade etmektedir. Suça iştirak bakımından, işlenen suçun bütün ortaklar için aynı olması zorunluluğu¹⁴³⁷, acaba suçun işlenmesindeki saiklerin de aynı olmasını içerecek midir? Bizce kanunda öngörülen saiklerden biri söz konusu olduğu sürece, suça katılanlar açısından bunların birbirinden farklı olması önem taşımaz. Durumu bir örnekle açıklamak yararlı olacaktır. Suçu katılanlardan biri, yabancı bir ülkede bulunan mağdura zorla fuhuş yaptırılacağını düşünerek onu Türkiye’ye gelmesi için kandırmış, diğeri ise mağduru zorla hizmet ettirmek maksadıyla ülkeye sokmuş olabilir. Bu durumda suçun, birden fazla kişi tarafından 80. maddede belirtilen ayrı ayrı maksatlarla işlenmesi söz konusudur. Bununla birlikte, bu maksatların her birinin esasında mağdurun “istismar edilmesi” biçimindeki nihai maksadı gerçekleştirmenin farklı yöntemlerini teşkil ettiği unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle aranacak husus, suçu oluşturan hareketlerin, kişinin, maddede sayılan şekillerden biriyle istismar edilmesi maksadıyla işlenip işlenmediğidir. Bu bakımdan suç, katılanlar bakımından “aynı” olmaya devam etmektedir. Ancak bu konuda dikkat edilmesi gereken husus, maddede sayılmayan bir “saik” ile, örneğin kişinin pornografi içerikli görüntülerin elde edilmesinde kullanılması maksadıyla

¹⁴³⁷ CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 482

hareket ederek insan ticareti suçunun tanımında yer alan hareketleri gerçekleştiren kişi bakımından, yerine göre başka suçların oluşması söz konusu olabilirse de, insan ticareti suçunun işlenmesine iştirakin mümkün olamayacağıdır.

Son olarak “tacir” dışındaki aktörlerin suça katılımı bakımından çeşitli ihtimaller üzerinde durulması gerekmektedir. Yukarıda “terminoloji” başlığı altında yaptığımız açıklamalar hatırlanırsa, bu incelemenin konusunu “istismar eden” ve “müşteri” sıfatları ile ifade edilen kişiler oluşturacaktır. Esasında, bu kişiler, insan ticaretinin yöneldiği maksatların gerçekleştiği aşamada, diğer bir ifadeyle suç tamamlandıktan sonra sürece dahil olduklarından genelde suça katılmaları söz konusu değildir. Bu kişiler, istismar ettikleri ya da istismar konusu hizmetlerinden yararlandıkları kimsenin insan ticareti mağduru olduğunu bilseler de, bu suça iştirak etmiş olmazlar. Ancak, insan ticaretinin bir aracılık faaliyetini ifade ettiği ve istismar eden ile müşterinin, bu bakımdan talebi oluşturan tarafta yer aldıkları unutulmamalıdır. Bu nedenle bazı hallerde bu kişilerin sürecin başında bizzat katkıda bulunarak “azmettirmek” ya da “yardım etmek” suretiyle suça iştirak etmeleri ihtimali bulunmaktadır. Örneğin fuhuş için aracılık yapan (A), paraya ihtiyacı olduğunu bildiği (B)’ye, çalıştığı okuldaki kız öğrencileri çeşitli vaatlerle kandırarak kendisine getirmesi halinde, kolay yoldan çok para kazanabileceğini söyleyerek onu ikna ettiğinde, (B)’yi fuhuş yaptırmak maksadıyla insan ticareti suçuna azmettirmiş olacaktır. Burada suça azmettiren (A), istismar eden konumundaki kişidir. Bir başka örnekte, yaşaması için kendisine acil olarak organ nakli yapılması gereken bir kişi, uygun vericiyi ikna edememiş olması nedeniyle yasadışı organ nakli yapan kişilerle bağlantıya geçerek onları vericiye yönlendirdiği takdirde, bu kişileri, vücut organlarının alınması maksadıyla insan ticareti suçunda, olayın özelliklerine ve yaptığı katkıya göre azmettiren ya da yardım eden “şerik” olacaktır¹⁴³⁸. Burada, organ nakline ihtiyacı olan kişi “müşteri” sıfatını taşımaktadır.

Bu haller dışında, belirtilen kişiler bakımından suça katılım güç olmakla beraber, İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi’nin 19. maddesinde, özellikle müşteriyle ilgili olarak yer verilen düzenlemenin altını çizmek gerekir. “Bir mağdurun hizmetlerinden yararlanmanın suç haline getirilmesi” başlıklı bu maddeyle, Sözleşmeye taraf olan

¹⁴³⁸ Aynı yönde bkz. YENİDÜNYA, s. 225.

Devletlere; bir kimsenin, insan ticareti mağduru olduğunu bildiği kişinin Sözleşmenin 4. maddesinin (a) bendinde belirtilen istismarın konusu olan hizmetlerinden kasten yararlanmasını suç olarak düzenlemeyi mütalaa etme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak, burada önerilen, müşterinin, “bilme” koşuluna bağlı olarak insan ticaretine iştirak nedeniyle cezalandırılması değildir. Bir kimsenin, insan ticareti mağduru olduğunu bildiği kişinin istismar konusu hizmetlerinden kasten yararlanmanın, ayrı bir suç olarak öngörülmesi suretiyle de 19. maddenin gereğinin yerine getirilmesi imkanı bulunmaktadır. TCK’nın 80. maddesi kapsamında ya da maddeden hemen sonra gelecek şekilde ayrı bir fıkrada bu hususun düzenlenerek, insan ticaretine göre daha hafif bir yaptırımı gerektiren bağlantılı bir suç ihdas edilmesinin, bu fiille mücadele etmek bakımından bize olumlu bir katkısı olacaktır.

Son olarak İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün 3. maddesinde öngörülen ve suçun işlenmesi bakımından çok büyük önemi haiz olan bir takım hareketlerin TCK’nın 80. maddesinde yer almaması karşısındaki eksikliğin, “iştirak” konusundaki düzenlemeler ile giderilip giderilemeyeceğinin belirlenmesi önemlidir. Kanunumuza alınmayan bu hareketler; “devretmek” ve “teslim almak”tır. Devretmek, mağdurun bir başkasına teslim edilmesi biçiminde gerçekleşebileceği gibi, mağdur üzerindeki fiili hakimiyetin herhangi bir yolla başka bir kimseye aktarılması suretiyle de mümkündür. Örneğin, mağdurun kilit altında tutulduğu odanın anahtarının bir başkasına verilmesi “devretmek” kapsamında değerlendirilebilecek bir davranıştır. Somut olay içerisindeki rolüne göre, üzerinde 80. maddede sayılan maksatların gerçekleştirileceğini bilerek ve isteyerek mağduru “devreden” kişinin hareketinin, etmeye “yardım etmek” şeklinde kabul edilerek, bu kişinin, “suçun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” suretiyle, katılan olarak sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. İnsan ticareti konu olan kişinin maddede sayılan maksatlarla kabul edilmesini ifade eden “teslim almak” ise, iştirak kapsamında, barındırmak ve tedarik etmek hareketleriyle bağlantılı olabilecek bir harekettir. Mağdurun barındırılacağı yerde bekleyerek onu burada kabul eden ya da buraya yerleştirilmesini sağlayan kişi, barındırmak suretiyle işlenen insan ticareti suçunun icrasını kolaylaştırmak suretiyle, yine yardım eden şerik sıfatıyla suça iştirak etmiş olacaktır. Bunun dışında, somut olayın koşullarına göre, “teslim alma”nın “tedarik

etmek” biçimindeki harekete yardım etmek olarak değerlendirileceği haller söz konusu olabilir. Bir başka ihtimal, 80. maddede sayılan maksatlardan birini gerçekleştirmek üzere mağdurları teslim alan kimsenin, bu kişilerin tedarik edilmesi için bir başkasına sipariş vermiş olmasıdır. Ancak bu halde, kişi esasında “teslim almak” hareketi nedeniyle değil, talepe bulunduğu ya da sipariş verdiği için “azmettiren” olarak, şerik sıfatıyla suça katılmış sayılacaktır. Bununla birlikte, gerek “devretmek”, gerekse “teslim almak” yönünden, bu hareketlerin suçun işlenmesindeki rolleri ve katkıları “kolaylaştırıcı” olmaktan daha ileri gitmekte ise, yani gerekçedeki ifadeyle, bu hareketleri yapan kişilerin fiil üzerinde diğer fail veya faillerle ortak hakimiyet kurmaları söz konusu ise, bunlar da “müşterek fail” sıfatıyla cezalandırılacaklardır. Bunun tespiti, somut olaydaki özelliklere göre hakim tarafından yapılacaktır. Ancak, her iki hareketle ilgili olarak, gerçekleşebileceğini varsaydığımız bu durumlar yalnızca bir takım olasılıklardan ibarettir. Pek çok halde, suçun işlenmesi yönünden, maddede öngörülenlerden daha az bir öneme sahip olmayan bu hareketler cezasız kalacaktır. Bu nedenle, mevcut düzenlemedeki eksikliğin, “iştirak” kuralları çerçevesinde giderilmesine çalışılındansa, sayılan hareketleri madde metnine dahil etmek en doğru çözüm gibi görünmektedir.

K. Yaptırım

İnsan ticareti suçu için TCK’nın 80/1. maddede öngörülen yaptırım, sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasıdır. Ayrıca, 4. fıkrada, bu suç nedeniyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişiler bakımından uygulanabilecek güvenlik tedbirleri TCK’nın 60. maddesine göre, iznin iptali ve müsaderedir.

Hapis cezasının süresi bakımından, insan ticareti suçunun, Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 3. paragrafındaki düzenlemeye uygun olarak, “ağır suç” tanımına girmesi aranacaktır¹⁴³⁹. Sözleşme’nin 2 (b) maddesine göre;

¹⁴³⁹ Buna göre; “Bu maddenin 1(a) (i) bendinde öngörülen suçlar bakımından, iç hukukları örgütlü suç gruplarının varlığı koşulunu arayan Taraf Devletler, iç hukuklarının örgütlü suç gruplarını içeren bütün ağır suçları kapsamamasını sağlayacaktır”. İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün 1. maddesinin 3. paragrafında; Protokol’un 5. maddesinde belirtilen suçların, Sözleşme uyarınca belirlenmiş suçlar olarak kabul edileceği öngörülmüştür. Yine Ek Protokol’ün, “kapsam” başlıklı 4. maddesinde, bu belgenin, “örgütlü suç grubunun karıştığı” suçlar bakımından uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükümler dolayısıyla,

"Ağır suç" üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış anlamına gelir". TCK'nın 80. maddesinde öngörülen hapis cezasının üst sınırı "on iki yıl" olarak tespit edildiğinden, bu yükümlülüğün yerine getirildiği görülmektedir. 765 sayılı TCK'da ise suçun cezası beş yıldan on yıla kadar hapis olarak öngörülmüştü. Kanaatimizce, ETCK'da özellikle alt sınırı itibariyle fazla uzun olan hapis cezasının sürelerinin daha da artırılması yerinde olmamıştır¹⁴⁴⁰. Gerçekten de TCK'da, insan ticaretiyle ortak veya benzer unsurlar ya da özellikler içeren veya insan ticaretinin yöneldiği istismar biçimlerini düzenleyen suç tiplerinde öngörülen cezalarla karşılaştırıldığında¹⁴⁴¹, özellikle hapis cezasının alt sınırının fazla olduğu dikkati çekmektedir¹⁴⁴². İnsan ticareti suçunun, ağır bir suç olduğu şüphesizdir. Ancak cezanın alt sınırı düşürülerek, hakime, somut olayın özelliklerine göre 61. maddede sayılan hususları dikkate alarak alt ve üst sınırlar arasında bir ceza tayin edilmesi yönünden daha geniş bir hareket alanının tanınması da, fiilin ağırlığı ile yaptırım arasındaki orantının sağlanması bakımından yeterli olabilecektir. Bunun yanısıra, yukarıda önermiş bulunduğumuz ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmesi suretiyle de, cezanın kademeli olarak arttığı bir sistemin benimsenmesinin daha faydalı sonuçlar vereceğini düşünmekteyiz. Mevcut sistemde, örneğin suçun, tek bir fiille birden fazla mağdura karşı işlenmesi halinde, ceza en alt sınırdan verilse dahi, temel ceza tayin edilirken, 43/2. maddeye göre, dörtte birinden dörtte üçüne kadar kişi sayısınca artırım yapılacak ve çok ağır yaptırımlara hükmedilebilecektir. Bu durumun da, 80. maddenin uygulanacağı haller yönünden çekimser davranılmasına neden olabileceği düşünülebilir. Nitekim Mukayeseli hukuka bakıldığında da, birkaç istisna¹⁴⁴³ dışında insan ticareti suçu

Ek Protokolde tanımlanan suçlar da Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 2 (b) maddesinde, tanımlanan "ağır suç" kapsamındadır.

¹⁴⁴⁰ 5237 sayılı TCK Tasarısı olarak TBMM'ye sevk edilen 2003 tarihli Tasarının genel gerekçesinde, "maksadı aşar derecede ağır olan cezaların, suçlunun yeniden sosyalleştirilmesini engelleyici etki yaptığı muhakkak olduğundan, hürriyeti bağlayıcı cezaların genel alt ve üst sınırlarında ve belirli suçların cezalarının alt ve üst sınırlarında, 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Kanundan farklı olarak indirimler yapılmış" olduğu belirtilmektedir (TCK 2003 Tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> (Erişim tarihi: 20.11.2010)). İnsan ticareti suçu bakımından ise belirtilenin tersi yönde bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

¹⁴⁴¹ Bu kapsamda değerlendirilebilecek olan TCK'daki bazı suçlar bakımından hapis cezalarının alt sınırı şu şekilde tespit edilmiştir: organ ve doku ticareti suçunda iki yıl (md. 91), kasten yaralama suçunda 1 yıl (md. 86), işkence suçunda üç yıl (md. 94), eziyet suçunda iki yıl, tehdit suçunda altı ay (md. 106), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda bir yıl (md. 109), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunda altı ay.

¹⁴⁴² ARSLAN-TEMEL-AYDIN-ŞEN-DOĞAN-BACAĞIZ, s. 140.

¹⁴⁴³ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu'nda hapis cezasının alt sınırı sekiz yıl, üst sınırı ise yirmi yıldır (md. 601). Fransız Ceza Kanununda ise suçun basit hali için yedi yıl hapis cezası öngörülmüştür (md. 225-4-1).

için öngörülen hapis cezalarının özellikle alt sınırları yönünden çok yüksek olmadığı tespit edilmektedir¹⁴⁴⁴. Bu noktada, özellikle belirtmek gerekir ki, suçun nitelikli halleri için öngörülen cezalar, bir çok ülkede, üst sınır yönünden TCK'nın 80. maddesine nazaran çok ağır yaptırımlar içerebilmekte, özellikle suçun işkence suretiyle işlenmesi, mağdurun sağlığının zarar görmesi veya ölümü gibi netice sebebiyle ağırlaşmış haller bakımından müebbet hapis cezası öngörülebilmektedir¹⁴⁴⁵.

80. maddede hapis cezasına ek olarak adli para cezası öngörülmüş ve üst sınırı on bin gün olarak belirlenmiştir. Adli para cezasına ilişkin düzenleme TCK'nın 52. maddesinde yer almaktadır. Buna göre adli para cezası beş günden az, kanununda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olamaz. 80. maddedeki açık düzenleme karşısında, on bin gün olarak tespit edilen üst sınırın yanında, 52. maddedeki alt sınır esas alınacaktır. Para cezasının uygulanması için önce cezanın uygulanacağı tam gün sayısının tespit edilmesi gerekmektedir. Daha sonra gün karşılığı yirmi ila yüz Türk Lirası arasında belirlenen miktar, kişinin ekonomik ve şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir (md. 52/2).

Yukarıda manevi unsur bahsinde belirttiğimiz üzere, insan ticareti suçunun yöneldiği nihai maksat, maddi kazanç elde etmektir. Bu nedenle, Kanunda, bu suç yönünden, hapis ve adli para cezasının yanında özellikle suçun işlenmesiyle sağlanan kazancın veya eşyanın müsaderesini düzenleyen hükümlerin yer alması büyük önem arz etmektedir. Esasında insan ticareti suçunda failer bakımından en fazla caydırıcı etkiye sahip olan yaptırımın, suçtan elde edilen gelire el konulması olduğu belirtilmelidir. Çünkü, “insan”ın suça konu edilmesi yönünden önemli bir sermaye gerekmemekte, hatta bu kapsamda yapılan “sözde” masraflar, mağdurun sömürülmesinin aracı olarak kullanılmaktadır. Bunun yanında, yine ticaretin konusu

¹⁴⁴⁴ Çeşitli ülkelerin ceza kanunlarında suçun basit hali için öngörülen hapis cezasının alt sınırı şu şekildedir: Bulgaristan, bir yıl (md. 159a); Çin, beş yıl (md. 240); Moldova, beş yıl (md. 165); Romanya, üç yıl (md. 204), Ukrayna, üç yıl (md. 149); Polonya, üç yıl (md. 189a); Slovenya, bir yıl (md. 113); Azerbaycan, beş yıl (md. 144-1); Almanya, altı ay (md. 232 ve 233); Belçika, bir yıl (433quinquies), İsveç, iki yıl. Bunun dışında bazı ülkelerin ceza kanunlarında, hapis cezası bakımından alt sınıra yer verilmemiş yalnızca üst sınırın belirtilmesiyle yetinilmiştir. Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 127-1. (beş yıl), Avusturya Ceza Kanununun 104a (üç yıl) ve Hollanda Ceza Kanununun 273f maddeleri (sekiz yıl) buna örnek teşkil etmektedir.

¹⁴⁴⁵ Moldova (md. 165) ve Romanya Ceza Kanunlarında (md. 205, çocuk ticareti) suçun en ağır hali için öngörülen cezaların üst sınırı yirmi yıl hapis ve Fransa'da müebbet hapidir (md. 225-4-3).

olan “insan”, deyim yerindeyse “tüketilebilir” bir malzeme olmadığından, mağdur bir kez ele geçirildikten sonra, onun üzerinden defalarca haksız kazanç elde edilmesi imkanı bulunmaktadır. Bu nedenlerle, bu suç türüyle mücadele edebilmek bakımından, failleri bu suçu işlemeye yönelten asıl etkenin, diğer bir ifadeyle, suçtan elde edilen maddi menfaatin hedef alınması zorunludur. Bunun yanında, diğer suçlarla olduğu gibi, insan ticareti suçuyla mücadele açısından etkili bir tedbir olarak, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçla bağlantılı eşyanın ya da maddi menfaatlerin müsaderesine yer verilmesi de önemlidir. İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi’nin 23. Maddesi ile, Taraf Devletlere, Sözleşmede tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan araçların ve suçlardan elde edilen gelirlerin veya bu gelirlere karşılık gelen malvarlığı değerlerinin müsaderesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşmeye ek Açıklayıcı Rapor’da, bu hükmün, Avrupa Konseyi’nin “Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin 8.11.1990 tarihli Sözleşmesi”¹⁴⁴⁶ ışığında okunması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁴⁷. Bu Sözleşme, suç gelirlerinin müsaderesini etkili bir suç karşıtı araç olarak kullanma düşüncesine dayanmaktadır¹⁴⁴⁸.

TCK’da “eşya müsaderesi” (md. 54) ve “kazanç müsaderesi” (md. 55) müsaderesi olmak üzere iki çeşit müsadere düzenlenmiştir. Eşya müsaderesi, iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla¹⁴⁴⁹, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya hakkında uygulanabilecektir (md. 54/1). İnsan ticareti suçunda, mağdurların bir yerden başka bir yere götürülmesinde, sevk edilmesinde veya kaçırılmasında kullanılan otomobil, minibüs gibi araçlar, ülkeye sokulmasında kullanılan sahte pasaport veya barındırılmasında kullanılan taşınmaz, bu maddeye göre müsadere edilecektir. Bunun

¹⁴⁴⁶ Türkiye tarafından 27.09.2001 tarihinde imzalanan ve 6.10.2004 tarihinde onaylanan Sözleşme, 01.02.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁴⁷ Açıklayıcı Rapor, par. 254.

¹⁴⁴⁸ İbid.

¹⁴⁴⁹ TCK madde 55. maddesine 26.06.2009 tarihli ve 5918 sayılı Yasayla eklenen 3. fıkrada da benzer bir düzenleme yapılarak, bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin Medeni Kanunun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerektiği belirtilmiştir. Öğretide, bu maddelerin uygulanması bakımından, Türk Medeni Kanunu’nun 1 ve 2. maddesinden hareketle, üçüncü kişinin iyi niyetinin belirlenmesinde, “rıza” ve “bilgi” kriterinin belirleyici olacağı belirtilerek, ceza hukukuna yabancı olan “iyi niyet” kavramına yer verilmesi eleştirilmiş ve bunun yerine ceza hukukunda geçerli olan kusur ilkeleri kapsamında, 3. kişinin, eşyayı “bir suç ürünü olduğunu bilerek elde etmiş olması” biçiminde bir düzenleme getirilmesi önerilmiştir (DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 589 vd.). Bu görüşe aynen katılıyoruz.

yanında, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın da müsadere edileceği öngörülmüştür. Örneğin, mağduru tehdit etmek amacıyla elde bulundurulmuş müstehcen görüntülerin ya da fotoğraflar, bu kapsamda müsadere edilecektir. 54/2. maddede, birinci fıkradaki özellikleri taşıyan eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde, bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verileceği belirtilmiştir. Bundan başka, 55. maddede “kazanç müsaderesi” başlığı altında, yalnızca suçun işlenmesiyle elde edilen, suçun konusu oluşturan veya suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerin değil, aynı zamanda bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesi de düzenlenmiştir (fıkra 1). İnsan ticareti suçunda, örneğin mağdurun tedarik edilmesi, ülkeye sokulması, taşınması, barındırılması gibi, onun ticarete konu olması sonucunu doğuran hareketler karşılığında sağlanan maddi menfaatler veya bunların dönüştürülmesi yoluyla elde edilen kazanç bu kapsamda müsadere edilecektir¹⁴⁵⁰. 55/2. maddeye göre; “*müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir*”. Müsaderenin 765 sayılı TCK’da öngörülmemiş olan ve “eşdeğer müsadere”¹⁴⁵¹ veya “kaim değer müsaderesi”¹⁴⁵² olarak ifade edilen bu türünün; ağırlıklı olarak bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi ve bu nedenle elde edilen gelirin bulunmasının güç olması gibi gerekçelerle, insan ticareti suçu bakımından uygulanamayacak olması bir eksiklik olarak değerlendirilmekteydi¹⁴⁵³. Mevcut düzenleme ile bu eksikliğin giderildiği belirtilmelidir.

İnsan ticareti suçu, bir özel hukuk tüzel kişinin yararına işlendiğinde, TCK madde 54 ve 55’te düzenlenen müsadere hükümleri, bu tüzel kişi hakkında da uygulanacaktır (TCK, md. 60/2). Tüzel kişi bakımından kabul edilen bir diğer tedbir iznin iptalidir. Buna göre, suç, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin

¹⁴⁵⁰ YENİDÜNYA, s. 232.

¹⁴⁵¹ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 77.

¹⁴⁵² DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 590.

¹⁴⁵³ KOCASAKAL, İnsan Ticareti, s. 77.

verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle, tüzel kişi yararına işlendiğinde mahkumiyet halinde, iznin iptaline karar verilecektir (md. 60/1)¹⁴⁵⁴. Bir seyahat şirketinin veya iş bulma acentesinin paravan olarak kullanılması suretiyle mağdurların kandırılarak 80. maddede belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri halinde, faaliyette bulunma izninin, bu kuruluşların organ veya temsilciler tarafından kötüye kullanılması söz konusu olacak ve iznin iptali gerekecektir¹⁴⁵⁵.

İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi'nin 23. maddesinde, taraf Devletlere, tüzel kişilerle ilgili olarak, para cezası da dahil olmak üzere; cezai, idari veya hukuki nitelikteki “etkili, orantılı ve caydırıcı” yaptırımların öngörülmesi yükümlülüğü getirilmiştir (par. 2). Ayrıca AB Konseyi 2002 tarihli Çerçeve Kararı'nın 5. maddesinde, tüzel kişilerle ilgili olarak uygulanabilecek yaptırımlar arasında; idari veya adli para cezası, yapılan devlet yardımının kesilmesi veya bir ayrıcalıktan yararlanma hakkı tanınmışsa, bu hakkın kaldırılması, ticari faaliyetten geçici veya sürekli olarak men, adli gözetim altına alınma, suçun işlenmesinde kullanılan işletmelerin geçici veya sürekli olarak kapatılmasına yer verilmiştir. Bu düzenlemelerle karşılaştırıldığında, TCK'da insan ticareti suçunun işlenmesi nedeniyle tüzel kişiler bakımından uygulanabilecek yaptırımların yetersiz olduğu görülmektedir.

III. USUL HÜKÜMLERİ

İnsan ticareti suçu, suçtan zarar görenin şikayetine bağlı olmaksızın resen soruşturulabilen bir suçtur.

Suç karşılığında öngörülen hapis cezasının üst sınırı 10 yıldan fazla olduğundan, bu suçla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemesi yetkilidir¹⁴⁵⁶. İnsan ticareti suçunun, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenmesi halinde, 5271 sayılı Ceza

¹⁴⁵⁴ Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ve bu kapsamda uygulanacak tedbirlerle ilgili olarak yukarıda *Fail* başlığı altındaki açıklamalarımıza bakılabilir.

¹⁴⁵⁵ YENİDÜNYA, s. 233.

¹⁴⁵⁶ 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre, Ağır Ceza Mahkemeleri, TCK'da yer alan yağma (md. 148), irtikap (md. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (md. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (md. 158), hileli iflas (md. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla görevlidir (7/10/2004 tarihli ve 25606 sayılı Resmi Gazete).

Muhakemesi Kanunu'nun¹⁴⁵⁷ 250. maddesine göre, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemeleri, açılacak davaya bakmak yönünden yetkili olacaktır.

Bu son hal dışında, insan ticareti suçuyla ilgili olarak, mevzuatta, muhakeme usulüne ilişkin özel bir takım kuralların öngörülmemiştir. Bununla birlikte, 5271 sayılı CMK yürürlüğe girmeden önce yapılan hazırlık çalışmaları sırasında insan ticaretinin de dahil olduğu bir grup suç bakımından özel yargılama usullerinin kabul edilmesinin gündemde olduğu belirtilmelidir. 7.3.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sevk edilen 3.12.2002 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı'nda, "Beşinci Kitap"ta, "Özel Yargılama Usulleri" içerisinde, "fuhuş için aracılık, göçmen kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçlarına İlişkin Hükümler" başlığı altında, 282 ila 285. maddelerde, bu suçlar açısından uygulanabilecek ortak bir yargılama usulü kabul edilmişti¹⁴⁵⁸. Burada düzenlenen hükümlerin, yalnızca insan ticareti suçu bakımından değil, bu suçu işlemek amacıyla örgüt kurulması fiillerinden dolayı yapılacak yargılamalarda da uygulanması öngörülmüştü (md. 282). Bu kapsamda; soruşturma ve kovuşturma evresinde, tespit, arama ve el koyma işlemleri bakımından ceza muhakemesi kanununda öngörülen yetkiyi bu suçların işlendiği belirli yerler bakımından genişleten hükümlere, delillerin yok edilmesi veya karartılmasının engellenmesi amacıyla lokanta, kulüp, meyhane, pansiyon gibi yerlerin geçici sürelerle kapatılması, bu suçlardan dolayı haklarında mahkumiyet kararı verilen yabancıların yurt dışına çıkarılmaları ve son olarak, fuhuş yapılmasına alışılmış yerleri işletenlerin, komşularının bu nedenle uğradıkları zararları tazmin etmelerine karar verilebilmesi gibi tedbirlere yer verildiği görülmektedir. Esasında, burada özel bir yargılama usulünden ziyade, soruşturma ve kovuşturma aşamasında uygulanabilecek özel bir takım koruma tedbirleri ile burada yeri olmayan, mahkumiyete ek diğer tedbirlerin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu nedenle, ilgili bölümün "özel yargılama usulü" olarak nitelendirilmesi yerinde olmamıştır. Nitekim bu kısım da dahil

¹⁴⁵⁷ 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁵⁸ Tasarının metni için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=23594 (Erişim tarihi: 16.12.2010).

olmak üzere, hazırlanan Tasarının büyük bir bölümü bugün yürürlükte olan 5271 sayılı Kanuna yansımamıştır.

Bu noktada, CMK’da öngörülen olağan muhakeme usulünün dışına çıkılmasa da, soruşturma ve kovuşturma aşamasında uygulanabilecek koruma tedbirleri bakımından, insan ticaretinin diğer bir takım suçlara göre farklı özellikler taşıdığına altı çizilmelidir. 5271 sayılı CMK’nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri, ancak bu maddede sayılan belirli suçlar hakkında uygulanabilmektedir. TCK’nın 80. maddesinde öngörülen insan ticareti suçu da, bu kapsamda sayılmıştır (m. 135/6, a),1.). Yine CMK’nın 139. maddesinde düzenlenen “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” ve 140. maddede düzenlenen “teknik araçlarla izleme” tedbirlerinin sınırlı sayıda suç bakımından uygulanması kabul edilmiş ve bu suçlar arasında insan ticareti de öngörülmüştür.

Bu suç nedeniyle yapılan yargılamalarda en önemli delili mağdurların ve diğer tanıkların beyanları oluşturmaktadır. Ancak yasada suç karşılığında ağır yaptırımların öngörülmüş olmasından dolayı, failer yakalanmamak ya da suçtan dolayı mahkum olmamak için bu kişilere, özellikle de mağdurların veya ailelerinin yaşamlarına ve vücut bütünlüklerine yönelik tehditlerde bulunmakta ve ağır baskı uygulamaktadırlar. Suçun mağdurları, bu tehdit ve baskılardan korkarak, suç sonrası içinde buldukları travmanın etkisiyle veya bu suçtan dolayı kendilerinin de cezalandırılacaklarını düşünerek, kendilerine karşı zorlayıcı araçlar kullanılmadığını, herhangi bir kimseden şiddet ya da baskı görmeksizin, kendi rızalarıyla suça konu olduklarını beyan etmektedirler. Bunun yanısıra, istismarın gerçekleştiği olaylarda da, mağdurun, hiçbir şekilde zorlanmadığı, örneğin, kendi rızasıyla fuhuş yaptığı ve geçimini bu yoldan kazandığı şeklindeki ifadeleriyle sıklıkla karşılaşıldığı belirtilmektedir¹⁴⁵⁹. Bu durum, mağdurların adaletle işbirliği yapmalarının engellenmesi sonucunu doğurmakta ve suçla mücadele yönünden büyük bir olumsuzluk teşkil etmektedir. Bu nedenle, insan ticareti suçuna ilişkin yargılamalarda tanıkların korunması özel bir öneme sahiptir. Nitekim İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol’ün 6. maddesinde özel olarak mağdurların korunmasına ilişkin hükümler getirilmiş ve bu kapsamda, taraf Devletlerin, uygun hallerde ve iç hukukunun

¹⁴⁵⁹ İnsan Ticaretiyle Mücadele Rehberi-2, s. 5.

elverdiği ölçüde, diğer önlemlerin yanısıra, insan ticaretine ilişkin yargılama işlemlerini gizli yürüterek insan ticareti mağdurlarının özel hayatlarını ve kimliklerini koruyacakları belirtilmiştir (par. 1). Mağdur haklarına daha fazla ağırlık veren bir belge olarak İnsan Ticaretine İlişkin AK Sözleşmesi'nin ise, "Mağdurların, tanıkların ve adli makamlarla işbirliği yapanların korunması" başlıklı 28. maddesinde Tarafların; mağdurların, Sözleşme'nin 18. maddesine göre öngörülen suçları ihbar edenlerin veya başka bir şekilde soruşturma ve kovuşturma makamlarıyla işbirliği yapan kişilerin, bu suçlarla ilgili beyanda bulunan tanıkların, gerekli hallerde mağdur ve tanıkların ailelerinin, faillerin soruşturulması ve kovuşturulması sırasında veya daha sonra olası misillemeler veya sindirmelerden korunmaları için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacakları öngörülmüştür (par. 1)¹⁴⁶⁰. Yargılama işlemleri başlığını taşıyan 30. maddede ise, taraf Devletlerin, yargılama süresince, AİHS'nin 6. maddesine uygun olarak; mağdurların özel hayatlarının ve gerekli yerlerde kimliklerinin, güvenliklerinin korunması, baskı ve sindirmeden korunmaları için gerekli yasal ve diğer nitelikteki düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmiştir¹⁴⁶¹. Açıklayıcı Rapor'da, tanıkların korunması bakımından alınacak getirilecek bu tedbirlerin, savunma hakkı ile mağdurların ve tanıkların çıkarları arasındaki dengeyi gözetmesine dikkat edilmesi gerektiğinin altı çizilerek, bu konuda AİHM'nin içtihat hukukunun bir kılavuz olarak kullanılabileceği belirtilmiştir¹⁴⁶².

Türk hukukunda 5271 sayılı CMK'nın 58. maddesinin yanısıra, tanıkların korunmasıyla ilgili olarak 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda (TKK) ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir¹⁴⁶³. Tanık Koruma Kanunu'nun 3/1. maddesinin (a) bendinde bu Kanundaki hükümlerin "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza

¹⁴⁶⁰ Bu tedbirlere, fiziksel koruma, yer değiştirme, kimlik değişimi ve iş bulma konusunda yardım dahil olabilecektir (par. 2). Çocuk mağdurlar bakımından özel koruma sağlanmalıdır (par. 3). Benzer bir koruma, insan ticaretiyle mücadele açısından katkı sağlayan grup, dernek, vakıf ve diğer sivil toplum örgütlerine mensup kişiler bakımından da öngörülmüştür (par. 4).

¹⁴⁶¹ Açıklayıcı Rapor'da Sözleşme'nin 28. maddesinde, sayılan kişilerin yargılama dışında genel olarak korunmaları söz konusu iken, 30. maddede, yargılama sürecinde alınması gereken, usule ilişkin tedbirlerin öngörüldüğü belirtilmiştir (par. 300).

¹⁴⁶² Mahkemenin bu yöndeki içtihadına göre, 30. maddede belirtilen amaçları elde etmek üzere kullanılabilecek tedbirler arasında; kapalı oturumların yapılması, görsel-ışitsel teknolojinin kullanılması ve ifade verenin isminin gizli tutulması sayılmaktadır (Açıklayıcı Rapor, par. 307 vd.). Bu konuda bir diğer kaynak da, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "Tanıklara Gözdağı Verilmesine ve Savunma Haklarına İlişkin R(97)13 sayılı Tavsiye Kararı'dır (Kararın İngilizce metni için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/victims/recR_97_13e.pdf) (Erişim tarihi: 09.12.2010).

¹⁴⁶³ 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, 05.01.2008 tarihli ve 26747 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar” hakkında uygulanabileceği düzenlenmiştir. TCK’nın 80. maddesinde düzenlenen insan ticareti suçunun yaptırımı olarak öngörülen hapis cezasının üst sınırı on yıldan fazla olduğundan, bu kapsam girmektedir. Buna göre, insan ticareti suçu nedeniyle yapılan yargılamalarda, suçun mağdurları da dahil, tanık olarak dinlenen kişilerin ve bunların 4/1. maddenin (b) bendinde sayılan yakınlarının hayatları, beden bütünlükleri veya malvarlıklarının ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde, bu kişiler hakkında, kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması, duruşmada hazır bulunanlar olmadan dinlenmeleri ya da ses veya görüntülerinin değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi, fiziki koruma sağlanması, kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi, yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması, geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddi yardımda bulunulması, iş yerinin ya da devam edilen eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi, başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması ve fizyolojik görünümünün estetik cerrahi veya diğer bir yolla değiştirilmesi gibi tedbirler uygulanabilecektir (TKK, md. 5). Böylece, mevzuatımızda, AK Sözleşmesi’nin 28. ve 30. maddelerinde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirildiğini söylemek mümkündür.

IV. İNSAN TİCARETİ SUÇUNUN MİLLETLERARASI CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN GÖSTERDİĞİ ÖZELLİKLER

İnsan ticareti suçunun çoğunlukla sınıraşan nitelikte işlenmesi, fail veya mağdurların yabancı ülke vatandaşı olması gibi özellikler nedeniyle, bu suçla ilgili olarak; yargı yetkisi, suçluların iadesi, mağdurların ülkesine geri gönderilmesi ve genel olarak adli yardımlaşmaya kurallar, diğer suçlara nazaran daha fazla gündeme gelmekte ve özel bir önem arz etmektedir. Milletlerarası ceza hukuku yönünden ortaya çıkan özellikler kapsamında incelenebilecek bu konularda, insan ticareti suçuyla ilgili olarak bir takım açıklamalara yer verilmesi ve sorunların ortaya konulması gereklidir.

İnsan ticareti suçunun, belirli bir süreci içerdiğini ve bu süreçte birden fazla ülkenin dahil olabildiğini, suçun çeşitli özelliklerinden bahsederken ifade etmiştik. Böylece, hareketin bir veya daha fazla ülkede yapılması, neticenin de yine farklı bir

ülkede gerçekleşmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin mağdur kaynak ülkede kandırılıp, birden fazla ülke üzerinden geçirilerek, fuhuş yaptırmak suretiyle istismar edilmek amacıyla hedef ülkeye getirildiğinde, suç, üç veya daha fazla ülkede işlenmiş sayılabilecek ve birden fazla ülke, fiilin yargılanmasında yetkili olacaktır.

Ceza kanunlarının ülkeselliği sisteminin sonucu olarak, bir suçun yargılanmasında, işlendiği ülkenin kanunları uygulanır ve cezalandırma da buna göre olur. TCK'nın "yer bakımından uygulama" başlıklı 8. maddesinde, bu sisteme uygun olarak, Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı belirtilmiştir. 8/1. maddeye göre; suçun Türkiye'de işlenmiş olmasından anlaşılması gereken, fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesidir. Bu durumda, Türkiye'nin insan ticareti suçunda, kaynak veya hedef ülke ve yapılan harekete bağlı olarak, geçilen ülke konumunda olduğu hallerde, ülkesellik ilkesine göre yargı yetkisi söz konusu olacaktır. Bu maddenin uygulanmasında ülke ile kastedilen hem Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularını kapsayan gerçek anlamda ülke, hem de açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında bulunan, Türk deniz ve hava araçları, Türk deniz ve hava savaş araçları ve Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformları içeren farazi anlamda ülkedir.

Ülkesellik ilkesi, devletin kendi ülke sınırları içerisinde sahip olduğu egemenlik yetkisine dayanmaktadır. Bu ilkenin uygulanmasında, devletlerin cezalandırma yetkilerini kendi ülkelerine yönelik olarak kullanmaları nedeniyle herhangi bir sorunla karşılaşılmaz¹⁴⁶⁴. Bunun dışındaki hallerde ise, bir fiil bakımından herhangi bir devletin yargılama yetkisinin bulunabilmesi için, bu fiil ile ilgili devlet arasında makul bir bağlantı bulunması gerekir¹⁴⁶⁵. Bu bağlantı, failin ya da mağdurun söz konusu ülkenin vatandaşı olmasından ya da Devletin iç ve dış güvenliğine yönelik bir fiilin işlenmesinde olduğu gibi, bu suça ilişkin yargılamanın yapılmasında, ülkenin özel bir menfaatinin bulunmasından kaynaklanabilir. TCK'nın benimsediği ülkesellik sistemi, bu bağlantıların bulunması halinde de devlete yargılama yetkisi tanınması suretiyle yumuşatılmıştır. TCK'nın 11. maddesinde faile göre kişisel, 12. maddede mağdura

¹⁴⁶⁴ TEZCAN -ERDEM – ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 159.

¹⁴⁶⁵ İbid.

göre kişisellik ve 13. maddesinde gerçeklik ve korunma ilkesinin yansıması olan hükümler yer almaktadır¹⁴⁶⁶. Böylece, Türkiye’de dışında işlenen insan ticareti suçunun faili bir Türk vatandaşı olduğu veya suç bir Türk vatandaşına karşı işlendiği takdirde, Türkiye’nin yargılama yetkisi bulunacaktır.

Bununla birlikte, ülkesellik ilkesinin dışında kalan bu gibi hallerde, yetki çatışmaları gündeme gelebilecektir. İnsan ticareti suçu bakımından, özellikle birden fazla ülkenin, çeşitli bağlantı noktaları nedeniyle kendilerini yetkili saymaları mümkündür. Bu konuda en uygun çözüm, ülkeler arasında yetki paylaşımına ilişkin sözleşmeler yapılmasıdır. Bunun dışındaki hallerde, ise bağlantı noktaları arasında bir hiyerarşi bulunup bulunmadığının tespit edilmesi önerilerek ve özellikle ülkesellik ilkesinin, diğerlerine göre bir öncelikten yararlanacağı kabul edilmektedir¹⁴⁶⁷. Bu noktada, Türkiye’nin Taraf olduğu yargı yetkisiyle ilgili iki önemli Sözleşme’nin, yargı çatışmalarının çözümüne yönelik bir takım hükümler içerdiği belirtilmelidir. Bunlar, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan “Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair 28.05.1970 tarihli Avrupa Sözleşmesi”¹⁴⁶⁸ ile “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”dir¹⁴⁶⁹.

İnsan ticareti suçunun bazı hareketlerle işlenmiş olması özellikle önem arzeder. Suçun maddi unsuru içerisinde sayılan “ülkeye sokmak” ve “ülke dışına çıkarmak” hareketleri yönünden durum böyledir. Türkiye’de, “ülkeye sokmak” teşkil eden hareketin, başka bir ülkenin ceza kanununa göre “ülke dışına çıkarmak” veya “nakil” gibi hareketler kapsamında cezalandırılması mümkündür. Bu halde, diğer ülkede aynı fiilden yargılanmış ve cezasını çekmiş olan failin, Türkiye’de “ülkeye sokmak” biçimindeki hareket nedeniyle insan ticareti suçundan dolayı cezalandırılmasına karar verildiği takdirde, yabancı ülkede bu fiilden dolayı mahkûmiyette geçen sürenin cezadan

¹⁴⁶⁶ Bu ilkeler hakkında geniş bilgi ve uygulanma koşulları için bkz. DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku, s. 161 vd.; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, Türk Ceza ..., s. 164 vd.

¹⁴⁶⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 160.

¹⁴⁶⁸ 01.03.1977 tarihli ve 2080 sayılı Kanunla kabul edilerek 26.12.1977 tarihli ve 16152 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴⁶⁹ Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, 01.03.1977 tarihli ve 2081 sayılı Kanunla kabul edilerek 14 Aralık 1977 tarihli ve 16139 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

mahsup edilmesi gerekecektir¹⁴⁷⁰. Aynı şekilde yabancı ülkede tutuklulukta veya göz altında geçen sürelerin de ceza süresinden mahsup edilmesi esastır. “Ülke dışına çıkarmak” halinde de aynı durumun ortaya çıkması ihtimali bulunduğundan, söz konusu açıklamalar bu hareket bakımından da geçerlidir.

Bazı suçlar yönünden, sözü geçen bağlantı noktalarından hiçbirine göre yetkili bulunmayan bir devletin yine de yargılama yapabildiği haller bulunmaktadır. Bu durum, ortak kültür değerlerine yönelik olarak işlenen bir suçun insanlık yararına cezasız kalmaması amacıyla, yalnızca adaleti sağlamak adına bir devletin yetkili sayılması düşüncesine dayanan “evrensellik” ya da “adalet” ilkesinin bir sonucudur. Ceza kanunlarının uygulanmasında, evrensellik ilkesi, istisnai olarak yalnızca bazı suçlar yönünden kabul edilmektedir. Evrensellik ilkesinin bir yansıması olarak, TCK’nın 13. maddesi kapsamında, insan ticareti suçunun, nerede işlenmiş ve fail ile mağdurun vatandaşlığı ne olursa olsun cezalandırılacak suçlar arasında sayıldığı görülmektedir (md. 13/1, bent (a)). Bu maddeye göre insan ticareti suçu nedeniyle kovuşturma yapılabilmesi için, Adalet Bakanlığı’nın talebi gereklidir (md. 13/son). Bu ilkenin uygulanması suretiyle Türkiye’nin yargı yetkisini kullanabilmesinin, failin diğer ilkelere göre yargılama yetkisine sahip bir devlete geri verilmemesi koşuluna bağlı olması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁷¹. Evrensellik veya adalet ilkesinin dayanağı, belirli bir takım suçların insanlık yararına cezasız kalmaması olduğuna göre, bir başka devletin yetkisinin bulunduğu ve yargılama yapabildiği hallerde, bu ilkenin uygulama yerinin olmaması gerekeceğinden, bu görüş bizce de yerindedir. Aynı şekilde, bu ilkenin, bir fiilden dolayı iki kez yargılanamayacağı ifade eden *non bis in idem* kuralına aykırı bir şekilde uygulanmamasına dikkat edilmelidir¹⁴⁷². Ayrıca, TCK’nın 19. maddesi uyarınca, Türkiye’de yargılama yapılırken, suçun işlenmiş olduğu ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırı dikkate alınması ve TCK’ya göre verilecek olan cezanın bundan daha yüksek olmaması gerekecektir.

¹⁴⁷⁰ TCK madde 16’ya göre; “Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup edilir”.

¹⁴⁷¹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 155.

¹⁴⁷² İbid.

İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 31. maddesinde, Tarafların, Sözleşme'nin ilgili olduğu suçlar üzerinde yargı yetkisi tesis etmek zorunda oldukları çeşitli şartlar öngörülmüştür. Burada, taraf Devletlere, suçun kendi topraklarında işlenmesi halinde, gerçek ve farazi anlamda ülkeyi içerecek şekilde yargı yetkisi tesis etmeleri yükümlülüğü getirilmekte (par. 1, (a), (b) ve (c) bentleri), faile göre şahsılık ve mağdura göre şahsılık ilkelerine dayanarak kovuşturma yapma yükümlülüğü düzenlenmektedir (par. 1, (d) ve (e) bentleri)¹⁴⁷³. Bundan başka bir suçta, birden fazla taraf Devletin, yargılama konusunda yetkili olduğunu ileri sürmesi halinde, suçtan etkilenen Tarafların yargılama yerinin belirlenmesi ile ilgili olarak görüşünün alınması suretiyle, bir tek yargı yerinin belirlenebileceği ya da suça katılanlardan bazılarının bir ülkede, diğerlerinin bir veya daha fazla ülkede yargılanmasına karar verilebileceği belirtilmektedir. Ancak, burada öngörülen, bir yükümlülük değil, ve “uygun olan durumlarda” başvurulması gereken bir kuraldır (Açıklayıcı Rapor, par. 333).

Suçluların geri verilmesi de, insan ticareti suçu bakımından sıklıkla gündeme gelebilecek bir konudur. Bu konu, esas itibariyle uluslararası mevzuat kapsamında, ikili veya çok taraflı sözleşmelerle düzenlenmektedir. Türkiye, Suçluların İadesine Dair 13.12.1957 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ne¹⁴⁷⁴ ve bu Sözleşme'ye Ek 17.03.1978 tarihli İkinci Protokol'e¹⁴⁷⁵ taraftır. TCK'nın 18. maddesinde, suçluların geri verilmesine ilişkin ayrıntılı hükümler öngörülmüştür. Buna göre; geri vermenin kabul edilebilmesi için, talebe esas teşkil eden fiilin, talep eden ve talep edilen ülkelerin kanunlarına göre suç teşkil etmesi (çifte cezalandırılabilirlik ilkesi)¹⁴⁷⁶, zamanaşımı veya af gibi nedenlerle kovuşturulabilir olmaktan çıkmamış olması, Türkiye'nin yargılama yetkisine girmeyen bir suç olması gereklidir (fıkra 1). Suçun failinin Türk vatandaşı olması, geri vermeye engeldir (md.18/2). Geri verme talebinin mahkeme tarafından kabul edilebilir bulunması halinde, bu kararın yerine getirilip getirilmemesi, Bakanlar Kurulunun takdirine bağlıdır (md. 18/5). İnsan Ticaretine Karşı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 31. maddesinin üçüncü fıkrasında, Taraflardan birinin kendi ülkesinde bulunan ve yalnızca

¹⁴⁷³ 31. maddenin ikinci paragrafında, Taraf Devletlerin, paragraf 1(d) ve (e) bentlerinde belirtilen yargılama yetkisi dayanaklarına ilişkin olarak çekince koymasına izin verilmektedir.

¹⁴⁷⁴ 18.11.1959 tarihli ve 7376 sayılı Kanunla onaylanmış ve 26.11.1959 tarihli ve 10365 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁴⁷⁵ 08.05.1991 ve 3732 sayılı Kanunla onaylanarak, 25.09.1991 tarihli ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹⁴⁷⁶ TEZCA-ERDEM-ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 251.

vatandaşlık temeline dayanarak bir diğer Tarafça talep edildiği halde iade etmediği vatandaşı tarafından işlenen bu Sözleşmede yazılı suçlar üzerinde yargı yetkisini tesis etmesi yükümlülüğü getirilmektedir.

Son olarak, insan ticareti suçunun soruşturma ve kovuşturması bakımından uluslararası adli yardımlaşma ile ilgili kurallar devreye girebilecektir. Yabancı devlet adli makamlarından adli kararların tebliği, istinabe yoluyla ifade alınması, bilgi ve belge istenmesi gibi cezai konularda adli yardımlaşma talebinde bulunulması ve yabancı devlet makamlarının aynı mahiyetteki taleplerinin yerine getirilmesi, ilgili devletlerle ülkemiz arasında yürürlükte olan ikili veya çok taraflı anlaşmalar uyarınca, bunların bulunmadığı hallerde de uluslararası teamül hukuku kuralları ve karşılıklılık ilkesi uyarınca yürütülmektedir¹⁴⁷⁷. Çok taraflı sözleşmeler içerisinde özellikle Türkiye'nin de taraf olduğu 20.04.1959 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi önemli bir yere sahiptir¹⁴⁷⁸. Ayrıca İnsan Ticaretine Karşı AK Sözleşmesi'nde de taraf Devletler arasında karşılıklı işbirliğine ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda Sözleşme'nin 34. maddesinde, bilgi sağlanmasına değinilmektedir. Sözleşme'nin VI. Bölümünde sadece cezai konularda uluslararası işbirliği değil, insan ticaretinin önlenmesi ve insan ticaretiyle mücadele ve mağdurların korunması ve mağdurlara destek sağlanması düzenlenmektedir.

¹⁴⁷⁷ İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, s. 239.

¹⁴⁷⁸ Sözleşme, Türkiye bakımından 22.09.1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe giriş kararnamesi 16.10.1968 tarihli ve 13028 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

SONUÇ

İnsan ticareti suçunun, çeşitli yönleriyle, özellikle de Ceza Kanunu'nda suça ilişkin düzenleme temelinde ele alındığı bu çalışmanın neticesinde ulaştığımız en önemli sonuçlardan biri; bu fiilin tek boyutlu bir yaklaşımla, diğer bir deyişle, yalnızca ulusal çerçeveye sınırlanan bir bakış açısıyla ele alınmasının, çözüm getirmek yönünden hemen daima yetersiz olacağıdır. Bu durum, yalnızca, suçun genellikle birden fazla ülkeyi içine alan bir şekilde işlenmesinden, yani sınıraşan niteliğinden kaynaklanmamaktadır. Aynı zamanda bu faaliyeti hazırlayan, sürdürülmesini sağlayan ve gerçekleştirilmesini kolaylaştıran etkenler, küreselleşme olgusunun da etkisiyle tek bir coğrafyaya veya topluma özgü olmaktan çıkmıştır. Bunların yanında, fiilin, insanı indirgediği konum ve insan üzerinde yarattığı sonuçlar, evrensel bir takım değerlere saldırı teşkil etmesi, ortak bir yaklaşımı gerekli kılan bir başka nedendir. Bu nedenle, insan ticaretiyle mücadele, ulusal düzeydeki çabaların yanısıra uluslararası ve bölgesel planda işbirliğini zorunlu kılmaktadır.

Son yıllarda uluslararası kuruluşların girişimleriyle, bu kapsamda yapılan çalışmaların olumlu etkilerinin bulunduğunu tespit etmek mümkündür. Özellikle, İnsan Ticaretine İlişkin Ek Protokol'ün yürürlüğe girmesini izleyen son on yıllık zaman diliminde çok önemli bir ilerleme kaydedildiği, ulusal mevzuatında insan ticareti suçuna yer vermeyen birçok ülkenin bu belgeye taraf olduktan sonra, üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmek üzere suçla ilgili yasal çerçeveyi oluşturduğu görülmektedir. 2005 yılında kabul edilen İnsan Ticaretine Karşı Eyleme İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

de, Ek Protokolün kapsadığı alanı genişletmiş ve özellikle insan ticareti mağdurlarının hakları ve korunmaları konusunda daha gelişmiş bir çatı oluşturmuştur.

Bu gelişmelere rağmen, hala bu suçla mücadelede eksikliklerin olduğu da bir gerçektir. Henüz suçun özel bir düzenlemeye kavuşturularak cezalandırılmadığı pek çok ülke bulunduğu gibi, suçun cezalandırıldığı yasal mevzuatların da önemli eksiklikler içerdiği görülmektedir. Bundan başka, yasaların içeriği değil, bunların uygulanması yönünden de sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu suçla mücadelede görev yapan, ceza adaleti sistemi içindeki bütün aktörlerin yeterli bilgi ve eğitime sahip olmaları zorunludur. Örneğin, ilk aşamalardan biri olan “mağdur tespiti”, suçun soruşturma ve kovuşturmasında kilit konumda olan bir meseledir. Bu fiiler nedeniyle kimlerin, “mağdur” statüsünü kazanacakları, hem bu kişilere yönelik yardım ve koruma tedbirleri bakımından hem de failin veya failerin tespiti ve yakalanması bakımından oldukça önemlidir. Bu konuda yapılacak hatalar, insan ticareti suçuyla mücadeleye büyük zarar verecektir. Bu nedenle, özellikle kolluk görevlilerinin ve yargı makamları nezdinde bu konuda görev yapan uzman personelin oluşturulması gereklidir. Çok sayıda ülkede, bu amaçla insan ticareti fiillerinin soruşturulması ve kovuşturulmasında yetkili özel birimler kurulduğu görülmektedir. Ülkemizde de bu konuda gerekli düzenlemelerin yapılmasında ve organizasyonun oluşturulmasında yarar vardır. Bu suçla mücadele yönünden sorun teşkil eden diğer konular arasında, ayrıca, soruşturmaların ve yargılamaların uzun sürmesi, pek çok aşamada kamu görevlilerinin yolsuzluk yolsuzluğun devreye girmesi, mağdurların en başta “tanık” olarak korunmasında ve yargılama aşamasında onlardan yararlanılmasındaki güçlükler belirtilebilir.

Suçun, çoğunlukla organize suç örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi de çeşitli zorlukları beraberinde getirmektedir. Bu örgütler, soruşturma ve kovuşturmadan kaçmak için kendi yöntemlerini geliştirmekte, mevzuat ve sistem hakkında bilgi sahibi olduklarından buralardaki eksikliklerden yararlanmakta ustalık göstermekte, yeni tekniklere hızlıca uyum sağlayabilmektedir.

İnsan ticareti, çok çeşitli yönleri olan karmaşık bir faaliyet olduğundan, özellikle suçun önlenmesine yönelik olarak, farklı hukuk disiplinlerini içeren bir yöntemin benimsenmesi ve ülkedeki bütün mevzuatın insan ticaretiyle mücadele siyasetine uygun

hale getirilmesi zorunludur. Mücadeleyi güçlendirmek için getirilebilecek öneriler arasında; başta sınırlar ve çeşitli ulaşım araçlarının kalkış yaptığı merkezler olmak üzere, yerinde polis kontrolü yapılması, iş ve çalışmaya ilişkin denetimlerin artırılması, barlarda, gösteri yapılan yerlerde, cabarets, sauna ve masaj salonlarında, “paravan” işlevi gören işletme ve acenteler işletmelerde kayıt mekanizmaları oluşturulması ve bu gibi yerler için verilecek ruhsatlar bakımından daha seçici olunmasını sağlayan bir sistemin geliştirilmesi ve idari kontrollere ağırlık verilmesi belirtilebilir. Bu kapsamda, bütün boşlukların doldurulması ve zayıf noktaların güçlendirilmesi önemlidir. Örneğin, ülkeye her yerden yapılan girişlerin ve çıkışların daha katı bir denetime tabi tutulması zorunludur¹⁴⁷⁹. Bunun yanında, örneğin mültecilerin ya da diğer yabancıların özellikle oturma izni, çalışma izni, evlilik ya da evlat edinme konularındaki yasal gereklilikleri yerine getirmeleri konusunda daha titiz davranılması ve bu kişilerin içinde yaşadıkları koşullar konusunda bilgi edinilmesinin de amaçlandığı düzenli kontrol mekanizmalarının oluşturulması gerekmektedir.

Bunlara ek olarak, özellikle ülkemizle ilgili olarak, uluslararası işbirliği ve bilgi paylaşımı konularındaki eksikliklerin giderilmesi amacıyla, hem Avrupa düzeyindeki, hem de uluslararası düzeydeki veri tabanlarıyla sürekli ilişki halinde olabilecek bir ulusal veri tabanının oluşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu veri tabanı hem adli, hem idari makamların (Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı gibi organların katılımıyla) hem de sivil toplum kuruluşlarının ortaklaşa çalıştığı bir yapıya kavuşturulmalıdır.

Bugün insan ticareti ile mücadele bakımından en önemli eksikliklerden birinin, suçta insan hakları yaklaşımının yeterince ağır basmaması olduğu genellikle kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, mağdurların temel haklarının bu suç nedeniyle ihlal edildiği gerçeğinden daha farklı bir noktaya, bundan daha sonraki bir aşamaya odaklanmaktadır. Bu da insan ticareti mağdurlarının tespiti ile başlayan ve bundan sonraki aşamadaki statüleri, bunlara sağlanacak yardım ve destek tedbirlerinin, yabancı mağdurların ülkelerine geri gönderilme usul ve koşullarının söz konusu olduğu süreçtir. Diğer bir ifadeyle, bugün artık daha çok, suçun işlenmesinden sonra mağdurlara ne olacağı konusu

¹⁴⁷⁹ Prostitution et exploitation sexuelle, Analyse du Problème / Fondation Roi Baudouin, 1991, s. 54

üzerinde yoğunlaşmaya başlandığı görülmektedir¹⁴⁸⁰. Gerçekten de, mağdurların çoğunlukla zaten olumsuz yaşam koşulları ve tecrübeler sonucunda insan tacirlerinin eline düştükleri görülmektedir. Dolayısıyla, bu kişiler bakımından birden fazla mağduriyet söz konusudur. Yaşadıklarının etkisinden sıyrılıp, topluma yeniden katılmaları, “savunmasız” durumlarının sonlandırılması için öncelikle kendilerine bir takım haklar tanınması, bunlardan yararlanma koşullarının oluşturulması ve bu konuda bilgilendirilmelerinin sağlanması zorunludur. Ayrıca, çoğunluğu yabancı ülke vatandaşı olan bu kişilerin, yetkili makamlar tarafından hedef ülkelerde tespit edilmelerinin ardından hemen ülkelerine gönderilmeleri son derece sakıncalı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Böyle bir uygulama, çoğu zaman onların yeniden mağdur olmalarına ya da maruz kaldıkları istismar biçimlerine göre yaşadıkları toplumdan dışlanmalarına neden olabilecektir. Bu nedenle, mağdurların, tespit edildikleri yerlerde, gerekli yardım ve koruma tedbirlerine ulaşmaları imkanı yaratılarak, yaşadıkları travmanın etkisinden kurtulabilmeleri ve yeniden topluma kazandırılabilmesi için elverişli ortamın hazırlanması bir gerekliliktir. Bu durum, mağdurların hedef ülkelerde yapılan yargılamalarda adaletle işbirliği yapmaları ve failerin cezalandırılmasına katkıda bulunmaları bakımından da önemlidir.

¹⁴⁸⁰ COONAN – THOMPSON, s. 50.

YARARLANILAN KAYNAKLAR**KİTAPLAR**

AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku Nakli) Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996.

AKSOY RETORNAZ, Emine Eylem, La sauvegarde des droits de l'homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie, Schulthess, éditions romandes, Genève, 2011.

ALCAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 263, Ankara, 1970.

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKÇEN, Ahmet – YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Turhan, Ankara 2006.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

BAYRAKTAR, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayını, İstanbul, 1977.

BENOT, Yves, La modernité de l'esclavage, essai sur la servitude au cœur du capitalisme, Editions la Découverte, Paris, 2003.

BLOCH, Marc, Feodal Toplum, Çev. Mehmet Ali KILIÇBAY, Opus, Ankara, 1997.

CABRAL, Georgina Vaz, La traite des êtres humains – Réalité de l'esclavage contemporaine, La Découverte, Paris, 2006

CAZALS, Anne, Prostitution et proxénétisme en Europe, La Documentation française, Paris, 1995

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, Beta, İstanbul 2006.

CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 5. Bası, Beta, İstanbul 2010.

CİHAN, Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul, 1978.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2007.

DEMİRBAŞ, Timur, Kriminoloji, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2005

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.

DEVROEY Maud, Pour une gestion réaliste de la prostitution en Belgique, Ecole des Sciences Criminologiques Leon Cornil, Bruylant, Bruxelles, 2005.

DOĞAN, Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Seçkin, Ankara 2005.

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 4. Bası, İstanbul, 1975.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: I, Ondördüncü Bası, Beta, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt: II, Onikinci Bası, Beta, İstanbul, 1999.

DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. III, Onikinci Bası, Beta, İstanbul, 1997.

DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Ondördüncü Bası, Beta, İstanbul 1998.

DUSCH, Sabine, Le trafic d'êtres humains, Collection Criminalité internationale, Presses Universitaires de France, Paris, 2002.

ENGLE, Lauren B. The world in motion: short essays on migration and gender, IOM International Organization for Migration, Geneva, 2004.

EREM, Faruk, Suçun Unsurları ve Ümanist Doktrin, Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXV Sayı 1-2, Ayı Bası, Ankara, 1968.

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Cilt I, Ankara.

EREM, Türk Ceza Hukuku, Cilt: I, Genel Hükümler, Onuncu Baskı, Ankara, 1973

EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Cilt III, Ankara, 1985.

EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler, II, Ankara, 1993

EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 428, Ankara, 1978.

ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamunun Selametine Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Basımevi, İstanbul, 1995.

ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin, Ankara, 2003.

ERSOY, Yüksel, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara, 1973.

EVİK, Vesile Sonay, Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, Beta, İstanbul, 2004.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kölelik ve Cariyelik, Kamu Hukuku Açısından Mukayeseli Bir İnceleme, Umut Matbaacılık, İstanbul, 1996.

FINLEY, M.I., Slavery in Classical Antiquity, Views and Controversies, W. Heffer & Sons Ltd., Cambridge, 1960.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C. II, Beşinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları No:64.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref – TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, 6. Bası, Turhan, Ankara, 2008

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj, Ankara, 2003.

İÇEL, Kayıhan – EVİK, A. Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, 4. Bası, Beta, İstanbul.

- KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, AFA, İstanbul, 1993
- KANGAL, T. Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin, Ankara, 2010.
- KATOĞLU, Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin, Ankara, 2003
- KELLY, Liz, Journeys of Jeopardy: A commentary on current research on trafficking of women and children for sexual exploitation within Europe, Migration Research Series, No. 11, IOM, Geneva, 2002.
- KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2009.
- KOCASAKAL, Ümit, Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Vedat, İstanbul, 2004.
- KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 130, İstanbul, 1955, İstanbul, 1954.
- LENGELLE-TARDY, Maurice, L'esclavage, Que sais-je ?, Presses Universitaires de France, 1955.
- LUCKOO, F. – TZVETKOVA M., Combatting Trafficking in Persons: A Directory of Organizations, Created by the Anti-Trafficking Programme, Change, London, 2002.
- MALAY, Hasan, Çağlar Boyu Kölelik, Gündoğan, Ankara, 1990
- MANAV, Hakkı, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti, Turhan, Ankara, 2010.
- MANCINI, Jean-Gabriel, Prostitution et proxénétisme, Que sais-je?, Presses Universitaires de France, Paris, 1962.
- NAIR P.M. – SEN, Sankar, Trafficking in Women and Children in India, National Human Rights Commission, New Delhi, 2005.
- OBOOKATA, Tom, Trafficking of Human Beings From a Human Rights Perspective, International Studies in Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, Beta, İstanbul, 1992
- ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Beta, İstanbul, 1991.
- ÖZBEK, Veli Özer – KANBUR, Nihat – DOĞAN, Koray – BACAĞSIZ, Pınar -TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2010.

- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, İkinci Bası, Seçkin, Ankara, 2005
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2006.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 2. Bası, Turhan, Ankara, 2004
- POLLAUD-DULIAN, Marcel, Aujourd'hui l'esclavage..., Editions Economie et Humanisme – Les Editions Ouvrières, Paris, 1967.
- PORTES, Maïko-David, Prostitution et Politiques Européennes, Pour une approche anthropologique du droit, L'Harmattan, 2007.
- PYSHCHULINA, Olga, "Human Trafficking and Legal Practice: A New Challenge for Ukraine", Central European University, Center for Policy Studies, Open Society Institute, CPS International Policy Fellowship Program, Budapest, 2006.
- QUIRK, Joel, "Trafficked into Slavery", Journal of Human Rights, Vol. 6, Number 1, January-March 2007, s. 184.
- SMITH, Rhona K.M., Textbook on International Human Rights, 1st Ed., Black Stone Press, 2003.
- SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2010.
- ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt:1, Vedat, İstanbul 2006.
- TANÖR, Bülent – YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Beta, İstanbul, 2009.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan – ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
- TOROSLU, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970.
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değerler, 1. Bası, Ankara 2003.
- VAN HAECHT A., La prostituée. Statut et image, Ed. Université de Liège, Bruxelles, 1975.

YAŞAR, Osman – GÖKÇAN, Hasan Tahsin – ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, İnsan Ticaret Suçu, Turhan, Ankara 2007.

Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, “Türkiye’nin İnsan Ticareti ile Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalet Erişimlerinin Desteklenmesi” - AB Hibe Projesi, 2. Baskı, Kasım 2009, Ankara.

MAKALELER

AKSOY, Emine Eylem, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4. maddesi: Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu – Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2007, s. 115-127.

AKSOY, Emine Eylem, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Fuhşun Meslek Edinilmesi Hakkındaki “Tremblay/Fransa” Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, 2. Cilt, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 17-26.

AKSOY, E. Eylem, “Notion de dignité humaine dans la sauvegarde des droits fondamentaux des détenus, notamment à la lumière de la jurisprudence de la CEDH”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt I, Türk Ceza Hukuku Deneği – Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008, s. 347-364.

ARSLAN, Çetin, “İnsan Ticareti Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S. 4, s. 19-83.

ARSLAN, Çetin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s. 113-145.

AZARKAN, Ezeli, “Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 3, 2003, s. 275-297.

BOZKURT, Gülnihal, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4, 1981, s. 65-107.

BRAVO, Karen E., "Exploring the Analogy Between Modern Trafficking in Humans and the Trans-atlantic Slave Trade", *Boston University International Law Journal*, Vol. 25, No. 2, 2007, s. 207-295.

BRUCH, Elizabeth M., "Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 40(1), 2004, s. 1-46.

CICERO-DOMINGUEZ, Salvador A., *Assessing the U.S.-Mexico Fight against Human Trafficking and Smuggling: Unintended Results of U.S. Immigration Policy*, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Volume 4, Issue 2 (Fall 2005), s. 303-330.

CİHAN, Erol, *Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XLI Sayı 1-2, Ayrı Bası, İstanbul, 1975.

COONAN, Terry – THOMPSON, Robin, "Ancient Evil, Modern Face – The Fight Against Human Trafficking", *Georgetown Journal of International Affairs*, Winter/Spring 2005, s. 43-51.

DEĞİRMENCİ, Olgun, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu", *TBB Dergisi*, S. 67, 2006, s. 57-95.

DI NICOLA, Andrea, "Trafficking in Human Beings and Smuggling of Migrants", *Handbook of Transnational Crime and Justice*, REICHEL Philip, Sage Publications, 2004, s. 181-203.

EKBERG, Gunilla, "The Swedish Law That Prohibits The Purchase of Sexual Services", *Violence Against Women*, Vol. 10, No. 10, October 2004, s. 1187-1218.

EREM, Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1968, S. 1-2, s. 11-33.

EVİK, Ali Hakan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2005, cilt IX, S. 3-4, s. 125-179.

EVİK, Vesile Sonay, "İnsan Ticareti Suçu", *Erdoğan Teziç'e Armağan*, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Armağan Serisi No:5*, s. 393-417.

FEROLA, Laura, "The fights against organised crime in Europe building an area of freedom, security and justice in the E.U.", *International Journal of Legal Information*, Vol. 30, no. 1, s. 53-91.

GALLAGHER, Anne, "Human Rights and the new UN protocols on trafficking and migrant smuggling: a preliminary analysis", *Human rights quarterly*, Vol. 23, no. 4 (november 2001), s. 975-1004.

GOODEY, Jo, "Human Trafficking: Sketchy Data and Policy Responses", *Criminology and Criminal Justice*, Vol. 8, Issue: 4, November 2008, s. 421-442.

GÖREN, Zafer, "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması, Anayasa Yargısı, Cilt no:9, Yıl 1992, s. 165-184.

HAKERİ, Hakan, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti Suçları", *KhuKA*, Mart 2004, Yıl: 7, s. 1-18.

HAYNES, Dina Francesca, "Used, abused, arrested and deported: extending immigration benefits to protect the victims of trafficking and to secure the prosecution of traffickers", *Human Rights Quarterly*, vol. 26, no. 2 (2004), s. 221-272.

HIRSCH, Michèle, "La traite des êtres humains. Une législation modèle pour l'Europe?", s. *Journal des Tribunaux* v. 114, no. 5768, 1995, s. 553-564.

İÇDUYGU, Ahmet, "Türkiye Çerçevesinde Yasadışı Göç, İnsan Ticareti ve İnsan Kaçakçılığı", *Trafficking in Women: A Major Human Rights Violation*, Médecins du Monde-Yunanistan ile Uluslararası Mavi Hilal İnsani Yardım ve Kalkınma Vakfı, Beyaz Gemi, İstanbul, 2005, s. 76-79.

JONES, A.H.M., "Slavery in the Ancient World", *Slavery in Classical Antiquity*, Edited by M. I. Finley, Cambridge, 1960, s. 4

KOCA, Mahmut, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 52, 2003/2, s.141 – 171.

KOCASAKAL, Ümit, "Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2002, Yıl:1, Sayı:1, s. 30-162.

KOCASAKAL, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, s. 39-79.

OBOOKATA, Tom, “Human trafficking, human rights and the Nationality, Immigration and Asylum Act 2002”, European human rights law review, Issue 4 (2003), s. 410-422.

OBOOKATA, Tom, “EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: A Critical Appraisal”, Common Market Law Review, Vol. 40, 2003, s. 917-936.

ÖNOK, Murat, “5237 sayılı TCK’ya Göre Uluslararası Suçlar”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 5, Nisan 2005, s. 176-219.

PARENT, Colette, “De la honte aux revendications: La problématique de la vente des services sexuels”, Revue de droit pénal et de criminologie, No 9-10, 1994, s. 975-992.

PETTITI, Louis-Edmond, “Réflexions sur les principes et mécanismes de la Convention”, La Convention Européenne des droits de l’homme, sous la direction de Louis-Edmond PETTITI – Emmanuel DECAUX – Pierre-Henri IMBERT, Economica, Paris, 1995, s. 29.

PRYEN Stéphanie, “La prostitution: Analyse critique de différentes perspectives de recherche”, Déviance et Société, Vol. 23, No 1, s. 447-473.

RATHGEBER, Corene, “The Victimisation of Women through Human Trafficking – An Aftermath of War?”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 10/2–3, 2002, s. 152-163.

SCULLY, Eileen, “Pre-cold war traffic in sexual labor and its foes: Some contemporary lessons”, Global Human Smuggling : Comparative Perspectives, edited by David Kyle and Rey Koslowski, John Hopkins University Press, 2001, s. 75-106.

SOKULLU – AKINCI, Füsün, “Transnational Organized Crime and Trafficking in Human Beings”, Migration, Culture, Conflict, Crime and Terrorism, Edited by Joshua D. FREILICH and Rob T. GUERETTE, Ashgate Pub., 2006, s. 164.

SÖZÜER, Adem, “Tehdit Suçu”, İÜHFİM, Cilt LIV, 1991-1994, S. 1-4, s. 125-146.

TESSIER, Kevin, “The New Slave Trade: The International Crisis of Immigrant Smuggling”, Indiana Journal of Global Studies, vol. 13 (1995-1996), p. 261-265.

TOSUN, Leman, “İnsan Ticareti, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticareti Konusunda Uluslararası Düzenlemeler ve İç Hukuk Kuralları”, Adalet Dergisi, S. 16, Temmuz 2003, s. 119-127.

TURHAN, Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na göre Uluslararası Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 8-19.

ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. III, S. 2, Yıl: 2006, s. 239.

ÜZÜLMEZ, İlhan, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Yrd. Doç. Dr. İbrahim ONGÜN’e Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Haziran – Aralık 2007, s. 1186.

VERMEULEN, Gert, «Visa: un instrument dans la lutte contre le trafic et la traite des êtres humains?», Revue du droit des étrangers, avril-mai-juin, 2007, No. 143, s. 147-154.

VERMEULEN, Gert, “Section III: International Trafficking in Women and Children, General Report”, Revue International de Droit Pénal, 2001/3-4, Vol. 72, s. 837-883.

VERON, Michel, “De la prostitution et du proxénétisme”, Droit pénal, 14e Année, No 5, mai 2002, ed. JurisClasseur, s. 5.

VILLEY, Colette, « Les Trois régimes juridique de la prostitution », Les dossiers de la prostitution internationale, Revue de la fédération abolitionniste internationale, No 1-1989, s. 5-6.

YENİDÜNYA, Caner – ALŞAHİN, Mehmet Emin, “Göçmen Kaçakçılığı Suçu, TBB Dergisi, Sayı 82, Mayıs – Haziran, 2009, s. 29-77.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bülent Tanör Armağanı, Legal, 2004, s. 782-818.

ZHANG, Sheldon X. – PINEDA, Samuel L., “Corruption as A Casual Factor in Human Trafficking”, Organized Crime – Culture, Markets and Policies, Editors: Dana Siegel-Hans Helen, Studies of Organized Crime, Springer, New York, 2008, s. 41-56.

RAPOR, ARAŞTIRMA VE ANKETLER

Trafficking in Persons Report 2010, United States Department of State, Office To Monitor and Combat Trafficking in Persons.

The Globalization of Crime, A Transnational Organized Crime Threat Assessment, UNODC, Vienna, 2010.

United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Mexico, 11 March 2010.

United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Moldova, 11 March 2010.

United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices - Romania, 11 March 2010.

United States Department of State, 2009 Country Reports on Human Rights Practices – Ukraine, 11 March 2010.

Analysing the Business Model of Trafficking in Human Beings to Better Prevent the Crime, Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings (OSCE) – Global Initiative to Fight Human Trafficking (UN.GIFT), Vienna, 2010.

Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children”, Joy Ngozi Ezeilo, Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Human Rights Council, Fourteenth Session, Agenda Item 3 Distr. GENERAL; A/HRC/14/32/Add.3, 1 June 2010.

“The Cost of Coercion”, Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 98th Session 2009, Report I(B), Geneva.

First Austrian Report on Combatting Human Trafficking, Covering the period from March 2007-February 2009, Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten.

Model Law Against Trafficking in Persons, United Nations Office on Drugs and Crime, United Nations Publication, Vienna, 2009.

Human Trafficking, Seventh Report of the Dutch National Reporter, 2009.

Global Report on Trafficking in Persons, UNODC, UN.GIFT, February 2009.

Human Trafficking Assessment Tool Report for Mexico, March 2009, American Bar Association, Washington, 2009.

OCTA 2009, EU Organized Crime Assessment, Europol, The Hague, 2009.

Report on the Work of the Interministerial Working Group in the Fight Against Trafficking in Human Beings in 2008, Ljubljana, May 2009.

Alternative Report on the Compliance of the Azerbaijan Republic with the Convention on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women”, submitted to the 44th Session of the Committee on Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (20 July-7 August 2009).

Human Trafficking: An Overview, United Nations Office on Drugs and Crime, UN Global Initiative to Fight Human Trafficking, New York, 2008.

United Nations Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Implementation of the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime: consolidated information received from States for the first reporting cycle Report of the Secretariat, Fourth session, Vienna, 8-17 October 2008, UN Doc. CTOC/COP/2005/3/Rev.2.

Les Ripostes Juridiques Appropriées Pour Combattre la Traite des Personnes - Guide à L’usage des Parlementaires, Forum Parlementaire Consacré à la Lutte contre la Traite des Etres Humains, Projet établi par L’Office des Nations Unies Contre la Drogue et Le Crime, 12 fevrier 2008.

First Annual Report of Network Against Human Trafficking in Azerbaijan (NAHTAZ), 2008.

Workshop: Corruption and Human Trafficking: The Grease that Facilitates the Crime”, The Vienna Forum to Fight Human Trafficking, 13-15 February 2008, Austria Center Vienna, Background Paper, UN.GIFT

Workshop: Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts, The Vienna Forum to Fight Human Trafficking, 13-15 February 2008, Austria Center Vienna, Background Paper, UN.GIFT.

Türkiye’de İnsan Ticaretinin Farklı Formlarına Olan Talebin İncelenmesi, Kasım 2008, Ankara - Avrupa Birliği tarafından finanse edilen “Türkiye’nin İnsan Ticaretiyle Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalete Erişimlerinin Desteklenmesi” projesi.

Trafficking in Human Beings, Fifth Report of the Dutch National Rapporteur
2006 Yılı Türkiye İnsan Ticareti ile Mücadele Raporu, 2007.

La Politique Belge en Matière de Traite des Etres Humains, Etats des lieux, évaluation et options futures, Ghent University, Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 2006.

Trafficking in Persons: Global Patterns, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), April 2006,

Türkiye’de İnsan Ticareti ile Mücadelede Yasa Uygulama ile İlgili Stratejik Bir Yaklaşım, Rapor, ARSLAN, Çetin – TEMEL, İlker – AYDIN, Yusuf – ŞEN, Y. Furkan – DOĞAN, Koray – BACAĞIZ, Pınar, IOM Uluslararası Göç Örgütü, Ankara, 2006.

Document Parlémentaire, Belgique, Chambre, Session 2004-2005, no 1560/001, Doc 51.

OMELANIUK, İrena, “Trafficking in Human Beings”, United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development, 8 July 2005, Doc. UN/POP/MIG/2005/15.

Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, United Nations Office on Drugs and Crime, Division for Treaty Affairs, New York, 2004.

David Weissbrodt et la Société anti-esclavagiste internationale, Abolir l’esclavage et ses formes contemporaines, Directeur: Michael Dottridge, Haut Commissariat des Nations

Unies aux droits de l'homme, Nations Unies, HR/PUB/02/04, New York et Geneve, 2002.

Traite des êtres humains en Suisse, Rapport du groupe de travail interdépartemental traite des êtres humains au Département fédéral de justice et de police, Office fédéral de la justice, Berne, Septembre 2001.

Report of the Committee on Equal Opportunities for Women and Men on Domestic Slavery, Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 9102, 17 May 2001.

“Rapport d’Information” par la Mission d’Information Commune sur les diverses formes de l’esclavage moderne, No 3459, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 12 décembre 2001, Présidente Madame Christine LAZERGES, Rapporteur M. Alain VIDALIES, Tome I, Rapport.

Lutte contre la traite des êtres humains: image du phénomène de la traite des êtres humains et analyse de la jurisprudence, Rapport Annuel 2000, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

CARMEN, Galiana, Trafficking in women, Working paper, European Parliament Directorate-General for Research, Civil Liberties Series, LIBRE 109 EN, Brussels, 2000.

Report of the Fourth World Conference on Women, Beijing 4-15 September 1995, United Nations, New York, 1996, United Nations publication Sales No. 96.IV.13.

Prostitution et exploitation sexuelle, analyse du problème, Fondation Roi Baudouin, 1991.

L’esclavage, Rapport préparé par Benjamin Whitaker, rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, mettant à jour le Rapport sur l’esclavage présenté à la Sous-Commission en 1966, Nations Unies, New York, 1984.

Activités destinées à la promotion de la femme : égalité développement et paix : rapport de Jean Fernand Laurent, rapporteur spécial sur la répression et l’abolition de la traite des êtres humains et de l’exploitation de la prostitution d’autrui, Nations Unies, 1986.

Etude sur la traite des êtres humains et la prostitution, La répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, Nations Unies, Département des affaires économiques et sociales, New-York, 1959.

MAUS Isidore, L'Enquête de la Société des Nations sur la traite des femmes et des enfants, Revue de droit pénal et de criminologie, 1928, s. 366-381.

Report of the Experts Group on Trafficking in Human Beings, Brussels, 22 December 2004, European Commission, Directorate-General Justice, Freedom and Security.

"Organized Crime Involvement in Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants", Issue Paper, UNODC, 2010.

YAYINLANMIŞ KONFERANS, SEMPOZYUM, SEMİNER VE TOPLANTILAR

Global trafficking in Women and Children, Edited by Obi N.I. and Dilip K. Das, International Police Executive Symposium, CRC Press, United States, 2008.

Kadın ve Genç kız Ticareti, Uluslararası Hukukçu Kadınlar Federasyonu Genişletilmiş Konsey Toplantısı, İstanbul 2001.

TEZLER

AYDIN, Murat, Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2008.

DETHIER, Cindy, PROJET: CRIMINOLOGIE EMPIRIQUE, Année Académique 2007-2008, 2ème Licence en Criminologie, Université de Liège.

BOLAT, Gürbüz, Dünyada ve Türkiye'de İnsan Ticareti, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Polis Akademisi ve Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Anabilim Dalı, Ankara, 2005.

ELEBE, ma Sabato Sandra, L'esclavage moderne : le droit et les pratiques, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Université Panthéon – La Sorbonne U.F.R. de Sciences juridiques, mai 2006.

GUESSAB, Valérie, Les formes contemporaines d'esclavage et l'ONU, Mémoire de DEA, Philosophie de droit, Paris II, septembre 2001.

HAİDAR, Salim, La prostitution et la traite des femmes et des enfants, Thèse pour le doctorat, Université de Paris, Faculté de droit, Les Editions Domat-Monchrestien, 1937.

LE BOULENGE Christelle, Organes à vendre: histoire d'un trafic, Mémoire de licence, Année académique 2003-2004, Université de Liège, Faculté de droit, Ecole de criminologie Jean Constant.

VELASTI, Laetitia, Une Investigation de parcours de vie de personnes prostituées, Travail de fin d'études en vue de l'obtention du grade de licencié en Criminologie, Année académique 2005-2006, Université de Liège.

KANUN VE SÖZLÜKLER

YENİSEY, Feridun – PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu, Beta, İstanbul, 2009.

Colins Concise Dictionary and Thesaurus, The Authority on Current English, HarperCollins Publishers, 1991.

Dictionnaire Hachette, Langue Française, HACHETTE, Paris, 1987.

NİŞANYAN, Sevan, Sözlere Soyağacı, Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, 4. Baskı, Everest, 2009

PROVOST Antonio (Revised and Enlarged by), Junior Classic Latin Dictionary, Latin-English and English-Latin, Follett Publishing Company, Chicago, 1961.

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Türkçe Sözlük, Can Yay., İstanbul, 2007.

RAYNAUD, Philippe – RIALS, Stéphane (Yayına Hazırlayanlar), Çev. YERGUZ, İsmail -SEVİL, Necmettin Kamil – ERGUN, Emel – DİLLİ, Hüsnü, Siyaset Felsefesi Sözlüğü (Dictionnaire de philosophie politique), İletişim, İstanbul, 2003.

SARAÇ, Tahsin, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük, Adam, İstanbul, 2004.

SOMMER, E., Lexique Latin-Français à l'usage des classes élémentaires, Librairie Hachette, Paris, 1921.

ŞAFAK, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 4. Bası, Selim Kitabevi, Ankara, 2002.

ŞENER, Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin, Ankara, 2001.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.unhcr.org/refworld/> / The United Nations Refugee Agency

<http://www.antislavery.org/> / Anti-Slavery International

<http://europa.eu/> / The Official Website of the European Union

<http://eur-lex.europa.eu/> / EUR-Lex, Journal officiel de l'Union Européenne

<http://www.coe.int/> / Council of Europe

<http://www.osce.org/> / Organization for Security and Cooperation in Europe

<http://www.state.gov/> / US Department of State, Official Website

<http://www.fondationscelles.org/> / Fondation Scelles (Connaitre, comprendre, combattre L'exploitation sexuelle)

<http://www.ena.lu/> / European navigator, The authoritative multimedia reference on the history of Europe

<http://www.cecc.gov/> / Congressional Executive Commission of China, Official Website

<http://www.lemonde.fr/> / Le monde.fr

<http://tbmm.gov.tr/> / Türkiye Büyük Millet Meclisi Resmi İnternet Sitesi

<http://www.ungift.org/knowledgehub/> / UN.GIFT.HUB (United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking)

<http://www.europol.europa.eu/> / EUROPOL, The European Police Office

<http://www.hurriyet.com.tr/> / Hürriyet Gazetesi

<http://www.milliyet.com.tr/> / Milliyet Gazetesi

<http://www.legifrance.gouv.fr/> / Legifrance (République Française, Le service public de la diffusion de droit)

<http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm/> / Legislation belge

<http://indiacode.nic.in/> / India Code, Legislative Department

<http://www.legislationline.org/> / Legislationonline

<http://www.nahtaz.org/> / Azərbaycan-İnsan Ticaretiyle Mücadele Ağı web sayfası

<http://www.assemblee-nationale.fr/> / Assamblée Nationale (Fransa)

ÖZGEÇMİŞ

1978 İstanbul doğumlu olan Gülşah Kurt Yücekul, 1996 yılında Bahçelievler Adnan Menderes Anadolu Lisesi'nden mezun olmuştur. 1996-2002 yılları arasında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimi gördükten sonra, 2002-2005 yılları arasında, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programına devam etmiştir. 2005 yılında “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Tedbirler” konulu Yüksek Lisans Tezini tamamlamıştır.

TEZ ONAY SAYFASI